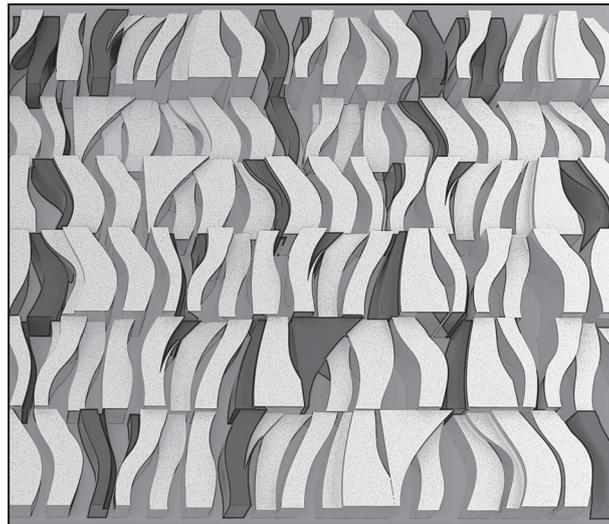


REVISTA

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA



PUBLICAÇÃO OFICIAL

REVISTA

VOLUME 272 - TOMO 1

ANO 35

OUTUBRO/NOVEMBRO/DEZEMBRO 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**
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
Ministro **Rogério Schietti** Machado **Cruz** (*Ouvidor*)
Ministro Luiz Alberto **Gurgel de Faria** (*Ouvidor Substituto*)
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
Ministro **Teodoro Silva Santos**
Ministro José **Afrânio Vilela**
Ministra **Daniela** Rodrigues **Teixeira**

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**

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**

Ministro **Sebastião Alves dos Reis Júnior**

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

Ministra **Assusete Magalhães** (*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)

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

Ministro **Francisco Falcão**

Ministro **Herman Benjamin**

Ministro **Mauro Campbell Marques**

Ministro **Afrânio Vilela**

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

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

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

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

Ministra **Nancy Andrichi**

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**

Ministra **Daniela Teixeira**

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

Ministro **Sebastião Reis Júnior** (*Presidente*)

Ministro **Rogério Schietti Cruz**

Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**

Ministro **Teodoro Silva Santos**

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

Ministra **Assusete Magalhães** (*Vice-Corregedora*)

Ministro **Sérgio Kukina**

Ministro **Moura Ribeiro**

Ministro **Rogério Schietti Cruz**

Membros Suplentes

Ministro **Gurgel de Faria**

Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**

Ministro **Ribeiro Dantas**

Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**

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 **Raul Araújo** (*Corregedor-Geral*)

Ministra **Isabel Gallotti** (*Efetivo*)

Ministro **Antonio Carlos Ferreira** (*1º Substituto*)

Ministro **Villas Bôas Cueva** (*2º Substituto*)



SUMÁRIO

JURISPRUDÊNCIA

TOMO 1

CORTE ESPECIAL	25
AgInt na SLS n. 3.050-RS - Rel. Min. Humberto Martins	27
Suspensão de liminar e de sentença - Modulação temporal - Lei n. 8.437/1992, art. 4º, § 9º - Pesca da tainha com redes de emalhe anilhado - Portaria ministerial - Legalidade - Potencial lesão à economia pública - Uso sustentável dos recursos pesqueiros.	
AgRg na PET na APn n. 940-DF - Rel. Min. Og Fernandes	57
Instrução processual - Encerramento - Não ocorrência - Juntada de documento novo - Possibilidade - Denúncia - Recebimento - Não ocorrência - Nulidade processual - Inexistência - Cadeia de custódia da prova - Possibilidade de pleno conhecimento - Caracterização - Princípio da ampla defesa - Princípio do contraditório - Violação - Não ocorrência - CPP, art. 563.	
EREsp n. 1.725.030-SP - Rel. Min. Raul Araújo	71
Empresa pública estadual - Prestação de serviço público essencial - Ação indenizatória - Alegação de desequilíbrio econômico-financeiro em contrato administrativo - Construção de moradias para famílias de baixa renda - Decreto n. 20.910/1932, art. 1º - Decreto-Lei n. 4.597/1942 - Dívida passiva - Finalidade lucrativa - Natureza concorrencial - Ausência - Prescrição quinquenal - Aplicabilidade.	
EREsp n. 1.872.414-MG - Rel. p/ acórdão Min. Luis Felipe Salomão	93
Honorários sucumbenciais - Termo inicial do direito à percepção - Sentença ou ato equivalente de tribunal - Advogado empregado - Lei n. 4.215/1963 - Inaplicabilidade - Lei n. 8.906/1994, art. 21 - Aplicabilidade.	

REsp n. 1.864.633-RS - Rel. Min. Paulo Sérgio Domingues.....	142
Honorários sucumbenciais - Majoração em grau recursal - Impossibilidade - CPC, art. 85, § 11 - Recurso interposto - Desprovemento integral ou não conhecimento - Observância - Necessidade.	
PRIMEIRA SEÇÃO	181
CC n. 196.497-BA - Rel. Min. Afrânio Vilela	183
Competência - Ação para desconstituir lançamento suplementar de Imposto de Renda (IR) não retido na fonte - Diferenças remuneratórias a título de Unidade Real de Valor (URV) - Justiça Federal - Tema 572/STF - Repercussão Geral - Inaplicabilidade - União - Interesse processual - Existência.	
CC n. 199.938-SP - Rel. Min. Mauro Campbell Marques	189
Competência - CF/1988, arts. 105, I, <i>d</i> , e 109, § 2º - Cumprimento de sentença - Execução individual - Ação coletiva contra a União - Juízo Federal da 17ª Vara Cível de Brasília - Princípio da máxima efetividade da norma constitucional - Observância.	
EREsp n. 1.691.475-RJ - Rel. Min. Francisco Falcão	196
Programa de Integração Social (PIS) - Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP) - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) - CTN, art. 111, II - Exclusão de custos de frete - Operação de revenda de automóveis - Impossibilidade - Lei n. 10.833/2003, art. 3º, II e IX - Técnica da Tributação monofásica - Observância - Necessidade - Tema 1.093/STJ - Recursos Repetitivos.	
PRIMEIRA TURMA	209
AREsp n. 1.776.983-SP - Rel. Min. Gurgel de Faria.....	211
Ação civil pública - Programa de moradia popular - Contrato de adesão - Financiamento habitacional popular - Cláusula de alienação fiduciária - Legalidade - Empresa estatal - Existência - Ilegitimidade passiva <i>ad causam</i> - Estado Membro - Julgador - Uso da interpretação lógico-sistemática no exame da petição - Ocorrência - Julgamento <i>extra</i> ou <i>ultra petita</i> - Não ocorrência - Lei n. 9.514/1997, art. 26-A.	
AgInt nos EDcl no REsp 2.050.950-RJ - Rel. Min. Sérgio Kukina.....	218
Mandado de segurança - Ilegitimidade passiva <i>ad causam</i> - Secretário de Estado de Fazenda - Petição inicial - Emenda - Não cabimento por consequente	

alteração da competência jurisdicional - Questionamento da exigibilidade de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) - Súmula n. 628-STJ - Teoria da encampação - Inaplicabilidade.	
RMS 69.480-BA - Rel. Min. Sérgio Kukina.....	243
Concurso público - Vagas reservadas a pessoas com deficiência - Cadeia processual anterior - Nulidade - Impossibilidade - CPC, arts. 15 e 283 - Lei n.12.842/2013, arts. 4º, XII e XIII, e 5º, II - Perícia oficial - Não reconhecimento da condição de deficiente - Decisão judicial determinou renovação do ato - Qualificação de candidato como deficiente - Ato médico privativo - Questão de fato - Poder Judiciário - Incursão - Impossibilidade.	
REsp n. 1.747.670-RS - Rel. Min. Paulo Sérgio Domingues.....	254
Programa de Integração Social (PIS) - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) - Crédito presumido - Não cabimento - Empresa agroindustrial - Não caracterização - Lei n. 10.925/2004, art. 8º - Processo de industrialização com emprego de grãos de soja, trigo, milho e outros - Inexistência.	
REsp n. 1.753.262-SP - Rel. Min. Benedito Gonçalves.....	276
Imposto de Renda (IR) - Retenção da fonte - Convenção internacional - Observância - CTN, art. 98 - Decreto n. 87.976/1982 - Decreto n. 762/1993 - Tributação de <i>royalties</i> - Valores remetidos ao exterior, a título de serviços técnicos ou assistência técnica, prestados sem transferência de tecnologia.	
REsp n. 1.952.610-RS - Rel. Min. Regina Helena Costa	326
Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) - Ação fiscalizadora - Armazenamento, no mesmo ambiente, de recipientes de gás liquefeito de petróleo (GLP) cheios e vazios - Risco iminente - Não caracterização - Autuação de microempresa e empresa de pequeno porte - CF/1988, art. 179 - Critério da dupla visita - Observância - Necessidade - Lei Complementar n. 123/2006, art. 55.	
REsp n. 2.084.815-RS - Rel. Min. Gurgel de Faria	342
Benefício previdenciário - Restituição - Necessidade - Desconto de até 30% sobre eventual benefício a ser pago - Tema 692/STJ - Recursos repetitivos - Tutela antecipada - Revogação posterior - Ocorrência.	
SEGUNDA TURMA	351
AREsp n. 2.341.141-MA - Rel. Min. Francisco Falcão	353

Agravo de instrumento - Não cabimento - Apelação - Inadmissão de processamento - CPC, art. 1.015 - Inaplicabilidade - Princípio da fungibilidade recursal - Inaplicabilidade - Tema 988/STJ - Recursos repetitivos.	
REsp n. 1.882.934-SP- Rel. Min. Mauro Campbell Marques	356
Passe livre em praça de pedágio sob administração estadual - Auditor-fiscal do Trabalho - Impossibilidade - Decreto n. 4.552/2002, art. 34 - Ilegalidade - Poder regulamentar - Extrapolação.	
REsp n. 1.902.438-DF - Rel. Min. Afrânio Vilela.....	396
Improbidade administrativa - Coisa julgada - Violação - Ocorrência - Cumprimento de sentença - Pena de perda da função pública - Conversão para cassação da aposentadoria - Impossibilidade.	
REsp n. 1.989.778-MT - Rel. Min. Assusete Magalhães.....	402
Indenização - Cabimento - Ausência de perturbação à paz social ou de impactos relevantes sobre comunidade local - Irrelevância - CF/1988, art. 225, § 3º - Dano moral coletivo - Caracterização - Desmatamento de floresta nativa do bioma Amazônico - Lei n. 6.938/1981, art. 14, § 1º - Princípio da tolerabilidade - Inaplicabilidade - Súmula n. 629/STJ.	
REsp n. 2.083.016-SC - Rel. Min. Assusete Magalhães	432
Dano ambiental - Reparação - Imprescritibilidade - Dano interino ou intercorrente - Caracterização - Edificação de imóvel em Área de Preservação Permanente (APP) - Autorização ou licença - Inexistência - Tema 999/STF - Repercussão Geral.	
SEGUNDA SEÇÃO	471
CC n. 199.890-MG - Rel. Min. Marco Buzzi	473
Competência - Ação reparatória por danos morais - Autora empresa pública federal - Réu sindicato - CF/1988, art. 105. I, d - Justiça Federal Comum - Ofensa à imagem - Questão controvertida - natureza jurídica delimitada pelo pedido e causa de pedir.	
TERCEIRA TURMA	481
REsp n. 1.954.441-SP - Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze.....	483
Recuperação judicial - Habilitação de crédito - Crédito em moeda estrangeira	

	- Inclusão no quadro-geral de credores na própria moeda em que constituído - Atualização até o pedido de recuperação - Possibilidade - Disparidade entre valor do crédito e da obrigação que o originou - Conservação da variação cambial - Necessidade - Lei n. 11.101/2005, arts. 9º, II, 38, e 50, § 2º.	
REsp n. 2.032.932-SP - Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva	Nome comercial - Uso indevido - Concorrência desleal - Caracterização - Contratação de <i>links</i> patrocinados - Ferramenta <i>Google AdWords</i> - Inserção de nome empresarial como palavra-chave - Súmula n. 284/STF.	495
REsp n. 2.037.095-SP - Rel. Min. Moura Ribeiro	Contrato de mútuo - Estímulo da atividade da empresa tomadora - Não ocorrência - Inoponibilidade das exceções pessoais - Inaplicabilidade à massa falida da sociedade participante do negócio jurídico - Negócio jurídico simulado - Caracterização - Nulidade - Ocorrência - Terceiro de boa-fé - Não configuração - Vício de consentimento - Dolo - Ausência.	519
REsp n. 2.053.240-SP - Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze.....	Recuperação judicial - Dívida tributária - Equacionamento - Condição à concessão da recuperação - Interesse público - Princípio da proporcionalidade - Observância - Lei n. 11.101/2005, arts. 57 e 73, V - Lei n. 14.112/2020 - Regularidade fiscal - Empresa recorrente - Comprovação - Necessidade - Regularidade fiscal com Estado, Município e Distrito Federal - Lei local específica - Necessidade.	564
REsp n. 2.054.411-DF - Rel. Min. Moura Ribeiro.....	Contrato preliminar ou ajuste prévio - Prevalência de eficácia jurídica - Impossibilidade - Autonomia da vontade das partes - Observância - Contrato definitivo - Pactuação de obrigações diferentes - Possibilidade.	599
REsp n. 2.059.464-RS - Rel. p/ acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva	Recuperação judicial - Plano de recuperação - Cláusula que prevê a suspensão da exigibilidade das garantias - Oponibilidade apenas a credor que a aprovou, sem ressalva.	610
REsp n. 2.082.860-RS - Rel. Min. Nancy Andrighi	Bem de família - Impenhorabilidade - Inaplicabilidade - CPC, art. 833, § 1º - Dívida contraída para reforma de imóvel residencial - Lei n. 8.009/1990, art. 3º, II.	655

REsp n. 2.100.646-DF - Rel. Min. Nancy Andrighi.....	662
<p>Contrato de prestação de serviços educacionais - Resolução - Não cabimento - Multa por desistência unilateral - Redução - Possibilidade - CDC, art. 6º, V - Desequilíbrio contratual - Configuração - Período da pandemia da COVID-19 - Ocorrência - Teoria da Base Objetiva - Observância.</p>	
REsp n. 2.115.465-MT - Rel. Min. Humberto Martins.....	675
<p>Cumprimento de sentença - Ação de reintegração de posse - Devolução dos autos à origem - Necessidade - Julgamento antecipado da lide - Ocorrência - Lucros cessantes e danos emergentes - Comprovação efetiva - Necessidade - Perícia técnica - Recusa de realização - Princípio da ampla defesa - Observância - Necessidade - Súmula n.7-STJ - Inaplicabilidade.</p>	

TOMO 2

QUARTA TURMA.....	685
AgInt no AgInt no AREsp - 2.049.324-MG - Rel. Min. João Otávio de Noronha...	687
<p>Recuperação judicial - Alienação fiduciária - Bem essencial à atividade da empresa recuperanda - Existência - Consolidação da propriedade em favor do credor - Suspensão - Possibilidade - Lei n. 11.101/2005, art. 47.</p>	
HC n. 828.486-SP - Rel. Min. Raul Araújo.....	697
<p>Execução de alimentos - Ação de exoneração - Ajuizamento anterior - CPC, art. 528 - Devedor - Intimação pessoal - Necessidade - Dívida de alto valor - Oportunidade para justificar atraso ou impossibilidade de pagamento - Não ocorrência - <i>Habeas corpus</i> - Concessão - Prestações pretéritas - Caráter de urgência - Inexistência - Prisão civil - Não cabimento.</p>	
REsp n. 1.785.355-MT - Rel. Min. João Otávio de Noronha.....	707
<p>Recurso especial - Não provimento - Dissídio jurisprudencial - Não ocorrência - Princípio da verdade real dos fatos - Aptidão para impedir extensão da coisa julgada material à situação fática diversa da postulada em juízo - Possibilidade - Similitude fática na interpretação do direito entre os acórdãos confrontados - Não demonstração.</p>	
REsp n. 1.848.922-PR - Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira.....	723
<p>Honorários advocatícios remuneratórios - Cabimento - Advogado de Núcleo de Prática Jurídica - Designação para patrocínio de juridicamente necessitado ou de</p>	

réu revel - Defensoria pública - Impossibilidade de atuação - Lei n. 8.906/1994, art. 22, § 1º - Múnus público - Configuração.	
REsp n. 2.004.822-RS - Rel. p/ acórdão Min. Marco Buzzi	729
Ação de extinção de condomínio de unidade imóvel - Apartamento - CC/2002, art. 205 - Coproprietário - Pretensão de reembolso por despesas de manutenção sobre a coisa comum - Prazo prescricional trienal - Inaplicabilidade.	
REsp n. 2.054.390-SP - Rel. p/ acórdão Min. Maria Isabel Gallotti.....	746
Ação indenizatória por danos morais - Tortura e morte no regime militar - Imprescritibilidade - Impossibilidade - CF/1988, ADCT, art. 8º - Ilegitimidade passiva <i>ad causam</i> - Agente estatal - Lei n. 6.683/1979 - Súmula n. 647/STJ - Inaplicabilidade - Tema 940 - Repercussão geral.	
REsp n. 2.102.676-SP - Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira	803
Honorários advocatícios sucumbenciais - Cabimento - Impugnação ao cumprimento da sentença arbitral - Potencialidade de modificação significativa de execução judicial - Lei n. 9.307/1996, arts. 26, 32 e 33.	
TERCEIRA SEÇÃO	815
REsp n. 1.946.472-PR - Rel. Min. Messod Azulay Neto.....	817
Audiência de instrução e julgamento - Interrogatório do réu - Inversão da ordem - Alcance somente à oitiva das testemunhas - CPP, arts. 222, § 1º; 400; 571, I e II; e 572 - Interrogatório - Último ato instrutório - Caracterização - Nulidade - Alegação - Demonstração de prejuízo - Necessidade - Tema 1.114/STJ - Recursos repetitivos.	
REsp n. 2.083.701-SP- Rel. Min. Sebastião Reis Júnior.....	869
Crime de descaminho - Reiteração delitiva - Ocorrência - Contumácia - Aferição por procedimentos penais e fiscais pendentes de definitividade - CP, art. 64, I - Inaplicabilidade - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Princípio da proporcionalidade - Princípio da razoabilidade - Valor do tributo não recolhido - Irrelevância.	
QUINTA TURMA.....	891
AREsp n. 2.346.755-SP - Rel. Min. Ribeiro Dantas	893
<i>Habeas corpus</i> - Concessão de ofício - Cabimento - Ação penal - Justa causa - Ausência - CPP, art. 395, III - Crime de uso de documento falso para entrada no País - Crime de falsificação de documento público - Pedido para reconhecimento	

	como refugiado - Indeferimento - Ocorrência - Princípio da intervenção mínima - Visto de permanência definitiva - Concessão posterior.	
AgRg no HC n. 834.558-GO - Rel. p/ acórdão Min. Daniela Teixeira		902
	Crime de furto simples - Subtração de 8 (oito) frascos de shampoo - Restituição - Ocorrência - Ação penal - Trancamento - Conduta atípica - Princípio da insignificância - Aplicabilidade - Reiteração delitiva - Irrelevância - Réu tecnicamente primário - Caracterização.	
AgRg no HC n. 838.089-SP - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca.....		919
	Busca pessoal - Legalidade - Busca domiciliar posterior - Impossibilidade - Genitora do paciente - Autorização - Irrelevância - Justa causa - Investigação em curso - Forte cheiro de maconha - Ocorrência - Nada de ilícito encontrado.	
AgRg no REsp n. 2.026.477-SP - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik.....		927
	Regime prisional aberto - Juiz sentenciante - Estabelecimento de condições especiais para a concessão do regime - Possibilidade - CP, arts. 33 e 36, § 1º - Interpretação sistemática - Aplicabilidade - LEP, arts. 110 e 115 - Tratamento ambulatorial - Não configuração.	
AgRg no REsp n. 2.080.317-GO - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik.....		933
	Competência - Crime de lesão corporal no ambiente doméstico - Irmão contra irmã - Demonstração da motivação de gênero - Desnecessidade - Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher - Lei n. 11.340/2006, arts. 5º, I e II, e 40-A - Vulnerabilidade e a hipossuficiência da mulher - Presunção.	
HC n. 778.503-MG - Rel. Min. Daniela Teixeira.....		939
	Tribunal do Júri - Sessão de julgamento - Nulidade - Conselho de sentença - Sistema da íntima convicção - Princípio da plenitude da defesa - Observância - Regras de Mandela - Incidência - Réu - Apresentação em plenário com roupa civil - Possibilidade.	
HC n. 826.977-SP- Rel. p/ acórdão Min. Reynaldo Soares da Fonseca.....		946
	Prescrição - Causa interruptiva - Decisão de tribunal superior - Impossibilidade - CP, arts. 116 e 117, III e IV - Interpretação restritiva - Observância.	
REsp n. 2.026.837-SC - Rel. Min. Messod Azulay Neto.....		974
	Execução penal - Crime hediondo - Crime comum - Disciplinas autônomas - Observância - LEP, art. 112 - Pacote anticrime - Lei 13.964/2019 - Aplicabilidade retroativa - Impossibilidade - Princípio da isonomia - Princípio da individualização da pena - Princípio da irretroatividade da lei maléfica - Regime prisional - Progressão - Tema 1.084/STJ - Recursos repetitivos.	

REsp n. 2.059.742-RS - Rel. Min. Ribeiro Dantas 991
Reabilitação criminal - Não cabimento - Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) - Existência - Irrelevância - Bom comportamento público e privado - Alcance das interações públicas quanto privadas - CP, art. 94, I e II - Crime de estelionato majorado por fraude eletrônica - Recebimento indevido do benefício de auxílio emergencial - Domicílio - Não comprovação com apresentação apenas da Carteira Nacional de Habilitação (CNH).

SEXTA TURMA 999

AgRg no AREsp n. 2.066.247-DF - Rel. Min. Teodoro Silva Santos..... 1001
Mandado de busca e apreensão - Desnecessidade - Crime de tráfico de entorpecentes - Crime permanente - Caracterização - Imóvel alugado para comercialização de drogas - Invasão de domicílio - Não Ocorrência - Tema n. 280/STF - Justa causa - Ocorrência - Réu - Fuga para interior do imóvel.

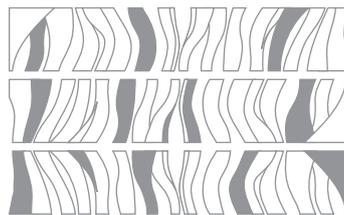
AgRg no HC n. 829.160-SC - Rel. Min. Jesuíno Rissato 1007
(Desembargador Convocado do TJDFR)
Colaboração premiada - Delação premiada - Ausência de voluntariedade de colaborador - Não comprovação - Réu delatado - Impugnação do acordo, suas cláusulas e benefícios - Falta de interesse jurídico - Configuração.

AgRg no HC n. 855.158-SP - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz 1054
Busca pessoal - Ilegalidade - Alegação vaga de nervosismo do réu - CPP, art. 244 - Crime de tráfico de entorpecente - Justa causa - Ausência - *Standard* probatório - Observância.

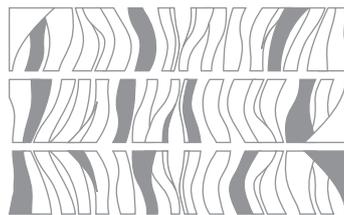
AgRg no RHC n. 168.319-SP - Rel. p/ acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz 1061
Mandado de busca e apreensão domiciliar - Cumprimento em período noturno - Ilegalidade - CPP, art. 245, *caput* - Denúncia - Anulação do recebimento - Impossibilidade - Horário constante do boletim de ocorrência - Hora registrada por câmera de segurança - Divergência - Horário entre 21h e 5h - Lei n. 13.869/2019, art. 22 - Provas colhidas e derivadas - Nulidade.

HC n. 820.075-SC - Rel. Min. Jesuíno Rissato 1086
(Desembargador Convocado do TJDFR)
Prisão preventiva - Prisão domiciliar - Substituição - Impossibilidade - Contemporaneidade da custódia preventiva - Motivos da prisão - Observância - Garantia da ordem pública - Necessidade - Organização criminosa.

HC n. 861.121-GO - Rel. Min. Sebastião Reis Júnior.....	1114
Ação penal - Trancamento - Não cabimento - Conduta atípica - Extinção da punibilidade - Ausência de indícios sobre autoria ou prova da materialidade - Não ocorrência - Crime contra a incerteza do resultado esportivo - Lei n. 14.597/2023, art. 198 - Elementar “competição esportiva” - Ampla abrangência.	
RHC n. 171.361-RJ - Rel. Min. Teodoro Silva Santos	1123
Crime contra a ordem tributária - Falta de justa causa - Ação penal - Trancamento - Indícios mínimos de participação - Ausência - Poder gerencial - Inexistência - Princípio da ampla defesa - Princípio do contraditório - Ofensa - Responsabilização penal objetiva - Vedação - Réu - Desligamento de empresa sonegadora anteriormente ao delito.	
SÚMULAS	1135
663.....	1137
Servidor público federal - Filho inválido - Qualquer idade - Invalidez anterior ao óbito - Lei n. 8.112/1990, art. 217 - Pensão por morte. Súmula n. 663-STJ.	
664.....	1138
Delito de embriaguez ao volante - Condução de veículo automotor sem habilitação - Consunção - Inaplicabilidade - CTB, arts. 306 e 309. Súmula n. 664-STJ.	
665.....	1139
Processo administrativo disciplinar - Controle jurisdicional - Exame da regularidade do procedimento - Legalidade do ato - Lei n. 4.878/1965, art. 52 - Lei n. 8.112/1990, art. 143. Súmula n. 665-STJ.	
ÍNDICE ANALÍTICO	1141
ÍNDICE SISTEMÁTICO	1183
SIGLAS E ABREVIATURAS	1189
REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	1195



Jurisprudência



Corte Especial

**AGRAVO INTERNO NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA N.
3.050-RS (2021/0409553-0)**

Relator: Ministro Humberto Martins

Agravante: Ministério Público Federal

Agravado: União

Advogado: Laura Fernandes de Lima Lira - DF032720

Interes.: Tribunal Regional Federal da 4ª Região

EMENTA

Agravo interno em Suspensão de Liminar e de Sentença – SLS. Estado Ecosocial de Direito. Proteção dos oceanos e dos seus recursos naturais. Pesca da tainha com redes de emalhe anilhado. Política pública pesqueira e aquícola. Função normativa da Administração. Presunção relativa de legitimidade do ato administrativo. Ordenamento do uso ecologicamente sustentável dos recursos pesqueiros. Autonomia político-administrativa. Princípio da proibição de retrocesso. Pressupostos, efeitos e limite temporal da SLS. Art. 4º, § 9º, da Lei n. 8.437/1992.

1. A suspensão de liminar/sentença é providência excepcionalíssima, condicionada à concreta demonstração, pelo requerente, de que a iminente execução do pronunciamento judicial impugnado causa grave e iminente lesão ao interesse público e a bens jurídicos especialmente amparados pela legislação de regência, quais sejam, a *ordem*, a *saúde*, a *segurança* e/ou a *economia públicas* (art. 4º da Lei n. 8.437/1992). Destituída de natureza de recurso – inapta para substituí-lo ou adiantá-lo –, a decisão proferida na SLS não interfere ou reduz, nem muito menos suprime, a livre e estendida cognição das instâncias competentes (recursais ou não) sobre o litígio. Por isso, os juízos da causa não ficam presos ao quanto assentado na SLS, tendo irrestrita autonomia para apreciar e decidir as questões técnico-jurídicas da demanda, inclusive de modo absolutamente diverso.

2. O mar, os espaços naturais a ele associados e os seres vivos dele dependentes – ictiofauna, cetáceos, quelônios, flora marinha,

praias, manguezais, corais, estuários, dunas, cordões arenosos, lagos e lagoas salinas, etc. – são simultaneamente *bens da União* e *bens do patrimônio ambiental* das presentes e futuras gerações. Nessa dupla qualificação, merecem proteção preventiva, precautória, efetiva e urgente, sobretudo em período de incertezas de toda ordem provocadas pela crise da biodiversidade e pela crise das mudanças climáticas. Trata-se de irrenunciável dever de tutela que sujeita tanto o legislador, o administrador e o juiz, como os agentes econômicos e o conjunto da população. Logo, inadmissível que a pesca, atividade das mais antigas e importantes, ameace a sobrevivência das espécies e de processos migratórios reprodutivos, utilize métodos e instrumentos contrários às boas práticas indicadas pela Ciência ou provoque dilapidação ou sobre-exploração, assim empobrecendo o amanhã ético, ecológico, cultural e econômico da humanidade.

3. A legislação ambiental é composta por uma pluralidade de fontes – normas constitucionais, legais e administrativas. Nesse sentido, o *Estado Ecosocial de Direito* não se resume a um Estado *legal* de Direito, pois lastreado, acima da lei, em preceitos constitucionais e, abaixo da lei, em normas administrativas. Essa potestade nomotética, encarregada ao Poder Executivo, além de em nada arranhar o princípio da separação dos poderes, representa condição estrutural e, portanto, imprescindível à efetiva consecução do rol amplíssimo de direitos e obrigações ambientais do ordenamento. Na defesa do meio ambiente e com maior razão no campo dos bens integrantes do patrimônio estatal, como é o mar e os recursos marinhos, o modelo de *Constituição normativa* depende, pois, não de possibilidades invulgares e *ad hoc*, mas de chamamento permanente à intervenção legiferante da administração. No Brasil e no mundo todo, mostra-se impossível, na prática, a aplicação da Constituição e das leis sem a edição de atos regulamentares de *desdobramento substancial, procedimental e organizativo*; de *integração de vazios normativos*; de *complementação* e de *pormenorização*. Cuida-se, em verdade, de poder normativo cujo escopo principal começa com a aplicação da lei, sim, mas que se casa com a imediata e direta efetivação de normas constitucionais garantidoras de direitos e fixadoras de deveres categóricos, muitas vezes com intenso e complexo conteúdo técnico (Resoluções do *Conama* e *Consemas*, Portarias, Instruções Normativas, etc.).

4. À vista disso, *na hipótese dos autos, em tese, não sofre vício formal de origem Portaria sobre pesca editada pelos Ministérios competentes para tal*. Em análise superficial e provisória, nesta SLS afigura-se caracterizada potencial lesão à economia pública, na medida em que o juiz, ao que parece, substituiu a administração na execução da política pública pesqueira e aquícola, inclusive em relação a embarcações tipicamente artesanais e sem propósitos comerciais. Não foram apresentados argumentos robustos que pudessem infirmar, no geral, a decisão agravada. Importante realçar que aqui não se impede, inviabiliza ou enfraquece análise completa do mérito pelo Tribunal de apelação e pelo próprio STJ, instâncias que terão condições de, com abrangência, debruçar-se sobre as múltiplas questões deduzidas na ação civil pública. Em síntese, a parte agravante não apontou situações específicas ou dados concretos que, em SLS (e só no seu âmbito), efetivamente, pudessem demonstrar que o comando judicial atual não deve prevalecer quanto ao reconhecimento de violação, em tese e em juízo não peremptório, de bens jurídicos resguardados pela legislação de regência.

5. A suspensão, nos termos do § 9º do art. 4º da Lei n. 8.437/1992, vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal ou até outro prazo fixado pelo Presidente do Tribunal. No caso sob exame, deve vigor somente até o julgamento do recurso (AREsp n. 2.312.232/RS, Segunda Turma do STJ). Precedentes.

Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Herman Benjamin acompanhando o Relator e os votos dos Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Sebastião Reis Júnior, Joel Ilan Paciornik, Francisco Falcão, Nancy Andrighi, Laurita Vaz e João Otávio de Noronha, no mesmo sentido, por unanimidade, negar provimento ao agravo.

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Maria Isabel Gallotti, Sebastião Reis Júnior, Joel Ilan Paciornik, Francisco Falcão,

Nancy Andrighi, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Paulo de Tarso Sanseverino.

Aposentados os Srs. Ministros Felix Fischer e Jorge Mussi.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Brasília (DF), 04 de outubro de 2023 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Presidente

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 12.12.2023

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de agravo interno interposto pelo *Ministério Público Federal*, às fls. 1.058-1.073, contra decisão de fls. 1.044-1.054, a qual deferiu o pedido para sustar a decisão proferida no Pedido de Efeito Suspensivo à Apelação n. 5011638-29.2019.4.04.0000, em trâmite no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, até o trânsito em julgado do mérito da ação principal.

Alega que a determinação judicial que vedou à União a edição de normas relacionadas ao uso sustentável dos recursos pesqueiros sem observância do disposto no art. 12, § 2º, I, da Lei n. 13.502/2017 (obrigatória gestão conjunta entre o Ministério do Meio Ambiente e o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento) em nada é alterada com a posterior revogação decorrente da MP n. 870, de 1º/1/2019, convertida na Lei n. 13.844, de 18/6/2019.

Aduz que o comando judicial, impugnado por meio da suspensão, tem por objetivo tornar explícita a obrigação da União em editar normas acerca do uso sustentável dos recursos pesqueiros que versem sobre o esforço de pesca sustentável, os regimes de acesso, a captura total permissível, os períodos de defeso, as temporadas de pesca, os tamanhos de captura, as áreas interdidadas ou de reservas, as artes, os aparelhos, os métodos e os sistemas de pesca e cultivo, bem como acerca da proteção de indivíduos em processo de reprodução ou recomposição de estoques.

Assevera que, ainda que se admita a possibilidade de edição de novas normativas de acordo com a Lei n. 13.844/2019, a referida alteração legal

da competência regulamentar não atingiria a eficácia da segunda obrigação determinada no comando judicial impugnado, que enfoca o controle do aumento de esforço da frota de emalhe anilhado sobre as agregações reprodutivas da tainha, com redes de cerco no corredor reservado à migração da espécie

Sustenta que a determinação do Poder Judiciário para estabelecer vedação ao aumento do esforço de pesca da tainha na modalidade de emalhe anilhado está embasada em estudos técnicos. Esses estudos demonstram a insuficiência de adoção do controle por meio de cotas, uma vez que tal sistema não regulamentaria e restringiria a captura da espécie com redes de emalhe anilhada, modalidade de conhecido e aumentado potencial predatório.

Argumenta que a decisão agravada incorre em ponderação principiológica divorciada da realidade técnica apresentada nos autos, resultando em inadmissível retrocesso na proteção ambiental conferida à espécie, destacando que não há adequada proteção da economia pública sem a correlata promoção do direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

A União, em contrarrazões ao agravo interno (fls. 1.078-1.082), assevera que a decisão suspensa inibe a aplicação de lei federal, sem declarar sua inconstitucionalidade e sem indicar a ilegalidade ou o desvio de finalidade da atuação administrativa, determinando que a administração pública se absteresse de editar atos normativos acerca do uso sustentável dos recursos pesqueiros, sem a participação do Ministério do Meio Ambiente.

Sustenta que a decisão impugnada na suspensão implica, de forma equivocada, que a administração atue nos termos da revogada Lei n. 13.502, de 2017, que previa a *competência conjunta* na elaboração das normas da Secretaria Especial da Aquicultura e da Pesca e do Ministério do Meio Ambiente, desconsiderando a nova regulamentação trazida pela Medida Provisória n. 870, de 1º de janeiro de 2019, convertida na Lei n. 13.844, de 2019, que extinguiu a Secretaria Especial da Aquicultura e da Pesca da Presidência da República, transferindo suas atribuições ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – *Mapa*.

Aduz que há lesão à ordem pública, na sua acepção administrativa, na medida em que restaurou a competência conjunta da gestão dos recursos pesqueiros, expressamente revogada pela legislação vigente, substituindo-se ao legislador e ao administrador, infringindo o princípio da separação dos poderes.

Alega, ainda, que a obrigação determinada de controle do aumento de esforço da frota de emalhe anilhado sobre as agregações reprodutivas da tainha,

que atua com redes de cerco no corredor reservado à migração da espécie, configura nítida ingerência do Poder Judiciário, segundo argumenta, no mérito da política a cargo do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.

Por fim, pontua que há graves *danos à economia pública*, conforme demonstrado na Nota Técnica n. 113/2021/DEPOP/SAP/MAPA, com prejuízos à arrecadação tributária e à comunidade local, tanto pescadores quanto os setores de alimentação e turismo.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Sabe-se que a suspensão de liminar/sentença é providência excepcionalíssima, condicionada à concreta demonstração, pelo requerente, que a iminente execução do pronunciamento judicial impugnado causa grave lesão ao interesse público e a bens jurídicos especialmente amparados pela legislação de regência, quais sejam, a *ordem*, a *saúde*, a *segurança* e/ou a *economia públicas* (art. 4º da Lei 8.437/1992). Destituída de natureza de recurso – inapta para substituí-lo ou adiantá-lo –, a decisão proferida na SLS não interfere ou reduz, nem muito menos suprime, a livre e estendida cognição das instâncias competentes (recursais ou não) sobre o litígio. Por isso, os juízos da causa não ficam presos ao quanto decidido na SLS, tendo irrestrita autonomia para apreciar e decidir as questões técnico-jurídicas da demanda, inclusive de modo absolutamente diverso.

Não tendo natureza jurídica de recurso, não propicia a devolução do conhecimento da matéria para eventual reforma. Sua análise deve restringir-se à verificação provisória e superficial de possível lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, sem adentrar o mérito da causa principal, de competência das instâncias ordinárias.

Anoto, inicialmente, que o mar, os espaços naturais a ele associados, e os seres vivos dele dependentes – ictiofauna, cetáceos, quelônios, flora marinha, praias, manguezais, corais, estuários, dunas, cordões arenosos, lagos e lagoas salinas, etc. – são simultaneamente *bens da União* e *bens do patrimônio ambiental* das presentes e futuras gerações. Nessa dupla qualificação, merecem proteção preventiva, precautória, efetiva e urgente, sobretudo em período de incertezas de toda ordem provocadas pela crise da biodiversidade e pela crise das mudanças climáticas. Trata-se de irrenunciável dever de tutela que sujeita tanto o legislador, o administrador e o juiz, como os agentes econômicos e o conjunto da população.

Logo, inadmissível que a pesca, atividade das mais antigas e importantes, ameace a sobrevivência das espécies e de processos migratórios reprodutivos, utilize métodos e instrumentos contrários às boas práticas indicadas pela Ciência, ou provoque dilapidação ou sobre-exploração, assim empobrecendo o amanhã ético, ecológico, cultural e econômico da humanidade.

O primeiro ponto a ser analisado é *se o Poder Executivo tem competência para editar normas de regulação da pesca ecologicamente sustentável. A resposta é positiva.*

A legislação ambiental é composta por uma pluralidade de fontes – normas constitucionais, legais e administrativas. Nesse sentido, o *Estado Ecosocial de Direito* não se resume a um Estado *legal* de Direito, pois lastreado, acima da lei, em preceitos constitucionais e, abaixo da lei, em normas administrativas. Diferentemente dos esquemas conceituais do superado modelo de Administração do Estado liberal, no traçado das *Constituições normativas*, como a brasileira, observa-se profuso e irresistível exercício de *função normativa administrativa*. Esta potestade nomotética, encarregada ao Poder Executivo, além de em nada arranhar o princípio da separação dos poderes, representa condição estrutural e, portanto, imprescindível à efetiva consecução do rol amplíssimo de direitos e obrigações ambientais do ordenamento.

O desenho do Estado Ecosocial de Direito estampa, como direção e acréscimo à lei, preceitos constitucionais com força vinculante e de implementação incontinenti, que veiculam políticas e objetivos *globais* e *holísticos*, vocalizados por meio de numerosos, explícitos e cristalinos direitos e deveres. Conferem estes legitimidade e vigor à ação normativa da administração, aflorada como caminho para a concretização dos desideratos maiores do próprio legislador parlamentar. Na defesa do meio ambiente e com maior razão no campo dos bens integrantes do patrimônio estatal, como é o mar e os recursos marinhos, o modelo de Constituição normativa depende, pois, não de possibilidades invulgares e *ad hoc*, mas de chamamento permanente à intervenção legiferante da Administração.

Quando a norma constitucional ou legal decreta inequívocas *obrigações-fim* ou *obrigações-de-resultado* (valores e objetivos primordiais e compulsórios), seguramente cumpre à administração, excetuada vedação explícita, aprofundar ou mesmo delinear as *obrigações-meio*, de sorte a, por inteiro, viabilizar os *desígnios* pré-estabelecidos pelo legislador, pois, no *ambiente legislativo do ambiente natural*, coisa alguma se admite fique no discurso retórico ou vire letra morta. Eis aí o vasto espaço normativo da administração ambiental, potestade regulamentária insculpida na Constituição (função *originária*, por conseguinte,

do Poder Executivo, enunciada pelo constituinte no art. 23, incisos VI e VII, acoplado às “incumbências” estatais listadas no art. 225, 1º, entre outros).

Convidada, às vezes, explicitamente na lei (o que não é requisito para o seu exercício), a potestade normativa justifica-se, entre outros motivos, pela incapacidade do legislador ordinário de estipular até os últimos detalhes a disciplina de uma dada matéria, daí se ater ao regramento do núcleo essencial do regime de obrigações e direitos. Realmente, no Brasil e no mundo todo, mostra-se impossível, na prática, a aplicação da Constituição e das leis sem a edição de atos regulamentares de *desdobramento substancial, procedimental e organizativo*; de *integração de vazios normativos*; de *complementação* e de *pormenorização*. A meta forçosa, certamente compreensível, é converter em operativos e eficazes preceitos constitucionais e legais pela via da potestade regulamentar, em situações nas quais esse múnus desponta, por razões de necessidade, bom senso, pragmatismo e outras tantas (reação rápida e pontual na atualização emergencial, caráter hipertécnico ou plurifacetado da norma, etc.).

Por outro lado, parece evidente que a potestade nomotética da administração não se circunscreve à mera repetição supérflua da norma-mãe, tampouco se cinge a estabelecer meios instrumentais, ou à pura execução material da lei ou regulação técnica. Cuida-se, em verdade, de poder normativo cujo escopo principal começa com a aplicação da lei, sim, mas que se casa com a imediata e direta efetivação de normas constitucionais garantidoras de direitos e fixadora de deveres categóricos, muitas vezes com intenso e complexo conteúdo técnico (Resoluções do *Conama* e *Consemas*, Portarias, Instruções Normativas, etc.).

Obviamente, a regulação administrativa ambiental, no que tange ao controle da juridicidade da sua intensidade e extensão, deve ser *secundum legem*, pressupondo congruência com os preceitos da Constituição e das leis, vale dizer, não pode contradizê-las ou atrofiá-las, sempre respeitando a ordenação básica da matéria pelo legislador parlamentar. Submete-se, para tanto, a *standards* de controle com base em cânones conhecidos: princípio da constitucionalidade e da legalidade, inclusive quanto ao respeito aos parâmetros e pisos *mínimos* de proteção; princípio da primazia ou preferência da lei (princípio *pro lege*); princípio da proibição de retrocesso (inclusive quanto a eventuais Planos de Gestão existentes); princípios da prevenção e da precaução; princípio *in dubio pro natura*.

Cito precedente de minha relatoria, na mesma linha:

Administrativo e Processual Civil. Direito Ambiental. Análise de princípios constitucionais. Impossibilidade. Omissão inexistente. Ação civil pública. Dano

ambiental. Área de preservação permanente. Terreno de marinha. Restinga. Competência do Conama na edição de resoluções que objetivem o controle e a manutenção do meio ambiente. Edificação em desacordo com a legislação ambiental. Revolvimento de fatos e provas. Impossibilidade. Incidência da Súmula 7/STJ. Aplicação do novo Código Florestal. Ausência de prequestionamento. Súmulas 282 e 356 do STF. Irretroatividade. Aplicação imediata.

1. A apreciação de suposta violação a princípios constitucionais não é possível na via especial, nem à guisa de prequestionamento, porquanto matéria reservada, pela Carta Magna, ao Supremo Tribunal Federal.

(...)

6. Possui o *Conama* autorização legal para editar resoluções que visem à proteção do meio ambiente e dos recursos naturais, inclusive mediante a fixação de parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente.

(...)

Recurso especial improvido.

(REsp n. 1.462.208/SC, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 6/4/2015.)

O segundo ponto a ser apreciado diz respeito à *pertinência do deferimento da SLS pela decisão ora agravada*.

No caso em tela, não foram apresentados argumentos robustos que pudessem infirmar os fundamentos da decisão impugnada de que ficou caracterizada a ocorrência de grave lesão aos bens amparados pela lei de regência, na medida em que se demonstrou que a condenação da União, por meio do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, de se abster de editar atos administrativos relacionados ao ordenamento do uso sustentável dos recursos pesqueiros, dentro de sua competência normativa.

Outrossim, não se conseguiu invalidar, no que importa, a fundamentação apresentada na decisão impugnada, de ocorrência de aparente grave lesão (juízo provisório) aos bens resguardados pela lei de regência, na medida em que o Poder Judiciário teria interferido na execução da política pública pesqueira e aquícola.

A simples alegação de que não foi provada lesão aos bens jurídicos da legislação de regência para o deferimento da suspensão, sem uma narração fática com comprovação do alegado, não revoga a fundamentação construída de verificação de lesão à ordem, à saúde e à economia públicas.

Ressalte-se, de toda sorte, que a suspensão, além de não se representar sucedâneo recursal, como já referido, não comporta dilação probatória para

análise da matéria de fundo, que parece ser objetivo da parte agravante ao desejar discutir, neste incidente processual, o mérito do acerto ou não da postura administrativa tomada. Enfatize-se que a análise aqui feita é restrita à verificação da existência de violação de bens jurídicos da legislação de regência. Toda a discussão de mérito fica reservada ao Recurso Especial, já em tramitação no STJ.

Impende enfatizar, de toda forma, que os novos argumentos não invalidam a fundamentação já apresentada na decisão agravada, uma vez que continua hígido o raciocínio jurídico no sentido de que não pode haver interferência indevida do Poder Judiciário na esfera de competência do Poder Executivo, sem a caracterização de desvio de finalidade e outros vícios a parâmetros constitucionais, legais e principiológicos, que poderiam justificar uma tomada de decisão substitutiva. Evidentemente, a administração não pode tudo, devendo, em casos desse jaez, respeitar o princípio da proibição de retrocesso, entre outros cânones do Direito Ambiental.

Na decisão agravada, afirmei que “a decisão que examina o pedido de suspensão não pode afastar-se totalmente do mérito da demanda de origem. É permitido um juízo mínimo de deliberação a respeito da questão de fundo da ação originária, com o objetivo de verificar a plausibilidade do direito, tudo com o fito, por fim, de obstar que o instituto processual da suspensão de liminar e de sentença sirva indevidamente para a conservação de situações ilegítimas”. Arrematei lembrando que não se pode “descurar da expertise da administração pública na área pesqueira e aquícola e de sua análise técnica com relação às consequências fáticas da prestação de tal atividade para a comunidade” e que “há também afronta à economia pública, porquanto foram descritas hipóteses, como se vê na Nota Técnica n. 113/2021/DEPOP/SAP/MAPA, que podem causar impactos negativos ao erário, com prejuízos à arrecadação tributária estatal, bem como prejuízos financeiros à comunidade de pescadores”.

Em suma, *na hipótese dos autos, em tese, não sofre vício formal de origem Portaria sobre pesca editada pelos Ministérios competentes para tal*. Em análise superficial e provisória, nesta SLS afigura-se caracterizada potencial lesão à economia pública, na medida em que o juiz, ao que parece, substituiu a administração na execução da política pública pesqueira e aquícola, inclusive em relação a embarcações tipicamente artesanais e sem propósitos comerciais. Não foram apresentados argumentos robustos que pudessem infirmar, no geral, a decisão ora impugnada. Importante realçar que a presente decisão não impede, inviabiliza ou enfraquece análise completa do mérito pelo Tribunal de apelação e pelo próprio STJ, instâncias que terão condições de, com abrangência, debruçar-

se sobre as múltiplas questões deduzidas na ação civil pública. Em síntese, a parte agravante não apontou situações específicas ou dados concretos que, em sede de SLS (e só aqui), efetivamente pudessem demonstrar que o comando judicial atual não deve prevalecer com relação ao reconhecimento de violação, em tese e em juízo não peremptório, de bens jurídicos resguardados pela legislação de regência.

Assim, deve ser mantida a decisão proferida às fls. 1.044-1.054, com ajustes de fundamentação apresentados pelo Ministro Herman Benjamin, em seu voto-vista, cujos efeitos devem vigor até o julgamento do AREsp n. 2.312.232/RS pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como penso. É como voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Ação civil pública. Direito Ambiental. Agravo interno. Suspensão de liminar e de sentença. Proteção do mar. Juiz planetário. Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Aquicultura e da Pesca. Lei 11.959/2009. Pesca da tainha na modalidade de emalhe anilhado. Anomia jurídico-ecológica. Princípio da proibição de retrocesso.

Histórico da demanda

1. Trata-se de Suspensão de Liminar e de Sentença. Em primeiro grau, os pedidos formulados na Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal foram julgados parcialmente procedentes, com dois comandos autônomos dirigidos à União: a) ao editar atos normativos de ordenamento da fruição ecologicamente sustentável dos recursos pesqueiros, respeitar a *competência conjunta* do Ministério da Pesca e da Aquicultura e do Ministério do Meio Ambiente e Mudança do Clima; e b) na concessão/renovação das autorizações/permissoes para a pesca da tainha (*Mugil liza*), observar uma série de restrições, inclusive vedação da pesca com redes de emalhe anilhado.

Proteção jurídica do mar e pesca ecologicamente sustentável

2. Os especialistas ensinam que a biosfera e a humanidade dependem, de maneira umbilical, dos oceanos, circunstância tão evidente quanto menosprezada por governantes e pela população,

inclusive a litorânea. Somente nas últimas décadas do Século XX o ambiente marinho inseriu-se no *núcleo-duro* das questões proeminentes do Direito contemporâneo (o mar como realidade jurídico-ecológica), reação bem-vinda, embora tardia e até agora de progresso insuficiente. Muito dessa evolução legislativa se deve ao descrédito de facetas inexatas do saber tradicional, por séculos imputadas aos oceanos: inesgotabilidade natural (o mar sem fim), segregação dos ambientes continentais (a disjunção entre terra e oceanos e destes entre si), resiliência interminável e correlata imunidade à devastação antropogênica irreversível (o mar como antítese de fragilidade, capaz de repelir abusos e se autodepurar e regenerar).

3. A pesca predatória – industrial ou não, comercial ou não – encarna um dos comportamentos mais destrutivos no vasto e heterogêneo rol de atentados à integridade ecológica dos oceanos, rios, lagos e áreas úmidas, sinônimo simultaneamente de saque ao patrimônio público e de enfraquecimento das bases da comunidade da vida aquática.

4. Segundo a Lei 11.959/2009, é *objetivo* da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Aquicultura e da Pesca “a preservação, a conservação e a recuperação dos recursos pesqueiros e dos ecossistemas aquáticos” (art. 1º, inciso III). Além disso, o exercício da atividade pesqueira depende de “prévio ato autorizativo”, que pode ser emitido unicamente (pressuposto obrigatório) se perpetuada “a proteção dos ecossistemas e a manutenção do equilíbrio ecológico, observados os princípios de preservação da biodiversidade e o uso sustentável dos recursos naturais” (art. 5º, *caput* e inciso I). Não bastassem esses dispositivos legais – férreos e inafastáveis cânones de controle –, o legislador previu, genericamente, a possibilidade de interdição transitória, periódica ou permanente da pesca, quando crucial à garantia “de espécies, áreas ou ecossistemas ameaçados” e “do processo reprodutivo das espécies e de outros processos vitais para a manutenção e a recuperação dos estoques pesqueiros” (art. 6º, I e II). Por fim, estabeleceu, em *numerus apertus*, situações singulares em que “o exercício da atividade pesqueira é proibido”, embargo absoluto e eficaz em si mesmo, sem possibilidade de exceção, classe na qual se incluem “petrechos, técnicas e métodos” considerados “predatórios” pelos *experts*, mesmo que omissa, contraditória ou até permissiva a norma administrativa então vigente (art. 6º, § 7º, *d*).

Mar e juízes

5. Acelerada nas últimas décadas, a tragédia do mar demanda atenção imediata e ação urgente do Estado, inclusive do Judiciário. O despertar científico, ético e jurídico para a imprescindibilidade de cuidar do ambiente marinho, em seus múltiplos aspectos, haverá de influenciar não só o Direito, mas igualmente o ofício judicial. Trata-se de convocação inequívoca e enfática que provém não mais de apelos à sensibilidade e à lucidez episódicas de juízes isolados, mas de pronunciamentos peremptórios do legislador internacional e nacional. Numerosos entraves turvarão a mente do juiz ao decidir conflitos humanos por recursos naturais no Planeta Azul. Pela gravidade dos erros de julgamento que podem induzir, três deles de pronto chamam a atenção: ignorar os avisos da ciência, esperar a ocorrência do dano para só então intervir, e aceitar, como preço inevitável a pagar pela prosperidade econômica, a obliteração da comunidade da vida e de *habitat* aquáticos.

6. Até recentemente, história, cultura, obscurantismo e legislação deficiente contribuíam para que o Judiciário desse mínima ou nenhuma significância aos oceanos; traço previsível, pois *os juízes 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, pior, em ingênuos auxiliares indiretos, primeiro da transmutação dos oceanos em lixeira do mundo; segundo, da extração irresponsável 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, da impunidade de crimes em larga escala contra a comunidade da vida e *habitat* marinhos, especialmente no alto-mar, imunidade derivada tanto de regime jurídico atrofiado e incerto, como de ausência de jurisdição estatal – *anomia jurídico-ecológica marinha* (o mar sem lei), concepção siamesa da *anomia jurídico-ecológica terrestre* (a terra sem lei).

Poder normativo da União na pesca

7. Sobre o poder normativo da União no campo da pesca, duas questões estão postas na presente demanda: a) se teria a União competência para editar atos de disciplina da temática; b) sendo

afirmativa a resposta, se poderia fazê-lo por ato apenas do Ministério da Pesca e Aquicultura, com exclusão do Ministério do Meio Ambiente e Mudanças Climáticas.

8. À União incumbe, sem dúvida, editar atos de disciplina da utilização ecologicamente sustentável dos espaços e recursos naturais, inclusive dos marinhos e da pesca em geral. A legitimidade do exercício dessa potestade depende de *requisitos formais e substantivos*. Entre eles – de tão intuitivo nem precisaria rememorar –, sobressai o condicionamento funcional do Estado a atuar *sempre para fortalecer e nunca para corroer* a custódia jurídica do meio ambiente e de seus elementos, já que são eles constitucional e legalmente tutelados com clareza e veemência.

9. Na esfera ambiental, jamais se admite que a Administração Pública, no desempenho de sua potestade regulamentar, direta ou indiretamente reduza o patamar constitucional/legal de tutela do meio ambiente, enfraqueça ou inviabilize a sua implementação. Tocalhe, na direção inversa, estipular escudos *mais rigorosos e minuciosos* que os previstos especificamente na própria lei, na esteira do extenso mandamento da Constituição Federal. Não é outro o sentido da jurisprudência do STF: “Ao fixar *parâmetros mínimos* de proteção de um direito fundamental, a Lei n. 12.651/2012 não impede que as autoridades administrativas ambientais, mediante avaliação técnica, prevejam *critérios mais protetivos*. O que *não se pode é proteger de forma insuficiente ou sonegar completamente o dever de proteção ...* Bem compreendida, a Lei n. 12.651/2012 apresenta condições mínimas de parametrização das áreas de preservação permanente. Não ostenta necessariamente, todavia, eficácia preemptiva de atividade normativa do órgão ambiental que, no exercício legítimo de competência outorgada pelo legislador, *venha a impor, com base em critérios técnicos, controles mais rígidos*” (ADPF 747/DF, Rel. Ministra Rosa Weber, Plenário, DJe 10.1.2022, grifo acrescentado).

10. Atualmente, o poder administrativo normativo na pesca é de *competência conjunta*, prevista nos arts. 36, XIII, e 39, VI, da Lei 14.600/2023, promulgada após a decisão desta SLS, objeto do presente Agravo. Ao que parece, a controvérsia sobre esse ponto da SLS encontra-se *prejudicada*, diante da agora expressa previsão legal

de gestão compartilhada entre o Ministério do Meio Ambiente e Mudanças do Clima e o Ministério da Pesca e Aquicultura. Os dois Ministérios, unidos, até mesmo já editaram um novo ato, a Portaria Interministerial MPA/MMA n. 1/2023.

Pesca da tainha com redes de emalhe anilhado

11. Quanto ao *segundo comando* da sentença – articulação de firmes critérios para a concessão/renovação das autorizações/permissões para a pesca da tainha (*Mugil liza*) na modalidade de emalhe anilhado –, como já há Recurso Especial distribuído ao STJ (AREsp 2.312.232/RS), *o provimento da SLS, nessa parte, não traz prejuízos irreversíveis*. Isso porque caberá à Segunda Turma do STJ, *caso o Recurso Especial possa ser conhecido*, analisar, sob todos os ângulos, a fiel convergência da Portaria impugnada ao inarredável dever constitucional e legal da União de assegurar efetivamente a ictiofauna, máxime a ameaçada de extinção, migratória ou a que sofra redução de estoques, prudência exacerbada em relação à *pesca industrial* (aberta ou disfarçada), cujos impactos, via de regra, são maiores do que a pesca desportiva e de subsistência. Em outras palavras, não será na alçada de SLS, em que se veda cognição de mérito da demanda, que se investigarão questões técnico-jurídicas envolvidas e se o ato contestado reduz ou sonega, na prática, o dever de amparar esse importante componente do meio ambiente marinho ou se viola o *princípio da proibição de retrocesso*. Por outro lado, segundo a jurisprudência do STJ, o exame das matérias do fundo da demanda, *dependentes de prova técnica*, pertence às instâncias ordinárias, e não a Recurso Especial e Extraordinário, tampouco à SLS.

Validade temporal da SLS

12. Por derradeiro, fica a ponderação ao eminente Relator de que, na esteira de jurisprudência da Corte Especial, a abrangência temporal do deferimento da SLS perdure somente até o julgamento do aludido Agravo em Recurso Especial, já distribuído (AREsp 2.312.232/RS).

Conclusão

13. Ante o exposto, com sugestão de limitação dos efeitos temporais da SLS, ***acompanho*** o eminente Relator para, no principal, *negar provimento ao Agravo Interno*.

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de pedido de Suspensão de Liminar e de Sentença – SLS proposto pela União contra acórdão da 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que, ao julgar Agravo Interno do Ministério Público Federal contra decisão que concedera efeito suspensivo ao recurso de Apelação, *restabeleceu a eficácia imediata da sentença* proferida em Ação Civil Pública.

Em primeiro grau, os pedidos formulados na Ação Civil Pública, em extensa e complexa petição inicial da Procuradora da República *Anelise Becker*, foram julgados parcialmente procedentes por meticulosa e exaustiva sentença do Juiz Federal *Adérito Martins Nogueira Júnior*, com dois comandos autônomos dirigidos à União: a) ao editar atos de ordenamento do uso ecologicamente sustentável dos recursos pesqueiros, respeitar a *competência normativa conjunta* do Ministério da Pesca e da Aquicultura e do Ministério do Meio Ambiente e Mudança do Clima; e b) na concessão/renovação das autorizações/permissões para a pesca da tainha (*Mugil liza*), observar uma série de restrições, inclusive vedação de redes de emalhe anilhado.

A Presidência do Superior Tribunal de Justiça deferiu o pedido para sustar os efeitos da decisão proferida no Pedido de Efeito Suspensivo à Apelação, então em trâmite no Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

No essencial, defende o Ministério Público Federal que a União não pode inovar no ordenamento da pesca da *tainha*, de forma a *ampliar a sua captura*. É que, segundo dados do *Ibama*, o declínio de disponibilidade da *sardinha verdadeira* causou aumento do esforço da frota de pesca de cerco sobre a tainha a partir do ano 2000. Tudo impulsionado pela valorização e exportação das ovas de tainha durante o período de agregação e migração reprodutiva.

Em decorrência disso, já em 2004, a tainha foi classificada pelo Ministério do Meio Ambiente como *espécie sobrepesada*, integrante do Anexo II da Instrução Normativa 5, de 21 de maio de 2004, o que exigiu a elaboração de Plano de Gestão, em prazo de cinco anos. Em 2013, a tainha foi reconhecida pelo ICMBio como *quase ameaçada de extinção*, o que torna razoáveis e imprescindíveis medidas duras voltadas a evitar o incremento de captura, não apenas pelo prisma do cuidado com a fauna (promoção do manejo ecológico da espécie e vedação de práticas que coloquem em risco sua função ecológica, consoante a letra expressa do art. 225, § 1º, I e VII, da Constituição Federal), mas bem assim para garantir a sustentabilidade econômica da atividade pesqueira.

As informações prestadas pelo *Ibama* ressaltam as dessemelhanças entre a *pesca com rede de emalhe*, tradicionalmente associada aos pescadores artesanais, e

a *pesca com rede de emalhe anilhada*, modalidade introduzida no ordenamento da atividade pesqueira pela Instrução Normativa MPA 4/2013.

Segundo a Relatora do acórdão em questão, Desembaragadora Federal *Vânia Hack de Almeida* – magistrada experiente, admirada tanto pelo seu conhecimento jurídico, como pela prudência e comedimento que imprime aos seus julgados –, a pesca com redes de emalhe anilhado “usa o anilhamento para não ocorrer a fuga dos peixes, resultando na transformação de uma rede de emalhe de pesca passiva numa rede de cerco, ou seja, de pesca ativa a qual eleva a produtividade da captura e, por conseguinte, o impacto sobre a espécie, pois, ao cercar um cardume inteiro e retirá-lo, são atingidas também as tainhas em reprodução. O histórico do permissionamento da pesca na modalidade de emalhe anilhado demonstra que a União, principalmente por meio do Ministério da Pesca e Aquicultura, deixou de normatizar a atividade de pesca da tainha de acordo com o objetivo de menor esforço sobre a espécie, em *verdadeiro retrocesso* na proteção desta” (grifei).

1. *Despertar para a importância dos oceanos*

Saliento, inicialmente, que os termos *oceano* e *mar* são aqui utilizados um pelo outro, sem apego às sabidas diferenças técnicas, indistinção aliás comum no Direito nacional e internacional (p. ex., na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982).

Como já observei em outras oportunidades, interligando os continentes e cobrindo cerca de 70% da superfície da Terra, os oceanos – Pacífico, Atlântico, Índico, Antártico e Ártico – são artificialmente divididos na geografia, cartografia, nas referências jurídicas e no imaginário popular. Ao certo, cuida-se de um *único e vasto sistema marinho global* em simbiose incessante com a atmosfera e os ambientes terrestres, uma colossal aura hídrica que circunda o Planeta e rege o seu ciclo hidrológico, provendo *habitat* para incontáveis espécies, que vão dos maiores animais conhecidos (baleias) a fitoplâncton e seres microscópicos, muitos nem sequer identificados e catalogados pela ciência.

Os especialistas ensinam que a biosfera e a humanidade dependem, de maneira umbilical, do espaço marinho, circunstância tão evidente quanto menosprezada por governantes e pela população, inclusive a litorânea. Invisibilidade que muito elucida o desprestígio cotidiano, até jurídico, de que ainda padece aos olhos da maioria (a não ser pelo enfoque paisagístico e turístico, enfatizado na publicidade de atividades e empreendimentos imobiliários e de

lazer). Essa atitude certamente há de preocupar: *se poucos conhecerem o valor do mar, poucos o respeitarão; e se poucos o respeitarem, poucos por ele pugnarão.*

Na medida em que melhor pesquisamos e aprimoramos nosso saber sobre os oceanos, mais nos apercebemos de que a vida marinha acha-se submetida a numerosos perigos existenciais, de consequências inescrutáveis. Não constitui, pois, exagero ou clichê, sob o ângulo dessa estreita interligação, proclamar que o futuro da biosfera e da humanidade subordina-se à abrangência, à sinceridade e ao grau de eficácia com que o Direito zela pelos oceanos. Empenho que não deve ser inferior ao que dedicamos à contaminação antropogênica da atmosfera (poluição do ar e emissões de gases do efeito estufa, p. ex.) e à erosão de recursos naturais continentais e insulares (florestas, fauna, rios e lagos, solo, p. ex.).

Sob a perspectiva jurídica, nada há de insólito nesse olhar holístico, dado que a ambição suprema, embora nem sempre explicitamente declarada, do Direito Ambiental – no conjunto de seus domínios, do macro da regulação internacional ao micro da regulação local – incorpora a salvaguarda do meio *ambiente planetário*, a totalidade dos seus elementos e processos bióticos e abióticos.

2. Colapso dos oceanos e desafios da regulação jurídica

A fisionomia jurídico-ecológica universalista convive, no Direito Ambiental, com *regimes normativos hiperespecializados*, que focam componentes singulares da biota, dos elementos abióticos, dos processos ecológicos e das atividades humanas. Contudo, insensato seria, nessa sopa legislativa, jurisprudencial e institucional fragmentária, amiúde incongruente e caótica, enfatizar ou priorizar – a não ser em hipóteses excepcionais – a tutela de um peculiar e circunscrito recurso natural com preterição dos restantes, tanto mais em contexto de incerteza científica ou de conhecimento incompleto.

O enredo jurídico e judicial não escapa à inconveniência de, para enfrentar corretamente um problema, ser obrigado a sopesar, em acréscimo a causas diretas, fatores indiretos e sinergias, adversidade amplificada quando se navega sem marcos infalíveis de orientação técnica. Lapsos informativos, tão comuns no Direito Ambiental, embaraçam a apreensão adequada da problemática e ensejam ação descoordenada e ineficaz, quer por dissonância temática, quer por confinamento geográfico ou de jurisdição.

À luz dessa moldura universalista, notório que o colapso dos oceanos repercutirá no ambiente terrestre e atmosférico. Assinale-se que, na direção

inversa, fora deles se localizam muitas das fontes e condutas antropogênicas de degradação marinha: despejo, no mar ou em rios que nele deságuam, de efluentes domésticos e industriais *in natura* ou com tratamento deficiente; sedimentação e deterioração por excesso de nutrientes advindo da agricultura e desmatamento; lançamento de milhões de toneladas de resíduos plásticos; captura insustentável dos estoques pesqueiros; destruição de *habitat* natural, como corais, manguezais e dunas, na e para utilização por atividades potencialmente depredadoras, como pesca, carcinicultura, moradia, portos e vias de comunicação, e lazer; poluição, inclusive sonora, proveniente de embarcações e investigação sísmica; geração de gases, associados à acidificação e às mudanças climáticas; apossamento privado e ocupação anárquica da zona costeira.

São agressões que, em espiral de impactos cumulativos, com frequência superam a capacidade de suporte do ecossistema, ao ponto de a degradação se tornar, total ou parcialmente, irreversível, ao se quebrar a resiliência e enfraquecer complexos mecanismos ecológicos envolvidos. É consenso científico que, ao se combinarem essas pressões massivas, delas pode redundar um coquetel explosivo de ameaças fatais para a nossa saúde e a de organismos marinhos (p. ex., contaminação por substâncias tóxicas e perigosas em toda a cadeia alimentar marinha, do fitoplâncton aos peixes e crustáceos que comemos, com destaque para o processo de *biomagnificação*). Numa palavra, essas tensões heterogêneas produzem, isoladamente ou em interação entre si, efeitos negativos cumulativos e cíclicos, ora na flora e fauna, ora na estrutura físico-química dos oceanos, com abalos deletérios imensuráveis em serviços ecológicos imprescindíveis aos seres humanos, alguns exaltados no mercado (peixes, p. ex.) e outros sem precificação econômica (produção de oxigênio e geração de chuvas, p. ex.), mas nem por isso menos insubstituíveis à vida, saúde, segurança alimentar e recreação das pessoas, e também à biodiversidade, à estética natural, à indústria e ao comércio.

Logo, a tragédia do mar, acelerada nas últimas décadas, demanda atenção imediata e ação urgente do Estado, inclusive dos juízes.

3. Visão antiga e ultrapassada: os oceanos como coisas fora do comércio

Desde eras ancestrais, o mar incitou, nos povos, fortes e contraditórios sentimentos, com prognosticáveis reflexos no Direito. A um, temor e adoração em virtude de seus mistérios e calamidades inesperadas e, seguidamente, fatais. A dois, apreço como fonte de alimento (peixes, crustáceos, algas), reservatório de riquezas (pérolas, corais e pigmentos de alta cotação, como a púrpura tíria,

comercializada a preço de ouro pelos fenícios de Tiro e outras cidades do Mediterrâneo) e espaço primordial para a navegação, comércio, comunicação e, desafortunadamente, para a guerra. A três, alheamento coletivo, já que, por se estender além do horizonte e faltar-lhe dono com nome e sobrenome, haveria de perdurar para sempre e para todos indistintamente.

Sob esse pano de fundo de significações culturais contraditórias, não admira que, a contar das primeiras regras escritas, os oceanos sejam preteridos e, no último século, mundialmente agredidos, no rastro de carência ou deficiência legislativa ou em violação ostensiva a leis em vigor. Sem embargo de doutrinadores, normas e códigos antigos terem-se ocupado *a latere* da temática e malgrado sua enorme relevância econômica, social e bélica, o certo é que o mar e os seus recursos não afluíam exatamente como matéria-prima medular para o Direito. Alienação escusável, entre outros motivos, pelo fato de juristas e legisladores, por tradição, propenderem a concentrar suas reflexões inquisitivas sobre atributos da condição humana e elementos da Natureza associados intimamente ao indivíduo e a bens materiais privados ou privatizáveis. Uma tendência que corresponde à impressão, fruto da experiência e ainda válida na atualidade, de que a maioria dos conflitos cotidianos irrompe nessa faixa de valores capitais da personalidade e do patrimônio.

Impossível assimilar plenamente o quadro presente de regulação do mar (no *common law* e *civil law*) sem rememorar o Direito Romano – origem remota do modo de enxergá-lo no esquema jurídico ocidental –, pois, nele, o mar era considerado *coisa fora do patrimônio* das pessoas. Segundo as *Institutas*, as coisas “ou estão em nosso patrimônio, ou fora dele”, acrescentando (Inst. II, 1) que “São comuns a todos” “o ar, a água corrente, o mar e portanto as praias” (Cf. *Institutas do Imperador Justiniano*, Edição Bilingue, tradução revista de Clovis Natalini de Oliveira, São Paulo, Edições e Publicações Brasil Editora, 1952).

Na distinção tradicional, realçado o peso dos romanos, repita-se, o mar comporia a categoria das coisas fora do comércio – também chamadas de *res extra patrimonium* segundo Gaius (Inst. II, 1) e Justiniano (Inst. II, 1) –, não “susceptíveis de apropriação privada” (M. J. Cornil, *Droit Romain. Traité Élémentaire. Des Droits Réels et des Obligations*, Bruxelles, Bruylant, 1885, p. 21). Ou seja, aquelas que, “pela sua natureza ou pela sua afetação”, se acham subtraídas “aos atos da vida jurídica e em especial não são susceptíveis de alienação”, gravadas, então, de “inalienabilidade absoluta” (Raymond Monier, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, Tome Ier, Paris, Montchrestien, 1947, p. 343). Classificavam-se em *duas famílias*. Primeiro, *res divinis juris*, imunes

à propriedade individual por motivos de ordem religiosa; segundo, *res humani juris*, imunes à propriedade individual por estarem afetadas ao gozo de quem quer que seja ou por pertencerem a uma coletividade. As Institutas subdividem triplamente estas últimas (II, 1, 1-6): *res communes omnium*, *res publicae* e *res universitatis*. Nas três nos deparamos com as mesmas qualidades: “não podem pertencer a um particular”, todas as pessoas detêm sobre elas “um direito de uso”, daí se reputar o pescador “proprietário de sua pesca”, prática passível, no entanto, de limitação ou interdição por “regulamentos públicos” (Frédéric Girard, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1924, pp. 251-252).

No mar, qualquer um poderia “exercer os direitos de navegação e pesca”, mas sem que, dessa forma, se transformasse em “objeto de um direito exclusivo” (C. Accarias, Tome Premier, Seconde Partie, *Précis de Droit Romain*, Paris, Librairie Cotillon, 1886, p. 504). Eis aí a face jurídica do “mito da inesgotabilidade dos recursos naturais”, que, além de se infiltrar profundamente no Direito ocidental, também contagiou a produção literária clássica (Paolo Fedeli, *La Natura Violata: Ecologia e Mondo Romano*, Palermo, Sellerio Editore, 1990, p. 51).

Se o “ar e o mar”, entre outras coisas, eram percebidos – vítimas do individualismo e do patrimonialismo extremados – como “fora do campo do Direito Privado, e fora do comércio” (Michel Villey, *Le Droit Romain*, Paris, Presses Universitaires de France, 1949, p. 70), não surpreende que, no transcorrer dos séculos, se tenham convertido, ainda que veladamente em *estirpes jurídicas de segunda classe, quase alienígenas normativos*. Uma visão que se mantém, não obstante alertas de juristas contemporâneos – como Nilufer Oral, renomada especialista no assunto – de que “o mar não é fonte de riqueza infinita; recursos vivos são exauríveis e em alguns casos foram ou estão à beira de completo esgotamento” (Nilufer Oral, *The ocean in the 21st Century*, in Marta Chantal Ribeiro e Wagner Menezes, Organizadores, *Direito do Mar: Regulamentação Normativa dos Espaços Marítimos*, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2020, p. 3).

Preceitos legais e proposições doutrinárias como esses, inerentes ao sistema romano e herdados pelo Código Civil francês de 1804, concorreram para influente concepção – até hoje arraigada na cultura jurídica ocidental – que fomenta perplexidade, quando não atíça franca hostilidade, na regulação de objetos naturais erroneamente reputados pelo saber convencional como *inesgotáveis*, *inapropriáveis*, *inalienáveis* e *indestrutíveis*, consequentemente *fora do comércio e fora do Direito Privado* (justamente o caso do mar).

Mais do que exclusivamente jurídica, tal compreensão equivocada permeava os variados repartimentos do conhecimento. O poderoso pensamento de que o mar seria discrepante da terra firme manteve-se mesmo quando “a pesca e o comércio se expandiram”, fazendo com que continuemos a imaginá-lo “como um lugar onde pessoas e nações devem ser livres para ir e vir a seu bel-prazer e que deve estar à nossa disposição para explorá-lo. Talvez isso explique por que temos sido tão relutantes em defender o mar. Em terra, áreas protegidas proliferaram *pari passu* ao crescimento das populações humana”, algo dispar do que acontece no ambiente marinho (Callum Roberts, *The Unnatural History of the Sea*, London, Island Press, 2007, p. 367).

4. Regulação contemporânea do ambiente marinho

O Direito Ambiental sofre de *maldição da fantasia*, um fosso de efetividade a separar ideal e realidade – muito mudar na teoria para pouco mudar na prática. O *gap* de implementação no cuidado jurídico com os oceanos é deveras calamitoso. A boa notícia é que nas últimas décadas do Século XX o ambiente marinho inseriu-se no *núcleo-duro* das questões proeminentes do Direito contemporâneo (o mar como realidade jurídico-ecológica), reação bem-vinda, embora tardia e até agora de progresso insuficiente. Muito dessa evolução normativa se deve ao descrédito de facetas inexatas do saber tradicional, por séculos imputadas aos oceanos: inesgotabilidade natural (o mar sem fim), segregação dos ambientes continentais (a disjunção entre terra e oceanos e destes entre si), resiliência interminável e correlata imunidade à devastação antropogênica irreversível (o mar como antítese de fragilidade, capaz de repelir abusos e se autodepurar e regenerar).

De inspiração ético-científica avultada a partir dos anos de 1960, tamanha metamorfose conceitual do *patrimônio público* – aplicável ao mar e à multidão de outros bens coletivos e intergeracionais – haveria de, sem rodeios, repercutir na regulação internacional e nacional, acarretando *rearranjo da hierarquia de predicados dorsais do Direito* e *redesenho teórico dos bens jurídicos* por ele reconhecidos. Em período de circulação facilitada e massificada de informações, essa mutação muito deve ao fortalecimento da consciência ambiental, impulsionada pelo aumento e popularização do conhecimento científico acerca do consórcio do mar com três fenômenos marcantes, desafios sinistros da nossa época, de magnitude e emergência globais: a *crise da poluição*, a *crise da biodiversidade* e a *crise das mudanças climáticas*.

5. O mar e os juízes

Se os oceanos desempenham papel tão fundamental à e na vida planetária, ampará-los haverá de constituir, obviamente, incumbência central e inafastável do ofício do legislador, do administrador e do juiz. A asserção vem a calhar notadamente no que concerne aos tribunais, já que, até recentemente, história, cultura, obscurantismo e legislação deficiente contribuíam para que o Judiciário desse mínima ou nenhuma significância aos oceanos; traço previsível, pois *juízes são produto e instrumento do seu tempo e do Direito do seu tempo*. São herdeiros de arcaico dogma que nos legaram os juristas romanos, ótica segundo a qual o mar, em realidade, não expressava *bem jurídico* propriamente dito, uma vez que sua condição de coisa comum às pessoas indefinidamente (*res communes omnium*), ao invés de colocá-lo no topo da pirâmide dos valores mais nobres do ordenamento, o distanciava do coração do Direito Privado.

Não obstante outras causas e sem querer isentar os juristas e suas doutrinas de responsabilidade pelo atual estado lamentável dos oceanos, muito do descaso legislativo, administrativo e judicial advém de lacuna de conhecimento científico, que ensejou um aparato normativo e uma jurisprudência indiferentes à necessidade de salvaguardar a integridade ecológica do ambiente marinho e da zona costeira. À vista disso, dispensável dom de profetisa para antever que aos tribunais, como árbitros finais de disputas pelo uso do patrimônio natural, restaria confirmar e legitimar ataques de qualquer tipo ao mar.

Com efeito, a partir da Revolução Industrial, juízes se converteram – e, infelizmente, assim o é em várias jurisdições – em espectadores passivos ou, pior, em ingênuos auxiliares indiretos, primeiro de transmutação dos oceanos em lixeira do mundo; segundo, de extração irresponsável 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 planetário; terceiro, de impunidade de crimes em larga escala contra a comunidade da vida e *habitat* marinhos, especialmente no alto-mar, imunidade derivada tanto de regime jurídico atrofiado e incerto, como de ausência de jurisdição estatal – *anomia jurídico-ecológica marinha* (o mar sem lei), concepção siamesa da *anomia jurídico-ecológica terrestre* (a terra sem lei).

Na falta de legislação adequada e de tribunais de olhos abertos, não espanta que, afastados casos excepcionais, a fúria humana contra o mar – vale dizer, a subtração e o aniquilamento do patrimônio ecológico pertencente à

coletividade e às gerações futuras – praticamente não conste do repertório de jurisprudência de Cortes Supremas nacionais (constitucionais ou não) e estaduais/provinciais, mesmo em países com extenso mar territorial, como o Brasil. De cara, tal diagnóstico sugere que o despertar científico, ético e jurídico para a imprescindibilidade de custodiar o ambiente marinho, nos seus múltiplos aspectos, haverá de influenciar não só o Direito, mas igualmente o ofício judicial.

Trata-se de convocação inequívoca e enfática que provém não mais de apelos à sensibilidade e à lucidez episódicas de juízes isolados, mas de pronunciamentos peremptórios do legislador internacional e nacional. Quem contempla a contaminação por plástico nas regiões mais remotas dos oceanos ou o arrasamento atroz do litoral, impossível não perceber que chegamos realmente ao fim: confio que, com a ajuda do Direito e dos juízes, seja o fim de uma era de selvageria e incúria contra o mar, e não o fim do mar integral, dádiva da Natureza de que a humanidade intensamente usufrui.

Numerosos entraves turvarão a mente do juiz ao decidir conflitos humanos por recursos naturais no Planeta Azul. Pela gravidade dos erros de julgamento que podem induzir, três deles de pronto chamam a atenção: ignorar os avisos da ciência; esperar a ocorrência do dano para só então intervir; e aceitar, como preço inevitável a pagar pela prosperidade econômica, a obliteração da comunidade da vida e de *habitat* aquáticos.

Mas há outros riscos na missão do juiz, submetido a regras espaciais estreitas de jurisdição e competência. O maior deles talvez seja o de – reconhecida a união ecológica permanente entre os elementos do meio ambiente – manejar, no caso concreto, o irrefutável *encadeamento do mar com tudo e com todos*. Dificuldades intensificadas quando a legislação vigente, produto de momento histórico distinto, se expressar mediante ilhas ou feixes normativos anacrônicos, formal e aparentemente estanques ou em cacofonia perturbadora do descortino judicial.

Em cenário desse calibre, na análise de fatos e remédios jurídicos vinculados à degradação marinha antropogênica ganha realce o esforço judicial para efetuar *correlações teleológicas, principiológicas e técnicas* pertinentes, arrimadas na lei, na ética ecológica e no conhecimento científico. Ademais, no julgamento de litígios atinentes à tutela da fauna, flora e outras partículas da vida dos oceanos, cautela extrema se deve ter para incorporar a dimensão da paisagem, da desordem urbanística na ocupação costeira e da poluição, tudo sob o guarda-chuva do sistema climático e do sistema da biodiversidade da Terra. Verdadeiramente, não é pouco o que se requer do *juiz planetário*.

6. Pesca predatória

O Século XX assistiu a uma intensificação da pesca “sem precedente na história dos oceanos”, com o emprego de tecnologias que deixam os organismos “sem lugar para se esconder”, à exceção de áreas protegidas, como Parques marinhos (Callum Roberts, *Ob. cit.*, p. 367). A pesca predatória – industrial ou não, comercial ou não – retrata um dos comportamentos mais destrutivos do rol heterogêneo de atentados à integridade ecológica dos oceanos, rios e lagos, sinônimo de saque ao patrimônio público e de enfraquecimento das bases da comunidade da vida aquática.

No Brasil, temos legislação recente e de boa qualidade a disciplinar a atividade pesqueira.

Segundo a Lei 11.959/2009, é *objetivo* da *Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Aquicultura e da Pesca* “a preservação, a conservação e a recuperação dos recursos pesqueiros e dos ecossistemas aquáticos” (art. 1º, inciso III). Além disso, o exercício da atividade pesqueira depende de “prévio ato autorizativo”, que pode ser emitido unicamente (pressuposto obrigatório) se assegurada “a proteção dos ecossistemas e a manutenção do equilíbrio ecológico, observados os princípios de preservação da biodiversidade e o uso sustentável dos recursos naturais” (art. 5º, *caput* e inciso I).

Não bastassem esses dispositivos legais – férreos e inafastáveis cânones de controle –, o legislador previu, genericamente, a possibilidade de interdição transitória, periódica ou permanente da pesca, quando crucial à garantia “de espécies, áreas ou ecossistemas ameaçados” e “do processo reprodutivo das espécies e de outros processos vitais para a manutenção e a recuperação dos estoques pesqueiros” (art. 6º, I e II).

Por fim, o legislador estabeleceu, em *numerus apertus*, situações singulares em que “o exercício da atividade pesqueira é proibido”, embargo absoluto e eficaz em si mesmo, sem possibilidade de exceção, classe na qual se incluem “petrechos, técnicas e métodos” considerados “predatórios” pelos *experts*, mesmo que omissa, contraditória ou até permissiva a norma administrativa então vigente (art. 6º, § 7º, *d*).

7. Poder normativo da União em matéria de pesca

Sobre o poder normativo da União na pesca, *duas questões* estão postas na presente demanda: a) se teria a União competência para editar atos de disciplina

da temática; b) sendo afirmativa a resposta, se poderia fazê-lo por ato *apenas* do Ministério da Pesca e Aquicultura, com *exclusão* do Ministério do Meio Ambiente e Mudanças Climáticas.

À União incumbe, sem dúvida, editar atos normativos de disciplina da utilização ecologicamente sustentável dos espaços e recursos naturais, inclusive dos marinhos e da pesca. A legitimidade do exercício dessa potestade depende de *requisitos formais e substantivos*. Entre eles – de tão intuitivo nem precisaria rememorar – sobressai o condicionamento funcional do Estado a atuar *sempre para fortalecer e nunca para corroer* a custódia jurídica do meio ambiente e de seus elementos, já que são eles constitucional e legalmente tutelados com clareza e veemência.

Veja-se julgado do STJ:

No Direito brasileiro os chefes do Poder Executivo podem regulamentar a lei por meio de Decreto, facultando-se, ademais, à autoridade administrativa editar atos normativos administrativos gerais – como Portarias e Resoluções – com o intuito de disciplinar e instrumentalizar a boa aplicação da legislação que lhes é superior. Em ambos os casos as normas administrativas editadas não precisam, pois seria um desperdício de tempo e papel, repetir, palavra por palavra, o que está na lei, desde que respeitem seus limites, principiologia, estrutura e objetivos. No que tange a essas normas administrativas, plenamente compatíveis com o regime constitucional brasileiro, cabe detalhar as obrigações e direitos estabelecidos na lei.

(REsp 1.551.150/AL, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 21/3/2016).

Entre vários outros, colaciono mais um precedente, aqui aplicável analogicamente:

Administrativo e Processual Civil. Aplicação de multa administrativa. Infração a Resoluções da ANTT. Exercício do poder normativo conferido às agências reguladoras. Legalidade.

1. Cuida-se, na origem, de exceção de pré-executividade, por meio da qual se apontou a ilegalidade das Resoluções 233/2003 e 579/2004 da Agência Nacional de Transporte Terrestre (ANTT), normas em que se fundou a multa objeto da execução.

2. Na sentença, foi acolhida a exceção de pré-executividade, e extinto o feito sem resolução de mérito. O Tribunal de origem manteve a sentença que extinguiu a execução.

3. As agências reguladoras foram criadas com o intuito de regular, em sentido amplo, os serviços públicos, havendo previsão na legislação ordinária delegando a elas competência para a edição de normas e regulamentos no seu âmbito de atuação. Dessa forma, não se vislumbra ilegalidade na aplicação da penalidade pela ANTT, que agiu no exercício do seu poder regulamentar/disciplinar, amparado na Lei 10.233/2001.

4. A questão a respeito da validade jurídica dos atos normativos infralegais expedidos pelas Agências Reguladoras não é nova no Superior Tribunal de Justiça, já tendo sido, por diversas vezes, apreciada.

5. No sentido da tese acima apresentada, recente julgamento da Primeira Turma no AgInt no REsp 1.620.459/RS, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, DJe 15.2.2019: “Consoante precedentes do STJ, as agências reguladoras foram criadas no intuito de regular, em sentido amplo, os serviços públicos, havendo previsão na legislação ordinária delegando à agência reguladora competência para a edição de normas e regulamentos no seu âmbito de atuação. Dessarte, não há ilegalidade configurada, na espécie, na aplicação da penalidade pela ANTT, que agiu no exercício do seu poder regulamentar/disciplinar, amparado na Lei 10.233/2001 (REsp 1.635.889/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 19/12/2016). Precedentes: REsp 1.569.960/RN, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 19/5/2016; AgRg no REsp 1.371.426/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 24/11/2015”.

6. Na mesma linha, segue precedente da Segunda Turma no AgRg no AREsp 825.776/SC, de relatoria do Ministro Humberto Martins, DJe 13.4.2016: “Não há violação do princípio da legalidade na aplicação de multa previstas em resoluções criadas por agências reguladoras, haja vista que elas foram criadas no intuito de regular, em sentido amplo, os serviços públicos, havendo previsão na legislação ordinária delegando à agência reguladora competência para a edição de normas e regulamentos no seu âmbito de atuação”.

7. Ainda, citam-se as seguintes decisões: REsp 1.685.473, Ministro Napoleão Nunes Mais Filho, DJe 3/10/2019; REsp 1.625.789-RS, Ministro Herman Benjamin, DJe 18.10.2016.

8. Como se vê, a Corte de origem, ao decidir que houve o extrapolamento do poder regulamentar – “Resolução-ANTT n. 233/2003 não poderia, a pretexto de regulamentar a Lei n. 10.233/01, passar a descrever hipóteses de infrações administrativas e fixar valores das penalidades violando o princípio da reserva legal” –, destoa da jurisprudência pátria, que afirma ser legal a aplicação de multa por infração a obrigação imposta por resolução editada pelas agências reguladoras, entre elas a ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres, tendo em vista a Lei 10.233/2001, que assegura seu exercício de poder normativo.

9. Recurso Especial provido. (REsp 1.807.533/RN, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 4/9/2020).

Em outro julgado da Segunda Turma, de relatoria da sempre lembrada Ministra *Eliana Calmon*, fez-se referência à evolução doutrinária nesse campo, com longa citação, aqui transcrita, de José dos Santos Carvalho Filho (*O poder normativo das Agências Reguladoras*, in Alexandre Santos de Aragão, coordenador, Rio de Janeiro, 2006, pp. 81-85):

A grande discussão em torno do denominado 'poder normativo' das agências reguladoras teve origem nas atribuições conferidas a essas novas autarquias de controle, entre as quais despontava a de editar normas gerais sobre o setor sob seu controle.

(...)

Sobre a atividade regulatória é justo reconhecer que o sistema, nos moldes como foi introduzido, em decorrência da reforma administrativa do Estado, não se situa dentro dos padrões clássicos de atuação de órgãos administrativos no exercício de poder normativo. Mas – também é oportuno realçar – não traduz, em nosso entender, nenhuma revolução no sistema tradicional, mas, ao contrário, estampa mero resultado de uma evolução natural no processo cometido ao Estado de gestão dos interesses coletivos. (...)

Não se pode negar que os fenômenos que se instalaram no mundo contemporâneo – como, por exemplo, a globalização, as novas tecnologias, os avanços da informática, a complexidade dos novos serviços públicos – não poderiam mesmo ser enfrentados com as velhas e anacrônicas municiões estatais. O Estado, como bem salientava Jèze, tem que andar lado a lado com a dinâmica da evolução social, de modo que, criadas novas realidades, deve o Estado adequar-se a elas, aparelhando-se de forma eficiente e completa para satisfazer o interesse da coletividade. Aqui o conservadorismo deve ceder lugar à inovação, dentro, é claro, dos paradigmas traçados na lei constitucional.

Por conseguinte, não nos parece ocorrer qualquer desvio de constitucionalidade no que toca ao poder normativo conferido às agências. Ao contrário do que alguns advogam, trata-se do exercício de função administrativa, e não legislativa, ainda que seja genérica sua carga de aplicabilidade. Não há total inovação na ordem jurídica com a edição dos atos regulatórios das agências. Na verdade, foram as próprias leis disciplinadoras da regulação que, como visto, transferiram alguns vetores, de ordem técnica, para normatização pelas entidades especiais - fato que os especialistas têm denominado de 'delegalização', com fundamento no direito francês ('*domaine de l'ordonnance*', diverso do clássico '*domaine de la loi*'). Resulta, pois, que tal atividade não retrata qualquer vestígio de usurpação da função legislativa pela Administração, pois que poder normativo – já o acentuamos – não é poder de legislar: tanto pode existir este sem aquele, como aquele sem este.

(...)

A nosso ver, portanto, as agências reguladoras exercem mesmo função regulamentadora, ou seja, estabelecem disciplina, de caráter complementar, com observância dos parâmetros existentes na lei que lhes transferiu aquela função. Para mostrar essa indissociável relação entre a lei e os atos oriundos das agências, consignamos: 'O poder normativo técnico indica que essas autarquias recebem das respectivas leis delegação para editar normas técnicas (não as normas básicas de política legislativa) complementares de caráter geral, retratando poder regulamentar mais amplo, porquanto tais normas se introduzem no ordenamento jurídico como direito novo (*ius novum*).

(REsp 1.386.994/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 13/11/2013).

Na esfera ambiental, jamais se admite que a Administração Pública, no desempenho de sua potestade regulamentar, direta ou indiretamente reduza o patamar constitucional/legal de tutela do meio ambiente, enfraqueça ou inviabilize a sua implementação. Toca-lhe, na direção inversa, estipular escudos *mais rigorosos e minuciosos* que os previstos especificamente na própria lei, na esteira do extenso mandamento da Constituição Federal. Não é outro o sentido da jurisprudência do STF, em *leading case* da relatoria da Ministra Rosa Weber:

Ao fixar parâmetros *mínimos* de proteção de um direito fundamental, a Lei n. 12.651/2012 não impede que as autoridades administrativas ambientais, mediante avaliação técnica, prevejam *critérios mais protetivos*. O que *não se pode é proteger de forma insuficiente ou sonegar completamente o dever de proteção*.

No modelo adotado pela Política Nacional do Meio Ambiente, estabelecidas pela legislação os parâmetros mínimos de proteção, às autoridades integrantes do *Sisnama*, e notadamente ao *Conama*, compete, por expressa autorização legal (Lei n. 6.938/1981), a supressão de eventuais lacunas e a complementação da legislação de regência, respeitados (i) o conteúdo material da proteção constitucional, (ii) os patamares mínimos de proteção previstos em lei, (iii) imperativos de ordem técnica, (iv) a vedação da proteção insuficiente e (v) o dever de levar em consideração as necessidades das presentes e futuras gerações.

Bem compreendida, a Lei n. 12.651/2012 apresenta condições mínimas de parametrização das áreas de preservação permanente. Não ostenta necessariamente, todavia, eficácia preemptiva de atividade normativa do órgão ambiental que, no exercício legítimo de competência outorgada pelo legislador, *venha a impor, com base em critérios técnicos, controles mais rígidos*.

(ADPF 747/DF, Rel. Min. Rosa Weber, Plenário, DJe 10.1.2022, grifo acrescentado).

Atualmente, o poder administrativo normativo na pesca é de *competência conjunta*, prevista nos arts. 36, XIII, e 39, VI, da Lei 14.600/2023, promulgada

após a decisão da SLS, objeto do presente Agravo. Ao que parece, a discussão sobre esse ponto da SLS encontra-se *prejudicada*, diante da agora expressa previsão legal de gestão compartilhada entre o Ministério do Meio Ambiente e Mudanças do Clima e o Ministério da Pesca e Aquicultura. Os dois Ministérios, unidos, inclusive já editaram um novo ato, a Portaria Interministerial MPA/MMA n. 1/2023.

8. Pesca da tainha com redes de emalhe anilhado

Quanto ao *segundo comando* da sentença – articulação de firmes critérios para a concessão/renovação das autorizações/permisões para a pesca da tainha (*Mugil liza*) na modalidade de emalhe anilhado –, como já há Recurso Especial distribuído ao STJ (AREsp 2.312.232/RS), o *deferimento da SLS, nessa parte, não traz prejuízos irreversíveis*.

Isso porque caberá à Segunda Turma do STJ, *caso o Recurso Especial possa ser conhecido*, analisar, sob todos os ângulos, a fiel convergência da Portaria litigiosa ao inarredável dever constitucional e legal da União de proteger efetivamente a ictiofauna, máxime a ameaçada de extinção, migratória ou a que sofra redução de estoques, prudência exacerbada em relação à *pesca industrial* (aberta ou disfarçada), cujos impactos, via de regra, são maiores do que a pesca desportiva e de subsistência.

Em outras palavras, não será na alçada de SLS, em que se veda cognição de mérito da demanda, que se investigarão questões técnico-jurídicas envolvidas e se o ato contraditado reduz ou sonega, na prática, o dever de amparar esse importante componente do meio ambiente marinho ou se viola o *princípio da proibição de retrocesso*. Por outro lado, segundo a jurisprudência do STJ, o exame das matérias do fundo da demanda, *dependentes de prova técnica*, pertence às instâncias ordinárias e não a Recurso Especial e Extraordinário, tampouco à SLS.

9. Validade temporal da SLS

Por derradeiro, fica a ponderação ao eminente Relator de que a abrangência temporal do provimento da SLS *perdure somente até o julgamento*, pela Segunda Turma do STJ, do aludido Agravo em Recurso Especial, já distribuído (AREsp 2.312.232/RS).

Sobre esse ponto, já se posicionou a Corte Especial do STJ que a SLS, nos termos do § 9º do art. 4º da Lei n. 8.437/1992, vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal ou *até outro prazo inferior*

fixado pelo presidente do Tribunal (AgRg na SLS 162/PE, Rel. Ministro Barros Monteiro, Corte Especial, DJ 11.12.2006, grifei). Confira-se também:

Agravo regimental na suspensão de liminar. Grave lesão à ordem pública demonstrada. Pedido de suspensão deferido. Agravo regimental desprovido.

I - A ocorrência de grave lesão à ordem pública constitui fundamento para o deferimento do pedido de suspensão, consoante a legislação de regência (v.g. Lei n. 8.437/1992 e n. 12.016/2009) e a jurisprudência deste eg. Superior Tribunal de Justiça.

(...)

V - "A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal" (art. 4º, § 9º, da Lei n. 8.437/92). Contudo, no caso, *a limitação dos efeitos da decisão suspensiva até a prolação da sentença na ação de origem é medida que se impõe*, a fim de não inviabilizar definitivamente o exercício do cargo caso o pedido seja julgado procedente em primeiro grau.

Agravo regimental desprovido. (AgRg na SLS n. 1.890/RJ, relator Ministro Felix Fischer, Corte Especial, DJe de 12/6/2014, grifei).

10. Conclusão

Ante o exposto, pelos fundamentos acima apresentados e com sugestão de limitação dos efeitos temporais da SLS, *acompanho* o eminente Relator para, no principal, *negar provimento ao Agravo Interno*.

É como *voto*.

AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO NA AÇÃO PENAL N. 940-DF (2019/0372230-2)

Relator: Ministro Og Fernandes

Agravante: Adailton Maturino dos Santos

Advogados: Marcio Lopes de Freitas Filho - DF029181

Gabriela Guimaraes Peixoto - DF030789

Luís Henrique Alves Sobreira Machado - DF028512

Renato Ferreira Moura Franco - DF035464

Caroline Maria Vieira Lacerda - DF042238
Barbara Barbosa de Figueiredo - DF047765
Larissa Campos de Abreu - DF050991
Thais Diniz Coelho de Souza - DF040974
Jose Eduardo Martins Cardozo - SP067219
Luiz Augusto Rutis Barreto e outro(s) - DF057823
Sostenes Carneiro Marchezine - DF044267
Pedro de Alcantara Bernardes Neto - DF031019
Felipe Augusto Damaceno de Oliveira - DF059848
Mayra Jardim Martins Cardozo - DF0059414
Lucas Takamatsu Galli - DF061880

Agravante: Geciane Souza Maturino dos Santos

Advogados: Victor Korst Fagundes - DF025843

Marcio Lopes de Freitas Filho - DF029181
Alexandre Luiz Amorim Falaschi - DF033253
Gabriela Guimaraes Peixoto e outro(s) - DF030789
Luís Henrique Alves Sobreira Machado - DF028512
Renato Ferreira Moura Franco - DF035464
Caroline Maria Vieira Lacerda - DF042238
Barbara Barbosa de Figueiredo - DF047765
Larissa Campos de Abreu - DF050991
Thais Diniz Coelho de Souza - DF040974
Jose Eduardo Martins Cardozo - SP067219
Sostenes Carneiro Marchezine e outro(s) - DF044267
Pedro de Alcantara Bernardes Neto e outro(s) - DF031019
Felipe Augusto Damaceno de Oliveira - DF059848
Mayra Jardim Martins Cardozo - DF0059414
Lucas Takamatsu Galli - DF061880
Adriel Brendown Torres Maturino - DF062131

Agravado: Ministério Público Federal

Advogado: Defensoria Pública da União

Interes.: Antônio Roque do Nascimento Neves

Advogados: Rafael Bruno de Sá e outro(s) - BA033954

Thiago Maia D'Oliveira - BA045617

Interes.: Gesivaldo Nascimento Britto

Advogados: Adriano Figueiredo de Souza Gomes - BA032385

Jessica da Silva Alves - BA053941

Douglas Araujo dos Santos - DF036235

Interes.: Joilson Goncalves Dias

Advogados: Fabiano Vasconcelos Silva Dias - BA022716

Aloisio Freire Santos - BA039758

Rafael Fonseca Teles - BA029116

José Mauricio Vasconcelos Coqueiro - BA010439

Interes.: Jose Olegario Moncao Caldas

Advogados: João Daniel Jacobina Brandão de Carvalho - BA022113

Edil Muniz Macedo Junior - BA032751

Danilo Mendes Sady - BA041693

Caique Neri Porto Santos - BA060854

Interes.: Jose Valter Dias

Advogados: Fabiano Vasconcelos Silva Dias - BA022716

Aloisio Freire Santos - BA039758

Rafael Fonseca Teles - BA029116

Interes.: Julio Cesar Cavalcanti Ferreira

Advogado: Fábio Basílio Lima de Carvalho - BA022757

Interes.: Karla Janayna Leal Vieira

Advogados: Gisela Borges de Araújo - BA027221

Rafael Pina Von Adamek - DF062524

Tatiana de Moura Oliveira Ribeiro - BA063805

Yuri Rangel Sales Feliciano e outro(s) - BA061926

Interes.: Márcio Duarte Miranda

Advogado: João Marcos Braga de Melo - DF050360

Interes.: Marcio Reinaldo Miranda Braga

Advogados: Fernando Santana Rocha - BA003124

Vitor de Sa Santana - BA035706

Interes.: Maria da Graca Osorio Pimentel Leal

Advogados: Gamil Föppel El Hireche - BA017828

Marina Feres Carmo - DF060972

Interes.: Maria do Socorro Barreto Santiago

Advogados: Bruno Espineira Lemos - BA012770
Sanzo Kaciano Biondi Carvalho - BA014640
João Daniel Jacobina Brandão de Carvalho - BA022113
Maurício Mattos Filho - BA017568
Bárbara Maria Franco Lira - DF031292
Victor Minervino Quintiere - DF043144
Marco Antonio Adry Ramos - BA048896
Cristiane Damasceno Leite Vieira e outro(s) - DF022807
Bruno Gustavo Freitas Adry - BA054148
Luciana Santiago Andrade Sousa - BA050379
Keila Estanislau Tavares - DF048901

Interes.: Marivalda Almeida Moutinho

Advogados: Gaspare Saraceno - BA003371
Gevaldo da Silva Pinho Junior - BA015641

Interes.: Sergio Humberto de Quadros Sampaio

Advogados: André Luiz Hespanhol Tavares - DF039645
Fernanda Meireles Fenelon - DF053238
Valeriano Jose de Freitas Filho e outro(s) - BA052025
Enos Eduardo Lins de Paula - RJ222599

EMENTA

Processual Penal. Agravo regimental. Ação penal. Operação Faroeste. Denúncia recebida. Instrução processual. Alegação de nulidade processual pela juntada extemporânea de elementos de informação. Não ocorrência. Acusados que possuem acesso a todos os elementos de prova arrecadados na Operação Faroeste. Pleno exercício do direito de defesa. Ausência de demonstração de prejuízo. Agravo regimental a que se nega provimento.

1. Trata-se de agravo regimental interposto por Adailton Maturino dos Santos e Geciane Souza Maturino dos Santos, atacando decisão monocrática que indeferiu os pedidos de reconhecimento de nulidade processual pela juntada extemporânea de elementos de informação e requerendo seja determinado o retorno da marcha processual ao momento previsto no art. 8º da Lei n. 8.038/1990, com a concessão de prazo para apresentação de nova defesa prévia.

2. Na presente oportunidade, os réus renovam a alegação de que foram obrigados a enfrentar a instrução sem prévio acesso integral ao caderno probatório, citando, como exemplos mais marcantes, o procedimento de colaboração premiada e os dados brutos obtidos em medida de busca e apreensão deflagrada no PBAC n. 10.

3. Já se afirmou, em julgamento anterior, que o acordo de colaboração premiada não deu origem à Operação Faroeste, mas, diversamente, foi a evolução da investigação que motivou um dos investigados a se tornar colaborador da Justiça. Logo, a pretensão acusatória veiculada na peça inaugural não se fundamenta nos relatos do colaborador.

4. Quanto ao acesso aos dados brutos constantes do PBAC n. 10, a conclusão alcançada pelo julgamento da Rcl n. 46.273 pelo STF está em sintonia com a postura que já vinha sendo adotada por esta relatoria, o que se comprova pelas balizas fixadas para acesso dos investigados aos elementos de prova na Polícia Federal.

5. Os acusados já possuem acesso a todos os elementos de prova arrecadados na Operação Faroeste há mais de um ano, sem que tenha sido veiculado pelos réus qualquer prejuízo concreto às suas defesas.

6. Hipótese em que a instrução processual ainda não foi encerrada, de sorte que a juntada de documento novo enseja a possibilidade de acesso a todo o seu conteúdo pelos acusados, o que abrange o acesso integral à fonte de dados e o conhecimento pleno da cadeia de custódia da prova apresentada em juízo.

7. É possível a juntada de documentos no curso da instrução. Precedentes.

8. Os principais procedimentos investigativos que deram ensejo a esta ação penal foram arquivados recentemente, o que significa que a análise dos elementos de informação arrecadados pela Polícia Federal está encerrada, portanto, com a instrução processual ainda em curso.

9. Possibilidade de realização de novas diligências pelas defesas a partir da demonstração da sua necessidade em razão de circunstâncias ocorridas na instrução processual.

10. Ausência de demonstração de prejuízo às defesas, o que impede a decretação de nulidade processual. Precedente.

11. No atual estágio da marcha processual, com a instrução probatória ainda em curso e a possibilidade concreta do pleno exercício do direito de defesa pelos acusados, não há falar em violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

12. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Antonio Carlos Ferreira, Sebastião Reis Júnior, Marco Buzzi, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Francisco Falcão, Nancy Andrichi e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Herman Benjamin, Maria Isabel Gallotti e Ricardo Villas Bôas Cueva.

Convocados os Srs. Ministros Marco Buzzi, Assusete Magalhães e Sérgio Kukina.

Brasília (DF), 06 de dezembro de 2023 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Presidente

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 12.12.2023

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de agravo regimental interposto por *Adailton Maturino dos Santos* e *Geciane Souza Maturino dos Santos* (fls. 34.023-34.088), atacando decisão monocrática que indeferiu os pedidos de reconhecimento de nulidade processual pela juntada extemporânea de elementos de informação (fls. 33.987-33.996).

Argumentam que foram obrigados a enfrentar a instrução sem prévio acesso integral ao caderno probatório, colhido pela acusação em desfavor dos acusados.

Apontam, como “exemplos mais marcantes”, a falta de acesso oportuno ao procedimento de colaboração premiada (Pet n. 13.321) e aos dados brutos obtidos em medida de busca e apreensão (PBAC n. 10).

Em relação à Pet n. 13.321, alegam que só descobriram que um dos corréus (*Júlio César Cavalcanti Ferreira*) havia celebrado acordo de colaboração premiada após o recebimento da denúncia, ocorrida em 6/5/2020, embora o acordo tenha sido homologado em 31/3/2020.

Narram que, somente após decisão do Ministro Edson Fachin, relator da Rcl n. 43.237 no Supremo Tribunal Federal, o acesso à Pet n. 13.321 foi finalmente efetivado em 3/12/2020, momento em que as defesas prévias já haviam sido oferecidas.

Quanto aos dados brutos constantes do PBAC n. 10, aduzem que a Polícia Federal promoveu a juntada paulatina de informações e relatórios técnicos, o que tornou impossível o exercício da defesa de forma efetiva e plena, uma vez que não foi franqueado às defesas, antes do início da instrução, tudo o que foi coletado pela acusação.

Ponderam que, apesar de o Ministro relator ter concedido aos acusados o acesso integral aos autos do PBAC n. 10, o espelhamento do material apreendido (*pendrives, notebooks, aparelhos de telefone celular*) não foi imediatamente disponibilizado, uma vez que ele se encontrava guardado em um cofre, cujo acesso só seria permitido mediante autorização expressa do Ministro relator, segundo informação da Coordenadoria da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça.

Pedem, ao final, a reforma da decisão agravada para que seja reconhecida a violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, consubstanciada na juntada extemporânea de elementos de informação, e, conseqüentemente, seja determinado o retorno da marcha processual ao momento previsto no art. 8º da Lei n. 8.038/1990, com a concessão de prazo para apresentação de nova defesa prévia.

Instado a se manifestar em contrarrazões, o Ministério Público Federal pugnou pelo não provimento do agravo regimental (fls. 34.394-34.413).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Inicialmente, observo que as questões suscitadas pelos agravantes, ao menos parcialmente, já foram objeto

de apreciação desta Corte Especial, em decisão proferida em 16/6/2021, assim ementada (fls. 30.139-30.142, grifos acrescidos):

Penal e Processual Penal. Ação penal originária. Operação Faroeste. Cerceamento de defesa. Acesso a posterior acordo de colaboração premiada de corrêu. Ausência de prejuízo. Constatção, pelo Ministério Público, da existência de indícios de autoria e materialidade de crimes. Oferecimento da denúncia. Investigações não concluídas. Ôbice inexistente. Documentos novos juntados durante a instrução processual. Possibilidade. Ausência de nulidade. Agravo regimental a que se nega provimento.

1. Trata-se de *agravo regimental interposto por Adailton Maturino dos Santos e Geciane Souza Maturino dos Santos*, no qual se pleiteia a anulação de todos os atos processuais, desde a data da homologação do acordo de colaboração premiada de corrêu.

2. O acordo de colaboração premiada não deu origem à Operação Faroeste, mas, ao contrário, foi a evolução da investigação que motivou um dos investigados a se tornar colaborador da Justiça.

3. Não há, nos autos desta ação penal, nenhuma pretensão acusatória fundamentada nos relatos do colaborador.

4. Diante de uma aparente engrenagem criminosa complexa, o Ministério Público Federal adotou a linha estratégica de “fatiar” a acusação, formalizando várias denúncias autônomas, algumas das quais contendo menção expressa à colaboração premiada, o que não é o caso da presente ação penal.

5. *Nada obstante, os recorrentes já possuem acesso integral aos autos da colaboração premiada, sem que, até o presente momento, tenham sido capazes de indicar situação concreta de prejuízo à defesa apta a afastar a aplicação do princípio pas de nullité sans grief.*

6. *Não há obrigatoriedade, legal ou jurisprudencial, de conclusão do inquérito antes de iniciada a ação penal. O titular da ação penal é livre para oferecer denúncia criminal tão logo entenda presentes indícios de autoria e materialidade dos fatos investigados, ainda que as investigações ainda estejam em andamento. Precedente.*

7. Tanto as respostas à acusação, quanto a análise da denúncia pela Corte Especial, foram realizadas com base nos documentos até então existentes nos autos. Eventuais documentos juntados após a formalização da relação processual penal servirão apenas para instruir a ação penal.

8. *É admissível a juntada de nova prova aos autos durante a instrução criminal. Precedente.*

9. Os denunciados tiveram acesso franqueado à integralidade de todos os procedimentos relacionados à presente ação penal desde o seu nascedouro.

10. *Os relatórios de inteligência da Polícia Federal juntados aos autos após o recebimento da denúncia constituem documentos novos, que têm sido produzidos*

conforme a capacidade operacional de análise da autoridade policial. Tão logo são juntados aos autos, os recorrentes obtêm pleno acesso a todo o seu conteúdo, de maneira a possibilitar o exercício absoluto do direito de defesa, razão pela qual não há que se falar em violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

11. Agravo regimental a que se nega provimento.

Na presente oportunidade, os réus renovam a alegação de que foram obrigados a enfrentar a instrução sem prévio acesso integral ao caderno probatório, citando, como exemplos mais marcantes, o procedimento de colaboração premiada de *Júlio César Cavalcanti Ferreira* (Pet n. 13.321) e os dados brutos obtidos em medida de busca e apreensão deflagrada no PBAC n. 10.

Em relação à mencionada colaboração premiada, insinuam que o acordo foi mantido alheio ao conhecimento dos agravantes, causando prejuízo à defesa.

Ocorre que, conforme já tive oportunidade de destacar em diversas situações nestes autos, a colaboração premiada não deu origem à Operação Faroeste, mas, diversamente, foi a evolução da investigação que motivou o investigado *Júlio César Cavalcanti Ferreira* a se tornar colaborador da Justiça.

Com efeito, o acordo foi firmado pelas partes em 12/2/2020 (fls. 30-50 da Pet n. 13.321) e homologado em 31/3/2020 (fls. 95-104 da Pet n. 13.321).

No entanto, a presente denúncia foi oferecida em 11/12/2019, já apontando *Júlio César Cavalcanti Ferreira* como denunciado. Após a apresentação de respostas pelos acusados, a denúncia foi apreciada e recebida por esta Corte Especial em 6/5/2020 (fls. 10.805-10.808).

Logo, a pretensão acusatória veiculada na peça inaugural não se fundamenta nos relatos do colaborador, que são amplos e abordam, além do suposto esquema de venda de decisões judiciais sobre o conflito agrário do oeste baiano (objeto da Operação Faroeste), outros casos, como recuperação judicial, inventário, execução de título extrajudicial e discussão sobre honorários advocatícios.

Nessa linha, manifestou-se o Ministério Público Federal (fls. 34.394-34.413, grifo no original):

*Em outra quadra, deve ser lembrado que nenhum elemento de informação foi extraído do acordo de colaboração premiada firmado entre o Ministério Público Federal e **Júlio César Cavalcanti** para embasar a pretensão acusatória inicial, tendo sido a peça exordial oferecida por esta Procuradoria-Geral da República no dia 10/12/2019, muito antes, portanto, da decisão de homologação do referido acordo de colaboração, exarada em 31/03/2020.*

Quanto ao acesso aos dados brutos constantes do PBAC n. 10, convém destacar a Rcl n. 46.273, julgada procedente pelo Ministro Edson Fachin, nos seguintes termos (fls. 30.161-30.178, grifos acrescidos):

Ante o exposto, *julgo procedente* a presente reclamação, nos termos do art. 161, parágrafo único, do RISTF, *para determinar à autoridade reclamada, mediante auxílio da Polícia Federal, que franqueie à defesa do reclamante **acesso integral** as mídias apreendidas no âmbito do PBAC 10, naquilo que: (i) diga respeito à sua possível responsabilidade criminal; e (ii) não guarde relação com diligências ainda não finalizadas, **mediante a fixação de balizas e parâmetros que se permita a obtenção de cópias apenas de conteúdo que diga respeito**, direta ou indiretamente ao reclamante e aos fatos relacionados às investigações, **sendo vedadas qualquer cópia ou registro de material envolvendo a privacidade e a intimidade de terceiros.***

É importante notar que, a despeito de a reclamação ter sido julgada procedente, sua conclusão está em sintonia com a postura que já vinha sendo adotada por esta relatoria.

Na decisão contra a qual os reclamantes se insurgiram (fls. 29.502-29.509), consignei expressamente que, no despacho inicial da presente ação penal, proferido em 10/12/2019, já havia sido franqueado aos advogados dos denunciados o acesso a todos os elementos de prova documentados nos autos da ação penal e dos procedimentos investigativos correspondentes (Inq n. 1.258 e PBAC n. 10).

Adverti, no entanto, que o HD externo recebido na Coordenadoria da Corte Especial representava uma situação diversa, pois ele continha a integralidade do conteúdo dos bens apreendidos pela Polícia Federal nas Fases 1 a 4 da Operação Faroeste, o que englobava tanto os elementos de informação relevantes à persecução penal como informações absolutamente irrelevantes para a investigação, já que as medidas cautelares resultaram na apreensão de mídias digitais (*pendrive*, HD externo, *notebook*, computador, telefone celular) que, apesar de fornecerem elementos de prova importantes para a investigação, comportavam documentos alheios aos fatos tidos como criminosos, com teor altamente sensível (fotos, vídeos e conversas íntimas).

Destaquei que a pretensão acusatória movida contra os acusados está baseada unicamente nos documentos juntados aos autos, aos quais os réus já possuíam amplo e irrestrito acesso.

Concluí no seguinte sentido:

Assim, no que diz respeito à defesa dos acusados, é importante destacar que cada investigado já possui acesso a toda informação constante no HD externo que seja oriunda de seus próprios bens apreendidos.

Caso algum acusado pretenda acessar o teor de bem apreendido de terceiros, deve o peticionante fundamentar seu pedido, demonstrando, no caso concreto, o seu interesse específico no conteúdo protegido pela inviolabilidade constitucional da vida privada, apontando precisamente a repercussão da informação na sua esfera jurídico-penal.

Ora, para dar cumprimento à decisão emanada do Supremo Tribunal Federal na Rcl n. 46.273, fixei as mesmas balizas para acesso dos investigados aos elementos de prova na Polícia Federal, conforme se observa do trecho abaixo (fls. 35.760-35.765):

Diante disso, com o objetivo de resguardar a intimidade de terceiros sem embaraçar o direito de defesa dos investigados, fixo as seguintes balizas para acesso dos investigados aos elementos de prova encartados em todas as fases da Operação Faroeste:

1. Deve o investigado ter livre acesso a todos os elementos de informação extraídos de bens ou documentos de sua titularidade, ou que reproduza informações a seu respeito (tais como, aparelhos de telefone celular, computadores, documentos físicos, informações bancárias, fiscais, telefônicas ou telemáticas);

2. Deve o investigado ter livre acesso a todos os elementos de informação, utilizados pela autoridade policial para elaboração de documentos de análise ou de informação, juntados aos autos do inquérito ou da ação penal a que responde, independentemente da titularidade da fonte da informação; e

3. Deve o investigado apontar concretamente a pertinência – ainda que em abstrato – do acesso ao conteúdo de bens ou documentos de titularidade de terceiros, não incluídos na hipótese anterior, para apreciação, em cada caso concreto, por esta Relatoria.

Como forma de garantir o efetivo acesso dos investigados aos elementos de informação, determino que a Polícia Federal elabore um cronograma de atendimento de cada defesa técnica, na sede da Polícia Federal, para que possam acessar e apontar, concretamente, aquilo que desejam copiar, devendo esta Relatoria ser consultada previamente à realização de cópia, no caso da hipótese 3 acima.

Na sequência, a Polícia Federal anunciou o cumprimento integral das diligências voltadas ao *“fornecimento às partes, por seus advogados constituídos, de cópia digital de documentos, arquivos audiovisuais, reprodução de mensagens*

e diálogos de aplicativos de comunicação telemática extraídos de mídias diversas, arrecadadas em poder de investigados por ocasião das deflagrações das Fases 1, 2, 3 e 4 da Operação Faroeste” (fls. 8.148-8.150 do Inq 1.258), informando, ainda, que o último acesso foi concedido em 24/11/2022.

Nota-se, portanto, que os acusados já possuem acesso a todos os elementos de prova arrecadados na Operação Faroeste há mais de um ano, sem que tenha sido veiculado pelos réus qualquer prejuízo concreto às suas defesas.

Em relação à alegação de que a juntada paulatina de informações e relatórios técnicos tornou impossível o exercício da defesa de forma efetiva e plena, é importante ressaltar que os relatórios de análise foram juntados aos autos pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal tão logo foram finalizados.

Como se sabe, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a juntada de documentos no curso da instrução:

2. Prevalece nesta Corte Superior que “a juntada de documentos pela acusação após o interrogatório do réu é admitida, consoante art. 231 do CPP. No caso em tela, inexistente prejuízo (art. 563 do CPP), eis que a defesa apresentou alegações finais após a juntada de documentos pelo assistente da acusação e não ficou demonstrada necessidade de novo interrogatório do réu” (AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.638.190/RJ, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 24/11/2020, DJe de 27/11/2020).

[...]

- Embora o recorrente afirme que “os documentos juntados já existiam e estavam à disposição do Ministério Público no momento oportuno”, não há nada nos autos que confirme essa informação. *De igual sorte, o disposto no art. 231 do Código de Processo Penal não dispõe que os documentos juntados devam ser novos, sendo, portanto, irrelevante o fato de não se tratarem de documentos novos.*

[...]

8. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no RHC n. 162.884/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 27/6/2022, grifos acrescidos.)

No presente caso, a instrução processual ainda não foi encerrada, de sorte que a juntada de documento novo enseja a possibilidade de acesso a todo o seu conteúdo pelos acusados, o que abrange o acesso integral à fonte de dados e o conhecimento pleno da cadeia de custódia da prova apresentada em juízo.

Afinal, se a jurisprudência admite a juntada de nova prova aos autos mesmo no momento da intimação para o oferecimento de alegações finais, com muito mais razão é possível admiti-la ainda durante a instrução criminal. Confira-se:

Habeas corpus. Homicídio qualificado. Ocultação de cadáver. Quadrilha. Manifestação do Ministério Público. Fase processual. Alegações finais. Requerimento. Juntada de prova. Oitiva de testemunha. Princípio do contraditório. Princípio da ampla defesa. Observância. Princípio da verdade real. Princípio do livre convencimento. Prova emprestada. Possibilidade. Princípio do devido processo legal. Ordem denegada.

1. *É legal a juntada de nova prova aos autos mesmo após o término da instrução criminal, quando o Ministério Público, no momento da intimação para o oferecimento de alegações finais, requer juntada de mídia com depoimento de testemunha, bem como a oitiva desta, tendo sido aberta a oportunidade para defesa manifestar-se a respeito, uma vez que o Juiz entendeu ser necessária a realização da diligência para formação do seu livre convencimento, dependente, como atividade ínsita ao processo penal, do encontro da verdade por meio da reconstrução histórica dos fatos, observados os princípios da busca da verdade, da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.*

2. *É cabível prova emprestada no âmbito do processo penal, nomeadamente na hipótese em que o réu fez parte do processo originário, de onde ela adveio, e posteriormente foi desmembrado em razão de o denunciado estar em lugar incerto e não sabido.*

3. Ordem denegada.

(HC n. 265.329/RJ, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 13/8/2019, grifo acrescido.)

É primordial, ainda, anotar que o PBAC n. 10 e o Inq n. 1.258 – principais procedimentos investigativos que deram ensejo à APn n. 940 – sofreram recentemente determinação de arquivamento formal por esta relatoria, o que significa que a análise dos elementos de informação arrecadados pela Polícia Federal está encerrada, portanto, com a instrução processual ainda em curso.

Em rigor, é importante que se afirme, a instrução processual, até o presente momento, resumiu-se à oitiva das testemunhas arroladas pelas partes, estando pendentes de apreciação os demais pedidos de prova, tarefa que está sendo atualmente realizada por esta relatoria.

Em seguida, conforme já antecipei na decisão de fls. 34.600-34.604, será oportunizada às defesas a realização de novas diligências, a partir da demonstração da sua necessidade em razão de circunstâncias ocorridas na

instrução processual (como a juntada de documentos, por exemplo), nos termos do art. 402 do Código de Processo Penal.

Nesse ponto, destacou o Ministério Público Federal:

Desse modo, o pedido abstrato dos agravantes de nulificação de toda a instrução, a qual, em verdade, serviu, essencialmente, para inquirição das testemunhas e dos declarantes arrolados pelos réus, não se olvidando que o colaborador *Júlio César Cavalcanti Ferreira*, dispensou a produção de prova oral, apresenta, *concessa máxima vênia*, nítido caráter protelatório, cujo único desiderato é impedir o desfecho do caso.

Assim, fica afastada a alegação de prejuízo às defesas, o que impede a decretação de nulidade processual, por força do art. 563 do Código de Processo Penal. A propósito:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Extorsão duplamente majorada. Nulidades. Ausência. Parcialidade do Escrivão de Polícia. Prejuízo não demonstrado. Eventual falha ocorrida na fase policial não macula a ação penal. Inversão dos atos processuais. Concordância da defesa. Dosimetria. Proporcionalidade. Agravo regimental não provido.

1. *Firme a orientação jurisprudencial desta Corte, segundo a qual a decretação da nulidade processual, ainda que absoluta, depende da demonstração do efetivo prejuízo, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal, ex vi do princípio pas de nullité sans grief.*

2. Eventuais nulidades ocorridas no inquérito policial, dada a natureza inquisitiva do procedimento policial, não se comunicam com a ação penal dela subsequente. Nessa linha: AgRg no HC n. 849.007/MG, desta Relatoria, DJe de 8/9/2023.

3. Também não procede a alegação de nulidade decorrente da inversão nos atos processuais, isso porque segundo o acórdão recorrido (e-STJ fl. 1.352), fora oportunizado às partes, na ocasião da audiência de oitiva das testemunhas, manifestarem discordância, o que não fizeram; pelo contrário, concordaram com o ato.

[...]

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no AREsp n. 2.436.138/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/11/2023, DJe de 27/11/2023, grifo acrescido.)

Portanto, no atual estágio da marcha processual, com a instrução probatória ainda em curso e a possibilidade concreta do pleno exercício do direito de defesa

pelos acusados, não há falar em violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, consubstanciada na juntada extemporânea de elementos de informação.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo regimental.

É como voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 1.725.030-SP
(2018/0037535-7)**

Relator: Ministro Raul Araújo

Embargante: Jabali Aude Construcoes Ltda

Advogados: João Ramos de Souza e outro(s) - SP042236

Sérgio Lazzarini - SP018614

Renato Lazzarini - SP151439

Eduardo Collet e Silva Peixoto - SP139285

Maria Angélica do Carmo - SP161579

Embargado: Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de Sao Paulo - CDHU

Advogados: Renata Prada - SP198291

João Antônio Bueno e Souza - SP166291

Marco Antonio Passanezi - SP330800

EMENTA

Civil e Administrativo. Embargos de divergência em recurso especial. Direito público. Prescrição. Empresa pública prestadora de serviço público essencial, sem finalidade lucrativa e natureza concorrencial. Aplicação do prazo quinquenal (Decreto 20.910/1932). Recurso desprovido.

1. Às entidades da Administração Indireta com personalidade de direito privado, que atuam na prestação de serviços públicos essenciais, sem finalidade lucrativa e sem natureza concorrencial, aplica-se o

mesmo regime normativo prescricional das pessoas jurídicas de direito público, previsto no Decreto 20.910/1932 e no Decreto-Lei 4.597/1942.

2. Na hipótese, tem-se pretensão indenizatória, por alegado desequilíbrio econômico-financeiro de contrato, movida em desfavor de empresa pública integrante da Administração Indireta do Estado de São Paulo, sem fins lucrativos, prestadora de serviço público de essencial valor social, voltado para a construção de moradias para famílias de baixa renda, visando garantir o direito fundamental à moradia. Ademais, a empresa pública também intervém no desenvolvimento urbano das cidades. As partes em litígio celebraram contrato administrativo, precedido de procedimento licitatório, sendo a relação jurídica estabelecida de predominante natureza pública, regida pelo Direito Administrativo.

3. Incide, assim, o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 1º do Decreto 20.910/1932.

4. Embargos de divergência a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Corte Especial, por unanimidade, conhecer dos embargos de divergência e negar-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti e os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Sebastião Reis Júnior, Joel Ilan Paciornik, Nancy Andrighi, Humberto Martins, Herman Benjamin, Og Fernandes e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão, João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Mauro Campbell Marques. Convocado o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik. Esteve presente, tendo sido dispensada a sustentação oral, o Dr. Marco Antonio Passanezi, pela embargada.

Brasília (DF), 14 de dezembro de 2023 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Presidente

Ministro Raul Araújo, Relator

DJe 20.12.2023

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Trata-se de *embargos de divergência* opostos contra acórdão da colenda Primeira Turma assim ementado:

Processual Civil. Agravo interno no agravo interno nos embargos de declaração no recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Alegação de violação ao art. 173, § 1º, II, da Constituição da República. Impossibilidade, ainda que para efeito de prequestionamento. Inovação recursal. Impossibilidade de análise. Tese não ventilada no recurso especial. Prazo prescricional. Empresa estatal. Sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos essenciais, sem finalidade lucrativa e natureza concorrencial. 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 – Os apontamentos acerca de supostos desdobramentos da aplicação da prescrição quinquenal à empresa estatal foram apresentados apenas quando da interposição do agravo interno, o que configura inadmissível inovação recursal.

III – O recurso especial possui fundamentação vinculada, destinando-se a garantir a autoridade da lei federal e a sua aplicação uniforme, não constituindo, portanto, instrumento processual destinado a examinar possível ofensa a norma constitucional, ainda que para efeito de prequestionamento. Precedentes.

IV – A definição do prazo prescricional aplicável à empresa estatal depende da sua qualidade de prestadora de serviços públicos essenciais, sem finalidade lucrativa e natureza concorrencial, circunstâncias cujo exame em concreto afigura-se inviável em sede de Recurso Especial.

V – *Tratando-se de sociedade de economia mista destinada à prestação de serviço público essencial, sem finalidade lucrativa e natureza concorrencial, aplicam-se as regras de prescrição dispostas no Decreto n. 20.910/1932.* Precedentes.

VI – Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

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

VIII – Agravo Interno improvido.

(Aglnt no Aglnt nos EDcl no REsp 1.725.030/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 31/05/2023)

Em suas razões, a ora embargante alegou que o aresto embargado divergiu dos seguintes julgados desta Corte de Justiça:

Processual Civil e Administrativo. Empresa pública (Emurb). Pessoa jurídica de direito privado. Prazo prescricional. Art. 206, § 3º, IV, do CC.

1. *O STJ pacificou a orientação de que o prazo prescricional quinquenal previsto no Decreto 20.910/1932 aplica-se apenas às pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Municípios, Autarquias e Fundações Públicas), excluindo-se as pessoas jurídicas de direito privado da Administração Indireta (sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações). Precedentes: AREsp 640.815/PR, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.2.2018; REsp 1.608.717/RS, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 26.6.2018; REsp 1.247.370/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.9.2011.*

2. A Emurb é empresa pública de direito privado que integra a Administração Indireta. Incidência do prazo prescricional previsto no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil.

3. Agravo Interno não provido.

(AgInt no REsp 1.812.518/SE, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 21/8/2020)

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 1.902.665/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 10/8/2022)

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 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 1.814.089/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 1/7/2019)

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 Andrigli*, *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 1.795.172/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 27/5/2021)

Agravo interno no recurso especial. Execução embasada em direito de regresso. Prescrição. Ocorrência. Agravo não provido.

1. “O prazo de prescrição quinquenal, previsto no Decreto n. 20.910/32 e no Decreto-Lei n. 4.597/42, 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) (AgInt no REsp 1.715.046/SP, Rel. Ministra **Maria Isabel Gallotti**, *Quarta Turma*, julgado em 06/11/2018, DJe de 14/11/2018).

2. O STJ possui jurisprudência no sentido de que a pretensão da ação de regresso prescreve no mesmo prazo prescricional definido para a relação jurídica

originária, cujo termo inicial se dá a partir da data do trânsito em julgado da sentença da ação indenizatória. Precedentes.

3. Dessa forma, submetida a pretensão de reparação de direito material ao prazo trienal, pois trata-se de ação de reparação civil, prevista no artigo 206, § 3º, V, do CC/2002, encontra-se prescrita a pretensão de regresso da insurgente, entretanto, sob pena de *reformatio in pejus*, deixa-se de reconhecer a incidência do referido prazo.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1.865.318/SP, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, DJe de 1º/10/2020)

Agravo interno no recurso especial. Valoração jurídica dos fatos. Não incidência da Súmula 7 do STJ. Prazo prescricional. Sociedade de economia mista. Aplicação das normas de direito civil.

1. A reavaliação jurídica dos fatos não implica a incidência do óbice da Súmula 7 do STJ, quando a análise do recurso especial é baseada nas premissas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Precedentes.

2. *O prazo de prescrição quinquenal, previsto no Decreto n. 20.910/32 e no Decreto-Lei n. 4.597/42, 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).*

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1.715.046/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe de 14/11/2018)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Processual Civil e Civil. Rede elétrica. Instalação. Contrato de financiamento. Sociedade de economia mista. Ilegitimidade passiva. Reexame de prova. Prequestionamento. Prescrição vintenária. Súmula n. 83/STJ. Impossibilidade. Correção monetária devida.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

2. *O prazo prescricional previsto no Decreto n. 20.910/1932 não é aplicável às concessionárias de serviço público que ostentem personalidade jurídica de direito privado.*

3. As sociedades de economia mista têm inequívoca natureza jurídica de direito privado, aplicando-se a elas a prescrição vintenária, consoante o disposto no art. 177 do Código Civil. Precedentes.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 805.223/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe de 27/9/2018)

Alega, assim: (i) “tendo em conta a evidente divergência de posicionamentos em relação ao v. acórdão recorrido e os entendimentos opostos firmados pelas Segunda, Quarta e Terceira Turmas do E. STJ acerca da prescrição (Decreto 20.910/32 X Código Civil), notadamente em relação à Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU, requer sejam recebidos e processados os embargos de divergência no sentido possibilitar a unificação do posicionamento das Turmas do E. Superior Tribunal de Justiça”; (ii) “tendo em conta que a Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU é empresa pública de economia mista dotada de personalidade jurídica de natureza privada, cuja atividade econômica tem finalidade **lucrativa** e que **concorre** no mercado imobiliário – diferentemente do afirmado no v. acórdão recorrido (e sem fundamento no v. acórdão proferido no Tribunal de origem) –, requer sejam providos os embargos de divergência a fim de reconhecer aplicável aos autos as regras de prescrição estipuladas pelo Código Civil”; (iii) “reconhecida a aplicação das regras de prescrição do Código Civil ao presente caso, requer seja determinada a aplicação aos autos da prescrição decenal, prevista no artigo 205 do Código Civil, consoante entendimento firmado do E. STJ no julgamento do EREsp n. 1.281.594/SP, relator Ministro Benedito Gonçalves, relator para acórdão Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 15/5/2019, DJe de 23/5/2019 e AgInt nos EDcl no REsp n. 1.839.511/GO, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 4/10/2021, DJe de 21/10/2021”.

Este Relator, na decisão de fls. 2.255/2.261, admitiu os embargos para melhor exame da controvérsia.

Devidamente intimada, a parte embargada apresentou *impugnação* pleiteando o não conhecimento do recurso ou seu desprovemento. Afirma, nesse contexto, “ainda que esta Colenda Corte Especial entenda pela inaplicabilidade do prazo prescricional estabelecido no Decreto 20.910/1932 e consequente aplicação dos prazos previstos no Código Civil, se mostra imperiosa a aplicação do prazo trienal estabelecido pelo artigo 206, § 3º, IV, do referido Codex, tendo em vista ser o único que se amolda à pretensão da Embargante, a qual se funda na vedação ao enriquecimento sem causa”.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou, no parecer de fls. 2.327/2.338, pelo desprovemento dos embargos de divergência.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): Cinge-se a controvérsia em saber se o prazo prescricional quinquenal, previsto no Decreto 20.910/32, é aplicável

às pessoas jurídicas de direito privado da Administração Indireta (sociedades de economia mista e empresas públicas), quando estas exercerem atividades destinadas à prestação de serviço público essencial, não dedicadas à exploração de atividade econômica com finalidade lucrativa e natureza concorrencial. Ou se, contrariamente, por se tratarem de pessoas jurídicas de direito privado, nas pretensões em que fizerem parte, devem incidir os prazos prescricionais estabelecidos no Código Civil.

O acórdão ora embargado, proferido no âmbito da colenda *Primeira Turma*, entendeu aplicável a prescrição quinquenal de que trata o referido Decreto 20.910/32, em pretensão indenizatória promovida por *Jabali Aude Construções Ltda* contra *Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo - CDHU* -, em razão de alegado desequilíbrio econômico-financeiro no contrato administrativo celebrado entre as partes para edificação de empreendimento habitacional denominado “Campinas E.15”.

O aludido aresto trouxe, em suma, os seguinte fundamentos relevantes:

As empresas públicas e sociedades de economia mista, conquanto assumam personalidade jurídica de Direito Privado, não deixam de destinar-se à consecução de finalidades estatais.

(...)

Consequentemente, surge inevitável constatar que seu regime jurídico é marcadamente híbrido, caracterizando-se pela convivência entre normas de Direito Público e de Direito Privado.

(...)

Tal caráter híbrido, decorrente do influxo de normas de Direito Público que se aplicam às empresas estatais, conquanto constituídas como pessoas jurídicas de Direito Privado, revela-se contundente em se tratando de empresas públicas e sociedades de economia mista destinadas, exclusivamente, à prestação de serviços públicos sem finalidade lucrativa e sem natureza concorrencial.

Presentes tais circunstâncias, se reconhece a essas entidades tratamento jurídico assemelhado ao das pessoas jurídicas de Direito Público, operando-se verdadeira extensão do conceito de Fazenda Pública que, em certa medida, passa a albergar, também, essas entidades integrantes da Administração Pública Indireta.

(...)

A partir do panorama jurisprudencial delineado, nota-se que as regras de prescrição estabelecidas no Código Civil não têm incidência quando a demanda envolver empresa estatal prestadora de serviços públicos essenciais, não dedicada à exploração de atividade econômica com finalidade lucrativa e natureza concorrencial.

Com efeito, em tais casos, *aplica-se a prescrição quinquenal do Decreto n. 20.910/1932, por se tratar de entidade que, conquanto dotada de personalidade jurídica de direito privado, faz as vezes do próprio ente político ao qual se vincula e, com isso, pode, em certa medida, receber tratamento assemelhado ao de Fazenda Pública.*

(...)

Esse entendimento está em consonância com a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual é aplicável o regime dos precatórios às empresas públicas e sociedades de economia mista que se destinem à prestação de serviços públicos de competência típica do Estado, como espelham os seguintes precedentes:

(...)

Nesse contexto, a definição do prazo prescricional aplicável à empresa estatal depende da sua qualidade de prestadora de serviços públicos essenciais, sem finalidade lucrativa e natureza concorrencial, circunstâncias cujo exame em concreto afigura-se inviável em sede de Recurso Especial.

Por conseguinte, *sendo a parte recorrida empresa estatal destinada à prestação de serviço público essencial, sem finalidade lucrativa e sem natureza concorrencial, aplicáveis as regras de prescrição dispostas no Decreto n. 20.910/1932, consoante apontado pela Corte a quo.*

Por outro lado, quanto às alegações trazidas nas razões recursais, relativamente à ausência de “[...] declaração de inexistência de finalidade lucrativa da atividade econômica da Agravada” (fl. 2.006e), bem como quanto ao reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal de “[...] inexistência de exclusividade na atividade da Agravada” (fl. 2.007e), porquanto “[...] é fato notório que a atividade de construção de moradias populares não é atividade exclusiva da CDHU, mesmo no Estado de São Paulo” (fl. 2.008e), tal insurgência não merece acolhida.

Isso porque a circunstância de tratar-se de sociedade de economia mista, por si só, não impede o reconhecimento do regime de prescrição próprio de Fazenda Pública, desde que, na linha da jurisprudência dos Tribunais Superiores já destacada, a estatal preste serviço essencial, sem finalidade lucrativa e natureza concorrencial.

Com efeito, *embora as sociedades de economia mista sejam caracterizadas pela confluência de capital público e privado e adotem a forma societária anônima, nos moldes delineados no Decreto-Lei n. 200/1967, bem como dos arts. 3º e 4º da Lei n. 13.303/2016, tais pessoas jurídicas, não raro, confundem-se com as empresas públicas, porquanto dotadas de participação acionária privada ínfima no capital social, e desprovidas da finalidade precípua de remunerar seus acionistas.*

Nesse sentido, aliás, o art. 91, § 1º da Lei n. 13.303/2016 contemplou expressamente a possibilidade de transformação de tais companhias em empresas públicas, quando dotadas de capital fechado, mediante resgate da totalidade das ações de titularidade de acionistas privados.

(...)

À vista disso, consoante extrai-se dos autos, a *Agravada fez uso de tal faculdade, colhendo-se das contrarrazões recursais a notícia de que “[...] é uma Empresa Pública Estadual, cujo capital é integralmente público”* (fl. 2.030e).

Outrossim, *relativamente à atividade desenvolvida pela Agravada, o tribunal de origem consignou ter a estatal a finalidade de “[...] executar programas habitacionais em todo o território do Estado, voltados para o atendimento exclusivo da população de baixa renda - atende famílias com renda na faixa de 1 a 10 salários mínimos”, bem como intervir “[...] no desenvolvimento urbano das cidades, de acordo com as diretrizes da Secretaria da Habitação”* (fl. 1.620e), *atuação, portanto, tipicamente estatal.*

Além disso, como informa a *Agravada em suas contrarrazões, as unidades habitacionais produzidas não são comercializadas livremente, submetendo-se a um procedimento legalmente estabelecido, para sorteio dos beneficiários habilitados à aquisição, a reforçar a percepção, lançada pela Corte a qua, de não possuir a empresa intuito lucrativo; é dizer, não atua em alienação de imóveis sob o regime de livre concorrência, mas, em verdade, funciona como instrumento de concretização do direito social de moradia, constitucionalmente consagrado.*

Sublinhe-se, ademais, que *a construção de unidades habitacionais por agentes econômicos privados, voltadas a consumidores de baixa renda, não permite, per se, concluir pela existência de caráter concorrencial na atividade desenvolvida pela Agravada, à luz do disposto no art. 23, IX da Constituição da República, segundo o qual é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.*

Nessa linha, a Corte Suprema já reconheceu a incidência do regime de precatórios a empresa estatal incumbida da implementação de programas de habitação popular, porquanto, apesar de o setor de habitação ser aberto à livre iniciativa, afigura-se inegável que a execução de políticas públicas de habitação popular busca assegurar precipuamente o direito social à moradia, sem finalidade lucrativa, consoante se colhe da seguinte ementa:

Direito Constitucional, Administrativo e Financeiro. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Bloqueio judicial de verbas de estatal.

1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF proposta pelo Governador do Estado da Paraíba contra decisões judiciais do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região que determinaram o bloqueio, penhora e liberação de valores da Companhia Estadual de Habitação Popular – CEHAP/PB para o pagamento de indenizações trabalhistas, sem a observância do regime de precatórios previsto no art. 100 da Constituição Federal de 1988.

2. Cabimento de ADPF para impugnar um conjunto de decisões judiciais tidas como violadoras de preceitos fundamentais. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o requisito da subsidiariedade é satisfeito quando não existe, no caso, outro meio processual eficaz para sanar a lesão a preceito fundamental de forma ampla, geral e imediata (ADPF 33, Rel. Min. Gilmar Mendes).

3. Atos de constrição do patrimônio de estatal prestadora de serviço público essencial, em regime não concorrencial: afronta aos princípios da separação dos Poderes (art. 2º, CF/1988), da eficiência (art. 37, *caput*, CF/1988) e da legalidade orçamentária (art. 167, VI, CF/1988) e ao sistema constitucional de precatórios (art. 100, CF/1988). Precedentes: ADPF 485, sob minha relatoria; ADPF 556, Rel. Min. Carmen Lúcia; ADPF 387, Rel. Min. Gilmar Mendes; e ADPF 114 MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

4. Ação conhecida e pedido julgado procedente para determinar a suspensão das decisões judiciais que promoveram constrições judiciais por bloqueio, penhora, arresto ou sequestro e determinar a sujeição da Companhia Estadual de Habitação Popular – CEHAP-PB ao regime constitucional de precatórios.

(ADPF 588, Relator(a): Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2021, Processo Eletrônico DJe-090 divulg 11-05-2021 public 12-05-2021 - destaques meus).

Assim, em que pesem as alegações trazidas, os argumentos apresentados são insuficientes para desconstituir a decisão impugnada.

É certo que nesta Corte Superior, durante bastante tempo, prevaleceu orientação de que o prazo de prescrição quinquenal, previsto no Decreto 20.910/32 e no Decreto-Lei 4.597/42, aplicava-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). Nesse sentido: REsp 1.270.671/RS, Relator Ministro *Castro Meira*, *Segunda Turma*, DJe de 5/3/2012.

Assim, entendia-se que às pessoas jurídicas de direito privado da Administração Pública Indireta deveriam ser aplicados tão somente os prazos prescricionais estabelecidos no Código Civil.

Seguindo essa mesma linha de intelecção, além dos paradigmas colacionados no presente recurso uniformizador, podem ser citados, ainda, os seguintes julgados desta Corte de Justiça, *inclusive em casos envolvendo a*

Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU –, in verbis:

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.

(...)

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 1.795.172/SP, Relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 24/5/2021, DJe de 27/5/2021)

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.

(...)

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 1.814.089/SP, Relator Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 11/6/2019, DJe de 1º/7/2019)

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 1.181.831/SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 28/9/2020, DJe de 1º/10/2020)

Processual Civil e Administrativo. Contrato administrativo. *Construção de conjunto habitacional.* Prazo prescricional. Sociedade de economia mista.

1. *A compreensão esposada pela Corte de origem está em desacordo da pacífica orientação do STJ de que o prazo prescricional quinquenal previsto no Decreto 20.910/1932 não se aplica às pessoas jurídicas de direito privado.* Precedentes: REsp 1.608.717/RS, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 26.6.2018; AREsp 640.815/PR, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.2.2018; REsp 1.501.773/RS, Rel. Min. Diva Malerbi - Desembargadora Convocada, Segunda Turma, DJe 12.2.2016; REsp 1.247.370/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.9.2011.

2. *A parte recorrente é sociedade de economia mista. Incidência do prazo prescricional previsto no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil.*

3. *Recurso Especial provido.*

(REsp 1.648.042/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/12/2018, DJe de 19/12/2018)

Mais recentemente, contudo, este Tribunal Superior tem apresentado entendimento diferenciado, delineando ser plenamente aplicável, por equiparação, a prescrição quinquenal do Decreto-Lei 20.910/1932, quando se tratar de empresas estatais destinadas, exclusivamente, à prestação de serviços públicos essenciais e que, assim, se dediquem à atividade econômica sem finalidade lucrativa e sem natureza concorrencial. Isso, porque, conquanto dotadas de personalidade jurídica de direito privado, fazem as vezes de ente autárquico, estreitamente ligados ao ente político ao qual se vinculam e, por conseguinte, devem, em certa medida, receber tratamento assemelhado ao da Fazenda Pública, inclusive relativamente a prazos prescricionais.

A propósito, citam-se os seguintes julgados:

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.

(...)

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 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.

(AREsp 1.784.065/GO, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 13/6/2023, DJe de 19/6/2023)

Processual Civil. Administrativo. Agravo interno nos embargos de declaração no recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Empresa estatal prestadora de serviço público essencial. Prescrição quinquenal. Decreto n. 20.910/1932. Incidência. Data base da contagem do prazo prescricional. Inovação recursal. 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 - *As regras de prescrição estabelecidas no Código Civil não têm incidência quando a demanda envolver empresa estatal prestadora de serviços públicos*

essenciais, não dedicada à exploração de atividade econômica com finalidade lucrativa e natureza concorrencial.

III - *Em tais casos, aplica-se a prescrição quinquenal do Decreto n. 20.910/1932, por se tratar de entidade que, conquanto dotada de personalidade jurídica de direito privado, faz as vezes do próprio ente político ao qual se vincula e, com isso, pode, em certa medida, receber tratamento assemelhado ao de Fazenda Pública.*

IV - *Acerca da data base inicial da contagem do prazo prescricional, a qual, no caso, de acordo com as razões recursais, deverá ter início com a publicação das alterações das alíquotas do PIS/Cofins trata-se de inovação recursal.*

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

VI - *Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.*

VII - *Agravo Interno improvido.*

(AgInt nos EDcl no REsp 1.911.887/SP, Relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 29/5/2023, DJe de 31/5/2023)

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.

(...)

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.*

(AgInt no AREsp 1.683.657/SP, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16/11/2020, DJe de 19/11/2020)

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 questionamento. Súmula n. 211/STJ. Pretensão de revisão de julgamento

lastreado em interpretação de cláusulas de contrato administrativo. Inviabilidade. Súmulas n. 5 e 7/STJ. Precedentes.

(...)

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.

(...)

V - Recurso Especial da **Companhia de Saneamento Ambiental do Distrito Federal - Caesb** não provido e Recurso Especial da *Engeagro Construções Ltda* não conhecido.

(REsp 1.635.716/DF, Relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 4/10/2022, DJe de 11/10/2022)

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.

(AgInt no AREsp 2.039.357/DF, Relator Ministro Manoel Erhardt - Desembargador Convocado do TRF5 -, Primeira Turma, julgado em 15/8/2022, DJe de 17/8/2022)

Feitas essas anotações, considera-se, em primeiro lugar, configurada a divergência jurisprudencial alegada no presente recurso uniformizador, tendo

sido atendidos todos os requisitos de admissibilidade recursal exigidos pelas normas processual e regimental vigentes.

No exame meritório, por sua vez, mostra-se mais acertada a solução dada por esta Corte Superior na jurisprudência mais recente.

Eis o que dispõem as normas em debate, *in litteris*:

Decreto 20.910/32

Art. 1º. As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Decreto-Lei 4.597/42.

Art. 2º. O Decreto n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que regula a prescrição quinquenal, abrange as dívidas passivas das autarquias, ou entidades e órgãos paraestatais, criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições, exigidas em virtude de lei federal, estadual ou municipal, bem como a todo e qualquer direito e ação contra os mesmos.

Código Civil

Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

Art. 206. Prescreve:

§ 1º Em um ano:

(...)

§ 2º Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem.

§ 3º Em três anos:

(...)

IV - a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa;

V - a pretensão de reparação civil;

(...)

§ 4º Em quatro anos, a pretensão relativa à tutela, a contar da data da aprovação das contas.

§ 5º Em cinco anos:

I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular;

(...)

III - a pretensão do vencedor para haver do vencido o que despendeu em juízo.

Consoante leciona JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, em razão de haver um certo hibridismo no regime jurídico das sociedades de economia mista e das empresas públicas, estas estatais estão sob o influxo tanto de normas de direito público como de normas de direito privado, *in verbis*:

A análise do regime jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias deve partir de dois pressupostos – um deles, considerando o fato de que são pessoas de direito privado, e o outro, a circunstância de que integram a Administração Pública. Sem dúvida, são aspectos que usualmente entram em rota de colisão, mas, por sua vez, inevitáveis ante a natureza das entidades. Diante disso, a consequência inevitável é a de que seu regime jurídico se caracteriza pelo hibridismo normativo, no qual se apresenta o influxo de normas de direito público e de direito privado. Semelhante particularidade, como não poderia deixar de ser, rende ensejo a numerosas perplexidades e divergências.

(Manual de Direito Administrativo – 33ª ed. – São Paulo: Atlas, 2019, p. 531)

Nesse contexto, às entidades da Administração Indireta com personalidade de direito privado, que atuam na prestação de serviços públicos essenciais, sem finalidade lucrativa e sem natureza concorrencial, é possível estender-se o mesmo regime normativo acerca da prescrição aplicável às pessoas jurídicas de direito público (Decreto 20.910/32 e Decreto-Lei 4.597/42), visando até mesmo dar equilíbrio às pretensões de natureza eminentemente pública a serem exercidas contra as empresas estatais, concedendo-lhes, assim, igualdade de condições em relação à Fazenda Pública, delegatária e originariamente responsável pela prestação do serviço público essencial delegado.

Na hipótese, como dito, tem-se pretensão indenizatória em desfavor da Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU –, atualmente transformada em empresa pública – antes sociedade de economia mista –, integrante da Administração Indireta do Estado de São Paulo, criada pela Lei estadual paulista n. 905/75, regendo-se por estatuto próprio.

Conforme informações colhidas no *site* oficial da própria empresa estatal, a CDHU:

(i) é “empresa pública, tem vinculação à Secretaria da Habitação, à qual cabe a definição de suas diretrizes de atuação, sendo as funções/objetivos da Companhia discriminados no seu Estatuto Social, com destaque para: 1) Agente Promotor e Financeiro de Habitação; 2) Agente Técnico do Sistema Estadual de Habitação; 3) Agente Operador do SFH - Sistema Financeiro de Habitação”

(<https://www.cdhu.sp.gov.br/documents/20143/37066/Carta+Anual+de+Pol%C3%ADticas.pdf/fbabe24a-d4ca-9c65-d8b3-c79c3aa50102>);

(ii) "é uma sociedade por ações, cujo acionista majoritário é o Governo do Estado"

(<https://www.cdhu.sp.gov.br/web/guest/institucional/organizacao-empresarial>);

(iii) "é empresa do Governo Estadual, vinculada à Secretaria Desenvolvimento Urbano e Habitação" e "é o maior agente promotor de moradia popular no Brasil. Tem **por finalidade executar programas habitacionais em todo o território do Estado, voltados para o atendimento exclusivo da população de baixa renda - atende famílias com renda na faixa de 1 a 10 salários mínimos. Além de produzir morádias, a CDHU também intervém no desenvolvimento urbano das cidades, de acordo com as diretrizes da Secretaria de Desenvolvimento Urbano e Habitação**"

(<https://www.cdhu.sp.gov.br/web/guest/institucional/quem-somos>).

Como visto, a CDHU, criada por meio da Lei Estadual n. 905/75, é empresa pública, sem fins lucrativos, prestadora de serviço público essencial relativo à construção de morádias para famílias de baixa renda, garantindo o direito fundamental à moradia à população de baixa renda. Ademais, a aludida empresa pública também intervém no desenvolvimento urbano das cidades.

Seu capital social é titularizado quase que integralmente pelo Estado de São Paulo (99,9%).

Nessa toada, não obstante a CDHU possua natureza jurídica de direito privado, desempenha funções especialmente relevantes à sociedade, vinculadas ao direito social de moradia constitucionalmente assegurado.

Ademais, as partes em litígio celebraram contrato administrativo, precedido de procedimento licitatório, de maneira que a relação entre elas é de Direito Público, regida pelo Direito Administrativo.

Destarte, tendo em vista prestar serviço público essencial, de caráter social relevante e sem fins lucrativos ou regime concorrencial com a iniciativa privada, deve a ora embargada sujeitar-se ao regime jurídico de direito público, sendo-lhe aplicável o aludido art. 1º do Decreto 20.910/32, submetendo-se, assim, ao prazo prescricional quinquenal.

Portanto, não são aplicáveis à relação jurídica sob exame os prazos prescricionais previstos no Código Civil, que regula as relações jurídicas decorrentes estritamente de direitos e obrigações de natureza privada.

Feitas essas considerações, conclui-se que a solução jurídica encontrada pelo v. acórdão embargado da colenda Primeira Turma não merece reforma.

Diante do exposto, *nega-se provimento aos embargos de divergência.*

É como voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N.
1.872.414-MG (2020/0101829-4)**

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Relator para o acórdão: Ministro Luis Felipe Salomão

Embargante: Usinas Siderurgicas de Minas Gerais S/A. Usiminas

Advogado: Andres Dias de Abreu - MG087433

Embargado: Joaquim Ruiz de Gamboa Netto - Espólio

Embargado: Fabio Luiz Nogueira - por Si e Representando

Embargado: Juventino Moraes da Franca

Embargado: Nilza Costa Silva

Embargado: Jose Brito Correa

Advogados: Joaquim Ruiz de Gomboa Neto - MG007711

Nilza Costa Silva (em Causa Própria) - MG042624

Fábio Luiz Nogueira - MG063194

Romildo Olgo Peixoto Júnior - DF028361

Lukas de Oliveira Marinho - DF048912

Guilherme Peixoto Almeida de Oliveira - DF026841

José Brito Corrêa (em Causa Própria) - MG029158

Juventino Moraes da Franca (em Causa Própria) - MG006174

Marcela Fernandes Checchia e outro(s) - DF051877

Bárbara Mendes de Sant'Anna - DF058008

Embargado: Fazenda Nacional

EMENTA

Embargos de divergência em recurso especial. Honorários advocatícios de sucumbência. Advogado empregado. Titularidade

da verba. Vínculo empregatício firmado sob a égide do Estatuto da OAB de 1963 (Lei n. 4.215/1963). Irrelevância no caso concreto. Sentença proferida na vigência do Estatuto da OAB de 1994 (Lei n. 8.906/1994). Marco temporal do regime jurídico aplicável à sucumbência. Precedentes. Embargos de divergência conhecidos e não providos.

1. A sentença – ou o ato jurisdicional equivalente, na competência originária dos tribunais –, como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios de sucumbência, deve ser considerada o marco temporal do regime jurídico aplicável. Precedentes.

2. Na espécie, não obstante os contratos de trabalho e respectivas procurações aos advogados empregados tenham sido firmados sob a égide do Estatuto da OAB de 1963 (Lei n. 4.215/1963), a sentença que fixou a verba honorária de sucumbência foi prolatada na vigência do Estatuto da OAB de 1994 (Lei n. 8.906/1994), sendo, pois, impositiva a regra contida no art. 21 deste último diploma legal, segundo a qual, “[n]as causas em que for parte o empregador, ou pessoa por este representada, os honorários de sucumbência são devidos aos advogados empregados”.

3. Embargos de divergência conhecidos e não providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça acordam, após o voto-vista da Sra. Ministra Laurita Vaz e o voto do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, acompanhando a relatora, as ratificações de votos dos Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Herman Benjamin, acompanhados pelos votos da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e dos Srs. Ministros Benedito Gonçalves e Raul Araújo, por maioria, conhecer dos embargos de divergência e negar-lhes provimento. Vencidos as Sras. Ministras Nancy Andrighi, Laurita Vaz e Maria Isabel Gallotti e o Sr. Ministro João Otávio de Noronha que conheciam e davam provimento dos embargos de divergência.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Maria Thereza de Assis Moura e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Paulo de Tarso Sanseverino, Antonio Carlos Ferreira e Ricardo Villas Bôas Cueva.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Sérgio Kukina.

Aposentados os Srs. Ministros Felix Fischer e Jorge Mussi.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

Sustentaram oralmente o Dr. Andres Dias de Abreu, pela embargante, e o Dr. Romildo Olgo Peixoto Júnior, pelos embargados.

Brasília (DF), 02 de agosto de 2023 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Presidente

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator p/ Acórdão

DJe 1º.12.2023

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de embargos de divergência interpostos por *Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. - Usiminas* contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Embargos de divergência interpostos em: 19/5/2021.

Conclusos ao gabinete em: 29/9/2021.

Ação: de “execução de honorários advocatícios sucumbenciais e de reembolso de custas”, proposta por *Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. - Usiminas* contra a *União*.

Na inicial, informa que os honorários advocatícios advieram de ação de repetição de indébito por ela proposta, distribuída em 16/9/1994, que objetivava o reconhecimento do respectivo direito à restituição das importâncias excedentes a 0,5% (zero vírgula cinco por cento), recolhidas indevidamente a título de *Finsocial*, conforme DARF's e demonstrativos anexados à exordial, em face da declaração de inconstitucionalidade, pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, das majorações de alíquota autorizadas pela legislação ordinária (Leis n. 7.787/89, 7.894/89 e 8.147/90). Requereu, ainda, a autorização para compensar os valores pagos indevidamente a título de *Finsocial* com os valores vencidos da *Cofins*.

Na sentença, julgou-se procedente o pedido, para condenar a Ré a restituir-lhe a quantia recolhida a maior, na forma definida no laudo pericial acostado aos autos, acrescida de juros moratórios de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado da sentença. Na mesma oportunidade, o juiz condenou a Ré ao ressarcimento das custas judiciais por ela despendidas, bem como ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o montante corrigido dos valores a serem restituídos. Após o *iter* processual, que culminou com o não provimento do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, certificou-se o trânsito em julgado em 17/12/2009, nos moldes propugnados na sentença.

Assim, com o início dos atos executivos, a ora recorrente requereu a percepção dos honorários advocatícios, conforme estipulado na sentença, mediante a expedição do respectivo precatório, no valor de R\$ 7.630.458,10 (sete milhões, seiscentos e trinta mil, quatrocentos e cinquenta e oito reais e dez centavos), quantia atualizada até maio de 2010 (R\$ 7.625.437,08, a título de honorários; e R\$ 5.021,02, referente ao reembolso das custas judiciais).

Decisão: proferida pelo juiz da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, rejeitando a execução de honorários e de custas judiciais, ajuizada pela ora recorrente.

Acórdão: por unanimidade: a) conheceu dos embargos de declaração dos terceiros interessados (advogados *Joaquim Ruiz de Gamboa Netto* e *Fábio Luiz Nogueira*) como agravo regimental e negou-lhe provimento; e b) negou provimento ao agravo regimental interposto por *Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. - Usiminas*, nos termos da seguinte ementa:

Processual Civil. Embargos de declaração opostos à decisão monocrática. Recebidos como agravo regimental. Recurso manifestamente improcedente. Art. 557 do CPC. Possibilidade. Execução de título judicial. Honorários advocatícios. Legitimidade. Sociedade empresária. Impossibilidade. Advogados. Possibilidade.

1. Segundo orientação jurisprudencial deste Tribunal, devem ser recebidos como agravo regimental os embargos de declaração opostos contra decisão monocrática.

2. Nos termos do art. 557 do CPC, pode o relator negar provimento a recurso manifestamente improcedente, em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

3. Ao advogado compete o direito autônomo de executar os encargos de sucumbência, dada a sua legitimidade processual e material.

4. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

5. Agravo regimental da sociedade empresária a que se nega provimento. (fl. 693)

Embargos de declaração: opostos por *Joaquim Ruiz de Gamboa Netto* e *Fábio Luiz Nogueira*, foram rejeitados, nos termos do acórdão de fls. 842-847.

Recurso especial: interposto por *Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. - Usiminas*, aduziu, além de dissídio jurisprudencial, ofensa aos arts. 99, *caput*, e § 1º, da Lei 4.215/1963; e 20 do CPC/1973, sob o argumento de ostentar, de forma exclusiva, a legitimidade ativa para promover a execução de honorários sucumbenciais nos autos originários, tendo em vista que os advogados interessados possuíam vínculo empregatício, situação que impossibilitaria a execução de forma autônoma.

Decisão monocrática: não conheceu do recurso especial, sob os seguintes fundamentos: a) compete ao advogado o direito autônomo de executar os encargos de sucumbência; e b) ainda que se admitisse, excepcionalmente, a via do acordo *inter partes* como hipótese de não cabimento das verbas sucumbenciais aos patronos, a documentação acostada aos autos demonstrou a ausência da referida transação. Foram aplicados, pois, os óbices previstos nos enunciados constantes nas Súmulas 83 e 7 do STJ.

Acórdão embargado: por unanimidade, a 1ª Turma desta Corte negou provimento ao agravo interno, nos termos da seguinte ementa:

Processual Civil. Honorários advocatícios. Execução. Direito autônomo e material do advogado. Precedente da Corte Especial. Eventual acordo em sentido diverso. Reexame de provas. Impossibilidade.

1. O Plenário do STJ decidiu que “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo 2).

2. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão segundo a qual, “à luz do estatuído no art. 99 e seus parágrafos da Lei n. 4.215/1963, do princípio acolhido no ordenamento jurídico pátrio que veda o enriquecimento sem causa, dos precedentes da Suprema Corte e deste Tribunal Superior, bem como da doutrina relativa ao tema, forçoso concluir que o art. 20 do CPC de 1973 não retirou a titularidade do causídico ao recebimento dos honorários advocatícios sucumbenciais fixados na sentença, os quais constituem

verba autônoma que integra o patrimônio do advogado” (EAg 884.487/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 19/04/2017, DJe 04/08/2017).

3. Ainda que se admitisse, excepcionalmente, a via do acordo *inter partes* como hipótese de não cabimento das verbas sucumbenciais aos patronos, a documentação acostada aos autos demonstra que não houve estipulação nesse sentido entre as partes, conforme consignaram as instâncias ordinárias, não sendo possível rever tal conclusão, por força da incidência da Súmula 7 do STJ.

4. Agravo interno desprovido. (fls. 971-972)

Embargos de divergência: aduz divergência entre o acórdão embargado e precedentes paradigmas da 2ª (REsp 863.784/SP e REsp 1.469.897/SP) e da 4ª Turmas (REsp 184.561/PR e REsp 1.116.893/SC), sustentando, em síntese, que é a única legitimada para promover a execução de honorários sucumbenciais na hipótese em epígrafe, notadamente porque, ao tempo de vigência do Estatuto da Advocacia de 1963 – Lei 4.215/1963 –, os advogados possuíam vínculo celetista com a *Usiminas*, ou seja, não eram advogados contratados em regime civil, não se afigurando possível, portanto, considerá-los legitimados ao ajuizamento da referida execução.

Decisão Monocrática: admitiu o processamento dos embargos de divergência. (fls. 1.089-1.090)

Parecer do Ministério Público Federal: da lavra do Subprocurador-Geral da República Rogério de Paiva Navarro, opinando pelo não conhecimento dos embargos de divergência. (fls. 1.126-1.135)

É o relatório.

VOTO

Ementa Embargos de divergência em recurso especial. Processo Civil. Acórdãos apontados como divergentes. Identidade na base fática controvertida. Honorários advocatícios de sucumbência. Natureza jurídica híbrida. Lei 4.215/1963. Advogado empregado. Titularidade dos honorários e respectiva legitimidade ativa para promover a execução. Parte empregadora.

1- Embargos de divergência em recurso especial interpostos em 19/5/2021 e conclusos ao gabinete em 29/9/2021.

2- O propósito recursal consiste em dizer se a empregadora, sob a égide da Lei 4.215/1963, possui legitimidade ativa para promover

a execução de honorários advocatícios sucumbenciais em seu favor, tendo em vista a existência de vínculo empregatício mantido com os advogados interessados, situação que impossibilitaria considerá-los legitimados, de forma autônoma, ao ajuizamento da referida execução.

3- Analisados os acórdãos apontados como divergentes, verifica-se que há identidade na base fática controvertida, visto que se discute, nos presentes autos, a legitimidade para promover a execução de honorários sucumbenciais na hipótese de advogados celetistas que patrocinaram causas em favor da sociedade empregadora, sob a égide da Lei 4.215/1963.

4- Na hipótese dos autos, existem duas soluções divergentes nesta Corte: a) de um lado, acórdãos da 2ª e da 4ª Turmas admitem que os honorários advocatícios sucumbenciais pertencem ao empregador, quando os advogados atuaram como empregados, no regime da Lei 4.215/1963; e b) de outro lado, o acórdão embargado da 1ª Turma consignou que, mesmo sob a égide da Lei n. 4.215/1963, o art. 20 do CPC de 1973 não retirou a titularidade do advogado ao recebimento dos honorários advocatícios sucumbenciais, os quais constituem verba autônoma que integra o patrimônio do advogado.

5- No regime da Lei 4.215/1963, não se fixavam honorários advocatícios sucumbenciais em favor de advogado celetista, até porque a atuação era circunscrita aos limites do instrumento contratual firmado entre empregador e empregado, no âmbito do quadro da própria instituição.

6- Há motivos razoáveis para realizar a distinção entre advogados-empregados e contratados em regência civil, para efeitos de atribuição dos honorários sucumbenciais, tendo em vista que a interpretação da Lei 4.215/1963, conferida pelo STJ, sempre foi hialina no sentido de que, quando o advogado não atuasse como profissional autônomo, mas sim por força de contrato de trabalho (advogado-empregado), os honorários advocatícios pertenceriam à parte vencedora.

7- Como a finalidade do direcionamento dos honorários ao advogado é justamente remunerar quem trabalhou na causa, fato é que o advogado-empregado já possuía salário combinado e recebido da empregadora, ora recorrente.

8- Para efeitos de solução do litígio, deve prevalecer, nesta Corte, o seguinte: a titularidade dos honorários sucumbenciais, sob a égide da

Lei 4.215/1963, pertence à parte vencedora, quando o advogado atuou como empregado, cabendo a ela a legitimidade ativa para promover a respectiva execução.

9- Embargos de divergência providos.

A Sra. Ministra Nancy Andrichi (Relatora): O propósito recursal consiste em julgar se a empregadora, sob a égide da Lei 4.215/1963, possui legitimidade ativa para promover a execução de honorários advocatícios sucumbenciais em seu favor, tendo em vista a existência de vínculo empregatício mantido com os advogados interessados, situação que impossibilitaria considerá-los legitimados, de forma autônoma, ao ajuizamento da referida execução.

I - Dos requisitos de admissibilidade dos embargos de divergência

1. A parte embargante traz à colação os seguintes julgados, abaixo discriminados, com o fim de comprovar a divergência jurisprudencial interna no âmbito desta Corte Superior:

A) REsp 863.784/SP, 2ª Turma, DJe 29/10/2009

Ação: de repetição de indébito, na qual, após o trânsito em julgado, por ocasião do depósito do precatório, o advogado que patrocinou a causa, ex-empregado da sociedade empresária, por meio de petição, requereu a expedição de alvará de levantamento, em seu nome, relativamente à verba honorária.

Acórdão: deu parcial provimento ao agravo regimental interposto pela sociedade empresária, sob o fundamento de que, embora, no regime da Lei atual, também o advogado tenha direito autônomo às verbas de patrocínio da causa, “a interpretação conferida nesta Corte é a de que, no regime anterior (caso dos autos, pois a atuação dos agravados ocorreu quando vigente o regime da Lei 4.215/1963, c/c o art. 20 do CPC), a titularidade dos honorários advocatícios pertencia à parte”.

B) REsp 1.469.897/SP, 2ª Turma, DJe 9/11/2015

Ação: de repetição de indébito, na qual, após o trânsito em julgado, por ocasião do depósito do precatório, o espólio do advogado (ex-empregado da sociedade empresária) requereu a expedição de alvará de levantamento em seu nome, relativamente à verba honorária.

Acórdão: negou provimento ao agravo regimental interposto pelo advogado-empregado, sob o fundamento de que “o entendimento consolidado nesta Corte é que os honorários advocatícios sempre pertenceram ao advogado, mesmo na vigência da Lei 4.215/1963. Contudo, tal interpretação não se aplica quando o advogado não atua como profissional autônomo, mas, sim, como advogado-empregado. Nesses casos, que é a hipótese dos autos, os honorários advocatícios, no regime da Lei 4.215/1963, c/c o art. 20 do CPC, pertencem à parte vencedora”.

C) *REsp 184.561/PR, 4ª Turma, DJ 24/4/2006*

Ação: de restituição, ajuizada pelo ex-empregado, para que a instituição financeira lhe restituísse os honorários de sucumbência recebidos ou que viesse a perceber em decorrência dos processos em que advogou.

Acórdão: deu provimento ao recurso especial da sociedade bancária, sob o fundamento de que “os honorários advocatícios de sucumbência pertenciam, na égide da Lei n. 4.215/1963, à parte e não a seu patrono, no caso, empregado do quadro da própria instituição bancária, desligado ainda em 1991, portanto muito antes do novel Estatuto da OAB, inaplicável, destarte, à espécie, retroativamente”.

D) *REsp 1.116.893/SC, 4ª Turma, DJe 12/8/2016*

Ação: de arbitramento de honorários advocatícios proposta por advogados de instituição financeira, em que requeriam a fixação dos honorários advocatícios referentes aos processos por eles patrocinados.

Acórdão: negou provimento ao agravo interno interposto pelos advogados-empregados, ao fundamento de que, “considerando que, no caso dos autos, os autores não atuaram como profissionais autônomos, mas, sim, como advogados-empregados, no regime da Lei 4.215/63, c/c o art. 20, os honorários advocatícios pertencem à parte vencedora, nos moldes da jurisprudência desta Corte acerca do tema”.

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 *legitimidade para promover a execução de honorários sucumbenciais na hipótese de advogados celetistas*, que patrocinaram causas em favor da sociedade empregadora, sob a égide da Lei 4.215/1963.

5. Assim, importa decidir o mérito do presente recurso, pois existem duas soluções divergentes nesta Corte: a) de um lado, acórdãos da 2ª e da 4ª Turmas admitem que os honorários advocatícios sucumbenciais pertencem ao empregador, quando os advogados atuaram como empregados, no regime da Lei 4.215/1963; e b) de outro lado, o acórdão embargado da 1ª Turma consignou que, mesmo sob a égide da Lei n. 4.215/1963, o art. 20 do CPC de 1973 não retirou a titularidade do advogado ao recebimento dos honorários advocatícios sucumbenciais, os quais constituem verba autônoma que integra o patrimônio do advogado.

6. Presente, pois, 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.I - Natureza jurídica dos honorários advocatícios

7. De início, deve-se perquirir acerca da natureza jurídica dos honorários sucumbenciais, com o desiderato de verificar a quem cabe a legitimidade para promover atos executórios concernentes a tal verba, na hipótese de advogados contratados em regime celetista, sob a égide da Lei 4.215/1963.

8. A matéria em epígrafe recebe contornos de fundamental relevância, máxime quando o correto enquadramento da questão evitará, amiúde, o enriquecimento sem causa de uma das partes.

9. O princípio geral da proibição do enriquecimento sem causa já se encontrava formulado por Pomponio no Digesto (D., Liv. 50, Tít. 17, § 207): *Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria, fieri locupletionem* (tradução livre: *Por direito da natureza, é justo que ninguém se enriqueça com prejuízo e injúria de outrem*)

10. No magistério de Pontes de Miranda:

Cada pessoa tem o seu patrimônio, que é a soma dos bens da vida, de valor econômico, que lhe pertencem. Se uma retira, por ato seu, ou não, do

patrimônio da outra, para o seu, ou para o de terceiro, ou do seu próprio para o de outrem, algum bem da vida, ou parte dêle, há de haver justificação para isso, ou o enriquecimento é *injustificado*. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: direito das obrigações, inadimplemento*. Atualizado por Ruy Rosado de Aguiar Júnior e Nelson Nery Jr. São Paulo: RT, 2012, t. XXVI, p. 237)

11. Na hipótese dos autos, pois, com o fim de evitar-se as consequências do enriquecimento sem causa e pacificar a posição jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça quanto à temática em epígrafe, faz-se mister analisar, consoante salientado alhures, a natureza jurídica do instituto.

12. Inicialmente, importante registrar que a Corte Especial do STJ já cristalizou a orientação no sentido de que o arbitramento dos honorários não configura questão meramente processual, máxime ante os reflexos imediatos no direito substantivo da parte e do advogado. Nesse sentido:

Processual Civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC e Resolução STJ n. 08/2008. Embargos infringentes. Art. 530 do CPC. Discussão sobre honorários advocatícios. Cabimento.

1. O art. 530 do CPC condiciona o cabimento dos embargos infringentes a que exista sentença de mérito reformada por acórdão não unânime, e não que o objeto da divergência seja o próprio mérito tratado na sentença reformada.

2. Se o dispositivo não restringiu o cabimento do recurso apenas à questão de fundo ou à matéria central da lide, não pode o aplicador do direito interpretar a norma a ponto de criar uma restrição nela não prevista. Precedentes.

3. Ademais, o arbitramento dos honorários não é questão meramente processual, porque tem reflexos imediatos no direito substantivo da parte e de seu advogado. Doutrina de CHIOVENDA.

4. Os honorários advocatícios, não obstante disciplinados pelo direito processual, decorrem de pedido expresso, ou implícito, de uma parte contra o seu oponente no processo e, portanto, formam um capítulo de mérito da sentença, embora acessório e dependente.

5. No direito brasileiro, os honorários de qualquer espécie, inclusive os de sucumbência, pertencem ao advogado. O contrato, a decisão e a sentença que os estabelecem são títulos executivos. Nesse sentido, a Corte Especial do STJ fez editar a Súmula 306, com o seguinte enunciado: "Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte". Portanto, os honorários constituem direito autônomo do causídico, que inclusive poderá executá-los nos próprios autos ou em ação distinta.

6. O capítulo da sentença que trata dos honorários, ao disciplinar uma relação autônoma, titularizada pelo causídico, é de mérito, embora dependente e

acessório, de modo que poderá ser discutido por meio de embargos infringentes se a sentença vier a ser reformada, por maioria de votos, no julgamento da apelação.

7. Assim, seja porque o art. 530 do CPC não faz restrição quanto à natureza da matéria objeto dos embargos infringentes - apenas exige que a sentença de mérito tenha sido reformada em grau de apelação por maioria de votos -, seja porque o capítulo da sentença que trata dos honorários é de mérito, embora acessório e dependente, devem ser admitidos os embargos infringentes para discutir verba de sucumbência.

8. A ausência de interposição dos embargos infringentes na origem sobre a condenação em honorários advocatícios não veda a admissão do recurso especial, a menos que o apelo verse exclusivamente sobre a verba de sucumbência, caso em que não será conhecido por preclusão e falta de exaurimento de instância.

9. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao art. 543-C do CPC e à Resolução STJ n. 08/2008.

(REsp 1.113.175/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Corte Especial, julgado em 24/05/2012, DJe 07/08/2012 – sem destaques no original)

13. Registrem-se, ainda, outros precedentes da Corte, perfilhando idêntica orientação, isto é, de que os honorários advocatícios possuem natureza instrumental-material: REsp 470.990/RS, *Sexta Turma*, DJ 12/5/2003; AgRg no REsp 267.365/RS, *Sexta Turma*, DJ 27/6/2005.

14. Observa-se, portanto, que, não obstante o fato de a taxionomia referente aos honorários advocatícios estar prevista em norma de direito processual, o instituto ostenta natureza híbrida, notadamente ante os reflexos materiais que o matizam.

15. Nesses termos, a doutrina reconhece que os honorários advocatícios são instituto de direito processual-material, pois, apesar da previsão em diploma processual, conferem direito subjetivo de crédito ao advogado em face da parte que deu causa à instauração do processo, versando, assim, sobre situação jurídica substancial. (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *O direito intertemporal e as novidades do novo Código de Processo Civil em tema de honorários advocatícios*. In PESSOA, Fabio Guidi Tabosa e YARSHELL, Flavio Luiz (coord). DIDIER JR., Fredie (coord. Geral). Coleção grandes temas do novo CPC - vol. 7 - Direito intertemporal. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 106).

16. De fato, para essa categoria normativa, Dinamarco propõe, inclusive, uma disciplina de direito intertemporal específica: “Os *institutos bifrontes*, que se situam nas *faixas de estrangulamento* existentes entre os dois planos do

ordenamento jurídico e compõem o *direito processual material*, comportam um tratamento diferenciado em relação à disciplina intertemporal dos fenômenos de conotação puramente processual-formal (ou mesmo procedimental). (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I, 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 189-190 – sem destaques no original)

17. Traçadas essas linhas preambulares, ressalte-se que os arestos apontados como divergentes consideraram que os advogados-empregados, no regime da Lei 4.215/1963, não faziam jus à percepção dos honorários advocatícios sucumbenciais, quando atuavam vinculados ao regime celetista.

18. Em suma, *a matéria passou por uma evolução jurisprudencial*, resumida nas seguintes etapas: 1ª) originalmente, entendia-se que os honorários advocatícios, no regime da Lei 4.215/1963, c/c o art. 20 do CPC, pertenciam à parte, com a ressalva de que, por se tratar de direito disponível, a destinação de tal verba poderia ser livremente convencionada entre o cliente e o seu patrono; 2ª) após a edição da Lei 8.906/1994, o referido crédito passou a constituir direito autônomo do advogado; 3ª) finalmente, há o entendimento de que os honorários advocatícios sempre pertenceram ao advogado.

19. Nos paradigmas indicados para comprovar a divergência jurisprudencial, a percepção final foi no sentido de que os honorários advocatícios, na vigência da Lei 4.215/1963, não seriam do advogado, quando este atuasse como advogado-empregado.

20. Por outro lado, no acórdão embargado, a 1ª Turma consignou que o entendimento que deveria prevalecer, quanto ao tema, seria no sentido de que, à luz do estatuído no art. 99 e parágrafos da Lei n. 4.215/1963, o art. 20 do CPC de 1973 não retirou a titularidade do advogado ao recebimento dos honorários advocatícios sucumbenciais fixados na sentença, os quais constituiriam verba autônoma a integrar o seu patrimônio.

21. Deve-se mencionar que a Lei 4.215/1963 possuía a seguinte redação ao referenciar os honorários advocatícios:

Art. 99. Se o advogado fizer juntar aos autos, até antes de cumprir-se o mandato de lavramento ou precatório, o seu contrato de honorários, o juiz determinará lhe sejam estes pagos diretamente, por dedução de quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou.

§ 1º Tratando-se de honorários fixados na condenação, tem o advogado direito autônomo para executar a sentença nessa parte podendo requerer que o precatório, quando este for necessário, seja, expedido em seu favor.

§ 2º Salvo aquiescência do advogado, o acordo feito pelo seu cliente e a parte contrária não lhe prejudica os honorários, quer os convencionais, quer os concedidos pela sentença.

22. Com a edição do Código de Processo Civil de 1973, estabeleceu-se novos conflitos doutrinários e jurisprudenciais quanto à titularidade dos honorários advocatícios sucumbenciais, ora se fixando em favor do litigante vencedor, ora do respectivo advogado.

23. Não obstante, a matéria, como dito acima, não se restringe a estabelecer-se a titularidade da verba honorária, sob a égide da Lei 4.215/1963, pertence à parte litigante ou ao respectivo advogado, especificamente quando este atuou como advogado-empregado.

II.II - Do entendimento que deve prevalecer

24. Em suma, os honorários advocatícios possuem efeito externo ao processo, de relevante repercussão na vida do advogado e da parte sucumbente. Tal situação é apta a enquadrá-los no âmbito do direito processual material. Interpretação contrária implicaria, indubitavelmente, a ausência de reconhecimento da índole alimentar do instituto, prejudicando o direito dos advogados à remuneração pelo serviço prestado.

25. Não obstante, há uma peculiaridade quanto aos honorários advocatícios de sucumbência fixados na Lei 4.215/1963: quando o advogado atuava como advogado-empregado (e não como profissional autônomo), a verba honorária pertencia à parte (empregador).

26. Trata-se de *um elemento de distinção do entendimento contido no precedente da Corte Especial (EAg 884.487/SP)*, no qual, em apertada maioria, prevaleceu a orientação no sentido de que *“os honorários advocatícios de sucumbência fixados por sentença ou acórdão prolatado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 e da Lei n. 4.215/1963 - anterior, portanto, à edição da Lei n. 8.906/1994 - possuem caráter autônomo e integram o patrimônio do advogado, o que lhe assegura o direito de promover, em proveito próprio, a execução”*.

27. No mencionado precedente, em reforço à orientação em epígrafe, consignou-se que: *“à luz do estatuído no art. 99 e seus parágrafos da Lei n. 4.215/1963, do princípio acolhido no ordenamento jurídico pátrio que veda o enriquecimento sem causa, dos precedentes da Suprema Corte e deste Tribunal Superior, bem como da doutrina relativa ao tema, forçoso concluir que o art. 20 do CPC de 1973 não retirou a titularidade do causídico ao recebimento dos honorários*

advocatícios sucumbenciais fixados na sentença, os quais constituem verba autônoma que integra o patrimônio do advogado”.

28. Não se pode olvidar, contudo, que, no referido julgado da Corte Especial, a hipótese examinada se circunscreveu a saber se os honorários deveriam ser titularizados pela parte ou pelos advogados contratados por ela para defendê-la no processo (contrato de prestação de serviços advocatícios).

29. Por outro lado, na hipótese em julgamento, *a matéria a ser analisada é distinta, com singularidade própria, pois os advogados que pleiteiam os honorários, conforme salientado alhores, eram empregados (advogados internos) da Usiminas. Em outras palavras, o que se discute, nos presentes autos, é a legitimidade para promover a execução de honorários sucumbenciais na hipótese de advogados celetistas que patrocinaram processos em favor da sociedade empregadora, sob a égide da Lei 4.215/1963.*

30. A referida distinção é fundamental para o deslinde do litígio, mormente porque, se a finalidade do direcionamento dos honorários ao advogado, inclusive de acordo com o precedente da Corte Especial, seria remunerar quem trabalhou no processo, fato é que o advogado-empregado já possuía remuneração da empregadora Usiminas.

31. Veja-se que a referida distinção foi bem explicitada no AgRg no AgRg no REsp 863.784/SP, consoante se depreende da ementa abaixo transcrita:

Processual Civil. Advogado que não atua em causa própria. Ilegitimidade para interpor recurso especial. Questão de direito. Inaplicabilidade Súmulas 5 e 7 do STJ. Ausência de demonstração da forma pela qual ocorreu violação da legislação federal. Súmula 284/STF. Honorários advocatícios de sucumbência no regime da Lei 4.215/1963 e do art. 20 do CPC. Titularidade da parte, e não do advogado-empregado.

1. No Recurso Especial cujo objeto é a discussão sobre titularidade de honorários advocatícios de sucumbência, a legitimação pertence ao advogado que atuou na causa originária (recorrente) e a empresa que o contratou (recorrida), não se estendendo ao procurador contratado pelo primeiro para defendê-lo em juízo.

2. A controvérsia tem por objeto a definição da titularidade da verba honorária de sucumbência, no regime anterior ao instituído pela Lei 8.906/1994. Trata-se de questão eminentemente jurídica, de modo que não incidem os óbices das Súmulas 5 e 7 do STJ.

3. É deficientemente fundamentado o Recurso Especial que não demonstra como ocorreu violação de legislação federal no caso, o art. 284 do CPC. Aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF.

4. O STJ entende que, mesmo no período anterior à Lei 8.906/1994, já era assegurado o direito (material) autônomo do advogado à percepção dos honorários sucumbenciais ou estabelecidos em contrato.

5. No entanto, quando o causídico não atua como profissional autônomo, mas, sim, por força de contrato de trabalho (advogado-empregado), os honorários advocatícios, no regime da Lei 4.215/1963, c/c o art. 20 do CPC, pertencem à parte vencedora. Precedentes do STJ.

6. Agravo Regimental parcialmente provido.

(AgRg no AgRg no REsp 863.784/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20/10/2009, DJe 29/10/2009 – sem destaques no original)

32. Extrai-se do inteiro teor do referido voto, particularmente, o cerne da diferenciação entre os advogados-empregados e os advogados-autônomos na vigência da Lei 4.215/1963. A propósito:

Os precedentes utilizados na decisão monocrática, portanto, estão corretos. Não obstante, referem-se à prestação de serviços por profissional autônomo. É aqui que se verifica a peculiaridade dos autos: os agravados não prestaram serviços na qualidade de profissional autônomo, mas, sim, de advogado empregado. Embora, no regime da lei atual, também este último tenha direito autônomo às verbas de patrocínio da causa, verifiquei que a interpretação conferida nesta Corte é a de que, no regime anterior (caso dos autos, pois a atuação dos agravados se deu quando vigente o regime da Lei 4.215/1963, c/c o art. 20 do CPC), a titularidade dos honorários advocatícios pertencia à parte. Cito precedente:

Processual Civil. Honorários sucumbenciais recebidos pela parte. Ação de cobrança movida pelo advogado empregado. Verba pertencente à parte vencedora, não ao causídico. Lei n. 4.215/1964, art. 99. Exegese. Matéria de fato. Reexame. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ.

I. Os honorários de sucumbência, na vigência da Lei n. 4.215/1964, pertenciam à parte e não ao seu advogado, de sorte que não prospera a ação movida por seu espólio contra a empresa empregadora, objetivando o recebimento da aludida verba que fora por ela recebida em execução de sentença contra a fazenda estadual em ação indenizatória patrocinada pelo causídico falecido. Precedentes do STJ.

II. Inexistência de contrato de honorários ou praxe em sentido contrário reconhecida pelas instâncias ordinárias, conclusão que não pode ser revista ante o óbice da Súmula n. 7 do STJ.

III. Recurso especial não conhecido.

(REsp 188.768/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 15/12/2005, DJ 20/03/2006 p. 274)

33. Com efeito, a orientação fixada nos acórdãos paradigmas – da 2ª e da 4ª Turmas do STJ – é justamente no sentido de estabelecer que cabe à parte os honorários advocatícios estabelecidos sob a égide da Lei 4.215/1963, *quando o advogado atuou como empregado nos autos do processo em que vencedora*.

34. Seguindo, também, o referido entendimento, pois, no regime da Lei 4.215/1963, não se fixavam honorários advocatícios sucumbenciais em favor de advogado celetista, até porque a atuação era circunscrita aos limites do instrumento contratual firmado entre empregador e empregado, no âmbito do quadro da própria empresa.

35. Além disso, nos termos do argumento expendido pela recorrente, “diante do silêncio dos *contratos de trabalho* dos advogados recorridos, eles não poderiam se dizer credores e pretender executar honorários advocatícios sucumbenciais resultantes de causas patrocinadas sob a égide do Estatuto da Advocacia de 1963, antes das disposições da Lei n. 8.906/1994.” (fl. 1.001)

36. Essas linhas de conduta apontam, por questão de lógica-jurídica, ao seguinte vértice: o advogado-empregado recebia o salário e todos os direitos trabalhistas para representar os interesses do empregador. Em suma, amparado pelo regime celetista, possuía uma série de direitos reconhecidos pela legislação pátria, não extensíveis ao advogado-autônomo.

37. Dessa forma, há motivo e fundamento razoáveis para fazer a distinção entre advogados-empregados e contratados em regência civil, para efeitos de atribuição dos honorários sucumbenciais, tendo em vista que a interpretação da Lei 4.215/1963, conferida pelo STJ, sempre foi hialina no sentido de que, *quando o advogado não atuasse como profissional autônomo, mas sim por força de contrato de trabalho (advogado-empregado), os honorários advocatícios pertenceriam à parte vencedora*.

38. Em síntese, o entendimento de que os honorários advocatícios sempre pertenceram ao advogado, mesmo na vigência da Lei 4.215/1963, aplica-se quando o patrono atuou como profissional autônomo, não se estendendo aos advogados-empregados conforme jurisprudência desta Corte.

III - Conclusão

39. Forte nessas razões, *dou provimento aos embargos de divergência*, para reformar o acórdão recorrido, *dar provimento ao recurso especial*, para fixar que a titularidade dos honorários sucumbenciais, arbitrados sob a égide da Lei 4.215/1963, *pertencem à parte vencedora, nas hipóteses nas quais o advogado atuou*

como empregado da parte vencedora, cabendo exclusivamente a ela a legitimidade ativa para promover a execução dos referidos honorários.

40. Deixo de impor a condenação ao pagamento de honorários advocatícios na esfera recursal, em virtude da ausência de fixação nas instâncias de origem, por ser o especial proveniente de decisão interlocutória que não os estipulou.

ADITAMENTO AO VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrichi:

01) Inicialmente, destacam tanto o voto-vista do e. Min. Luís Felipe Salomão, o qual diverge integralmente do voto desta Relatora por compreender que não há distinção entre a hipótese em exame e o precedente da Corte Especial no julgamento do EAg 884.487/SP, como também o voto-vogal do e. Min. Herman Benjamin, o qual adere ao entendimento desta Relatora, mas deixa de aplicá-lo na hipótese em exame, que haveria uma primeira particularidade fática que poderia repercutir no exame da questão controvertida, especialmente sob a ótica do direito intertemporal.

02) Com efeito, registram o acórdão local (do Tribunal Regional Federal da 1ª Região) e o acórdão embargado (da 1ª Turma desta Corte) que “*os contratos de trabalho e as procurações outorgadas aos causídicos que atuaram na ação de conhecimento são anteriores à Lei 8.906/1994, o que impõe a análise da questão sob o enfoque do art. 99, § 1º, da Lei 4.215/1963 e do art. 20 do CPC*”.

03) Perceba-se que ambos os acórdãos são absolutamente silentes em relação ao fato, suscitados pelo voto-vista e pelo voto-vogal, de que a referida ação teria sido proposta e sentenciada após a entrada em vigor da Lei 8.906/1994, tratando-se, pois, de circunstância fática inexistente (ou não considerada) sob a perspectiva das decisões judiciais impugnadas.

04) É bem verdade que o embargante afirma, nas razões de seu recurso especial (fls. 709/736, e-STJ), que a ação foi proposta e sentenciada após a entrada em vigor da Lei 8.906/1994, do que não discorda o embargado (fls. 869/880, e-STJ), o que faz surgir uma importante questão a respeito do âmbito de cognição do recurso especial e dos próprios embargados de divergência, a saber, se seria possível, nesses recursos, considerar como verdadeiro um fato não retratado nos acórdãos recorridos, ainda que afirmado pelas partes.

05) O voto-vista e o voto-vogal, embora não tenham examinado com profundidade essa questão, parecem sinalizar positivamente à possibilidade de

que esse fato seja considerado, de modo que, rogando as mais respeitosas *venias*, ouso divergir.

06) Isso porque tanto o recurso especial, como também os embargos de divergência, são recursos de fundamentação vinculada e essa limitação cognitiva inerentes a tais espécies recursais não se circunscreve apenas às questões de direito debatidas, mas também à versão dos fatos expressamente definida pelos respectivos acórdãos.

07) Desse modo, respeitosamente, não é lícito às partes incluir, no objeto da cognição judicial, especificamente no âmbito dos recursos excepcionais, circunstância fática não examinada no acórdão local e também no acórdão embargado.

08) Ainda que se entenda ser possível levar em consideração o fato de a ação de conhecimento ter sido proposta e sentenciada na vigência da Lei n. 8.906/94, a despeito de o contrato de trabalho e dos mandatos serem anteriores à referida lei, conclui-se, de igual modo, que a hipótese é de provimento dos presentes embargos de divergência.

09) Nesse particular, sublinhe-se que a hipótese em exame envolve a relação entre o empregador e o advogado-empregado, baseada em um contrato de trabalho celebrado na vigência da Lei n. 4.251/63.

10) Se a compreensão é de que, naquele momento histórico, os honorários sucumbenciais pertenciam ao empregador e não ao advogado-empregado, a superveniência da Lei n. 8.906/94, que, em seu art. 21, *caput*, estabeleceu que “nas causas em que for parte o empregador, ou pessoa por este representada, os honorários de sucumbência são devidos aos advogados empregados” não poderá retroagir para ser aplicada aos contratos de trabalho firmados na vigência da Lei n. 4.251/63, sob pena de ofender o ato jurídico perfeito e ao princípio do *tempus regit actum*.

11) Não se desconhece, por óbvio, a compreensão desta Corte no sentido de que os honorários sucumbenciais possuem natureza mista ou híbrida, transitando entre o direito processual e o material, de modo que o regime jurídico a eles aplicável seria aquele vigente ao tempo da constituição do crédito (mais precisamente, a data da sentença que os fixar), mas, sim, que a hipótese é singular e impõe que seja reconhecida a existência de uma exceção a esse entendimento.

12) A *primeira particularidade* a ser observada é a de que a hipótese em exame tem como pano de fundo um *contrato de trabalho*, em que as condições

de remuneração entre empregador e advogado-empregado foram *previamente fixadas* por ocasião da contratação.

13) Significa dizer que, por ocasião da celebração do contrato de trabalho, tanto o advogado-empregado, quanto o empregador, estabeleceram *determinada remuneração* que seria paga por esse em virtude das ações judiciais conduzidas por aquele.

14) É evidente que o empregador, para ofertar *determinado salário* ao advogado-empregado, levava em consideração o fato de que os honorários de sucumbência das referidas ações seriam destinados ao empregador e não ao funcionário, não havendo dúvida de que esses valores compunham o seu balanço patrimonial, na qualidade de fontes de recursos (ativos), inclusive para saldar, mensalmente, a remuneração pactuada com o advogado-empregado.

15) Diante desse cenário, sobrevivendo o art. 21, *caput*, da Lei n. 8.906/94, que modifica a titularidade dos honorários sucumbenciais para o advogado-empregado, *há de ser respeitado o ato jurídico perfeito* praticado na vigência de lei anterior que conferia, nessa hipótese, a titularidade dos honorários sucumbenciais ao empregador.

16) Dito de outra maneira, é correto afirmar que o art. 21, *caput*, da Lei n. 8.906/94, *incide apenas sobre as relações empregatícias celebradas após a sua entrada em vigor*, não podendo *retroagir* para atingir relações de trabalho hígidas, iniciadas na constância da legislação anterior, que não continha previsão nesse sentido. É necessário conferir *ultratatividade* ao contrato de trabalho para que *não haja violação ao ato jurídico perfeito*.

17) A *segunda particularidade*, que deriva diretamente da primeira, está no fato de que, conquanto sempre se afirme que os honorários de sucumbência possuam natureza híbrida, não se pode deixar de examinar, quando necessário, se a *carga eficaz preponderante* é a de direito processual ou a de direito material, relativamente aos diversos elementos que compõem a verba honorária.

18) E, na hipótese, a definição a respeito da titularidade da verba honorária, no aparente conflito temporal entre o contrato de trabalho e a lei superveniente, deve ser resolvido *a partir do direito material* e da indispensável necessidade de *preservação do ato jurídico perfeito* como elemento que confere *segurança, previsibilidade e estabilidade* às relações jurídicas.

19) A aplicação irrefletida do entendimento de que a lei nova seria capaz de modificar a titularidade dos honorários sucumbenciais que, por força de

contrato de trabalho celebrado sob a égide da lei revogada, são de titularidade de pessoa diversa, poderia causar risco ao ordenamento jurídico e, em especial, à segurança jurídica e à estabilidade das relações.

20) Se hoje sobreviesse uma lei afirmando que os honorários sucumbenciais serão de titularidade do empregador, seria lícito concluir que os contratos de trabalho celebrados na vigência da Lei n. 8.906/94, que, por força de seu art. 21, *caput*, destinavam a verba ao advogado-empregado, deveriam ser imediatamente impactados pela nova lei, modificando-se a titularidade dos honorários, por exemplo, em todos os processos ainda não sentenciados?

21) As particularidades acima destacadas bem demonstram, de um lado, que a regra segundo a qual é a data da sentença que rege a verba honorária deve ceder e não pode ser aplicada indistintamente nas relações entre empregador e advogado-empregado, bem como demonstram, de outro lado, a distinção entre a hipótese em exame e o precedente desta Corte Especial no julgamento do EAg 884.487/SP, ocorrido em 2017, suficiente para estabelecer tratamentos diferenciados para cada uma das situações.

22) Quanto ao ponto, em que pesem os judiciosos fundamentos trazidos no voto divergente do e. Min. Luís Felipe Salomão, que compreendeu não existir a referida distinção, fato é que, embora o precedente possua afirmações e conclusões bastante amplas e genéricas, está adstrito a determinadas premissas fáticas que são substancialmente diferentes daquelas encontradas na hipótese em exame.

23) Com efeito, percebe-se, do exame minucioso daquele precedente, que a hipótese que fora examinada naquele julgado se circunscreveu a saber se os honorários eram titularizados pela parte ou pelos *advogados contratados pela parte para defendê-la na causa* (isto é, mediante a celebração de um contrato de prestação de serviços advocatícios).

24) A hipótese dos presentes embargos de divergência é distinta, pois os advogados que pleiteiam os honorários eram empregados (advogados internos) da embargante, de modo que há uma distinção relevante, como se procurou demonstrar anteriormente, apta a direcionar a presente hipótese para um desfecho distinto.

25) Acrescente-se que, como afirmado no precedente (EAg 884.487/SP), a finalidade do direcionamento dos honorários ao advogado seria *remunerar quem trabalhou na causa* (cogita-se no precedente, até mesmo, em conferir a *mesma*

proteção legal dos salários), ao passo que, na hipótese, o advogado-empregado já possuía um salário combinado e que era recebido diretamente da embargante.

26) Significa dizer que a questão vertida nesses embargos de divergência (referente apenas ao advogado-empregado) não compunha o objeto do EAg 884.487/SP (que tratava apenas do advogado que firmou contrato de prestação de serviços), de modo que as conclusões extraídas do precedente não se aplicam à hipótese em exame.

27) Em verdade, verifica-se que os únicos precedentes desta Corte que examinaram especificamente a situação do advogado-empregado foram o AgRg no AgRg no REsp 863.784/SP, da 2ª Turma, julgado em 2009, no qual se reconheceu que “quando o causídico não atua como profissional autônomo, mas, sim, por força de contrato de trabalho (advogado-empregado), os honorários advocatícios, no regime da Lei 4.215/1963, c/c o art. 20 do CPC, pertencem à parte vencedora”, bem como o REsp 188.768/SP, da 4ª Turma, julgado em 2006.

28) Finalmente, em relação aos precedentes do STF a respeito do tema que foram citados pelo voto divergente (RE 6.500/SP, de 1943, e RE 58.533/MG, de 1968), é preciso fazer duas importantes considerações.

29) A primeira é de que se tratam de precedente firmados antes da Constituição Federal de 1988, quando o STF acumulava as funções de Corte Uniformizadora do Direito Constitucional e do Direito Federal, de modo que não havia nenhum impedimento para que esta Corte, que assumiu a posição de dar sentido e unidade às regras de direito federal, externasse posição a respeito da questão controvertida, inclusive contrariamente ao posicionamento anteriormente firmado pelo STF, quando aquela Corte detinha competência para a matéria.

30) A segunda é a de que, examinando-se as razões de decidir dos referidos precedentes, conclui-se que, em ambas as hipóteses, não foi examinada a questão sob a ótica do empregador e do advogado-empregado, mas, sim, a questão sob a perspectiva do advogado que firmou contrato de prestação de serviços para defender o mandante em causas específicas, motivo pelo qual não é possível se utilizar da *ratio decidendi* daquele julgado para o exame da específica questão controvertida nesse recurso.

31) Forte nessas razões, **ratifico** integralmente meu voto no sentido de *conhecer e dar provimento aos embargos de divergência*, a fim de que prevaleça a orientação firmada no AgRg no AgRg no REsp 863.784/SP e no REsp 188.768/SP, não se aplicando à hipótese o EAg 884.487/SP.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Cuida-se de embargos de divergência interpostos por *Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. – Usiminas* em face de acórdão proferido pela Primeira Turma desta Corte, que negou provimento ao agravo interno da ora embargante, confirmando a decisão monocrática de não conhecimento do recurso especial, nos termos da seguinte ementa (fls. 974-975):

Processual Civil. Honorários advocatícios. Execução. Direito autônomo e material do advogado. Precedente da Corte Especial. Eventual acordo em sentido diverso. Reexame de provas. Impossibilidade.

1. O Plenário do STJ decidiu que “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo 2).

2. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão segundo a qual, “à luz do estatuído no art. 99 e seus parágrafos da Lei n. 4.215/1963, do princípio acolhido no ordenamento jurídico pátrio que veda o enriquecimento sem causa, dos precedentes da Suprema Corte e deste Tribunal Superior, bem como da doutrina relativa ao tema, forçoso concluir que o art. 20 do CPC de 1973 não retirou a titularidade do causídico ao recebimento dos honorários advocatícios sucumbenciais fixados na sentença, os quais constituem verba autônoma que integra o patrimônio do advogado” (EAg 884.487/SP, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, julgado em 19/04/2017, DJe 04/08/2017).

3. Ainda que se admitisse, excepcionalmente, a via do acordo *inter partes* como hipótese de não cabimento das verbas sucumbenciais aos patronos, a documentação acostada aos autos demonstra que não houve estipulação nesse sentido entre as partes, conforme consignaram as instâncias ordinárias, não sendo possível rever tal conclusão, por força da incidência da Súmula 7 do STJ.

4. Agravo interno desprovido.

Na sessão de julgamento do dia 16/3/2022, a Relatora, Ministra Nancy Andrighi, proferiu voto pelo provimento dos embargos de divergência (fls. 1.149-1.150) e, reformando o acórdão recorrido, proveu o recurso especial, fixando a seguinte tese: “*a titularidade dos honorários sucumbenciais, sob a égide da Lei 4.215/1963, pertence à parte vencedora, quando o advogado atuou como empregado, cabendo a ela a legitimidade ativa para promover a respectiva execução*”.

Na ocasião, pedi vista para melhor análise dos autos.

É o relatório, em complemento ao apresentado pela Relatora.

2. De início, acompanho a Relatora quanto ao conhecimento do recurso, por igualmente considerar que foram demonstrados a similitude fática e o dissídio interpretativo entre os arestos confrontados, devendo ser apreciados no mérito os presentes embargos de divergência, de modo a definir a legitimidade do advogado empregado para execução de honorários sucumbenciais em nome próprio, sob a égide do antigo Estatuto da OAB (Lei n. 4.215/1963) c/c art. 20 do CPC/1973.

3. No caso dos autos, *Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. – Usiminas* propôs execução de honorários advocatícios sucumbenciais fixados em ação de repetição de indébito. Analisado o pleito, o juízo *a quo* rejeitou a execução de honorários e de custas judiciais, por não reconhecer a exequente como legitimada para a execução daquelas verbas.

Inconformada, a ora embargante interpôs agravo de instrumento. Julgado o recurso, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, confirmando a decisão agravada, declarou serem os advogados da agravante legitimados para executar a sentença na parte relativa aos honorários advocatícios, com a ressalva de eventual acordo contrário firmado entre as partes, “sob o enfoque do art. 99, § 1º, da Lei 4.215/1963 e do art. 20 do CPC”. Confira-se a ementa do julgado (fl. 693):

Processual Civil. Embargos de declaração opostos à decisão monocrática. Recebidos como agravo regimental. Recurso manifestamente improcedente. Art. 557 do CPC. Possibilidade. Execução de título judicial. Honorários advocatícios. Legitimidade. Sociedade empresária. Impossibilidade. Advogados. Possibilidade.

1. Segundo orientação jurisprudencial deste Tribunal, devem ser recebidos como agravo regimental os embargos de declaração opostos contra decisão monocrática.

2. Nos termos do art. 557 do CPC, pode o relator negar provimento a recurso manifestamente improcedente, em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

3. Ao advogado compete o direito autônomo de executar os encargos de sucumbência, dada a sua legitimidade processual e material.

4. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

Interposto recurso especial pela exequente, a Primeira Turma, com base na Súmula 83/STJ, negou provimento ao apelo, sob o fundamento, em síntese,

de que “o acórdão combatido atuou em harmonia com a orientação firmada pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual *compete ao advogado o direito autônomo de executar os encargos de sucumbência, mormente nos casos em que a controvérsia seja regida pelo antigo Estatuto da Ordem dos Advogados, de que cuida a Lei n. 4.215/1963*” (fl. 977).

Usiminas apresentou os presentes embargos de divergência, apontando dissídio entre o acórdão da Primeira Turma e julgados da Segunda e Quarta Turma desta Casa. Indicou como paradigmas os seguintes feitos: REsp n. 184.561/PR, de relatoria do Ministro Aldir Passarinho Júnior; REsp n. 1.116.893/SC, de relatoria do Ministro Raul Araújo; REsp n. 863.784/SP, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, e REsp n. 1.469.897/SP, de relatoria do Ministro Humberto Martins.

Nas razões recursais, a embargante sustenta que era empregadora dos advogados ora embargados, os quais “pretenderam executar honorários advocatícios sucumbenciais em violação a situação que não estava assentada em seus vínculos celetistas. Diante do silêncio dos contratos de trabalho dos advogados recorridos, eles não poderiam se dizer credores e pretender executar honorários advocatícios sucumbenciais resultantes de causas patrocinadas sob a égide do Estatuto da Advocacia de 1963, antes das disposições da Lei n. 8.906/1994” (fl. 1.001).

Acrescenta que, “nas instâncias ordinárias, os advogados é que deveriam ter provado a existência de algum adendo que lhes assegurasse tal percepção. Não fizeram prova dessa autorização porque, de fato, ela jamais existiu ...” (fl. 1.001)

Sustenta ser imperioso reconhecer que as partes estão regidas por vínculo de origem celetista, anterior à Lei n. 8.906/1994, e, diante também da ausência de instrumento em apartado que dispusesse sobre a destinação dos honorários sucumbenciais, estes haveriam de ser reconhecidos como verba destinada à empresa empregadora e não aos advogados empregados.

Alega que o paradigma EAg n. 884.487/SP em momento algum faz menção à situação do advogado empregado e da mandante empregadora. Afirma que essa particularidade é verdadeiro *distinguishing* a justificar a não aplicação do entendimento lá fixado ao presente caso.

4. Com efeito, em relação ao multicitado julgamento proferido nos EAg n. 884.487/SP, mister realçar que a controvérsia enfrentada por este Colegiado, naquela ocasião, consistia em definir a possibilidade de os advogados, em proveito próprio, promover a execução de honorários advocatícios de

sucumbência fixados por sentença prolatada em 1985 - na vigência do Código de Processo Civil de 1973 e da Lei n. 4.215/1963 -, portanto, anterior à edição da Lei n. 8.906/1994.

Nessa extensão, o desenvolvimento do raciocínio rumo à solução da contenda partiu da apresentação do tratamento conferido aos honorários advocatícios fixados na sentença antes da edição da Lei n. 8.906/1994.

Naquela ocasião, observou-se, de maneira muito nítida, que, nos termos do RE n. 6.500/SP, de 1943, em que ficou relator para o acórdão o Ministro Philadelpho Azevedo, *a Corte Suprema concluiu que a verba honorária fixada na sentença era de titularidade do advogado, sendo vedado qualquer acordo da parte constituinte que lhe retirasse esse direito, o qual poderia ser exigido diretamente da parte contrária.*

Após aquele histórico precedente, no julgamento do STJ, também se assentou que o Estatuto da OAB, Lei n. 4.215/1963, tinha por objetivo, entre outros, garantir a remuneração dos causídicos e a mesma proteção legal outorgada ao salário e que os recursos julgados pelo STF, após a edição do Estatuto, adotaram a mesma orientação sufragada pela Primeira Turma no julgamento do citado RE n. 6.500/SP. Da exposição de motivos da Lei n. 4.215/1963, extrai-se elucidativo excerto:

(...) assegurou-se ao advogado privilégio especial sôbre o objeto do mandato, como credor de honorários e despesas feitas no desempenho do mandato (art. 108), e equiparando-se, assim, a segurança da sua remuneração às garantias outorgadas para o salário comum pelo direito do trabalho (art. 449, § 1º da Consolidação das Leis do Trabalho).

(GUEIROS, Nehemias. *A advocacia e o seu estatuto*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 237)

Nessa ordem de ideias, tomando como base os precedentes da Suprema Corte, a Corte Especial concluiu que, ainda anteriormente à edição do Estatuto da OAB de 1994, o entendimento dominante era no sentido de que *os honorários advocatícios fixados na sentença não deveriam ser considerados como de titularidade da parte, ante a vedação de qualquer acordo entre os litigantes que interferisse no direito do advogado em receber tal verba diretamente da parte vencida.*

5. O Professor Yussef Said Cahali salienta que o CPC de 1973 ignorou a disposição que se continha naquele Estatuto da Ordem dos Advogados, não lhe fazendo também qualquer referência a lei de adaptação (Lei 6.014, de

27.12.1973). Nos termos do art. 20, “a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios” (CAHALI, *op. cit.*, p. 353). Confira-se:

Quando da elaboração do atual Código de Processo, o projeto estatuiu, em seu art. 26, que “o juiz poderá atribuir diretamente ao procurador da parte vencedora as despesas processuais que houver antecipado e os honorários em que for condenado o vencido”. A semelhança era manifesta com o art. 93 do CPC italiano, seu modelo presuntivo.

[...]

Contudo, as regras insertas nesse Estatuto (art. 99 e parágrafos), cotejadas com as consequências do sucumbimento, prescritas no art. 20 do novo Código de Processo, deram margem a uma ampla digressão jurisprudencial quanto à pretendida autonomia do direito do advogado aos honorários da condenação, pois até mesmo a respectiva titularidade desse direito vinha sendo contestada, a demonstrar que a emenda supressiva, com que se pretendeu preservar “uma conquista da classe dos advogados” (art. 99 da Lei 4.215/1963), acabou provocando um verdadeiro revertério diante da literalidade do art. 20 do Código aprovado.

Esta situação de desconforto (ou retrocesso) a que foram conduzidos os profissionais da classe resulta exatamente do equívoco em que incorreu a bem intencionada Emenda 127, acolhida para suprimir o art. 26 do projeto, exatamente no que este havia tentado acoplar no sistema processual a regra especial do art. 99, caput, do Estatuto da Ordem, sem afetar o direito autônomo do advogado à execução da verba honorária, consubstanciado nos parágrafos dessa disposição estatutária.

(op. cit., pp. 358-359)

Instaurada essa “situação de desconforto”, Jayme Soares da Rocha, em artigo publicado em 1988, ressaltou que a pacificação da matéria “é de *lege ferenda*” (*Comentários ao Estatuto da OAB e às regras da profissão do Advogado*. Rio de Janeiro: Rio, 1978, p. 242)

Destarte, como de conhecimento, isso ocorreu com a edição da Lei n. 8.906/1994, ao estabelecer no art. 23, de forma cristalina, que “[o]s honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, *pertencem ao advogado*, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor”.

Assim, este Colegiado assentou que a interpretação do art. 20 do CPC/1973, no que tange à titularidade dos honorários advocatícios fixados na

sentença, deveria ser harmônica com os precedentes que trataram sobre essa verba de sucumbência e o ordenamento jurídico pátrio.

Outrossim, naquele julgamento, ficou decidido que não prevalecia o argumento de que a titularidade dos honorários advocatícios fixados na sentença deveria ser atribuída ao vencedor como ressarcimento das despesas relativas à contratação de advogado, porque, em muitos casos em que a verba sucumbencial ultrapassa os honorários contratados, acarretaria notório enriquecimento sem causa do litigante vencedor, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Avançando nessa linha de raciocínio, assinalou-se, no precedente contido nos EAg n. 884.487/SP, que todos os elementos sopesados pelo juiz para a fixação da verba sucumbencial, previstas no § 3º do art. 20 do CPC de 1973, à luz do diploma vigente à época do julgamento, relacionam-se, diretamente, à *atuação do causídico no processo*.

A propósito, a doutrina, uma vez mais, de Jayme Soares da Rocha:

Voltando-se ao art. 20 do CPC, extrai-se que sua leitura não deve terminar no *caput*. O § 3º dispõe que o juiz, ao fixar os honorários advocatícios, terá presente e deverá atender: a) ao grau de zelo do profissional; b) ao lugar da prestação de serviço; c) à natureza e importância da causa, ao trabalho realizado pelo advogado e ao tempo exigido para seu serviço.

Por aí se vê que o arbitramento da verba é feito em razão do trabalho do advogado. *Todos os elementos qualitativos que informarão o valor dos honorários derivam da atuação do causídico. O valor intelectual demonstrado pelo patrono, seu empenho na defesa da causa, as dificuldades que enfrentou, é que irão influenciar o juiz no momento de estabelecer a cota dos honorários. Nessa apreciação não cogita o magistrado da qualidade da parte. A fixação do **quantum advocatício**, vê-se bem, resulta primordialmente das aptidões profissionais do procurador. Nesta linha, soa, ao menos, estranho que estes valores, todos patrimônio particular do advogado, sejam utilizados não em benefício do profissional, mas para reverter em rendimento à parte.*

(*op. cit.*, pp. 239-240)

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, preconizou no Agravo Regimental na Execução na Ação Cível Originária n. 381/RJ:

A União interpôs o agravo regimental de folha 2.300 a 2.313 contra a decisão de folha 2.278 a 2.283, mediante a qual assentei caberem aos ex-advogados da Rede Ferroviária Federal S.A. os honorários advocatícios devidos pelo Estado do Paraná e pelo Consórcio.

Insistem em que, até o advento da Lei n. 8.906/94, quando o artigo 23 afastou qualquer dúvida no tocante ao direito do advogado aos honorários, estes pertenciam ao vencedor da demanda. Assim, os honorários advocatícios em discussão, fixados no ano de 1991, seriam de titularidade exclusiva da União, porque é a sucessora legal da Rede Ferroviária Federal S.A.

[...]

Nesse embate, coaduno com a óptica adotada pelo Superior. De um lado, porquanto, segundo os levantamentos históricos da edição do Código de Processo Civil de 1973, *em nenhum momento, pretendeu-se afastar o direito autônomo do advogado à verba honorária. De outro, porque, se a verba fosse destinada ao litigante, não haveria razão para fixar os honorários conforme os parâmetros revelados no § 3º do artigo 20 do referido diploma, a considerar o zelo, o tempo, a complexidade, enfim, fatores relacionados à atuação do causídico no processo.*

Ante o quadro, assento caberem aos ex-advogados da Rede Ferroviária Federal S.A. os honorários advocatícios devidos pelo Estado do Paraná e pelo Consórcio.

O julgado foi assim ementado:

Honorários de sucumbência. Execução. Artigo 20 do Código de Processo Civil. De acordo com a jurisprudência do Supremo, os honorários advocatícios cabem ao advogado.

(STF - Agravo Regimental na Execução na Ação Cível Originária n. 381/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 13/5/2014, publicado em 27/5/2014).

6. Diante desse cenário, em especial das referências extraídas do voto condutor dos EAg n. 884.487/SP, percebe-se que a concepção alcançada por esta Corte Especial, quanto à titularidade dos honorários advocatícios, teve como parâmetro a natureza jurídica dos honorários sucumbenciais, *não consistindo fundamento do acórdão a relação jurídica existente entre os advogados e seus constituintes: civil (advogados autônomos) ou celetista (advogados empregados)*. Assim, frise-se, a aferição realizada pelo Colegiado esteve relacionada à própria sucumbência. A análise foi objetiva e diretamente relacionada à verba discutida.

O judicioso voto apresentado pela Ministra Nancy Andrighi, em que pese ter reconhecido a assertiva acima exposta, destacando a relevância de perquirir-se a natureza jurídica dos honorários sucumbenciais, “com o desiderato de verificar de quem teria a legitimidade para promover atos executórios concernentes a tal verba, na hipótese de advogados contratados em regime celetista, sob a égide da Lei 4.215/1963” e mesmo tendo cumprido com louvor tal providência, no

momento de concluir pela tese prevalecente, na hipótese, deixou de considerar o julgamento do precedente anterior por este Colegiado, valendo-se de distinção que, a meu ver, não é capaz de alterar as conclusões do acórdão embargado.

Apesar de reconhecer que a titularidade dos honorários de sucumbência fora compreendida por esta Corte a partir da *natureza jurídica dos próprios honorários e não em função do vínculo jurídico existente entre o profissional patrono e seu constituinte*, Sua Excelência valeu-se dessa relação como fundamento da titularidade da sucumbência em prol da parte empregadora, na vigência do Código de Processo Civil de 1973 e da Lei n. 4.215/1963.

Como salientado pelo voto da Relatora, é certo que, no julgamento dos EAg n. 884.4887/SP, a controvérsia não consistia nas possíveis distinções atinentes à sucumbência entre advogados contratados pelo regime civil e advogados contratados pelo regime celetista.

Todavia, uma vez eleita a natureza jurídica da verba honorária como critério para definição da titularidade perseguida, de fato, a relação jurídica existente entre os envolvidos tornava-se irrelevante, já que incapaz de modificar a natureza dos honorários. Com efeito, esta Corte deixou assentado, nos debates que culminaram no referido precedente, que a natureza jurídica alimentar e personalista dos honorários de sucumbência é objetiva e responsável por direcionar a titularidade ao prestador do serviço advocatício.

Assim sendo, segundo penso, a titularidade não se modificará a partir da forma em que contratado o profissional, porque a natureza da verba sucumbencial se mantém hígida independentemente dos contornos daquela relação jurídica.

7. No caso dos autos, conforme já pontuado, a embargante alega que, ao tempo de vigência do Estatuto da OAB de 1963 (Lei n. 4.215), os advogados possuíam vínculo celetista com a *Usiminas* e, por essa razão, não seria possível considerá-los legitimados para a execução da verba sucumbencial. Aduz que “os contratos de trabalho e as procurações eram anteriores à Lei n. 8.906/1994”.

Vale relembrar lição lógica e intuitiva segundo a qual o direito aos honorários de sucumbência *nasce com a ocorrência do fenômeno processual “sucumbência”*. Por essa razão, nem o advogado, nem a parte que o constituiu é titular de honorários de sucumbência antes daquela ocorrência. Sendo assim, ainda que se considere híbrida a natureza jurídica dos honorários sucumbenciais (processual-material), é certo que, mesmo na vertente material, “direito subjetivo de crédito ao advogado em face da parte que deu causa à instauração do

processo”, conforme bem realçado pela Relatora, fato é que este direito surge tão somente no momento da sucumbência.

Nessa linha, reitere-se, os “contratos de trabalho e as procurações” invocados pela embargante *não são fonte geradora dos honorários sucumbenciais*, não havendo considerar a data em que foram ajustados como parâmetro para fixação da legislação que regerá seu destino.

Com efeito, anuncia José de Moura Rocha que “consiste a sucumbência em princípio segundo o qual responde o vencido tanto pelas custas processuais quanto pelos honorários advocatícios. Surge ele, no processo civil, com enorme importância porque implica complementação ao princípio da disponibilidade”. Na sequência de aprofundado estudo, mencionando Pedro Batista Martins, complementa que a autonomia do princípio do sucumbimento o faz critério determinativo da condenação em custas e, igualmente, em honorários de advogado: “Se à parte não é possível ingressar em juízo senão por intermédio de advogado legalmente habilitado e se, por outro lado, a própria lei (CC, art. 1.290, parágrafo único) reconhece que não se deve presumir & gratuidade de mandato de advogado, ilógico será o responsável, mesmo quando convencido de má fé, não incorra na obrigação de satisfazer os honorários do advogado contrário” (*Sucumbência*. Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 6, n. 21, jan./mar., p. 19-48, 1981. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/136468>).

Outrossim, merece destaque a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que vai ao encontro do que ora se defende.

De fato, em decisão unânime proferida no Agravo Regimental no ARE n. 1.014.675, a Primeira Turma daquela Corte negou provimento ao pleito da parte vencedora, que pedia a fixação de honorários com base em regra processual superveniente (na hipótese, art. 791-A da CLT), uma vez que a sentença havia sido proferida quando a norma reclamada ainda não estava vigente.

Nesse rumo, o Relator, Ministro Alexandre de Moraes, asseverou: “o direito aos honorários advocatícios sucumbenciais surge no instante da prolação da sentença. Se tal crédito não era previsto no ordenamento jurídico nesse momento processual, não cabe sua estipulação com base em lei posterior, sob pena de ofensa ao princípio da irretroatividade da lei”.

Na sequência, concluiu: “tampouco cabe a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil de 2015, no tocante ao arbitramento dessa verba em fase recursal, na medida em que tal prática pressupõe previsão de honorários na origem, o que não se verifica no caso.”

Abaixo, confira-se a ementa do acórdão:

Agravo interno. Recurso extraordinário com agravo. Honorários advocatícios no processo do trabalho. Art. 791-A da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei 13.467/2017. Inaplicabilidade a processo já sentenciado.

1. A parte vencedora pede a fixação de honorários advocatícios na causa com base em direito superveniente – a Lei 13.467/2017, que promoveu a cognominada “Reforma Trabalhista”.

2. O direito aos honorários advocatícios sucumbenciais surge no instante da prolação da sentença. Se tal crédito não era previsto no ordenamento jurídico nesse momento processual, não cabe sua estipulação com base em lei posterior, sob pena de ofensa ao princípio da irretroatividade da lei.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(ARE 1.014.675 AgR. Primeira Turma, Relator (a): Min. Alexandre de Moraes, Julg. 23/03/2018, Publ. 12/04/2018).

No caso ora em julgamento, a própria embargante esclarece, na petição do recurso especial, que a ação foi ajuizada em 1994 e a sentença, ato processual que primeiro estabeleceu a sucumbência, foi proferida em 1997, após a Lei n. 8.906/1994 – Estatuto da OAB –, momento em que já não havia nenhuma dissonância quanto à tese de que a *titularidade dos honorários cabia ao advogado* e não à parte constituínte vencedora.

Portanto, tendo sido a execução proposta em momento em que a titularidade do direito não é compreendida como sendo da parte vencedora, por qualquer ângulo de análise, não há mesmo como considerar regular a legitimidade da exequente.

8. Por todas as razões até aqui apresentadas, a tese prevalecente, neste caso, é no sentido de que os honorários sucumbenciais pertencem ao advogado independentemente de haver atuado como empregado ou autônomo, considerando ter sido a natureza jurídica da verba discutida a definidora daquela titularidade.

9. Ante o exposto, respeitosamente divergindo da ilustre Relatora, nego provimento aos embargos de divergência de *Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S/A – Usiminas*, para negar provimento ao recurso especial, definindo que, já sob a égide da Lei n. 4.215/1963, os honorários sucumbenciais eram de titularidade do advogado, independentemente da relação jurídica existente entre o patrono e seu constituínte, se contratual ou empregatícia.

É como voto.

VOTO-VOGAL

Ementa Processual Civil. Honorários advocatícios. Advogado empregado. Fixação no regime da Lei 4.215/1963: titularidade do empregador. Fixação no regime da Lei 8.906/1994: titularidade do advogado.

Objeto dos embargos de divergência

1. O propósito recursal consiste em dizer se a empregadora, sob a égide da Lei 4.215/1963, possui legitimidade ativa para promover a execução de honorários advocatícios sucumbenciais em seu favor, tendo em vista a existência de vínculo empregatício mantido com os advogados interessados, situação que impossibilitaria considerá-los legitimados, de forma autônoma, ao ajuizamento da referida execução.

Honorários devidos ao advogado autônomo no regime da Lei 4.215/1963

2. Destaco inexistir dúvidas, ao menos a partir de julgamento pretérito desta Corte Especial (EAg 884.487/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 4.8.2017), que compete ao advogado o direito autônomo de executar os encargos de sucumbência nos casos em que a controvérsia seja regida pelo antigo Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei 4.215/1963), não tendo o art. 20 do CPC/1973 impactado neste direito.

3. Aliás, mesmo antes do advento do referido julgado da Corte Especial, este já era o entendimento que eu defendia a respeito do tema: “no período anterior à Lei 8.906/94, já era assegurado o direito (material) autônomo do advogado à percepção dos honorários advocatícios, sucumbenciais ou estabelecidos em contrato. A legitimação para executá-los, questão de natureza processual, era concorrente entre a parte vitoriosa e o seu respectivo patrono”, não se tratando de “conferir efeitos retroativos ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil - EOAB, mas de prestigiar a interpretação conferida pelo STJ à Lei 4.215/1963” (AgRg no REsp 944.418/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 27.8.2009).

O caso presente: advogado empregado (celetista) contratado no regime da Lei 4.215/1963

3. O caso em julgamento, contudo, apresenta *particularidade* que não estava presente nos precedentes dantes citados. Conforme

argutamente apontado pela em. Relatora, “no referido julgado da Corte Especial, a hipótese examinada se circunscreveu a saber se os honorários deveriam ser titularizados pela parte ou pelos advogados contratados pela parte para defendê-la na causa (contrato de prestação de serviços advocatícios). Por outro lado, na hipótese em apreço, a matéria a ser analisada é distinta, com singularidade própria, pois os advogados que pleiteiam os honorários, conforme salientado alhures, eram empregados (advogados internos) da Usiminas. Em outras palavras, o que se discute, nos presentes autos, é a legitimidade para promover a execução de honorários sucumbenciais na hipótese de advogados celetistas que patrocinaram causas em favor da sociedade empregadora, sob a égide da Lei 4.215/1963”.

Honorários fixados no regime da Lei 4.215/1963: titularidade do empregador

4. Para esta hipótese específica de advogado(s) empregado(s) – com contrato de trabalho (celetista) com a parte vencedora, e não contrato civil de prestação de serviços como profissional liberal e autônomo –, inexistia previsão legal específica, na Lei 4.215/1963, sobre o direito dele(s) aos honorários sucumbenciais, inclusive porque recebe salário e todos os direitos trabalhistas para representar a globalidade dos interesses do empregador, possuindo uma série de vantagens previstas na legislação não extensíveis ao advogado autônomo (profissional liberal).

5. Por isso, *não havendo previsão específica no contrato de trabalho firmado com a empregadora, ou mesmo disposição legal (expressa) que garantisse ao advogado empregado o direito à percepção dos honorários de sucumbência* – como havia em relação ao advogado autônomo (art. 99 e §§ da Lei 4.215/1963) –, mais adequada é a interpretação de que a titularidade dos honorários sucumbenciais fixados na vigência da Lei 4.215/1963 é do empregador, que tem legitimidade exclusiva para executá-los.

6. *Mutatis mutandis*, tem-se situação semelhante à dos advogados públicos ou contratados pelo Poder Público antes do advento do CPC/2015 (art. 85, § 19). Ressalvada previsão específica na legislação do ente público representado em juízo, os honorários sucumbenciais nas causas em que a Fazenda Pública fosse vencedora eram por ela titularizados, e não pelos advogados públicos ou contratados que

atuavam na causa, remunerados que já eram pelo exercício do cargo ou função (REsp 1.213.051/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 8.2.2011; AgRg no AgRg no REsp 1.251.563/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 14.10.2011; AgRg no REsp 1.162.665/RS, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe de 14.6.2018; AgRg no AgRg no REsp 1.222.200/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator para acórdão Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 11.9.2017).

7. Este é motivo pelo qual, com as vênias da divergência, *mantenho-me fiel ao entendimento da Segunda Turma do STJ a respeito do tema*, que – fazendo a mesma distinção que ora é trazida pela em. Relatora (a quem, na tese enunciada, acompanho) – reconhece que, no regime do antigo Estatuto da OAB, não tem o advogado empregado legitimidade para execução dos honorários de sucumbência fixados na sua vigência, pois é a empregadora a titular deles. Precedentes: AgRg no REsp 1.469.897/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 9.11.2015; AgRg no AgRg no REsp 863.784/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 29.10.2009; AgInt nos EDcl no REsp 1.116.893/SC, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, DJe de 12.8.2016; REsp 188.768/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ 20.3.2006, p. 274; REsp 184.561/PR, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ de 24.4.2006, p. 400.

Particularidade do caso presente: honorários já fixados no regime da Lei 8.906/1994

8. Porém, no caso em julgamento, há uma particularidade, devidamente destacada no Voto divergente, que, com as vênias da em. Relatora, justifica que se adote a conclusão do em. Ministro Luis Felipe Salomão.

9. Tanto o STJ quanto o STF têm entendimento segundo o qual a sentença é o marco temporal para delimitação do regime jurídico aplicável à fixação de honorários advocatícios; a lei aplicável para constituição da verba honorária é aquela vigente na data da decisão que fixou a verba (STJ: REsp 1.465.535/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 22.8.2016; REsp 2.025.303/DF, Rel.

Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 11.11.2022; – STF: RE 901.677 AgR, Primeira Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 16.6.2020; STF, ARE 1.014.675, Primeira Turma, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, DJe 12.4.2018).

10. Consta do recurso (fl. 711, e-STJ) que, apesar de os contratos de trabalho e as procurações terem sido outorgadas aos advogados empregados antes da Lei 8.906/1994, tanto a propositura da ação que gerou a verba honorária sucumbencial debatida quanto a sentença que a fixou são posteriores ao novo Estatuto da OAB (Lei 8.906/1994), respectivamente 16.9.1994 e 1997. Ou seja, *a atuação dos advogados empregados, no caso, não se deu na vigência da Lei 4.215/1963, embora a contratação deles tivesse ocorrido sob o seu império.*

11. Como em tema de honorários sucumbenciais – que tem natureza mista (processual/material) – o regime jurídico aplicável é o vigente ao tempo da constituição do crédito, isto é, a data da decisão que os fixou, entendo que, no caso concreto, já incide o regime do art. 21 da Lei 8.906/1994, no sentido de que, *“Nas causas em que for parte o empregador, ou pessoa por este representada, os honorários de sucumbência são devidos aos advogados empregados”.*

12. Portanto, como na hipótese dos autos a verba honorária já foi fixada na vigência da Lei 8.906/1994, impositiva a aplicação do regime jurídico em que se reconhece, mesmo para advogados empregados, o direito à percepção dos honorários de sucumbência, mormente diante do silêncio do contrato de trabalho firmado entre os litigantes (fl. 1.001, e-STJ).

Conclusão

13. Ante o exposto, embora na tese acompanhe a em. Relatora, na conclusão **acompanho a divergência** e nego provimento aos Embargos de Divergência.

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Inicialmente acompanho os em. Ministros que me antecederam no tocante ao conhecimento do recurso, visto que está devidamente demonstrada a divergência de entendimentos entre o acórdão embargado e os paradigmas apontados pela recorrente.

O propósito recursal consiste em dizer se a empregadora, sob a égide da Lei 4.215/1963, possui legitimidade ativa para promover a execução de

honorários advocatícios sucumbenciais em seu favor, tendo em vista a existência de vínculo empregatício mantido com os advogados interessados, situação que impossibilitaria considerá-los legitimados, de forma autônoma, ao ajuizamento da referida execução.

Destaco inexistir dúvidas, ao menos a partir de julgamento pretérito desta Corte Especial (EAg 884.487/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 4.8.2017), que compete ao advogado o direito autônomo de executar os encargos de sucumbência nos casos em que a controvérsia seja regida pelo antigo Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei 4.215/1963), não tendo o art. 20 do CPC/1973 impactado neste direito.

Aliás, mesmo antes do advento do referido julgado da Corte Especial, este já era o entendimento que eu defendia a respeito do tema: “*no período anterior à Lei 8.906/94, já era assegurado o direito (material) autônomo do advogado à percepção dos honorários advocatícios, sucumbenciais ou estabelecidos em contrato. A legitimação para executá-los, questão de natureza processual, era concorrente entre a parte vitoriosa e o seu respectivo patrono*”, não se tratando de “*conferir efeitos retroativos ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – EOAB, mas de prestigiar a interpretação conferida pelo STJ à Lei 4.215/1963*” (AgRg no REsp 944.418/SP, rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 27.8.2009).

O caso em julgamento, contudo, apresenta *particularidade* que não estava presente nos precedentes dantes citados.

Conforme argutamente apontado pela em. Relatora, “*no referido julgado da Corte Especial, a hipótese examinada se circunscreveu a saber se os honorários deveriam ser titularizados pela parte ou pelos advogados contratados pela parte para defendê-la na causa (contrato de prestação de serviços advocatícios). Por outro lado, na hipótese em apreço, a matéria a ser analisada é distinta, com singularidade própria, pois os advogados que pleiteiam os honorários, conforme salientado alhures, eram empregados (advogados internos) da Usiminas. Em outras palavras, o que se discute, nos presentes autos, é a legitimidade para promover a execução de honorários sucumbenciais na hipótese de advogados celetistas que patrocinaram causas em favor da sociedade empregadora, sob a égide da Lei 4.215/1963*”.

Para esta hipótese específica de advogado(s) empregado(s) – com contrato de trabalho (celetista) com a parte vencedora, e não contrato civil de prestação de serviços como profissional liberal e autônomo –, inexistia previsão legal específica, na Lei 4.215/1963, sobre o direito dele(s) aos honorários sucumbenciais, inclusive porque recebe(m) salário e todos os direitos trabalhistas

para representar(em) a globalidade dos interesses do empregador, possuindo uma série de vantagens previstas na legislação não extensíveis ao advogado autônomo (profissional liberal).

Por isso, *não havendo previsão específica no contrato de trabalho firmado com a empregadora, ou mesmo disposição legal (expressa) que garantisse ao advogado empregado o direito à percepção dos honorários de sucumbência* – como havia em relação ao advogado autônomo (art. 99 e §§ da Lei 4.215/1963) –, mais adequada é a interpretação de que a titularidade dos honorários sucumbenciais fixados na vigência da Lei 4.215/1963 é do empregador, que tem legitimidade exclusiva para executá-los.

Mutatis mutandis, tem-se situação semelhante à dos advogados públicos ou contratados pelo Poder Público antes do advento do CPC/2015 (art. 85, § 19). Ressalvada previsão específica na legislação do ente público representado em juízo, os honorários sucumbenciais nas causas em que a Fazenda Pública fosse vencedora eram por ela titularizados, e não pelos advogados públicos ou contratados que atuavam na causa, remunerados que já eram pelo exercício do cargo ou função (REsp 1.213.051/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 8.2.2011; AgRg no AgRg no REsp 1.251.563/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 14.10.2011; AgRg no REsp 1.162.665/RS, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe de 14.6.2018; AgRg no AgRg no REsp 1.222.200/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator para acórdão Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 11.9.2017).

Este é motivo pelo qual, com as vênias da divergência, *mantenho-me fiel ao entendimento da Segunda Turma do STJ a respeito do tema*, que – fazendo a mesma distinção que ora é trazida pela em. Relatora – reconhece que, no regime do antigo Estatuto da OAB, não tem o advogado empregado legitimidade para execução dos honorários de sucumbência fixados na sua vigência, pois é a empregadora a titular deles, *verbis*:

Administrativo. Processual Civil. Art. 535 do CPC. Alegações genéricas. Súmula 284/STF. Ausência de prequestionamento. Súmula 211/STJ. Honorários advocatícios no regime da Lei 4.215/1963. Titularidade da parte e não do advogado empregado. Precedentes.

1. A alegação genérica de violação do art. 535 do Código de Processo Civil, sem explicitar os pontos em que teria sido omissa o acórdão recorrido, atrai a aplicação do disposto na Súmula 284/STF.

2. Descumprido o necessário e o indispensável exame dos dispositivos de lei invocados pelo acórdão recorrido, apto a viabilizar a pretensão recursal da recorrente, a despeito da oposição dos embargos de declaração. Incidência da Súmula 211/STJ.

3. Discute-se nos autos, a titularidade dos honorários advocatícios decorrentes da sucumbência: se pertencem à parte vencedora ou ao seu advogado, no período anterior à Lei 8.906/1994.

4. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, os honorários advocatícios sempre pertenceram ao advogado, mesmo na vigência da Lei 4.215/1963. Contudo, tal interpretação não se aplica quando o causídico não atua como profissional autônomo, mas, sim, como advogado empregado. Nesses casos, que é a hipótese dos autos, os honorários advocatícios, no regime da Lei 4.215/1963, c/c o art. 20 do CPC, pertencem à parte vencedora.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.469.897/SP, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 9/11/2015.)

Processual Civil. Advogado que não atua em causa própria. Ilegitimidade para interpor recurso especial. Questão de direito. Inaplicabilidade Súmulas 5 e 7 do STJ. Ausência de demonstração da forma pela qual ocorreu violação da legislação federal. Súmula 284/STF. Honorários advocatícios de sucumbência no regime da Lei 4.215/1963 e do art. 20 do CPC. Titularidade da parte, e não do advogado-empregado.

1. No Recurso Especial cujo objeto é a discussão sobre titularidade de honorários advocatícios de sucumbência, a legitimação pertence ao advogado que atuou na causa originária (recorrente) e a empresa que o contratou (recorrida), não se estendendo ao procurador contratado pelo primeiro para defendê-lo em juízo.

2. A controvérsia tem por objeto a definição da titularidade da verba honorária de sucumbência, no regime anterior ao instituído pela Lei 8.906/1994. Trata-se de questão eminentemente jurídica, de modo que não incidem os óbices das Súmulas 5 e 7 do STJ.

3. É deficientemente fundamentado o Recurso Especial que não demonstra como ocorreu violação de legislação federal - no caso, o art. 284 do CPC. Aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF.

4. O STJ entende que, mesmo no período anterior à Lei 8.906/1994, já era assegurado o direito (material) autônomo do advogado à percepção dos honorários sucumbenciais ou estabelecidos em contrato.

5. No entanto, quando o causídico não atua como profissional autônomo, mas, sim, por força de contrato de trabalho (advogado-empregado), os honorários

advocatícios, no regime da Lei 4.215/1963, c/c o art. 20 do CPC, pertencem à parte vencedora. Precedentes do STJ.

6. Agravo Regimental parcialmente provido.

(AgRg no AgRg no REsp 863.784/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 29/10/2009.)

No mesmo sentido há, ainda, outros precedentes da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça que fazem a adequada distinção entre a condição do advogado empregado e do advogado autônomo (profissional liberal) no que concerne aos honorários fixados na vigência da Lei 4.215/1963:

Agravo interno no recurso especial. Honorários advocatícios no regime da Lei 4.215/1963. Titularidade da parte, e não do advogado empregado. Agravo não provido.

1. Considerando que, no caso dos autos, os autores não atuaram como profissionais autônomos, mas, sim, como advogados empregados, no regime da Lei 4.215/63, c/c o art. 20 do CPC, os honorários advocatícios pertencem à parte vencedora, nos moldes da jurisprudência desta Corte acerca do tema.

2. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt nos EDcl no REsp n. 1.116.893/SC, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe de 12/8/2016.)

Processual Civil. Honorários sucumbenciais recebidos pela parte. Ação de cobrança movida pelo advogado empregado. Verba pertencente à parte vencedora, não ao causídico. Lei n. 4.215/1964, art. 99. Exegese. Matéria de fato. Reexame. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ.

I. Os honorários de sucumbência, na vigência da Lei n. 4.215/1964, pertenciam à parte e não ao seu advogado, de sorte que não prospera a ação movida por seu espólio contra a empresa empregadora, objetivando o recebimento da aludida verba que fora por ela recebida em execução de sentença contra a fazenda estadual em ação indenizatória patrocinada pelo causídico falecido. Precedentes do STJ.

II. Inexistência de contrato de honorários ou praxe em sentido contrário reconhecida pelas instâncias ordinárias, conclusão que não pode ser revista ante o óbice da Súmula n. 7 do STJ.

III. Recurso especial não conhecido.

(REsp 188.768/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ 20/03/2006 p. 274)

Civil e Processual. Acórdão estadual. Nulidade não configurada. Ação de cobrança de honorários sucumbenciais contra ex-empregador. Retroação indevida da Lei n. 8.906/1994. LICC, art. 2º. Improcedência.

I. Nulidade não configurada, eis que não detectada omissão no aresto objurgado, apenas decisão contrária à pretensão do réu.

II. *Os honorários advocatícios de sucumbência pertenciam, na égide da Lei n. 4.215/1963, à parte e não a seu patrono, no caso, empregado do quadro da própria instituição bancária, desligado ainda em 1991, portanto muito antes do novel Estatuto da OAB, inaplicável, destarte, à espécie, retroativamente.*

III. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 184.561/PR, relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ de 24/4/2006, p. 400.)

Na tese, portanto, acompanho a em. Relatora.

Porém, no caso em julgamento, há uma particularidade, devidamente destacada no Voto divergente, que, com as vênias da em. Relatora, justifica que se adote a conclusão do em. Ministro Luis Felipe Salomão.

Tanto o STJ quanto o STF têm entendimento segundo o qual a sentença é o marco temporal para delimitação do regime jurídico aplicável à fixação de honorários advocatícios; a lei aplicável para constituição da verba honorária é aquela vigente na data da decisão que fixou a verba (STJ: REsp 1.465.535/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 22.8.2016; REsp 2.025.303/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 11.11.2022; – STF: RE 901.677 AgR, Primeira Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 16.6.2020; ARE 1.014.675, Primeira Turma, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, DJe 12.4.2018).

Consta do recurso (fl. 711, e-STJ) que, apesar de os contratos de trabalho e as procurações terem sido outorgadas aos advogados empregados antes da Lei 8.906/1994, tanto a propositura da ação que gerou a verba honorária sucumbencial debatida quanto a sentença que a fixou são posteriores ao novo Estatuto da OAB (Lei 8.906/1994), respectivamente 16.9.1994 e 1997. Ou seja, *a atuação dos advogados empregados, no caso, não se deu na vigência da Lei 4.215/1963, embora a contratação deles tivesse ocorrido sob o seu império.*

Como em tema de honorários sucumbenciais – que tem natureza mista (processual/material) – o regime jurídico aplicável é o vigente ao tempo da constituição do crédito, isto é, a data da decisão que os fixou, entendo que, no caso concreto, já incide o regime do art. 21 da Lei 8.906/1994, no sentido de que, *“Nas causas em que for parte o empregador, ou pessoa por este representada, os honorários de sucumbência são devidos aos advogados empregados”.*

Portanto, como na hipótese dos autos a verba honorária já foi fixada na vigência da Lei 8.906/1994, impositiva a aplicação do regime jurídico em

que se reconhece, mesmo para advogados empregados, o direito à percepção dos honorários de sucumbência, mormente diante do silêncio do contrato de trabalho firmado entre os litigantes (fl. 1.001, e-STJ).

Ante o exposto, embora na tese acompanhe a em. Relatora, na conclusão *acompanho a divergência e nego provimento aos Embargos de Divergência*.

É como voto.

VOTO VENCIDO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: A questão, como bem anotado pela eminente Ministra Nancy Andrighi, é estabelecer se a titularidade da verba honorária sucumbencial, fixada sob a égide da Lei n. 4.215/1963, pertence à parte litigante ou ao causídico, quando este atuou como advogado-empregado.

A solução proposta pela Relatora é a fixação da seguinte tese: “*a titularidade dos honorários sucumbenciais, sob a égide da Lei 4.215/1963, pertence à parte vencedora, quando o advogado atuou como empregado, cabendo a ela a legitimidade ativa para promover a respectiva execução.*”

Em substancial voto-vista, o eminente Ministro Luiz Felipe Salomão abriu divergência, concluindo que “*já sob a égide da Lei 4.215/1963, os honorários sucumbenciais eram de titularidade do advogado, independentemente da relação jurídica existente entre o patrono e seu constituinte, se contratual ou empregatícia.*”

Na ocasião, o Ministro Herman Benjamim proferiu voto-vogal, entendendo ser adequada a distinção promovida pela eminente Relatora, no sentido de, “*no regime do antigo Estatuto da OAB, não tem o advogado empregado legitimidade para execução dos honorários de sucumbência fixados na sua vigência, pois é a empregadora a titular deles.*” No entanto, a despeito de acompanhar a Relatora na tese, houve por bem negar provimento aos embargos de divergência, sob o fundamento de que o título judicial que fixou os honorários advocatícios foi proferido já sob a égide da Lei n. 8.906/1994, motivo pelo qual os honorários sucumbenciais pertenceriam ao advogado-empregado, na forma do art. 21 do referido Estatuto.

Pois bem.

Pedindo as mais respeitosas vênias ao Ministro Luis Felipe Salomão, entendo que a conclusão exarada por esta Corte Especial no julgamento do EAg 884.487/SP não abrangeu a situação ora analisada, sendo legítimo o *distinguishing* promovido pela eminente Relatora. Ainda que o referido

precedente tenha concluído que os honorários advocatícios pertenciam ao advogado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 e da Lei n. 4.215/1963, *a controvérsia que amparou tal conclusão sequer tangenciou a situação dos advogados contratados pelo regime celetista.*

Não se olvida que, no aludido precedente, analisou-se a natureza jurídica da verba honorária, concluindo-se por seus aspectos alimentar e personalista. No entanto, a meu sentir, *não há qualquer incoerência em se compreender que os honorários de sucumbência, ainda que ostentem natureza jurídica de verba alimentar, podem ser objeto de disposição, mediante convenção, pois, apesar de autônomo, não se trata obviamente de direito indisponível, como salientou o Ministro Luis Felipe Salomão, no julgamento do AgInt nos EDcl no REsp 1.750.858/PR: “São os honorários advocatícios verbas de natureza alimentar, constituindo-se direito autônomo, só podendo dele dispor o seu titular, ou seja, o advogado – e somente ele”.*

Assim, não tendo esta Corte Especial analisado especificamente a situação do advogado-empregado no julgamento do EAg 884.487/SP, não há que se aplicar, de forma indistinta, a mesma solução jurídica, pois aqui se discute a prevalência dos termos dos contratos de trabalho, firmados entre 1958 e 1985, frente às posteriores mudanças legislativas. Em outras palavras, discute-se a preservação do ato jurídico perfeito (contrato).

Nesse sentido, adiro aos fundamentos da eminente Relatora quando aponta que o contrato de trabalho, silente na questão dos honorários sucumbenciais, há de ser analisado à luz do contexto temporal e legal de sua celebração, pois o negócio jurídico deve ser interpretado com o sentido que corresponda ao que *“seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração”*, conforme explicita o art. 113, § 1º, inciso V, do Código Civil.

Em outras palavras: não parece razoável concluir que as partes silenciaram sobre os honorários sucumbenciais porque desejavam dispor de forma frontalmente diversa à lei e ao entendimento majoritário à época da contratação.

Por tais fundamentos e pela profunda distinção entre os contratos que regem o trabalho do advogado autônomo e do advogado celetista, tenho que assiste razão à Relatora, como também concordou o Ministro Herman Benjamin. Por outro lado, não acompanho a ressalva feita por Sua Excelência - no sentido de aplicar o disposto no art. 21 da Lei n. 8.906/1994 - ao caso em análise.

Primeiro, porque a divergência não foi analisada sob essa perspectiva jurídica. A se entender pela ampliação em questão, até mesmo a admissibilidade dos embargos de divergência volta a ser um ponto a superar, pois teríamos que analisar se persiste similitude fática entre o acórdão recorrido e o paradigma. Outrossim, a leitura do acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região indica que não foi essa a premissa fática estabelecida no julgado, de modo que não vejo como introduzirmos essa questão em sede de embargos de divergência.

Ainda que se supere esse obstáculo processual, tenho que, novamente, assiste à razão à eminente Relatora quando aponta que o art. 21 da Lei n. 8.906/1994 - vigente ao tempo da prolação da sentença - *incide apenas sobre contratos celebrados após a sua entrada em vigor*. Anoto, outrossim, que se passaram três anos entre a vigência do novo Estatuto da OAB e a prolação da sentença que fixou a verba honorária, tempo suficiente para que os contratantes modificassem as disposições do contrato, o que não ocorreu.

Com efeito, ainda que o contrato produza efeitos futuros - como é o caso da constituição do crédito de honorários sucumbenciais - a alteração legal superveniente não pode alterar a relação jurídica já consolidada.

Cito, *mutatus mutandis*:

Ação direta de inconstitucionalidade. Aplicação da TR em substituição ao IPC. Lei 8.177/1991. Incidência em contratos anteriores à promulgação do diploma normativo com a fixação de novos índices de correção. Ofensa à regra da intangibilidade do ato jurídico perfeito. ADI julgada procedente.

I - A despeito da deliberação interna do Banco Central do Brasil - BC, constante da *Cota Dejur-913/92*, de 26 de novembro de 1992, no sentido de explicitar que não se aplica o art. 26 da Lei 8.177/1991 aos contratos celebrados antes da sua promulgação, a norma permanece em vigor, ostentando caráter geral e abstrato, sendo cabível ação direta de constitucionalidade para impugná-la.

II - A norma atacada, ao estabelecer a incidência da TR em substituição do IPC nas operações de crédito rural, contratadas junto às instituições financeiras, com recursos oriundos de depósitos à vista, sem qualquer ressalva, tem o condão de alcançar ajustes celebrados antes do advento da mencionada Lei.

III - Disposição que se afigura incompatível com a garantia fundamental de proteção ao ato jurídico perfeito, pois tem o potencial de alterar uma relação jurídica preexistente e consolidada, em frontal violação ao art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

IV - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

(ADI 3.005, Relator(a): Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/2020, Processo Eletrônico DJe-271 divulg 12-11-2020 public 13-11-2020)

Logo, não vejo como reconhecer, no caso, o direito dos advogados celetistas aos honorários sucumbenciais, sob pena de afronta ao ato jurídico perfeito, como bem apontou a Relatora.

Assim, com essas considerações, pedindo as mais respeitosas vênias aos votos divergentes, conheço e dou provimento aos embargos de divergência, nos termos do voto da eminente Relatora, Ministra Nancy Andrigli.

É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: No presente recurso uniformizador, busca-se sanar divergência jurisprudencial existente entre o **acórdão embargado**, da *eg. Primeira Turma*, segundo o qual, mesmo sob a égide da Lei 4.215/1963, “o art. 20 do CPC de 1973 não retirou a titularidade do causídico ao recebimento dos honorários advocatícios sucumbenciais fixados na sentença, os quais constituem verba autônoma que integra o patrimônio do advogado”, e os **arestos paradigmas** das *egs. Segunda e Quarta Turmas*, que admitem que, **mesmo na vigência da Lei 4.215/1963**, “já era assegurado o direito (material) autônomo do advogado à percepção dos honorários sucumbenciais ou estabelecidos em contrato. No entanto, quando o causídico não atua como profissional autônomo, mas, sim, por força de contrato de trabalho (advogado-empregado), os honorários advocatícios, no regime da Lei 4.215/1963, c/c o art. 20 do CPC, pertencem à parte vencedora”.

A eminente Relatora, *Ministra Nancy Andrigli*, deu provimento aos embargos de divergência, concluindo, em seu judicioso voto, que *deve prevalecer a tese esposada nos acórdãos paradigmas* – da lavra das colendas Segunda e Quarta Turmas do STJ –, no sentido de que, nos termos da Lei 4.215/1963, quando o advogado atuar como empregado nos autos do processo, e não autônomo, cabe à parte vencedora os honorários advocatícios sucumbenciais arbitrados.

Afirmou, para tanto, a eminente Relatora que, “no regime da Lei 4.215/1963, não se fixavam honorários advocatícios sucumbenciais em favor de advogado celetista, até porque a atuação era circunscrita aos limites do instrumento contratual firmado entre empregador e empregado, no âmbito do quadro da própria instituição”. E continuou:

36. Essas linhas de conduta apontam, por questão de lógica-jurídica, ao seguinte vértice: o advogado empregado recebia o salário e todos os direitos trabalhistas para representar os interesses do empregador. Em suma, amparado

pelo regime celetista, possuía uma série de direitos reconhecidos pela legislação pátria, não extensíveis ao advogado autônomo.

37. Dessa forma, há motivos razoáveis para realizar a distinção entre advogados empregados e contratados em regência civil, para efeitos de atribuição dos honorários sucumbenciais, tendo em vista que a interpretação da Lei 4.215/1963, conferida pelo STJ, sempre foi hialina no sentido de que, quando o causídico não atuasse como profissional autônomo, mas sim por força de contrato de trabalho (advogado-empregado), os honorários advocatícios pertenceriam à parte vencedora.

38. Em síntese, o entendimento de que os honorários advocatícios sempre pertenceram ao advogado, mesmo na vigência da Lei 4.215/1963, aplica-se quando o patrono atuou como profissional autônomo, não se estendendo aos advogados empregados.

Por sua vez, o eminente *Ministro Luis Felipe Salomão*, em seu voto-vista, entendeu no sentido de *negar provimento ao recurso uniformizador*, sob o fundamento de que, no julgamento dos *EAg 884.487/SP*, a *Corte Especial não fez nenhuma distinção entre os advogados autônomos ou empregados*, de maneira que, em todo caso, o causídico possui titularidade para execução da verba honorária sucumbencial, mesmo antes da edição da Lei 8.906/94 e, pois, na vigência da Lei 4.215/1963, sobretudo porque a natureza jurídica dessa verba enseja a compreensão de que esta pertence ao advogado.

Na sequência, o ilustrado *Ministro Herman Benjamin* ressaltou que, quanto à tese jurídica firmada acerca da interpretação a ser dada à aludida Lei 4.215/1963, acompanhava a eminente Relatora. Porém, na hipótese dos autos, concluiu que deveria ser negado provimento aos embargos de divergência, pois, *no caso concreto, o regime jurídico aplicável não seria o da Lei 4.215/1963, mas o vigente ao tempo da constituição do crédito de honorários advocatícios, qual seja a Lei 8.906/1994 (art. 21)*. Portanto, tendo em vista a incidência do regime jurídico da Lei 8.906/1994, deveria ser reconhecido, na hipótese, “*mesmo para os advogados empregados, o direito à percepção dos honorários sucumbenciais, mormente diante do silêncio do contrato de trabalho firmado entre os litigantes (fl. 1.001, e-STJ)*”.

Na sequência, pediu vista a eminente *Ministra Laurita Vaz*, com a consequente conversão em *vista coletiva*.

Aproveito, nesta oportunidade, para fazer breves observações.

Inicialmente, em *voto que proferi por ocasião do julgamento dos citados EAg 884.487/SP*, no âmbito desta colenda Corte Especial, longamente mencionado no presente, tive a oportunidade de firmar compreensão de que, “*no período*

anterior ao do atual Estatuto da Ordem dos Advogados e posterior ao advento do Código de Processo Civil de 1973, prevalente era a regra do art. 20 do Código de Processo, que assegurava os honorários sucumbenciais, em regra, para a parte vencedora. Somente com a chegada do atual Estatuto de 1994, Estatuto da Advocacia e da OAB, consolidou-se a modificação na titularidade do direito aos honorários de sucumbência". Assim, considere que os honorários advocatícios, no regime da Lei 4.215/1963, c/c o art. 20 do CPC, *pertenciam à parte vencedora*.

Tal entendimento, contudo, *não foi o que prevaleceu na oportunidade, pois este Órgão Julgador, "à luz do estatuído no art. 99 e seus parágrafos da Lei n. 4.215/1963, do princípio acolhido no ordenamento jurídico pátrio que veda o enriquecimento sem causa, dos precedentes da Suprema Corte e deste Tribunal Superior, bem como da doutrina relativa ao tema", concluiu que "o art. 20 do CPC de 1973 não retirou a titularidade do causídico ao recebimento dos honorários advocatícios sucumbenciais fixados na sentença, os quais constituem verba autônoma que integra o patrimônio do advogado"* (EAg 884.487/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 19/04/2017, DJe de 04/08/2017).

Salvo melhor juízo, para o caso ora em apreço, no entanto, não interessa propriamente aferir se o entendimento a que chegou esta colenda Corte Especial naquele julgamento poderia, ou não, ser estendido às hipóteses em que o causídico não atua como profissional autônomo, mas, sim, como advogado empregado.

Tal tese, por ora, não obstante seja relevante juridicamente, torna-se secundária, pois, realmente, a questão controvertida tem seus contornos delimitados pelo direito intertemporal.

Analisando os autos, penso que a conclusão a que chegou o eminente Ministro *Herman Benjamin* parece a mais adequada para o caso concreto.

No processo em apreço, *temos um contrato de prestação de serviços advocatícios por prazo indeterminado que teve início quando a advocacia era regida pelo Estatuto de 1963 (Lei 4.215/1963), o qual foi impactado pelo Código de Processo Civil de 1973. Após, a advocacia, a partir de 1994, passou a ser regida por novo Estatuto (o atual), a Lei 8.906/1994.*

Então, é importante lembrar que *não existe direito adquirido a regime jurídico, de modo que um contrato celebrado sob a égide de um determinado regime jurídico será sempre regido por este se o contrato tem prazo determinado, por vedação da retroatividade da lei, perante o direito adquirido, por via de um ato jurídico perfeito (o contrato).*

Diferente será a situação de um contrato de trato continuado (sucessivo) e de prazo indeterminado. Nesse caso, as novas disposições do ordenamento jurídico aplicam-se aos efeitos ocorridos após o advento da nova lei, pois não há direito adquirido a determinado regime jurídico.

Por exemplo, na Lei 8.245/91, que sucedeu na disciplina das locações prediais a anterior Lei 6.649/79, foi estabelecido, nas disposições transitórias da Lei moderna (arts. 77 e 78), que apenas os contratos celebrados por prazo determinado permaneceram regidos pela antiga Lei até o advento do termo final do ajuste, quando, passando a vigorar por prazo indeterminado, ficavam submetidos ao novo regime jurídico.

Embora o atual Estatuto da OAB e da Advocacia não traga norma similar nas disposições transitórias, o fundamento jurídico há de ser o mesmo.

Assim, em se tratando de contrato firmado por prazo indeterminado e não havendo direito adquirido a regime jurídico, concluo que, apesar de os referidos contratos de trabalho e as procurações terem sido outorgadas aos advogados empregados na vigência da Lei 4.215/1963 e do CPC de 1973, tanto a ação que deu causa à verba honorária como a sentença que a fixou foram posteriores ao novo Estatuto da OAB (Lei 8.906/1994). Desse modo, esta última norma é a aplicável ao caso e, quanto a esta, não há nenhuma dúvida de que o causídico possui titularidade para execução da verba honorária sucumbencial, já que a ele pertence, nos termos da aludida lei, sendo desimportante, no caso, o fato de o advogado ser autônomo ou empregado.

*Faço, pois, apenas essas considerações, concluindo, ao final, no sentido de negar provimento aos embargos de divergência, nos termos da fundamentação apresentada pelo eminente Ministro **Herman Benjamin** para o caso concreto.*

É como voto.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Senhor Presidente, conforme ressaltado na sessão de julgamento de 15 de março de 2023, votei pelo não provimento dos embargos de divergência, com base em dois fundamentos assim resumidos:

(1) a titularidade não se modificará a partir da forma em que contratado o profissional, porque a natureza da verba sucumbencial se mantém hígida independentemente dos contornos daquela relação jurídica, na forma fixada pela Corte Especial no julgamento dos EAG 884.487/SP; e

(2) o direito aos honorários de sucumbência nasce com a ocorrência do fenômeno processual “sucumbência”, sendo certo que, no caso ora em julgamento, a ação foi ajuizada em 1994 e a sentença, ato processual que primeiro estabeleceu a sucumbência, foi proferida em 1997, após a Lei n. 8.906/1994 – Estatuto da OAB –, momento em que já não havia nenhuma dissonância quanto à tese de que a titularidade dos honorários cabia ao advogado e não à parte constituinte vencedora.

O Ministro Herman Benjamin, não obstante acompanhe o posicionamento da Relatora, Ministra Nancy Andrighi, de que, no regime do antigo Estatuto da OAB, o advogado empregado não tem legitimidade para a execução dos honorários de sucumbência fixados na sua vigência – sendo, pois, de titularidade da empregadora –, conclui ao final pelo não provimento dos embargos de divergência. Isso porque a fixação da verba honorária de sucumbência na vigência da Lei n. 8.906/1994 atrai “a aplicação do regime jurídico em que se reconhece, mesmo para advogados empregados, o direito à percepção dos honorários de sucumbência, mormente diante do silêncio do contrato de trabalho firmado entre os litigantes (fl. 1.001, e-STJ)”.

Diante dos debates ocorridos nesta assentada de 2 de agosto de 2023 – notadamente por entender pela impossibilidade de proclamar tese diferente no caso concreto, salvo prospectivamente em recurso especial repetitivo ou em situação transcendental –, retifico o voto proferido na sessão de julgamento de 15 de março de 2023 para alinhar-me ao posicionamento apresentado pelo Ministro Herman Benjamin, no sentido de excluir referência ao fato anterior de que os honorários de sucumbência, fora da vigência do Estatuto da OAB de 1994, pertenceriam à parte.

Deveras, o tema não foi devolvido para exame na presente sede recursal, porque o fundamento adotado pelo Ministro Herman Benjamin para negar provimento aos embargos de divergência é exclusivamente a circunstância de que a sentença foi proferida na vigência do novel Estatuto, de 1994.

Nesse cenário, considerando que a ocorrência do fenômeno processual “sucumbência” se deu com a prolação da sentença em 1997 – na vigência do Estatuto da OAB de 1994 –, forçoso concluir que a titularidade dos honorários cabe ao advogado e não à parte constituinte vencedora.

2. Ante o exposto, retifico o voto anteriormente proferido de modo a excluir qualquer referência ao fato anterior de que os honorários de sucumbência, fora da vigência do Estatuto da OAB de 1994, pertenceriam à parte, mantendo o não provimento dos embargos de divergência.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.864.633-RS (2020/0051778-5)

Relator: Ministro Paulo Sérgio Domingues

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social

Recorrido: Vera Lucia dos Santos Lima

Advogados: Ariane Ochner Casati - PR083206

Renata Nascimento Vieira Sanches - PR035982A

Interes.: Ordem dos Advogados do Brasil Conselho Federal - “Amicus Curiae”

Advogados: José Alberto Ribeiro Simonetti Cabral - AM003725

Sérgio Ludmer - PE021485

Alex Souza de Moraes Sarkis - RO001423

Bruna Regina da Silva Dadá - DF042981

Priscilla Lisboa Pereira - DF039915

Verena de Freitas Souza - DF032753

EMENTA

Recurso especial repetitivo. Direito Processual Civil. Honorários advocatícios sucumbenciais. Art. 85, § 11, do CPC. Majoração da verba honorária em grau recursal. Impossibilidade em caso de provimento parcial ou total do recurso, ainda que mínima a alteração do resultado do julgamento. Fixação de tese jurídica de eficácia vinculante. Solução do caso concreto: provimento do recurso especial.

1. É pressuposto da majoração da verba honorária sucumbencial em grau recursal, tal como estabelecida no art. 85, § 11, do CPC, a infrutuosidade do recurso interposto, assim considerado aquele que em nada altera o resultado do julgamento tal como provindo da instância de origem.

2. Fincada a premissa, não faz diferença alguma, para fins de aplicação da regra legal de majoração dos honorários em grau recursal, se o recurso foi declarado incognoscível ou integralmente desprovido: ambas as hipóteses equivalem-se juridicamente para efeito de majoração da verba honorária prefixada, já que nenhuma delas possui aptidão para alterar o resultado do julgamento, e o recurso interposto, ao fim e ao cabo, em nada beneficiou o recorrente.

3. Sob o mesmo raciocínio, não se aplica o art. 85, § 11, do CPC em situação concreta na qual o recurso tenha sido proveitoso à parte que dele se valeu. A alteração do resultado do julgamento, ainda que mínima, é decorrência direta da interposição do recurso, configurando evidente contrassenso punir o recorrente pelo êxito obtido com o recurso - ainda que mínimo ou limitado a capítulo secundário da decisão recorrida, a exemplo dos que estabelecem os consectários de uma condenação.

4. Jurisprudência da Corte Especial e das Turmas de Direito Público e de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça consolidada no sentido da incidência do art. 85, § 11, do CPC apenas nos casos de não conhecimento ou total desprovimento do recurso. Precedentes citados: AgInt nos EAREsp n. 762.075/MT, relator Ministro Felix Fischer, relator para acórdão Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, julgado em 19/12/2018, DJe de 7/3/2019; AgInt nos EDcl no AREsp n. 984.256/MG, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 30/11/2022; EDcl no REsp n. 1.919.706/CE, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 12/6/2023, DJe de 15/6/2023; AgInt no AREsp n. 2.095.028/SP, relatora Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 26/9/2022, DJe de 28/9/2022; e AgInt no AREsp n. 2.201.642/DF, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 19/6/2023, DJe de 22/6/2023.

5. Tese jurídica de eficácia vinculante, sintetizadora da *ratio decidendi* do julgado paradigmático: “*A majoração dos honorários de sucumbência prevista no art. 85, § 11, do CPC pressupõe que o recurso tenha sido integralmente desprovido ou não conhecido pelo tribunal, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente. Não se aplica o art. 85, § 11, do CPC em caso de provimento total ou parcial do recurso, ainda que mínima a alteração do resultado do julgamento e limitada a consectários da condenação.*”

6. Solução do caso concreto: acórdão recorrido que promove a majoração dos honorários advocatícios em grau recursal e em desfavor do INSS mesmo tendo havido parcial provimento do recurso de apelação interposto pela autarquia, o que se fez de modo a alterar o percentual estabelecido na sentença a título de verba honorária

(redução de 20% para 10% sobre o total de parcelas vencidas). Tendo ocorrido alteração do resultado do julgamento por decorrência direta e exclusiva do recurso de apelação interposto, reconhece-se que o tribunal de origem conferiu interpretação ao art. 85, § 11, do CPC em desconformidade com aquela preconizada pelo STJ, impondo-se a reforma do julgamento.

7. Recurso especial a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial, por maioria, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, fixando a seguinte tese: “A majoração dos honorários de sucumbência prevista no art. 85, § 11, do CPC pressupõe que o recurso tenha sido integralmente desprovido ou não conhecido pelo tribunal, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente. Não se aplica o art. 85, § 11, do CPC em caso de provimento total ou parcial do recurso, ainda que mínima a alteração do resultado do julgamento e limitada a consectários da condenação”, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Humberto Martins que conhecia do recurso e negava-lhe provimento.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Nancy Andrighi, João Otávio de Noronha, Herman Benjamin, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Og Fernandes e Benedito Gonçalves.

Brasília (DF), 09 de novembro de 2023 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Presidente

Ministro Paulo Sérgio Domingues, Relator

DJe 21.12.2023

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues: Cuida-se de recurso especial interposto pelo *Instituto Nacional do Seguro Social* para impugnar acórdão

proferido pelo *Tribunal Regional Federal da 4ª Região* por meio do qual foi negado provimento à apelação da parte autora e parcialmente provido o recurso de apelação interposto pelo INSS.

O acórdão recorrido está assim ementado (fls. 268/269):

Previdenciário. Aposentadoria rural por idade. Atividade rural. Regime de economia familiar ou trabalhador “boia-fria”. Requisitos legais. Início de prova material. Complementação por prova testemunhal. Comprovação.

1. O trabalhador rural que implemente a idade mínima (sessenta anos para o homem e de cinquenta e cinco anos para a mulher) e comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, por tempo igual ao número de meses correspondentes à carência exigida para o benefício, faz jus à concessão do benefício da aposentadoria rural por idade (artigos 11, VII, 48, § 1º, e 142, da Lei n. 8.213/91).

2. A análise de vários elementos (localização e extensão do imóvel, tipo de cultura explorada, quantidade de produção comercializada, número de membros familiares a laborar na atividade rural, utilização ou não de maquinário agrícola e de mão de obra de terceiros de forma não eventual, exercício de atividades urbanas concomitantes e sua importância na renda familiar), é que permitirá um juízo de valor acerca da condição de segurado especial. As circunstâncias de cada caso concreto é que vão determinar se o segurado se enquadra ou não na definição do inc. VII do art. 11 da Lei n. 8.213/91.

3. Considera-se demonstrado o exercício de atividade rural havendo início de prova material complementada por prova testemunhal idônea, sendo dispensável o recolhimento de contribuições para fins de concessão do benefício.

4. Determinada a imediata implantação do benefício, valendo-se da tutela específica da obrigação de fazer prevista no artigo 461 do Código de Processo Civil de 1973, bem como nos artigos 497, 536 e parágrafos e 537, do Código de Processo Civil de 2015, independentemente de requerimento expresso por parte do segurado ou beneficiário.

Opostos embargos de declaração pelo INSS visando ao esclarecimento do julgado, foram eles rejeitados (fls. 301/302).

Deu-se, então, a interposição de recurso especial pelo INSS, com fundamento no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal. Alegou-se, em síntese, que o acórdão recorrido teria violado o art. 85, § 11, do CPC, uma vez que promovida indevida majoração dos honorários advocatícios de sucumbência em desfavor da autarquia apelante, olvidando-se de que o recurso de apelação teria sido parcialmente provido de modo a reduzir a condenação imposta ao INSS relativa aos honorários sucumbenciais.

O recurso especial foi admitido pelo tribunal de origem, por decisão fundamentada (fls. 330/331).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o recurso especial foi selecionado pela Comissão Gestora de Precedentes e qualificado como representativo de controvérsia, juntamente com o REsp 1.865.223/SC e o REsp 1.865.553/PR.

Na sessão de julgamento de 18/08/2020, a Primeira Seção do STJ procedeu à afetação do recurso especial ao regime dos recursos repetitivos. Posteriormente, na sessão de julgamento de 25/08/2021, a Primeira Seção, em questão de ordem, declinou da competência para o julgamento do recurso especial, submetendo o exame da controvérsia à Corte Especial.

Na sessão de julgamento de 05/04/2022, decidiu a Corte Especial pela afetação do recurso especial ao regime dos recursos repetitivos, bem como pela suspensão de todos os recursos especiais e agravos em recurso especial cujos objetos coincidissem com a matéria afetada.

Ao acórdão de afetação do recurso especial foi atribuída a seguinte ementa:

Processual Civil. Proposta de afetação. Recurso especial. Rito dos recursos especiais repetitivos. Majoração de honorários de sucumbência em grau recursal. Recurso total ou parcialmente provido. Consectários da condenação. Observância do art. 1.036, § 5º, do CPC/2015 e dos arts. 256-E, II, e 256-I do RISTJ.

1. Delimitação da controvérsia: (im)possibilidade da majoração, em grau recursal, da verba honorária estabelecida na instância recorrida, quando o recurso for provido total ou parcialmente, ainda que em relação apenas aos consectários da condenação.

2. Recurso especial afetado ao rito do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (arts. 256-E, II, e 256-I do RISTJ).

3. Determinada a suspensão da tramitação apenas dos recursos especiais e agravos em recurso especial cujos objetos coincidam com a matéria afetada.

4. Acolhida a proposta de afetação do recurso especial como representativo da controvérsia para que seja julgado na Corte Especial.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB requereu sua admissão no processo na condição de “amicus curiae”, o que foi deferido por decisão monocrática de 22/09/2022. Na questão de fundo, sustentou o CFOAB seu entendimento de que “a tese a ser fixada deverá reconhecer a possibilidade da majoração, em grau recursal, da verba honorária estabelecida na

instância recorrida, quando o recurso for provido total ou parcialmente, ainda que em relação apenas aos consectários da condenação” (fl. 450).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues (Relator): Eminentes Ministras e Ministros, a controvérsia que se apresenta a julgamento diz com a possibilidade de se proceder, em grau recursal, à majoração da verba honorária estabelecida na instância recorrida, notadamente quando o recurso interposto venha a ser provido total ou parcialmente, ainda que o provimento esteja limitado a capítulo secundário da decisão recorrida, tal como ocorre, *v.g.*, quando se modificam critérios até então estabelecidos relativos aos consectários de uma condenação.

A solução da controvérsia reside na interpretação a ser conferida ao art. 85, § 11, do CPC, que dispõe:

§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

Trata-se de previsão legal inovadora, sem paralelo no regime revogado (CPC/1973), e que busca conferir maior robustez aos princípios da celeridade processual e da duração razoável do processo (CF/88, art. 5º, LXXVIII), valendo, para tanto, como um desestímulo à interposição de recursos improdentes, para os quais a perspectiva de êxito seja remota ou mesmo inexistente.

A razão de ser da norma não deixa margem a dúvidas: é pressuposto da majoração da verba honorária a *infrutuosidade* do recurso, assim considerado aquele que em nada altera o resultado do julgamento tal como provindo da instância de origem, e que, por isso mesmo, em nada beneficia a esfera jurídica do recorrente.

Daí que, se a regra legal do art. 85, § 11, do CPC existe para penalizar o recorrente que se vale de impugnação infrutuosa, que amplia sem razão jurídica o tempo de duração do processo, pode-se concluir que foge ao escopo da norma aplicar a penalidade em situação concreta na qual o recurso tenha sido, em alguma medida, proveitoso à parte que dele se valeu. Configuraria evidente

contrassenso, enfim, aplicar o dispositivo legal em exame para punir o recorrente pelo êxito obtido com o recurso, ainda que mínimo ou limitado a capítulo secundário da decisão recorrida, a exemplo dos que estabelecem os consectários de uma condenação.

Respeitada essa premissa, surge sem maiores dificuldades uma primeira conclusão inafastável: para os fins do art. 85, § 11, do CPC, não faz diferença alguma se o recurso foi declarado *incognoscível* por lhe faltar qualquer requisito de admissibilidade; ou se o recurso foi examinado pelo mérito e *integralmente desprovido*. Ambas as hipóteses equivalem-se juridicamente para efeito de majoração da verba honorária prefixada, já que nenhuma dessas hipóteses possui aptidão para alterar o resultado do julgamento, e o recurso interposto, ao fim e ao cabo, foi infrutuoso e em nada beneficiou o recorrente.

Outra conclusão que se põe, desta vez diretamente relacionada à controvérsia em desate, está em reconhecer que o êxito recursal, *ainda quando mínimo*, deslocará a causa para além do campo de incidência do art. 85, § 11, do CPC, não se podendo cogitar, nessa hipótese, de majoração pelo tribunal dos honorários previamente fixados. Não cabe, com efeito, penalizar o recorrente se a alteração no resultado do julgamento - ainda que mínima - constitui decorrência direta da interposição do recurso, e se dá em favor da posição jurídica do recorrente.

Pensar diferente, ademais, conduziria inevitavelmente os tribunais a um caminho de perturbadora *insegurança jurídica*, fomentando-se infundáveis discussões acerca do ponto a partir do qual a modificação do resultado do julgamento decorrente do provimento parcial do recurso dispensaria o tribunal de majorar os honorários sucumbenciais previamente fixados. Uma condenação por “100”, por exemplo, atrairia a incidência do art. 85, § 11, do CPC se o provimento parcial do recurso, porque mínimo, a reduzisse para “99”; mas essa mesma consequência seria de rigor se a redução fosse para “80” ou “70”? E se o *quantum* de redução da condenação fosse, a princípio, incerto para o tribunal? *Quid iuris*, então, se a condenação fosse mantida em seu valor principal, mas o provimento parcial do recurso implicasse substanciais alterações em favor do recorrente quanto aos termos inicial ou final dos juros moratórios; ou da correção monetária; ou de ambos; ou dos índices aplicáveis para esta ou para aqueles?

Percebe-se, enfim, que não há razão jurídica para se sustentar a aplicação do art. 85, § 11, do CPC nos casos de provimento parcial do recurso, ainda que mínima a alteração do resultado do julgamento e diminuto o proveito

obtido pelo recorrente com a impugnação aviada, mesmo quando circunscrita a alteração do resultado ou o proveito obtido a mero consectário de um decreto condenatório.

Esse entendimento, ademais, é o que se mostra assentado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que estabelece como um dos requisitos para a aplicação do art. 85, § 11, do CPC que se esteja a cuidar de recurso integralmente não conhecido ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente.

Nesse sentido, transcreve-se a ementa de precedente estabelecido no âmbito da Corte Especial:

Processual Civil. Agravo interno nos embargos de divergência em agravo em recurso especial. Fundamentação monocrática não atacada. Inadmissibilidade. Regra técnica de conhecimento recursal. Incidência da Súmula 315/STJ. Majoração dos honorários advocatícios. Aplicação do § 11 do art. 85 do Código de Processo Civil. Viabilidade. Recurso não provido.

1. Não se admite a interposição de Embargos de Divergência na hipótese de não ter sido analisado o mérito do Recurso Especial, conforme a Súmula 315/STJ.

2. A questão que sobeja em divergência é quanto ao cabimento ou não de honorários de advogado nesta fase recursal, novidade instituída pelo Novo Código de Processo Civil.

3. Os critérios de cabimento dos honorários advocatícios recursais, previstos no § 11 do art. 85 do novo CPC, já foram tema de discussão na Terceira Turma, na sessão de 4 de abril de 2017, no julgamento dos EDcl no AgInt no REsp 1.573.573/RJ, o que levou à uniformização do tema no âmbito daquele órgão julgador.

4. Tais critérios foram reavaliados pela Segunda Seção, no julgamento do AgInt nos Embargos de Divergência em REsp 1.539.725-DF, os quais passam a ser adotados como entendimento desta egrégia Corte Especial.

5. É devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente: a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil; b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso.

6. Não haverá honorários recursais no julgamento de Agravo Interno e de Embargos de Declaração apresentados pela parte que, na decisão que não conheceu integralmente de seu recurso ou negou-lhe provimento, teve imposta contra si a majoração prevista no § 11 do art. 85 do CPC/2015.

7. Com a interposição de Embargos de Divergência em Recurso Especial tem início novo grau recursal, sujeitando-se o embargante, ao questionar decisão publicada na vigência do CPC/2015, à majoração dos honorários sucumbenciais, na forma do § 11 do art. 85, quando indeferidos liminarmente pelo relator ou se o colegiado deles não conhecer ou negar-lhes provimento.

8. Quando devida a verba honorária recursal, mas, por omissão, o Relator deixar de aplicá-la em decisão monocrática, poderá o colegiado, ao não conhecer do respectivo Agravo Interno ou negar-lhe provimento, arbitrá-la *ex officio*, por se tratar de matéria de ordem pública, que independe de provocação da parte, não se verificando *reformatio in pejus*.

9. Da majoração dos honorários sucumbenciais promovida com base no § 11 do art. 85 do CPC/2015 não poderá resultar extrapolação dos limites previstos nos §§ 2º e 3º do referido artigo.

10. É dispensada a configuração do trabalho adicional do advogado para a majoração dos honorários na instância recursal, que será considerado, no entanto, para quantificação de tal verba.

11. *In casu*, denota-se: a) a majoração da verba, no caso que ora se examina, decorre da inadmissão dos Embargos de Divergência - o que, como visto, trouxe novo grau recursal com sua interposição; b) a lei não exige comprovação do efetivo trabalho adicional realizado pelo advogado da parte recorrida para a majoração dos honorários. O trabalho adicional realizado pelo advogado da parte recorrida, em grau recursal, deve ser tido como critério de quantificação, e não como condição para majorar os honorários.

12. Quanto à matéria, precedentes do Pretório Excelso: ARE 898.896 AgREDv-AgR/RJ - Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 24/02/2017, Tribunal Pleno, DJe de 15/3/2017; ARE 859.077 AgR-ED-EDv-AgR/AC - Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 23/03/2017, Tribunal Pleno, DJe de 29/5/2017.

13. Cabível a majoração dos honorários recursais em desfavor da parte insurgente, nos termos da decisão agravada.

14. Agravo Interno não provido.

(AgInt nos EAREsp n. 762.075/MT, relator Ministro Felix Fischer, relator para acórdão Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, julgado em 19/12/2018, DJe de 7/3/2019)

O mesmo entendimento, ressaltado, tem sido adotado no âmbito das Turmas da Primeira Seção e da Segunda Seção do STJ, conforme julgados que colaciono:

Processual Civil. Agravo interno nos embargos de declaração no agravo em recurso especial. Honorários recursais. Ausência de fixação de honorários pelo acórdão recorrido. Inviabilidade de fixação.

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. Segundo o entendimento firmado pela Segunda Seção no julgamento do AgInt nos EREsp n. 1.539.725/DF é devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente: a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil; b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso. No mesmo sentido: AgInt no AREsp n. 1.860.554/PR, relator Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF5), Primeira Turma, julgado em 20.6.2022, DJe de 23.6.2022.

3. No caso concreto, a decisão de mérito recorrida, proferida pelo Tribunal de origem, foi publicada antes da vigência do CPC de 2015.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt nos EDcl no AREsp n. 984.256/MG, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 30/11/2022)

Processual Civil. Administrativo. Licitação. Contrato administrativo. Descumprimento. Indenização por danos materiais, morais e lucro cessante. Procedência parcial dos pedidos. Recurso especial. Improvimento. Honorários recursais. Omissão, existência.

I - Na origem, trata-se de ação ajuizada por ARM Energia e Serviços de Engenharia Ltda. contra a Companhia Energética do Ceará S.A. - Coelce objetivando indenização por danos morais, materiais e lucros cessantes em decorrência do descumprido do contrato para prestação de serviços de operação técnica, consistente na exigência de providências fora do prazo estipulado.

II - Na sentença, julgaram-se parcialmente procedentes os pedidos para condenar a ré ao pagamento de R\$ 11.443.822,58 (onze milhões, quatrocentos e quarenta e três mil, oitocentos e vinte e dois reais e cinquenta e oito centavos). No Tribunal *a quo*, a sentença foi parcialmente reformada, para determinar que o montante a ser restituído seja apurado em liquidação de sentença. Esta Corte negou provimento ao recurso especial.

III - Opostos embargos de declaração, aponta a parte embargante omissão do acórdão embargado quanto aos honorários advocatícios.

IV - O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacífico de que é cabível a aplicação do art. 85, § 11, do CPC/2015 quando o recurso for integralmente improvido ou não conhecido, não sendo cabível o incremento quando for provido o recurso, ainda que parcialmente. Nesse mesmo sentido, confirmam-se: AgInt nos EREsp n. 1.539.725/DF, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, julgado em 9/8/2017, DJe 19/10/2017 e REsp n. 1.727.396/PE, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/5/2018, DJe 2/8/2018.

V - Embargos de declaração acolhidos para que os honorários advocatícios que foram fixados em 14% sobre o valor da condenação sejam majorados em 1%.

(EDcl no REsp n. 1.919.706/CE, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 12/6/2023, DJe de 15/6/2023)

Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação indenizatória. Alteração do valor fixado. Majoração. Dano moral. Reexame de fatos e provas. Inadmissibilidade. Súmula 7/STJ. Majoração da verba honorária sucumbencial. Descabimento. Harmonia entre o acórdão recorrido e a jurisprudência do STJ.

1. Ação indenizatória.

2. A revisão da compensação por danos morais só é viável em recurso especial quando o valor fixado for exorbitante ou ínfimo. Salvo essas hipóteses, incide a Súmula 7/STJ, impedindo o conhecimento do recurso.

3. É devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente: a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil; b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso. Precedente da 2ª Seção.

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

(AgInt no AREsp n. 2.095.028/SP, relatora Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 26/9/2022, DJe de 28/9/2022)

Agravo interno. Agravo em recurso especial. Embargos à execução. Excesso de execução. Ausência de prequestionamento. Razões que não enfrentam o fundamento da decisão agravada. Não impugnação específica das razões do acórdão estadual. Incidência do Verbete n. 283/STF. Cerceamento de defesa. Inépcia da inicial. Marcos prescritivos. Reexame de provas. Súmula 7/STJ. Majoração da verba honorária em favor da parte adversa. Critérios do Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Não provimento.

1. Não se admite o recurso especial quando a questão federal nele suscitada não foi enfrentada no acórdão recorrido. Incidem as Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

2. Ante a deficiência na motivação e a ausência de impugnação de fundamento autônomo do acórdão recorrido, aplica-se, por analogia, o óbice da Súmula n. 283, do STF.

3. Não cabe, em recurso especial, reexaminar matéria fático-probatória (Súmula n. 7/STJ).

4. “É devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente: a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil; b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso” (AglInt nos EREsp 1.539.725/DF, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, DJe 19/10/2017).

5. Agravo interno a que se nega provimento.

(AglInt no AREsp n. 2.201.642/DF, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 19/6/2023, DJe de 22/6/2023)

- *Fixação da tese jurídica:*

Ante tais fundamentos, propõe-se a seguinte tese jurídica de eficácia vinculante, sintetizadora da *ratio decidendi* deste julgado paradigmático:

A majoração dos honorários de sucumbência prevista no art. 85, § 11, do CPC pressupõe que o recurso tenha sido integralmente desprovido ou não conhecido pelo tribunal, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente. Não se aplica o art. 85, § 11, do CPC em caso de provimento total ou parcial do recurso, ainda que mínima a alteração do resultado do julgamento e limitada a consectários da condenação.

- *Solução do caso concreto:*

Passo à etapa derradeira do voto, de aplicação do entendimento repetitivo ora proposto ao caso concreto que representa amostra recursal adequada da controvérsia.

Afere-se que, no caso concreto, o acórdão recorrido conferiu interpretação ao art. 85, § 11, do CPC divergente daquela preconizada pelo STJ, promovendo a majoração dos honorários advocatícios em grau recursal e em desfavor do INSS mesmo tendo havido parcial provimento do recurso de apelação interposto pela autarquia, o que se fez de modo a alterar o percentual estabelecido na sentença a título de verba honorária (redução de 20% para 10% sobre o total de parcelas vencidas).

Impõe-se, assim, a reforma do julgamento.

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso especial.

É como voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto pelo INSS contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que negou provimento à apelação da parte autora e deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela autarquia federal.

Em 5/4/2022, a Corte Especial decidiu pela afetação do recurso especial ao regime dos recursos repetitivos, com a consequente suspensão de todos os recursos especiais e agravos em recurso especial cujos objetos coincidissem com a matéria afetada, conforme ementa do acórdão adiante transcrita:

Processual Civil. Proposta de afetação. Recurso especial. Rito dos recursos especiais repetitivos. Majoração de honorários de sucumbência em grau recursal. Recurso total ou parcialmente provido. Consectários da condenação. Observância do art. 1.036, § 5º, do CPC/2015 e dos arts. 256-E, II, e 256-I do RISTJ.

1. Delimitação da controvérsia: (im)possibilidade da majoração, em grau recursal, da verba honorária estabelecida na instância recorrida, quando o recurso for provido total ou parcialmente, ainda que em relação apenas aos consectários da condenação.

2. Recurso especial afetado ao rito do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (arts. 256-E, II, e 256-I do RISTJ).

3. Determinada a suspensão da tramitação apenas dos recursos especiais e agravos em recurso especial cujos objetos coincidam com a matéria afetada.

4. Acolhida a proposta de afetação do recurso especial como representativo da controvérsia para que seja julgado na Corte Especial.

Adoto o relatório elaborado pelo ministro relator, que assim se pronunciou sobre a presente controvérsia:

Recurso especial repetitivo. Direito Processual Civil. Honorários advocatícios sucumbenciais. Art. 85, § 11, do CPC. Majoração da verba honorária em grau recursal. Impossibilidade em caso de provimento parcial ou total do recurso, ainda que mínima a alteração do resultado do julgamento. Fixação de tese jurídica de eficácia vinculante. Solução do caso concreto: provimento do recurso especial.

1. É pressuposto da majoração da verba honorária sucumbencial em grau recursal, tal como estabelecida no art. 85, § 11, do CPC, a infrutuosidade do recurso interposto, assim considerado aquele que em nada altera o resultado do julgamento tal como provindo da instância de origem.

2. Fincada a premissa, não faz diferença alguma, para fins de aplicação da regra legal de majoração dos honorários em grau recursal, se o recurso foi declarado incognoscível ou integralmente desprovido: ambas as hipóteses equivalem-se juridicamente para efeito de majoração da verba honorária prefixada, já que nenhuma delas possui aptidão para alterar o resultado do julgamento, e o recurso interposto, ao fim e ao cabo, em nada beneficiou o recorrente.

3. Sob o mesmo raciocínio, não se aplica o art. 85, § 11, do CPC em situação concreta na qual o recurso tenha sido proveitoso à parte que dele se valeu. A alteração do resultado do julgamento, ainda que mínima, é decorrência direta da interposição do recurso, configurando evidente contrassenso punir o recorrente pelo êxito obtido com o recurso - ainda que mínimo ou limitado a capítulo secundário da decisão recorrida, a exemplo dos que estabelecem os consectários de uma condenação.

4. Jurisprudência da Corte Especial e das Turmas de Direito Público e de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça consolidada no sentido da incidência do art. 85, § 11, do CPC apenas nos casos de não conhecimento ou total desprovemento do recurso. Precedentes citados: AgInt nos EAREsp n. 762.075/MT, relator Ministro Felix Fischer, relator para acórdão Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, julgado em 19/12/2018, DJe de 7/3/2019; AgInt nos EDcl no AREsp n. 984.256/MG, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 30/11/2022; EDcl no REsp n. 1.919.706/CE, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 12/6/2023, DJe de 15/6/2023; AgInt no AREsp n. 2.095.028/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 26/9/2022, DJe de 28/9/2022; e AgInt no AREsp n. 2.201.642/DF, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 19/6/2023, DJe de 22/6/2023.

5. Tese jurídica de eficácia vinculante, sintetizadora da *ratio decidendi* do julgado paradigmático: *“A majoração dos honorários de sucumbência prevista no art. 85, § 11, do CPC pressupõe que o recurso tenha sido integralmente desprovido ou não conhecido pelo tribunal, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente. Não se aplica o art. 85, § 11, do CPC em caso de provimento total ou parcial do recurso, ainda que mínima a alteração do resultado do julgamento e limitada a consectários da condenação.”*

6. Solução do caso concreto: acórdão recorrido que nega provimento ao recurso de apelação do INSS, diferindo-se, de ofício, a forma de cálculo dos juros de mora e da correção monetária para a fase de execução do julgado, bem como majorando a verba honorária em desfavor da autarquia em grau recursal. Não tendo havido alteração do resultado do julgamento que tenha sido decorrência direta e exclusiva do recurso de apelação interposto, reconhece-se que o tribunal de origem conferiu interpretação ao art. 85, § 11, do CPC em conformidade com aquela preconizada pelo STJ, impondo-se a manutenção do julgamento.

7. Recurso especial a que se dá provimento.

O Conselho Federal da OAB, na condição de amigo da Corte, manifestou-se no sentido de que a majoração de honorários recursais não tem natureza jurídica de sanção, mas sim de retribuição de trabalho, isto é, de remuneração do trabalho adicional do advogado, o que significa dizer que não se pode tratar de forma não isonômica o advogado da parte recorrente e o advogado da parte recorrida, devendo assim ser majorados os honorários recursais a favor de quem venceu em segunda instância, independentemente do polo em que esteja. Transcrevo trechos do parecer apresentado que bem delineiam o raciocínio jurídico desenvolvido:

A nosso juízo, a definição da tese pressupõe decidir duas questões: primeira, se o arbitramento de honorários pela sucumbência recursal é cabível apenas no caso de acolhimento integral do recurso ou se também devem ser arbitrados no caso de acolhimento parcial do recurso; e a segunda sobre, sendo possível o arbitramento no caso de acolhimento parcial, como esse arbitramento deve ser realizado e qual a sua base de cálculo.

[...]

3.1.1. Do necessário resgate do histórico legislativo

[...]

Aquela proposta foi concebida fundamentalmente com o escopo de evitar a utilização indiscriminada do direito de recorrer, pois previa a adição (... nova verba honorária advocatícia) de uma condenação pecuniária que poderia chegar a 25% do valor da causa ou do proveito econômico desta a quem recorresse e não tivesse sucesso, quer por aspectos formais (... não admitir), quer em relação ao mérito (... negar...provimento), a ser revertida a favor do advogado do vencedor

[...]

O texto também exigia, para cabimento da condenação adicional da verba honorária, que o recurso não fosse conhecido ou não fosse provido, ou seja, que o pronunciamento da instância anterior fosse mantido, o que, também a contrario sensu, significa que a verba honorária adicional seria indevida, por falta de amparo legal, quando ocorresse reforma da sentença ou acórdão. Tratou-se, portanto, de mecanismo criado para desestimular – e, com isso, reduzir – a interposição de recursos infundados, para, juntamente com outras iniciativas, assegurar a celeridade processual, que era um dos escopos centrais do anteprojeto.

[...]

A supressão da primeira parte do texto do anteprojeto decorre da completa alteração da razão de criação da sucumbência recursal, resgatando a essência do padrão nacional em vigor no Código de Processo Civil de 1973 (art. 20, §§ 3º e 4º) combinado com a Lei Federal n. 8.906/94 (art. 23).

Naquela quadra da história, a verba honorária já existia para remunerar o advogado por seu trabalho e estava condicionada à fato objetivo: a derrota. Não era punição da parte vencida. A versão do anteprojeto tal qual apresentada em 09-06-2010, por sua vez, partia de outro pressuposto para a fixação da verba honorária recursal: seria cabível para apenar a parte que interpusesse recurso infundado, assim compreendido o não admitido ou não provido por unanimidade. Tratou-se de tentativa de reprodução da essência de regra que já existiu no sistema brasileiro entre 1939 e 1965, período em que a condenação ao pagamento de honorários advocatícios – não os honorários recursais (que não existiam), mas, sim, os honorários fixados em 1º grau – dependia da ocorrência de má-fé, dolo ou culpa do vencido.

Pois bem, ao eliminar a parte que dizia “Quando o acórdão proferido pelo tribunal não admitir ou negar, por unanimidade, provimento a recurso interposto contra sentença ou acórdão,” na versão aprovada em dezembro de 2010, sob a relatoria do então Senador Valter Pereira (PMDB-MS), o Senado Federal deixou claro, na esteira do sistema que vigora no Brasil desde 1965, que os honorários não devem ser fixados para punir a parte. Vale reafirmar por palavras outras: o Senado Federal transmudou a sucumbência recursal criada no anteprojeto, resgatando o cerne do padrão atual decorrente da alteração promovida pelo art. 23 da Lei 8.906/94, afastando a concepção de instrumento de sanção da parte que interpõe recurso infundado para deixar claro que será fonte para retribuição financeira pelo trabalho (adicional) do advogado da parte vencedora do recurso no tribunal de segundo grau ou no tribunal superior.

[...]

Essa alteração da essência dos honorários recursais também permitiu afastar a exigência de não reforma da sentença ou do acórdão. Tratou-se de alteração que buscou observar a necessidade de tratamento isonômico entre as partes adversas e seus advogados, pois, com isso, se possibilitou a fixação de honorários tanto no caso de não conhecimento ou não provimento, quanto no caso de provimento do recurso. Nessa linha, no caso de provimento do recurso, haveria não só a inversão da condenação dos honorários fixados em 1º grau pelo trabalho realizado até então, mas, também, a fixação de novos honorários para o trabalho adicional no tribunal, que seriam somados aos arbitrados na instância inferior.

Um exemplo pode auxiliar a demonstração de que a situação sob exame não era contemplada no anteprojeto, mas que, com a modificação do Senado Federal, passou a ser tratada no dispositivo que se dispôs a regular a sucumbência recursal. Imagine-se que a parte autora “A”, patrocinada pelo advogado “X”, não teve sucesso em 1º grau na ação de cobrança que promove contra a parte “B”, patrocinada pelo advogado “Y”, e é condenada ao pagamento de 10% de honorários sobre o valor da causa. Inconformada, a parte “A” ingressa com recurso de apelação que, por sua vez, é provido para acolher o pedido condenatório formulado pelo autor-apelante “A”. Nesse caso, o tribunal deve inverter os ônus de

sucumbência, condenando “B” a pagar ao advogado de “A” 10% sobre o valor da condenação e, também, fixar honorários recursais a favor do “X”, que é advogado de “A”, para remunerá-lo por seu trabalho adicional em 2º grau. Esses honorários recursais – que poderiam ser fixados, por exemplo, em mais 5%, pois o limite geral proposto é de 25% –, seriam somados aos fixados em 1º grau (cuja titularidade seria invertida com o provimento do recurso), totalizando, assim, a condenação em 15% (10% do 1º grau + 5% do 2º grau).

[...]

Embora com palavras diferentes, Senado Federal e Câmara dos Deputados foram uníssonos em relação ao critério para a fixação de honorários pela sucumbência recursal. As duas Casas elegeram tão somente o fato objetivo da derrota no recurso como motivo para gerar o direito de remunerar o advogado do vencedor por seu trabalho adicional.

[...]

Ao final desse longo debate democrático de formação do texto legislativo se alcançou a redação convertida no texto legal que está assim redigido “O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento”.

O texto legal elege o fato objetivo da derrota como fundamento para o surgimento do dever judicial de fixação da sucumbência recursal.

[...]

Acresça-se, em arremate, que para o arbitramento de honorários pela sucumbência recursal também é indiferente se o recurso é ou não protelatório, se é ou não interposto de boafé, se veicula ou não tese pacífica ou controvertida, tanto que o § 12 do art. 85 diz que “os honorários referidos no § 11 são cumuláveis com multas e outras sanções processuais, inclusive as previstas no art. 77”, o que significa dizer que eventual má-fé no ato de recorrer deverá receber a adequada punição, cujo valor será devido cumulativamente com os honorários recursais. O que é mesmo relevante é identificar o fato objetivo da derrota.

[...]

A previsão legal de fixação dessa verba tem dupla finalidade.

Ao dizer que a fixação deve levar “em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal”, o dispositivo enaltece a finalidade precípua dos honorários advocatícios pela sucumbência recursal, que é remunerar o advogado da parte vencedora. A perspectiva, então, é o caráter alimentar da verba como contraprestação financeira pelo labor do advogado para sustento de sua atividade profissional, de sua vida e de sua família. Essa é a função que está ostensivamente exposta no texto legal.

Há, ainda, outra finalidade que está subentendida no dispositivo. A regra do § 11 do art. 85 também tem o propósito de dissuadir o vencido de recorrer por recorrer, ou seja, de apresentar recurso que, de antemão, já tem consciência ser infundado e protelatório. Se isso ocorrer, como diz Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁰, o processo ficará “mais caro para a parte sucumbente”.

[...]

A propósito, depois de defenderem a natureza remuneratória dos honorários recursais, Dierle Nunes, Vitor Barbosa Dutra e Délio Mota de Oliveira Júnior¹³ explicam que “não se pode ignorar que uma das consequências da previsão de honorários recursais pode ser a diminuição de interposição de recursos. Entretanto, entendemos que essa consequência representa um mero efeito colateral (decorrente do custo de remunerar o trabalho do advogado em cada instância judiciária) e não em função de uma suposta alteração da natureza jurídica do instituto”.

[...]

Pelo que se vê até aqui, o que é determinante para a fixação de honorários advocatícios pela sucumbência recursal é o fato objetivo da derrota, o que significa que a parte vencida no recurso tem de suportar a verba honorária devida ao advogado do vencedor. Arcar com esse custo do processo é responsabilidade processual objetiva do perdedor.

E, como dito, existe vencedor e perdedor nos casos em que o recurso é inadmitido; admitido e improvido; admitido e totalmente provido; e, admitido e parcialmente provido, logo, é irrelevante a dimensão da derrota e da vitória em si para serem ou não devidos honorários de sucumbência recursal. Assegurar vigência e validade ao texto do § 11 do art. 85 do CPC-2015 exige o arbitramento de honorários pela sucumbência recursal nos quatro cenários acima – dentre eles o de provimento parcial. A dimensão da derrota e da vitória de cada parte é relevante para a definição da base de cálculo dos honorários pela sucumbência recursal. Apenas para isso.

Como diz Yussef Said Cahali²⁵, “quem litiga, o faz a seu risco, expondo-se, pelo só fato de sucumbir, ao pagamento de despesas”. É nesse contexto que a regra do § 11 do art. 85 materializa o princípio da sucumbência, que é, como regra, aplicável a quase universalidade dos casos, reservando-se residualmente o princípio da causalidade para cenários específicos (v.g. § 10 do art. 85 do CPC-2015) quando não for possível identificar as figuras do vencido e do vencedor a atrair a regra e o princípio da sucumbência.

A fixação pressupõe, então, como mencionado acima, ter presente o resultado do recurso e a posição das partes, já que o vencido, recorrente ou recorrido, deve pagar ao advogado do vencedor os honorários pela sucumbência recursal.

O § 1º do art. 85 diz que “são devidos honorários ... nos recursos interpostos”, o que significa que devem ser fixados em qualquer dos cenários de julgamento,

isto é, nos casos em que o recurso for (a) inadmitido; (b) admitido e improvido; (c) admitido e totalmente provido; e, (d) admitido e parcialmente provido.

O arbitramento somente depende de três fatores objetivos: a derrota; o trabalho adicional do advogado do vencedor²⁶ e o respeito ao teto global de 20% – ou menor na forma do § 3º do art. 85 do CPC-2015 quando a Fazenda Pública integrar um dos polos –, extraído do somatório de todas as rubricas fixadas até essa fase. Esses fatores podem se configurar tanto no juízo a quo quanto no juízo ad quem.

Esse arbitramento é útil como política judiciária de redução de recursos, afinal, diante da perspectiva de imposição dessa despesa adicional, certamente o vencido refletirá mais sobre a interposição ou não do recurso especial abdicando do exercício dessa faculdade quando não vislumbrar chances concretas de sucesso.

Assim, em suma, quando devidos honorários de sucumbência desde a origem e observado o teto de 20% – ou menor na forma do § 3º do art. 85 do CPC-2015 quando a Fazenda Pública integrar um dos polos –, deve haver a majoração de honorários pela sucumbência recursal nos casos em que o recurso for inadmitido; admitido e improvido; admitido e totalmente provido; e admitido e parcialmente provido.

[...]

Como se viu acima, não temos dúvida de que, em estrita observância ao texto do § 11º do art. 85 do CPC-2015, deve haver arbitramento de honorários pela sucumbência recursal no caso de acolhimento parcial de recurso de apelação.

Fixada essa premissa o passo seguinte é saber como esse arbitramento deve ser realizado.

Nos termos do art. 1.002, “a decisão pode ser impugnada no todo ou em parte”.

Havendo recurso total, que impugna todos os capítulos da sentença integralmente desfavorável ao recorrente, a base de cálculo dos honorários de sucumbência recursal será a expressão econômica do processo por inteiro.

Por outro lado, havendo recurso parcial, que impugna apenas capítulo da decisão desfavorável ao recorrente, a base de cálculo dos honorários de sucumbência recursal será, apenas, o valor da condenação, do proveito econômico ou, não sendo possível mensurá-lo, do valor da causa proporcional ao capítulo devolvido ao tribunal. Se o tribunal, nos termos do art. 1.013, ficará adstrito ao conhecimento da matéria impugnada, os honorários devem ser fixados nos limites do proveito econômico do pedido recursal. Esse o ponto central da questão.

[...]

Quer no caso de recurso total, quer no caso de recurso parcial, quando o recurso for parcialmente provido, dada a sucumbência recíproca, o arbitramento de

honorários deve adotar como base de cálculo o valor da condenação, do proveito econômico ou, não sendo possível mensurá-lo, do valor da causa proporcional ao êxito com o julgamento do recurso. Isso significa que na hipótese de sucumbência recursal recíproca, o julgador deverá fixar honorários de sucumbência levando em conta a proporção da vitória de cada um dos recorrentes no recurso, sem impor a compensação.

[...]

Assim, na hipótese de sucumbência recíproca, onde, no caso de pedidos cumulados, cada uma das partes é, ao mesmo tempo, vencida e vencedora, caberá ao tribunal, quando julgar recurso de qualquer das duas partes, dimensionar a vitória de cada uma delas no recurso e, nessa medida, fixar a remuneração pela parte ao advogado da parte adversa em grau recursal, quer quanto aos honorários de 1º grau, quer quanto aos honorários de sucumbência recursal, tudo sem compensar os honorários, posto que esta é vedada expressamente (§ 14 do art. 85).

[...]

Diante do que foi exposto, acreditamos que a questão restaria adequadamente equacionada com definição das seguintes teses para o Tema 1.059: 1) Quando devidos honorários de sucumbência desde a origem e observado o teto respectivo de no máximo 20%, deve haver a majoração de honorários pela sucumbência recursal nos casos em que o recurso for inadmitido; admitido e improvido; admitido e totalmente provido; ou, admitido e parcialmente provido; 2) Havendo recurso total, que impugna todos os capítulos da decisão integralmente desfavorável ao recorrente, a base de cálculo dos honorários de sucumbência recursal será a expressão econômica do processo por inteiro e, por outro lado, havendo recurso parcial, que impugna apenas capítulo da decisão desfavorável ao recorrente, a base de cálculo dos honorários de sucumbência recursal será, apenas, o valor da condenação, do proveito econômico ou, não sendo possível mensurá-lo, do valor da causa proporcional ao capítulo devolvido ao tribunal; 3) No caso de provimento parcial, caberá ao tribunal dimensionar a vitória de cada uma das partes no recurso e, nessa medida, fixar os honorários pela sucumbência recursal devidos por cada respectivo vencido ao advogado da parte vencedora em grau recursal.

É, no essencial, o relatório.

O ministro relator entendeu que o art. 85, § 11, do CPC tem como premissa de aplicabilidade o insucesso do recurso interposto, isto é, pelo raciocínio jurídico desenvolvido, tão somente o advogado da parte recorrida é que se beneficiará da majoração da verba sucumbencial recursal. Explica que não se aplica o art. 85, § 11, do CPC em hipótese na qual o recurso tenha sido proveitoso à parte que dele se valeu e colaciona precedentes jurisprudenciais de acordo com sua tese apresentada.

O ponto controvertido da presente demanda consiste em saber se é devida a majoração dos honorários recursais mesmo na hipótese em que o recorrente tenha tido sucesso recursal total ou parcialmente, ou se deve entender que são devidos tão somente quando o recorrente não obtém sucesso em sua empreitada recursal.

Isto é, a presente controvérsia circunda o debate da natureza jurídica da majoração dos honorários recursais, se seria uma punição pela derrota do recorrente ou se significa remuneração ao advogado pelo trabalho adicional realizado em grau recursal.

A esse respeito, de plano, faz-se necessária a transcrição do dispositivo legal processual que rege a matéria em comento:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

[...]

§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

Não obstante já ter julgado demanda judicial com fixação final de interpretação do art. 85, § 11, do CPC no sentido de necessidade de hipótese concreta de não conhecimento integral ou não provimento do recurso, como se vê por amostragem no caso do AgInt nos EAREsp n. 762.075/MT, da Corte Especial, melhor analisando o desenho legal imposto à majoração dos honorários advocatícios sucumbenciais, de plano, afirmo que atualizei meu entendimento, realizando novo raciocínio jurídico acerca do tema.

Vê-se, portanto, segundo a escolha legislativa realizada, que se entendeu que a majoração da verba honorária sucumbencial tem sim, pela própria literalidade da legislação de regência, natureza jurídica de remuneração pelo trabalho realizado pelo advogado em grau recursal, o que não exclui, portanto, nem o advogado da parte recorrente nem o advogado da parte recorrida.

Portanto, a lei processual não faz distinção entre os advogados das partes para se saber em que hipótese cabe a majoração da verba honorária sucumbencial. E se a legislação não traz tal exclusão, não fazendo tal distinção, não caberá ao Judiciário fazê-lo, sob pena de violação da legalidade e da isonomia.

Por conseguinte, não há razão legal para que o recorrente, que se sagrou vencedor em seu recurso, não tenha garantida a aplicabilidade do § 11 do art. 85 do CPC ao seu caso, porquanto tal preceito legal não traz nenhuma disposição que estabeleça que somente em caso de provimento ou improvimento do recurso é cabível a majoração. Ao contrário, a legislação em foco trata de forma isonômica o trabalho adicional desenvolvido em âmbito recursal por quaisquer dos advogados, independentemente, assim, do sucesso ou não do recurso interposto.

O princípio da sucumbência decorre da existência na hipótese de vencido e vencedor, ou seja, havendo vencido e vencedor numa demanda judicial, cabível, de consequência, a fixação da sucumbência recursal. O resultado do recurso e a posição das partes importam tão somente para definir qual lado será beneficiado pela majoração da fixação da sucumbência recursal, mas não para se saber se deve ser fixada ou não a dita majoração da verba em referência.

Portanto, filio-me ao raciocínio jurídico no sentido de que a majoração de honorários recursais não tem natureza jurídica de sanção, mas sim de retribuição de trabalho adicional dos advogados realizado em âmbito recursal, devendo, portanto, ser majorados os honorários recursais a favor de quem venceu, independentemente do polo em que esteja, porquanto a legislação processual não estabeleceu tratamento não isonômico com relação aos advogados das partes recorrente e recorrida.

Com relação ao tema repetitivo afetado, o Conselho Federal da OAB fez a seguinte sugestão à fixação da tese do Tema n. 1.059:

1) Quando devidos honorários de sucumbência desde a origem e observado o teto respectivo de no máximo 20%, deve haver a majoração de honorários pela sucumbência recursal nos casos em que o recurso for inadmitido; admitido e improvido; admitido e totalmente provido; ou, admitido e parcialmente provido; 2) Havendo recurso total, que impugna todos os capítulos da decisão integralmente desfavorável ao recorrente, a base de cálculo dos honorários de sucumbência recursal será a expressão econômica do processo por inteiro e, por outro lado, havendo recurso parcial, que impugna apenas capítulo da decisão desfavorável ao recorrente, a base de cálculo dos honorários de sucumbência recursal será, apenas, o valor da condenação, do proveito econômico ou, não sendo possível mensurá-lo, do valor da causa proporcional ao capítulo devolvido ao tribunal; 3) No caso de provimento parcial, caberá ao tribunal dimensionar a vitória de cada uma das partes no recurso e, nessa medida, fixar os honorários pela sucumbência recursal devidos por cada respectivo vencido ao advogado da parte vencedora em grau recursal.

Ante o exposto, pedindo vênia ao ministro relator com relação ao caso concreto, nego provimento ao recurso especial interposto.

No que diz respeito ao tema repetitivo afetado, sugiro a fixação da tese do Tema n. 1.059 com seguinte teor:

A majoração dos honorários de sucumbência prevista no art. 85, § 11, do CPC *pressupõe o trabalho adicional realizado em grau recursal*, observado o teto respectivo de no máximo 20%, e tem aplicabilidade nos casos em que o recurso for inadmitido, admitido e improvido, admitido e totalmente provido, ou, admitido e parcialmente provido.

É como penso. É como voto.

VOTO-VOGAL

Ementa Processual Civil. Recurso especial repetitivo. Honorários recursais. Art. 85, § 11, do CPC. Não incidência nas hipóteses de provimento, ainda que parcial, do recurso.

Questão repetitiva debatida

1. Discute-se nos autos, conforme decisão de afetação do presente Recurso ao rito dos Recursos Repetitivos, esta questão: “*(im)possibilidade da majoração, em grau recursal, da verba honorária estabelecida na instância recorrida, quando o recurso for provido total ou parcialmente, ainda que em relação apenas aos consectários da condenação*”.

Voto do eminente Relator

2. O Relator apresenta substancioso Voto com a seguinte tese jurídica: “A majoração dos honorários de sucumbência prevista no art. 85, § 11, do CPC pressupõe que o recurso tenha sido integralmente desprovido ou não conhecido pelo Tribunal, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente. Não se aplica o art. 85, § 11, do CPC em caso de provimento total ou parcial do recurso, ainda que mínima a alteração do resultado do julgamento e limitada a consectários da condenação”.

Natureza dos honorários recursais

3. O art. 85, § 11, do CPC – que trata dos honorários recursais – serve precipuamente como instrumento de desestímulo à interposição

de Recursos sem perspectiva de conhecimento ou provimento (total ou parcial), aumentando as desvantagens da derrota contra a parte vencida (devedora dos honorários sucumbenciais) que exerça a pretensão recursal mesmo se ausente chance de êxito (ainda que mínimo). Não se vê relação, ao menos direta, com o trabalho adicional realizado pelos advogados das partes, tanto que são devidos mesmo que, eventualmente, o advogado do recorrido não responda ao Recurso oposto pelo adverso (STF, AO 2.063 AgR/CE, Rel. Orig. Ministro Marco Aurélio, Rel. p/ o Ac. Ministro Luiz Fux, julgamento em 18.5.2017).

Não incidência nas casos de provimento do recurso, ainda que parcial

4. Dessa maneira, só faz sentido arbitrar honorários recursais quando não se conhece do Recurso ou, se dele se conhecer, seja desprovido em sua integralidade, sendo ilógico sua incidência quando o recorrente, ainda que em parte mínima da pretensão recursal, obtiver êxito. Enfim, *se o Recurso está sendo provido (ainda que em mínima parte), não há como agravar a situação daquele que exerceu, adequadamente, a pretensão recursal (que foi acolhida); ou mesmo daquele que, tendo se sagrado vencedor na fase anterior do processo, não deu causa alguma ao acréscimo de trabalho do advogado do recorrente, motivado que foi pela própria decisão judicial reformada (e não pelo comportamento do adverso).*

5. A própria redação do art. 85, § 11, do CPC induz à presente interpretação, pois a disposição estabelece que o “tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente”. Ora, se o Recurso foi provido ou parcialmente provido, não se têm mais, a rigor, os “honorários fixados anteriormente”, mas sim novos honorários advocatícios fixados a partir da redefinição da sucumbência, que pode considerar o acréscimo de trabalho do advogado na fase recursal com base nos parâmetros do art. 85, § 2º, do CPC.

6. Afinal, os honorários recursais carecem de autonomia e de existência independente da sucumbência fixada na origem e representam acréscimo (o CPC/2015 fala em “majoração”) à rubrica estabelecida previamente. Portanto, na hipótese de reforma da decisão anterior (ainda que em mínima parte), já não há os honorários de sucumbência dantes fixados, mas sim honorários redimensionados ante o novo quadro que se desenha com o provimento (total ou

parcial) do Recurso (ainda que, eventualmente, se mantenham os valores dantes fixados).

7. Doutrina sobre o tema caminha no mesmo sentido, isto é, de que só cabe estabelecer honorários recursais, nos termos do art. 85, § 11, do Código Processual Civil de 2015, nos casos de desprovemento integral do Recurso interposto.

8. Conclui-se, portanto, que o trabalho adicional realizado pelo advogado da parte recorrente, em caso de êxito de seu Recurso (ainda que parcial), deve ser tido como critério de eventual redimensionamento (inversão/fixação) dos honorários de sucumbência pelo Tribunal (art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC), e não como causa de incidência dos honorários recursais (art. 85, § 11, do CPC).

***Precedente da Corte Especial exatamente no sentido defendido
pelo em. Relator***

9. A presente percepção – que é a do em. Relator – encontra, ainda, guarida em precedente desta Corte Especial, do qual fui o Relator designado, em que se decidiu: “É devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente: a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil; b) *recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente*; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso” (AgInt nos EAREsp 762.075/MT, Rel. Ministro Felix Fischer, Relator para acórdão Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, DJe de 7.3.2019).

***Precedentes da Segunda Seção e das demais Turmas que
compõem o Tribunal***

10. Também há precedente da Segunda Seção no exato sentido do exposto (AgInt nos EREsp 1.539.725/DF, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, DJe de 19.10.2017), além de diversos outros de órgãos turmários do STJ (AgInt no AREsp 2.292.916/SC, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe de 17.8.2023; AgInt no AREsp 2.274.623/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 16.8.2023; AgInt no AREsp 2.192.266/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 23.5.2023;

AgInt no AREsp 2.268.446/BA, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 27.4.2023; AgInt no REsp 1.814.822/CE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 26.4.2023; AgInt nos EDcl no REsp 1.806.239/DF, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 17.4.2023; EDcl no AgInt no REsp 2.004.646/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 11/4/2023; EDcl no AgInt no AREsp 2.146.696/MS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, DJe de 24.3.2023; AgInt nos EDcl no REsp 2.004.107/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 19.12.2022; AgInt no AREsp 1.368.733/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe de 11.5.2021).

Conclusão

11. **Acompanho** o eminente Relator no tocante à tese proposta e também na solução do caso concreto, dando-se provimento ao Recurso Especial.

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Discute-se nos autos, conforme decisão de afetação do presente Recurso ao rito dos Recursos Repetitivos, a seguinte questão: “(im)possibilidade da majoração, em grau recursal, da verba honorária estabelecida na instância recorrida, quando o recurso for provido total ou parcialmente, ainda que em relação apenas aos consectários da condenação”.

O em. Relator apresenta substancioso Voto no sentido de fixar a seguinte tese jurídica: “A majoração dos honorários de sucumbência prevista no art. 85, § 11, do CPC pressupõe que o recurso tenha sido integralmente desprovido ou não conhecido pelo tribunal, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente. Não se aplica o art. 85, § 11, do CPC em caso de provimento total ou parcial do recurso, ainda que mínima a alteração do resultado do julgamento e limitada a consectários da condenação”.

Na percepção que tenho, o art. 85, § 11, do CPC – que trata dos honorários recursais – serve precipuamente como instrumento de desestímulo à interposição de Recursos sem perspectiva de conhecimento ou provimento (total ou parcial), aumentando as desvantagens da derrota contra a parte vencida (devedora dos honorários sucumbenciais) que exerça a pretensão recursal mesmo se ausente chance de êxito (ainda que mínimo). Não se vê relação com o trabalho adicional realizado pelos advogados das partes, tanto que são devidos mesmo que, eventualmente, o recorrido não responda ao Recurso oposto pelo adverso

(STF, AO 2.063 AgR/CE, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Luiz Fux, julgamento em 18.5.2017).

Desse modo, só faz sentido sua fixação quando não se conhece do Recurso ou, se dele se conhecer, seja desprovido em sua integralidade, sendo ilógico sua incidência quando o recorrente, ainda que em parte mínima da pretensão recursal, obtiver êxito. Enfim, se o Recurso está sendo provido (ainda que em mínima parte), não há como agravar a situação daquele que exerceu, adequadamente, a pretensão recursal (que foi acolhida); ou mesmo daquele que, tendo se sagrado vencedor na fase anterior do processo, não deu causa alguma ao acréscimo de trabalho do advogado do recorrente, motivado que foi pela própria decisão judicial reformada (e não pelo comportamento do adverso).

A própria redação do art. 85, § 11, do CPC induz à presente interpretação, pois a disposição estabelece que o “tribunal, ao julgar recurso, *majorará os honorários fixados anteriormente*” (...). Ora, se o Recurso foi provido ou parcialmente provido, não se têm mais, a rigor, os “honorários fixados anteriormente”, mas sim novos honorários advocatícios fixados a partir da redefinição da sucumbência, que pode considerar o acréscimo de trabalho do advogado na fase recursal com base nos parâmetros do art. 85, § 2º, do CPC.

Afinal, os honorários recursais carecem de autonomia e de existência independente da sucumbência fixada na origem e representam acréscimo (o CPC/2015 fala em “majoração”) ao ônus estabelecido previamente. Portanto, na hipótese de reforma da decisão anterior (ainda que em mínima parte), já não há os honorários de sucumbência dantes fixados, mas sim honorários redimensionados ante o novo quadro que se desenha com o provimento (total ou parcial) do Recurso (ainda que, eventualmente, se mantenham os valores dantes fixados).

Doutrina sobre o tema caminha exatamente no sentido do exposto, isto é, que só cabe arbitrar honorários recursais, nos termos do art. 85, § 11, do CPC, nos casos de desprovimento integral do Recurso interposto:

13. *Sucumbência recursal ou honorários recursais (...)* 13.8. Exatamente por essa lógica que o dispositivo não tem a finalidade de punir o litigante (...) que está debatendo uma tese não pacificada ou uma questão que suscita dúvidas no Judiciário, é que concluímos pela impossibilidade de aplicação de sucumbência recursal no caso de provimento do recurso. *Assim, se a sentença é de procedência e apelação do réu é provida, haverá inversão de sucumbência, mas não a fixação de honorários regulares mais honorários recursais.* Salvo, é claro, se posteriormente houver recurso especial não providos, hipótese em que cabível a condenação

em honorários recursais (**Luiz Dellore et al.** Comentários ao CPC. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 145)

211. *Honorários recursais e provimento do recurso.* A sucumbência recursal, com a majoração dos honorários já fixados, somente ocorre quando o recurso for inadmitido ou rejeitado, mantida a decisão recorrida. Se, porém, o recurso for conhecido e provido para reformar a decisão, o que há é a inversão da sucumbência: a condenação inverte-se, não havendo honorários recursais (Leonardo da Cunha. Código de Processo Civil comentado. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p.).

Conclui-se que o trabalho adicional realizado pelo advogado da parte recorrente, em caso de êxito de seu Recurso (ainda que parcial), deve ser considerado como critério de eventual redimensionamento (inversão/fixação) dos honorários de sucumbência pelo Tribunal (art. 85, §§ 2º e 3º do CPC), e não como causa de incidência dos honorários recursais (art. 85, § 11, do CPC).

A presente percepção – que também é compartilhada pelo em. Relator – encontra, ainda, guarida em precedente desta Corte Especial, do qual fui o Relator designado:

Processual Civil. Agravo interno nos embargos de divergência em agravo em recurso especial. Fundamentação monocrática não atacada. Inadmissibilidade. Regra técnica de conhecimento recursal. Incidência da Súmula 315/STJ. Majoração dos honorários advocatícios. Aplicação do § 11 do art. 85 do Código de Processo Civil. Viabilidade. Recurso não provido.

1. Não se admite a interposição de Embargos de Divergência na hipótese de não ter sido analisado o mérito do Recurso Especial, conforme a Súmula 315/STJ.

2. A questão que sobeja em divergência é quanto ao cabimento ou não de honorários de advogado nesta fase recursal, novidade instituída pelo Novo Código de Processo Civil.

3. Os critérios de cabimento dos honorários advocatícios recursais, previstos no § 11 do art. 85 do novo CPC, já foram tema de discussão na Terceira Turma, na sessão de 4 de abril de 2017, no julgamento dos EDcl no AgInt no REsp 1.573.573/RJ, o que levou à uniformização do tema no âmbito daquele órgão julgador.

4. Tais critérios foram reavaliados pela Segunda Seção, no julgamento do AgInt nos Embargos de Divergência em REsp 1.539.725-DF, os quais passam a ser adotados como entendimento desta egrégia Corte Especial.

5. É devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente: a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando

entrou em vigor o novo Código de Processo Civil; b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso.

6. Não haverá honorários recursais no julgamento de Agravo Interno e de Embargos de Declaração apresentados pela parte que, na decisão que não conheceu integralmente de seu recurso ou negou-lhe provimento, teve imposta contra si a majoração prevista no § 11 do art. 85 do CPC/2015.

7. Com a interposição de Embargos de Divergência em Recurso Especial tem início novo grau recursal, sujeitando-se o embargante, ao questionar decisão publicada na vigência do CPC/2015, à majoração dos honorários sucumbenciais, na forma do § 11 do art. 85, quando indeferidos liminarmente pelo relator ou se o colegiado deles não conhecer ou negar-lhes provimento.

8. Quando devida a verba honorária recursal, mas, por omissão, o Relator deixar de aplicá-la em decisão monocrática, poderá o colegiado, ao não conhecer do respectivo Agravo Interno ou negar-lhe provimento, arbitrará-la *ex officio*, por se tratar de matéria de ordem pública, que independe de provocação da parte, não se verificando *reformatio in pejus*.

9. Da majoração dos honorários sucumbenciais promovida com base no § 11 do art. 85 do CPC/2015 não poderá resultar extrapolação dos limites previstos nos §§ 2º e 3º do referido artigo.

10. É dispensada a configuração do trabalho adicional do advogado para a majoração dos honorários na instância recursal, que será considerado, no entanto, para quantificação de tal verba.

11. *In casu*, denota-se: a) a majoração da verba, no caso que ora se examina, decorre da inadmissão dos Embargos de Divergência - o que, como visto, trouxe novo grau recursal com sua interposição; b) a lei não exige comprovação do efetivo trabalho adicional realizado pelo advogado da parte recorrida para a majoração dos honorários. O trabalho adicional realizado pelo advogado da parte recorrida, em grau recursal, deve ser tido como critério de quantificação, e não como condição para majorar os honorários.

12. Quanto à matéria, precedentes do Pretório Excelso: ARE 898.896 AgR-EDv-AgR/RJ - Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 24/02/2017, Tribunal Pleno, DJe de 15/3/2017; ARE 859.077 AgR-ED-EDv-AgR/AC - Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 23/03/2017, Tribunal Pleno, DJe de 29/5/2017.

13. Cabível a majoração dos honorários recursais em desfavor da parte insurgente, nos termos da decisão agravada.

14. Agravo Interno não provido. (AgInt nos EAREsp n. 762.075/MT, relator Ministro Felix Fischer, relator para acórdão Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, DJe de 7/3/2019.)

E também em precedente da Segunda Seção e de diversos outros órgãos turmários do STJ:

Processual Civil. Agravo interno nos embargos de divergência em recurso especial. Acórdão embargado publicado na vigência do CPC/2015. Falta de similitude fática. Prescrição. Reparação. Direitos autorais. Ilícito extracontratual. Acórdão embargado conforme a jurisprudência do STJ. Não cabimento. Decisão mantida.

(...)

5. É devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente: a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil; **b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente;** e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso.

6. Não haverá honorários recursais no julgamento de agravo interno e de embargos de declaração apresentados pela parte que, na decisão que não conheceu integralmente de seu recurso ou negou-lhe provimento, teve imposta contra si a majoração prevista no § 11 do art. 85 do CPC/2015.

7. Com a interposição de embargos de divergência em recurso especial tem início novo grau recursal, sujeitando-se o embargante, ao questionar decisão publicada na vigência do CPC/2015, à majoração dos honorários sucumbenciais, na forma do § 11 do art. 85, quando indeferidos liminarmente pelo relator ou se o colegiado deles não conhecer ou negar-lhes provimento.

8. Quando devida a verba honorária recursal, mas, por omissão, o Relator deixar de aplicá-la em decisão monocrática, poderá o colegiado, ao não conhecer ou desprover o respectivo agravo interno, arbitrará-la *ex officio*, por se tratar de matéria de ordem pública, que independe de provocação da parte, não se verificando *reformatio in pejus*.

9. Da majoração dos honorários sucumbenciais promovida com base no § 11 do art. 85 do CPC/2015 não poderá resultar extrapolação dos limites previstos nos §§ 2º e 3º do referido artigo.

10. É dispensada a configuração do trabalho adicional do advogado para a majoração dos honorários na instância recursal, que será considerado, no entanto, para quantificação de tal verba.

11. Agravo interno a que se nega provimento. Honorários recursais arbitrados *ex officio*, sanada omissão na decisão ora agravada.

(AgInt nos EREsp n. 1.539.725/DF, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, DJe de 19/10/2017.)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação indenizatória. Decisão monocrática da Presidência do STJ que conheceu do reclamo para não conhecer do apelo nobre. Insurgência do demandado.

1. A revisão do aresto impugnado no sentido pretendido pela parte recorrente exigiria derruir a convicção formada nas instâncias ordinárias sobre demonstração da perda de uma chance. Incidência da Súmula 7/STJ.

2. A tese recursal de cabimento de honorários recursais pelo julgamento em segunda instância encontra-se devidamente prequestionada, devendo ser reconsiderada a decisão monocrática da Presidência do STJ no ponto.

2.1. A insurgência, todavia, não comporta acolhimento, pois a decisão proferida pela Corte local encontra-se em consonância com a jurisprudência deste STJ no sentido de que os honorários recursais são cabíveis apenas nas hipóteses de não conhecimento ou desprovimento do recurso. Precedentes.

2.2. Incabível, portanto, a majoração de honorários pelo julgamento em segunda instância, diante do acolhimento parcial da apelação.

3. Agravo interno provido em parte, a fim de conhecer do agravo (art. 1.042 do CPC/15) para conhecer em parte e, no ponto, desprover o recurso especial. (AglInt no AREsp n. 2.292.916/SC, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe de 17/8/2023.)

Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação de compensação por danos morais. Ausência de impugnação de capítulo autônomo em decisão monocrática do relator em agravo interno. Preclusão. Reexame de fatos e provas. Inadmissibilidade. Majoração de honorários. Art. 85, § 11, do CPC/15. Possibilidade.

1. Ação de compensação por danos morais.

2. A ausência de impugnação, no agravo interno, de capítulo autônomo e/ou independente da decisão monocrática do relator - proferida ao apreciar recurso especial ou agravo em recurso especial - apenas acarreta a preclusão da matéria não impugnada. Precedente da Corte Especial.

3. Alterar o decidido no acórdão impugnado, no que se refere à aplicação das regras de distribuição do ônus da prova, à não demonstração da ocorrência de acidente por culpa exclusiva da vítima agravada (a afastar a responsabilidade civil da agravante), bem como no que tange à adequação da compensação por danos morais fixada na situação dos autos, exige o reexame de fatos e provas, o que é vedado em recurso especial pela Súmula 7/STJ.

4. Segundo a jurisprudência do STJ, "é devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente: a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil; b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado

competente; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso” (AgInt nos EAREsp 762.075/MT, Corte Especial, DJe 07/03/2019).

5. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp n. 2.274.623/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 16/8/2023.)

Previdenciário e Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação ajuizada contra o Instituto Nacional do Seguro Social, objetivando a concessão de benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de contribuição. Apelação do INSS parcialmente provida. Juízo de retratação. Recurso em mesmo grau de jurisdição. Majoração de honorários advocatícios. Art. 85, § 11, do CPC/2015. Não cabimento. Agravo interno improvido.

I. Agravo interno ajuizado contra decisão que julgara Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, trata-se de ação ajuizada por Antenor Peluce, contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição. O Juízo de 1º Grau julgou procedente o pedido, para conceder à parte autora o benefício requerido. O Tribunal de origem, por seu turno, deu parcial provimento ao apelo da autora, ora agravante, para reconhecer o período de 01/01/77 a 08/10/80, como atividade rural, e parcial provimento ao apelo do INSS, ora agravado, para considerar o período de 01/03/93 a 24/01/95 como atividade comum, e para explicitar os critérios de aplicação de honorários advocatícios, correção monetária e juros de mora. Após a interposição de Recurso Especial pelo segurado, devolvidos os autos, a Corte *a quo* realizou o juízo de retratação em relação à matéria relativa ao Tema 810/STF.

III. Na forma da jurisprudência do STJ, “é devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente: a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil; b) *recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente*; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso”, sendo “dispensada a configuração do trabalho adicional do advogado para a majoração dos honorários na instância recursal, que será considerado, no entanto, para quantificação de tal verba”, ou seja, “a lei não exige comprovação do efetivo trabalho adicional realizado pelo advogado da parte recorrida para a majoração dos honorários. O trabalho adicional realizado pelo advogado da parte recorrida, em grau recursal, deve ser tido como critério de quantificação, e não como condição para majorar os honorários” (STJ, AgInt nos EAREsp 762.075/MT, Rel. Ministro *Felix Fischer*, Rel. p/ acórdão Ministro *Herman Benjamin*, Corte Especial, DJe de 07/03/2019).

IV. Descabe a fixação de honorários recursais, no juízo de retratação, porquanto, segundo o entendimento jurisprudencial do STJ, “a majoração pretendida,

prevista no artigo 85, § 11, do novo CPC, está adstrita à atividade desenvolvida pelo causídico na instância recursal, e não a cada recurso por ele interposto no mesmo grau (Enunciado n. 16 da *Enfam*)” (STJ, EDcl no AgInt nos EREsp 1.502.533/PE, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, DJe de 02/02/2017). Precedentes do STJ: AgInt no AREsp 1.268.492/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe de 29/06/2018; EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp 310.944/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe de 22/05/2017.

V. No caso, inexistente qualquer vício, na decisão agravada, porquanto era mesmo indevida a majoração dos honorários advocatícios, considerando que o recurso de Apelação, interposto pela parte ora agravada, fora parcialmente provido e que o juízo de retratação fora proferido no mesmo grau de jurisdição do acórdão recorrido.

VI. Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp n. 2.192.266/SP, rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23/5/2023.)

Administrativo. Agravo interno em agravo em recurso especial. Servidora pública. Súmula n. 284/STF. Ausência de impugnação do fundamento da decisão de admissibilidade do Tribunal de origem. Incidência da Súmula n. 182/STJ. Majoração dos honorários recursais. Requisitos. Incidência.

1. O recurso especial interposto foi inadmitido na origem com fundamento na Súmula n. 284/STF, tendo em vista a ausência de demonstração de afronta ao art. 11 do CPC.

2. É inviável o conhecimento do agravo em recurso especial que não tenha impugnado especificamente o fundamentos da decisão agravada. Incidência da Súmula n. 182 do STJ.

3. Esta Corte consignou, no julgamento do EAREsp n. 762.075/MT, os requisitos cumulativos para a fixação de honorários recursais, quais sejam: a) provimento jurisdicional recorrido publicado a partir de 18/3/2016 (data de vigência do CPC/2015); b) *recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente*; e c) anterior condenação em honorários advocatícios da parte recorrente. Preenchidos todos os requisitos, não há que se falar em majoração indevida.

Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp n. 2.268.446/BA, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 27/4/2023.)

Processual Civil. Administrativo. Ação ordinária. Complementação dos valores. Fundef. Desprovimento do agravo interno manutenção da decisão recorrida. Admissibilidade implícita. Ofensa ao artigo. 85 §§ 3º, 4º e 6º do CPC/2015. Tema 1.076. Arbitramento da verba honorária pelo critério equitativo. Violação do art. 85, §§ 1º, 11 e 14 do CPC/2015. Dissídio jurisprudencial acolhido.

I - Na origem, trata-se de ação ordinária objetivando tutela jurisdicional da pretensão de condenação do ente federado réu ao pagamento da complementação dos valores repassados pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - *Fundef*, nos anos de 2002 a 2007, em razão da fixação equivocada do valor mínimo anual por aluno - *VMAA*, em detrimento à aplicação da média nacional por aluno como critério de complementação. Na sentença ação foi extinta com a resolução do mérito. No Tribunal *a quo*, a sentença foi mantida.

II - A Corte Especial deste Tribunal já se manifestou no sentido de que o juízo de admissibilidade do especial pode ser realizado de forma implícita, sem necessidade de exposição de motivos. Assim, o exame de mérito recursal já traduz o entendimento de que foram atendidos os requisitos extrínsecos e intrínsecos de sua admissibilidade, inexistindo necessidade de pronunciamento explícito pelo julgador a esse respeito. (REsp 1.119.820/PI, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Corte Especial, DJe 19/12/2014). No mesmo sentido: AgInt no REsp 1.865.084/MG, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 10/8/2020, DJe 26/8/2020; AgRg no REsp 1.429.300/SC, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25/6/2015; AgRg no Ag 1.421.517/AL, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 3/4/2014.)

III - No que concerne à alegada ofensa ao art. 85, §§ 3º, 4º e 6º do CPC/2015, com razão a União quanto à tese de aplicação do CPC de 2015 para arbitramento da verba honorária, uma vez que, segundo entendimento da Corte Especial do STJ, “a sentença (ou o ato jurisdicional equivalente, na competência originária dos tribunais), como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015”.

IV - E continua o julgado: “assim, se o capítulo acessório da sentença, referente aos honorários sucumbenciais, foi prolatado em consonância com o CPC/1973, serão aplicadas essas regras até o trânsito em julgado. Por outro lado, nos casos de sentença proferida a partir de 18/03/2016, as normas do novel diploma processual relativas a honorários sucumbenciais é que serão utilizadas (EAREsp n. 1.255.986/PR, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 20/3/2019, DJe de 6/5/2019).

V - Na hipótese dos autos, a sentença de extinção do feito com resolução do mérito, decorrente da prescrição da pretensão de ressarcimento, foi proferida em 25/04/2018 - em data, portanto, posterior à vigência do CPC/2015 -, a ensejar a fixação dos honorários advocatícios segundo os critérios disciplinados nesse *códex* processual.

VI - Ademais, no julgamento dos recursos representativos do Tema 1.076 - REsp n. 1.850.512/SP, REsp n. 1.877.883/SP, REsp n. 1.906.623/SP e REsp n. 1.906.618/SP -, em março de 2022, a Corte Especial deste Superior Tribunal deliberou pela inviabilidade da fixação de honorários de sucumbência por apreciação equitativa

quando o valor da causa for elevado, sendo, nesse caso, obrigatória a observância dos percentuais previstos nos parágrafos 2º ou 3º do artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015 - a depender da presença da Fazenda Pública na lide -, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: i) da condenação; ou ii) o proveito econômico; ou iii) do valor atualizado da causa.

VII - No mesmo julgado, deliberou-se pela possibilidade de arbitramento da verba honorária pelo critério equitativo quando, havendo ou não condenação: i) proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório ou, ii) o valor da causa for muito baixo. Confira-se: (ProAfr no REsp n. 1.850.512/SP, relator Ministro Og Fernandes, Corte Especial, julgado em 24/11/2020, DJe de 4/12/2020.)

VIII - No que trata da apontada violação do art. 85, §§ 1º, 11 e 14 do CPC/2015, relativamente à necessidade de majoração da verba honorária recursal, também a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do AgInt nos EAREsp 762.075/MT, estabeleceu que: “é devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente: a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil; b) *recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente*; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso”. Confira-se: (AgInt nos EAREsp n. 762.075/MT, relator Ministro Felix Fischer, relator para acórdão Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, julgado em 19/12/2018, DJe de 7/3/2019).

IX - Nesse passo, o dissídio jurisprudencial suscitado também merece acolhida.

X - Correta a decisão que deu provimento ao recurso especial, determinando o retorno dos autos à origem para, adotando-se como parâmetro as faixas progressivas e escalonadas previstas no § 3º do art. 85 do CPC/2015, bem assim os critérios estabelecidos no § 11 do mesmo dispositivo legal, fixar os honorários advocatícios em favor da União.

XI - Agravo interno improvido. (AgInt no REsp n. 1.814.822/CE, rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 26/4/2023.)

Tributário. Processual Civil. Agravo interno. Alegações já veiculadas em recurso interno anterior. Preclusão. Decisão agravada que acolhe aclaratórios para sanear omissão acerca dos honorários recursais.

1. O agravo interno vertente desafia decisão que, acolhendo embargos de declaração da parte *ex adversa*, majorou os honorários nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

2. Inviabilidade de se considerarem argumentos já apresentados em agravo interno anterior, voltado contra a decisão que conheceu em parte e, nessa extensão, negou provimento ao apelo especial da agravante, em atenção aos Princípios da Preclusão, Singularidade e Complementaridade Recursais.

3. A respeito da aplicação do § 11 do art. 85 do CPC, a Corte Especial, quando do julgamento do AgInt nos EAREsp 762.075/MT, sedimentou que “É devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente: a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil; b) *recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente*; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso [...]” (AgInt nos EAREsp 762.075/MT, Rel. Ministro Felix Fischer, Rel. p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, julgado em 19/12/2018, DJe 7/3/2019).

4. Na espécie, encontram-se satisfeitos os aludidos critérios para a incidência do art. 85, § 11, do CPC.

5. Agravo interno (Petição 00166400/2022) conhecido em parte e, nessa extensão, não provido.

(AgInt nos EDcl no REsp n. 1.806.239/DF, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 17/4/2023.)

Processual Civil. Embargos de declaração no agravo interno no recurso especial. Art. 1.022 do CPC/2015. Omissão. Ocorrência.

1. Tendo o recurso sido interposto contra acórdão publicado 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 que dispõe o artigo 1.022 do CPC/2015, cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como para corrigir erro material.

3. *Estão presentes os requisitos para que sejam majorados os honorários advocatícios, na medida em que o acórdão foi proferido sob a égide do CPC/15, o recurso de apelação foi desprovido pelo órgão colegiado competente e se constata a condenação do embargante em honorários desde a origem do feito, não havendo se falar em ausência ou ilegalidade da majoração da rubrica em questão.*

4. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem efeitos modificativos. (EDcl no AgInt no REsp n. 2.004.646/DF, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 11/4/2023.)

Embargos de declaração no agravo interno no agravo em recurso especial. Omissão. Ocorrência. Honorários sucumbenciais. Art. 85, § 11, do CPC. Embargos acolhidos.

1. Os embargos de declaração destinam-se a esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão ou corrigir erro material existentes no julgado (art. 1.022 do CPC de 2015).

2. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “é devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente: a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil; b) *recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente*; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso” (AglInt nos EAREsp 762.075/MT, relator p/ acórdão Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, DJe de 7/3/2019).

3. Embargos de declaração acolhidos para sanar omissão, mantido o resultado do julgamento. (EDcl no AgInt no AREsp 2.146.696/MS, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, DJe de 24/3/2023.)

Administrativo. Processual Civil. Recurso especial. Honorários recursais. Hipótese de reconhecimento de *error in procedendo*. Anulação da sentença. Supressão de capítulo decisório de honorários sucumbenciais. Ausência de pressuposto para a majoração da verba sucumbencial em grau recursal.

1. Os honorários recursais não têm autonomia nem existência independente da sucumbência fixada na origem e representam um acréscimo ao ônus estabelecido previamente, motivo pelo qual, na hipótese de descabimento ou de ausência de fixação anterior, não há que se falar em honorários recursais.

2. *Assim, não são cabíveis honorários recursais na hipótese de recurso que mantém acórdão que reconheceu error in procedendo anulou a sentença, uma vez que essa providência torna sem efeito também o capítulo decisório referente aos honorários sucumbenciais e estes, por seu turno, constituem pressuposto para a fixação (“majoração”) dos honorários em grau recursal. Exegese do art. 85, § 11, do CPC/2015. Precedentes.*

3. Agravo interno desprovido (AglInt nos EDcl no REsp 2.004.107/PB, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 19/12/2022.)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Omissão. Não ocorrência. Assembleia de acionistas. Nulidade. Ausência de documentos indispensáveis. Documentos colocados à disposição da acionista. Reexame. Súmula n. 7/STJ. Honorários advocatícios. Majoração. Não provimento.

1. Se as questões trazidas à discussão foram dirimidas, pelo Tribunal de origem, de forma suficientemente ampla, fundamentada e sem omissões, obscuridades ou contradições, deve ser afastada a alegação de omissão (artigos 535 do CPC/73 e 1.022 do CPC/15).

2. Não cabe, em recurso especial, reexaminar matéria fático-probatória (Súmula n. 7/STJ).

3. “Não é cabível a majoração dos honorários recursais, por ocasião do julgamento do agravo interno, tendo em vista que a referida verba deve ser

aplicada, apenas uma vez, em cada grau de jurisdição, e não a cada recurso interposto na mesma instância” (AgInt no AREsp 1.374.512/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 29/4/2019, DJe 6/5/2019).

4. “É devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente: a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil; b) *recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente*; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso” (AgInt nos EAREsp 762.075/MT, Rel. Ministro Felix Fischer, Rel. p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, DJe 7/3/2019).

5. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 1.368.733/PR, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe de 11/5/2021.)

Com essas considerações, *acompanho o em. Relator tanto na fixação da tese quanto na solução do caso concreto, dando provimento ao Recurso Especial.*

É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: A proposta do Relator, o eminente Ministro Paulo Sérgio Domingues, é no sentido de que fixemos a seguinte tese, em sede de recurso especial repetitivo:

A majoração dos honorários de sucumbência prevista no art. 85, § 11, do CPC pressupõe que o recurso tenha sido integralmente desprovido ou não conhecido pelo tribunal, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente. Não se aplica o art. 85, § 11, do CPC em caso de provimento total ou parcial do recurso, ainda que mínima a alteração do resultado do julgamento e limitada a consectários da condenação.

Entendo que a regra do § 11 do art. 85 do novo Código de Processo Civil traz um desestímulo à recorribilidade protelatória. A lei fala que majorará honorários advocatícios fixados anteriormente, que são aqueles mesmos honorários que já estão atribuídos à parte que vem no recurso na qualidade de vencedora. Até então, ela vem vencendo a demanda.

Então, para evitar o recurso protelatório, estabeleceu-se essa inovação na legislação processual civil.

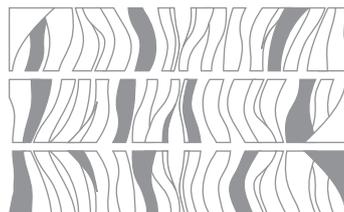
Assim, caso provido, no todo ou em parte, o recurso, não caberá a majoração por duas razões: primeiro, porque não é protelatório o recurso que colhe êxito, seja total ou parcial; segundo, porque não se pode majorar senão honorários fixados anteriormente. É impossível majorar aquilo que não existia antes. No caso de êxito do recorrente, não se poderá falar em verba honorária fixada anteriormente senão para a parte contrária, recorrida. Aí não teria sentido.

O que se dá, neste caso, *não é a majoração*, porque não existia, mas sim *a inversão da verba dos honorários* ou a sua reavaliação, como referiu há pouco também o eminente Ministro *Luis Felipe Salomão*.

Assim, cumprimento o eminente Relator, Ministro *Paulo Sérgio Domingues*, acompanhando-o integralmente, e também o eminente Ministro *Humberto Martins*, que traz voto-vogal divergente muito bem fundamentado, muito bem estruturado, mas que não me parece seja a melhor interpretação acerca do dispositivo legal.

Diante do exposto, com a devida vênia, acompanho integralmente o douto Relator, tanto na tese fixada no recurso repetitivo como no julgamento do caso concreto.

É como voto.



Primeira Seção

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 196.497-BA (2023/0125045-6)

Relator: Ministro Afrânio Vilela

Suscitante: Juízo de Direito da 8ª Vara da Fazenda Pública de Salvador - BA

Suscitado: Juízo Federal da 9ª Vara do Juizado Especial Cível de Salvador
- SJ/BA

Interes.: Nilza Tosta de Brito

Advogado: Danilo Souza Ribeiro - BA018370

Interes.: Estado da Bahia

Procurador: Almerinda Liz Campos Fernandes - BA009835

Interes.: Fazenda Nacional

EMENTA

Conflito negativo de competência. Ação declaratória ajuizada perante a Justiça Federal por servidora pública estadual aposentada contra a União e o Estado-Membro responsável pelo pagamento dos proventos de aposentadoria, visando o reconhecimento da não-incidência do imposto de renda sobre as diferenças remuneratórias a título de URV, bem como a desconstituição do procedimento de lançamento suplementar do imposto de renda. Inexistência de decisão do Juiz Federal excluindo expressamente a União da lide. Impossibilidade de se declinar da competência para a Justiça Comum Estadual. Competência do Juiz Federal suscitado.

1. É certo que o Plenário do STF, ao julgar, sob o regime da repercussão geral, o RE 684.169 RG/RS, fixou a tese de que “compete à Justiça comum estadual processar e julgar causas alusivas à parcela do imposto de renda retido na fonte pertencente ao Estado-membro, porque ausente o interesse da União” (STF, RE n. 684.169 RG/RS, relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 30/8/2012, DJe de 23/10/2012). Todavia, o supracitado precedente vinculante do STF, como se extrai do próprio enunciado da correspondente tese jurídica, aplica-se apenas quando a União, entidade autárquica ou empresa pública federal não forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes ou não mais figurarem nessa condição.

Nesse sentido: “Competência da Justiça Estadual para processar e julgar ação proposta por servidores estaduais ativos e inativos contra o Estado e o Instituto de Previdência do Estado de São Paulo - IPESP, com o objetivo de obter a restituição de quantias retidas a título de imposto de renda e contribuição previdenciária; sem que a União tenha assumido, por seus representantes, qualquer das posições processuais mencionadas no art. 109, I, da Constituição, não há cogitar do deslocamento da competência para a Justiça Federal” (STF, RE n. 172.714/SP, relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 6/11/2001, DJU de 14/12/2001).

2. Na forma da jurisprudência do STJ, “não cabe a esta Corte Superior se pronunciar, no âmbito de conflito de competência e sem o crivo das instâncias ordinárias, acerca da legitimidade da União para integrar a relação processual, pois, conforme jurisprudência consolidada no âmbito da Primeira Seção, a apreciação e julgamento do conflito de competência é realizado *secundum eventum litis*, ou seja, devem ser considerados os entes que, efetivamente, integram a relação, e não aqueles que deveriam integrar. Assim, qualquer discussão acerca da legitimidade ativa ou passiva *ad causam* deverá ser resolvida em fase posterior, após definida a competência, pelo juiz declarado competente por esta Corte para apreciar e julgar a causa, e não em sede de conflito de competência, pois extrapolaria os limites da cognição originária do STJ fixada pelo art. 105, I, ‘d’, da Constituição Federal” (AgRg no CC n. 98.471/RS, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 28/4/2010, DJe de 6/5/2010).

3. No caso em apreço, a União figura no polo passivo da demanda. A servidora pública estadual aposentada formulou pedido para desconstituir o lançamento suplementar do imposto de renda não retido na fonte. Houve manifestação de interesse processual da União na sua contestação e inexistiu decisão do Juiz Federal excluindo expressamente a União da lide, quando operaria o efeito de remessa contido no par. 3º do art. 45, do Código de Processo Civil. Nesse contexto, resta evidente a distinção entre o presente caso e aquele objeto do RE 684.169 RG/RS (Tema 572/STF - “Compete à Justiça comum estadual processar e julgar causas alusivas à parcela do imposto de renda retido na fonte pertencente ao Estado-membro, porque ausente o interesse da União”).

4. Conflito de Competência conhecido, para declarar a competência do Juiz Federal suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção, por unanimidade, conhecer do conflito para declarar a competência do Juiz Federal da 9ª Vara do Juizado Especial Cível de Salvador - SJ/BA, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Gurgel de Faria e Paulo Sérgio Domingues votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Regina Helena Costa.

Brasília (DF), 28 de fevereiro de 2024 (data do julgamento).

Ministro Afrânio Vilela, Relator

DJe 4.3.2024

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Afrânio Vilela: Em análise, conflito negativo de competência no qual se discute a competência para o processo e o julgamento de ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária ajuizada por *Nilza Tosta de Brito*, ora primeira interessada, servidora pública estadual aposentada, contra o *Estado da Bahia* e a *União*, os quais também figuram, na autuação deste conflito, como interessados.

Na petição inicial da ação declaratória, foram formulados os três seguintes pedidos: a) “declarar a ilegitimidade da União em proceder a cobrança de IRPF incidente sobre valores pagos pelo Estado da Bahia à autora a título de diferença de URV”; b) “declarar a não-incidência do imposto de renda sobre os valores pagos pelo Estado da Bahia à autora a título de diferença de URV” e; c) “que seja desconstituído o processo n. 10580.727008/2009-33 em trâmite perante a Receita Federal em desfavor da autora”.

O Juiz Federal da 9ª Vara do Juizado Especial Cível de Salvador - SJ/BA, ora suscitado, ao qual foi inicialmente distribuída a ação, declinou da

competência em favor da Justiça estadual, com base em julgado da Segunda Turma do STJ, no sentido de que “é pacífica a jurisprudência do STJ em reconhecer a legitimidade passiva do ente federativo em ação proposta por servidor público estadual, visando à restituição de imposto de renda retido na fonte, bem como à competência da Justiça Estadual em julgar a demanda” (e-STJ, fl. 89).

O Juiz de Direito da 8ª Vara da Fazenda Pública de Salvador - BA, por sua vez, suscitou o presente conflito, a fim de que seja reconhecida a competência do Juiz Federal da 9ª Vara do Juizado Especial Cível ou do Juiz de Direito da 9ª Vara da Fazenda Pública de Salvador para prosseguir com a instrução e julgamento da demanda, considerando que “o foro federal é inegavelmente competente para o julgamento da questão visto que, ainda que esteja ele certo na parte em que alega que questões relativas ao recolhimento do IRPF de servidor público diga respeito à Justiça Comum Estadual, equivoca-se ao inobservar que dentre os pedidos formulados pela autora está o de anular um procedimento administrativo fiscal a cargo da Receita Federal do Brasil, coisa que só é cabível por membro do Judiciário Federal. Ainda que não seja esse o caso, fato é que tratando-se de disputa que versa sobre relação jurídica de cunho tributário, é competente uma das Varas de Fazenda Pública desta Capital com tal competência, conforme o art. 70, I da LOJ, e não esta Vara de Fazenda Pública Administrativa” (e-STJ, fl. 125).

O Ministério Público Federal, em seu parecer, manifestou-se pelo conhecimento do conflito de competência, para declarar a competência do Juiz Federal da 9ª Vara do Juizado Especial Cível de Salvador - SJ/BA (e-STJ, fls. 143-147).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Afrânio Vilela (Relator): Cinge-se a controvérsia a conflito negativo de competência, instaurado entre o Juiz Federal da 9ª Vara do Juizado Especial Cível de Salvador - SJ/BA, ora suscitado, e o Juiz de Direito da 8ª Vara da Fazenda Pública de Salvador - BA, ora suscitante, em ação ajuizada por servidora pública estadual aposentada contra o *Estado da Bahia* e da *União*, visando o reconhecimento da não-incidência do imposto de renda sobre as diferenças remuneratórias a título de URV, bem como a desconstituição do procedimento de lançamento suplementar do imposto de renda.

De acordo com o art. 109, I, da Constituição Federal, “aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”.

É certo que o Plenário do STF, ao julgar, sob o regime da repercussão geral, o RE 684.169 RG/RS, fixou a tese de que “compete à Justiça comum estadual processar e julgar causas alusivas à parcela do imposto de renda retido na fonte pertencente ao Estado-membro, porque ausente o interesse da União” (STF, RE 684.169 RG/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 30/8/2012, DJe de 23/10/2012).

Todavia, o supracitado precedente vinculante do STF, como se extrai do próprio enunciado da correspondente tese jurídica, aplica-se apenas quando a União, entidade autárquica ou empresa pública federal não forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes ou não mais figurarem nessa condição, como evidencia o outro seguinte precedente do STF:

Competência da Justiça Estadual para processar e julgar ação proposta por servidores estaduais ativos e inativos contra o Estado e o Instituto de Previdência do Estado de São Paulo - IPESP, com o objetivo de obter a restituição de quantias retidas a título de imposto de renda e contribuição previdenciária; sem que a União tenha assumido, por seus representantes, qualquer das posições processuais mencionadas no art. 109, I, da Constituição, não há cogitar do deslocamento da competência para a Justiça Federal (STF, RE 172.714/SP, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 06/11/2001, DJU de 14/12/2001).

Vale ressaltar que, na forma da jurisprudência do STJ, “não cabe a esta Corte Superior se pronunciar, no âmbito de conflito de competência e sem o crivo das instâncias ordinárias, acerca da legitimidade da União para integrar a relação processual, pois, conforme jurisprudência consolidada no âmbito da Primeira Seção, a apreciação e julgamento do conflito de competência é realizado *secundum eventum litis*, ou seja, devem ser considerados os entes que, efetivamente, integram a relação, e não aqueles que deveriam integrar. Assim, qualquer discussão acerca da legitimidade ativa ou passiva *ad causam* deverá ser resolvida em fase posterior, após definida a competência, pelo juiz declarado competente por esta Corte para apreciar e julgar a causa, e não em sede de conflito de competência, pois extrapolaria os limites da cognição originária do STJ fixada pelo art. 105, I, ‘d’, da Constituição Federal” (STJ, AgRg no CC

n. 98.471/RS, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 28/4/2010, DJe de 6/5/2010).

No presente caso - após registrar que “o STF (RE 684.169/RS) e o STJ (REsp 989.419/RS) firmaram a compreensão de que ‘compete à Justiça comum estadual processar e julgar causas alusivas à parcela do imposto de renda retido na fonte pertencente ao Estado-membro, porque ausente o interesse da União” -, a ilustre Subprocuradora-Geral da República, em conformidade com o art. 109, I, da Constituição Federal, manifestou-se no sentido de que, “*entretanto, no caso destes autos, a demanda foi ajuizada contra a União pleiteando a declaração de não incidência tributária para que a União se abstenha de exigir o recolhimento do IR, restando demonstrado o interesse jurídico que justifica a presença, no processo, da União. Assim, em se tratando de ação ajuizada contra a União, na qual se requer a declaração de não incidência de IRPF e por constar da relação processual a União como ré, a competência para o processo e o julgamento da causa é da Justiça Comum Federal, sendo aplicável, no caso, o disposto no art. 109, I, da Constituição Federal*” (e-STJ, fls. 146-147).

No mesmo sentido do parecer ministerial, confira-se a decisão monocrática proferida pelo Ministro Og Fernandes, no CC 184.968/PR:

Trata-se de conflito de competência envolvendo o Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba-PR, suscitante, e a Primeira Turma Recursal do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Estado do Paraná, suscitado.

A pessoa física ajuizou, na Justiça Federal (Juizado Especial Cível), ação declaratória contra a União para questionar a incidência do Imposto de Renda - IR sobre verbas de natureza trabalhista devidas por autarquia estadual. Julgado procedente o pedido, a Fazenda federal recorreu. A Primeira Turma Recursal do Paraná (JF) anulou a sentença e declinou da competência. Na Justiça estadual, após novo processamento, o Juízo entendeu por suscitar o presente conflito ao entendimento de que não houve retenção na fonte pagadora.

Parecer do Ministério Público Federal pela competência do Juízo suscitado.

É o relatório.

O STF (RE 684.169/RS) e o STJ (REsp 989.419/RS) firmaram a compreensão de que ‘compete à Justiça comum estadual processar e julgar causas alusivas à parcela do imposto de renda retido na fonte pertencente ao Estado-membro, porque ausente o interesse da União’.

No caso, entretanto, a demanda foi ajuizada contra a União, que afirmou interesse, e os pedidos apresentados limitam-se à declaração de não incidência tributária para que a União se abstenha de exigir o recolhimento do IR.

Desse modo, a fundamentação exarada pela Justiça Federal encontra-se em descompasso com a situação fática descrita na lide. Em espécie análoga, proferi decisão nesse mesmo sentido (cfr. Conflito de Competência 173.820/PR).

Ante o exposto, conheço do conflito para declarar a competência da Primeira Turma Recursal do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Estado do Paraná, o suscitado.

No caso em apreço, a União figura no polo passivo da demanda. A servidora pública estadual aposentada formulou pedido para desconstituir o lançamento suplementar do imposto de renda *não retido na fonte*. Houve manifestação de interesse processual da União na sua contestação e inexistiu decisão do Juiz Federal excluindo expressamente a União da lide, quando operaria o efeito de remessa contido no art. 45, § 3º, do Código de Processo Civil. Nesse contexto, resta evidente a distinção entre o presente caso e aquele objeto do RE 684.169 RG/RS (Tema 572/STF - “Compete à Justiça comum estadual processar e julgar causas alusivas à parcela do imposto de renda retido na fonte pertencente ao Estado-membro, porque ausente o interesse da União”).

Portanto, considerando a firme orientação da Primeira Seção e o parecer do Ministério Público pela aplicação do art. 109, I, da Constituição Federal, impõe-se reconhecer a competência do Juiz Federal da 9ª Vara do Juizado Especial Cível de Salvador - SJ/BA, ora suscitado, para o processamento e julgamento da ação ajuizada por servidora pública estadual aposentada contra o *Estado da Bahia* e a *União*, visando o reconhecimento da não-incidência do imposto de renda sobre as diferenças remuneratórias a título de URV, bem como a desconstituição do procedimento de lançamento suplementar do imposto de renda.

Isso posto, conheço do conflito de competência, para declarar a competência do Juiz Federal da 9ª Vara do Juizado Especial Cível de Salvador - SJ/BA, ora suscitado.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 199.938-SP (2023/0335426-6)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Suscitante: Juízo Federal da 19ª Vara Cível de São Paulo - SJ/SP

Suscitado: Juízo Federal da 17ª Vara Cível de Brasília - SJ/DF

Interes.: Município de Anápolis

Procurador: Bruno Romero Pedrosa Monteiro - DF020013

Interes.: União

EMENTA

Conflito negativo de competência. Juizes vinculados a Tribunais diversos. Cumprimento de sentença coletiva contra a União (diferenças relativas ao *Fundef*). Ajuizamento no Distrito Federal. Possibilidade. § 2º do art. 109 da Constituição Federal. Máxima efetividade do dispositivo constitucional. *Distinguishing* em relação ao REsp n. 1.243.887/PR, Corte Especial, DJe 12/12/2011, processado sob o regime do art. 543-C do CPC/1973. Superação do entendimento firmado no REsp n. 1.991.739/GO, Segunda Turma desta Corte, DJe 19/12/2022. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo suscitado.

1. Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal da 19ª Vara Cível de São Paulo da SJ/SP após declínio da competência pelo Juízo Federal da 17ª Vara Cível de Brasília SJ/DF que entendeu que a competência para a execução individual de sentença coletiva é do juízo da ação de conhecimento ou do foro do domicílio do exequente. O Juízo suscitante, por sua vez, declinou da competência por entender que as causas intentadas contra a União podem ser aforadas na Seção Judiciária em que for domiciliado do autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

2. Em se tratando de conflito de competência entre juizes vinculados a tribunais diversos, cabe ao Superior Tribunal de Justiça dirimir a controvérsia, nos termos da alínea “d” do inciso I do art. 105 da Constituição Federal.

3. A Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp n. 1.243.887/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 12/12/2011, processado sob o regime do art. 543-C do CPC/1973, adotou entendimento sobre a competência para julgar a execução individual do título judicial em Ação Civil Pública, cabendo

ao exequente escolher entre (i) o foro em que a Ação Coletiva foi processada e julgada e (ii) o foro do seu domicílio, nos termos dos arts. 98, § 2º, I, e 101, I, do CDC.

4. O caso dos autos, contudo, possui peculiaridade que o distingue do precedente obrigatório da Corte Especial no recurso repetitivo REsp 1.243.887/PR, visto que o cumprimento de sentença aqui tratado foi manejado contra a União, havendo autorizativo no § 2º do art. 109 da Constituição Federal no sentido de que as causas intentadas contra a União poderão ser aforadas no Distrito Federal, além das hipóteses de aforamento no domicílio do autor, onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa.

5. Dessa forma, pode o exequente optar por ajuizar no Distrito Federal o cumprimento de sentença coletiva contra a União, nos termos do § 2º do art. 109 da Constituição Federal, entendimento que milita a favor da máxima efetividade do dispositivo constitucional, além de ampliar/facilitar o acesso à justiça pelo credor da União.

6. Superado o entendimento firmado no REsp n. 1.991.739/GO, Segunda Turma desta Corte, de minha relatoria, DJe 19/12/2022, ocasião em que, em caso similar, aferiu-se a competência para o processamento da execução individual de sentença coletiva contra a União apenas sob a perspectiva do REsp repetitivo 1.243.887/PR e dos dispositivos legais alegados pelo recorrente, além da limitação própria do recurso especial que não realizou, como se está a fazer no presente feito, o *distinguishing* entre o referido precedente obrigatório e o autorizativo do § 2º do art. 109 da Constituição Federal que elenca o Distrito Federal como opção conferida a quem litiga contra a União.

7. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 17ª Vara Cível de Brasília SJ/DF (suscitado).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção, por unanimidade, conhecer do conflito para declarar competente o Juízo Federal da 17ª Vara Cível de Brasília SJ/DF (suscitado), nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Paulo Sérgio Domingues, Francisco Falcão e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de outubro de 2023 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 17.10.2023

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal da 19ª Vara Cível de São Paulo da SJ/SP após declínio da competência pelo Juízo Federal da 17ª Vara Cível de Brasília SJ/DF que entendeu que a competência para a execução individual de sentença coletiva é do juízo da ação de conhecimento ou do foro do domicílio do exequente.

O Juízo suscitante, por sua vez, declinou da competência por entender que as causas intentadas contra a União podem ser aforadas na Seção Judiciária em que for domiciliado do autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

O Ministério Público Federal exarou parecer no sentido de que a opção originária do Município, pelo cumprimento da sentença coletiva genérica, na Seção Judiciária do Distrito Federal, tem respaldo do art. 109, § 2º, da Constituição Federal. Confira-se a ementa do parecer ministerial (fls. 36 e-STJ):

Conflito negativo de competência. Sentença coletiva proferida pela Justiça Federal paulistana. Cumprimento individual exigido por município goiano, na Justiça Federal de Brasília. Validade da opção, em decorrência do entendimento firmado pelo STJ sobre não haver prevenção do juízo federal prolator da sentença coletiva, em razão do art. 109, § 2º, da CR. Parecer pela competência do Juízo Federal de Brasília, suscitado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Cuida-se, na origem, de cumprimento individual de sentença coletiva manejado pelo Município de

Anápolis-GO para execução de sentença proferida na Ação Civil Pública n. 1999.61.00.050616-0 ajuizada Ministério Público Federal, trâmite ocorrido em São Paulo, ocasião em que a União foi condenada a ressarcir diferenças relativas ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (*Fundef*).

Ajuizado o cumprimento de sentença no Juízo Federal da 17ª Vara Cível de Brasília SJ/DF, houve a declinação da competência sob o fundamento de que a competência para a execução individual de sentença coletiva é do juízo da ação de conhecimento ou do foro do domicílio do exequente (fls. 26-28 e-STJ), razão pela qual os autos foram remetidos ao Juízo Federal da 19ª Vara Cível Federal da Subseção Judiciária de São Paulo.

O Juízo suscitante da 19ª Vara Cível Federal da Subseção Judiciária de São Paulo, por sua vez, declinou da competência por entender que as causas intentadas contra a União podem ser aforadas na Seção Judiciária em que for domiciliado do autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

Em se tratando de conflito de competência entre juízes vinculados a tribunais diversos, cabe ao Superior Tribunal de Justiça dirimir a controvérsia, nos termos da alínea “d” do inciso I do art. 105 da Constituição Federal.

Quanto ao mérito, a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp n. 1.243.887/PR, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, DJe 12/12/2011, processado sob o regime do art. 543-C do CPC/1973, adotou entendimento sobre a competência para julgar a execução individual do título judicial em Ação Civil Pública, cabendo ao exequente escolher entre (i) o foro em que a Ação Coletiva foi processada e julgada e (ii) o foro do seu domicílio, nos termos dos arts. 98, § 2º, I, e 101, I, do CDC.

A propósito:

Processual Civil. Recurso especial. Conflito de competência. Execução individual de sentença proferida no julgamento de ação coletiva. Faculdade do consumidor de propor o cumprimento da sentença no Juízo sentenciante ou no próprio domicílio. Objeto dos arts. 98, § 2º, II, e 101, I, do CDC. Precedentes. Sumula 83/STJ.

1. Trata-se de ação em que busca o recorrente desconstituir acórdão que reconheceu ao beneficiário a faculdade de ingressar com cumprimento individual da sentença coletiva no próprio foro ou no sentenciante.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a execução individual de sentença condenatória proferida no julgamento

de ação coletiva não segue a regra geral dos arts. 475-A e 575, II, do Código de Processo Civil, pois inexistente interesse apto a justificar a prevenção do Juízo que examinou o mérito da ação coletiva para o processamento e julgamento das execuções individuais desse título judicial. Desse modo, o ajuizamento da execução individual derivada de decisão proferida no julgamento de ação coletiva tem como foro o domicílio do exequente, em conformidade com os artigos 98, § 2º, I, 101, I, do Código de Defesa do Consumidor.

3. Forçoso reconhecer aos beneficiários a faculdade de ingressar com o cumprimento individual da sentença coletiva no foro do próprio domicílio ou no território do juízo sentenciante.

4. Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento deste Tribunal Superior, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. 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.

5. Recurso Especial não provido. (REsp n. 1.663.926/RJ, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/5/2017, DJe de 16/6/2017) (Grifei)

Processual Civil. Administrativo. Agravo interno no agravo interno no recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Competência para a execução individual de sentença coletiva. Prevenção do Juízo da ação coletiva. Inexistência. 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 Primeira Seção desta Corte, no Conflito de Competência 131.123/DF, decidiu que o ajuizamento de execução individual derivada de decisão proferida no julgamento de ação coletiva não segue a regra dos arts. 475-A e 575, II, do CPC, tendo como foro de competência o domicílio do exequente, nos moldes dos arts. 98, § 2º, I, e 101, I, do Código de Defesa do Consumidor, inexistindo a prevenção identificada na instância originária (REsp 1.501.670/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 30.06.2015).

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 AgInt no REsp n. 1.433.762/SC, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 15/3/2021, DJe de 17/3/2021)

O caso dos autos, contudo, possui peculiaridade que o distingue do precedente obrigatório da Corte Especial no recurso repetitivo REsp 1.243.887/PR, visto que o cumprimento de sentença aqui tratado foi manejado contra a União, havendo autorizativo no § 2º do art. 109 da Constituição Federal no sentido de que as causas intentadas contra a União poderão ser aforadas no Distrito Federal, além das hipóteses de aforamento no domicílio do autor, onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa.

Confira-se a redação do sobredito dispositivo constitucional:

[...]

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

[...]

§ 2º As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

Dessa forma, pode o exequente optar por ajuizar no Distrito Federal o cumprimento de sentença coletiva contra a União, nos termos do § 2º do art. 109 da Constituição Federal, entendimento que milita a favor da máxima efetividade do dispositivo constitucional, além de ampliar/facilitar o acesso à justiça pelo credor da União.

Fica superado o entendimento firmado no REsp n. 1.991.739/GO, Segunda Turma desta Corte, de minha relatoria, DJe 19/12/2022, ocasião em que, em caso similar, aferiu-se a competência para o processamento da execução individual de sentença coletiva contra a União apenas sob a perspectiva do REsp repetitivo 1.243.887/PR e dos dispositivos legais alegados pelo recorrente, além da limitação própria do recurso especial que não realizou, como se está a fazer no presente feito, o *distinguishing* entre o referido precedente obrigatório e o autorizativo do § 2º do art. 109 da Constituição Federal que elenca o Distrito Federal como opção conferida a quem litiga contra a União.

Ante o exposto, conheço do Conflito de Competência para declarar competente o Juízo Federal da 17ª Vara Cível de Brasília SJ/DF (suscitado), para o processamento e o julgamento do cumprimento de sentença.

É o voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 1.691.475-RJ
(2017/0200206-9)**

Relator: Ministro Francisco Falcão

Embargante: Fazenda Nacional

Embargado: BRG Distribuidora de Veiculos Ltda

Embargado: BRN Distribuidora de Veiculos Ltda

Embargado: RNG Distribuidora de Veiculos Ltda

Embargado: SPG Distribuidora de Veiculos Ltda

Embargado: SPN Distribuidora de Veiculos Ltda

Advogados: Wagner Bragança - RJ109734

Fábio Nogueira Fernandes e outro(s) - RJ109339

Priscilla Maria Silveira da Fonseca - RJ159389

Igor Ribeiro de Matos e outro(s) - RJ236935

EMENTA

Tributário. PIS e Cofins. Frete. Veículos para concessionária. Revenda. Creditamento. Regime de tributação monofásica. Impossibilidade. Inaplicável o entendimento firmado no REsp n. 1.215.773/RS. Aplicação do Tema Repetitivo n. 1.093.

I. A incidência monofásica das contribuições ao PIS/*Pasep* e da *Cofins* não é incompatível com a técnica do creditamento, visto que se prende aos bens e não à pessoa jurídica que os comercializa que pode adquirir e revender conjuntamente bens sujeitos à não cumulatividade em incidência plurifásica, os quais podem lhe gerar créditos.

II. Contudo, tendo em vista a intrínseca relação com a técnica de tributação plurifásica, o exame do creditamento no regime não cumulativo demanda cautela quando se estiver diante da utilização de técnicas de tributação monofásica, como o caso em análise, sob pena de criação de benefício fiscal sem a devida previsão legal e, por conseguinte, criação de redução discriminada de tributos sem a observância das normas orçamentárias e financeiras pertinentes, repercutindo negativamente na fruição de outros direitos.

III. Os fabricantes estão obrigados ao pagamento da contribuição para PIS/*Pasep* e da *Cofins*, às alíquotas de 2% (dois por cento) e

de 9,6% (nove inteiros e seis décimos por cento), respectivamente, incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda dos veículos automóveis classificados nos códigos NCM 87.03 e 87.04, conforme determina o art. 1º da Lei n. 10.485/2002.

IV. O art. 2º da Lei n. 10.485/2002, por sua vez, permitiu a exclusão dos valores recebidos pelo fabricante ou importador nas vendas diretas ao consumidor final dos veículos, decorrentes da intermediação ou entrega dos veículos por conta e ordem das concessionárias.

V. O art. 13 da Lei n. 6.729/1979 destacou ser livre o preço de revenda do concessionário ao consumidor. Porém, o inciso II do § 2º do art. 2º da Lei n. 10.485/2002 estipulou a alíquota zero às concessionárias, tendo em vista a adoção da técnica de tributação monofásica no primeiro momento da cadeia produtiva (no caso, na saída dos fabricantes ou dos importadores) e com vistas à concessão de incentivo ao setor automobilístico.

VI. A exceção prevista na parte final do inciso II do art. 3º da Lei n. 10.833/2003 impediu o desconto dos pagamentos ao concessionário pela intermediação ou entrega de veículos automóveis na base de cálculo do PIS/*Cofins* incidente sobre a receita bruta, em virtude da sistemática da técnica de tributação monofásica.

VII. Inadmissível ampliar o texto do inciso IX do art. 3º da Lei n. 10.833/2003, o qual se restringe às hipóteses de desconto autorizadas pelo inciso II do mesmo artigo, sob pena de criar hipótese de concessão de crédito sem a devida previsão legal, em afronta ao disposto no inciso II do art. 111 do CTN.

VIII. Dessa forma, considerando a interpretação dos incisos II e IX do art. 3º da Lei n. 10.833/2003, incabível o reconhecimento do direito à exclusão dos custos de frete nas operações de revenda de veículos automóveis (NCM 87.03 e 87.04) na base de cálculo da contribuição para o PIS/*Pasep* e da *Cofins*, sob pena de criação de benefício tributário sem a devida previsão legal específica.

IX. Inaplicável o entendimento firmado no REsp n. 1.215.773/RS, relator Ministro Benedito Gonçalves, relator para acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Primeira Seção, julgado em 22/8/2012, DJe de 18/9/2012, em virtude das teses firmadas no Tema Repetitivo n. 1.093.

X. Embargos de divergência providos. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção, por unanimidade, dar provimento aos embargos de divergência e ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Gurgel de Faria, Paulo Sérgio Domingues e Afrânio Vilela votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de fevereiro de 2024 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe 4.3.2024

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se, na origem, de mandado de segurança impetrado por *BRG Distribuidora de Veículos Ltda* e outros, com vistas a declarar o direito líquido e certo ao crédito do PIS/Cofins em relação às despesas com frete na aquisição de veículos novos para revenda ou entrega ao consumidor final e à compensação dos valores indevidamente recolhidos nos últimos 10 anos.

O magistrado de 1ª instância, na sentença de fls. 157-164, concedeu parcialmente a segurança para reconhecer o direito ao creditamento das despesas com frete e à compensação dos valores indevidamente recolhidos nos últimos 5 anos.

A Fazenda Nacional interpôs, às fls. 168-182, o recurso de apelação.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso de apelação, conforme acórdão assim ementado:

Tributário. PIS e Cofins. Reconhecimento ao direito de creditamento. Artigo 3º, inciso, IX, da Lei n. 10.833/03. Interpretação restritiva. Compensação.

1- O que se discute nos autos é a possibilidade de desconto do frete quando o veículo é transportado da fábrica para a concessionária com o propósito de posterior alienação ao consumidor.

2- Quanto à prescrição, a decisão proferida pelo STF (RE 566.621/RS, DJ, 11/10/11), cuja relatoria coube à Ministra Ellen Gracie, no âmbito de recursos

sujeitos à repercussão geral, entendeu que é válida a aplicação do prazo prescricional quinquenal previsto na LC 118/05 às demandas interpostas a partir da sua entrada em vigor, ou seja, na data de 09 de junho de 2005. No caso, portanto, o prazo prescricional é o quinquenal, de modo que estão prescritas todas as parcelas recolhidas anteriormente a 28/05/2008, eis que a presente ação foi ajuizada 28/05/2013.

3- Seguindo a literalidade especificamente do art. 3º, incisos I e IX, da Lei n. 10.833/03, não se pode restringir a possibilidade de desconto ao caso em que a venda ao consumidor é realizada antes do transporte do bem para a concessionária. Desse modo, pode-se afirmar que há permissão para o desconto envolvendo o frete quando o veículo é transportado para a concessionária com o propósito de revenda. É o que diz a lei em relação ao PIS e à *Cofins*.

4- O egrégio Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.215.773/RS, cujo voto vencedor coube ao Ministro *Cesar Asfor Rocha*, vencido o Relator, o Ministro *Benedito Gonçalves*, decidiu pela possibilidade do desconto do frete na operação de revenda de veículos, trazidos desde a montadora até a concessionária.

5- No caso, resta inaplicável a Súmula 271 do STJ (Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria), uma vez que o entendimento jurisprudencial de ser impossível a efetivação de efeitos pretéritos, através da propositura de mandado de segurança, não se aplica às questões de compensação tributária.

6- Tratando-se de pedido, como o formulado nestes autos, apenas para declarar o direito de o contribuinte compensar diretamente, ficando sujeito à revisão da Fazenda, é cabível o Mandado de Segurança.

7- A compensação dos créditos deverá ser realizada de acordo com a Legislação em vigor à época do ajuizamento da ação, ressaltando-se a necessária aplicação da Lei 11.457/07, conforme vem entendendo reiteradamente o Superior Tribunal de Justiça.

8- A compensação de tributo objeto de discussão judicial apenas pode ser promovida após o trânsito em julgado (art. 170-A, do CTN), podendo o pagamento indevido do PIS e da *Cofins* ser compensado com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal do Brasil (art. 74 da Lei 9.430/96), com exceção das contribuições previdenciárias previstas no art. 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c", da Lei 8.212/91 (art. 26 da Lei 11.457/2007).

9- Os valores objeto da compensação deverão ser corrigidos pela taxa Selic, sem a inclusão de qualquer outro índice de juros ou correção monetária.

10- Remessa necessária e apelação providas parcialmente.

No recurso especial de fls. 287-302, a Fazenda Nacional alegou violação do art. 535 do CPC/1973; do art. 111 do CTN; do art. 3º da Lei n. 10.637/2002; e dos arts. 3º e 15 da Lei n. 10.833/2003.

Na decisão de fls. 387-395, o recurso especial foi parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido, sob o argumento de que a jurisprudência do STJ teria se firmado no sentido da possibilidade do desconto de crédito calculados em relação ao frete na hipótese de aquisição de veículo da montadora e transportado para a concessionária para posterior revenda.

Interposto o agravo interno, a Primeira Turma negou provimento ao recurso conforme acórdão assim ementado:

Tributário. PIS e Cofins. Frete. Veículos para concessionária. Revenda. Creditamento. Direito.

1. “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 – STJ).

2. “Na apuração do valor do PIS/*Cofins*, permite-se o desconto de créditos calculados em relação ao frete também quando o veículo é adquirido da fábrica e transportado para a concessionária – adquirente – com o propósito de ser posteriormente revendido” (REsp 1.215.773/RS, rel. Ministro Benedito Gonçalves, rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Primeira Seção, DJe 18/09/2012)” (AgInt no REsp 1.608.490/SE, rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 11/12/2018, DJe 19/12/2018). Ressalva do ponto de vista do relator.

3. Agravo interno desprovido.

Na sequência, a Fazenda Nacional opôs, às fls. 437-474, embargos de divergência, com fundamento no art. 1.043, inciso I, do CPC.

Em breve síntese, a embargante apontou divergência com o REsp n. 1.632.310/RS, julgado pela Segunda Turma, sustentando a inviabilidade da concessão de créditos decorrentes do frete pago pelos revendedores por ocasião da aquisição de mercadorias nos casos de substituição tributária e de tributação monofásica.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Como visto, o acórdão embargado decidiu no sentido de admitir o direito das concessionárias de veículos de descontar créditos na base de cálculo das contribuições para o PIS/*Pasep* e da *Cofins* decorrentes do frete, valendo-se do seguinte acórdão.

O acórdão paradigma, por sua vez, diferencia os casos do regime de incidência monofásica das contribuições ao PIS/Pasep e da Cofins, destacando a impossibilidade de desconto de crédito dos custos de frete na operação de venda, na forma dos incisos II e IX do art. 3º da Lei n. 10.833/2003:

Recurso interposto na vigência do CPC/2015. Tributário. PIS e Cofins. Creditamento. Regime de incidência monofásica das contribuições ao PIS/Pasep e Cofins. Regime especial em relação ao regime de incidência não-cumulativo. Aplicação do art. 2º, § 1º, I; e art. 3º, I, "b" da Lei n. 10.637/2002 e da Lei n. 10.833/2003. Frete na aquisição de combustíveis e derivados de petróleo. Impossibilidade de creditamento tendo em vista o disposto no art. 3º, IX, da Lei n. 10.833/2003, *in fine*, que excepciona os casos dos incisos I e II do mesmo art. 3º, da Lei n. 10.833/2003, que são as situações previstas no art. 2º, § 1º, da Lei n. 10.833/2003 (situações de tributação monofásica). Incoerência do precedente REsp n. 1.215.773-RS com a sistemática legal do tributo e com a jurisprudência de ambas as Turmas do STJ com competência para julgar o tema. Necessidade de superação.

1. O presente recurso foi interposto na vigência do CPC/2015, o que atrai a incidência do Enunciado Administrativo n. 3: "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. Caso em que pretende a empresa - distribuidora/varejista de combustíveis, contribuinte de PIS/Pasep e Cofins não cumulativos submetidos à alíquota zero pelas receitas auferidas na venda de combustíveis, creditar-se pelo valor do frete pago na aquisição dos combustíveis junto às empresas produtoras/importadoras dos mesmos, ou empresas distribuidoras/varejistas antecedentes na cadeia, estando as empresas produtoras/importadoras sujeitas a uma alíquota maior dos referidos tributos (tributação monofásica) e as demais à alíquota zero.

3. Com efeito, à luz do princípio da não cumulatividade, e considerando que o frete (transporte) integra o custo de aquisição das mercadorias destinadas à revenda (regra estabelecida pelo art. 13, do Decreto-Lei n. 1.598/77 e pelo art. 289, § 1º, do Decreto n. 3.000/99 - RIR/99), o creditamento pelo frete pago na aquisição (entrada) somente faz sentido para a segunda empresa na cadeia se esse mesmo frete, como receita, foi tributado por ocasião da exação paga pela primeira empresa na cadeia (receita da primeira empresa) quando vendeu a mercadoria (saída) e será novamente tributado na segunda empresa da cadeia como receita sua quando esta revender a mercadoria (nova saída). Assim, com a entrega do creditamento, o frete sofrerá a exação somente uma única vez na cadeia, tornando a tributação outrora cumulativa em não cumulativa.

4. No caso concreto, a tributação de combustíveis é monofásica na primeira empresa da cadeia - produtora/importadora (tributação concentrada prevista

no art. 4º, da Lei n. 9.718/98 com alíquotas superiores àquelas definidas na Lei n. 10.637/2002 e 10.833/2003) e com alíquota zero para as demais empresas da cadeia - distribuidoras/varejistas (art. 42, I, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001). Tal significa que o frete (transporte) foi tributado na primeira empresa da cadeia (produtora/importadora) quando vendeu a mercadoria (saída), mas não o foi novamente tributado por ocasião da exação a ser paga pela segunda empresa na cadeia ou nas demais quando revenderam a mercadoria, porque ambas submetidas à alíquota zero.

5. Em não havendo dupla tributação, o princípio da não cumulatividade não socorre a empresa contribuinte. São inúmeros os precedentes desta Casa no sentido de que as receitas provenientes das atividades de venda e revenda sujeitas ao pagamento das contribuições ao PIS/Pasep e à Cofins em Regime Especial de Tributação Monofásica não permitem o creditamento pelo revendedor das referidas contribuições incidentes sobre as receitas do vendedor por estarem fora do Regime de Incidência Não-Cumulativo, a teor dos artigos 2º, § 1º, e incisos; e 3º, I, "b" da Lei n. 10.637/2002 e da Lei n. 10.833/2003. Seguem, para exemplo e por ambas as Turmas:

REsp n. 1.267.003-RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17.09.2013; AgRg no REsp n. 1.239.794-SC, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 17.09.2013;

REsp n. 1.346.181-PE, Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/acórdão Min. Benedito Gonçalves, julgado em 16.06.2014; AgRg no REsp n. 1.284.294-PE, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 27.11.2012.

6. Desse modo, se a aquisição dos combustíveis não gera créditos pelo seu custo dentro do Regime Especial de Tributação Monofásica, conforme o reconhecido pela lei e jurisprudência, certamente o custo do frete (transporte) pago nessa mesma aquisição não pode gerar crédito algum, visto que, como já mencionamos, o frete, por força de lei (art. 13, do Decreto-Lei n. 1.598/77 e pelo art. 289, § 1º, do Decreto n. 3.000/99 - RIR/99) é componente do custo de aquisição e o custo de aquisição não gera créditos nesse regime.

7. Se o frete, por força de lei (art. 13, do Decreto-Lei n. 1.598/77 e pelo art. 289, § 1º, do Decreto n. 3.000/99 - RIR/99) é componente do custo de aquisição, via de regra, no regime de tributação não-cumulativa, o frete pago pelo revendedor na aquisição (entrada) da mercadoria para a revenda gera sempre créditos para o adquirente, não pelo art. 3º, IX, da Lei n. 10.833/2003, mas pelo art. 3º, I, primeira parte, da mesma Lei n. 10.833/2003. Aí, data vênua, o equívoco e incoerência do precedente REsp n. 1.215.773-RS com os demais precedentes desta Casa, pois além de pretender criar um tipo de creditamento que já existia o estendeu para situações dentro do regime de substituição tributária e tributação monofásica sem analisar a coerência do crédito que criou com esses mesmos regimes.

8. O citado REsp n. 1.215.773-RS não se aplica ao caso concreto.

Isto porque, além de o precedente não ter examinado expressamente a questão referente aos casos de substituição tributária e tributação monofásica como a do presente processo (a situação do precedente foi a de substituição tributária mas sequer houve exame expresso disso, o que, data vênua, explica o equívoco da posição adotada), a parte final do art. 3º, IX, da Lei n. 10.833/2003 evidencia que o creditamento pelo frete na operação de venda somente é permitido para os casos dos incisos I e II do mesmo art. 3º, da Lei n. 10.833/2003, casos estes que excepcionam justamente a situação da contribuinte já que prevista no art. 2º, § 1º, da Lei n. 10.833/2003 (situações de monofasia).

9. Desse modo, por qualquer ângulo que se examine a questão, não existe o direito ao creditamento pretendido, sem embargo da necessidade de revisão do precedente estabelecido no REsp n. 1.215.773-RS em razão de sua incoerência com o sistema estabelecido pela lei e com os demais precedentes do STJ, exigência do art. 926, do CPC/2015 (“Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”).

10. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.632.310/RS, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 6/12/2016, DJe de 15/12/2016.)

Conforme se extrai do inciso III do § 1º do art. 2º da Lei n. 10.637/2002 e da Lei n. 10.833/2003 e do disposto na Lei n. 10.485/2002, verifica-se que o regime de tributação a que estão submetidas as distribuidoras de veículos é o regime monofásico.

Dessa forma, os veículos automóveis, inclusive os concebidos para o transporte de pessoas (NCM 87.03) e os veículos destinados ao transporte de mercadorias (NCM 87.04), comercializados pelas recorridas, estão abarcados pela Lei n. 10.485/2002 e, por consequência, estão submetidos ao regime de tributação monofásica.

Por conseguinte, deverão ser excluídos da base de cálculo dos tributos, por força do art. 2º da Lei n. 10.485/2002, os valores recebidos pelo fabricante em razão da intermediação e da entrega dos veículos pelas concessionárias, estipulando-se a alíquota zero a estas, de modo a concentrar os tributos em um único momento da cadeia econômica.

O consumo e a produção estão atrelados a arranjos institucionais e contratuais em que se manifestam interesses materiais (em coordenação ou em conflito, conforme o caso), relacionando-se a políticas governamentais capazes de afetar o sistema de preços, tais como a tributação, a definição da taxa básica de juros, a execução de políticas creditícias, entre outros.

Nesse contexto, a não cumulatividade figura como importante arranjo institucional entre os direitos de consumo e os direitos de produção, ao ter como escopo impedir a “incidência em cascata” dos tributos, permitindo o desconto de créditos discriminados mediante previsão em lei específica. Em outras palavras, a não cumulatividade, por constituir óbice à dupla oneração do mesmo bem ou serviço durante o processo de produção, apresenta-se de maneira relevante tanto sob a perspectiva do consumidor como do produtor em razão da repercussão da formação dos preços.

Porém, tendo em vista a intrínseca relação com a técnica de tributação plurifásica, o exame do creditamento no regime não cumulativo demanda cautela quando se estiver diante da utilização de técnicas de tributação monofásica, como o caso em análise, sob pena de criação de benefício fiscal sem a devida previsão legal e, por conseguinte, de criação de redução discriminada de tributos sem a observância das normas orçamentárias e financeiras pertinentes, repercutindo negativamente na fruição de outros direitos.

Registre-se que a contribuição ao PIS e à *Cofins* podem ser cobradas de forma cumulativa ou não cumulativa e são perfeitamente passíveis de subordinação a regimes de substituição tributária ou mantidas em regimes diretos de responsabilidade tributária, mediante a utilização de técnicas de tributação monofásica ou plurifásica.

Ao decidir o Tema n. 1.093 (REsp n. 1.894.741/RS, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 27/4/2022, DJe de 5/5/2022), a Primeira Seção firmou a tese de que, conquanto não constitua créditos, a incidência monofásica das contribuições ao PIS/*Pasep* e da *Cofins* “não é incompatível com a técnica do creditamento, visto que se prende aos bens e não à pessoa jurídica que os comercializa que pode adquirir e revender conjuntamente bens sujeitos à não cumulatividade em incidência plurifásica, os quais podem lhe gerar créditos”.

Contudo, a Lei n. 10.637/2002 e a Lei n. 10.833/2003 não autorizaram a constituição de créditos sobre todo e qualquer custo envolvido na produção de bens sujeitos à tributação monofásica, justamente porque tais valores podem ter sido considerados na tributação incidente em outro momento da cadeia econômica ou porque não haverá cobrança de tributos.

Com efeito, o voto do Ministro Mauro Campbell Marques obtemperou que, no regime de tributação monofásica, inaplicável o efeito da não

cumulatividade por ocasião da incidência da alíquota no primeiro momento da cadeia produtiva, o que, inclusive, justifica a concessão de alíquota zero no último momento de revenda dos produtos:

(...) O raciocínio é simples e peço perdão pela repetição: é pressuposto da cumulatividade e da não cumulatividade que a tributação seja polifásica (incidências múltiplas ao longo da cadeia). Se há incidência una ao longo da cadeia (via tributação monofásica ou substituição tributária), já não existe cumulatividade. Se não existe cumulatividade, não há motivo para ser estabelecida uma não cumulatividade, pois não há juridicamente o que ser desonerado. **Na tributação monofásica, o efeito da não cumulatividade já é alcançado, no caso, na regulação da penúltima alíquota (alíquota que incide sobre as receitas dos fabricantes e importadores), já que a última alíquota (alíquota que incide sobre as receitas dos revendedores) é sempre zero.**

(...)

(...) Com efeito, apesar de não constituir créditos, a incidência monofásica da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins não é incompatível com a técnica do creditamento, visto que se prende aos bens e não à pessoa jurídica que os comercializa que pode adquirir e revender conjuntamente bens sujeitos à não cumulatividade em incidência plurifásica, os quais podem lhe gerar créditos. Ou seja, se uma mesma pessoa jurídica adquire bens sujeitos à tributação não cumulativa e à tributação monofásica, somente irá constituir créditos sobre os componentes do custo de aquisição (art. 13, do Decreto-Lei n. 1.598/77) de bens sujeitos à tributação não cumulativa, sendo vedada a constituição de créditos sobre os componentes do custo de aquisição de bens sujeitos à tributação monofásica (arts. 3º, I, "b" da Lei n. 10.637/2002 e da Lei n. 10.833/2003). Uma vez constituídos, ou seja, regularmente apurados, os créditos podem ser utilizados conforme os ditames legais. (grifos ausentes no original.)

A Ministra Assusete Magalhães, inclusive, valeu-se de esclarecedor exemplo:

Assim, por exemplo, uma varejista de combustíveis não se poderá creditar em relação ao custo de aquisição dos combustíveis que comercializa, posto que sujeitos à incidência monofásica, mas nada a impede de descontar créditos das contribuições a pagar em relação aos custos de aluguel de imóveis e máquinas utilizados na atividade da empresa (art. 3º, IV, da Lei 10.833/2003).

Entendimento em sentido contrário implicaria em abrupta e injustificada redução da carga tributária de setores que manifestam inequívocos signos presuntivos de riqueza, valendo destacar que a incidência monofásica não tem por escopo a desoneração, mas a facilitação da arrecadação. (grifos ausentes no original.)

Ressalte-se, nesse ponto, que o STF, no ARE n. 1.385.667 AgR e no RE 526.218 AgR, entendeu serem matérias de índole infraconstitucional as discussões sobre o creditamento no regime monofásico de tributação da contribuição para o PIS/Pasep e da *Cofins* e sobre a natureza das operações realizadas entre concessionárias e montadoras para efeitos de incidência do PIS/*Cofins*.

No tocante ao caso em análise, os fabricantes estão obrigados ao pagamento da contribuição para PIS/Pasep e da *Cofins*, às alíquotas de 2% (dois por cento) e de 9,6% (nove inteiros e seis décimos por cento), respectivamente, incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda dos veículos automóveis classificados nos códigos NCM 87.03 e 87.04 (art. 1º da Lei n. 10.485/2002).

O art. 2º da Lei n. 10.485/2002, por sua vez, permitiu a exclusão dos valores recebidos pelo fabricante ou importador nas vendas diretas ao consumidor final dos veículos, decorrentes da intermediação ou entrega dos veículos por conta e ordem das concessionárias.

Gize-se, por força do art. 13 da Lei n. 6.729/1979, que o preço de revenda do concessionário ao consumidor deve ser determinado livremente, devendo os valores do frete da mercadoria da montadora ao concessionário e deste ao adquirente serem destacados em documento fiscal pertinente.

Porém, o inciso II do § 2º do art. 2º da Lei n. 10.485/2002 estipulou a alíquota zero às concessionárias, tendo em vista a adoção da técnica de tributação monofásica no primeiro momento da cadeia produtiva (no caso, na saída dos fabricantes ou dos importadores), conforme o art. 43 da Medida Provisória n. 2.158-35/2001, e com vistas à concessão de incentivo ao setor automobilístico.

Os custos com o frete dos veículos para revenda, assim, não devem permitir a concessão de creditamento, na medida em que não há cobrança de PIS/*Cofins*, em razão da incidência da alíquota zero decorrente da adoção da técnica de tributação monofásica.

Além disso, a despeito de discriminado em documentos fiscais, o ônus econômico relativo ao frete não é propriamente suportado pelas concessionárias, mas incorporado no preço de revenda dos veículos (livremente fixados), de tal sorte que o desconto na base de cálculo poderá representar indevida apropriação em detrimento dos receitas públicas.

Não por outro motivo a exceção prevista na parte final do inciso II do art. 3º da Lei n. 10.833/2003 impediu o desconto do pagamento, devido

pelo fabricante, ao concessionário pela intermediação ou entrega de veículos automóveis na base de cálculo do PIS/*Cofins* incidente sobre a receita bruta.

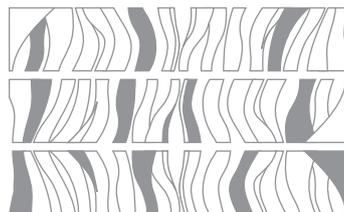
Isso porque, tal como ocorreria com o reconhecimento de crédito pelos custos do frete, a concessão do crédito decorrente dos pagamentos feitos pelos fabricantes de veículos representa apropriação de valores pelos concessionários, em total inobservância da sistemática da técnica de tributação monofásica.

Assim, inadmissível ampliar o texto do inciso IX do art. 3º da Lei n. 10.833/2003, o qual se restringe às hipóteses de desconto autorizadas pelo inciso II do mesmo artigo, sob pena de criar hipótese de concessão de crédito sem a devida previsão legal, em afronta ao disposto no inciso II do art. 111 do CTN.

Logo, considerando a interpretação dos incisos II e IX do art. 3º da Lei n. 10.833/2003, incabível o reconhecimento do direito à exclusão dos custos de frete nas operações de revenda de veículos automóveis (NCM 87.03 e 87.04) na base de cálculo da contribuição para o PIS/*Pasep* e da *Cofins*, sob pena de criação de benefício tributário sem a devida previsão legal específica.

Ante o exposto, com fundamento no art. 266 do RISTJ, dou provimento aos embargos de divergência para prevalecer o acórdão paradigma, bem como dou provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.

É o voto.



Primeira Turma

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 1.776.983-SP (2020/0272135-8)

Relator: Ministro Gurgel de Faria
Agravante: Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo - CDHU
Advogados: Carolina Ribeiro Matiello de Andrade - SP173414
Renata Prada - SP198291
João Antônio Bueno e Souza e outro(s) - SP166291
Agravante: Estado de São Paulo
Procuradores: Regina Maria Rodrigues da Silva Jacovaz - SP091362
Liliane Kiomi Ito Ishikawa - SP106713
Heloise Wittmann - SP301937
Anna Paula Sena de Gobbi - SP286456
Agravado: Defensoria Pública do Estado de São Paulo
Advogados: Allan Ramalho Ferreira - Defensor Público - SP297047
Vanessa Chalegre de Andrade Franca - Defensora Pública
Rafael Negreiros Dantas de Lima - Defensor Público

EMENTA

Administrativo. Ação civil pública. Empresa estatal. Autonomia. Programa de moradia popular. Contrato de adesão. Cláusula de alienação fiduciária. Retomada do imóvel. Leilão público. Possibilidade. Interpretação lógico-sistemática do pedido. Observância.

1. As empresas estatais componentes da administração indireta gozam de personalidade jurídica própria e autonomia em relação ao ente que as criou.

2. No caso, mesmo que o Estado de São Paulo seja, a princípio, o responsável pela política de habitação estadual, o ordenamento jurídico faculta-lhe a possibilidade de delegar tal atribuição a entidade criada com essa finalidade.

3. Se fosse exigido que o ente delegante compusesse o polo passivo com o delegatário – embora contra aquele primeiro não houvesse pedido explícito –, haveria o esvaziamento do instituto

da descentralização administrativa, que faculta à administração direta transferir poderes e atribuições a sujeito de direito distinto e autônomo.

4. Caso em que a controvérsia dos autos consiste em saber se é ilegal a presença de cláusula de alienação fiduciária inserida nos contratos de financiamento habitacional patrocinados por empresa pública estadual criada para executar a política de habitação; ou se, executada a garantia, é possível promover o leilão público do bem retomado.

5. Não há previsão legal que estabeleça a ilegalidade de inclusão da cláusula de alienação fiduciária nas aquisições de imóveis para moradia popular; ao revés, o atual art. 26-A da Lei n. 9.514/1997 expressamente admite o emprego da garantia nos contratos de operações de financiamento habitacional, pelo que qualquer comando em sentido diverso seria flagrantemente *contra legem*.

6. A mesma lei estabelece expressamente as consequências relacionadas à execução da garantia, sendo a principal delas a possibilidade de realização de consolidação da propriedade em nome do agente fiduciário e a promoção de leilão público (art. 27, *caput*).

7. A orientação desta Corte é a de que não há julgamento *ultra* ou *extra petita* quando o julgador, mediante interpretação lógico-sistemática, examina a petição apresentada pelo insurgente como um todo. Precedentes.

8. Hipótese em que a autora (Defensoria Pública) pediu explicitamente o mais (exclusão da própria garantia de alienação fiduciária dos contratos), mas defendeu expressamente a ilegalidade do menos (a consequência ilegal de o mutuário perder todas as prestações pagas), sendo que esta última pretensão está implicitamente inserida no pedido principal.

9. Agravos conhecidos. Recurso especial do Estado de São Paulo provido, para reconhecer a ilegitimidade passiva do ente. Recurso especial da Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU parcialmente provido, para possibilitar o leilão público dos imóveis retomados por inadimplemento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer dos agravos para dar provimento ao recurso especial do Estado de São Paulo, para reconhecer a ilegitimidade passiva do ente, e dar parcial provimento ao recurso especial da Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU, para possibilitar o leilão público dos imóveis retomados por inadimplemento, 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), 19 de setembro de 2023 (data do julgamento).

Ministro Gurgel de Faria, Relator

DJe 20.10.2023

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Trata-se de agravos em recursos especiais interpostos pela Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU e Estado de São Paulo contra acórdão do Tribunal de Justiça daquele estado, assim ementado:

Ação civil pública. Alteração de cláusula contratual. Descabimento. Possibilidade de alienação fiduciária em garantia. Inteligência da Lei n. 9.514/97. Descabimento, no entanto, de leilões para recuperação de valores devidos. Sentença reformada. Recursos desprovidos. (e-STJ fl. 695)

O Estado de São Paulo afirma que houve violação dos arts. 1.022, II, 485, VI, e 492 do CPC; e 26, 26-A e 27 da Lei n. 9.514/1997.

A CDHU, por sua vez, alega contrariedade aos arts. 141, 490 e 492 do CPC; e 22, 24, 26, 26-A e 27 da Lei n. 9.514/1997. Defende, em apertado resumo, a possibilidade de aplicação integral desses dispositivos em seus contratos, inclusive com a utilização de leilões públicos.

Inadmitidos os recursos na origem, houve a interposição de agravos.

O MPF opina pelo não provimento dos agravos em recursos especiais.

É o que importa relatar.

VOTO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria (Relator): A princípio, registro que os agravos interpostos infirmaram adequadamente as razões de inadmissão do apelo especial, autorizando o conhecimento dos recursos.

Saliento, ainda, que, na forma do § 5º do art. 1.042, “o agravo poderá ser julgado, conforme o caso, conjuntamente com o recurso especial ou extraordinário, assegurada, neste caso, sustentação oral, observando-se, ainda, o disposto no regimento interno do tribunal respectivo”.

Dito isso, examino, em primeiro lugar, o recurso especial do Estado de São Paulo, antecipando que merece parcial provimento.

Inicialmente, entendo inexistir violação do art. 1.022, II, do CPC.

Na espécie, o Tribunal de origem enfrentou todos os itens destacados nos aclaratórios, pois estabeleceu fundamentação clara e congruente quanto ao porquê de ter entendido que: a) o Estado de São Paulo seria parte legítima para figurar no polo passivo da ação; b) a fixação de um limite para retenção dos valores de contratos extintos estava inserida nos pedidos fixados na inicial; e c) a CDHU pode manter cláusula de alienação fiduciária, mas não poderia realizar leilão “aberto” após a retomada do imóvel, porque incompatível com sua função social.

Assim, os pontos centrais da discussão foram diretamente enfrentados, sendo que as questões apontadas pela parte então embargante (ora agravante) constituíam mera discordância com os fundamentos adotados no acórdão embargado, o que não se coaduna com a natureza de referido recurso aclaratório (EDcl no AgRg na IJ 158/MG, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Corte Especial, julgado em 03/02/2021, DJe 11/02/2021).

Por outro lado, no mérito propriamente dito, assiste razão à recorrente quando afirma ser parte ilegítima para responder como ré nesta ação.

No caso, a pretensão da Defensoria Pública, ao ajuizar o presente feito, é limitar e discutir o conteúdo de cláusulas inseridas pela Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU nos contratos de financiamento habitacional por ela patrocinados.

Isto é, não há pedido deduzido diretamente contra o Estado de São Paulo, que não teria sua esfera jurídica afetada com o resultado desta ação, o que afasta a pertinência subjetiva do ente para figurar no polo passivo.

Além do mais, a CDHU, segundo consta no acórdão recorrido, tem natureza jurídica de sociedade de economia mista estadual, gozando, portanto, de personalidade jurídica própria e autonomia em relação ao ente que a criou.

Não se justifica a presença do Estado de São Paulo somente em razão de ter a maioria absoluta das cotas daquela sociedade, porque tal configuração societária é a regra nesse tipo de pessoa jurídica, sem que isso esvazie a relação de autonomia entre os entes.

É preciso ressaltar, ainda, que mesmo que o Estado de São Paulo seja, a princípio, o responsável pela política de habitação estadual, o ordenamento jurídico faculta-lhe a possibilidade de delegar tal atribuição a entidade criada com essa finalidade.

Nesse caso, se fosse exigido que o ente delegante compusesse o polo passivo com o delegatário – embora contra aquele primeiro não houvesse pedido explícito –, haveria o esvaziamento por completo do instituto da descentralização administrativa, que faculta à administração direta transferir poderes e atribuições a sujeito de direito distinto e autônomo.

Portanto, há que ser reconhecida a ilegitimidade passiva do Estado de São Paulo, devendo responder a esta ação apenas a CDHU.

Passo, agora, ao exame do recurso interposto pela sociedade de economia mista, o qual, entendo, também merece parcial provimento.

Antes de entrar no mérito em si do apelo, é importante contextualizar a controvérsia dos autos.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo promoveu esta ação civil pública com o principal objetivo de obrigar a parte ré a se abster de “praticar atos de execução extrajudicial da garantia de alienação fiduciária relativa aos contratos de financiamento habitacional da CDHU, em especial a realização de leilão para alienação dos imóveis da Companhia, bem como de incluir nos novos contratos a cláusula de garantia da alienação fiduciária” (e-STJ fl. 29).

O principal fundamento da autora é o de que a fixação da garantia de alienação fiduciária nesses tipos de contratos implicaria desvirtuamento da política pública estadual destinada à garantia do direito à moradia. Aduz, especialmente, que a retomada do imóvel (do inadimplente) e a realização de leilão “aberto” permite que o bem seja arrematado por quem não estava previamente inscrito num dos programas habitacionais da Companhia, quando este deveria ser posto à disposição de famílias já inscritas e de situação sócio-econômica que se enquadre nos requisitos legais.

A Corte de origem entendeu, de um lado, que não haveria ilegalidade na presença de cláusula de alienação fiduciária; de outra banda, compreendeu que, em caso de retomada do imóvel por inadimplemento, não poderia a CDHU negociar o imóvel com quem estivesse fora dos requisitos legais para o contrato em vigência, coibindo, pois, o leilão “aberto”.

Embora as teses sejam, ao primeiro olhar, sedutoras (tanto a que proíbe a cláusula de alienação fiduciária quanto a que a permite, mas limita o leilão após a retomada do imóvel), elas não convencem.

Em primeiro lugar, elas não podem prevalecer, tendo em vista a ausência de norma proibitiva que as ampare.

Não há previsão legal que estabeleça a ilegalidade de inclusão da cláusula de alienação fiduciária nas aquisições de imóveis para moradia popular. Muito pelo contrário. O atual art. 26-A da Lei n. 9.514/1997 expressamente admite o emprego da garantia nos contratos de operações de financiamento habitacional, pelo que qualquer comando em sentido diverso seria flagrantemente *contra legem*, por maior que seja a razoabilidade do argumento defendido pela recorrida.

Além do mais, a mesma lei estabelece expressamente as consequências relacionadas à execução da garantia, sendo a principal delas a possibilidade de realização de consolidação da propriedade em nome do agente fiduciário e a promoção de leilão público (art. 27, *caput*). Ou seja, novamente há clara contrariedade à norma posta quando se impede à CDHU que realize a venda “aberta” do imóvel.

Nesse ponto, está certa a recorrente quando afirma que o “procedimento executório está estabelecido na própria Lei 9.514/97, sem qualquer excepcionalidade, portanto, a lei deverá ser observada para o desenvolvimento do contrato como um todo, inclusive para os atos de execução, não havendo possibilidade de parcelamento da norma legal, quando esta não estabeleceu qualquer ressalva” (e-STJ fl. 749).

Em segundo lugar, é incorreta a conclusão de que a alienação dos imóveis de maneira pública, ao abranger interessados não cadastrados no programa de habitação, desvirtuaria a função da Companhia e o direito à moradia.

É que o leilão público só ocorre nos casos mais graves de inadimplemento, de modo que a possibilidade de ofertar esses imóveis para mais interessados incrementa a possibilidade de alienação do bem e, conseqüentemente, reduz bastante as chances de o sistema ser deficitário. No limite, tal cenário (em que os bens retomados por inadimplemento são mais facilmente vendidos) é benéfico à manutenção do próprio programa de moradia popular, e não prejudicial.

Portanto, entendo que não só é possível manter a cláusula de alienação fiduciária nos contratos regidos pela Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo como também é admissível o leilão público dos imóveis quando houver a execução daquela garantia.

Por fim, resta saber se a sentença e o acórdão criaram obrigação para além do pedido da inicial.

Antecipo que a resposta é negativa.

Como visto, o objetivo da Defensoria, que foi traduzido explicitamente nos pedidos, foi o de excluir integralmente a própria garantia de alienação fiduciária. Mas, na defesa dos seus argumentos, o próprio ente público afirmava que “decretar a perda das prestações pagas e devolver o imóvel à CDHU é uma desproporcionalidade que fere a ordem jurídica, em especial a função social do contrato, princípio expresso no artigo 421 do Código Civil, e o princípio da boa-fé, expresso no artigo 422 do Código Civil” (e-STJ fl. 22).

Ou seja, a autora pediu explicitamente o mais (exclusão da própria garantia), mas defendeu expressamente a ilegalidade do menos (a consequência de perder todas as prestações pagas), pretensão implicitamente inserida no pedido principal.

Observa-se, portanto, que nesse ponto o Tribunal de Justiça decidiu a questão alinhado à jurisprudência consolidada desta Corte, no sentido de que “não há falar em julgamento *ultra* ou *extra petita* quando o julgador, mediante interpretação lógico-sistemática, examina a petição apresentada pelo insurgente como um todo” (AgInt no REsp 1.312.009/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 14/03/2022, DJe 18/03/2022).

Nesse mesmo sentido: AgInt no AREsp 1.177.242/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019; AgInt no AREsp 1.736.144/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 29/11/2021, DJe 01/12/2021; AgInt no REsp 1.700.929/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 14/02/2022, DJe 16/02/2022.

Ante o exposto, *conheço dos agravos e dou provimento* ao recurso do Estado de São Paulo, para reconhecer sua ilegitimidade passiva, extinguindo o feito em relação a este ente, na forma do art. 485, VI, do CPC; e *dou parcial provimento* ao recurso da Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo, para excluir a sua condenação em se abster de leiloar os imóveis retomados em razão de inadimplemento contratual.

É como voto.

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL N. 2.050.950-RJ (2023/0037954-4)

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Agravante: Município de Miguel Pereira

Advogado: Pedro Solia Pamplona - RJ126219

Agravado: Estado do Rio de Janeiro

Advogado: José Roberto P C Favaret Cavalcanti

EMENTA

Tributário. Processual Civil. Agravo interno. ICMS. Insurgência contra cobrança do tributo. Secretário de Estado de Fazenda apontado como autoridade coatora. Ilegitimidade passiva. Teoria da encampação. Inaplicabilidade. Súmula 628/STJ. Emenda da inicial. Impossibilidade. Alteração da competência jurisdicional.

1. O Secretário de Estado de Fazenda não ostenta legitimidade para figurar no polo passivo de mandado de segurança que questione a exigibilidade de tributos, no caso, o ICMS. Precedentes: *AgInt no RMS n. 66.768/PR*, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 11/5/2023; *REsp n. 1.656.756/MG*, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 5/5/2017; e *REsp n. 818.473/MT*, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 17/12/2010.

2. “O Secretário da Fazenda, sob a réstia de simples comando geral, por si, não aplica as leis e resoluções e não tem competência para lançar, inscrever e exigir tributos, atividades atribuídas a outras autoridades fiscais. Demais, saldo em grau de recurso administrativo, obedecido o devido processo legal, não pode impedir o lançamento tributário previsto em lei (art. 142 e parágrafo único, CTN - Lei 6.830/80, art. 2., parágrafo 3.)” (*REsp n. 37.448/MT*, relator Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, DJe de 23/10/1995, p. 35.621).

3. “A teoria da encampação é aplicada no mandado de segurança quando presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: a) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; b) manifestação a respeito do mérito

nas informações prestadas; e c) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal” (Súmula 628/STJ).

4. Não é possível valer-se da teoria da encampação na espécie, uma vez que haveria alteração de competência jurisdicional, pois o Secretário de Estado possui foro especial de julgamento, prerrogativa não extensível ao servidor responsável pelo lançamento. Nesse sentido: *AgInt no RMS n. 69.657/RJ*, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 15/12/2022; e *AgInt no AREsp n. 478.881/MG*, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 15/4/2019.

5. A jurisprudência desta Corte não autoriza a emenda da petição inicial para correção da autoridade coatora quando tal indicação implique alteração da competência jurisdicional. A propósito: *AgInt no RMS n. 70.010/RJ*, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 2/5/2023; e *AgInt no REsp n. 1.505.709/SC*, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 19/8/2016.

6. Agravo interno 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 agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Gurgel de Faria (que ressaltou o seu ponto de vista) e Paulo Sérgio Domingues votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília (DF), 21 de novembro de 2023 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 24.11.2023

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Trata-se de agravo interno manejado pelo *Município de Miguel Pereira* desafiando decisão de fls. 486/492, que deu

provimento ao apelo raro do Estado do Rio de Janeiro para reconhecer a ilegitimidade passiva do Secretário de Estado da Fazenda para figurar no polo passivo do *mandamus*, confirmada pelo *decisum* de fls. 519/529.

A parte agravante sustenta, em resumo, a aplicação da teoria da encampação na hipótese dos autos (Súmula 628/STJ), porquanto presentes o vínculo hierárquico entre as autoridades, a manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas e a ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal. Alternativamente, afirma “a possibilidade de o juiz ou Tribunal determinar que o autor faça a emenda da inicial em caso de ilegitimidade passiva” (fl. 544).

Impugnação às fls. 553/559.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): A irresignação não merece acolhimento, tendo em conta que a parte agravante não logrou desenvolver argumentação apta a desconstituir os fundamentos adotados pela decisão recorrida, que ora submeto ao Colegiado para serem confirmados:

Trata-se de recurso especial fundado no CPC/73, manejado por *Estado do Rio de Janeiro*, com base no art. 105, III, *a e c*, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado (fl. 139):

Mandado de segurança. Alíquota de ICMS incidente sobre serviço de energia elétrica e serviços de telecomunicações. Preliminares argüidas de ilegitimidade ativa, de ilegitimidade passiva. Afastadas. O Órgão Especial deste Tribunal declarou a inconstitucionalidade do art. 14, VI, item 2, e VIII, item 7, do Decreto n. 27.427/2000, que fixou em 25% a alíquota de ICMS sobre serviços de fornecimento de energia elétrica e comunicações, entendendo ofendidos os princípios da seletividade e essencialidade tributários. Decotada a parcela considerada inconstitucional da exação, deve haver a redução para a alíquota geral de 18% prevista no decreto regulamentador, sem embargo de eventual incidência do percentual relativo ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza. Precedentes jurisprudenciais. Concessão da segurança.

A parte recorrente aponta dissídio jurisprudencial e violação aos arts. 93, 111 e 113, § 2º, 267, IV e VI, CPC/73. Sustenta, em resumo, que: (I) “o recorrido não tem legitimidade para figurar no pólo ativo da presente demanda, pois ela não é contribuinte de direito do ICMS, mas sim contribuinte de fato. 14. O recorrido não

paga ICMS, mas sim uma tarifa, ou seja, um preço no qual são embutidos todos os custos decorrentes da prestação de serviços, inclusive o ICMS incidente sobre o fornecimento da energia elétrica e sobre a prestação de serviços de comunicação. Este ICMS, no entanto, quem o recolhe aos cofres públicos é a concessionária (de energia ou de telecomunicações), na condição de sujeito passivo da relação tributária" (fl. 232); (II) "ilegitimidade passiva do Secretário de Fazenda (apontado como autoridade coatora), uma vez que tal agente público não lavra autos de infração, nem muito menos exige tributos dos contribuintes fluminenses" (fl. 233), "do que decorre, ainda, a incompetência absoluta da 3ª Câmara Cível do TJRJ para julgar o mandado de segurança originariamente" (fl. 230); e (III) "é vedado ao Poder Judiciário no julgamento da lide atuar como legislador positivo" (fl. 251).

Contrarrazões apresentadas às fls. 272/288.

Recurso extraordinário (fls. 256/270), ao qual foi negado seguimento, conforme decisão de fls. 455/462.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 479/484.

É o relatório. Segue a fundamentação.

Registre-se, de logo, que a decisão recorrida foi publicada na vigência do CPC/73; por isso, no exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso, será observada a diretriz contida no Enunciado Administrativo n. 2/STJ, aprovado pelo Plenário desta Corte, na Sessão de 9 de março de 2016 (Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 – 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).

A irresignação merece prosperar.

Na espécie, trata-se de recurso especial em mandado de segurança que questiona a aplicação de alíquota majorada de ICMS, no qual o Secretário de Estado da Fazenda do Rio de Janeiro figura como autoridade coatora.

No entanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de reconhecer a ilegitimidade do Secretário de Estado da Fazenda para figurar no polo passivo de mandado de segurança no qual se discute a exigibilidade de tributos, confirmam-se os seguintes julgados:

Processual Civil e Tributário. Recurso em mandado de segurança. Secretário de Estado da Fazenda. Ilegitimidade passiva. Teoria da encampação. Inaplicabilidade. Princípio da não surpresa. Violação. Não ocorrência. Regras de competência. Observância.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem se pronunciado no sentido de que o Secretário de Fazenda do Estado não é parte legítima para figurar como autoridade coatora em mandados de segurança em que se discute a exigibilidade de tributos, não havendo falar, de outro lado, na

possibilidade de encampação nem em eventual poder hierárquico sobre seus subordinados, uma vez que sua presença indevida no *mandamus* altera a competência para o julgamento da ação.

2. Os recursos em mandado de segurança dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça são apreciados em sede de jurisdição ordinária, o que enseja o conhecimento de ofício de questões de ordem pública, entre elas a alusiva às condições da ação, no caso, especificamente, a relacionada com a legitimidade passiva da autoridade apontada como coatora.

3. “A decisão que averigua os requisitos legais e constitucionais para a admissão do recurso não viola o art. 10 do CPC/15, pois ‘a aplicação do princípio da não surpresa não impõe, portanto, ao julgador que informe previamente às partes quais os dispositivos legais passíveis de aplicação para o exame da causa’ (EDcl no REsp 1.280.825/RJ, Rel. Ministra *Maria Isabel Gallotti*, Quarta Turma, julgado em 27/06/2017, DJe de 1º/8/2017)”.

4. Afastadas as alegações de desrespeito aos princípios da economia, celeridade e efetividade processuais, uma vez que a autoridade desses princípios pressupõe o respeito às normas processuais, incluídas aí, por certo, as regras de competência.

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no RMS n. 67.607/PR, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 14/11/2022, DJe de 12/12/2022.)

Tributário. Processual Civil. Agravo interno em recurso ordinário em mandado de segurança. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Mandado de segurança. ICMS. Autoridade impetrada. Secretário de Estado da Fazenda. Ilegitimidade passiva. Teoria da encampação. Inaplicabilidade. 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 - Esta Corte firmou compreensão segundo a qual o Secretário de Estado não detém legitimidade para figurar no polo passivo de mandado de segurança que visa evitar a prática de lançamento fiscal, não havendo falar, outrossim, em aplicação da teoria da encampação, porquanto a indevida presença desse agente político como autoridade coatora modificaria a regra de competência jurisdicional.

III - 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.

IV - Agravo Interno improvido.

(AgInt no RMS n. 69.657/RJ, rel. Ministra Reginal Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 15/12/2022.)

Processual Civil e Tributário. Agravo interno no recurso ordinário em mandado de segurança. ICMS. Direito à apuração do crédito presumido de ICMS. Lei Estadual 14.985/2006. Ilegitimidade do Secretário da Fazenda do Estado. Processo extinto sem resolução de mérito. Agravo interno do contribuinte a que se nega provimento.

1. Trata-se, na origem, de mandado de segurança impetrado contra ato do Secretário da Fazenda do Estado do Paraná, no qual se pretende a abstenção, por parte da referida autoridade coatora, da aplicação da obrigação prevista nos arts. 615 e 616 do RICMS/PR, com a redação dada pelo Decreto Estadual 6.891/2012, mantendo seu direito à apuração do crédito presumido, na forma prescrita pela Lei Estadual 14.985/2006.

2. Observa-se que, na petição inicial, não há indicação de qualquer notificação ou ato praticado, ou que esteja na iminência de ser praticado, pelo Secretário de Estado da Fazenda, capaz de violar suposto direito líquido e certo do contribuinte, apto a justificar a impetração, ainda que na forma preventiva, limitando-se a impetrante a discorrer sobre o direito a garantir que os créditos presumidos de ICMS, a título de benefício fiscal instituído pela Lei 14.985/2006, sejam contabilizados no momento da apuração do crédito tributário.

3. O Secretário de Estado, agente político titular da pasta responsável pela administração tributária e implantação de políticas fiscais, no âmbito estadual, não detém atribuição legal específica para o exercício de função de arrecadação, fiscalização ou lançamento do ICMS.

4. Sobre o tema, a orientação jurisprudencial do STJ é firme no sentido de que o Secretário de Estado não possui legitimidade para figurar como autoridade coatora em mandado de segurança em que se pretende evitar o lançamento de tributos estaduais, haja vista que a autoridade coatora, no mandado de segurança, é aquela que pratica o ato, não a que genericamente orienta os órgãos subordinados a respeito da aplicação da lei no âmbito administrativo; mal endereçado o *writ*, o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito (MS 4.839/DF, Rel. Ministro *Ari Pargendler*). Precedentes: AgInt no RMS 64.072/PR, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Segunda Turma, julgado em 16/11/2020, DJe 24/11/2020; RMS 54.996/RN, Rel. Ministro *Francisco Falcão*, Segunda Turma, julgado em 6/6/2019, DJe 17/6/2019.

5. De outro lado, inexistente possibilidade de aplicação da teoria da encampação em face da hierarquia do Secretário de Estado sobre agentes fiscais vinculados à pasta, na medida em que compete originariamente ao Tribunal de Justiça Estadual o julgamento de mandado de segurança contra Secretário de Estado, prerrogativa de foro não extensível ao servidor responsável pelo lançamento tributário.

6. Importante consignar, por fim, que os recursos em mandado de segurança dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça são apreciados em sede de jurisdição ordinária, o que enseja o conhecimento de ofício de questões de ordem pública, entre elas a alusiva às condições da ação, no caso, especificamente, a relacionada com a legitimidade passiva da autoridade apontada como coatora (Aglnt no RMS 53.867/MG, Rel. Min. *Gurgel de Faria, Primeira Turma*, DJe 3.4.2019).

7. Em caso absolutamente idêntico, inclusive envolvendo as mesmas partes, cita-se, ainda, o RMS 58.703/PR, da relatoria do eminente Ministro *Sérgio Kukina*, DJe 12/8/2022.

8. Nesse contexto, mantém-se, na íntegra, a decisão agravada, que extinguiu o processo sem resolução do mérito, pela ilegitimidade passiva da autoridade coatora.

9. Agravo interno do contribuinte a que se nega provimento.

(Aglnt no RMS n. 51.711/PR, relator Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF5), Primeira Turma, julgado em 5/12/2022, DJe de 7/12/2022.)

Tributário e Processual Civil. Recurso em mandado de segurança. Pretensão de afastamento da restrição, estabelecida pelo Decreto 44.945, de 10/09/2014, do Estado do Rio de Janeiro, à isenção do ICMS, prevista na Lei Estadual 4.177, de 2003, com as alterações das Leis Estaduais 5.703 e 5.814, de 2010. Ilegitimidade do Secretário de Estado da Fazenda para figurar, como autoridade impetrada, no polo passivo do mandado de segurança. Precedentes do STJ. Extinção do processo, de ofício, sem resolução do mérito, restando parcialmente prejudicado o recurso ordinário.

I. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança ajuizado contra o Secretário da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro, a princípio perante o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Nova Iguaçu/RJ, com o objetivo de assegurar o alegado direito líquido e certo da impetrante de não se sujeitar à restrição, estabelecida pelo Decreto 44.945, de 10/09/2014, do Estado do Rio de Janeiro, à isenção do ICMS, prevista na Lei estadual 4.177, de 2003, com as alterações das Leis estaduais 5.703 e 5.814, de 2010, ao argumento de que tal restrição seria ilegal, por suposta extrapolação dos limites do poder regulamentar, bem como declarar seu direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos, nos

termos da Súmula 213 do STJ. Após o regular processamento do feito, com manifestação do Estado do Rio de Janeiro e informações da autoridade impetrada, o Juízo de 1º Grau declinou da competência e determinou a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, para o julgamento originário da ação mandamental. No acórdão recorrido o Tribunal de origem denegou o Mandado de Segurança, por considerar consumado o prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias, previsto no art. 23 da Lei 12.016/2009, a contar de 10/09/2014, data da edição do Decreto estadual 44.945/2014, de vez que a impetração do *mandamus* deu-se em 16/04/2019, ensejando a interposição do presente Recurso Ordinário.

II. Na forma da jurisprudência do STJ, não se aplica o prazo de decadência, previsto no art. 23 da Lei 12.016/2009 (art. 18 da Lei 1.533/51), em se tratando de impetração de mandado de segurança de natureza preventiva, sendo firme a orientação desta Corte, outrossim, no sentido de que, havendo obrigação de trato sucessivo, que se renova periodicamente, o marco inicial para a contagem do prazo decadencial não pode ser a data da norma cujos efeitos são impugnados. Em tal sentido: STJ, EREsp 546.259/PR, Rel. Ministro *Teori Albino Zavascki*, *Primeira Seção*, DJU de 12/9/2005; AgRg no Ag 1.160.776/RJ, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Segunda Turma*, DJe de 13/11/2009; RMS 22.577/MT, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Segunda Turma*, DJe de 21/10/2010; REsp 1.474.606/PE, Rel. Ministro *Og Fernandes*, *Segunda Turma*, DJe de 6/10/2017; AgRg no REsp 742.767/MG, Rel. Ministro *Francisco Falcão*, *Primeira Turma*, DJU de 3/10/2005; EREsp 1.164.514/AM, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, *Corte Especial*, DJe de 25/2/2016; AgRg no AREsp 36.550/RJ, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, *Primeira Turma*, DJe de 12/8/2016.

III. No caso - em que se trata de Mandado de Segurança que visa o reconhecimento do alegado direito ao não recolhimento do ICMS, relação de trato sucessivo -, extrai-se da petição inicial o caráter preventivo do Mandado de Segurança, que contém pedido, nos termos em que formulado, para "garantir o direito líquido e certo da impetrante de não se sujeitar ao recolhimento do ICMS com supedâneo ilegal, por ser isenta em suas atividades, bem como declarar seu direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos, nos termos da Súmula 213 do STJ". Assim, não há que se falar em decadência do direito à impetração do Mandado de Segurança, por se tratar de ação mandamental com caráter preventivo. No entanto, mesmo que afastado o fundamento do acórdão recorrido, ainda assim o processo deve ser extinto, de ofício, sem resolução do mérito, por motivação diversa.

IV. De acordo com os arts. 485, VI, § 3º, 337, XI, § 5º, 1.013 e 1.028 do CPC/2015 c/c os arts. 34 da Lei 8.038/90 e 247 do RISTJ, este Tribunal, no exercício de sua competência recursal ordinária, pode, de ofício, extinguir o processo de Mandado de Segurança, sem resolução do mérito, quando

a parte impetrante for carecedora de ação, por ausência de qualquer das condições da ação mandamental.

Ainda que o Tribunal de origem haja considerado presentes os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, bem como as condições da ação, o STJ pode reconhecer, de ofício, a ausência de qualquer pressuposto processual ou condição da ação, não havendo que se falar, nessa hipótese, em ofensa ao princípio que veda a *reformatio in pejus*.

V. Sendo preventivo o mandado de segurança, desnecessária a existência concreta de ato coator, porquanto o receio de ato que venha a violar o direito líquido e certo da parte impetrante é suficiente a ensejar a impetração. Entretanto, *in casu*, diante da argumentação constante da impetração, não se verifica a existência de possíveis atos de efeitos concretos, a serem praticados pelo Secretário de Estado da Fazenda - a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça -, tendentes a violar ou ameaçar suposto direito líquido e certo da parte impetrante, a dar ensejo à impetração, ainda que na forma preventiva. Com efeito, a parte impetrante não aponta ato algum, de efeitos concretos, a ser praticado pela autoridade que se aponta coatora - o Secretário de Estado da Fazenda -, a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça.

VI. A Primeira Seção do STJ, ao julgar o MS 4.839/DF (Rel. Ministro *Ari Pargendler*, DJU de 16/2/98), deixou anotado que "a autoridade coatora, no mandado de segurança, é aquela que pratica o ato, não a que genericamente orienta os órgãos subordinados a respeito da aplicação da lei no âmbito administrativo; mal endereçado o *writ*, o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito".

VII. A Primeira Turma do STJ, ao julgar o AgRg no RMS 36.846/RJ (Rel. Ministro *Ari Pargendler*, DJe de 7/12/2012), decidiu que, no regime do lançamento por homologação, a iminência de sofrer o lançamento fiscal, acaso não cumpra a legislação de regência, autoriza o sujeito passivo da obrigação tributária a impetrar mandado de segurança contra a exigência que considera indevida. Nesse caso, porém, autoridade coatora é aquela que tem competência para o lançamento *ex officio*, que, certamente, não é o Secretário de Estado da Fazenda.

VIII. A mais recente jurisprudência da Segunda Turma do STJ orienta-se no sentido de que o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, em mandado de segurança que visa afastar a exigência de tributo. Nesse sentido: AgRg no RMS 42.792/CE, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, DJe de 11/3/2014; RMS 54.996/RN, Rel. Ministro *Francisco Falcão*, DJe de 17/6/2019; AgInt no RMS 35.432/RJ, Rel. Ministro *Og Fernandes*, DJe de 19/11/2020; RMS 62.373/MT, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, DJe de 1º/7/2021. No mesmo sentido os

seguintes precedentes da Primeira Turma desta Corte: RMS 16.708/TO, Rel. Ministro *Teori Albino Zavascki*, DJU de 18/4/2005; AgInt no RMS 51.519/MG, Rel. Ministro *Sérgio Kukina*, DJe de 16/12/2016; AgInt no RMS 46.013/RJ, Rel. Ministro *Gurgel de Faria*, DJe de 29/8/2016; AgInt no RMS 55.310/RN, Rel. Ministra *Regina Helena Costa*, DJe de 31/10/2018; AgInt no RMS 49.232/MS, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, DJe de 18/5/2016.

IX. Sobre a teoria da encampação, a Primeira Seção do STJ, nos autos do MS 10.484/DF (Rel. Ministro *José Delgado*, DJU de 26/9/2005), firmou o entendimento de que tal teoria apenas se aplica ao mandado de segurança quando preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: (a) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; (b) manifestação a respeito do mérito, nas informações prestadas; (c) ausência de indevida modificação ampliativa de competência jurisdicional absoluta. Inaplicabilidade, no caso, da teoria da encampação, pois a indevida presença do Secretário de Estado da Fazenda, no polo passivo deste Mandado de Segurança, implicou modificação da competência jurisdicional, disciplinada pela Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

X. Julgado extinto o presente Mandado de Segurança, sem resolução do mérito, logicamente não cabe ao STJ pronunciar-se sobre o mérito da causa, porquanto tal pronunciamento seria incompatível com a aludida decisão.

XI. Extinção do Mandado de Segurança, de ofício, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, VI, § 3º, do CPC/2015. Mandado de Segurança denegado.

XII. Recurso Ordinário parcialmente prejudicado.

(RMS n. 68.200/RJ, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 15/2/2022, DJe de 15/3/2022.)

Processual Civil. Tributário. Mandado de segurança. ICMS incidente sobre energia elétrica. Legislação estadual. Alíquota de 29%. Mandado de segurança contra lei em tese. Não cabimento. Súmula n. 266/STF. Ilegitimidade da autoridade indicada como coatora. Necessidade de comparação de alíquotas. Reexame fático-probatório. Súmula n. 7/STJ.

I - Na origem, o presente feito decorre de mandado de segurança impetrado em desfavor de ato praticado pelo Secretário de Estado da Fazenda do Paraná, consistente na determinação da exigibilidade do pagamento de ICMS sobre as operações de energia elétrica na alíquota de 29%, em obediência à legislação estadual paranaense que regulamenta esse imposto (art. 14, V, da Lei Estadual n. 11.580/1996 e art. 14, V, do RICMS/PR. No Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, a segurança foi denegada. Nesta Corte, não se conheceu do recurso ordinário.

II - Observa-se que a questão discutida nos autos se encontra com repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do RE n. 714.139/SC, Tema n. 745, entretanto, não havendo determinação de suspensão pela excelsa Corte, apresenta-se possível o prosseguimento da análise do presente recurso.

III - Verifica-se que, na hipótese dos autos, tem-se aplicável a Súmula n. 266/STF, tendo em vista que o *mandamus* se volta contra lei em tese, ou seja, lei estadual que estaria violando o princípio da seletividade.

IV - De outro giro, o Secretário da Fazenda Estadual não ostenta legitimidade para figurar no polo passivo do mandado de segurança que questiona a exigibilidade de tributos, *in casu*, o ICMS.

V - Nesse sentido, oportuno observar que, no mandado de segurança, considera-se autoridade coatora aquele que tem a atribuição de determinar o ato impugnado e não o que detém a competência para baixar as normas para a execução do ato. Consoante a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não tendo o Secretário da Fazenda competência para efetivar o lançamento *ex officio* do tributo, deve ser afastada sua legitimidade para integrar a relação processual.

VI - Finalmente, observa-se, ademais, que, para aferir a apontada violação, seria necessário dilação probatória, na comparação de alíquotas de acordo com a utilidade dos bens em confronto, visando promover a justiça fiscal. Sobre o assunto, destacam-se: AgInt nos EDcl no RMS n. 35.040/RN, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maira Filho, Primeira Turma, julgado em 7/12/2017, DJe 15/12/2017; AgInt no RMS n. 58.354/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 26/2/2019, DJe 1/3/2019 e RMS n. 37.569/CE, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20/6/2013, DJe 1/7/2013.

VII - Agravo interno improvido.

(AgInt nos EDcl no RMS n. 58.576/PR, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 29/6/2020, DJe de 1/7/2020.)

Nesse contexto, de rigor reconhecer que o Secretário da Fazenda de Estado não é parte legítima para figurar como autoridade coatora no *mandamus*.

Ante o exposto, dou provimento ao Recurso Especial para extinguir o processo sem resolução de mérito, por ilegitimidade passiva do Secretário de Estado da Fazenda.

Publique-se.

Acerca das omissões indicadas nos aclaratórios, manteve-se a decisão primeva acrescida da seguinte fundamentação:

[...]

Cumprir destacar que esta Corte Superior possui entendimento consolidado no sentido da inaplicabilidade da teoria da encampação à hipótese dos autos, porquanto implicaria em indevida alteração da competência jurisdicional para processamento do *mandamus*. Nesse sentido:

Tributário. Processual Civil. Agravo interno em recurso ordinário em mandado de segurança. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Mandado de segurança. ICMS. Autoridade impetrada. Secretário de Estado da Fazenda. Ilegitimidade passiva. Teoria da encampação. Inaplicabilidade. 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 - Esta Corte firmou compreensão segundo a qual o Secretário de Estado não detém legitimidade para figurar no polo passivo de mandado de segurança que visa evitar a prática de lançamento fiscal, não havendo falar, outrossim, em aplicação da teoria da encampação, porquanto a indevida presença desse agente político como autoridade coatora modificaria a regra de competência jurisdicional.

III - 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.

IV - Agravo Interno improvido.

(AgInt no RMS n. 69.657/RJ, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 12/12/2022, DJe de 15/12/2022.)

Processual Civil e Tributário. Recurso em mandado de segurança. Secretário de Estado da Fazenda. Ilegitimidade passiva. Teoria da encampação. Inaplicabilidade. Princípio da não surpresa. Violação. Não ocorrência. Regras de competência. Observância.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem se pronunciado no sentido de que o Secretário de Fazenda do Estado não é parte legítima para figurar como autoridade coatora em mandados de segurança em que se discute a exigibilidade de tributos, não havendo falar, de outro lado, na possibilidade de encampação nem em eventual poder hierárquico sobre seus subordinados, uma vez que sua presença indevida no *mandamus* altera a competência para o julgamento da ação.

2. Os recursos em mandado de segurança dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça são apreciados em sede de jurisdição ordinária, o que enseja o conhecimento de ofício de questões de ordem pública, entre elas a alusiva às condições da ação, no caso, especificamente, a relacionada com a legitimidade passiva da autoridade apontada como coatora.

3. “A decisão que averigua os requisitos legais e constitucionais para a admissão do recurso não viola o art. 10 do CPC/15, pois ‘a aplicação do princípio da não surpresa não impõe, portanto, ao julgador que informe previamente às partes quais os dispositivos legais passíveis de aplicação para o exame da causa’ (EDcl no REsp 1.280.825/RJ, Rel. Ministra *Maria Isabel Gallotti*, Quarta Turma, julgado em 27/06/2017, DJe de 1º/8/2017)”.

4. Afastadas as alegações de desrespeito aos princípios da economia, celeridade e efetividade processuais, uma vez que a autoridade desses princípios pressupõe o respeito às normas processuais, incluídas aí, por certo, as regras de competência.

5. Agravo interno não provido.

(AglInt no RMS n. 67.607/PR, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 14/11/2022, DJe de 12/12/2022.)

No mesmo sentido é a jurisprudência quanto à impossibilidade de emenda à inicial. A propósito:

Processual Civil e Tributário. Agravo interno. Recurso ordinário em mandado de segurança. ICMS sobre energia elétrica. Ilegitimidade passiva do Secretário de Fazenda do Estado. Precedentes. Impossibilidade de aplicação da teoria da encampação. Impossibilidade de emenda à inicial. Extinção do feito, de ofício, sem resolução de mérito.

1. Ambas as Turmas de Direito Público desta Corte possuem entendimento no sentido de que o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, em mandado de segurança no qual se pleiteia o afastamento da exigência de tributo reputada por ilegal. Nesse sentido: AgInt no RMS n. 36.682/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 26/9/2017, DJe 9/10/2017; RMS n. 54.333/RN, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19/9/2017, DJe 20/10/2017; AgInt no RMS n. 54.968/RN, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 15/5/2018, DJe 21/5/2018; e AgInt no RMS n. 35.512/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 7/12/2018.

2. Ressalte-se que a ilegitimidade aqui discutida é da autoridade coatora, portanto, do polo passivo, não havendo *distinguishing*, a priori, em relação a casos ajuizados por contribuintes de direito ou contribuintes de fato.

3. Esta Corte não autoriza a emenda da petição inicial para que seja indicada a correta autoridade coatora em casos que tais, visto que tal

indicação implicaria a alteração da competência jurisdicional para processamento da impetração, saindo da competência originária do Tribunal de Justiça para o primeiro grau de jurisdição. Nessas hipóteses, deve o feito ser extinto sem resolução de mérito, consoante o inciso VI do art. 485 do CPC, em razão da ausência de legitimidade passiva da autoridade indicada como coatora. A propósito: AgInt no RMS 35.432/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 19/11/2020; EDcl no RMS 67.101/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 16/12/2021; RMS 68.112/MA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27/09/2022.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no RMS n. 70.010/RJ, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 25/4/2023, DJe de 2/5/2023.)

Processual Civil e Tributário. Mandado de segurança. ICMS. Glosa de créditos. Secretário de Estado da Fazenda. Ilegitimidade passiva.

1. Os recursos em mandado de segurança dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça são apreciados em sede de jurisdição ordinária, o que enseja o conhecimento de ofício de questões de ordem pública, entre elas a alusiva às condições da ação, no caso, especificamente, a relacionada com a legitimidade passiva da autoridade apontada como coatora.

2. O Superior Tribunal de Justiça tem-se pronunciado no sentido de que o Secretário de Fazenda do Estado não é parte legítima para figurar como autoridade coatora em mandados de segurança em que se discute a exigibilidade de tributos, não havendo falar, de outro lado, na possibilidade de encampação nem em eventual poder hierárquico sobre seus subordinados, uma vez que sua presença indevida na *mandamus* altera a competência para o julgamento da ação mandamental.

3. “A jurisprudência deste STJ compreende não ser possível autorizar a emenda da inicial para correção da autoridade indicada como coatora nas hipóteses em que tal modificação implica em alteração de competência jurisdicional. Isso porque compete originariamente ao Tribunal de Justiça Estadual o julgamento de mandado de segurança contra Secretário de Estado, prerrogativa de foro não extensível ao servidor responsável pelo lançamento tributário” (AgInt no RMS 54.535/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 26/09/2018).

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no RMS n. 53.867/MG, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 21/3/2019, DJe de 3/4/2019.)

Tributário e Processual Civil. Agravo interno no recurso ordinário em mandado de segurança. ICMS. Insurgência contra cobrança do

tributo. Secretário de Estado de Fazenda apontado como autoridade coatora. Ilegitimidade passiva. Declaração de inconstitucionalidade. Pedido autônomo. Via mandamental. Impossibilidade. Súmula 266/STF. Entendimento da Primeira Seção firmado pelo rito do art. 543-C do CPC/73 (REsp 1.119.872/RJ). Emenda à inicial. Impossibilidade. Alteração de competência. Precedentes.

1. O Secretário de Estado de Fazenda não ostenta legitimidade para figurar no pólo passivo do mandado de segurança questionando a exigibilidade de tributos, no caso, ICMS. Precedentes: RMS 45.902/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 21/09/2016; AgInt no RMS 49.232/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 18/05/2016.

2. “É incabível mandado de segurança que tem como pedido autônomo a declaração de inconstitucionalidade de norma, por se caracterizar mandado de segurança contra lei em tese” (Tema 430 dos Recursos Repetitivos).

3. A jurisprudência deste STJ compreende não ser possível autorizar a emenda da inicial para correção da autoridade indicada como coatora nas hipóteses em que tal modificação implica em alteração de competência jurisdicional. Isso porque compete originariamente ao Tribunal de Justiça Estadual o julgamento de mandado de segurança contra Secretário de Estado, prerrogativa de foro não extensível ao servidor responsável pelo lançamento tributário. Precedentes: RMS 38.129/GO, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 01/08/2017; e AgRg no RMS 46.748/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 17/03/2015.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no RMS n. 54.535/RJ, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 20/9/2018, DJe de 26/9/2018.)

Diante disso, é forçoso concluir que os embargos declaratórios não podem ser acolhidos, pois os aclaratórios traduzem, na verdade, o inconformismo com a decisão tomada, pretendendo rediscutir o que já foi decidido.

Nesse panorama, inexistente qualquer obscuridade, contradição, omissão ou erro material no julgado embargado, conforme exige o artigo 1.022 do CPC/2015, impõe-se a rejeição dos presentes embargos de declaração.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

De início, oportuno consignar que matéria referente à legitimidade de Secretário de Estado da Fazenda é trazida ao STJ, na maior parte das vezes, no âmbito de recurso ordinário, o que autoriza que esta Corte de Justiça interprete a Constituição Estadual ou a legislação local para aferir essa condição da ação.

No entanto, o presente caso chegou pela via do recurso especial e, por força da Súmula 280/STF, esse veículo não permite a análise de leis locais.

Dito isso, verifica-se que, no presente caso, não é necessária a interpretação da legislação local para se concluir pela ilegitimidade do Secretário de Estado para figurar em mandado de segurança no qual se discute a exigibilidade de ICMS.

Com efeito, em pesquisa feita em julgados mais antigos que deram origem a esse entendimento jurisprudencial, verifica-se a existência de artigo de lei federal em discussão, a saber, o art. 142 do CTN, que possui o seguinte teor:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Nesse passo, confira-se o seguinte excerto do voto do *REsp 33.448/MT*, julgado nos idos de 1995 (g.a.):

[...]

Em continuação, pois, já que ficou descogitada a questão contra a “lei em tese”, centradas as razões do recurso, ainda no sítio das preliminares, sobeja apenas a apreciação da “ilegitimidade passiva *ad causam*” da autoridade indigitada como coatora (fls. 153 a 156).

Colocado esse específico assunto, em que pesem as boas razões ditas no v. aresto para desacolher a arguição, porfiando sobre a legitimidade passiva. ou não. do Sr. Secretário da Fazenda Estadual, urge recordar o fito da impetração:

“... coibir a ação fiscal consistente em autuações, imposição de multas o apreensão de mercadorias, suspendendo para tanto a exigibilidade do crédito tributário na forma do art. 151, IV do Código Tributário Nacional, inclusive em relação ao diferencial entre alíquotas interna c interestadual.”

.....
“a final ... decretando-se a ilegalidade na cobrança do ICMS das empresas indicadas no preâmbulo” (fl. 7).

A motivação do alegado receio, segundo os Impetrantes. “... tem causas concretas, pois a ação fiscal já se mostra intensa, inclusive com a apreensão de mercadorias, em total desrespeito à Súmula 323 do STF.” (fl. 3).

Nesse contexto, bem destacadas as razões ensejadoras da impetração e erguido o seu objetivo, de prima, quanto à criticada ameaça, por inequívoca determinação, não se configura o exercício de ato concreto atribuível à autoridade indigitada como coatora. Por essa vaga.

“... numa imposição fiscal ilegal, atacável por mandado de segurança, o coator não é nem o Ministro ou o Secretário da Fazenda que expede instruções para a arrecadação de tributos, nem o funcionário subalterno que científica o contribuinte da exigência tributária: o coator e o chefe do serviço que arrecada o tributo e impõe as sanções fiscais respectivas usando do seu poder de decisão”. (Hely Lopes Meirelles - in Mandado de Segurança - p. 43 - Malheiros Editores - 15ª edição)

Sob a réstia dessas considerações, era face da inspiração do “mandamus” impetrado e considerada a pretensão, a final, formulada, não há que se averiguar da competência da autoridade para corrigir ou desfazer a acenada ilegalidade, porque a dita ameaça só partiria do funcionário capacitado e com meios apropriados à efetiva fiscalização e para fazer a concreta exigência apontada como ilegal, da qual adviria um ato iminente e lesivo. Nesse diapasão, não se divisa ameaça concreta e palpável de parte do Secretário da Fazenda, qualificado como coator.

Enfim, na espécie, não se prefigurou constrição ou sua ameaça por ato ou comportamento da referida autoridade, uma vez que o simples comando geral, cujo somido foi tomado como ameaça ao alegado direito líquido e certo, é impessoal e abstrato. Justaponha-se que o Secretário da Fazenda, por si, não aplica a lei ou resoluções genéricas. São impostos aos administrados pelas autoridades que realizam a fiscalização.

Por evidente, no plano genérico, ainda que, hierarquicamente, seja a superior autoridade fazendária, no caso, em absoluto, concretizou ou determinou específica exigência fiscal contra as Impetrantes. Mesmo porque - é do bom senso - não tem competência para lançar, inscrever e exigir tributos, certamente, atos entregues a outras autoridades fiscais.

Demais, apesar do relevo da função, salvo em grau de recurso administrativo, obedecido o devido processo legal, não pode impedir a fiscalização e lançamento tributário previstos em lei (art. 142 e Parágrafo único, CTN -; Lei 6.830/80, Art. 2º, § 3º).

Eis a ementa do julgado:

Mandado de segurança. Preventivo. Processual Civil. Autoridade coatora. Ameaça indemonstrada. Ilegitimidade passiva. Extinção do processo (art. 267, VI, CPC).

1. O Secretário da Fazenda, sob a restia de simples comando geral, por si, não aplica as leis e resoluções e não tem competência para lançar, inscrever e exigir

tributos, atividades atribuídas a outras autoridades fiscais. Demais, saldo em grau de recurso administrativo, obedecido o devido processo legal, não pode impedir o lançamento tributário previsto em lei (art. 142 e parágrafo único, CTN - Lei 6.830/80, art. 2., parágrafo 3.).

2. *Indemonstrada ameaça concreta ou palpável de parte do Secretário da Fazenda, não se legitima passivamente como autoridade coatora.*

3. *Precedentes jurisprudenciais.*

4. *Recurso provido.*

(REsp n. 37.448/MT, relator Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, DJ de 23/10/1995, p. 35.621.)

Além disso, no caso concreto, a Corte carioca valeu-se da interpretação do art. 119 do CTN para compreender pela legitimidade da autoridade indicada como coatora. Veja-se o fragmento pertinente (fl. 141):

Rejeita-se, também, a preliminar de ilegitimidade passiva, uma vez que a autoridade apontada como coatora é a responsável pela cobrança do ICMS, agindo pelo sujeito ativo da obrigação tributária, conforme se depreende do art. 119, do CTN, sendo, portanto, da sua competência a suspensão da referida cobrança.

Em consonância com a Teoria do órgão, o pólo passivo da ação mandamental é ocupado pela pessoa jurídica de direito público, e não se altera por uma eventual indicação errônea do agente praticante do ato ilegal. Ademais, admite-se a indicação daquele que, embora não tenha praticado o ato, possua atribuição para corrigir a ilegalidade, que é exatamente o caso dos autos.

Assim, não há mesmo falar em incidência, à espécie, do obstáculo à Súmula 280/STF.

Ademais, como cediço, a autoridade coatora é aquela que “*que detém atribuição para adoção das providências tendentes a executar ou corrigir o ato combatido*” (RMS 16.708/TO, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 18/4/2005, p. 212).

Em reforço:

Mandado de segurança. Autoridade coatora. Obrigação tributária sujeita ao regime do lançamento por homologação.

No regime do lançamento por homologação, a iminência de sofrer o lançamento fiscal acaso não cumpra a legislação de regência autoriza o sujeito passivo da obrigação tributária a impetrar mandado de segurança contra a exigência que considera indevida.

Autoridade coatora, nesse caso, é aquela que tem competência para o lançamento *ex officio*, que certamente não é o Secretário de Estado da Fazenda.

(AgRg no RMS n. 36.846/RJ, relator Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe de 7/12/2012.)

Dessa forma, é assente a jurisprudência das Turmas que compõem a Primeira Seção deste STJ pela ilegitimidade do Secretário de Estado da Fazenda para figurar no polo passivo de mandado de segurança em que se discute a exigibilidade de tributos.

A propósito:

Tributário. Processual Civil. Agravo interno. Recurso ordinário em mandado de segurança. ICMS. Insurgência contra cobrança do tributo. Secretário de Estado de Fazenda apontado como autoridade coatora. Ilegitimidade passiva. Teoria da encampação. Inaplicabilidade. Súmula 628/STJ.

1. O Secretário de Estado de Fazenda não ostenta legitimidade para figurar no polo passivo do mandado de segurança que questione a exigibilidade de tributos, no caso, o ICMS. Precedentes: AgInt no RMS 34.860/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 20/5/2019; RMS 54.996/RN, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 6/6/2019, DJe 17/6/2019; AgInt no RMS 58.354/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 26/2/2019, DJe 1º/3/2019; AgInt no RMS 56.103/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 30/8/2018; RMS 54.132/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/9/2017.

2. “A teoria da encampação é aplicada no mandado de segurança quando presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: a) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; b) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas; e c) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal” (Súmula 628/STJ).

3. Não é possível valer-se da teoria da encampação na espécie, uma vez que haveria alteração de competência jurisdicional, pois cabe originariamente ao Tribunal de Justiça Estadual o julgamento de mandado de segurança contra ato de Secretário de Estado (art. 101, VII, *b*, da Constituição do Estado do Paraná), prerrogativa de foro não extensível servidor responsável pelo lançamento.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no RMS n. 66.768/PR, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 11/5/2023.)

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Mandado de segurança. Isenção tributária. IPVA e ICMS. Ilegitimidade passiva. Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais. Teoria da encampação. Inaplicabilidade. Recurso provido.

1. É pacífico o entendimento no STJ de que, para que se considere encampado o ato da autoridade inferior, além de haver vínculo hierárquico, deve ser o órgão julgador competente para o julgamento, na via mandamental, de ambas as autoridades.

2. Inaplicável, *in casu*, a Teoria da Encampação, pois, malgrado o Secretário de Estado da Fazenda ter defendido o mérito do ato atacado pelo *mandamus*, sua indicação como autoridade coatora modifica a regra de competência jurisdicional do Tribunal de Justiça.

3. Recurso Especial provido, para extinguir o feito sem julgamento do mérito, tendo em vista o reconhecimento da ilegitimidade passiva.

(REsp n. 1.656.756/MG, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 5/5/2017.)

Recurso especial. Processual Civil e Tributário. Mandado de segurança. ICMS. Energia elétrica. Demanda reservada de potência. Autoridades apontadas como coatoras (Governador do Estado e concessionária de energia elétrica). Ilegitimidade passiva *ad causam*. Teoria da encampação. Inaplicabilidade. Ampliação indevida da competência originária do Tribunal de Justiça. Extinção do processo sem “resolução” do mérito.

1. O Governador do Estado é parte ilegítima para figurar no pólo passivo do mandado de segurança, no qual se pretende a declaração de inexigibilidade do ICMS sobre a demanda reservada de energia elétrica, por configurar autoridade estranha à cobrança e arrecadação do tributo estadual (Precedentes do STJ: RMS 21.748/MT, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 9.6.2009, DJe 1º.7.2009; e REsp 804.249/MT, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 19.05.2009, DJe 1º.7.2009).

2. *In casu*, cuida-se de mandado de segurança impetrado por empresa consumidora de energia elétrica, perante o Tribunal de Justiça Estadual, contra suposto ato abusivo do Governador do Estado do Mato Grosso e do Presidente das Centrais Elétricas Matogrossenses - *Cemat*, objetivando a declaração da inexigibilidade de ICMS sobre a “demanda reservada de potência”.

3. A teoria da encampação é aplicável ao mandado de segurança tão-somente quando preenchidos os seguintes requisitos: (i) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; (ii) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal; e (iii) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas (Precedente da Primeira Seção: MS 12.779/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 13.2.2008, DJe 3.3.2008).

4. A doutrina abalizada nos revela que: “Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concretamente e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequências administrativas; executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se

responsabilizar por ela. Exemplificando: numa imposição fiscal ilegal, atacável por mandado de segurança, o coator não é nem o Ministro ou o Secretário da Fazenda que expede instruções para a arrecadação de tributos, nem o funcionário subalterno que científica o contribuinte da exigência tributária; o coator é o chefe do serviço que arrecada o tributo e impõe sanções fiscais respectivas, usando o seu poder de decisão” (Hely Lopes Meirelles, in “Mandado de Segurança, Ação Popular, ...”, 28ª ed., atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, Malheiros Editores, São Paulo, 2005, pág. 63) 5. Destarte, a teoria da encampação é inaplicável no caso concreto.

Isto porque, malgrado o Governador do Estado de Mato Grosso tenha defendido o mérito do ato, sua indicação como autoridade coatora implica em alteração na competência jurisdicional, uma vez que cabe originariamente ao Tribunal de Justiça Estadual o julgamento de mandado de segurança contra ato do Governador do Estado, prerrogativa de foro não extensível ao servidor responsável pela arrecadação do ICMS cobrado sobre a demanda reservada de potência.

5. O artigo 6º, § 5º, da Lei 12.016/2009, preceitua que se impõe a denegação do mandado de segurança nos casos previstos no artigo 267, do CPC (causas de extinção do processo sem “resolução” de mérito).

6. *Mutatis mutandis*, é certo que “se no exame de recurso em mandado de segurança é reconhecida a ilegitimidade passiva de autoridade que tem foro especial, não pode ser aproveitada a decisão meritória em relação às autoridades remanescentes” (REsp 697.082/BA, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 14.03.2007, DJ 16.04.2007).

7. Recurso especial provido, reformando-se o acórdão regional para decretar a extinção do mandado de segurança sem “resolução” do mérito, ante a carência da ação (artigo 267, VI, do CPC).

(REsp n. 818.473/MT, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 17/12/2010.)

Além disso, esta Corte Superior possui entendimento consolidado no sentido da inaplicabilidade da teoria da encampação à hipótese dos autos, porquanto, como Secretário de Estado, possui foro especial de julgamento e sua retirada implicaria indevida alteração da competência jurisdicional para processamento do *mandamus*.

Em complemento:

Tributário. Processual Civil. Agravo interno. Recurso ordinário em mandado de segurança. ICMS. Insurgência contra cobrança do tributo. Secretário de Estado de Fazenda apontado como autoridade coatora. Ilegitimidade passiva. Teoria da encampação. Inaplicabilidade. Súmula 628/STJ.

1. O Secretário de Estado de Fazenda não ostenta legitimidade para figurar no polo passivo do mandado de segurança que questione a exigibilidade de tributos, no caso, o ICMS. Precedentes: AgInt no RMS 34.860/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 20/5/2019; RMS 54.996/RN, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 6/6/2019, DJe 17/6/2019; AgInt no RMS 58.354/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 26/2/2019, DJe 1º/3/2019; AgInt no RMS 56.103/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 30/8/2018; RMS 54.132/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/9/2017.

2. “A teoria da encampação é aplicada no mandado de segurança quando presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: a) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; b) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas; e c) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal” (Súmula 628/STJ).

3. Não é possível valer-se da teoria da encampação na espécie, uma vez que haveria alteração de competência jurisdicional, pois cabe originariamente ao Tribunal de Justiça Estadual o julgamento de mandado de segurança contra ato de Secretário de Estado (art. 101, VII, *b*, da Constituição do Estado do Paraná), prerrogativa de foro não extensível servidor responsável pelo lançamento.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no RMS n. 66.768/PR, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 11/5/2023.)

Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Omissão. Inexistência. Mandado de segurança. Teoria da encampação. Inaplicabilidade. Súmula 628/STJ. Ausência de prequestionamento. Súmula 211/STJ.

1. Inexiste ofensa ao art. 535, II, do CPC/1973 (com equivalência parcial no art. 1.022 do CPC/2015), diante da expressa manifestação do Tribunal local, apenas não tendo sido adotada a tese defendida pelo recorrente.

2. Nos termos do enunciado da Súmula 628 do STJ, para que seja caracterizada a Teoria da Encampação, não basta a manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, é essencial a existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado, assim como a ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal. Incidência da Súmula 628/STJ.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp n. 478.881/MG, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 15/4/2019.)

Por fim, o *decisum* hostilizado mostra-se escoreito ao pontuar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pela impossibilidade de emenda à inicial no caso dos autos quando tal indicação implique alteração da competência jurisdicional. Nessa linha:

Processual Civil. Agravo interno em recurso especial. Violação ao art. 535 do CPC/1973. Não demonstração. Súmula 284 do STF. Mandado de segurança. Emenda à inicial. Correção da autoridade apontada coatora. Modificação de competência territorial. Impossibilidade.

1. “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia” (Súmula 284 do STF).

2. Hipótese em que a recorrente não teceu nenhuma fundamentação concreta que justificasse a sua irrisignação quanto à violação do art. 535, II, do CPC/1973, o que atrai o óbice de conhecimento.

3. O Superior Tribunal de Justiça admite a emenda à petição inicial de mandado de segurança para a correção de equívoco na indicação da autoridade coatora, desde que a retificação do polo passivo não implique, diversamente do que ocorreu no caso, alterar a competência judiciária e desde que a autoridade erroneamente indicada pertença à mesma pessoa jurídica da autoridade de fato coatora. Precedentes.

4. O mandado de segurança foi extinto sem resolução de mérito, prejudicando a análise da alegada violação ao art. 22, I, da Lei n. 8.212/1991, arts. 26 e 79 da Lei n. 11.941/2009, art. 74 da Lei n. 9.430/1996, arts. 3º e 4º da Lei Complementar n. 118/2005 e art. 170-A do CTN, por ausência de prequestionamento (Súmula 282 do STF).

5. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp n. 1.505.709/SC, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 19/8/2016.)

Processual Civil e Tributário. Agravo interno. Recurso ordinário em mandado de segurança. ICMS sobre energia elétrica. Ilegitimidade passiva do Secretário de Fazenda do Estado. Precedentes. Impossibilidade de aplicação da teoria da encampação. Impossibilidade de emenda à inicial. Extinção do feito, de ofício, sem resolução de mérito.

1. Ambas as Turmas de Direito Público desta Corte possuem entendimento no sentido de que o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, em mandado de segurança no qual se pleiteia o afastamento da exigência de tributo reputada por ilegal. Nesse sentido: AgInt no RMS n. 36.682/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 26/9/2017, DJe 9/10/2017; RMS n. 54.333/RN, Rel. Ministro Herman Benjamin,

Segunda Turma, julgado em 19/9/2017, DJe 20/10/2017; AgInt no RMS n. 54.968/RN, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 15/5/2018, DJe 21/5/2018; e AgInt no RMS n. 35.512/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 7/12/2018.

2. Ressalte-se que a ilegitimidade aqui discutida é da autoridade coatora, portanto, do polo passivo, não havendo *distinguishing, a priori*, em relação a casos ajuizados por contribuintes de direito ou contribuintes de fato.

3. Esta Corte não autoriza a emenda da petição inicial para que seja indicada a correta autoridade coatora em casos que tais, visto que tal indicação implicaria a alteração da competência jurisdicional para processamento da impetração, saindo da competência originária do Tribunal de Justiça para o primeiro grau de jurisdição. Nessas hipóteses, deve o feito ser extinto sem resolução de mérito, consoante o inciso VI do art. 485 do CPC, em razão da ausência de legitimidade passiva da autoridade indicada como coatora. A propósito: AgInt no RMS 35.432/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 19/11/2020; EDcl no RMS 67.101/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 16/12/2021; RMS 68.112/MA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27/09/2022.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no RMS n. 70.010/RJ, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 2/5/2023.)

Processual Civil e Tributário. Mandado de segurança. ICMS. Cobrança de diferencial. Ilegitimidade passiva do Secretário de Estado. Impossibilidade de emenda da inicial para alteração da autoridade apontada como coatora. Modificação da competência. Precedentes. Ausência da exigência de prequestionamento em recurso em mandado de segurança. Recurso não provido.

1. O Mandado de Segurança foi impetrado contra ato atribuído ao Secretário da Fazenda do Estado da Bahia objetivando afastar a cobrança de diferencial de alíquota de ICMS (*Difal*) nas vendas para pessoas físicas e jurídicas não contribuintes do ICMS. Entretanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, em regra, o Secretário de Estado não possui legitimidade para figurar no polo passivo de Mandado de Segurança em que se discute incidência de tributos.

2. Não se desconhece o entendimento firmado pelo STF em Repercussão Geral no RE 1.287.019-DF, Tema 1.093, no sentido de que “A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional n. 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais”.

3. Contudo, no julgamento da Repercussão Geral sobredita, salvo melhor juízo, o Supremo Tribunal Federal não se manifestou sobre a questão relativa à legitimidade passiva do Secretário de Fazenda Estadual, de modo que não

é possível, na hipótese dos autos, suplantar o referido óbice para adentrar no mérito da demanda ou, ainda, determinar a emenda da petição inicial para que seja indicada a correta autoridade coatora, visto que tal indicação implicaria a alteração da competência jurisdicional para processamento da impetração, saindo da competência originária do Tribunal de Justiça para o primeiro grau de jurisdição, o que não se coaduna com a orientação desta Corte. A propósito: AgInt no RMS 63.558/MA, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 31.5.2021; RMS 68.112/MA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 27.9.2022; AgInt no RMS 35.432/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 19.11.2020; e EDcl no RMS 67.101/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 16.12.2021.

4. Não prospera a alegação de que não houve prequestionamento em relação à matéria referente à ilegitimidade passiva do Secretário de Fazenda Estadual. Isso porque “o recurso ordinário, interposto na forma dos §§ 2º e 3º art. 1.028 do CPC para o STF ou STJ, quando denegatória a decisão proferida em mandado de segurança, contém os mesmos requisitos da apelação, aplicando-se-lhe a disciplina própria desta última. Assim, não se exige, para a interposição do recurso ordinário, prequestionamento nem qualquer outro requisito próprio dos recursos extraordinário e especial.” (CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em Juízo*. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 591, grifei).

5. Por fim, a recorrente aponta que não foi previamente intimada para se manifestar sobre a matéria. Sobre o princípio da vedação de decisão surpresa, a jurisprudência do STJ é de que: i) “nos termos da jurisprudência do STJ, não cabe alegar surpresa se o resultado da lide encontra-se previsto objetivamente no ordenamento disciplinador do instrumento processual utilizado e insere-se no âmbito do desdobramento causal, possível e natural, da controvérsia” (REsp 1.823.551/AM, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 11/10/2019), e ii) “não há que se falar em violação à vedação da decisão surpresa quando o julgador, examinando os fatos expostos na inicial, juntamente com o pedido e a causa de pedir, aplica o entendimento jurídico que considerada coerente para a causa” (AgInt nos EDcl no REsp 1.864.731/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 26.4.2021).

6. Não há como se presumir prejuízo à recorrente, de modo que o reconhecimento de vício que enseja a anulação de decisão processual exige a efetiva demonstração de prejuízo por parte do recorrente (*pas de nullité sans grief*). No caso dos autos, a agravante não demonstra a imprecisão da decisão recorrida relativamente à ilegitimidade passiva do Secretário de Fazenda Estadual, de modo que não há que se declarar a nulidade. Nesse sentido: REsp 1.816.332/PA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 13.9.2019.

7. Agravo Interno não provido.

(AgInt nos EDcl no RMS n. 70.168/BA, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 4/4/2023.)

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo interno.

É o voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 69.480-BA
(2022/0246388-1)**

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Recorrente: Andre Luiz Teixeira Matos

Advogado: Nixon Duarte Muniz Ferreira Filho - BA032046

Recorrido: Estado da Bahia

EMENTA

Administrativo e Processual Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Delegado de Polícia Civil. Pessoa com deficiência. Vagas reservadas. Tremor essencial. Laudo médico atestatório da alegada deficiência. Necessidade. Determinação judicial de repetição da prova pericial por junta médica oficial. Providência correta. Recurso não provido.

1. Cuida-se de hipótese em que a Corte estadual, à conta de vícios formais na perícia oficial, concedeu parcialmente a segurança, apenas para determinar a renovação da perícia médica, que não reconheceu a condição de pessoa com deficiência ao candidato inscrito em concurso público.

2. O reconhecimento da nulidade de um ato administrativo inserido em uma cadeia processual, ainda que possa, em tese, comprometer a higidez dos atos subsequentes, não prejudica nem inviabiliza o aproveitamento dos feitos anteriores, como decorre da incidência, à espécie, do disposto nos arts. 283 e 15 do vigente diploma processual civil.

3. Saber se o “tremor essencial” autoriza, ou não, a qualificação do Autor como pessoa com deficiência não é uma questão de direito, mas

de fato e, por esta razão, não cabe ao Poder Judiciário, que não tem a *expertise* necessária, se substituir aos peritos médicos para reconhecer tal condição ao Impetrante, como reivindicado na petição vestibular. Inteligência do disposto nos arts. 4º, incisos XII e XIII, e 5º, inciso II, da Lei n. 12.842/2013.

4. Recurso ordinário 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 e Paulo Sérgio Domingues (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Dr. Nixon Duarte Muniz Ferreira Filho, pela parte recorrente: Andre Luiz Teixeira Matos

Brasília (DF), 26 de setembro de 2023 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 2.10.2023

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por *André Luiz Teixeira Matos* contra o acórdão de fls. 943/971, proferido à unanimidade pela Seção Cível de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, resumido na seguinte ementa (fls. 945/946):

Mandado de segurança. Preliminar de ilegitimidade passiva do Governador do Estado rejeitada. Preliminar de inadequação da via eleita não acolhida. Mérito. Concurso público Edital SAEB/01/2018. Candidato que concorreu às vagas reservadas a pessoas com deficiência. Perícia médica realizada fora das especificações do edital. Ausência de motivação. Nulidade. Perícia que deve ser renovada em observância às regras do edital. Segurança parcialmente concedida.

1. Preliminar de ilegitimidade passiva do Governador do Estado da Bahia rejeitada. Autoridade que tem como atribuição para nomeação e posse de candidato em concurso público, consoante disposto no art. 105, XIII, da Constituição do Estado da Bahia.

2. Preliminar de inadequação da via eleita não acolhida. Documentação suficiente para aferir a ilegalidade do ato administrativo impugnado.

3. No mérito, objeto do processo concernente à ilegalidade da exclusão de candidato a concurso público por considerá-lo inapto a concorrer às vagas reservadas a pessoas com deficiência. Ausência de fundamentação, bem como inobservância às regras do edital e aos princípios administrativos e constitucionais adequados ao caso.

4. Motivação do ato administrativo como requisito de validade ausente no ato impugnado. Inobservância ao art. 50, III, da Lei 9.784/99. Princípio constitucional da impessoalidade da Administração Pública violado.

5. Previsão expressa no edital de que a perícia seria realizada por uma junta médica composta por uma equipe multiprofissional, e não por um único médico. Consonância do edital com o art. 2º, § 1º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que não foram respeitados.

6. Ato administrativo nulo diante da ausência de motivação e da inobservância das regras do edital para provimento do concurso.

7. Atuação do poder judiciário que não pode ultrapassar o exame de legalidade do ato administrativo impugnado. Rito do mandado de segurança que não comporta dilação probatória. Deficiência que deve ser aferida por nova perícia médica que respeite a previsão do edital de ser realizada por junta médica, sendo seu resultado devidamente justificado.

8. Candidato que já logrou êxito em todas as demais etapas do concurso e que, caso aprovado pela perícia médica, deverá ter sua nomeação e posse mantidas em definitivo.

9. Segurança parcialmente concedida.

Nas razões recursais, fls. 1.002/1.023, insurge-se o autor contra a concessão parcial da ordem, argumentando que é pessoa com deficiência, segundo o disposto no art. 2º da Lei 13.146/2015, norma que teria sido desconsiderada pela profissional que executou o exame físico-técnico previsto no edital. Acrescenta o recorrente, mais, que a autoridade impetrada, “ao utilizar unicamente das hipóteses do Decreto Federal 3.298/99 para excluir candidatos que se declararam deficientes, o Recorrido afastou completamente o comando da Lei 13.146/2015, que deveria obrigatoriamente ter sido levado em consideração na avaliação médica, sendo este o motivo principal da irrisignação do apelo” (fl. 1.015) e

que, em caso assemelhado, o TJBA teria concedido integralmente a ordem, pelo que haveria, assim, quebra da isonomia. Por fim, alega que “determinar nova perícia, tal como disposto no acórdão, é conduta com potencial de submeter o impetrante a novas violações de direitos fundamentais, vitimando-o novamente por meio de conduta preconceituosa, o que viola diversos dispositivos a Lei 13.146/15” (fl. 1.019).

Recurso sem contrarrazões, conforme certidão às fls. 1.851.

O Ministério Público Federal, em pronunciamento do ilustre Subprocurador-Geral da República Carlos Rodolfo Fonseca Tigre Maia, manifestou-se pelo não provimento do apelo, consoante o parecer de fls. 1.860/1.868, assim ementado:

Recurso ordinário constitucional em mandado de segurança. Direito Administrativo. Concurso público. Candidato portador de transtorno de movimento. Tremor essencial. Deficiência. Controvérsia. Dilação probatória. Precedentes: parecer pelo não provimento do recurso. (fl. 1.860)

O recurso é tempestivo e subscrito por advogado regularmente constituído (fl. 37).

O recorrente é beneficiário de gratuidade de justiça, pedido que foi deferido pelo Tribunal de origem (fl. 698).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): O êxito do recurso ordinário interposto contra acórdão que denega a segurança vai condicionado à demonstração, pelo recorrente, da ocorrência de erro – de procedimento ou na aplicação do direito – verificado durante a prolação do aresto impugnado.

Na hipótese, o recorrente reivindica a reforma do anterior julgado por compreender que a Corte local não aplicou bem o direito à espécie, ao não conceder a ordem em toda a extensão requerida.

Em que pese à irrisignação do Impetrante com o desfecho que lhe foi apenas parcialmente favorável, penso que razão *não* lhe assiste.

Com efeito, colhe-se do caderno processual que o Tribunal de Justiça da Bahia concedeu parcialmente a ordem por vislumbrar um vício formal

de procedimento no ato pericial, fato que comprometeu, segundo aquela Corte, a validade dos atos administrativos subsequentes. Daí a anulação do processo administrativo a partir do ato viciado, determinando-se a retomada do procedimento, com o cuidado de se dar, ao refazer, fiel cumprimento às prescrições contidas no edital que regulou o certame. Também ressaltou o acórdão recorrido não ser lícito ao Poder Judiciário imiscuir-se no mérito administrativo, limitando-se a atuação judicial ao controle de legalidade do procedimento. Em outras palavras, afirmou a Corte estadual – com razão – não caber ao Poder Judiciário aferir se o impetrante é, ou não, pessoa com deficiência, mister que compete à junta médica que, para esse exclusivo fim, deveria ser constituída.

Ora, no meu sentir, nenhum reparo merecem as conclusões do Judiciário baiano, manifestadas no aresto ora impugnado, visto que em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, como passo a demonstrar, na ordem em que questionadas nas razões recursais.

1. Da anulação de atos processuais e do aproveitamento dos feitos válidos.

Segundo o recorrente, “apesar de ter havido reconhecimento da ilegalidade do ato praticado pelas autoridades coatoras, o direito de nomeação e posse por reconhecimento da deficiência não foi concedido, sendo determinado um ato de nova perícia” (fl. 1.005) e, por isso, “atravessou petição, rememorando que o pedido foi no sentido de ver seu direito líquido e certo reconhecido, qual seja, concorrer como deficiente por ter tremor essencial, ser nomeado e empossado nessa condição e, manifestando-se contrário à realização de nova perícia por ser ato que devolveria a solução da demanda às autoridades coatoras, que não ostentam imparcialidade e poderiam realizar nova perícia como mera formalidade para legitimar seu intento de não permitir o ingresso do impetrante no serviço público” (fl. 1.009).

Ora, o reconhecimento da nulidade de um ato administrativo inserido em uma cadeia processual, ainda que possa, em tese, comprometer a higidez dos atos subsequentes, não prejudica nem inviabiliza o aproveitamento dos feitos anteriores, como decorre da conjunta incidência, à espécie, do estatuído nos *arts. 283 e 15* do vigente diploma processual civil:

Art. 283. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais.

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

No mesmo sentido são, dentre outros, caminham os seguintes acórdãos:

Mandado de segurança. Administrativo. Policial Rodoviário Federal. Procedimento administrativo disciplinar. Nulidade parcial do PAD quanto a outro servidor. Reabertura da instrução. Ausência e fatos novos quanto ao impetrante. Realização de novo interrogatório. Desnecessidade. Oportunidade concedida. Não comparecimento. Devido processo legal administrativo atendido. Incidente de sanidade mental. Inexistência de dúvida razoável. Prescindibilidade de sua instauração. Indeferimento de prova testemunhal. Desnecessidade da prova. Ausência injustificada de comparecimento. Inexistência de prejuízo. Histórico da demanda.

[...]

Desnecessidade de realização de novo interrogatório do impetrante, após anulação parcial do processo - existência de interrogatório anterior - aproveitamento dos atos processuais não atingidos pela nulidade

[...]

18. Embora o impetrante não questione a validade do primeiro interrogatório, insurgindo-se apenas quanto à não renovação do ato, após a reinstauração do procedimento, por nulidade relacionada a outro investigado, cabe ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça entende que a nulidade do procedimento administrativo disciplinar não afeta os atos não relacionados a tal invalidade. Nesse sentido: MS 21.827/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe 31/5/2017.

[...]

(MS n. 25.141/DF, relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe de 27/6/2022.)

Processual Civil e Administrativo. Servidor público. Agravo interno no mandado de segurança. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Violação ao princípio da colegialidade. Inexistência. Prescrição da pretensão punitiva e *bis in idem* não verificados. Participação de membro da comissão disciplinar que atuou em outro PAD envolvendo o mesmo indiciado. Fatos distintos. Ausência de nulidade. Anulação parcial do processo disciplinar. Preservação dos atos não afetados. Possibilidade. Eventuais vícios. Necessidade de demonstração de prejuízo à defesa. Princípio *pas de nullité sans grief*. Insuficiência de provas para condenação. Inadequação da via eleita. Caracterização de hipótese prevista no art. 132 da Lei n. 8.112/1990. Discricionariedade da autoridade administrativa na escolha da penalidade. Inexistência. Argumentos insuficientes para desconstituir a decisão atacada. Aplicação de multa. Art. 1.021, § 4º, do CPC/2015. Descabimento.

[...]

VI - A anulação parcial do PAD não implica na renovação de todos os atos posteriores, mas apenas daqueles alcançados pelo vício.

[...]

XII - Agravo Interno improvido.

(AgInt no MS n. 22.629/DF, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, DJe de 19/11/2021.)

Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Licitação. Terreno ocupado pela denominada Feira dos Importados. Art. 18 da Lei 8.666/93. Valor da caução em 5% (cinco por cento) sobre a avaliação do imóvel. Alteração de item editalício, para redução do valor. Impossibilidade. Princípio da legalidade. Não observância. Nulidade da cláusula do edital. Aproveitamento das fases do certame não contaminadas pela nulidade que ora se declara. Ofensa ao art. 21, § 4º da Lei 8.666/93. Prejudicialidade. Recurso especial parcialmente provido, por maioria.

[...]

XII. Nesse contexto, a ilegalidade da cláusula constante do item 3 do Edital 14/2008, no tocante à fixação do valor da caução, macula somente a homologação do resultado da referida licitação, pois o vício do referido ato eiva apenas os atos que lhe sucedem, sendo possível - e até recomendável -, *in casu*, o aproveitamento das fases não contaminadas pela nulidade que ora se declara.

XIII. Tal solução prejudica a hipótese de reabertura do prazo para apresentação de propostas, prevista no art. 21, § 4º, da Lei 8.666/93 - irregularidade apontada, no presente Recurso Especial -, seja porque não caberia reabertura de prazo, porquanto a alteração do valor da caução está sendo declarada nula, seja porque, mesmo antes da alteração editalícia, à licitação acorreram apenas a empresa autora e a *Cooperfim*.

XIV. Recurso de DGL Empreendimentos Imobiliários Ltda. provido, em parte, por maioria, para declarar a nulidade da cláusula que estabeleceu, em 1% (um por cento) da avaliação do imóvel, o valor da caução do imóvel correspondente ao item 3 do Edital 14/2008, e, por conseguinte, da homologação do resultado da licitação em favor da *Cooperfim*, determinando, ainda, que seja concedida à *Cooperfim* a oportunidade de complementação do valor da caução, em sendo o caso, de acordo com o disposto no art. 18 da Lei 8.666/93, prosseguindo-se no certame.

(REsp n. 1.617.745/DF, relatora para acórdão Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 16/4/2020.)

Direito Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público. Policial Federal. Nulidade parcial do PAD. Vícios sanáveis. Reabertura da instrução. Possibilidade. Art. 169 da Lei 8.112/1990. Prescrição. Não ocorrência.

1. Nos termos do art. 169 da Lei 8.112/1990, a declaração de nulidade do PAD pode ser parcial, hipótese em que a autoridade competente anulará o processo a partir de certo momento, determinando-se o refazimento dos atos anulados e o aproveitamento dos atos anteriores que não foram atingidos pelo vício insanável.

[...]

9. Segurança denegada.

(MS n. 21.827/DF, relator Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 24/5/2017, DJe de 31/5/2017.)

Eis porque, em minha compreensão, não merece prosperar a irresignação do recorrente nesse particular aspecto.

2. Quanto à condição de pessoa com deficiência, alegada pelo Autor.

Na petição recursal, fls. 1.002/1.023, o Recorrente afirma ser pessoa com deficiência, pois padece de “tremor essencial familiar, patologia progressiva e degenerativa que ocasiona tremores rítmicos involuntários nas extremidades, apresentando-se com maior intensidade na mão esquerda, a qual utiliza para escrita, sintomas que são atenuados com uso de medicamento prescrito pelo neurologista” (fl. 1.006) e, por isso, inconformado com a concessão apenas parcial da ordem, “atravessou petição, rememorando que o pedido foi no sentido de ver seu direito líquido e certo reconhecido, qual seja, concorrer como deficiente por ter tremor essencial, ser nomeado e empossado nessa condição e, manifestando-se contrário à realização de nova perícia por ser ato que devolveria a solução da demanda às autoridades coatoras, que não ostentam imparcialidade e poderiam realizar nova perícia como mera formalidade para legitimar seu intento de não permitir o ingresso do impetrante no serviço público” (fl. 1.009). Daí a irresignação que agora submete ao exame do STJ, vazada nos seguintes moldes:

Nesse cenário, apesar de reconhecer a ilegalidade do ato praticado pelo Estado da Bahia, o judiciário baiano não readequou a situação do impetrante, a luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei Federal 13.146/2015), ensejando a interposição do presente apelo. (fl. 1.009).

Com efeito, o pedido inicialmente formulado foi consideravelmente abrangente, pois buscava a concessão da ordem para “confirmar a decisão concedida em sede de liminar, declarando a ilegalidade da perícia médica realizada em 08/07/2019, cujo resultado final fora publicado sem fundamentação na data de 02/09/2019, com o fim de reconhecer que o impetrante tem o direito

de concorrer nas vagas destinadas aos portadores de necessidades especiais, com amparo na Lei 13.146/2015, por ser portador de tremor essencial, tornando definitiva sua posse precária originada com a liminar” (fl. 34).

Ao seu turno, a resposta do Tribunal da Bahia pode ser bem compreendida a partir da fundamentação do acórdão às fls. 988/998, em que a Corte local rejeitou recurso integrativo. Esse aresto se apresenta guarnecido da seguinte ementa:

Embargos de declaração em mandado de segurança. Concurso público. Candidato portador de tremor essencial. Perícia que não o considerou como pessoa com deficiência. Acórdão que concedeu parcialmente a segurança para que seja realizada nova perícia fundamentada e com respeito às regras do edital. Alegação de omissão quanto às provas apresentadas que demonstrariam sua condição como pessoa com deficiência. Mandado de segurança é a via inadequada para tanto. Necessidade de dilação probatória. Acórdão claro nesse sentido. Omissão não configurada. Tentativa de rediscussão da matéria. Embargos rejeitados.

1- No caso em análise, o embargante aponta a existência de omissão no julgado, que não teria apreciado o laudo médico juntado ao mandado de segurança que atesta ser o impetrante, ora embargante, acometido de Tremor Essencial, o que comprovaria sua condição de deficiente físico. Aponta também omissão quanto à literatura médica apresentada, bem como aos julgados colacionados.

2- Acórdão embargado que em nenhum momento se fundamenta na inexistência de comprovação de que o impetrante é portador de tremor essencial. Pelo contrário, esse fato foi cabalmente demonstrado. No entanto, a concessão parcial da segurança teve como base a ausência de comprovação de que ser portador de tremor essencial se enquadra no conceito de portador de deficiência.

3- Conforme exposto no acórdão, a contraposição à perícia médica realizada que não considerou o candidato como pessoa com deficiência demandaria dilação probatória por meio de prova pericial, sendo o mandado de segurança via inadequada para tanto.

4- Mandado de segurança que se mostra como a via adequada para demonstrar a ilegalidade de sua exclusão do concurso público por ausência de fundamentação, o que implica em uma nova perícia a ser realizada de forma fundamentada, como também respeitando as regras editalícias. Todavia, não seria o meio apto a comprovar que o tremor essencial familiar do qual o autor é portador se trata de deficiência física que o possibilite a concorrer nas vagas destinadas a pessoas com deficiência, conforme exposto no acórdão, eis que dependeria da realização de prova pericial.

5- Ausência de omissão a ser suprida. Tentativa de rediscussão da matéria por meio de recurso inadequado.

6- Rejeição dos embargos de declaração. (fls. 990/991).

Como se extrai do julgado acima, a concessão parcial, combatida pelo Autor, se ancorou em dois fundamentos essenciais. Por primeiro, decidiu-se pela não existência de liquidez e certeza quanto à qualificação do Impetrante como pessoa com deficiência e, em seguida, afirmou-se a inadequação da via mandamental para superar a controvérsia estabelecida em razão da divergência de opiniões técnicas, verificada entre o laudo pericial oficial e o apresentado pelo médico do Autor.

Mas também quanto a isso penso não merecerem reparos as conclusões do acórdão estadual.

Com efeito, se, de um lado, cabe ao Poder Judiciário, no exercício regular de suas constitucionais atribuições, assegurar aos titulares do direito vindicado o pleno gozo de suas garantias legais – inclusive quanto ao acesso às políticas afirmativas, como no que tange à reserva de vagas em concursos públicos –, resolvendo, assim, as *questões de direito* a ele são submetidas, não lhe é dado arbitrar o concerto das *questões de fato*, em ordem a declarar, ou não, este ou aquele candidato como pessoa com deficiência.

Assim, saber se o “tremor essencial” autoriza, ou não, a qualificação do Autor como pessoa com deficiência *não* é uma questão de direito, mas de fato e, por tal razão, não cabe ao Poder Judiciário, que não tem a *expertise* necessária, pretender substituir-se aos peritos médicos para reconhecer tal condição em favor do Impetrante, como reivindicado na petição de ingresso. Dito ponto, repita-se, constitui-se em questão a ser submetida ao crivo dos profissionais da Medicina, e não ao juízo, inclusive por expressa disposição legal, como se colhe dos arts. 4º, incisos XII e XIII, e 5º, inciso II, da Lei n. 12.842/2013, norma que regula, no âmbito nacional, o exercício da atividade médica. Confirmam-se:

Art. 4º São atividades privativas do médico:

[...]

XII – realização de perícia médica e exames médico-legais, excetuados os exames laboratoriais de análises clínicas, toxicológicas, genéticas e de biologia molecular;

XIII – atestação médica de condições de saúde, doenças e possíveis sequelas;

Art. 5º São privativos de médico:

[...]

// – perícia e auditoria médicas; coordenação e supervisão vinculadas, de forma imediata e direta, às atividades privativas de médico;

Também por esse motivo não merecem prosperar as alegações autorais sobre a desnecessidade de se submeter ao legítimo e necessário exame pericial, até mesmo para elidir as suspeitas do candidato quanto à parcialidade da Administração Pública.

Eis porque não poderia o TJBA conceder a segurança na ampla extensão em que postulada.

Quanto à incompatibilidade da via mandamental com a dilação probatória, segundo fundamento do aresto combatido, outra vez a compreensão externada pela Corte baiana se acha em estreita sintonia com a jurisprudência do STJ. Ilustrativamente:

Processo Civil. Administrativo. Agravo interno no recurso em mandado de segurança. Concurso público. Serviços notariais e de registro. Inscrição de candidato na condição de portador de deficiência física. Indeferimento por junta médica. Regularidade. Necessidade de dilação probatória. Ausência de comprovação do direito líquido e certo.

1. Nos termos do edital aplicável ao concurso público *sub judice*, o simples deferimento da inscrição preliminar do candidato na qualidade de Pessoa com Deficiência - PcD não o dispensa de submeter-se a exames presenciais realizados por junta médica habilitada para ratificar ou retificar essa condição, inexistindo um direito adquirido à manutenção da situação jurídica anteriormente declarada pelo interessado. Tal orientação se coaduna com o princípio da legalidade e o dever de autotutela da administração pública.

2. A concessão da ordem mandamental depende da efetiva demonstração do direito líquido e certo vindicado pelo impetrante por meio de documentos juntados no momento da impetração, inadmitindo-se dilação probatória.

3. É certo que a complexidade jurídica da demanda não é obstáculo para a impetração do mandado de segurança. No entanto, a situação presente nos autos não é meramente de direito, e, sim, de ordem fática. Isso porque existe divergência entre os laudos médicos particulares acostados aos autos e as conclusões da junta médica oficial do concurso público, especificamente quanto à incapacitação funcional do ora agravante. Esse dissídio não se resolve mediante a simples interpretação de dispositivos legais, mas através da abertura de fase instrutória, a qual se afigura indispensável para o juízo de convencimento do magistrado, sendo incompatível com a estreita via mandamental.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no RMS n. 51.911/RS, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 25/6/2018.)

3. *Conclusão.*

Por todo o exposto, concluo não existir, no acórdão recorrido, nenhum erro de aplicação do direito que justifique sua reforma, devendo a parcial concessão da ordem, decidida na origem, ser preservada em toda a sua bem delimitada extensão, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ante o exposto, conheço do recurso ordinário, mas *nego provimento* ao apelo, mantendo íntegro, por sua própria fundamentação, o acórdão recorrido.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.747.670-RS (2018/0098677-8)

Relator: Ministro Paulo Sérgio Domingues

Recorrente: Fazenda Nacional

Recorrente: Cotrijui - Cooperativa Agropecuaria & Industrial Ltda - em
Liquidacao

Advogados: Fernando Olavo Saddi Castro - SP103364

Edilson Jair Casagrande - SC010440

Everdon Schlindwein - PR080356

Recorrido: Fazenda Nacional

Recorrido: Cotrijui - Cooperativa Agropecuaria & Industrial Ltda - em
Liquidacao

Advogados: Fernando Olavo Saddi Castro - SP103364

Edilson Jair Casagrande - SC010440

Everdon Schlindwein - PR080356

EMENTA

Tributário. Mandado de segurança. Crédito presumido de PIS e *Cofins*. Beneficiamento de cereais. Óbice da Súmula 7 do STJ superado. Inaplicabilidade do art. 8º da Lei 10.925/2004. Recurso especial da Fazenda Nacional provido e prejudicado o recurso da contribuinte.

1. A discussão está delimitada na subsunção das atividades da empresa como agroindustriais ou cerealistas, consoante disposição constante no art. 8º da Lei 10.925/2004, para fazer jus à apuração do crédito presumido de PIS e de *Cofins*, questão eminentemente de direito, razão pela qual não incide o óbice da Súmula 7/STJ.

2. O benefício fiscal instituído pelo art. 8º da Lei 10.925/2004 (crédito presumido de PIS/*Cofins*) aplica-se somente às sociedades que realizam processo de industrialização com emprego de grãos de soja, trigo, milho e outros, adquiridos de pessoa física ou recebidos de cooperado pessoa física, transformando-os em produtos diversos, tais como, óleo de soja, farinha de trigo, massas, biscoitos, etc. Nesse sentido: AgInt nos EDcl no AgInt no REsp 1.708.514/RS, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 12/6/2023, DJe de 15/6/2023; AgInt nos EDcl no REsp 1.667.099/PR, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 3/8/2021, DJe de 16/8/2021; e AgInt nos EDcl no REsp 1.697.609/RS, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28/9/2020, DJe de 9/10/2020.

3. Na espécie, o Tribunal de origem consignou, expressamente, que o grão adquirido pela impetrante para futura exportação passava apenas pelas etapas de recebimento, beneficiamento, limpeza, padronização, secagem, armazenamento e expedição, não havendo que se falar, portanto, em processo de industrialização para fins de enquadramento da contribuinte como empresa agroindustrial.

4. Recurso especial da Fazenda Nacional provido. Prejudicado o recurso da contribuinte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, por maioria, preliminarmente, conhecer do recurso especial da Fazenda Nacional, e, no mérito, por unanimidade, dar-lhe provimento e julgar prejudicado o recurso especial da contribuinte, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos, no conhecimento, os Srs. Ministros Regina Helena Costa e Benedito Gonçalves, que votaram pela aplicação da súmula 7/STJ.

Votaram os Srs. Ministros Paulo Sérgio Domingues, Benedito Gonçalves (voto-vista), Regina Helena Costa, Sérgio Kukina e Gurgel de Faria.

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

Ministro Paulo Sérgio Domingues, Relator

DJe 18.12.2023

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues: Trazem os autos dois recursos especiais, um interposto pela *Fazenda Nacional* e o outro interposto pela *Cotrijui-Cooperativa Agropecuária e Industrial*, nos quais se insurgem os recorrentes contra o acórdão proferido pelo *Tribunal Regional Federal da 4ª Região* assim ementado:

Tributário. PIS e Cofins. Créditos presumidos. Ausência de interesse de agir quanto ao pleito de creditamento presumido de PIS e Cofins sobre a exportação de carne suína. Art. 8º da Lei n. 10.925/04. Beneficiamento de cereais. Processo produtivo. Destinação à alimentação humana ou animal. Prova. Direito ao ressarcimento ou à compensação. Art. 56-A da Lei n. 12.350/10. Correção monetária.

1. Não havendo nos autos qualquer indício de que o crédito presumido pela exportação de carne suína tenha sido negado pela autoridade impetrada, ou esteja na iminência de que venha a ser, mostra-se inviável o exame do pedido, porquanto não é cabível a formulação de pretensão judicial sem a demonstração de lesão (ou risco de lesão) a um direito.

2. As atividades de beneficiamento desenvolvidas pela impetrante (limpeza, padronização, armazenagem e industrialização) de produtos *in natura* de origem vegetal enquadram-se no conceito de empresa agroindustrial, fazendo jus, por consequência, ao ressarcimento do crédito presumido, apurado na forma do artigo 8º da Lei 10.925/2004 c/c o art. 56-A da Lei n. 12.350/10.

3. No caso de produtos como soja, milho, arroz e trigo, a finalidade de alimentação humana ou animal é ínsita aos próprios grãos, sendo desnecessário comprovar a sua destinação. A eventual utilização para outros fins não elide o direito ao crédito presumido, até porque se mostra quase inviável acompanhar e controlar toda a cadeia de adquirentes do produto.

4. Os créditos devem ser corrigidos pela Taxa *Selic* (art. 39, § 4º, da Lei n. 9.430/96) desde a data em que poderiam haver sido aproveitados (fl. 698).

Os embargos de declaração foram parcialmente acolhidos nos termos da seguinte ementa:

Tributário. Processual Civil. Embargos de declaração. Omissão. Ocorrência. Pedido administrativo. Resposta. Prazo. Obscuridade. Contradição. Inexistência. Prequestionamento implícito.

1. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: a) esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; b) suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; c) corrigir erro material (CPC/2015, art. 1.022, incisos I a III). Em hipóteses excepcionais, entretanto, admite-se atribuir-lhes efeitos infringentes.

2. Caracterizada a mora do Fisco ao analisar o pedido administrativo de reconhecimento de crédito escritural ou presumido (quando extrapolado o prazo de análise do pedido), deve incidir correção monetária, pela taxa *Selic*.

3. A Primeira Seção do STJ, quando do julgamento do EAg 1.220.942/SP (Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, DJe de 18/04/2013), firmou o entendimento de que, tendo havido o pedido administrativo de restituição e/ou compensação dos créditos tributários, formulado pelo contribuinte, a eventual “resistência ilegítima” da Fazenda Pública, configurada pela demora em analisar o pedido, enseja a sua constituição em mora, sendo devida a correção monetária dos respectivos créditos a partir da data de protocolo do pedido.

4. Quanto às alegações de ocorrência de erro material e obscuridade, não se enquadrando em qualquer das hipóteses de cabimento legalmente previstas, devem ser rejeitados os declaratórios nos referidos pontos.

5. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade (art. 1.025 do CPC/2015).

Em suas razões recursais (fls. 724/747), a Fazenda Pública sustenta, preliminarmente, a prescrição da pretensão deduzida em juízo, com fundamento no art. 1º do Decreto 20.910/1932. No mérito, aduz que aquele que desempenha as atividades de limpeza, padronização, armazenamento e comercialização de grãos *in natura* deve ser enquadrado como cerealista, situação que impossibilita o gozo do benefício fiscal instituído pela Lei 10.925/2004, e, caso seja confirmada a segurança concedida, requer a não incidência de correção monetária, ante a ausência de pedido administrativo, e a aplicação taxa *Selic* apenas após a impetração do mandado de segurança.

A contribuinte, por sua vez, defende que o crédito deve ser corrigido a partir de cada período de apuração, bem como sustenta a inaplicabilidade do art. 170-A do CTN (fls. 781/814).

É o relatório, no essencial.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues (Relator): Inicialmente, constato que o art. 1º do Decreto 20.910/1932 não foi apreciado pelo Tribunal de origem, tampouco foram opostos embargos de declaração com o objetivo de sanar eventual omissão da questão de direito controvertida. A ausência de enfrentamento no acórdão recorrido da matéria impugnada, objeto do recurso, impede o acesso à instância especial porquanto não preenchido o requisito constitucional do prequestionamento. Incidência no presente caso, por analogia, das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

Antes de adentrar ao mérito, ressalto que a Primeira Turma desta Corte, em casos análogos, obstou o conhecimento da matéria de fundo ante o enunciado da Súmula 7/STJ sob o fundamento de que a revisão do enquadramento jurídico da empresa para fins de creditamento tributário demandaria reexame de acervo fático-probatório dos autos. Nesse sentido: AgInt no AgInt no REsp n. 1.697.617/RS, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, relator para acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 19/11/2020, DJe de 30/11/2020 e (AgInt nos EDcl no REsp n. 1.717.283/RS, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 19/2/2019, DJe de 5/4/2019.).

O fim colimado pela Súmula 7/STJ é o de vedar a análise de provas em instância extraordinária. Atento a isso e compulsando os autos, verifico que não há dissenso, seja pela Corte de origem, seja pela parte recorrente, sobre quais são as atividades praticadas pela empresa contribuinte, situação esta que demandaria análise casuística. O que está sendo discutido no presente recurso é a subsunção de tais atividades ao conceito de agroindustriais ou cerealistas, consoante disposição constante no art. 8º da Lei 10.925/2004, para possibilitar ou não a apuração do crédito presumido de PIS e de *Cofins*.

Ora, se é certo que não competiria a esta Corte analisar quais seriam as atividades empresariais da Recorrida, também o é que nada determina a este Tribunal que se obrigue a aceitar a conclusão sobre o enquadramento legal, ou sobre a qualificação jurídica daquelas atividades.

Nessa ordem de ideias, considero que se trata de questão eminentemente de direito, estando superado o óbice da Súmula 7/STJ, razão pela qual passo à análise do mérito.

O art. 8º da Lei 10.925/2004, assim dispõe:

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.

§ 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);

[...]

§ 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.

A Corte local, ao conceder parcialmente a segurança, manifestou-se nos seguintes termos:

Do ressarcimento dos créditos presumidos de PIS/*Cofins* oriundos da exportação de grãos. O conflito reside em verificar se a atividade da impetrante enquadra-se no conceito de cerealista - o que impediria o aproveitamento do crédito de contribuição para o PIS e *Cofins* não cumulativos, nos termos do § 4º do artigo 8º da Lei n. 10.925/2004 - ou no conceito de agroindústria, permitindo-se, assim, a utilização do crédito presumido nos termos do *caput* do mesmo artigo 8º.

[...]

Ainda, segundo o Laudo Técnico anexado ao evento 01 (OUT131), o grão adquirido pela impetrante para futura exportação passa pelas seguintes etapas: recebimento, beneficiamento, limpeza, padronização, secagem, armazenamento e expedição.

Como se vê, a atividade desenvolvida pela impetrante não se enquadra no conceito previsto no artigo 8º, § 1º, inciso I, da Lei n. 10.925/04, haja vista que as

mercadorias exportadas pela contribuinte são adquiridas no mercado interno e passam por um processo de beneficiamento que caracteriza processo industrial, ao modificar, aperfeiçoar e beneficiar o produto vendido, através da secagem, limpeza, classificação e armazenagem.

Portanto, verifica-se que o recorrente integra o setor agroindustrial de produção de alimentos, preenchendo, assim, os requisitos impostos pelo artigo 8º, *caput*, da Lei n. 10.925/04, podendo utilizar o crédito presumido para compensar com quaisquer tributos devidos ou ser restituída em dinheiro.

Dessa maneira, reformo a sentença para que seja assegurado à impetrante o direito a se valer do crédito presumido previsto no artigo 8º da Lei n. 10.925/2004, calculado sobre os grãos adquiridos, na forma do art. 56-A, da Lei n. 12.350/2010, na proporção da receita de exportação destes grãos, acumulados a partir do ano calendário de 2006 (fls. 692/696 – destaque no original).

A Segunda Turma desta Corte, analisando caso similar no julgamento do REsp 1.681.189/RS, proferiu o entendimento de que o benefício fiscal instituído pelo art. 8º da Lei 10.925/2004 (crédito presumido de PIS/*Cofins*) aplica-se às sociedades que realizam processo de industrialização com emprego de grãos de soja, trigo, milho e outros, adquiridos de pessoa física ou recebidos de cooperado pessoa física, transformando-os em produtos diversos, tais como, óleo de soja, farinha de trigo, massas, biscoitos, etc.

No voto condutor do acórdão, o Ministro Og Fernandes esclareceu:

Depreende-se da leitura de referidos normativos que (a) têm direito ao crédito presumido de PIS/Pasep e Cofins as pessoas jurídicas, inclusive cooperativas, que produzam mercadorias a partir de grãos de soja, milho e trigo adquiridos de pessoa física, cooperado pessoa física ou cerealista; e que b) os cerealistas não têm direito ao crédito presumido.

Conforme bem destacado pela Subprocuradora-Geral da República Denise Vinci Túlio nos autos do REsp 1.670.777/RS, “*pelos termos da lei (art. 8º, caput, da Lei 10.925/04), verifica-se que o legislador entende por produção a atividade que modifica os produtos animais ou vegetais, transformando-os em outros, tais, por exemplo, a indústria de doces obtidos a partir da produção de frutas; a indústria de queijos e outros laticínios, obtidos a partir do leite*” (e-STJ, fl. 580).

Correto referido raciocínio, pois, no meu entender, para fazer jus ao benefício fiscal, a sociedade interessada deve produzir mercadorias, ou seja, deve realizar processo de industrialização a partir de grãos de soja, milho e trigo adquiridos de pessoa física, cooperado pessoa física ou cerealista, transformando-os em outros (v.g. óleo de soja, farelo de soja, leite de soja, óleo de trigo, farinha de trigo, pães, massas, biscoitos, fubá, polenta etc).

A análise dos autos, bem como dos fatos delineados pelo Tribunal *a quo*, denota que as atividades desenvolvidas pela recorrida – cadastro, pesagem,

coleta de amostra, classificação, descarga na filial, pré-limpeza, secagem, limpeza, armazenagem, controle de qualidade, aeração e controle de pragas (e-STJ, fl. 671) – não ocasionam transformação do produto, enquadrando a sociedade na qualidade de mera cerealista e atraindo a vedação de aproveitamento de crédito a que se refere o § 4º, I, do art. 8º da Lei n. 10.925/1945.

Seguindo essa linha de raciocínio, constato que, no caso dos autos, o Tribunal de origem consignou, expressamente, que o grão adquirido pela impetrante para futura exportação passava apenas pelas etapas de recebimento, beneficiamento, limpeza, padronização, secagem, armazenamento e expedição, não havendo que se falar, portanto, em processo de industrialização para fins de enquadramento da contribuinte como empresa agroindustrial.

Desse modo, por se tratar de empresa cerealista, a impetrante não faz jus ao crédito presumido de PIS/*Cofins* previsto no art. 8º da Lei 10.925/2004.

Em reforço, destaco os seguintes julgados:

Processual Civil. Tributário. Mandado de segurança preventivo. PIS e Cofins. Créditos presumidos. Beneficiamento de cereais. Processo produtivo. Desprovisionamento do agravo interno. Manutenção da decisão recorrida. Admissibilidade implícita.

I - Na origem, trata-se de mandado de segurança, objetivando o provimento jurisdicional que declare direito ao crédito presumido previsto no art. 8º da Lei n. 10.925/2004, calculado sobre os grãos adquiridos, com direito ao ressarcimento, na forma do art. 56-A da Lei n. 12.350/2010, na proporção da receita de exportação destes grãos, referente ao período compreendido entre 01/2011 e 10/2013. Na sentença a segurança foi denegada. No Tribunal *a quo*, a sentença foi parcialmente reformada para reconhecer o direito ao creditamento em relação aos grãos de soja, milho e trigo que tenham sido por ela beneficiados na condição de agroindústria.

II - A Corte Especial deste Tribunal já se manifestou no sentido de que o juízo de admissibilidade do especial pode ser realizado de forma implícita, sem necessidade de exposição de motivos. Assim, o exame de mérito recursal já traduz o entendimento de que foram atendidos os requisitos extrínsecos e intrínsecos de sua admissibilidade, inexistindo necessidade de pronunciamento explícito pelo julgador a esse respeito. (REsp 1.119.820/PI, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Corte Especial, DJe 19/12/2014). No mesmo sentido: AgInt no REsp 1.865.084/MG, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 10/8/2020, DJe 26/8/2020; AgRg no REsp 1.429.300/SC, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25/6/2015; AgRg no Ag 1.421.517/AL, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 3/4/2014.)

III - Outrossim, deve-se destacar que o Tribunal de origem, ao analisar o conteúdo fático e probatório dos autos, consignou expressamente que a

empresa desempenha cumulativamente diversas atividades que envolvem o beneficiamento de grãos.

IV - Nesse contexto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento de que as atividades desenvolvidas pelo contribuinte - limpeza, secagem, classificação, padronização e armazenagem de grãos in natura de origem vegetal - não ocasionam transformação do produto, enquadrando a empresa, no que concerne a tais atividades, na qualidade de mera cerealista, fator que atrai a vedação de aproveitamento do requerido crédito presumido de PIS e Cofins. Nesse sentido: AgInt no REsp n. 1.779.737/RS, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 29/3/2021, DJe de 6/4/2021; AgInt no REsp n. 1.715.644/RS, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 27/10/2020, DJe de 17/11/2020.

V - Correta a decisão recorrida que deu provimento ao agravo interno para conceder provimento ao recurso especial, a fim de reconhecer como indevida a concessão de créditos presumidos de PIS e Cofins ao contribuinte.

VI - Agravo interno improvido.

(AgInt nos EDcl no AgInt no REsp n. 1.708.514/RS, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 12/6/2023, DJe de 15/6/2023 – sem destaque no original.)

Processual Civil e Tributário. Crédito presumido de IPI. Beneficiamento de grãos de milho, soja e trigo para atingir o “padrão ideal” a ensejar simples alienação a granel, sem transformação. Atividade de comercialização, inconfundível com industrialização. Inexistência do direito ao creditamento.

1. Pedido de vista regimental dos autos, em função dos esclarecimentos do Ministro Og Fernandes e da Ministra Assusete Magalhães, nos debates realizados na sessão de 6.3.2018.

2. Não se discutem fatos ou provas no Recurso Especial, mas, conforme descrito pelo ente fazendário, se as atividades (pormenorizadamente listadas no acórdão do Tribunal *a quo*) incluem-se no conceito de atividade industrial. Definir se determinado fato se amolda à previsão legal é o resultado típico da exegese do dispositivo de lei federal. Portanto, merece reconsideração a decisão monocrática, para o fim de afastar a incidência da Súmula 7/STJ.

3. A questão de fundo diz respeito ao reconhecimento, pleiteado pela empresa, de que possui direito ao crédito presumido de IPI, como decorrência das operações de beneficiamento dos grãos de milho, trigo e soja.

4. A esse respeito, o Tribunal de origem consignou que “as mercadorias comercializadas pela apelante passam por um processo de beneficiamento, visto que os grãos exportados (soja, trigo e milho) são submetidos a processamento em várias etapas, como a limpeza, que envolve a separação das impurezas; a secagem, que visa a atingir o grau de umidade adequado ao processamento ou

armazenamento por tempo mais prolongado; a separação e classificação, que se destinam a obter os grãos com as características desejadas; o tratamento, com o objetivo de proteger os grãos contra o ataque de fungos e de insetos; a padronização, para determinar a qualidade do produto, mediante análises específicas e por comparação entre a amostra analisada e os padrões oficiais; e o armazenamento em local apropriado” (fl. 1.746, e-STJ).

5. A matéria - inclusão das operações de limpeza, secagem, separação, classificação, tratamento, padronização e armazenamento no conceito de industrialização de cereais - foi amplamente debatida em precedentes que, embora tenham discutido o direito ao crédito presumido de PIS e Cofins, analisaram exatamente esse tema.

6. *A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça concluiu - no julgamento do REsp 1.681.189/RS, do REsp 1.667.214/PR e REsp 1.670.777/RS (de relatoria do eminente Ministro Og Fernandes) - que, “para fazer jus ao benefício fiscal, a sociedade interessada deve produzir mercadorias, ou seja, deve realizar processo de industrialização a partir de grãos de soja, milho e trigo adquiridos de pessoa física, cooperado pessoa física ou cerealista, transformando-os em outros (v.g. óleo de soja, farelo de soja, leite de soja, óleo de trigo, farinha de trigo, pães, massas, biscoitos, fubá, polenta etc.)”* Em igual sentido: AgInt nos EDcl no REsp 1.697.609/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 9.10.2020; AgInt no REsp 1.715.644/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 17.11.2020; e AgInt no REsp 1.779.737/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 6.4.2021.

7. De notar que a própria agravada sustenta que procede ao beneficiamento dos produtos para atingir o “padrão ideal” para que eles sejam comercializados sem alteração de sua natureza, o que significa dizer que sua atividade é de comercialização, e não de produção.

8. Agravo Interno provido.

(AgInt nos EDcl no REsp n. 1.667.099/PR, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 3/8/2021, DJe de 16/8/2021 – sem destaque no original.)

Recurso interposto na vigência do CPC/2015. Agravo interno em embargos de declaração em recurso especial. Processual Civil. Tributário. Crédito presumido de PIS/Pasep e Cofins. Sistema agropecuário da soja. Concessão somente para as pessoas jurídicas que processam/esmagam grãos no Brasil. Art. 8º, *caput*, da Lei n. 10.925/2004. Vedação de aproveitamento por pessoas jurídicas que apenas compram e vendem grãos *in natura* ou por aquelas que exercem as atividades de secagem, limpeza, padronização e armazenagem para venda *in natura* a granel para consumo ou para processamento/esmagamento. “Cerealistas”. Art. 8º, § 4º, I, c/c art. 8º, § 1º, I, da Lei n. 10.925/2004.

1. O recurso de agravo interno não pode ser utilizado para corrigir, complementar ou esclarecer a petição do recurso especial. Desta forma,

as alegações a respeito do princípio da não cumulatividade e princípio da desoneração das exportações caracterizam verdadeira inovação recursal e de cunho constitucional não admissíveis em sede de recurso especial e muito menos em sede de agravo interno.

2. Esta Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, em precedentes onde restei vencido (REsp n. 1.681.189/RS, REsp n. 1.667.214/PR, REsp n. 1.670.777/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Og Fernandes, julgados em 15.10.2019), firmou posicionamento no sentido de que as atividades de cadastro, pesagem, coleta de amostra, classificação, descarga na filial, pré-limpeza, secagem, limpeza, armazenagem, controle de qualidade, aeração e controle de pragas - não ocasionam transformação do produto, enquadrando a sociedade na qualidade de mera cerealista e atraindo a vedação de aproveitamento de crédito a que se refere o § 4º, I, do art. 8º, da Lei n. 10.925/2004.

3. Concluiu-se que “cerealista” é todo aquele que exerce “cumulativamente as atividades de limpar, padronizar, armazenar” grãos (art. 8º, § 1º, I, da Lei n. 10.925/2004). Após o advento do art. 63, da Lei n. 11.196/2005, o “cerealista”, para ser caracterizado como tal e gerar o crédito presumido de PIS/Pasep e Cofins para a Indústria Esmagadora, não tem mais a obrigatoriedade de realizar a secagem ou beneficiar grãos mas, se fizer isso, não deixará de ser “cerealista”, posto que o que caracteriza essa condição são as atividades de limpar, padronizar e armazenar grãos. Os grãos secos, limpos, padronizados e armazenados pelo “cerealista”, vendidos a granel, continuam *in natura*, apenas deixando essa condição após o processamento/esmagamento pela Indústria Esmagadora para a produção de óleo ou farelo (art. 4º, § 1º, I, da IN/MAPA n. 11/2007, Regulamento da Soja).

4. Assim, é a Indústria Esmagadora (produtora de óleo ou farelo) que tem direito ao crédito presumido (enquadramento no art. 8º, *caput*, da Lei n. 10.925/2004) e não a pessoa jurídica que limpa, padroniza, armazena, seca e beneficia os grãos (enquadramento no art. 8º, § 1º, I e § 4º, I, Lei n. 10.925/2004).

5. Posteriormente foram produzidos pela Segunda Turma vários outros precedentes no mesmo sentido, aos quais adiro também com ressalva de entendimento: AREsp n. 1.459.621/PR, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 12.05.2020; REsp n. 1.670.786/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 12.05.2020.

6. Agravo interno não provido.

(AgInt nos EDcl no REsp n. 1.697.609/RS, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28/9/2020, DJe de 9/10/2020 – sem destaque no original.)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional e julgo prejudicado o recurso da contribuinte.

É como voto.

VOTO-VISTA

Tratam os autos de recursos especiais interpostos pela Fazenda Nacional e pela Cotrijuí – Cooperativa Agropecuária e Industrial, contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Incluídos em pauta ambos os recursos especiais, o Colegiado da Primeira Turma entendeu por destacar a incidência da Súmula 7/STJ para o conhecimento da questão de fundo tratada nos autos, que diz respeito ao enquadramento da empresa contribuinte como cerealista ou agroindustrial, para fins de aproveitamento do crédito presumido de PIS/*Cofins* apurado na forma do art. 8º da Lei n. 10.925/2004, c/c o art. 56-A da Lei n. 12.350/2010.

Diante disso, após o voto proferido pelo Ministro Relator conhecendo do recurso especial da Fazenda Nacional, afastando a aplicação da súmula 7/STJ, e dando-lhe provimento, julgando prejudicado o recurso especial da contribuinte, pedi vista dos autos, quanto ao conhecimento.

É o relatório.

A matéria de fundo tratada nestes autos é amplamente conhecida neste Tribunal e versa sobre a qualificação das atividades de beneficiamento desenvolvidas pelo contribuinte (limpeza, padronização, armazenagem e industrialização) de produtos *in natura* de origem vegetal, com o objetivo de aferir se estão enquadradas no conceito de empreendimento agroindustrial, de modo a fazer jus, por consequência, ao ressarcimento do crédito presumido, apurado na forma do artigo 8º da Lei 10.925/2004, c/c o art. 56-A da Lei n. 12.350/10.

Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público, do início de 2018, concluíram pela aplicação da Súmula 7/STJ ao tema, obstando o conhecimento da matéria em sede de recurso especial.

Nesse sentido:

Processual Civil e Tributário. Agravo interno no recurso especial. Crédito presumido de PIS e Cofins. Arts. 8º da Lei n. 10.925/2004 e 56-A da Lei n. 12.350/2010. Enquadramento da empresa como cerealista ou agroindustrial. Súmula 7/STJ.

1. Cinge-se a questão ao enquadramento da empresa recorrida como cerealista ou agroindustrial, para fins de aproveitamento do crédito presumido de PIS/*Cofins* apurado na forma do art. 8º da Lei n. 10.925/2004, c/c o art. 56-A da Lei n. 12.350/2010.

2. “Não é possível a esta Corte rever o acórdão recorrido no que tange ao enquadramento fático da situação ensejadora do crédito presumido de PIS/ Cofins na hipótese, de modo a caracterizar a empresa como cerealista e não como agroindustrial, uma vez que o Tribunal Regional é soberano em relação à análise da situação fático-probatória dos autos. Rever tais aspectos em sede de recurso especial encontra óbice no teor da Súmula n. 7 do STJ, *in verbis*: ‘A pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial’” (AgInt no REsp 1.637.153/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 30/10/2017).

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp n. 1.692.280/RS, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 19/4/2018, DJe de 25/4/2018.)

Tributário. Agravo interno no recurso especial. PIS. Cofins. Crédito presumido. Art. 8º da Lei 10.925/2004. Ressarcimento. Análise da atividade desenvolvida pela empresa. Cerealista ou agroindustrial. Aferição. Impossibilidade de revolvimento fático-probatório. Agravo interno da Fazenda Nacional a que se nega provimento.

1. O acórdão recorrido, assentou que a parte recorrida faz jus ao creditamento tributário, porquanto as atividades por ela desenvolvidas enquadram-na no conceito de empresa agroindustrial (fls. 422). Assim, rever tal entendimento necessita o revolvimento de questões fático-probatórias, providência vedada na seara do Especial.

2. Agravo Interno da *Fazenda Nacional* a que se nega provimento.

(AgInt no REsp n. 1.654.190/PR, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 13/3/2018, DJe de 27/3/2018.)

Processual Civil e Tributário. Agravo interno no recurso especial. PIS e Cofins. Créditos presumidos. Arts. 8º da Lei n. 10.925/2004. Natureza da atividade desenvolvida pela empresa. Firmada pelo Tribunal de origem. Cerealista ou agroindustrial. Revisão. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Agravo interno não provido.

1. A revisão do entendimento a que chegou o Tribunal de origem para descaracterizar a empresa recorrida como agroindustrial e, por conseguinte, enquadrada-la como cerealista, impedindo-a de aproveitar crédito presumido, na forma dos arts. 8º da Lei 10.925/2004, demanda o reexame dos fatos e provas constantes nos autos, o que é vedado no âmbito do recurso especial. Incide à hipótese a Súmula 7/STJ. Nesse sentido: AgInt no REsp 1.703.248/SC, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, Segunda Turma, julgado em 08/02/2018, DJe 21/02/2018; gInt no REsp 1.654.190/PR, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, Primeira Turma, julgado em 13/03/2018, DJe 27/03/2018.

2. Agravo Interno não provido.

(AgInt no AREsp n. 1.176.187/RS, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 3/5/2018, DJe de 11/5/2018.)

Tributário. Recurso especial. PIS. Cofins. Crédito presumido. Art. 8º da Lei 10.925/2004. Ressarcimento. Análise da atividade desenvolvida pela empresa. Cerealista ou agroindustrial. Aferição. Impossibilidade de revolvimento fático-probatório. Recurso especial da Fazenda Nacional não conhecido.

1. Como a instância julgadora de origem registrou que as atividades de beneficiamento de cereais desenvolvidas pela Cooperativa enquadram-se no conceito de agroindústria, para fins de aproveitamento de crédito de Contribuição para o PIS e *Cofins* não cumulativos (art. 8º, § 4º da Lei 10.925/2004), reexaminar essa questão probatória é medida inviável no âmbito do Recurso Especial, a teor da Súmula 7 do STJ, por implicar não somente a revalorização dos fatos, mas a sua própria configuração.

2. Recurso Especial da Fazenda Nacional não conhecido.

(REsp n. 1.680.865/PR, relator Ministro Gurgel de Faria, relator para acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 26/6/2018, DJe de 15/8/2018.)

Posteriormente a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça passou a afastar a incidência da Súmula 7/STJ e conhecer do tema relativo ao enquadramento das atividades desenvolvidas pelas empresas contribuintes para fins de reconhecimento do direito aos créditos presumidos de PIS e Cofins de que trata o art. 8º, §§ 1º, I, e 4º, I, da Lei n. 10.925/2004.

Como exemplo, cito o seguinte julgado:

Tributário. Recurso especial. Art. 8º, § 1º, I, § 4º, I, da Lei n. 10.925/2004. Crédito presumido de PIS e Cofins. Atividade que deve se enquadrar no conceito de produção. Recurso provido.

1. A controvérsia veiculada nos autos diz respeito ao enquadramento das atividades desenvolvidas pela sociedade empresária recorrida no conceito de produção para fins de reconhecimento do direito aos créditos presumidos de PIS e Cofins de que trata o art. 8º, § 1º, I, § 4º, I, da Lei n. 10.925/2004.

2. Depreende-se da leitura de referidos normativos que (a) tem direito ao crédito presumido de PIS/Pasep e Cofins as pessoas jurídicas, inclusive cooperativas, que produzam mercadorias a partir de grãos de soja, milho e trigo adquiridos de pessoa física, cooperado pessoa física ou cerealista; e (b) os cerealistas não têm direito ao crédito presumido.

3. Conforme bem destacado no parecer do Ministério Público Federal nos autos do REsp 1.670.777/RS, “pelos termos da lei (art. 8º *caput* da Lei 10.925/04), verifica-se que o legislador entende por produção a atividade que modifica os produtos animais ou vegetais, transformando-os em outros, tais, por exemplo, a indústria de doces obtidos a partir da produção de frutas; a indústria de queijos e outros laticínios, obtidos a partir do leite”.

4. Para fazer jus ao benefício fiscal, a sociedade interessada deve produzir mercadorias, ou seja, deve realizar processo de industrialização a partir de grãos de soja, milho e trigo adquiridos de pessoa física, cooperado pessoa física ou cerealista, transformando-os em outros (v.g. óleo de soja, farelo de soja, leite de soja, óleo de trigo, farinha de trigo, pães, massas, biscoitos, fubá, polenta etc).

5. A análise dos autos, bem como dos fatos delineados pela Corte *a quo*, denota que as atividades desenvolvidas pela recorrida - limpeza, secagem, classificação e armazenagem - não ocasionam transformação do produto, enquadrando a sociedade na qualidade de mera cerealista e atraindo a vedação de aproveitamento de crédito a que se refere § 4º, I, do art. 8º da Lei n. 10.925/1945.

6. Inaplicabilidade do óbice da Súmula 7/STJ, pois a solução da controvérsia requer simples reavaliação jurídica dos fatos já delineados pelo Tribunal de origem, que foi categórico a afirmar que as atividades objeto de análise para fins de creditamento em questão consistem apenas em limpeza, secagem, classificação e armazenagem, o que, à toda evidência, não se incluem no conceito de produção.

7. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.670.777/RS, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 15/10/2019, DJe de 3/2/2020.)

Ocorre que a Primeira Turma permaneceu aplicando o óbice da Súmula 7/STJ ao conhecimento do tema, não acompanhando a alteração da compreensão acerca do conhecimento recursal promovida pela Segunda Turma. Nesse sentido:

Processual Civil e Tributário. Agravo interno no recurso especial. PIS e Cofins. Créditos presumidos. Arts. 8º da Lei n. 10.925/2004. Natureza da atividade desenvolvida pela empresa. Firmada pelo Tribunal de origem. Cerealista ou agroindustrial. Revisão. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Agravo interno não provido.

1. A revisão do entendimento a que chegou o Tribunal de origem para descaracterizar a empresa recorrida como cerealista e, por conseguinte, enquadrá-la como agroindústria, para que possa aproveitar créditos presumidos, na forma do art. 8º da Lei 10.925/2004, demanda o reexame dos fatos e provas constantes nos autos, o que é vedado no âmbito do recurso especial. Incide à hipótese a Súmula 7/STJ. Nesse sentido: AgInt no REsp 1.703.248/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21/2/2018; AgInt no REsp 1.654.190/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 27/03/2018.

2. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp n. 1.747.269/RS, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 8/9/2020, DJe de 2/10/2020.)

Processual Civil e Tributário. Agravo interno no recurso especial. PIS e Cofins. Créditos presumidos. Art. 8º da Lei n. 10.925/2004. Natureza da atividade desenvolvida pela empresa firmada pelo Tribunal de origem. Cerealista ou agroindustrial. Revisão. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Agravo interno provido.

(AgInt no AgInt no REsp n. 1.697.617/RS, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, relator para acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 19/11/2020, DJe de 30/11/2020.)

Diante dos precedentes acerca do tema, rogando vênias ao Relator quanto ao ponto, compreendo pela impossibilidade de se rever o enquadramento fático da situação ensejadora do crédito presumido de PIS/*Cofins*, na hipótese dos autos, para caracterizar a empresa como cerealista e não como agroindustrial, uma vez que o Tribunal Regional é soberano em relação à análise da situação fático-probatória.

Assim, mantenho a incidência do óbice da Súmula 7/STJ ao conhecimento do tema, nos termos dos precedentes formados nesta Primeira Turma, rogando vênias à divergência.

É como voto.

VOTO-VOGAL

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Trata-se de recursos especiais interpostos por *Fazenda Nacional* e pela *Cooperativa Agropecuária e Industrial - Cotrijuí* contra acórdão prolatado pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fl. 698e):

Tributário. PIS e Cofins. Créditos presumidos. Ausência de interesse de agir quanto ao pleito de creditamento presumido de PIS e Cofins sobre a exportação de carne suína. Art. 8º da Lei n. 10.925/04. Beneficiamento de cereais. Processo produtivo. Destinação à alimentação humana ou animal. Prova. Direito ao ressarcimento ou à compensação. Art. 56-A da Lei n. 12.350/10. Correção monetária.

1. Não havendo nos autos qualquer indício de que o crédito presumido pela exportação de carne suína tenha sido negado pela autoridade impetrada, ou esteja na iminência de que venha a ser, mostra-se inviável o exame do pedido, porquanto não é cabível a formulação de pretensão judicial sem a demonstração de lesão (ou risco de lesão) a um direito.

2. As atividades de beneficiamento desenvolvidas pela impetrante (limpeza, padronização, armazenagem e industrialização) de produtos *in natura* de origem

vegetal enquadram-se no conceito de empresa agroindustrial, fazendo jus, por consequência, ao ressarcimento do crédito presumido, apurado na forma do artigo 8º da Lei 10.925/2004 c/c o art. 56-A da Lei n. 12.350/10.

3. No caso de produtos como soja, milho, arroz e trigo, a finalidade de alimentação humana ou animal é ínsita aos próprios grãos, sendo desnecessário comprovar a sua destinação. A eventual utilização para outros fins não elide o direito ao crédito presumido, até porque se mostra quase inviável acompanhar e controlar toda a cadeia de adquirentes do produto.

4. Os créditos devem ser corrigidos pela Taxa *Selic* (art. 39, § 4º, da Lei n. 9.430/96) desde a data em que poderiam haver sido aproveitados.

Opostos Embargos de Declaração pela empresa, foram parcialmente acolhidos, cuja ementa se encontra assim grafada (fl. 763e):

Tributário. Processual Civil. Embargos de declaração. Omissão. Ocorrência. Pedido administrativo. Resposta. Prazo. Obscuridade. Contradição. Inexistência. Prequestionamento implícito.

1. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: a) esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; b) suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; c) corrigir erro material (CPC/2015, art. 1.022, incisos I a III). Em hipóteses excepcionais, entretanto, admite-se atribuir-lhes efeitos infringentes.

2. Caracterizada a mora do Fisco ao analisar o pedido administrativo de reconhecimento de crédito escritural ou presumido (quando extrapolado o prazo de análise do pedido), deve incidir correção monetária, pela taxa *Selic*.

3. A Primeira Seção do STJ, quando do julgamento do EAg 1.220.942/SP (Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, DJe de 18/04/2013), firmou o entendimento de que, tendo havido o pedido administrativo de restituição e/ou compensação dos créditos tributários, formulado pelo contribuinte, a eventual “resistência ilegítima” da Fazenda Pública, configurada pela demora em analisar o pedido, enseja a sua constituição em mora, sendo devida a correção monetária dos respectivos créditos a partir da data de protocolo do pedido.

4. Quanto às alegações de ocorrência de erro material e obscuridade, não se enquadrando em qualquer das hipóteses de cabimento legalmente previstas, devem ser rejeitados os declaratórios nos referidos pontos.

5. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade (art. 1.025 do CPC/2015).

Iniciada a apreciação dos apontados recursos na sessão de 3.10.2023, esta 1ª Turma deliberou pelo exame apartado, diante do caráter preliminar, da

aplicação da Súmula n. 7/STJ ao Recurso Especial interposto pela **Fazenda Nacional**, sendo que tal encaminhamento ensejou o pedido de vista dos autos formulado pelo Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Conquanto tenha sido disponibilizado o voto-vista na linha de compreensão por mim abraçada desde há muito, registrar-se-á sintética fundamentação em apoio à divergência inaugurada.

Brevemente relatado, passo ao voto.

A controvérsia tributária gira em torno da qualificação das atividades da cooperativa recorrente, beneficiamento (limpeza, padronização, armazenagem e industrialização) de produtos *in natura* de origem vegetal, com o fim de aferir se estão enquadradas no conceito de empreendimento agroindustrial, de modo a fazer jus, por consequência, ao ressarcimento do crédito presumido, apurado na forma do art. 8º da Lei n. 10.925/2004, c/c o art. 56-A da Lei n. 12.350/20010.

É preciso ter presente, todavia, que tal questão, *nunca foi examinada por esta 1ª Turma*, aspecto reconhecido pela **Fazenda Nacional** quando realizou a sustentação oral na sessão pretérita.

Cabe acrescentar que:

(i) o Recurso Especial em tela e o acórdão recorrido não exibem contornos que traduzam efetiva distinção no tocante à moldura fático-probatória quando comparados com todos os outros feitos anteriormente apreciados neste Colegiado; e

(ii) a aludida conclusão, de viés processual, já se encontra vigente desde 2018 e, impende destacar, encerra compreensão firmada com vertical debate, é dizer, com julgados forjados por maioria.

Diante da relevância do ponto, cumpre colacionar acórdãos que ilustram a aplicação do óbice processual plasmado na Súmula n. 7/STJ no âmbito deste Colegiado há cinco anos, inclusive com arestos que exemplificam a mencionada divergência entre os membros desta 1ª Turma, sendo que tal dissenso, contudo, restou incapaz de afastar o consolidado entendimento pela impossibilidade de exame do mérito da questão tributária em testilha, atraindo, até mesmo, julgado unânime (cf. AgInt no REsp n. 1.574.946/RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 7.5.2019), em deferência à colegialidade:

Tributário. Recurso especial. PIS. Cofins. Crédito presumido. Art. 8º da Lei 10.925/2004. Ressarcimento. Análise da atividade desenvolvida pela empresa.

Cerealista ou agroindustrial. Aferição. Impossibilidade de revolvimento fático-probatório. Recurso especial da Fazenda Nacional não conhecido.

1. Como a instância julgadora de origem registrou que as atividades de beneficiamento de cereais desenvolvidas pela Cooperativa enquadram-se no conceito de agroindústria, para fins de aproveitamento de crédito de Contribuição para o PIS e *Cofins* não cumulativos (art. 8º, § 4º da Lei 10.925/2004), reexaminar essa questão probatória é medida inviável no âmbito do Recurso Especial, a teor da Súmula 7 do STJ, por implicar não somente a revalorização dos fatos, mas a sua própria configuração.

2. Recurso Especial da Fazenda Nacional não conhecido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator e Sérgio Kukina, não conhecer do Recurso Especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que lavrará o *acórdão*.

Votaram com o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho os Srs. Ministros Benedito Gonçalves e Regina Helena Costa (Presidente).

Informações complementares à ementa

(Voto Vencido) (Min. Gurgel de Faria)

"[...] sem a necessidade de reexame fático-probatório, pode-se afirmar que as etapas a que são submetidos, referidas no acórdão recorrido, não são suficientes para caracterizar 'produção de mercadoria' e, por isso, não podem ser considerados exclusivas da agroindústria".

(REsp n. 1.680.865/PR, relator Ministro Gurgel de Faria, relator para acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 26/6/2018, DJe de 15/8/2018.);

Processual Civil e Tributário. Agravo interno no recurso especial. PIS e Cofins. Créditos presumidos. Art. 8º da Lei n. 10.925/2004. Natureza da atividade desenvolvida pela empresa firmada pelo Tribunal de origem. Cerealista ou agroindustrial. Revisão. Impossibilidade. Súmula 7/STJ.

1. A revisão do entendimento a que chegou o Tribunal de origem para descaracterizar a empresa recorrida como agroindustrial e, por conseguinte, enquadrá-la como cerealista impedindo-a de aproveitar créditos presumidos, na forma do art. 8º da Lei 10.925/2004, demanda o reexame dos fatos e provas constantes nos autos, o que é vedado no âmbito do recurso especial. Incide à hipótese a Súmula 7/STJ. Nesse sentido: AgInt no REsp 1.703.248/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21/02/2018; AgInt no REsp 1.654.190/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 27/03/2018.

2. Agravo Interno não provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Sérgio Kukina e Gurgel de Faria, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa (Presidente) e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

(Aglnt no REsp n. 1.653.945/RS, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 26/6/2018, DJe de 23/8/2018.);

Tributário. Recurso especial. PIS. Cofins. Crédito presumido. Art. 8º da Lei 10.925/2004. Ressarcimento. Análise da atividade desenvolvida pela empresa. Cerealista ou agroindustrial. Aferição. Impossibilidade de revolvimento fático-probatório. Recurso especial da Fazenda Nacional não conhecido.

1. Como a instância julgadora de origem registrou que as atividades de beneficiamento de cereais desenvolvidas pela Cooperativa enquadram-se no conceito de agroindústria, para fins de aproveitamento de crédito de Contribuição para o PIS e *Cofins* não cumulativos (art. 8º, § 4º da Lei 10.925/2004), reexaminar essa questão probatória é medida inviável no âmbito do Recurso Especial, a teor da Súmula 7 do STJ, por implicar não somente a revalorização dos fatos, mas a sua própria configuração.

2. Recurso Especial da Fazenda Nacional não conhecido.

(REsp n. 1.680.865/PR, relator Ministro Gurgel de Faria, relator para acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 26/6/2018, DJe de 15/8/2018.);

Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. PIS e Cofins. Creditamento. Enquadramento da empresa como agroindustrial pelo Tribunal de origem. Revisão. Reexame de matéria fática. Impossibilidade. Súmula n. 7/STJ. Incidência. 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 - *In casu*, rever o entendimento do Tribunal de origem, que enquadrava a empresa Agravada como agroindustrial, com o objetivo de acolher a pretensão recursal de enquadrá-la no conceito de cerealista, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 7/STJ.

III - A Agravante não apresentou 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 improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou im procedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

V - Agravo Interno improvido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencido o Sr. Ministro Gurgel de Faria, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina votaram com a Sra. Ministra Relatora.

(AgInt no REsp n. 1.715.983/RS, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 16/8/2018, DJe de 14/9/2018.);

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. PIS e Cofins. Crédito presumido. Cerealistas. Qualificação como agroindústria. Reexame de provas. Impossibilidade.

1. Ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção [Ministra Regina, nessa época a 2ª T. ainda não havia ingressado no mérito] têm decidido ser necessário o reexame de provas para o fim de verificar se as pessoas jurídicas cerealistas podem ser qualificadas como agroindústria para o fim de aquisição de créditos, nos termos do art. 8º da Lei n. 10.925/2004. Ressalva do entendimento pessoal do relator.

2. Hipótese em que o recurso especial fazendário encontra óbice na Súmula 7 do STJ.

3. Agravo interno não provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, *por unanimidade*, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.

(AgInt no REsp n. 1.574.946/RS, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 7/5/2019, DJe de 24/5/2019, destaquei.);

Processual Civil e Tributário. Agravo interno no recurso especial. PIS e Cofins. Créditos presumidos. Arts. 8º da Lei n. 10.925/2004. Natureza da atividade

desenvolvida pela empresa. Firmada pelo Tribunal de origem. Cerealista ou agroindustrial. Revisão. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Agravo interno não provido.

1. A revisão do entendimento a que chegou o Tribunal de origem para descaracterizar a empresa recorrida como cerealista e, por conseguinte, enquadrá-la como agroindústria, para que possa aproveitar créditos presumidos, na forma do art. 8º da Lei 10.925/2004, demanda o reexame dos fatos e provas constantes nos autos, o que é vedado no âmbito do recurso especial. Incide à hipótese a Súmula 7/STJ. Nesse sentido: AgInt no REsp 1.703.248/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21/2/2018; AgInt no REsp 1.654.190/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 27/03/2018.

2. Agravo interno não provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Informações complementares à ementa

(Voto Vencido) (Min. Napoleão Nunes Maia Filho)

“Não vejo esse questionamento da categorização como algo útil para a economia do país, nem para a jurisdição, nem para a evolução do Direito. Se o contrato social consta dos autos, basta verificá-lo; e se há nos autos, penso não ser o caso de se aplicar a Súmula 7/STJ”.

(AgInt no REsp n. 1.747.269/RS, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 8/9/2020, DJe de 2/10/2020.);

Processual Civil e Tributário. Agravo interno no recurso especial. PIS e Cofins. Créditos presumidos. Art. 8º da Lei n. 10.925/2004. Natureza da atividade desenvolvida pela empresa firmada pelo Tribunal de origem. Cerealista ou agroindustrial. Revisão. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Agravo interno provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator), dar provimento ao agravo interno para não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Benedito Gonçalves, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Benedito Gonçalves os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria (Presidente).

Informações complementares à ementa

(Voto Vencido) (Min. Napoleão Nunes Maia Filho)

“[...] a parte recorrente não pretende revolver o acervo fático-probatório, mas apenas demonstrar que a empresa que integra o setor agroindustrial de produção de alimentos, através de beneficiamento de grãos que exposta, preenche os requisitos para o aproveitamento do crédito presumido do PIS e *Cofins* previstos no *caput* do art. 8º da Lei 10.925/2004 c/c art. 56-A da Lei 12.350/2010. Esta é uma questão que reputo essencialmente de direito, e, portanto, imune à restrição da Súmula 7/STJ, ensejando o conhecimento do presente Recurso Especial.”

(AgInt no AgInt no REsp n. 1.697.617/RS, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, relator para acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 19/11/2020, DJe de 30/11/2020.).

Isso tudo considerado, mantenho a compreensão que tenho externado nos últimos cinco anos, mormente por entender que tal postura vai ao encontro da norma radicada no *caput* do art. 926 do Código de Processo Civil de 2015 (*Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.*).

Posto isso, com a vênua do Sr. Relator, acompanho a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Benedito Gonçalves para *não conhecer* do Recurso Especial interposto pela **Fazenda Nacional**.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.753.262-SP (2018/0164456-5)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Recorrente: Fazenda Nacional

Recorrente: Motorola Mobility Comercio de Produtos Eletronicos Ltda

Recorrente: Motorola Serviços Ltda

Advogados: Sílvio Luiz de Toledo César e outro(s) - SP114703

Cristiane Romano Farhat Ferraz - DF001503A

Simone Ranieri Arantes - SP164505

Recorrido: Fazenda Nacional

Recorrido: Motorola Mobility Comercio de Produtos Eletronicos Ltda

Recorrido: Motorola Serviços Ltda
Advogados: Sílvio Luiz de Toledo César e outro(s) - SP114703
Cristiane Romano Farhat Ferraz - DF001503A
Simone Ranieri Arantes - SP164505

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Imposto de renda. Retenção na fonte. Remessa de dinheiro ao exterior. Serviços de assistência técnica e serviços técnicos, sem transferência de tecnologia. Tratados internacionais para evitar a dupla tributação e protocolos adicionais. Tratamento de *royalties*.

1. Não há violação do art. 535 do CPC/1973 quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado.

2. Os valores remetidos ao exterior, a título de serviços técnicos ou assistência técnica, prestados sem transferência de tecnologia, sujeitam-se, em princípio, ao imposto de renda retido na fonte nos termos do art. 685, inciso II, alínea *a*, do Decreto 3.000/99 (Regulamento do Imposto de Renda) e art. 2º-A da Lei 10.168/00.

3. Todavia, existindo convenção para evitar a dupla tributação firmada entre os Estados envolvidos, devem ser observadas suas disposições, conforme se depreende do art. 98 do Código Tributário Nacional.

4. No caso dos autos, as convenções firmadas pelo Brasil com Alemanha, Argentina e China, cada qual a seu modo, estabelecem no protocolo adicional, em essência, que aos rendimentos provenientes da prestação de assistência técnica e serviços técnicos são aplicáveis as disposições dos artigos 12 das respectivas convenções, que tratam da tributação dos *royalties*.

5. As três convenções admitem que os “royalties” podem ser tributados no Estado Contratante de que provêm, de acordo com a legislação desse Estado, respeitados os limites de alíquotas quando nelas previstos.

6. Recurso Especial da Fazenda Nacional provido e Recurso Especial Adesivo desprovido.

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 da Sra. Ministra Regina Helena Costa, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional e negar provimento ao recurso especial adesivo das empresas, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa (voto-vista), Gurgel de Faria e Paulo Sérgio Domingues (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator, ausente, justificadamente, nesta assentada.

Brasília (DF), 17 de outubro de 2023 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 24.10.2023

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial da *Fazenda Nacional* e de recurso especial adesivo de *Motorola Serviços Ltda.* e *Motorola Mobility Comércio de Produtos Eletrônicos Ltda.* interpostos contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região assim ementado (fl. 610):

Direito Constitucional e Tributário. IRRF. Rendimentos de serviços de assistência técnica e serviços técnicos, sem transferência de tecnologia. Ato COSIT n. 01/2000. Ilegalidade. Prevalência dos tratados internacionais. Art. 98 CTN e Decreto n. 3.000/99. Brasil-Alemanha - Decreto n. 76.988/76, art. 12, 2, b - alíquota de 15%. Decretos n. 87.976/82 - Brasil-Argentina - e n. 762/93 - Brasil-China. Impossibilidade de tributação dos rendimentos no país contratante diante da ausência de estabelecimento permanente. Inteligência do artigo 7º dos respectivos acordos. Lucro operacional. REsp 1.161.467/RS.

1. A especificação “sem transferência de tecnologia” trazida pelo Ato Declaratório n. 01/2000, com a imposição da alíquota de 25% da alínea “b”, II, artigo 685, do Decreto n. 3.000/99, conflita com a Convenção Brasil-Alemanha, que não distingue se a prestação de assistência técnica e de serviço técnico é realizada com ou sem transferência de tecnologia, além de estabelecer alíquota máxima de 15% (quinze por cento) sobre o rendimento.

2. Aplica-se, portanto, a alíquota de 15%, dos rendimentos provenientes de serviços de assistência técnica e de serviços técnicos, prestados por empresa estrangeira contratada, de origem *alemã*, consoante dicção do artigo 12, parágrafo 2, "b", do Decreto 76.988, de 6 de janeiro de 1976.

3. Contudo, verifica-se que os Estados signatários, nas Convenções Brasil-Argentina e Brasil-China, não deram o mesmo tratamento jurídico-tributário dos *royalties* aos rendimentos provenientes dos serviços de assistência técnica e dos serviços técnicos do Protocolo do Decreto 76.988, de 6 de janeiro de 1976 (Brasil-Alemanha), o que impede a aplicação do parágrafo 2 do artigo XII dos Decretos 87.976, de 22 de dezembro de 1982, e 762, de 19 de fevereiro de 1993.

4. Destarte, por ausência de previsão de tributação pelos Acordos Internacionais, que remetem a obrigação ao Estado Contratante, nos termos do artigo 7º, as impetrantes estão dispensadas do recolhimento na fonte sobre os rendimentos da prestação de assistência técnica e de serviços técnicos das empresas estrangeiras domiciliadas na *China* e na *Argentina*, mostrando-se ilegal a ressalva "sem transferência de tecnologia" feita pelo Ato Declaratório COSIT n. 01/2000, com a intenção de promover a incidência do artigo 685 do Decreto 3.000/99.

5. Conforme assentado no REsp 1.161.467/RS, "o lucro das empresas estrangeiras" do artigo VII das Convenções equivale ao "lucro operacional", decorrente da venda de produtos e a prestação de serviços, a permitir que os rendimentos provenientes da prestação de serviços de assistência técnica e de serviços técnicos por empresas estrangeiras, domiciliadas na China e na Argentina, sejam remetidos ao exterior sem a incidência na fonte do IR, nos termos do artigo VII dos Decretos 87.976, de 22 de dezembro de 1982, e 762, de 19 de fevereiro de 1993.

6. Dar parcial provimento à apelação das impetrantes.

Os embargos de declaração foram rejeitados.

A Fazenda Nacional alega violação do art. 535 do CPC/1973, do art. 12 do Acordo entre Brasil e China para evitar a dupla tributação (Decreto Legislativo n. 205/1991 e Decreto n. 762/1993), do art. 12 do Acordo entre Brasil e Argentina (Decreto Legislativo n. 74/1981 e Decreto n. 87.976/1982), e itens 3 e 7, respectivamente, dos protocolos adicionais, em combinação com o art. 685, II, "a", do Decreto n. 3.000/1999, sustentando, em síntese (fls. 648/670):

O acórdão apresenta-se contraditório, pois, embora os três tratados (Brasil-Argentina, Brasil-Alemanha e Brasil-China) tenham dado igual tratamento no tocante à tributação na fonte dos valores remetidos ao exterior em decorrência de serviço técnico prestado, sem transferência de tecnologia, por empresa estrangeira, situadas na Alemanha, Argentina e China, quando do julgamento, foi dada interpretação diversa a mesma situação.

[...] As impetrantes alegam que os pagamentos destinados ao exterior decorrem da remuneração dos serviços prestados sem transferência de tecnologia. Ao adotar tal conceito, pretendem que as remessas não sejam enquadradas como “royalties”, tratado no art. 12 das Convenções, pleiteando assim o enquadramento no art. 7º, o que afastaria a incidência do IRRF.

Contudo, conforme restou demonstrado pela União e ratificado pela Egrégia Turma quando da prolação do acórdão (pelo menos no que tange ao Tratado Brasil-Alemanha), anexos aos referidos Tratados Brasil-Alemanha, Brasil-Argentina e Brasil-China, foram celebrados Protocolos, vinculantes para todos os Estados, nos quais está assentado que os serviços técnicos bem como de assistência técnica terão idêntico tratamento ao dos *royalties*, no concernente à cobrança de imposto pelo país de onde provêm.

[...] A leitura dos dispositivos acima transcritos deixa evidente que o art. 12 das Convenções, com igual semântica, admite em uníssono a possibilidade de os países pactuantes realizarem a tributação dos *royalties* de maneira concorrente - tanto pelo Estado de onde partem os recursos financeiros, como pelo Estado onde estão domiciliadas as empresas prestadoras dos serviços.

Nos três casos, a sistemática é precisamente a mesma: os § 3º dos artigos 12 - de sentido homólogo nos três acordos citados - definem o que são *royalties* para fins de tributação internacional, sendo que, na seqüência, são complementados pelos respectivos protocolos, os quais, invariavelmente, descrevem a prestação de assistência técnica e de serviços técnicos como integrantes do sentido jurídico de *royalties*.

[...] É relevante salientar, nesse ponto, que os serviços técnicos, nos termos do que definido pelas próprias Convenções, estão sujeitos à incidência na fonte do imposto de renda, quando da remessa ao exterior do pagamento do contrato, por configurarem (ou se equipararem a) *royalties*.

O cerne da controvérsia, portanto, refere-se à natureza jurídica do numerário remetido pelas impetrantes às pessoas jurídicas sediadas no exterior, como remuneração pelos serviços prestados.

[...] Logo, de rigor o provimento do presente recurso, para que seja aplicado também no caso dos rendimentos decorrentes de prestação de serviço técnico prestado por empresa chinesa e argentina o mesmo tratamento que é dado aos *royalties*, por expressa previsão contida no art. 12, das Convenções firmadas com a Argentina e a China e por seus protocolos anexos.

Por sua vez, a Motorola, em recurso especial adesivo, aponta violação do art. 98 do CTN e do art. 7º do Acordo entre Brasil e Alemanha (Decreto n. 76.988/1976), sustentando, além de divergência jurisprudencial, o seguinte (fls. 688/696):

o presente recurso especial adesivo merecer ser admitido, conhecido e posteriormente provido por este E. Superior Tribunal de Justiça, para que haja

revisão de parte do v. acórdão de fls., com o reconhecimento da indevida retenção do IR-Fonte também sobre as remessas realizadas pelas Recorrentes a título de prestação de serviços de assistência técnica e prestação de serviços técnicos, para empresas domiciliadas na *Alemanha*, enquanto vigente o tratado, eis que sem transferência de tecnologia. O no curso deste processo o tratado Brasil-Alemanha foi denunciado pela Alemanha justamente por entender que o Brasil não estava cumprindo as regras contidas no acordo firmado entre os países.

Apesar de o E. Tribunal “a quo” ter dado parcial provimento ao recurso de apelação das Recorrentes, o pedido realizado na exordial de fls. também é procedente no que diz respeito ao acordo firmado entre Brasil e Alemanha, para evitar a bitributação, não havendo que se falar em retenção de Imposto de Renda sobre as remessas realizadas pelas Recorrentes para aquele país, assim como acertadamente decidido em relação à Argentina e à China

[...]

não há como se admitir que a cobrança do IR-Fonte sobre remessas de pagamentos para empresas prestadoras de serviços residentes em países com os quais o Brasil mantém tratado para evitar a dupla tributação em matéria de imposto de renda, como era o caso da Alemanha enquanto vigente o tratado (há [sic] época da impetração do mandado de segurança o tratado Brasil-Alemanha ainda não havia sido denunciado), eis que há norma mais específica e hierarquicamente superior (art. 7º dos Tratados firmados pelo Brasil, que utilizam o Modelo OCDE) que se sobrepõe às regras gerais infraconstitucionais, merecendo reforma o v. acórdão de fls. no tocante a suposta possibilidade de retenção em relação às remessas realizadas para Alemanha.

Com contrarrazões das partes, os recursos foram admitidos na origem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): 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 do Plenário do STJ).

Os recursos especiais se originam de mandado de segurança impetrado, em 2004, por *Motorola Industrial Ltda.* e *Motorola Serviços Ltda.*, objetivando “seja reconhecido o direito líquido e certo de efetuar remessas para o exterior, sem retenção do imposto de renda na fonte, em pagamento por serviços prestados no exterior, sem transferência de tecnologia, tendo por beneficiárias empresas

residentes e domiciliadas em países com os quais o Brasil mantém tratados para evitar a dupla tributação em matéria de imposto de renda (com base no modelo OCDE), tendo em vista o disposto no art. 7º destes Tratados (China, Alemanha, Argentina, Chile, entre outros), declarando-se incidentalmente a ilegalidade e a inconstitucionalidade do Ato Declaratório COSIT n. 01/2000, editado pela Secretaria da Receita Federal” (fl. 18).

Conforme a causa de pedir, as impetrantes aduzem que “os valores remetidos ao exterior, a título de serviços técnicos ou assistência técnica, prestados sem transferência de tecnologia, por comporem o lucro da empresa estrangeira não residente no país, nos termos do Modelo OCDE só podem ser tributados pelo país de destino, ou seja, pelas Repúblicas da China, Alemanha, Argentina etc. Por outro lado, ao editar o Ato Declaratório (Normativo) COSIT n. 01, de 05.01.2000 (Doc. 14), a Secretaria da Receita Federal, apesar de reafirmar que a remuneração dos “serviços técnicos e de assistência técnica”, sem transferência de tecnologia, é tributada pelo Imposto de Renda na Fonte com base no artigo 685, Inciso II, alínea “a”, do Decreto n. 3.000, de 26.03.99 (Regulamento de Imposto de Renda - RIR), ou seja, rendimentos decorrentes de prestação de serviços, não reconhece que estes valores são parte do lucro da empresa estrangeira, para efeitos dos modelos da OCDE” (fl. 6).

Em 2006, no primeiro grau de jurisdição, o magistrado, atento à prova dos autos, julgou improcedente o pedido, com a seguinte fundamentação (fls. 303/315):

Primeiramente, cabe listar as cópias dos contratos cujas cópias foram juntadas pela Impetrante:

a) Contrato de Serviço Multilateral - celebrado entre Motorola Industrial Ltda e Motorola (China) Electronics Ltd, ambas entidades pertencentes ao Grupo Motorola de Companhias, denominadas “Companhias Motorola” (fl. 55/62 - tradução1 - 58.213/04 do original de fl. 63/72), abrangendo serviços de: gerência geral/administração, vendas/marketing, finanças/contabilidade/tesouraria/jurídico e tributário, produção/operações, pessoal/recursos humanos, compras e planejamento de produtos, serviços de integração e instalação;

b) Contrato de Serviços - celebrado entre as empresas do Grupo Motorola - Motorola Industrial Ltda, localizadas ou não no território nacional (fl. 73/80 - tradução n. 1-57.222/04 do original de fl. 81/89) abrangendo serviços de: gerência geral/administração, vendas/marketing, finanças/contabilidade/tesouraria/jurídico e tributário, produção/operações, pessoal/recursos humanos, compras e planejamento de produtos, serviços de integração e instalação.

c) Contrato Multilateral de Serviços - celebrado entre as empresas do Grupo Motorola e as relacionadas no Anexo A, para o período posterior ao exercício

social de 2001, sendo que dentre as empresas do Grupo consta a *Motorola Industrial Ltda - MIL (Brasil)* e a *Motorola do Brasil - MDB (Brasil)* (fl. 92/99 - Tradução E0956/01 (fl. 100) do original de fl. 102/112), abrangendo serviços de: gerenciamento/administração geral, vendas/marketing, finanças/contabilidade/tesouraria/jurídico e tributos, fabricação/operações, pessoal/recursos humanos, compras e planejamento de produtos, serviços de integração e instalação;

Junta solicitações de pagamentos de serviços a empresas localizadas na *China* (fl. 115/117), *Alemanha* (fl. 118/121) e *Argentina* (fl. 122/125).

[...]

A tese das Impetrantes é a de que, como a o [sic] estabelecimento da empresa prestadora de assistência técnica é a *China*, não poderia incidir o imposto sobre a renda retido na fonte porque a Lei n. 10.168/2000, com a redação dada pela Lei n. 10.332/2001, não poderia revogar o tratado. Antes de analisar a pertinência ou não da tese sustentada, cabe assentar se as premissas fáticas relatadas pelas Impetrantes correspondem à posição de vantagem afirmada.

[...] *Do acordo para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de impostos sobre a renda-Brasil e China* [...] Ora, os serviços prestados pelas empresas prestadoras são por prazo superior a 12 (doze) meses. De fato, à fl. 57, consta no capítulo Prazo e Extinção que o prazo de vigência do contrato é de 3 (três) anos. Tal previsão atrai a incidência do art. 3º, al. "b" do Tratado para o fim de considerar que a empresa prestadora dos serviços tem estabelecimento no Brasil, conclusão que ganha força ao se voltar os olhos para os tipos de serviços mencionados nos contratos que são, à evidência, contínuos. Além disso, observe-se que a menção feita no art. 5º, par. 3, é meramente exemplificativa na medida em que a definição básica está no *pari'* no qual se identifica como fator de definição do estabelecimento o local no qual a empresa exercer suas atividades. Assim, não há que se falar em aplicação do art. 7º, do Tratado para evitar bitributação pelo Brasil e pela China.

Do acordo para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de impostos sobre a renda-Brasil e Alemanha [...] Vale dizer: o próprio tratado deixou autorização expressa para que o que legislador nacional definisse outros casos que seriam abrangidos pela expressão estabelecimento permanente, hábil a fazer incidir a tributação nacional. De fato, tal interpretação extrai da presença da expressão especialmente, indicativa de que as hipóteses contidas nas alíneas são dadas a "numerus apertus". Assinalo que a Lei n. 10.168/2000 considerou que as empresas que prestam assistência administrativa e serviços semelhantes têm estabelecimento permanente no local da prestação do serviço, não havendo que se falar em violação do tratado celebrado entre o Brasil e a Alemanha.

Assim, não há que se falar em aplicação do art. 7º, do Tratado para evitar bitributação pelo Brasil e pela Alemanha.

Do acordo para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de impostos sobre a renda-Brasil e Argentina [...] Vale dizer: o próprio tratado deixou

autorização expressa para que o que legislador nacional definisse outros casos que seriam abrangidos pela expressão estabelecimento permanente, hábil a fazer incidir a tributação nacional. De fato, tal interpretação se extrai da presença da expressão especialmente, indicativa de que as hipóteses contidas nas alíneas são dadas a “*numerus apertus*”.

Assinalo que a Lei n. 10.168/2000 considerou que as empresas que prestam assistência administrativa e serviços semelhantes têm estabelecimento permanente no local da prestação do serviço, não havendo que se falar em violação do tratado celebrado entre o Brasil e a Argentina.

Assim, não há que se falar em aplicação do art. VII, do Tratado para evitar bi-tributação pelo Brasil e pela Argentina.

Interposto recurso de apelação pelas impetrantes, o TRF da 3ª Região deu-lhe parcial provimento. Vejamos, no que interessa, o que está consignado no voto condutor do acórdão recorrido (fls. 603/611):

As impetrantes celebraram contratos para a prestação de assistência técnica e de serviços técnicos, em território nacional, com empresas do mesmo Grupo Econômico domiciliadas no exterior (Motorola Eletrônicos (China) fls. 55/63; Motorola GmbH (Alemanha) fls. 73/80 e 90/91; Motorola Argentina SA fls. 100/101).

Inicialmente entendo necessária a incursão aos dispositivos legais e normativos relacionados à matéria.

O Ato Declaratório COSIT n. 01, de 05 de janeiro de 2000 estabelece:

I - As remessas decorrentes de contratos de prestação de assistência técnica e de serviços técnicos sem transferência de tecnologia sujeitam-se à tributação de acordo com o art. 685, inciso II, alínea “a”, do Decreto n. 3.000, de 1999.

II - Nas Convenções para Eliminar a Dupla Tributação da Renda das quais o Brasil é signatário, esses rendimentos classificam-se no artigo Rendimentos não Expressamente Mencionados, e, conseqüentemente, são tributados na forma do item I, o que se dará também na hipótese de a convenção não contemplar esse artigo.

III - Para fins do disposto no item I deste ato, consideram-se contratos de prestação de assistência técnica e de serviços técnicos sem transferência de tecnologia aqueles não sujeitos à averbação ou registro no Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI e Banco Central do Brasil.

Por sua vez o artigo 685 do Decreto n. 3.000/99 dispõe:

“Art. 685. Os rendimentos, ganhos de capital e demais proventos pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, por fonte situada no País,

a pessoa física ou jurídica residente no exterior, estão sujeitos à incidência na fonte (Decreto-Lei n. 5.844, de 1943, art. 100, Lei n. 3.470, de 1958, art. 77, Lei n. 9.249, de 1995, art. 23, e Lei n. 9.779, de 1999, arts. 7º e 8º):

I - à alíquota de quinze por cento, quando não tiverem tributação específica neste Capítulo, inclusive:

- a) os ganhos de capital relativos a investimentos em moeda estrangeira;
- b) os ganhos de capital auferidos na alienação de bens ou direitos;
- c) as pensões alimentícias e os pecúlios;
- d) os prêmios conquistados em concursos ou competições;

II - à alíquota de vinte e cinco por cento:

- a) os rendimentos do trabalho, com ou sem vínculo empregatício, e os da prestação de serviços;"

O parágrafo 4 do Protocolo do Decreto 76.988, de 6 de janeiro de 1976 (Acordo Brasil-Alemanha), dispõe:

"Fica entendido que as disposições do parágrafo 2, b, do artigo 12 aplicar-se-ão igualmente aos rendimentos provenientes da prestação de assistência técnica e serviços técnicos." (destaquei)

"Art. 12 - Royalties

2. Todavia, esses royalties podem ser tributados no Estado Contratante de que provêm, de acordo com a legislação desse Estado, mas o imposto assim estabelecido não poderá exceder:

- a. 25% do montante bruto dos royalties, provenientes do uso de marcas de indústria ou comércio;
- b. 15% em todos os demais casos."

De plano, anoto que a especificação "sem transferência de tecnologia" trazida pelo Ato Declaratório n. 01/2000, com a imposição da alíquota de 25% da alínea "b", II, artigo 685, do Decreto n. 3.000/99, conflita com a Convenção Brasil-Alemanha, que não distingue se a prestação de assistência técnica e de serviço técnico é realizada com ou sem transferência de tecnologia, além de estabelecer alíquota máxima de 15% (quinze por cento) sobre o rendimento.

Assim, considerando os artigos 98 do CTN e 997 do Decreto n. 3.000/99, deve prevalecer a norma internacional, a qual prevê a retenção na fonte, pelas impetrantes, aplicando-se a alíquota de 15%, dos rendimentos provenientes de serviços de assistência técnica e de serviços técnicos, prestados por empresa estrangeira contratada, de origem alemã, consoante dicção do artigo 12, parágrafo 2, "b", do Decreto 76.988, de 6 de janeiro de 1976.

Por outro lado, por ausência de previsão de tributação pelos Acordos Internacionais, que remetem a obrigação ao Estado Contratante para evitar a

bitributação, as impetrantes estão dispensadas do recolhimento na fonte sobre os rendimentos da prestação de assistência técnica e de serviços técnicos das empresas estrangeiras domiciliadas na China e na Argentina, mostrando-se, pelos argumentos já expostos, ilegal a ressalva “sem transferência de tecnologia” feita pelo Ato Declaratório COSIT n. 01/2000, com a intenção de promover a incidência do artigo 685 do Decreto 3.000/99.

No Acordo Brasil-Argentina, o *parágrafo 7 do Protocolo* do Decreto 87.976, de 22 de dezembro de 1982, dispõe:

“Fica estabelecido que as disposições do parágrafo 3 do Artigo XII aplicam-se às rendas provenientes do uso ou da concessão do uso de notícias Internacionais e da *prestação de serviços técnicos* e de assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante.” (destaquei)

“Art. XII - “Royalties”

3. O termo “royalties”, empregado neste artigo, designa as remunerações de qualquer natureza pagas pelo uso ou pela concessão do uso de um direito de autor sobre uma obra literária, artística ou científica (inclusive os filmes cinematográficos, filmes ou fitas de gravação de programas de televisão ou radiodifusão), qualquer patente, marcas de indústria ou comércio, desenho ou modelo, plano ou fórmula ou processo secreto, bem como pelo uso ou pela concessão do uso de um equipamento industrial, comercial ou científico e por informações correspondentes à experiência adquirida no setor industrial, comercial ou científico.”

No Acordo Brasil-China, o parágrafo 3 do Protocolo do Decreto n. 762, de 19 de fevereiro de 1993, estabelece:

“Entende-se que o disposto no parágrafo 3 do Artigo 12 aplicar-se-á a quaisquer pagamentos recebidos em contrapartida pela prestação de assistência técnica ou de *serviços técnicos*.” (destaquei)

“Art. 12 - Royalties

3. O termo “royalties”, empregado neste artigo, designa pagamentos de qualquer natureza, como contrapartida do uso ou do direito de uso de direitos autorais de trabalhos literários, científicos ou artísticos, inclusive filmes cinematográficos e filmes ou fitas para emissão de rádio ou televisão, qualquer patente, técnica, marca de indústria ou comércio, desenho ou modelo, planta, fórmula ou processo secreto, bem como pelo uso de um equipamento industrial, comercial ou científico e por informações correspondentes a experiências industriais, comerciais ou científicas.”

De plano verifica-se que os Estados signatários, nas Convenções Brasil-Argentina e Brasil-China, *não deram o mesmo tratamento jurídico-tributário dos royalties aos rendimentos provenientes dos serviços de assistência técnica e dos*

serviços técnicos do Protocolo do Decreto 76.988, de 6 de janeiro de 1976 (Brasil-Alemanha), o que impede a aplicação do parágrafo 2 do artigo XII dos Decreto 87.976, de 22 de dezembro de 1982, e 762, de 19 de fevereiro de 1993, que dispõem, respectivamente:

“2. Todavia, esses “royalties” podem ser tributados no Estado Contratante de que provêm e de acordo com a legislação desse Estado. (Brasil-Argentina)

2. Tais “royalties”, contudo, podem também ser tributados no Estado Contratante de onde provêm e de acordo com a legislação desse Estado; mas se a pessoa que os receber for beneficiário efetivo dos “royalties”, o imposto incidente não poderá exceder a:

a) 25 por cento do montante bruto dos royalties provenientes do uso ou do direito de uso de marcas de indústria ou comércio;

b) 15 por cento do montante bruto dos royalties em todos os demais casos. (Brasil-China)”

Nesses dois casos específicos, os “rendimentos” decorrentes da prestação de serviços técnicos e de assistência técnica não devem receber o mesmo tratamento tributário dos royalties, sendo, portanto, de rigor a aplicação do artigo VII das Convenções Brasil-Argentina e Brasil-China, que assim dispõem:

“Artigo VII Lucros das empresas 1. Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. Se a empresa exercer sua atividade na forma indicada, seus lucros são tributáveis no outro estado, mas unicamente à medida em que sejam atribuíveis a esse estabelecimento permanente.”

“Artigo 7º Lucros das Empresas 1. Os lucros de uma empresa de um estado contratante só são tributáveis nesse estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade do outro estado contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. Se a empresa exercer sua atividade na forma indicada, seus lucros serão atribuíveis a esse estabelecimento permanente.”

Convém destacar que no julgamento do REsp 1.161.467/RS, o e. Ministro Castro Meira afasta a tese fazendária (fls. 202/211) que impõe a tributação dos rendimentos devidos pela assistência técnica e pela prestação de serviço, equiparando-os ao “lucro real” do artigo 6º do Decreto-Lei n. 1.598/77, pelos seguintes fundamentos argumentos:

“A expressão “lucro da empresa estrangeira”, contida no artigo VII das duas Convenções, não se limita ao “lucro real”. Do contrário, não haveria

materialidade possível sobre a qual incidir o dispositivo, porque todo e qualquer pagamento ou remuneração remetido está - e estará sempre - sujeito a adições e subtrações ao longo do exercício financeiro.” (p. 13/14)

Prossegue ainda o e. Ministro Relator:

“A tributação do rendimento somente no Estado de destino torna possível que lá sejam realizados os ajustes necessários à apuração do lucro efetivamente tributável. Caso se admita a retenção antecipada - e portanto, definitiva - do tributo na fonte pagadora, como defende a Fazenda nacional, serão inviáveis os referidos ajustes, afastando-se a possibilidade de compensação se apurado lucro real negativo no final do exercício financeiro.” (p. 14)

Quanto ao conceito de estabelecimento permanente, entendo inaplicável a interpretação dada pela sentença à Lei n. 10.168/2000, e que disciplina especificamente a CIDE, pois na hipótese de conflito de normas, deve prevalecer o artigo V dos Decretos 87.976, de 22 de dezembro de 1982, e 762, de 19 de fevereiro de 1993, que trata especificamente das medidas para evitar a bitributação em matéria de impostos sobre a Renda e o Capital.

Conclui-se, portanto, que “o lucro das empresas estrangeiras” do artigo VII das Convenções equivale ao “lucro operacional”, decorrente da venda de produtos e a prestação de serviços, a permitir que os rendimentos provenientes da prestação de serviços de assistência técnica e de serviços técnicos por empresas estrangeiras, domiciliadas na China e na Argentina, sejam remetidos ao exterior sem a incidência na fonte do IR, nos termos do artigo VII dos Decretos 87.976, de 22 de dezembro de 1982, e 762, de 19 de fevereiro de 1993.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação das impetrantes, para reconhecer indevida a retenção na fonte dos rendimentos provenientes da prestação de assistência técnica e serviços técnicos prestados pelas empresas domiciliadas na China e na Argentina, mantido a retenção na fonte a cargo das impetrantes, mediante aplicação da alíquota de 15%, do imposto sobre os valores decorrentes da prestação de assistência técnica e de serviços técnicos por empresa domiciliada na Alemanha.

Por ocasião da rejeição dos embargos aclaratórios, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região afirmou (fls. 641-642):

In casu, a interpretação pretendida pela União Federal foi expressamente afastada de forma cristalina, de modo que não há que se falar em contradição.

Ora, diversamente do que ocorre na Convenção Brasil-Alemanha, em que o parágrafo 4º do Protocolo do Decreto 76.988, de 6 de janeiro de 1976, além de equiparar a prestação de serviço aos royalties, fez referência expressa ao artigo

que prevê a tributação pelo país de origem dos valores recebidos pelos serviços técnicos e de assistência técnica.

O mesmo não ocorre nas Convenções Brasil-Argentina e Brasil-China, em que a referência limitou-se à equiparação **para fins diversos**, como assentado no acórdão embargado, não havendo qualquer menção ao dispositivo que trata da tributação, ou seja, parágrafos 2 dos Decretos 87.976, de 22 de dezembro de 1982, e 762, de 19 de fevereiro de 1993, respectivamente.

Nesse sentido o C. STJ deixou assentado que os rendimentos recebidos por empresas estrangeiras prestadoras de serviços e de assistência técnica, sem transferência de tecnologia, são equiparados ao “lucro real” para fins tributários (REsp 1.161.467/RS, Min. Castro Meira), o que não infirma o disposto na Convenção de Viena, Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

Pois bem.

Com relação à tese recursal de violação do art. 535 do CPC/1973, sustenta-se que o acórdão recorrido seria contraditório, pois, “embora os três tratados (Brasil-Argentina, Brasil-Alemanha e Brasil-China) tenham dado igual tratamento no tocante à tributação na fonte dos valores remetidos ao exterior em decorrência de serviço técnico prestado, sem transferência de tecnologia, por empresa estrangeira, situadas na Alemanha, Argentina e China, quando do julgamento, foi dada interpretação diversa a mesma situação” (fl. 651).

Contudo, o órgão julgador *a quo* foi expresso e específico ao diferenciar seu entendimento sobre a Convenção Brasil-Alemanha das Convenções Brasil-Argentina e Brasil-China. Nesse contexto, alegação formulada de violação do art. 535 do CPC/1973, não deve ser acolhida, porquanto não veicula causa de pedir atinente ao vício de contradição, revelando, apenas, a irresignação quanto à interpretação conferida pelo TRF3.

No mérito, a Fazenda Nacional argumenta, entre outras alegações, que o acórdão incorreu em violação dos artigos 12 dos Acordos Brasil-Argentina e Brasil-China (e seus protocolos adicionais, itens 7 e 3 respectivamente), ao fundamento de que em tais dispositivos está assentado que “os serviços técnicos bem como de assistência técnica terão idêntico tratamento ao dos *royalties*, no concernente à cobrança de imposto pelo país de onde provêm” (fl. 653); aduz a Fazenda Nacional que “Nos três casos, a sistemática é precisamente a mesma: os § 3º dos artigos 12 - de sentido homólogo nos três acordos citados - definem o que são *royalties* para fins de tributação internacional, sendo que, na seqüência, são complementados pelos respectivos protocolos, os quais, invariavelmente, descrevem a prestação de assistência técnica e de serviços técnicos como integrantes do sentido jurídico de *royalties*” (fl. 660).

De início, cabe ressaltar que a controvérsia julgada pela Segunda Turma no REsp 1.161.467/RS (rel. Ministro *Castro Meira*, DJe 01/06/2012), invocado em contrarrazões ao recurso especial, *não reflete exatamente o presente caso*.

O eminente relator daquele feito cuidou de delimitar, em seu voto, o objeto do recurso especial então submetido à análise:

Duas são as teses trazidas com o recurso especial:

(a) na primeira, controverte-se a qualificação jurídica dos rendimentos pagos pela recorrida, sediada no Brasil, à empresa estrangeira prestadora de serviços. Se os rendimentos forem catalogados como “lucro” (artigo VII das Convenções), não haverá tributação no Brasil. Caso contrário, tratando-se de “rendimentos não expressamente mencionados” (artigo XXI), serão tributados no país.

(b) na segunda, discute-se a possível prevalência do art. 7º da Lei 9.779/99 sobre o artigo VII das Convenções, sob o argumento de que não há hierarquia entre as normas, com prevalência da que for editada por último, segundo o critério da *lex posterior derogat priori*.

Como se observa, não foi suscitada ou debatida, na ocasião, a questão relativa à aplicação do artigo 12 dos tratados e, particularmente, dos respectivos protocolos – objeto central do presente litígio. A alegação recursal era de que os rendimentos em questão tratar-se-iam de “rendimentos não expressamente mencionados”, regidos pelo artigo 21 das respectivas convenções.

Nessa linha, verifico que no AgInt no REsp n. 1.762.749, DJe de 11/03/2021, o eminente Ministro Sérgio Kukina, à luz das razões de agravo interno que invocavam o artigo 12 e os protocolos do tratados envolvidos, revogou decisão singular que aplicava o referido precedente a caso envolvendo rendimentos de assistência técnica e serviços técnicos sem transferência de tecnologia, para novo exame da questão.

Essa particularidade também foi observada pelo eminente Ministro Mauro Campbell Marques no julgamento do REsp 1.759.081/SP, Segunda Turma, DJe de 18/12/2020, no qual se destacou que o advento do Ato Declaratório Interpretativo RFB n. 5, de 16 de junho de 2014, mudou a interpretação fazendária a respeito do enquadramento das verbas em questão:

13. *Esta Casa tem posicionamento firmado no sentido de que os rendimentos em questão não podem ser qualificados na condição prevista no art. 22, do modelo de tratado da OCDE (“Outros rendimentos” ou “Rendimentos não Expressamente Mencionados”), tendo sido declarada a ilegalidade do Ato Declaratório Normativo COSIT n. 1, de 05 de janeiro de 2000, a saber: REsp n. 1.618.897/RJ, Primeira Turma,*

Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 19.05.2020; REsp n. 1.161.467/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 17.05.2012.

14. *No entanto, inexistente o exame a respeito de diversas questões de fato e de direito relevantes para o deslinde da causa, impossível aplicar os precedentes firmados para se realizar um automático enquadramento dos rendimentos na condição de “lucro das empresas” (art. 7º, do modelo OCDE), mormente diante do advento do Ato Declaratório Interpretativo RFB n. 5, de 16 de junho de 2014, que mudou a interpretação fazendária a respeito do enquadramento das verbas em questão.*

15. Firmado pela Corte de Origem apenas que o caso concreto se trata genericamente de “lucro das empresas”, para fins do tratado, e não havendo qualquer exame a respeito de se tratar de “royalties” ou “serviços profissionais independentes”, apesar da interposição de embargos de declaração, há que se reconhecer a omissão sobre fundamento relevante, qual seja, a aplicação do art. 12 (“royalties”), do Decreto n. 76.975/96, bem como do item “5”, do Protocolo anexo ao tratado. Presente, portanto, a violação ao art. 535, do CPC/1973. Do mesmo modo, em razão do princípio *iura novit curia*, há que ser analisada a aplicação do art. 14, “1” e “2”, do Decreto n. 76.975/96, bem como do item “6”, do Protocolo anexo ao tratado, além da presença de hibridismo.

16. Sendo assim, *considerando que a aplicação do art. 7º “lucro das empresas”, do modelo de tratado da OCDE não pode ser automática, pois depende do exame do enquadramento nos arts. 12 e 14, da convenção, que tratam de “royalties” e “serviços profissionais independentes” e que esse exame não prescinde da fixação de pressupostos fáticos, os autos devem retornar à Corte de Origem para analisar:*

(17.1.) a natureza do contrato que enseja a remessa (se há ou não pagamento de “royalties” embutidos, se há enquadramento no protocolo do tratado estendendo o conceito de “royalties”, se a prestação de serviços se dá por profissionais independentes se há enquadramento no protocolo do tratado estendendo o conceito de “profissões independentes”); e

(17.2.) a ausência de hibridismo em relação à classificação dos rendimentos que possa levar à dupla não tributação internacional (se o enquadramento do rendimento é idêntico no país da fonte e no da residência).

Na ocasião, considerando que a aplicação do art. 7 depende, antes, do exame do enquadramento do rendimento em outras disposições mais específicas dos tratados, o eminente relator determinou o retorno dos autos para que a Corte de origem suprisse omissão quanto à pertinência das disposições, entre outros, do artigo 12 da convenção à hipótese submetida a julgamento.

Tais decisões monocráticas demonstram que a questão das remessas decorrentes de serviços técnicos e assistência técnica, na forma como posta nos autos, não se assemelha ao que debatido no REsp 1.161.467/RS, bem assim no REsp 1.618.897/RJ, os quais

não apreciaram a controvérsia relativa à incidência do artigo 12 dos tratados e seus protocolos anexos.

Prossigo.

Nos presentes autos, *é incontroverso que se trata de rendimentos provenientes da prestação de serviços técnicos ou assistência técnica, sem transferência de tecnologia, não sendo necessário o retorno dos autos à origem para apreciação de aspectos fáticos.*

Depreende-se do acórdão recorrido que, à luz do item 4 do protocolo anexo à Convenção Brasil-Alemanha, que dispõe que “*as disposições do parágrafo 2-b do artigo 12 aplicar-se-ão igualmente aos rendimentos provenientes da prestação de assistência técnica e serviços técnicos*”, o colegiado *a quo* entendeu que tais rendimentos *podem ser tributados no país da fonte (Brasil)*, uma vez que o parágrafo 2-b do artigo 12 é especificamente o dispositivo que permite a tributação dos *royalties* à alíquota de 15%.

Veja-se:

Convenção Brasil-Alemanha (Decreto n. 76.988/1976)

Artigo 12

“Royalties”

[...]

2. Todavia, esses “royalties” podem ser tributados no Estado Contratante de que provêm, e de acordo com a legislação desse Estado, mas o imposto assim estabelecido não poderá exceder:

- a) 25% do montante bruto dos “royalties”, provenientes do uso ou da concessão do uso de marca de indústria ou comércio;
- b) 15% em todos os demais casos.

Todavia, o colegiado a quo concluiu que os textos das convenções entre Brasil-Argentina e Brasil-China não permitem o mesmo entendimento, exclusivamente porque os itens 7 e 3 de seus protocolos anexos, respectivamente, ao equipararem o rendimento da prestação de serviços técnicos ao rendimento de royalties, não fizeram remissão ao parágrafo 2 dos artigos 12 de ambas as convenções, que permite a tributação pelo país da fonte, mas sim ao parágrafo 3, que define o termo “royalties” para fins dos tratados.

Veja-se a redação do artigo 12 de cada uma das Convenções:

Convenção Brasil-Argentina (Decreto n. 87.976/1982)

Artigo XII

“Royalties”

1. Os “royalties” provenientes de um Estado Contratante e pagos a um residente do outro Estado Contratante são tributáveis nesse outro Estado.

2. Todavia, esses “royalties” podem ser tributados no Estado Contratante de que provêm e de acordo com a legislação desse Estado.

3. O termo “royalties”, empregado neste artigo, designa as remunerações de qualquer natureza pagas pelo uso ou pela concessão do uso de um direito de autor sobre uma obra literária, artística ou científica (inclusive os filmes cinematográficos, filmes ou fitas de gravação de programas de televisão ou radiodifusão), qualquer patente, marcas de indústria ou comércio, desenho ou modelo, plano, fórmula ou processo secreto, bem como pelo uso ou pela concessão do uso de um equipamento industrial, comercial ou científico e por informações correspondentes à experiência adquirida no setor industrial, comercial ou científico.

Convenção Brasil-China (Decreto n. 762/1993)

Artigo 12

Royalties

1. Os “royalties” provenientes de um Estado Contratante e pagos a residente no outro Estado Contratante são tributáveis nesse outro Estado.

2. Tais “royalties”, contudo, podem também ser tributados no Estado Contratante de onde provêm e de acordo com a legislação desse Estado; mas, se a pessoa que os receber for o beneficiário efetivo dos “royalties”, o imposto incidente não poderá exceder a:

a) 25 por cento do montante bruto dos “royalties” provenientes do uso ou do direito de uso de marcas de indústria ou comércio;

b) 15 por cento do montante bruto dos “royalties” em todos os demais casos.

3. O termo “royalties”, empregado neste Artigo, designa pagamentos de qualquer natureza, como contrapartida do uso ou do direito de uso de direitos autorais de trabalhos literários, científicos ou artísticos, inclusive filmes cinematográficos e filmes ou fitas para emissão de rádio ou televisão, qualquer patente, técnica, marca de indústria ou comércio, desenho ou modelo, planta, fórmula ou processo secreto, bem como pelo uso de um equipamento industrial, comercial ou científico e por informações correspondentes a experiências industriais, comerciais ou científicas.

Não me parece que a distinção levada a efeito pelo Tribunal *a quo*, relacionada à tributação de rendimentos sob a forma de *royalties*, seja procedente. *Veja-se o que determinam as convenções Brasil-Argentina e Brasil-China nos*

protocolos adicionais, naquilo que diz respeito aos rendimentos provenientes de serviços técnicos e assistência técnica:

Convenção Brasil-Argentina (Decreto n. 87.976/1982)

Fica estabelecido que as disposições do parágrafo 3 do Artigo XII aplicam-se às rendas provenientes do uso ou da concessão do uso de notícias Internacionais e da prestação de serviços técnicos e de assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante.

Convenção Brasil-China (Decreto n. 762/1993)

Entende-se que o disposto no parágrafo 3 do Artigo 12 aplicar-se-á a quaisquer pagamentos recebidos em contrapartida pela prestação de assistência técnica ou de serviços técnicos.

Em se tratando de convenções internacionais cuja finalidade primordial é delimitar as competências dos Estados Contratantes para fins de tributação de determinados ganhos e rendimentos, resta evidente que *ao determinar, nos respectivos protocolos adicionais, que aos rendimentos da prestação de serviços técnicos e assistência técnica aplica-se o dispositivo do tratado que define o termo “royalties”, quiseram os Estados Contratantes que a tais rendimentos fossem atribuídas as disposições da respectiva convenção aplicáveis aos royalties, como um todo.*

Noutras palavras, dizer no protocolo adicional que *ao rendimento da prestação de serviços técnicos se aplica o disposto no parágrafo 3 do Artigo 12*, é o mesmo que dizer, nos termos do mencionado artigo, que *o termo royalties empregado neste artigo [12], designa [também] pagamentos de qualquer natureza, como contrapartida da prestação de serviços técnicos.*

Ora, estabelecido pelo protocolo adicional c/c art. 12, § 3º, que o termo “royalties” designa também, para fins do tratado, o rendimento da prestação de serviços técnicos, isto implica que a esse rendimento, necessariamente, se aplica a regra de tributação concorrente prevista no mesmo artigo 12, em seu parágrafo 2º.

É de se ressaltar que, no **Modelo de Convenção** da OCDE, os *royalties* são tributados somente no país da residência do beneficiário do rendimento.

A possibilidade de tributação na fonte é fruto de negociação bilateral com vistas a atender os interesses brasileiros enquanto país eminentemente importador de tecnologia. A previsão dos procolos adicionais quanto à inclusão dos serviços técnicos sob as disposições do artigo 12 há de ser vista sob essa mesma perspectiva: uma negociação bilateral específica, que intencionalmente se afasta do

Modelo-padrão da OCDE, com vistas a atender os interesses brasileiros enquanto país majoritariamente importador deste tipo de serviço.

Portanto, não se aplicam aos rendimentos em questão as disposições dos artigos 7 dos tratados em testilha. Convém lembrar que o parágrafo 5 do artigo 7 das Convenções determinam, em essência, que *quando os lucros compreenderem elementos ou parcelas de rendimentos tratados separadamente em outros artigos da convenção (como é o caso dos royalties), as disposições destes artigos não serão afetadas pelas do artigo 7.*

Nesse contexto, é de se ressaltar que nem todos os países optaram por celebrar com o Brasil esta atribuição do tratamento do artigo 12 (*royalties*) aos serviços e assistência técnicos, como é o caso da França (Decreto n. 70.506/72) e da Áustria (Decreto n. 78.107/76), cujos protocolos adicionais nada prevêm a esse respeito. Nestes casos, aí sim, o rendimento proveniente de serviços técnicos e assistência técnica recairá na disciplina geral do artigo 7, à mingua de tratamento separado e específico em outros artigos da convenção.

Cabe lembrar, por fim, que a possibilidade de tributação concorrente, quando autorizada nas convenções – como é o presente caso –, não implica na dupla incidência, uma vez que os próprios tratados preveem, nos artigos 23 (Convenções Brasil-China e Brasil-Argentina) e 24 (Convenção Brasil-Alemanha), métodos destinados a evitar a dupla tributação nessas hipóteses.

Isto posto, merece provimento o recurso especial da Fazenda Nacional.

Quanto ao *recurso especial adesivo* interposto por *Motorola Serviços Ltda.* e *Motorola Mobility Comércio de Produtos Eletrônicos Ltda.*, alega-se que “o caso em tela não trata de *royalties*, mas sim de serviços de assistência técnica e prestação de serviços, todos sem transferência de tecnologia” (fl. 692), devendo incidir aos rendimentos provenientes da prestação de serviços por pessoa jurídica residente na Alemanha as disposições do art. 7º da respectiva Convenção (Decreto n. 76.988/1976).

Ao recurso adesivo deve ser negado provimento, pelas mesmas razões acima expostas, uma vez que nos termos da Convenção Brasil-Alemanha e respectivo protocolo “as disposições do parágrafo 2-b do artigo 12 [relativas aos *royalties*] aplicar-se-ão igualmente aos rendimentos provenientes da prestação de assistência técnica e serviços técnicos”, *sendo irrelevante a existência de transferência de tecnologia para os referidos fins.*

Ante o exposto: i) dou provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional para entender aplicáveis aos rendimentos provenientes da prestação

de assistência técnica ou de serviços técnicos as disposições dos artigos 12 das convenções Brasil-China (Decreto n. 762/1993) e Brasil-Argentina (Decreto n. 87.976/1982), conforme determinam os respectivos protocolos anexos; ii) nego provimento ao recurso especial adesivo de *Motorola Serviços Ltda.* e *Motorola Mobility Comércio de Produtos Eletrônicos Ltda.*

É como voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Solicitei vista antecipada dos autos para examiná-los com maior detença.

Trata-se de Recurso Especial interposto pela *Fazenda Nacional* contra acórdão proferido pela 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região no julgamento de apelação, assim ementado (fls. 610/611e, destaques do original):

Direito Constitucional e Tributário. IRRF. Rendimentos de serviços de assistência técnica e serviços técnicos, sem transferência de tecnologia. Ato COSIT n. 01/2000. Ilegalidade. Prevalência dos tratados internacionais. Art. 98 CTN e Decreto n. 3.000/99. Brasil-Alemanha - Decreto n. 76.988/76, art. 12, 2, b - alíquota de 15%. Decretos n. 87.976/82 - Brasil-Argentina - e n. 762/93 - Brasil-China. Impossibilidade de tributação dos rendimentos no país contratante diante da ausência de estabelecimento permanente. Inteligência do artigo 7º dos respectivos acordos. Lucro operacional. REsp 1.161.467/RS.

1. A especificação “sem transferência de tecnologia” trazida pelo Ato Declaratório n. 01/2000, com a imposição da alíquota de 25% da alínea “b”, II, artigo 685, do Decreto n. 3.000/99, conflita com a Convenção Brasil-Alemanha, que não distingue se a prestação de assistência técnica e de serviço técnico é realizada *com* ou *sem* transferência de tecnologia, além de estabelecer alíquota máxima de 15% (quinze por cento) sobre o rendimento.

2. Aplica-se, portanto, a alíquota de 15%, dos rendimentos provenientes de serviços de assistência técnica e de serviços técnicos, prestados por empresa estrangeira contratada, de origem alemã, consoante dicção do artigo 12, parágrafo 2, “b”, do Decreto 76.988, de 6 de janeiro de 1976.

3. Contudo, verifica-se que os Estados signatários, nas Convenções Brasil-Argentina e Brasil-China, não deram o mesmo tratamento jurídico-tributário dos *royalties* aos *rendimentos provenientes dos serviços de assistência técnica e dos serviços técnicos* do Protocolo do Decreto 76.988, de 6 de janeiro de 1976 (Brasil-Alemanha), o que impede a aplicação do parágrafo 2 do artigo XII dos Decretos 87.976, de 22 de dezembro de 1982, e 762, de 19 de fevereiro de 1993.

4. Destarte, por ausência de previsão de tributação pelos Acordos Internacionais, que remetem a obrigação ao Estado Contratante, nos termos do artigo 7º, as impetrantes estão dispensadas do recolhimento na fonte sobre os rendimentos da prestação de assistência técnica e de serviços técnicos das empresas estrangeiras domiciliadas na China e na Argentina, mostrando-se ilegal a ressalva “sem transferência de tecnologia” feita pelo Ato Declaratório COSIT n. 01/2000, com a intenção de promover a incidência do artigo 685 do Decreto 3.000/99.

5. Conforme assentado no REsp 1.161.467/RS, “o lucro das empresas estrangeiras” do artigo VII das Convenções equivale ao “lucro operacional”, decorrente da venda de produtos e a prestação de serviços, a permitir que os rendimentos provenientes da prestação de serviços de assistência técnica e de serviços técnicos por empresas estrangeiras, domiciliadas na China e na Argentina, sejam remetidos ao exterior sem a incidência na fonte do IR, nos termos do artigo VII dos Decretos 87.976, de 22 de dezembro de 1982, e 762, de 19 de fevereiro de 1993.

6. Dar parcial provimento à apelação das impetrantes.

Opostos Embargos de Declaração, foram rejeitados (fls. 636/645e).

Interposto Recurso Especial, com amparo no art. 105, III, *a*, da Constituição da República, aponta-se ofensa à lei federal nos seguintes termos:

(*i*) art. 535, I e II, do Código de Processo Civil de 1973: “O acórdão apresenta-se contraditório, pois, embora os três tratados (Brasil-Argentina, Brasil-Alemanha e Brasil-China) tenham dado igual tratamento no tocante à tributação na fonte dos valores remetidos ao exterior em decorrência de serviço técnico prestado, sem transferência de tecnologia, por empresa estrangeira, situadas na Alemanha, Argentina e China, quando do julgamento, foi dada interpretação diversa a mesma situação.” (fl. 651e); e

(*ii*) arts. 12 dos Decretos ns. 76.988/1976 (atualmente revogado pelo Decreto n. 5.654/2005); 89.976/1982; e 762/1993: “[...] o art. 12 das Convenções, com igual semântica, admite em uníssono a possibilidade de os países pactuantes realizarem a tributação dos *royalties* de maneira concorrente – tanto pelo Estado de onde partem os recursos financeiros, como pelo Estado onde estão domiciliadas as empresas prestadoras dos serviços.” [...] Os arts. 7º das Convenções Brasil-Argentina e Brasil-China traduzem regra geral, “[...] aplicável apenas se a verba em questão não puder ser enquadrada nas demais categorias previstas no Tratado. Assim, os Comentários da OCDE às referidas Convenções, consideram que o termo “lucros”, constante do art. 7º, corresponde a todo rendimento oriundo da atividade empresarial, excluídos os

rendimentos enquadrados nas categorias especiais previstas nos demais artigos do tratado.” [...] “[...] os § 3º dos artigos 12 – de sentido homólogo nos acordos citados – definem o que são *royalties* para fins de tributação internacional, sendo que, na sequência, são complementados pelos respectivos protocolos, os quais, invariavelmente, descrevem a prestação de assistência técnica e de serviços técnicos como integrantes do sentido jurídico de *royalties*. [...] A previsão expressa nas próprias Convenções quanto à natureza dos valores remetidos ao exterior para pagamento de serviços técnicos e de assistência técnica, dentre eles os prestados pelas empresas estrangeiras contratadas pela impetrante, permite, assim a conclusão de que o Ato Declaratório COSIT n. 01, de 05 de janeiro de 2000 somente se aplicaria às convenções que não trazem aquela definição, dentre as quais as celebradas com a Áustria, Finlândia, França, Japão e Suécia. [...] Diante da existência de norma especial, que considera os valores pagos pelas Impetrantes à empresa estrangeira como “royalties”, afastada estaria, assim, a aplicação da regra do artigo 7º, que por se tratar de norma geral, deve ser repelida em prol da aplicação de norma especial (o artigo 12 [...]).” (fls. 660/668e).

Motorola Serviços Ltda. e Outro aderiram ao recurso em tela, nos termos do art. 500 do CPC/1973 e com amparo no art. 105, III, *a e c*, da Constituição da República, apontam, além do dissídio jurisprudencial, ofensa aos arts. 98 do Código Tributário Nacional; e 7º do Decreto 76.988/1976 (atualmente revogado pelo Decreto n. 5.654/2005): “[...] não há como se admitir que a cobrança do IR-Fonte sobre remessas de pagamentos para empresas prestadoras de serviços residentes em países com os quais o Brasil mantém tratado para evitar a dupla tributação em matéria de imposto de renda, como era o caso da Alemanha enquanto vigente o tratado ([...]), eis que há norma mais específica e hierarquicamente superior (art. 7º, dos Tratados firmados pelo Brasil, que utilizam o Modelo OCDE) que se sobrepõe às regras gerais infraconstitucionais [...] A regra do artigo 7º do Tratado citado acima tem sentido amplo, correspondendo a todos os rendimentos decorrentes da exploração da atividade da pessoa jurídica. As situações de exceção ou sujeitas a regra especial, são aquelas expressamente ressalvadas ou excepcionadas pela própria legislação (pelo Tratado). Assim, regra geral qualquer rendimento auferido por uma pessoa jurídica na exploração de seu objeto social se encontra perfeitamente inserido no conceito de lucro constante dos Tratados Internacionais firmados pelo Brasil com base no Modelo OCDE, incluindo-se, aquele firmado com a Alemanha. [...] Não se trata, portanto, de *royalties*, que permitissem a utilização de qualquer outro dispositivo dos Tratados, além do artigo 7º [...].” (fls. 691/693e).

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 749/753e.

Na assentada de 22.8.2023, o Sr. Relator, Ministro Benedito Gonçalves, proferiu voto dando provimento ao Recurso Especial e negando provimento ao Recurso Especial Adesivo.

É o relatório. Passo a proferir o voto-vista.

Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte, na sessão realizada em 9.3.2016, 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 1973.

I. Da admissibilidade dos recursos especiais

Consigno que as questões federais debatidas se encontram satisfatoriamente prequestionadas.

Ademais, os Recursos Especiais, independente e adesivo, acham-se hígidos para julgamento, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade e ausentes as questões prejudiciais e/ou preliminares a serem examinadas.

Convém assinalar, outrossim, que o exame da pretensão ora veiculada nos recursos não demanda reexame fático-probatório, pois todos os aspectos factuais e processuais estão clara e suficientemente delineados no acórdão recorrido.

O pronunciamento impugnado, por sua vez, dirimiu a controvérsia baseado em fundamentos infraconstitucionais.

Sendo admissíveis os recursos, avanço para o exame dos vícios integrativos apontados pela **Fazenda Nacional** no Recurso Especial.

II - Da ausência de vícios integrativos no acórdão recorrido (art. 535, I e II, do CPC/1973)

Depreende-se da leitura do acórdão regional (fls. 603/611e), inclusive do integrativo (fls. 636/645e), que a controvérsia restou examinada de forma satisfatória, mediante apreciação da disciplina normativa e cotejo ao posicionamento jurisprudencial aplicável ao caso.

Anote-se, por oportuno, que “as decisões judiciais não precisam ser necessariamente analíticas, bastando que contenham fundamentos suficientes para justificar suas conclusões [...]” (STF, 1ª T., ARE n. 1.343.676/SC AgR-segundo, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 28.3.2022).

Em relação à contradição, esta Corte adota orientação segundo a qual esse vício estará configurado quando interno ao julgado embargado, a exemplo da grave desarmonia entre a fundamentação e as conclusões da própria decisão, capaz de evidenciar uma ausência de logicidade no raciocínio desenvolvido pelo julgador.

A contradição sanável por aclaratórios é aquela interna ao julgado embargado, a exemplo da grave desarmonia entre a fundamentação e as conclusões da própria decisão, capaz de evidenciar uma ausência de logicidade no raciocínio desenvolvido pelo julgador, ou seja, o recurso integrativo não se presta a corrigir contradição externa, bem como não se revela instrumento processual vocacionado para sanar eventual *error in iudicando*.

Ausente o vício de contradição quando há apenas antagonismo entre os fundamentos da decisão e o entendimento da parte (cf. Corte Especial, EDcl no AgRg nos EAREsp n. 252.613/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 5.8.2015).

Não havendo, portanto, nulidade no *decisum* por violação ao art. 535, I e II, do CPC/1973, passo à análise da pretensão de viés tributário, também na linha do que concluiu o Sr. Relator.

Ultrapassados os aspectos processuais, avanço para a questão tributária em debate.

III. Contornos da lide e delimitação da controvérsia

Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança com pedido amplo, sendo relevante destacar a exata dicção dos requerimentos (fl. 18e, destaquei):

[...] seja reconhecido o direito líquido e certo de efetuar remessas para o exterior, sem retenção do imposto de renda na fonte, em pagamento por serviços prestados no exterior, sem transferência de tecnologia, tendo por beneficiárias empresas residentes e domiciliadas em países com os quais o Brasil mantém tratados para evitar a dupla tributação em matéria de imposto de renda (com base no modelo OCDE), tendo em vista o disposto no art. 7º destes Tratados (China, Alemanha, Argentina, Chile, entre outros), declarando-se incidentalmente a ilegalidade e a inconstitucionalidade do Ato Declaratório COSIT n. 01/2000, editado pela Secretaria da Receita Federal.

Confirma tal fato o quanto registrou o Tribunal de origem no acórdão recorrido (fls. 604/605e, destaquei):

[...] seja afastada a aplicação do Ato Declaratório COSIT n. 01/2000, permitindo que as impetrantes efetuem a remessa de valores para o exterior, sem a retenção do imposto de renda na fonte, em pagamento por serviços prestados, sem a transferência de tecnologia, por empresas estrangeiras, domiciliadas em países com os quais o Brasil mantém tratados para evitar a bitributação, como a China, Alemanha, Argentina, Chile, dentre outros.

[...]

As impetrantes celebraram contratos para a prestação de assistência técnica e de serviços técnicos, em território nacional, com empresas do mesmo Grupo Econômico domiciliadas no exterior (Motorola Eletrônicos (China) fls. 55/63; Motorola GmbH (Alemanha) fls. 73/80 e 90/91; Motorola Argentina SA fls. 100/101).

Conquanto o Mandado de Segurança contemple pretensão verdadeiramente ampla, a discussão devolvida pelas empresas no Recurso Especial Adesivo, é restrita ao “[...] reconhecimento da indevida retenção na fonte dos rendimentos provenientes da prestação de assistência técnica e serviços técnicos prestados pelas empresas domiciliadas na Alemanha [...]” (fl. 696e), tendo sido apontado dissídio jurisprudencial com o acórdão da 2ª Turma (REsp n. 1.161.467/RS, Rel. Min. Castro Meira, j. 17.5.2012).

Aliás, o êxito das apelantes no Tribunal de origem mostrou-se limitado, porque o parcial provimento recurso foi para “[...] reconhecer indevida a retenção na fonte dos rendimentos provenientes da prestação de assistência técnica e serviços técnicos prestados pelas empresas domiciliadas na China e na Argentina, mantida a retenção na fonte a cargo das impetrantes, mediante aplicação da alíquota de 15%, do imposto sobre os valores decorrentes da prestação de assistência técnica e de serviços técnicos por empresa domiciliada na Alemanha” (fl. 609e).

Esses esclarecimentos guardam pertinência com a premissa fixada pelo Sr. Relator, Ministro Benedito Gonçalves, no voto proferido na sessão pretérita (negritos do original):

De início, cabe ressaltar que a controvérsia julgada pela Segunda Turma no REsp 1.161.467/RS (rel. Ministro Castro Meira, DJe 01/06/2012), invocado em contrarrazões ao recurso especial, **não reflete exatamente o presente caso.**

Essa particularidade também foi observada pelo eminente Ministro Mauro Campbell Marques no julgamento do REsp 1.759.081/SP, Segunda Turma, DJe de 18/12/2020, no qual se destacou que o advento do Ato Declaratório Interpretativo RFB n. 5, de 16 de junho de 2014, mudou a interpretação fazendária a respeito do enquadramento das verbas em questão:

[...]

Na ocasião, considerando que a aplicação do art. 7 depende, antes, do exame do enquadramento do rendimento em outras disposições mais específicas dos tratados, o eminente relator determinou o retorno dos autos para que a Corte de origem suprisse omissão quanto à pertinência das disposições, entre outros, do artigo 12 da convenção à hipótese submetida a julgamento.

Tais decisões monocráticas demonstram que a questão das remessas decorrentes de serviços técnicos e assistência técnica, na forma como posta nos autos, não se assemelha ao que debatido no REsp 1.161.467/RS, bem assim no REsp 1.618.897/RJ, os quais não apreciaram a controvérsia relativa à incidência do artigo 12 dos tratados e seus protocolos anexos.

De fato, impõe-se outra perspectiva, porquanto a controvérsia devolvida pelos recursos em tela distancia-se do núcleo da polêmica envolvendo tão somente o alcance da expressão “lucro da empresa estrangeira” contida no art. 7º dos tratados para evitar a dupla tributação, uma vez que diz com a regência da matéria por norma especial encartada no protocolo anexo.

Isso considerado, cumpre examinar as normas plasmadas nos três tratados verificados pelo Tribunal de origem para se aferir a adequada subsunção do rendimento remetido ao exterior em decorrência de contrato de prestação de serviços técnicos, sem transferência de tecnologia.

O debate, portanto, gira em torno do tratamento tributário a ser dispensado aos rendimentos remetidos por fonte situada no Brasil à pessoa jurídica estrangeira, pertencente ao mesmo grupo econômico da remetente, em razão de prestação de serviços técnicos e de assistência técnica a serem executados no exterior, sem transferência de tecnologia, à luz dos tratados destinados a evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal celebrados pelo Brasil com a Alemanha, Argentina e China.

Cumpre enaltecer, outrossim, que *não* se controverte acerca da prevalência dos acordos internacionais em relação à legislação brasileira, sendo a contenda, nesta fase processual, restrita ao devido enquadramento – a qualificação jurídica – do aludido rendimento.

Anotado o cerne e o cenário do debate, avanço para a moldura normativa.

IV. Disciplina normativa

A legislação interna que dispõe acerca da cobrança e fiscalização do Imposto sobre a Renda prescreve que a retenção e o recolhimento do tributo cabem

à fonte quando pagar, creditar; empregar, *remeter* ou entregar o rendimento, consoante estabelecem os arts. 100 e 101 do Decreto-Lei n. 5.844/1943.

No plano internacional, colaciona-se os dispositivos pertinentes dos tratados, observada a cronologia, celebrados com a Alemanha, Argentina e China:

Decreto n. 76.988/1976 - Promulga o Acordo para Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda e o Capital, Brasil-República Federal da Alemanha.

(acordo denunciado, não produzindo efeito desde 1º de janeiro de 2006)

Artigo 7 Lucros das empresas

1. Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. Se a empresa exercer sua atividade na forma indicada seus lucros serão tributáveis no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis a esse estabelecimento permanente.

2. Quando uma empresa de um Estado Contratante exercer sua atividade no outro Estado Contratante através de um estabelecimento permanente aí situado atribuídos em cada Estado Contratante a esse estabelecimento permanente os lucros que obteria, se constituísse uma empresa distinta e separada, exercendo atividades idênticas ou similares, em condições idênticas ou similares, e transacionando com absoluta independência com a empresa de que é um estabelecimento permanente.

3. No cálculo dos lucros de um estabelecimento permanente é permitido deduzir as despesas que tiverem sido feitas para a consecução dos objetos do estabelecimento permanente, incluindo as despesas de direção e nos encargos gerais de administração assim realizados.

4. Nenhum lucro será atribuído a um estabelecimento permanente pelo simples fato de comprar bens ou mercadorias para a empresa.

5. *Quando os lucros compreenderem elementos de rendimentos tratados separadamente nos outros artigos do presente Acordo, as disposições desses artigos não serão afetadas pelo presente artigo.*

Artigo 12 "Royalties"

1. Os "royalties" provenientes de um Estado Contratante e pagos a um residente do outro Estado Contratante são tributáveis nesse outro Estado.

2. *Todavia, esses "royalties" podem ser tributados no Estado Contratante de que provêm, e de acordo com a legislação desse Estado, mas o imposto assim estabelecido não poderá exceder:*

a) 25% do montante bruto dos “royalties”, provenientes do uso ou da concessão do uso de marca de indústria ou comércio;

b) 15% em todos os demais casos.

3. O termo “royalties” empregado nesse artigo designa as remunerações de qualquer natureza pagas pelo uso ou pela concessão do uso de um direito de autor sobre uma obra literária, artística ou científica (inclusive os filmes cinematográficos, filmes ou fitas de gravação de programação de televisão ou radiodifusão), qualquer patente, marcas de indústria ou comércio, desenho ou modelo, plano fórmula ou processos secretos, bem como pelo uso ou pela concessão do uso de um equipamento industrial, comercial ou científico e por informações correspondentes à experiência adquirida no setor industrial, comercial ou científico.

4. Os “royalties” serão considerados provenientes de um Estado Contratante quando o devedor for o próprio Estado, uma sua subdivisão política, uma autoridade local ou um residente desse Estado. Todavia, quando o devedor dos “royalties”, seja ou não residente de um Estado Contratante, tiver num Estado Contratante um estabelecimento permanente em relação com o qual haja sido contraída a obrigação de pagar os “royalties” e caiba a esse estabelecimento permanente o pagamento desses “royalties” serão eles considerados provenientes do Estado Contratante em que o estabelecimento permanente estiver situado.

5. As disposições dos parágrafos 1 e 2 não se aplicam, quando o beneficiário dos “royalties”, residente de um Estado Contratante, tiver, no outro Estado Contratante de que provêm os “royalties”, um estabelecimento permanente ao qual estão ligados efetivamente o direito ou bem que deu origem aos “royalties”. Nesse caso, aplica-se-á o disposto no artigo 7.

6. Se, em consequência de relações especiais, existentes entre o devedor e o credor, ou entre ambos e terceiros o montante dos “royalties” pagos, tendo em conta o uso, direto ou informação pelo qual é pago, exceder aquele que seria acordado entre o devedor e o credor na ausência de tais relações, as disposições deste artigo são aplicáveis apenas a este último montante. Neste caso, a parte excedente dos pagamentos será tributável conforme a legislação de cada Estado Contratante, e tendo em conta as outras disposições do presente Acordo.

7. A limitação da alíquota do imposto prevista no parágrafo 2-b não se aplicará aos “royalties” pagos antes de primeiro de janeiro de 1977, quando tais “royalties” forem pagos a um residente de um Estado Contratante que possua direta ou indiretamente, no mínimo 50 por cento do capital com direito a voto da sociedade que paga esses “royalties”.

Protocolo

No momento da assinatura do Acordo para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda e o capital entre a República Federativa

do Brasil e a República Federal da Alemanha, os abaixo assinados, para isso devidamente autorizados, acordaram nas seguintes disposições que constituem parte integrante do presente Acordo.

4. Com referência ao artigo 12:

Fica entendido que as disposições do parágrafo 2-b do artigo 12 aplicar-se-ão igualmente aos rendimentos provenientes da prestação de assistência técnica e serviços técnicos.

Decreto n. 87.976/1982 - Promulga a Convenção entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda.

Artigo VII Lucros das empresas

1. Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. Se a empresa exercer sua atividade na forma indicada, seus lucros são tributáveis no outro Estado, mas unicamente a medida em que sejam atribuíveis a esse estabelecimento permanente.

2. Com ressalva das disposições do parágrafo 3, quando uma empresa de um Estado Contratante exercer sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado, serão atribuídos, em cada Estado Contratante, a esse estabelecimento permanente, os lucros que obteria se constituísse uma empresa distinta e separada, exercendo atividades idênticas ou similares, em condições idênticas ou similares, e transacionando com absoluta independência com a empresa de que é um estabelecimento permanente.

3. No cálculo dos lucros de um estabelecimento permanente, é permitido deduzir as despesas que tiverem sido feitas para a consecução dos objetivos do estabelecimento permanente, incluindo as despesas de direção e os encargos gerais de administração assim realizados.

4. Nenhum lucro será atribuído a um estabelecimento permanente pelo simples fato de comprar bens ou mercadorias para a empresa.

5. Quando os lucros compreenderem elementos de rendimentos tratados separadamente nos outros artigos da presente Convenção, as disposições desses artigos não serão afetadas pelas disposições deste Artigo.

Artigo XII "Royalties"

1. Os "royalties" provenientes de um Estado Contratante e pagos a um residente do outro Estado Contratante são tributáveis nesse outro Estado.

2. Todavia, esses "royalties" podem ser tributados no Estado Contratante de que provêm e de acordo com a legislação desse Estado.

3. O termo “royalties”, empregado neste artigo, designa as remunerações de qualquer natureza pagas pelo uso ou pela concessão do uso de um direito de autor sobre uma obra literária, artística ou científica (inclusive os filmes cinematográficos, filmes ou fitas de gravação de programas de televisão ou radiodifusão), qualquer patente, marcas de indústria ou comércio, desenho ou modelo, plano, fórmula ou processo secreto, bem como pelo uso ou pela concessão do uso de um equipamento industrial, comercial ou científico e por informações correspondentes à experiência adquirida no setor industrial, comercial ou científico.

4. Os “royalties” serão considerados provenientes de um Estado Contratante quando o devedor for o próprio Estado, uma sua subdivisão política, uma entidade local ou um residente desse Estado. Todavia, quando o devedor dos “royalties”, seja ou não residente de um Estado Contratante, tiver num Estado Contratante um estabelecimento permanente ou uma base fixa em relação com os quais haja sido contraída a obrigação de pagar os “royalties” e caiba a esse estabelecimento permanente ou a essa base fixa o pagamento desses - “royalties”, serão eles considerados provenientes do Estado Contratante em que estiver situado o estabelecimento permanente ou a base fixa.

5. As disposições dos parágrafos 1 e 2 não se aplicam quando o beneficiário dos “royalties”, residente de um Estado Contratante, tiver, no outro Estado Contratante de que provêm os “royalties”, um estabelecimento permanente ou uma base fixa a que estio ligados efetivamente o direito ou o bem que deu origem aos “royalties”. Nesse caso, serão aplicáveis as disposições dos Artigos VII ou XIV, conforme o caso.

6. Se, em consequência de relações especiais existentes entre o devedor e o credor, ou entre ambos e terceiros, o montante dos “royalties” pagos, tendo em conta a prestação pela qual são pagos, exceder àquele que seria acordado entre o devedor e o credor na ausência de tais relações, as disposições deste Artigo são aplicáveis apenas a este último montante. Neste caso, a parte excedente dos pagamentos será tributável conforme a legislação de cada Estado Contratante e tendo em conta as outras disposições da presente Convenção.

Protocolo

No momento da assinatura da Convenção para evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina, os abaixo assinados, para isso devidamente autorizados, convieram nas seguintes disposições que constituem parte integrante da Convenção.

7. Com referência ao Artigo XII, parágrafo 3

Fica estabelecido que as disposições do parágrafo 3 do Artigo XII aplicam-se às rendas provenientes do uso ou da concessão do uso de notícias Internacionais e da prestação de serviços técnicos e de assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante.

Decreto n. 762/1993 - Promulga o Acordo Destinado a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Popular da China, celebrado em Pequim, em 5.8.1991.

Artigo 7 Lucros das Empresas

1. Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante são tributáveis somente neste Estado Contratante, a menos que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. Se a empresa exercer sua atividade nas condições acima mencionadas, seus lucros serão tributáveis no outro Estado Contratante, mas unicamente na medida em que corresponderem a esse estabelecimento permanente.

2. Observado o que dispõe o parágrafo 3, quando uma empresa de um Estado Contratante exercer sua atividade no outro Estado Contratante por intermédio de um estabelecimento permanente ali situado, serão atribuídos, em cada Estado Contratante, a esse estabelecimento permanente os lucros que auferiria se fosse uma empresa distinta e independente, exercendo atividades idênticas ou similares em condições idênticas ou similares, e transacionando com absoluta independência com a empresa de que é um estabelecimento permanente.

3. Na apuração do lucro de um estabelecimento permanente, serão deduzidas as despesas incorridas para a consecução dos objetivos desse estabelecimento, inclusive as despesas de administração e os encargos gerais de direção realizados no Estado Contratante em que se localiza o estabelecimento permanente.

4. Na medida em que se adote, em que um Estado Contratante, a prática de ratear o lucro total de uma empresa entre seus diversos estabelecimentos, o disposto no parágrafo 2 não obstará a continuidade de tal prática naquele Estado Contratante. O método de rateio, no entanto, não poderá contrariar os princípios deste Artigo.

5. Nenhum lucro será atribuído a um estabelecimento permanente pelo simples fato de comprar bens ou mercadorias para empresa.

6. Para os fins dos parágrafos 1 a 5, a atribuição de lucro ao estabelecimento permanente será feita, ano a ano, observando-se o mesmo método, a menos que haja motivo suficiente para se adotar prática diversa.

7. Quando os lucros compreenderem parcelas de rendimentos tratados separadamente em outros Artigos deste Acordo, o disposto neste Artigo não prejudicará a aplicação dos outros dispositivos.

Artigo 12 Royalties

1. Os "royalties" provenientes de um Estado Contratante e pagos a residente no outro Estado Contratante são tributáveis nesse outro Estado.

2. Tais "royalties", contudo, podem também ser tributados no Estado Contratante de onde provêm e de acordo com a legislação desse Estado; mas,

se a pessoa que os receber for o beneficiário efetivo dos “royalties”, o imposto incidente não poderá exceder a:

a) 25 por cento do montante bruto dos “royalties” provenientes do uso ou do direito de uso de marcas de indústria ou comércio;

b) 15 por cento do montante bruto dos “royalties” em todos os demais casos.

3. O termo “royalties”, empregado neste Artigo, designa pagamentos de qualquer natureza, como contrapartida do uso ou do direito de uso de direitos autorais de trabalhos literários, científicos ou artísticos, inclusive filmes cinematográficos e filmes ou fitas para emissão de rádio ou televisão, qualquer patente, técnica, marca de indústria ou comércio, desenho ou modelo, planta, fórmula ou processo secreto, bem como pelo uso de um equipamento industrial, comercial ou científico e por informações correspondentes a experiências industriais, comerciais ou científicas.

4. Não se aplica o disposto nos parágrafos 1 e 2 se o beneficiário efetivo dos “royalties”, residindo em um Estado Contratante, mantém negócios ou presta serviços no outro Estado Contratante, mediante a utilização de estabelecimento permanente ou escritório fixo ali situados e se o direito ou bem, com relação ao qual os “royalties” são pagos, tem vinculação com o estabelecimento permanente ou a instalação fixa. Nesse caso, aplica-se o disposto no Artigo 14, dependendo das circunstâncias.

5. Os “royalties” serão considerados provenientes se um Estado Contratante quando o devedor for o próprio Governo daquele Estado Contratante, uma sua subdivisão política, uma autoridade local ou uma pessoa residente naquele Estado Contratante. Todavia, quando o devedor dos “royalties”, seja ou não residente em um dos Estados Contratantes, tiver num Estados Contratantes um estabelecimento permanente ou uma base fixa com relação aos quais haja sido contraída a obrigação de pagar “royalties”, e caiba a tais estabelecimentos a obrigação do pagamento, considerar-se-ão tais “royalties” provenientes do Estado Contratante onde o estabelecimento permanente ou escritório fixo estiver situado.

6. Se, em consequência de relações especiais entre o devedor dos “royalties” e seu beneficiário efetivo, ou entre ambos e terceiros, o montante dos “royalties” pagos, tendo em vista o uso, o direito ou a informação pelos quais são pagos, exceder ao que seria acordado entre devedor e beneficiário, na ausência de tais relações, o disposto neste Artigo limita-se a este último montante. Nesse caso, a parte excedente dos pagamentos será tributável conforme a legislação de casa Estado Contratante, aplicando-se, no que couber, o que dispõe este Acordo.

Protocolo

No momento da assinatura do Acordo entre a República Federativa do Brasil e a República Popular da China Destinado a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda (a seguir mencionado

como “o Acordo”), os abaixo assinados acordaram as seguintes disposições que constituem parte integrante do Acordo.

3. Com referência ao Artigo 12, parágrafo 3

Entende-se que o disposto no parágrafo 3 do Artigo 12 aplicar-se-á a *quaisquer pagamentos recebidos em contrapartida pela prestação de assistência técnica ou de serviços técnicos.* (destaquei)

Ainda no âmbito internacional, avulta a disposição da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados no tocante à regra geral de interpretação:

Decreto n. 7.030/2009 - Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66.

Artigo 31 Regra Geral de Interpretação

1. Um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.

2. Para os fins de interpretação de um tratado, *o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos:*

a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado;

b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado.

3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto:

a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições;

b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação;

c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.

4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes. (destaquei)

No prisma infralegal, impende destacar o já revogado Ato Declaratório Normativo COSIT n. 1/2000 e o Ato Declaratório Interpretativo RFB n. 5/2014, os quais orientam as unidades do Fisco em relação à tributação das remessas decorrentes de contratos de prestação de assistência técnica e serviços técnicos sem transferência de tecnologia:

Ato Declaratório Normativo COSIT n. 1/2000 (revogado)

(publicado no DOU de 19.1.2000, seção 1, p. 12)

O Coordenador-Geral Substituto do Sistema de Tributação, no uso das atribuições [...], e tendo em vista o disposto nas Convenções celebradas pelo Brasil para Eliminar a Dupla Tributação da Renda e respectivas portarias regulando sua aplicação, no art. 98 da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 e nos arts. 685, inciso II, alínea "a", e 997 do Decreto n. 3.000, de 26 de março de 1999, declara, em caráter normativo, às Superintendências Regionais da Receita Federal, às Delegacias da Receita Federal de Julgamento e aos demais interessados que:

I - As remessas decorrentes de contratos de prestação de assistência técnica e de serviços técnicos sem transferência de tecnologia *sujeitam-se à tributação de acordo com o art. 685, inciso II, alínea "a", do Decreto n. 3.000, de 1999.*

II - Nas Convenções para Eliminar a Dupla Tributação da Renda das quais o Brasil é signatário, esses rendimentos classificam-se no artigo Rendimentos não Expressamente Mencionados, e, conseqüentemente, são tributados na forma do item I, o que se dará também na hipótese de a convenção não contemplar esse artigo.

III - Para fins do disposto no item I deste ato, consideram-se contratos de prestação de assistência técnica e de serviços técnicos sem transferência de tecnologia aqueles não sujeitos à averbação ou registro no Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI e Banco Central do Brasil.

Ato Declaratório Interpretativo RFB n. 5/2014

(publicado no DOU de 20.6.2014, seção 1, p. 48)

O Secretário da Receita Federal do Brasil, no uso das atribuições [...], e tendo em vista o disposto nos Acordos ou Convenções para Evitar a Dupla Tributação da Renda celebrados pelo Brasil,

Declara:

Art. 1º O tratamento tributário a ser dispensado aos rendimentos pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos por fonte situada no Brasil a pessoa física ou jurídica residente no exterior pela prestação de serviços técnicos e de assistência técnica, com ou sem transferência de tecnologia, com base em acordo ou convenção para evitar a dupla tributação da renda celebrado pelo Brasil será aquele previsto no respectivo Acordo ou Convenção:

I - no artigo que trata de royalties, *quando o respectivo protocolo contiver previsão de que os serviços técnicos e de assistência técnica recebam igual tratamento*, na hipótese em que o Acordo ou a Convenção autorize a tributação no Brasil;

II - no artigo que trata de profissões independentes ou de serviços profissionais ou pessoais independentes, nos casos da prestação de serviços técnicos e de

assistência técnica relacionados com a qualificação técnica de uma pessoa ou grupo de pessoas, na hipótese em que o Acordo ou a Convenção autorize a tributação no Brasil, ressalvado o disposto no inciso I; ou

III - no artigo que trata de lucros das empresas, ressalvado o disposto nos incisos I e II.

Art. 2º Publique-se no Diário Oficial da União.

Art. 3º Revogue-se o Ato Declaratório (Normativo) Cosit n. 1, de 5 de janeiro de 2000. (destaquei)

Colacionada a disciplina normativa, avanço para análise do cenário dos acordos firmados pelo Brasil em relação aos tributos sobre a renda.

V. Lineamentos acerca dos tratados celebrados pelo Brasil para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal

A postura brasileira no universo de acordos para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal não desconsidera o pragmatismo das *convenções modelo* da Organização das Nações Unidas - ONU e da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, uma vez que se trata de organismos com indisfarçável influência no cenário internacional.

A OCDE, criada em 1961, é uma “organização internacional que trabalha para construir melhores políticas para vidas melhores”; seu objetivo é “moldar políticas que promovam prosperidade, igualdade, oportunidade e bem-estar para todos” (cf. sítio eletrônico OECD, www.oecd.org/about/, acesso em 19.9.2023, tradução livre).

Vale lembrar que a OCDE conta, atualmente, com trinta e oito países membros e o Brasil foi um dos seis candidatos a iniciar o processo de entrada na organização em 2022.

Atualmente, segundo o sítio eletrônico oficial do Governo Federal, o País possui tratados internacionais para evitar a dupla tributação com trinta e sete países, dentre eles, Itália, Espanha, França, Portugal e Japão.

Quase todos esses tratados referem-se exclusivamente ao Imposto sobre a Renda (cf. sítio eletrônico gov.br, <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao>, acesso em 19.9.2023).

Outrossim, segundo recentemente noticiado, em novembro de 2022 o País assinou Acordo de Dupla Tributação (ADT), voltado à eliminação da Dupla

Tributação em Relação aos Tributos sobre a Renda e à Prevenção da Evasão e da Elisão Fiscais, com o Reino Unido (cf. sítio eletrônico gov.br, www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2022/12/acordo-entre-brasil-e-reino-unido-busca-ampliar-fluxos-bilaterais-de-comercio-e-investimento, acesso em 19.9.2023).

Sublinhe-se que os tratados internacionais celebrados pelo Brasil para evitar a dupla tributação, nos últimos anos, estão apresentando um novo perfil, destinado à adequação às medidas de cooperação fiscal internacional, com vista à sua admissão na OCDE.

O ambiente retratado no Fórum Econômico Mundial de 2020, oportunidade na qual cento e trinta e sete países apoiaram a adoção de um plano que corrija distorções da tributação internacional promovida por diversos países e viabilize um sistema justo de tributação, deu ensejo à criação do *Base Erosion and Profit Shifting - BEPS*, ou “Projeto de Combate à Erosão da Base Tributária e a Transferência de Lucros”, plano da OCDE com o apoio do G20, instituído em 2021, quando “mais de 135 países e jurisdições aderiram ao plano de dois pilares para reformar as regras de tributação internacional e assegurar que empresas multinacionais paguem uma justa quota de tributos onde que quer que elas operem” (cf. sítio eletrônico G20, www.g20.org/en/, acesso em 19.9.2023).

Tal projeto contém 15 (quinze) medidas para reduzir práticas fiscais prejudiciais e o abuso nos tratados internacionais, um plano de combate à erosão da base tributária e ao deslocamento do tributo. Esse esforço de cooperação global tributária também contribui para que não haja perda de receitas que caberiam aos Estados soberanos, sendo uma questão relevante para as finanças públicas de países em acentuada crise fiscal.

As quinze ações do BEPS são: “economia digital (ação 1); híbridos (ação 2); sociedades estrangeiras controladas (ação 3); dedutibilidade de juros e outros gastos (ação 4); práticas fiscais (ação 5); abuso de tratados fiscais (ação 6); estabelecimento estável (ação 7); preços de transferência, criação de valor e riscos – intangíveis, risco e capital de transações de alto risco (ações 8-10); análise de dados (ação 11); reporte de esquemas de planejamento fiscal agressivo (ação 12); obrigações de informação e documentação de preços de transferências (ação 13); mecanismos de resolução de conflitos (ação 14); e desenvolvimento de um instrumento multilateral (ação 15)”.

O Brasil integra uma rede de tratados internacionais antiga, firmados com um número relativamente tímido de países e, em razão disso, tem procurado

atualizar tais atos, alinhando o país ao plano da OCDE de evitar transferência de lucros para países de baixa tributação.

Os acordos recentemente firmados com Singapura, Suíça e Emirados Árabes Unidos, trazem alterações que alinham o país ao BEPS/G20 para evitar a transferência de lucros para países de baixa tributação, inserindo o Brasil no plano da cooperação fiscal internacional e aumentando a segurança jurídica para investidores.

A celebração de tratados e convenções para evitar a dupla tributação visa atenuar efeito danoso decorrente da pluritributação internacional, qual seja, a não observância do princípio da capacidade contributiva, uma vez que Estados soberanos, evidentemente, observam seus próprios sistemas tributários, desconhecendo os alheios.

Desse modo, a celebração de tratados internacionais procura atenuar tal efeito, mediante a concessão de isenções e outros benefícios fiscais, bem como a eliminação de barreiras alfandegárias e restrições à circulação de mercadorias, com intuito de facilitar o comércio exterior.

Indubitavelmente, o estabelecimento de regras internacionais que sejam respeitadas por todos os países há de ser prestigiado, pois colabora para a criação de um ambiente seguro voltado à realização de múltiplos negócios entre empresas e consumidores de países distintos.

Convém pontuar, ainda, que os acordos em estudo não traduzem as únicas medidas tomadas para evitar a dupla tributação entre o Brasil e outros países no tocante ao Imposto sobre a Renda. É dizer, a hipótese de um rendimento não estar contemplado no tratado destinado a evitar a dupla tributação não exclui a possibilidade dessa indesejável ocorrência ser afastada por meio de medidas unilaterais, estabelecidas em legislação interna (*e.g.* as remessas ao exterior descritas no art. 2 da Lei n. 13.315/2016).

Assentados os traços elementares da tributação internacional em testilha, cabe examinar os textos das convenções objeto dos recursos em apreciação.

VI. Da adequada interpretação dos tratados firmados com a Alemanha, Argentina e China em matéria de impostos sobre a renda

Princípio destacando a lição de Alberto Xavier acerca do lucro tributável no contexto do regime convencional em matéria de Imposto sobre a Renda, quando o autor tratou das normas de reconhecimento de competência:

O conceito de lucro tributável é definido pelas diversas legislações internas. Como, porém, a noção geral de lucro de empresa abrange uma pluralidade de rendimentos imputáveis a uma unidade de exploração - rendimentos esses sujeitos, por vezes, a regimes tributários específicos (como é o caso dos dividendos, juros) regidos por outros preceitos das convenções -, as convenções esclarecem que tais regimes especiais não serão afetados pelo regime genérico dos lucros, traçado no art. 7º do Modelo. É o que podemos designar por princípio da prevalência dos regimes especiais ou do caráter residual da noção de lucro de empresa". (Direito Tributário Internacional do Brasil. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 546, itálicos do original).

Colhida essa primeira diretriz interpretativa segundo a qual o regime genérico dos lucros, traçado no art. 7º da convenção modelo OCDE, não afeta os regimes tributários específicos, cumpre anotar que os dispositivos pertinentes dos tratados celebrados com a *Alemanha* (Decreto n. 76.988/1976), *Argentina* (Decreto n. 89.876/1982) e *China* (Decreto n. 762/1993), já reproduzidos em tópico anterior, *exibem dicção similar*, aspecto que atrai interpretação equivalente para os três diplomas internacionais no tocante ao enquadramento jurídico de rendimentos remetidos por fonte situada no Brasil à pessoa jurídica estrangeira, pertencente ao mesmo grupo econômico da remetente, em razão de prestação de serviços técnicos e de assistência técnica a serem executados no exterior, sem transferência de tecnologia.

Outra premissa de cunho interpretativo merece ênfase e atrai, uma vez mais, a doutrina de Alberto Xavier acerca das convenções celebradas pelo Brasil, na qual se particulariza o sentido dos respectivos protocolos anexos:

C) As convenções celebradas pelo Brasil

Mercê de uma política de certo modo nacionalista e protecionista e de seu relativo isolamento, o Brasil manteve-se, durante longos anos, alheado do movimento. A sua progressiva abertura à liberdade de comércio internacional e a relevância do investimento estrangeiro infletiram, porém, essa tendência.

É necessário distinguir as convenções gerais e as que respeitam a matéria específica, como a relativa à dupla tributação das empresas de navegação.

Eis a lista dos tratados gerais celebrados pelo Brasil, que seguem o modelo fornecido pela OCDE, vigente à data da respectiva celebração, ou seja, o Projeto de convenção de 1963 e o Modelo de 1978, já que nenhuma convenção foi celebrada posteriormente ao Modelo de 1992:

Alemanha ([...] Decreto n. 76.988/76 [...]);

Argentina ([...], Decreto n. 87.976/82 [...]);

[...]

1. China ([...], Decreto n. 762/93 [...]);

[...]

As convenções contêm, por vezes, logo após o próprio texto do acordo, um protocolo anexo, que faz parte integrante da convenção e que tem o mesmo valor jurídico. Tais protocolos têm, em geral, por objeto, esclarecer e precisar certas disposições da convenção, dissipando dúvidas a que podem dar origem face à legislação interna de um ou de ambos os Estados contratantes.

(Ob. cit., pp. 98/100, itálicos do original, sublinhei).

Nessa linha, cabe reafirmar a exegese igualmente prestigiada pela dicção da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a qual reconhece o papel dos anexos na definição da “regra geral de interpretação” (art. 31, 2).

Com efeito, os protocolos anexos dos tratados firmados com a Alemanha, Argentina e China estabelecem, respectivamente, uma nítida *equiparação* de tais rendimentos, sendo oportuna nova transcrição dos dispositivos em razão contundência das normas neles radicadas para o deslinde da questão:

4. Com referência ao artigo 12:

Fica entendido que as disposições do parágrafo 2-b do artigo 12 aplicar-se-ão igualmente aos rendimentos provenientes da *prestação de assistência técnica e serviços técnicos*.

7. Com referência ao Artigo XII, parágrafo 3

Fica estabelecido que as disposições do parágrafo 3 do Artigo XII aplicam-se às rendas provenientes do uso ou da concessão do uso de notícias Internacionais e da *prestação de serviços técnicos e de assistência técnica*, científica, administrativa ou semelhante.

3. Com referência ao Artigo 12, parágrafo 3

Entende-se que o disposto no parágrafo 3 do Artigo 12 aplicar-se-á a quaisquer pagamentos recebidos em contrapartida *pela prestação de assistência técnica ou de serviços técnicos*. (destaquei)

Qualificou-se por meio dos protocolos, portanto, os rendimentos de serviços técnicos no art. 12 (*royalties*), cujo parágrafo 2º permite a tributação no país da fonte.

Logo, os rendimentos auferidos pela prestação de serviços técnicos ou de assistência técnica incluem-se na categoria “lucros das empresas” (art. 7º dos tratados), *desde que ausentes as disposições de enquadramento em rendimentos equiparáveis a royalties (art. 12 dos tratados c/c protocolo anexo)*.

Efetuada o enquadramento jurídico dos rendimentos obtidos por meio de contrato de prestação de serviços técnicos e de assistência técnica nos três tratados em apreço, cabe delinear o quadro jurisprudencial pertinente.

VII. Panorama jurisprudencial

Inauguro a referência aos precedentes deste Superior Tribunal com o multicitado REsp n. 1.161.467/RS, de relatoria do Sr. Ministro Castro Meira, no qual restou assentada prevalência da norma internacional em face da legislação interna, bem como a ilegalidade de ato normativo infralegal do Fisco que restringia o alcance da expressão “lucro das empresas”, plasmada no art. 7º dos tratados (Brasil-Alemanha e Brasil-Canadá), acórdão assim ementado:

Tributário. Convenções internacionais contra a bitributação. Brasil-Alemanha e Brasil-Canadá. Arts. VII e XXI. Rendimentos auferidos por empresas estrangeiras pela prestação de serviços à empresa brasileira. Pretensão da Fazenda Nacional de tributar, na fonte, a remessa de rendimentos. Conceito de “lucro da empresa estrangeira” no art. VII das duas Convenções. Equivalência a “lucro operacional”. Prevalência das Convenções sobre o art. 7º da Lei 9.779/99. Princípio da especialidade. Art. 98 do CTN. Correta interpretação.

1. A autora, ora recorrida, contratou empresas estrangeiras para a prestação de serviços a serem realizados no exterior sem transferência de tecnologia. Em face do que dispõe o art. VII das Convenções Brasil-Alemanha e Brasil-Canadá, segundo o qual “os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade em outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado”, deixou de recolher o imposto de renda na fonte.

2. Em razão do não recolhimento, foi autuada pela Receita Federal à consideração de que a renda enviada ao exterior como contraprestação por serviços prestados não se enquadra no conceito de “lucro da empresa estrangeira”, previsto no art. VII das duas Convenções, pois o lucro perfectibiliza-se, apenas, ao fim do exercício financeiro, após as adições e deduções determinadas pela legislação de regência. Assim, concluiu que a renda deveria ser tributada no Brasil - o que impunha à tomadora dos serviços a sua retenção na fonte -, já que se trataria de rendimento não expressamente mencionado nas duas Convenções, nos termos do art. XXI, *verbis*: “Os rendimentos de um residente de um Estado Contratante provenientes do outro Estado Contratante e não tratados nos artigos precedentes da presente Convenção são tributáveis nesse outro Estado”.

3. Segundo os arts. VII e XXI das Convenções contra a Bitributação celebrados entre Brasil-Alemanha e Brasil-Canadá, os rendimentos não expressamente mencionados na Convenção serão tributáveis no Estado de onde se originam. Já os expressamente mencionados, dentre eles o “lucro da empresa estrangeira”,

serão tributáveis no Estado de destino, onde domiciliado aquele que recebe a renda.

4. O termo “lucro da empresa estrangeira”, contido no art. VII das duas Convenções, não se limita ao “lucro real”, do contrário, não haveria materialidade possível sobre a qual incidir o dispositivo, porque todo e qualquer pagamento ou remuneração remetido ao estrangeiro está - e estará sempre - sujeito a adições e subtrações ao longo do exercício financeiro.

5. A tributação do rendimento somente no Estado de destino permite que lá sejam realizados os ajustes necessários à apuração do lucro efetivamente tributável. Caso se admita a retenção antecipada - e portanto, definitiva - do tributo na fonte pagadora, como pretende a Fazenda Nacional, serão inviáveis os referidos ajustes, afastando-se a possibilidade de compensação se apurado lucro real negativo no final do exercício financeiro.

6. Portanto, “lucro da empresa estrangeira” deve ser interpretado não como “lucro real”, mas como “lucro operacional”, previsto nos arts. 6º, 11 e 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77 como “o resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam objeto da pessoa jurídica”, aí incluído, obviamente, o rendimento pago como contrapartida de serviços prestados.

[...]

10. No caso, o art. VII das Convenções Brasil-Alemanha e Brasil-Canadá deve prevalecer sobre a regra inserta no art. 7º da Lei 9.779/99, já que a norma internacional é especial e se aplica, exclusivamente, para evitar a bitributação entre o Brasil e os dois outros países signatários. Às demais relações jurídicas não abrangidas pelas Convenções, aplica-se, integralmente e sem ressalvas, a norma interna, que determina a tributação pela fonte pagadora a ser realizada no Brasil.

11. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.161.467/RS, relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 17/5/2012, DJe de 1/6/2012.)

Examinando casos análogos, esta 1ª Turma também apreciou controvérsias envolvendo tratados para evitar a dupla tributação, oportunidade na qual se reafirmou a compreensão assentada no apontado REsp n. 1.161.467/RS no tocante ao alcance do art. 7º dos tratados celebrados com a Espanha e França:

Tributário e Processual Civil. Prevalência dos tratados internacionais tributários sobre a norma de direito interno. Conceito de lucro. Incidência do imposto de renda. Empresa com sede na Espanha e sem estabelecimento permanente instalado no Brasil. Tratado tributário celebrado entre a República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha. Decreto 76.975/76. Cobrança de tributo que deve ser efetuada no país de origem (Espanha). Recurso especial provido.

[...]

2. O Tratado Brasil-Espanha, objeto do Decreto 76.975/76, dispõe que os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis neste mesmo Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado por meio de um estabelecimento permanente aí situado.

3. O termo lucro da empresa estrangeira deve ser interpretado não como lucro real, mas como lucro operacional, como o resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam objeto da pessoa jurídica, incluído, o rendimento pago como contrapartida de serviços prestados.

[...]

5. Recurso Especial da [...] provido para assegurar o direito da recorrente de não sofrer a retenção de imposto de renda sobre a remuneração por ela percebida, nos termos que dispõe o Tratado Tributário firmado entre a República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha.

(REsp n. 1.272.897/PE, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 19/11/2015, DJe de 9/12/2015.)

Tributário. Recurso especial. Prevalência dos tratados internacionais tributários sobre a norma de direito interno. Conceito de lucro. Incidência do imposto de renda. Empresa com sede na França e sem estabelecimento permanente instalado no Brasil. Convenção celebrada entre a República Federativa do Brasil e a França, promulgada pelo Decreto 70.506/1972. Cobrança de tributo que deve ser efetuada no país de origem (França). Recurso especial da sociedade empresarial provido.

1. [...].

2. A Convenção Brasil-França, objeto do Decreto 70.506/1972, dispõe que os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis neste mesmo Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado por meio de um estabelecimento permanente aí situado.

3. O termo lucro da empresa estrangeira deve ser interpretado não como lucro real, mas como lucro operacional, como o resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam objeto da pessoa jurídica, incluído, o rendimento pago como contrapartida de serviços prestados.

[...]

5. Recurso Especial da [...] provido para assegurar o direito da recorrente de não sofrer a retenção de imposto de renda sobre a remuneração por ela percebida, nos termos que dispõe a Convenção firmada entre a República Federativa do Brasil e o França.

(REsp n. 1.618.897/RJ, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 19/5/2020, DJe de 26/5/2020.)

Todavia, o cenário do debate da tributação internacional em relação ao Imposto sobre a Renda sofreu alteração no âmbito judicial, porque aportaram recursos com nova tese, calcada em outra quadra normativa daquelas convenções (protocolo anexo), ensejando tais processos distinta análise da matéria na 2ª Turma, acórdãos assim ementados:

[...]. Imposto de Renda Retido na Fonte - IRRF. Valores remetidos ao exterior. Prestação de serviços com ou sem transferência de tecnologia. Enquadramento como “royalties”, “serviços profissionais independentes” ou “lucros das empresas”. Impossibilidade de enquadramento como “rendimentos não expressamente mencionados”. Arts. 7º, 12, 14 e 22, da Convenção entre Brasil e Espanha destinada a evitar a dupla tributação e a prevenir a evasão fiscal (Decreto n. 76.975/76 e Decreto Legislativo n. 62/75). Princípio da tributação singular. Método da imputação ordinária. Método do crédito presumido. Retorno dos autos à origem para análise da natureza do contrato e existência de hibridismo.

1. O cerne da questão cinge-se em saber qual o correto enquadramento, dentro das possibilidades previstas na convenção internacional celebrada entre o Brasil e Espanha (aprovada pelo Decreto Legislativo n. 62/75 e promulgada pelo Decreto n. 76.975/76), das verbas remetidas ao exterior pela empresa [...] à empresa [...] (sediada na Espanha), em razão da prestação de serviços de engenharia e assistência administrativa, para fins de verificar se sujeitam-se à exclusiva tributação no exterior (residência) ou se sobre elas incide o imposto sobre a renda retido na fonte no Brasil (fonte).

2. Considerou a Corte de Origem que os valores assim enviados ao exterior devem ser enquadrados como “lucro das empresas” - art. 7º, do modelo OCDE (art. 7, da convenção apensa ao Decreto n. 76.975/76) a fim de se sujeitar exclusivamente à tributação no exterior (residência), sem a incidência do imposto sobre a renda retido na fonte no Brasil (fonte).

3. No entanto, em casos que tais, diante das possibilidades existentes na convenção, é preciso verificar previamente se o caso é de “serviços profissionais independentes” (art. 14, do modelo OCDE) previstos no tratado ou se, embutido no contrato de “prestação de serviços sem transferência de tecnologia”, está o pagamento de “royalties” (art. 12, do modelo OCDE). Somente após vencidas essas duas etapas é que se poderia verificar o enquadramento residual na condição de “lucros das empresas” (art. 7, do modelo OCDE). Isto porque a convenção assinada baseada no modelo de tratado da OCDE contém disposições específicas para cada uma dessas hipóteses.

4. Acaso haja o pagamento de “royalties”, a norma de incidência do modelo de tratado da OCDE será o art. 12, que trata da tributação dos “royalties”, a permitir, no presente caso, uma tributação pelo Brasil, desde que respeitado o limite de 15% (quinze por cento) do montante bruto dos “royalties” (art. 12, “2”, “b”, da convenção apensa ao Decreto n. 76.975/76). Do mesmo modo, em se tratando

de “serviços profissionais independentes” (onde se inclui a engenharia) o modelo OCDE em seu art. 14 (art. 14, da convenção apensa ao Decreto n. 76.975/76) permite sem limites a tributação pelo Brasil como país fonte.

5. Nessa linha, o sistema se complementa com o disposto no art. 23, do modelo de tratado da OCDE, que traz disposições para eliminar as duplas tributações. Com este desiderato, o tratado prevê como regra a aplicação do método da imputação ordinária, que estabelece um teto de dedução do imposto pago no Estado da fonte correspondente ao valor do próprio imposto devido no Estado da residência (art. 23, “1”, da convenção apensa ao Decreto n. 76.975/76), e excepcionalmente o método do crédito presumido ou “matching credit” (art. 23, “2”, da convenção apensa ao Decreto n. 76.975/76), que estabelece um percentual presumido de dedução que pode ser superior ao valor do imposto pago no Estado da fonte.

6. O método da imputação ordinária é uma técnica através da qual se materializa o Princípio da Tributação Singular. Segundo este princípio, a soma das cargas tributárias dos dois países (fonte e residência) incidentes sobre determinado rendimento deverá corresponder à carga da tributação que o rendimento sofreria acaso fosse tributado apenas pelo país de maior carga (tributação singular). Já o método do crédito presumido, ou “matching credit”, é método excepcional pois, ao conceder, no Estado de residência, um crédito fixo e independente do valor efetivamente pago no Estado da fonte, permite uma carga tributária inferior à tributação singular.

7. Também para preservar a correta incidência do imposto, há que se averiguar se a empresa *contribuinte* não está fazendo uso de hibridismo, ou seja, se a classificação dos rendimentos em questão é idêntica no país da fonte e no da residência pois, caso contrário, a empresa *contribuinte* poderá estar utilizando o tratado de forma abusiva com o fim de se furta à tributação, sofrendo a menor carga tributária entre os países, diferindo o pagamento do tributo por longo prazo, deduzindo duplamente o valor que somente foi pago uma vez ou obtendo isenções simultâneas em ambos os países. O hibridismo (*Hybrid mismatch arrangements*), por prejudicar a concorrência, a eficiência econômica, a transparência e a justiça fiscais, é prática rechaçada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, conforme Ação “2” do plano BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*).

8. A presença de hibridismo no caso concreto pode levar à situação de não haver a cobrança do tributo aqui no Brasil (fonte), por se entender aqui pela qualificação do rendimento como “lucro das empresas” (art. 7, da convenção apensa ao Decreto n. 76.975/76) e, simultaneamente, ser concedido o crédito presumido de 25% (vinte e cinco por cento) do valor do rendimento por entender a Espanha (residência) que a rubrica se trata de “royalties” (art. 23, “2”, da convenção apensa ao Decreto n. 76.975/76). Situações como que tais são evidentemente contra o espírito dos tratados de tributação internacional.

9. Essas disposições são salutares, pois o objetivo do Tratado, além de evitar a dupla tributação, é prevenir a evasão fiscal (ver sua ementa), de modo que se o valor remetido não for objeto de tributação no exterior, há que ser tributado no Brasil, pois do Tratado não pode decorrer uma dupla não tributação (Princípio da Tributação Singular). Dito de outra forma, a empresa *contribuinte* não pode fazer uso do Tratado para se furtrar à tributação nos dois países simultaneamente ou com o fim específico de fugir da tributação no Estado da fonte para buscar ser tributada exclusivamente no Estado da residência com uma alíquota inferior. O ordenamento jurídico não protege essa finalidade, posto que abusiva. Havendo dúvidas a respeito da prática de hibridismo, há que se prestigiar o Princípio da Tributação Singular.

10. A análise dos contratos a fim de verificar se a prestação de serviços ali realizada se enquadra ou não em cada conceito (notadamente no conceito de “royalties”, consoante firmado pela jurisprudência desta Casa) cabe às instâncias ordinárias, a teor da Súmula n. 5/STJ: “[...]”.

11. Do mesmo modo, a análise da legislação estrangeira a fim de verificar se a empresa está fazendo uso do tratado para se furtrar à tributação de forma abusiva mediante a prática de hibridismo precisa ser realizada pela Corte de Origem, na forma do art. 376, do CPC/2015 (“Art. 376. [...]”).

12. Não realizadas essas análises de forma suficiente, este Superior Tribunal de Justiça, limitado aos pressupostos fáticos fixados na demanda, fica impossibilitado de dar justa solução ao caso concreto, o que torna qualquer omissão a respeito relevante, a teor do disposto no art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015 (“Art. 489. [...] § 1º [...]”).

13. Esta Casa tem posicionamento firmado no sentido de que os rendimentos em questão não podem ser qualificados na condição prevista no art. 22, do modelo de tratado da OCDE (“Outros rendimentos” ou “Rendimentos não Expressamente Mencionados”), tendo sido declarada a ilegalidade do Ato Declaratório Normativo COSIT n. 1, de 05 de janeiro de 2000, a saber: REsp n. 1.618.897/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 19.05.2020; REsp n. 1.161.467/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 17.05.2012.

14. No entanto, inexistente o exame a respeito de diversas questões de fato e de direito relevantes para o deslinde da causa, impossível aplicar os precedentes firmados para se realizar um automático enquadramento dos rendimentos na condição de “lucro das empresas” (art. 7º, do modelo OCDE), mormente diante do advento do Ato Declaratório Interpretativo RFB n. 5, de 16 de junho de 2014, que mudou a interpretação fazendária a respeito do enquadramento das verbas em questão.

15. Firmado pela Corte de Origem apenas que o caso concreto se trata genericamente de “lucro das empresas”, para fins do tratado, e não havendo qualquer exame a respeito de se tratar de “royalties” ou “serviços profissionais

independentes”, apesar da interposição de embargos de declaração, há que se reconhecer a omissão sobre fundamento relevante, qual seja, a aplicação do art. 12 (“royalties”), do Decreto n. 76.975/96, bem como do item “5”, do Protocolo anexo ao tratado. Presente, portanto, a violação ao art. 535, do CPC/1973. Do mesmo modo, em razão do princípio *iura novit curia*, há que ser analisada a aplicação do art. 14, “1” e “2”, do Decreto n. 76.975/96, bem como do item “6”, do Protocolo anexo ao tratado, além da presença de hibridismo.

16. Sendo assim, considerando que a aplicação do art. 7º “lucro das empresas”, do modelo de tratado da OCDE não pode ser automática, pois depende do exame do enquadramento nos arts. 12 e 14, da convenção, que tratam de “royalties” e “serviços profissionais independentes” e que esse exame não prescinde da fixação de pressupostos fáticos, os autos devem retornar à Corte de Origem para analisar: (17.1.) a natureza do contrato que enseja a remessa (se há ou não pagamento de “royalties” embutidos, se há enquadramento no protocolo do tratado estendendo o conceito de “royalties”, se a prestação de serviços se dá por profissionais independentes se há enquadramento no protocolo do tratado estendendo o conceito de “profissões independentes”); e (17.2.) a ausência de hibridismo em relação à classificação dos rendimentos que possa levar à dupla não tributação internacional (se o enquadramento do rendimento é idêntico no país da fonte e no da residência).

17. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.759.081/SP, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 15/12/2020, DJe de 18/12/2020.)

[...]. Imposto de Renda incidente na Fonte. Rendimentos pagos a sociedades empresárias com domicílio fiscal no Canadá, Chile, Argentina, Peru. Desprovemento do agravo interno. Manutenção da decisão recorrida.

I - Na origem, trata-se de mandado de segurança com o intuito de afastar a incidência de Imposto de Renda Retido na Fonte - IRRF sobre pagamentos de serviços técnicos e de assistência técnica, sem transferência de tecnologia, efetuados a empresas situadas no Canadá, Chile, *Argentina* e Peru, excepcionadas as hipóteses em que o prestador de serviços possua estabelecimento permanente no Brasil, conforme previsto no art. 7º dos respectivos tratados internacionais contra dupla tributação. Na sentença a segurança foi parcialmente concedida. No Tribunal *a quo*, a sentença foi reformada.

II - Como visto, o recurso especial tem origem em mandado de segurança por meio do qual a empresa impetrante defende a não incidência da tributação partindo de uma narrativa que consiste, basicamente, na contratação de uma empresa sediada no exterior que vem a prestar, no Brasil, serviços técnicos sem a transferência de tecnologia. Para a empresa impetrante, a não incidência seria justificada pelo art. 7º dos Tratados Contra Dupla Tributação celebrado entre Brasil e os países Canadá, Chile, Argentina e Peru.

III - Inicialmente, considerando que a recorrente aponta que a discussão dos autos seria objeto do REsp 1.161.467/RS, como argumento de defesa para afastar a tributação pelo IRRF, *é mister esclarecer que, naquela oportunidade, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou contra a incidência do tributo sobre remessas ao exterior decorrente do pagamento pela prestação de serviços técnicos, sem transferência de tecnologia, ao interpretar a expressão "lucro", contida no art. 7º, como sendo "lucro operacional". Entretanto, atualmente, a discussão acerca da tributação dos pagamentos decorrentes da prestação de serviços técnicos, sem transferência de tecnologia, possui contornos outros.*

IV - A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp n. 1.759.081/SP, da relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, reconheceu a incidência de IRRF na remessa de valores à empresa contratada, independentemente de transferência de tecnologia, na hipótese em que houver a previsão contida no protocolo anexo ao tratado que conferir à situação o regime jurídico do pagamento de *royalties*, cuja regra de tributação adota a fonte como elemento de conexão.

V - Em síntese, no julgamento do REsp n. 1.759.081/SP, adotou-se o posicionamento de que o *art. 7º dos Tratados Internacionais contra Dupla Tributação possui natureza residual, cabendo a análise primordial de previsões específicas de tributação que, se omissas, autorizariam a aplicação da regra remanescente, tributando-se o valor no país sede da empresa estrangeira contratada.*

VI - No presente caso, *os tratados contra dupla tributação celebrados com a Argentina, Canadá, Chile e Peru possuem, em seus protocolos anexos, previsão acerca da sujeição dos pagamentos pela prestação de serviço técnico, ainda que sem transferência de tecnologia, ao regime jurídico do pagamento de royalties, cuja regra de tributação adota a fonte como elemento de conexão, ou seja, no Brasil, mediante a incidência do IRRF.*

VII - Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp n. 1.863.764/SC, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 19/6/2023, DJe de 22/6/2023, destaquei.)

Apreciado o panorama jurisprudencial, progrido para a análise das pretensões deduzidas em ambos os recursos especiais, salientando que, de fato, a presente demanda não exhibe os contornos dos julgados que determinaram o alcance do art. 7º de alguns dos tratados celebrados pelo Brasil para evitar a dupla tributação e a evasão fiscal.

VIII. O caso concreto

O Tribunal de origem assentou a ausência de estabelecimento permanente à luz dos tratados e compreendeu indevida “[...] a retenção na fonte dos

rendimentos provenientes da prestação de assistência técnica e serviços técnicos prestados pelas empresas domiciliadas na China e na Argentina, mantida a retenção na fonte a cargo das Impetrantes, mediante aplicação da alíquota de 15%, do imposto sobre os valores decorrentes da prestação de assistência técnica e de serviços técnicos por empresa domiciliada na Alemanha” (fl. 609e).

Ao manter a retenção no tocante à remessa à Alemanha (Acordo promulgado pelo Decreto n. 76.988/1976), a Corte *a qua* consignou que o art. 12 do Acordo (“Royalties”) e o Item n. 4 do respectivo protocolo *amparam* a exigência de Imposto sobre a Renda.

Por outro lado, quanto à remessa de rendimentos à Argentina e China, compreendeu que as Impetrantes estão dispensadas do recolhimento na fonte, porque (i) ausente previsão legal de tributação pelos acordos internacionais (Argentina: Convenção promulgada pelo Decreto n. 89.876/1982; e China: Acordo promulgado pelo Decreto n. 762/1993); e (ii) aplicável os arts. 7º dos tratados, os quais dispõem acerca dos “lucros das empresas”.

Abraçou-se, inclusive, a *ratio decidendi* de julgado deste Superior Tribunal (2ª T., REsp n. 1.161.467/RS, Rel. Min. Castro Meira, j. 17.5.2012), registrando que em tal aresto afastou-se a tese fazendária no sentido de que os rendimentos em tela estariam equiparados ao lucro real, quando o adequado seria não limitar a expressão “lucro da empresa estrangeira” ao que se entende por “lucro real”.

Não se olvida, como externado, que este Superior Tribunal firmou compreensão no sentido de que há prevalência da norma internacional em face da legislação interna, bem como da ilegalidade de ato normativo infralegal do Fisco que restringia o alcance da expressão “lucro das empresas”.

Todavia, no presente caso, os tratados contra dupla tributação celebrados com a Alemanha, Argentina, e China *exibem, em seus protocolos anexos, previsão acerca da sujeição, por equiparação, dos pagamentos pela prestação de serviço técnico, sem distinção quanto à transferência de tecnologia, ao regime jurídico de royalties, não tendo tais diplomas normativos internacionais, como exposto, o condão de afastar, na hipótese, o dever de retenção e recolhimento do Imposto sobre a Renda.*

Aliás, tais protocolos são destinados a “[...] esclarecer e precisar certas disposições da convenção, dissipando dúvidas a que podem dar origem face à legislação interna de um ou de ambos os Estados contratantes” (cf. XAVIER, Alberto, Ob. cit., pp. 99/100).

Cuida-se, inclusive, de exegese prestigiada pela dicção da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a qual reconhece o papel dos anexos na definição da “regra geral de interpretação” (art. 31, 2).

O que de fato ocorre, a meu ver, é que as normas contidas nos protocolos anexos, por serem especiais, prevalecem sobre a disciplina radicada nos arts. 7º das convenções.

Em outras palavras, trata-se da aplicação do *critério da especialidade para a solução de conflitos normativos*.

Além disso, é preciso ter presente, de um lado, que o Brasil já celebrou, mais de um vez, convenção sem a equiparação em análise (*e.g.* Áustria, Finlândia e França) e segue, de outro lado, negociando de modo a manter a tributação dos serviços técnicos na remessa, aspecto noticiado recentemente em relação aos acordos assinados em 2018 (cf. sítio eletrônico Jota, www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/brasil-atualiza-tratados-internacionais-para-evitar-dupla-tributacao-01082022, acesso em 19.9.2023). Isto é, a solução adotada para determinado tratado internacional não pode, pura e simplesmente, ser replicada para distinto diploma internacional com arrimo em qualquer dos modelos de convenção (ONU ou OCDE), porque há prevalência da vontade materializada entre as nações contratantes nos acordos firmados.

Logo, a retenção e o recolhimento de Imposto sobre a Renda devem ser mantidos tanto em relação ao tratado celebrado com a Alemanha, quanto no tocante aos tratados firmados com a Argentina e China, justamente por se cuidar de regramento especial com disposições de similar conteúdo, as quais se encontram radicadas nos protocolos anexos desses acordos internacionais.

Nesse diapasão, adequado o acolhimento da pretensão deduzida no Recurso Especial pertinente aos tratados celebrados com a Argentina e China e, com fulcro na mesma diretriz interpretativa, não pode ser acatada a tese devolvida pelo Recurso Especial Adesivo em relação ao acordo firmado com a Alemanha, inclusive no tocante à alegação de dissídio jurisprudencial.

Posto isso, *acompanho* o voto do Sr. Ministro Relator para **dar provimento** ao Recurso Especial da **Fazenda Nacional** e **negar provimento** ao Recurso Especial Adesivo das empresas, nos termos da fundamentação.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.952.610-RS (2021/0130450-3)

Relatora: Ministra Regina Helena Costa

Recorrente: Agencia Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis

Recorrido: Paineira Comercio de Gas Ltda

Advogado: Evandro Rabello da Silva - RS112788

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Violação ao art. 1.022 do CPC/2015. Inocorrência. Alegação genérica de ofensa a dispositivo de lei federal. Deficiência de fundamentação. Incidência, por analogia, da Súmula n. 284/STF. Art. 55 da Lei Complementar n. 123/2006. Procedimento de dupla visita para autuação de microempresas e empresas de pequeno porte. Compatibilidade com a fiscalização realizada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e dos Biocombustíveis. Não caracterização de risco iminente. Recurso especial improvido.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 9.3.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se, no caso, o Código de Processo Civil de 2015.

II - A Corte de origem apreciou todas as questões relevantes apresentadas com fundamentos suficientes, mediante apreciação da disciplina normativa e cotejo ao posicionamento jurisprudencial aplicável à hipótese. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade.

III - A jurisprudência desta Corte considera que quando a arguição de ofensa ao dispositivo de lei federal é genérica, sem demonstração precisa de como tal violação teria ocorrido, aplica-se, por analogia, o entendimento da Súmula n. 284, do Supremo Tribunal Federal.

IV - O art. 179 da Constituição da República prevê como princípio geral da atividade econômica o tratamento jurídico diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, visando

a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

V - Dentre essas prerrogativas, consoante estabelecido no art. 55 da Lei Complementar n. 123/2006, está o caráter prioritariamente orientador da ação fiscalizatória de suas atividades, impondo-se o critério da dupla visita para lavratura dos autos de infração, ressalvadas situações de risco incompatível com o procedimento, reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização, cabendo aos órgãos administrativos, mediante ato infralegal, arrolar as atividades não sujeitas ao procedimento geral.

VI - A Agência Nacional do Petróleo, do Gás Natural e dos Biocombustíveis adota, como regra de suas atividades fiscalizatórias, a dupla visita, não elencando a conduta de armazenamento, no mesmo ambiente, de recipientes de gás liquefeito de petróleo (GLP) cheios e vazios como situação de risco.

VII - A Resolução n. 759/2018 não alterou o grau de risco da atividade, mas apenas regulamentou o art. 55 da Lei Complementar n. 123/2006, de forma a positivar a compatibilidade do procedimento de dupla visita com a atuação de fiscalização da ANP.

VIII - Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido.

ACÓRDÃO

Visto e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nesta parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Paulo Sérgio Domingues (Presidente), Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 07 de novembro de 2023 (data do julgamento).

Ministra Regina Helena Costa, Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Trata-se de Recurso Especial interposto pela *Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP)* contra acórdão prolatado, por unanimidade, pela 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fls. 332/339e):

Administrativo. Fiscalização. Venda de botijões de Gás Liquefeito de Petróleo - GLP. Microempresa. Hipótese de dupla visita.

1. As empresas de pequeno porte e microempresas têm direito à dupla visita nas ações de fiscalização (art. 55 da LC 123/2006 e § 1º do mesmo dispositivo). No entanto, o critério da dupla visita pode ser desconsiderado se presente alguma das hipóteses referidas na parte final do art. 55 da Lei Complementar 123/2006 e nos § 1º e § 3º do mesmo dispositivo, entre elas a existência de risco incompatível com a adoção da dupla visita, assim como a ocorrência de reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização. No caso dos autos, quando da fiscalização, não foi relatado risco incompatível com a dupla visita, portanto, deve-se fazer prevalecer o caráter orientador da fiscalização.

2. Recurso improvido.

Opostos Embargos Declaratórios por ambas as partes, foram rejeitados os da *ANP* e acolhidos os da *Painera Comércio de Gás Ltda.*, consoante argumentos resumidos na seguinte ementa (fl. 358e):

Processo Civil. Administrativo. Embargos de declaração. Art. 1.022 CPC/2015. ANP. Prequestionamento. Parte autora. Erro material. Omissão no critério de atualização dos honorários advocatícios

1. Conforme o disposto no art. 1.022 do CPC/2015, os embargos de declaração tem cabimento contra qualquer decisão e objetivam esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão e corrigir erro material. Outrossim, o Código de Processo Civil de 2015 também autoriza a interposição de embargos de declaração contra a decisão que deixa de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos, em incidentes de assunção de competência, ou, ainda, em qualquer das hipóteses descritas no art. 489, § 1º.

2. Os embargos de declaração não visam à cassação ou substituição da decisão impugnada.

3. Nova apreciação de fatos e argumentos deduzidos, já analisados ou incapazes de infirmar as conclusões adotadas pelo julgador, consiste em objetivo que destoia da finalidade a que se destinam os embargos declaratórios.

4. Embargos declaratórios da ANP não acolhidos.

5. Embargos de declaração da parte autora acolhidos para fixação de critério de atualização dos honorários advocatícios.

6. À luz do disposto no art. 1.025 do NCPC, a interposição dos embargos de declaração, ainda que inadmitidos/rejeitados, autorizam o manejo de recurso às Instâncias Superiores, vez que os elementos suscitados integram o acórdão.

Com amparo no art. 105, III, *a*, da Constituição da República, aponta-se ofensa aos dispositivos a seguir relacionados, alegando-se, em síntese:

i. art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015: há omissões no acórdão recorrido, não sanadas no julgamento dos Embargos Declaratórios, notadamente quanto à aplicabilidade da Lei n. 9.847/1999 e ao imane e indissociável risco de atividades relacionadas à indústria petrolífera;

ii. arts. 1º, 2º, 3º e 13 da Lei n. 9.847/1999, e 55 da Lei Complementar n. 123/2006: inaplicabilidade do critério de dupla visita na fiscalização das atividades da indústria de petróleo e abastecimento de combustíveis, por representarem risco imane ao consumidor.

Com contrarrazões (fls. 390/399e), o recurso foi inadmitido (fls. 457/459e), tendo sido interposto Agravo nos próprios autos (fls. 465/474e), posteriormente convertido em Recurso Especial (fl. 551e).

O Ministério Público Federal se manifestou, na qualidade de *custos iuris*, opinando pelo acolhimento da insurgência (fls. 563/566e).

Dei provimento ao Recurso Especial (fls. 571/577e), decisão posteriormente reconsiderada após interposição de Agravo Interno (fls. 730e).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa (Relatora): Por primeiro, consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 9.3.2016, 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 admissibilidade do Recurso Especial

A Recorrente sustenta a existência de omissão no acórdão recorrido, não sanada no julgamento dos Embargos de Declaração, porquanto não enfrentada

a ausência de determinação da dupla visita pela Lei n. 9.847/1999 em razão da natureza das atividades desenvolvidas na indústria de petróleo e abastecimento de combustíveis, de risco indissociável.

Ao prolatar o acórdão mediante o qual analisados os Embargos Declaratórios, o tribunal de origem enfrentou a controvérsia no sentido de que o tratamento conferido às microempresas e empresas de pequeno porte previsto na Lei Complementar n. 123/2006 tem amparo constitucional e deve ser observado pelo órgão fiscalizador, salvo nos casos excepcionados pela lei (fls. 360/367e):

Da análise dos autos verifica-se que, após constatação, pela ANP, de que no local vistoriado os recipientes de GLP cheios (no total de oito) não estavam situados dentro da área de armazenamento, separados dos vazios ou parcialmente utilizados (no total de 50), sendo este o motivo da autuação impugnada, fato que, segundo o agente fiscalizador, constitui infração ao item 4.11 da NBR 15514:2007, adotada pela Resolução ANP n. 5/2008 (ev. 1, *Anexo5*). Segundo se infere do processo administrativo (ev. 1, *Anexo6*), a autuação foi levada a efeito na primeira e única visita de fiscalização.

Sobre o tema, dispõe o art. 55 da Lei Complementar 123/2006:

[...]

O tratamento diferenciado à microempresa e à empresa de pequeno porte, previsto na Lei Complementar, com relação à natureza prioritariamente orientadora da atividade de fiscalização e ao critério de dupla visita (art. 55, *caput*, e §§ 1º e 3º), tem amparo constitucional (art. 146, inciso III, alínea 'd', e art. 179 da CRFB) e deve ser observado pelo órgão fiscalizador, salvo nos casos excepcionados pelo próprio legislador.

Nesse sentido, a jurisprudência do TRF4:

[...]

O fato de o acórdão decidir contrariamente às pretensões do recorrente, não possibilita o uso da via dos embargos declaratórios, pena de se lhes atribuir efeitos infringentes, hipótese que só é admitida excepcionalmente, como, por exemplo, para corrigir erro material, o que não se vislumbra no presente caso.

Frise-se que não está o magistrado obrigado a fundamentar sua decisão nos exatos termos em que solicitado pelas partes, sendo suficiente o explicitamento acerca de suas razões de convencimento. Entendendo a parte que o julgado não aplicou corretamente o direito, deve buscar a reforma da decisão mediante o uso de recursos aos Tribunais Superiores, não lhe sendo lícito rediscutir suas teses em sede de embargos de declaração.

Ressalte-se, ainda, que eventual negativa de vigência a determinado dispositivo legal é decorrente dos fundamentos da decisão, e não de manifestação expressa do julgador nesse sentido.

Logo, percebe-se que a parte embargante busca, na verdade, a alteração do resultado do julgamento sem que a decisão tenha incorrido em algum(ns) dos vícios que autorizam o manejo dos embargos de declaração.

No caso, 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 Código de Processo Civil de 2015, 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 Código de Processo Civil de 2015 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 inquirir 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).

Em relação à afronta aos artigos 1º, 2º, 3º e 13 da Lei n. 9.847/1999, verifica-se a ausência de demonstração precisa de como tal violação teria ocorrido, limitando-se a parte recorrente em apontá-la de forma vaga, impedindo o conhecimento do Recurso Especial no tópico.

Desse modo, em consonância com o entendimento desta Corte, nos casos em que a arguição de ofensa ao dispositivo de lei federal é genérica, sem

demonstração efetiva da contrariedade, aplica-se ao recurso especial, por analogia, a orientação contida na Súmula n. 284 do Colendo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

Processual Civil e Administrativo. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Energia elétrica. Alegações genéricas de violação aos dispositivos legais. Fundamentação deficiente. Súmula 284/STF.

Ação de cobrança. Débito de terceiro. Obrigação de natureza pessoal. Responsabilidade do consumidor que efetivamente utilizou o serviço.

1. O recurso especial não pode ser conhecido no tocante à alegada ofensa à Resolução ANEEL 456/00. Isso porque o referido ato normativo não se enquadra no conceito de “tratado ou lei federal” de que cuida o art. 105, III, *a*, da CF.

2. A mera indicação dos dispositivos legais tidos por violados, sem que haja demonstração clara e objetiva de como o acórdão recorrido teria malferido a legislação federal, não enseja a abertura da via especial, devendo a parte recorrente demonstrar os motivos de sua insurgência, o que não ocorreu no caso em exame. Hipótese em que incide a Súmula 284/STF, por deficiência na fundamentação.

(...)

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 401.883/PE, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 11/02/2014, DJe 18/02/2014).

Processual Civil. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Acórdão assentado em fundamento constitucional e infraconstitucional. Não comprovação de que foi interposto recurso extraordinário. Fundamentação deficiente. Súmula 284/STF.

(...)

3. No que tange à apontada violação do art. 292 do Código de Processo Civil, a insurgente restringe-se a alegar genericamente ofensa à citada norma sem, contudo, demonstrar de forma clara e fundamentada como o aresto recorrido teria violado a legislação federal apontada.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 441.462/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/02/2014, DJe 07/03/2014).

As demais questões federais debatidas foram satisfatoriamente prequestionadas, estando o Recurso Especial hígido para julgamento, porquanto

presentes os pressupostos de admissibilidade e ausentes questões prejudiciais a serem examinadas.

Convém assinalar, outrossim, que o exame da pretensão veiculada nas razões recursais 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 ter a Corte *a qua* dirimido a controvérsia com arrimo em fundamentos infraconstitucionais.

II. Disciplina normativa

A Constituição da República prevê como princípio geral da atividade econômica o tratamento jurídico diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei (art. 179).

Em atendimento a tal diretriz está o caráter prioritariamente orientador da ação fiscalizatória de suas atividades, impondo-se o critério da *dupla visita para lavratura dos autos de infração, in verbis*:

Art. 55. A fiscalização, no que se refere aos aspectos trabalhista, metrológico, sanitário, ambiental, de segurança, de relações de consumo e de uso e ocupação do solo das microempresas e das empresas de pequeno porte, deverá ser prioritariamente orientadora quando a atividade ou situação, por sua natureza, comportar grau de risco compatível com esse procedimento.

§ 1º Será observado o critério de dupla visita para lavratura de autos de infração, salvo quando for constatada infração por falta de registro de empregado ou anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, ou, ainda, na ocorrência de reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização.

§ 2º (Vetado).

§ 3º Os órgãos e entidades competentes definirão, em 12 (doze) meses, as atividades e situações cujo grau de risco seja considerado alto, as quais não se sujeitarão ao disposto neste artigo.

§ 4º O disposto neste artigo não se aplica ao processo administrativo fiscal relativo a tributos, que se dará na forma dos arts. 39 e 40 desta Lei Complementar.

§ 5º O disposto no § 1º aplica-se à lavratura de multa pelo descumprimento de obrigações acessórias relativas às matérias do caput, inclusive quando previsto seu cumprimento de forma unificada com matéria de outra natureza, exceto a trabalhista.

§ 6º A inobservância do critério de dupla visita implica nulidade do auto de infração lavrado sem cumprimento ao disposto neste artigo, independentemente da natureza principal ou acessória da obrigação.

§ 7º Os órgãos e entidades da administração pública federal, estadual, distrital e municipal deverão observar o princípio do tratamento diferenciado, simplificado e favorecido por ocasião da fixação de valores decorrentes de multas e demais sanções administrativas.

§ 8º A inobservância do disposto no caput deste artigo implica atentado aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional da atividade empresarial.

§ 9º O disposto no caput deste artigo não se aplica a infrações relativas à ocupação irregular da reserva de faixa não edificável, de área destinada a equipamentos urbanos, de áreas de preservação permanente e nas faixas de domínio público das rodovias, ferrovias e dutovias ou de vias e logradouros públicos.

(destaques meus).

Consoante extrai-se do normativo, o critério da dupla visita pode ser desconsiderado caso configurada alguma das hipóteses apontadas na parte final do art. 55 da Lei Complementar n. 123/2006 e no § 1º do aludido dispositivo, quais sejam, a existência de risco incompatível com a adoção da dupla visita, a ocorrência de reincidência, fraude ou resistência e a imposição de embarço à fiscalização.

Além disso, foi prevista a possibilidade de definição das atividades e situações cujo grau de risco seja considerado alto e, dessa forma, incompatível com o procedimento, por meio de ato infralegal proferido pelos órgãos de fiscalização (§ 3º do artigo 55 da Lei Complementar n. 123/2006).

Lado outro, a Lei n. 9.847/1999 atribui à **Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP)** a fiscalização das atividades relativas às indústrias do petróleo, dos biocombustíveis e ao abastecimento nacional de combustíveis, prevendo a sanção de multa para quem deixar de atender às normas de segurança previstas para seu comércio ou estocagem, colocando em perigo direto e iminente a vida, a integridade física, a saúde, o patrimônio, a ordem pública ou o regular abastecimento nacional (art. 3º, inciso VIII):

Art. 1º A fiscalização das atividades relativas às indústrias do petróleo e dos biocombustíveis e ao abastecimento nacional de combustíveis, bem como do adequado funcionamento do Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e do cumprimento do Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis, de que

trata a Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997, será realizada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) ou, mediante convênios por ela celebrados, por órgãos da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 1º O abastecimento nacional de combustíveis é considerado de utilidade pública e abrange as seguintes atividades:

I - produção, importação, exportação, refino, beneficiamento, tratamento, processamento, transporte, transferência, armazenagem, estocagem, distribuição, revenda, comercialização, avaliação de conformidade e certificação do petróleo, gás natural e seus derivados; [...]

Art. 3º A pena de multa será aplicada na ocorrência das infrações e nos limites seguintes:

[...]

VIII - deixar de atender às normas de segurança previstas para o comércio ou estocagem de combustíveis, colocando em perigo direto e iminente a vida, a integridade física ou a saúde, o patrimônio público ou privado, a ordem pública ou o regular abastecimento nacional de combustíveis:

Multa - de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais);

Nesse contexto, em 30.11.2018, a ANP regulamentou seus procedimentos de fiscalização das microempresas e empresas de pequeno porte pela Resolução n. 759, arrolando as atividades consideradas de risco, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização, nos seguintes termos:

Art. 1º Fica estabelecido o tratamento diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte em ações de fiscalização da ANP.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Resolução, microempresas e empresas de pequeno porte são aquelas definidas no art. 3º da Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006.

Art. 2º *Em ações de fiscalização nas microempresas e empresas de pequeno porte, será aplicado o procedimento da dupla visita.*

§ 1º A dupla visita consiste no procedimento de fiscalização pelo qual não será lavrado o auto de infração quando identificado no estabelecimento fiscalizado determinada irregularidade pela primeira vez.

§ 2º Os responsáveis serão notificados, por meio de Documento de Fiscalização (DF) ou ofício, para sanar a irregularidade apontada, no prazo de dez ou de vinte dias úteis, a depender da complexidade avaliada pelo fiscal no momento da ação.

§ 3º Não sanada a irregularidade no prazo, será lavrado o auto de infração.

Art. 3º O tratamento diferenciado referido no art. 2º *não será aplicado quando forem verificadas as seguintes situações:*

I - alto grau de risco à vida, à integridade física, à saúde, ao patrimônio público e ao patrimônio particular de terceiros exclusivamente nas condutas de:

a) envasamento ou transferência de GLP entre recipientes fora de instalações autorizadas para este fim;

b) existência de vazamento de combustível na instalação ou estabelecimento; ou

c) armazenamento, comercialização ou alienação de combustível que contenha metanol em sua composição;

II - casos de fraude, tais como:

a) comercialização ou alienação de produto fora das especificações da ANP;

b) fornecimento de produto com vício de quantidade, quando identificado artifício para obtenção de vantagem; ou

c) armazenamento, aquisição ou destinação de combustíveis líquidos, GLP ou solventes mediante o uso de artifícios para dissimular operações em desacordo com as normas referentes ao abastecimento nacional de combustíveis;

III - resistência ou embaraço à fiscalização;

IV - ocultação, violação ou inutilização de lacre, selo ou sinal, empregado por ordem da fiscalização para identificar ou cerrar estabelecimento, instalação, equipamento ou obra; ou

V - notificação anterior ou aplicação de medida reparadora de conduta, de acordo com o estabelecido na Resolução ANP n. 688, de 5 de julho de 2017, pela mesma irregularidade.

Importante notar que a Resolução não alterou o grau de risco das atividades prestadas, mas apenas regulamentou o art. 55 da Lei Complementar n. 123/2006, como não poderia deixar de ser, positivando a compatibilidade do procedimento de dupla visita com a fiscalização ordinária realizada pela agência reguladora, definindo suas exceções.

Do exposto, pode-se concluir, em regra, pela compatibilidade das atividades supervisionadas pela ANP com o tratamento prioritário conferido às microempresas e empresas de pequeno porte na sobredita Lei Complementar.

III. Do panorama jurisprudencial

Inicialmente, impõe-se consignar que o Supremo Tribunal Federal, na análise de demandas acerca da temática da dupla visita em procedimentos fiscalizatórios da ANP, tem registrado a inocorrência de ofensa direta à Constituição da República apta à análise de mérito da controvérsia (*ex vi*, RE

1.436.711/RS, Rel. Min. *Rosa Weber*, j. 22.5.2023; RE 1.231.098/SC, Rel. Min. *Ricardo Lewandowski*, j. 18.9.2019; ARE 1.170.746/SC, Rel. Min. *Gilmar Mendes*, j. 24.10.2018).

De sua vez, no âmbito desta Corte, esta Primeira Turma exarou julgado priorizando as conclusões do Tribunal de origem acerca da existência de risco na atividade, sob pena de violação à Súmula n. 7 deste Tribunal:

Processual Civil. Recurso especial. Art. 1.022 do CPC/2015. Violação. Não ocorrência. Empresa de pequeno porte. Fiscalização. Dupla visita. Necessidade. Inversão do julgado. Súmula 7 do STJ. Incidência. Fundamentação deficiente. Súmula 284 do STF. Aplicação.

1. “Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC”.

(Enunciado Administrativo n. 3 do STJ).

2. Não há violação do art. 1.022 do CPC/2015 quando o Tribunal de origem se manifesta de forma clara, coerente e fundamentada sobre as teses relevantes à solução do litígio.

3. As empresas de pequeno porte e microempresas têm direito à dupla visitação, à luz do disposto no art. 55, § 1º, da LC n. 123/2006, exceto nos casos de fraude, resistência ou embaraço à fiscalização e grau de risco elevado à segurança.

4. Tendo a Corte de origem reconhecido a nulidade do auto de infração lavrado contra a empresa agravada, por não ter sido demonstrada a existência de risco ao consumidor capaz de justificar a punição sumária, a inversão do julgado, nos termos pretendidos, demandaria a incursão no conjunto fático-probatório dos autos, providência inviável em face da Súmula 7 do STJ.

5. Não se conhece do recurso especial, quando o dispositivo apontado como violado não contém comando normativo para sustentar a tese defendida ou infirmar os fundamentos do acórdão recorrido, em face do óbice contido na Súmula 284 do STF.

6. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp n. 1.788.417/SC, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, j. 16.5.2019, DJe de 6.6.2019).

A matéria em exame também foi objeto de apreciação pela 2ª Turma desta Corte, oportunidade em que se afastou o critério da dupla visitação, sob o argumento de notório risco à população decorrente da manipulação de Gás Liquefeito de Petróleo-GLP. Nesse sentido:

Processual Civil. Agravo interno. Fiscalização. Auto de infração. Violação do art. 1.022 do Código de Processo Civil/15 não verificada. Dupla visita. Desnecessidade. Atividade de risco notório.

1. Cuida-se de Agravo Interno contra *decisum* que rejeitou os Embargos de Declaração em Embargos de Declaração tendo mantido o *decisum* que negou provimento ao Recurso Especial da ora embargante.

2. O Agravo Interno não merece prosperar, pois a ausência de argumentos hábeis para alterar os fundamentos da decisão ora agravada torna incólume o entendimento nela firmado. Portanto não há falar em reparo na decisão.

3. Cuida-se, na origem, de Ação Anulatória de Ato Administrativo para declarar a nulidade dos autos de infração 332.856 e 332.857 relacionados a irregularidades na comercialização de GLP por empresa.

4. Estando delineado o contexto fático pelos examinadores de origem, não há falar em reexame de matéria fática, mas em reavaliação jurídica, o que não atrai o óbice da Súmula 7/STJ.

5. Consoante corretamente julgado, denota-se que não se configura a ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil/2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado.

6. Da leitura do art. 55 da Lei Complementar 123/2006 extrai-se que as infrações praticadas pela empresa têm como regra, para autuação, a dupla visita (§ 1º), dispensando-se esse critério quando a infração for definida como de alto risco (art. 55, *caput*, *in fine*, e § 3º).

7. É inegável que o Gás Liquefeito de Petróleo (GLP) é notoriamente perigoso e oferece alto risco à população. Logo, o critério da dupla visitação é inaplicável na hipótese, nos termos do art. 55, *caput*, *in fine*, e § 3º, da Lei Complementar 123/2006

8. Ressalta-se que os riscos das atividades relacionadas ao abastecimento nacional de combustíveis são altos, por conta da própria natureza do setor regulado e fiscalizado pela ANP. Dessa forma, a fiscalização efetuada pela recorrente no caso dos autos não pode ser considerada orientadora, mesmo porque a parte recorrida armazenava produtos perigosos sem obedecer às normas de segurança. (REsp 1.740.303/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/8/2018, DJe 13/11/2018).

9. Do mesmo modo, as sanções administrativas aplicadas pela Administração no exercício do poder de polícia não podem ser invalidadas pelo fato de o autor do ilícito administrativo, após a fiscalização e respectiva autuação, corrigir a irregularidade apontada no auto de infração, pois a multa, além do seu caráter pecuniário, visa desestimular os particulares de praticarem novos ilícitos de idêntica natureza, com nítido intento pedagógico e prospectivo.

10. Ausente a comprovação da necessidade de retificação a ser promovida na decisão agravada, proferida com fundamentos suficientes e em consonância com entendimento pacífico deste Tribunal, não há prover o Agravo Interno que contra ela se insurge.

11. Agravo Interno não provido.

(AgInt nos EDcl nos EDcl no REsp n. 1.778.145/SC, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 3.12.2019, DJe de 19.12.2019).

Da análise das registradas decisões, conclui-se pela inexistência de uma linha jurisprudencial dominante sobre a matéria, em especial a partir do enfrentamento do conteúdo da Resolução ANP n. 759/2018.

Dessarte, assinalado o panorama atual da controvérsia, e estando delineado todo o contexto fático pelas instâncias ordinárias, passo a indicar novas reflexões a respeito de premissas jurídicas essenciais ao expediente.

IV. Da análise do caso concreto

No caso, a **Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP)** lavrou o auto de infração identificado no Documento de Fiscalização n. 464996, de 17.3.2016, contra a ora Recorrida, porquanto estaria armazenando, no mesmo ambiente, recipientes de gás liquefeito de petróleo (GLP) cheios e vazios, em desacordo com a Norma NBR ABNT n. 15.514/2007, versão corrigida 2008, adotada pela Resolução ANP n. 5/2008, vigente na data da constatação da irregularidade.

Entretanto, não foi observado o prévio procedimento da dupla visita para a aplicação da penalidade, sob o fundamento segundo o qual a atividade em questão é dotada de *risco iminente*.

Não obstante o posicionamento jurisprudencial exposto, expresso nesta oportunidade compreensão diversa das orientações apontadas, para afastar a presunção de risco das atividades que envolvam gás liquefeito de petróleo (GLP), a fim de priorizar a classificação feita pela agência reguladora na Resolução n. 759/2018.

Com efeito, não havia, até a publicação da Resolução n. 759/2018, a definição das atividades e situações fiscalizadas pela ANP cujo grau de risco deveria ser considerado alto, impondo, enquanto pendente regulamentação do rol de exceções ao procedimento de dupla visita (art. 55, § 3º, da LC n. 123/2006), a obrigatoriedade de cumprimento do procedimento prioritariamente orientador

para a lavratura de auto de infração, ressalvada eventual demonstração de reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização (§ 1º do artigo 55 da Lei Complementar n. 123/2006).

Ademais, a atual regulamentação não prevê como exceção à fiscalização prioritariamente orientadora para as microempresas e empresas de pequeno porte a conduta pela qual a Recorrida foi penalizada, confirmando, por conseguinte, a ausência de risco imanente da atividade por ela desenvolvida como argumento suficiente a afastar o dever de dupla visita.

Outrossim, foi anexado aos autos o Memorando n. 29/2019/SFI-SJP RJ/SFI, no qual a ANP assentou ter sido regulamentado o critério da dupla visita e as respectivas exceções somente com a vigência da Resolução n. 759/2018 e que, “[e]m tese, caso a infração em tela tivesse sido cometida após a publicação da Resolução ANP n. 759/2018, poderia ter sido aplicado o critério da dupla visita, pois essa irregularidade não se enquadra em hipótese de exclusão desse critério” (fl. 676e).

Tais dados representam subsídios técnicos aptos a confirmar a compatibilidade do grau de risco da atividade registrada no auto de infração com o critério da dupla visita, de forma a configurar a nulidade do auto de infração lavrado em sua inobservância, consoante espelha o art. 55, § 6º, da Lei Complementar n. 123/2006, impondo-se, em consequência, a manutenção do acórdão recorrido.

No que tange aos honorários advocatícios 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. 18.5.2017), embora tal elemento possa influir na sua quantificação.

Nessa linha a compreensão da Corte Especial deste Tribunal Superior (v.g.: AgInt nos EAREsp 762.075/MT, Rel. Min. *Felix Fischer*, Rel. p/ acórdão Min. *Herman Benjamin*, DJe 7.3.2019).

Assim, nos termos do art. 85, §§ 2º e 11, de rigor a majoração dos honorários anteriormente fixados de 12% (fl. 339e) para 15% do valor atualizado da causa.

Posto isso, *conheço parcialmente* do Recurso Especial, e, nessa extensão, *nego-lhe provimento*.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 2.084.815-RS (2023/0237374-8)

Relator: Ministro Gurgel de Faria
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social
Recorrido: Ronaldo Pereira da Silva
Advogado: Guilherme Vieira Sturzbecher - RS071301

EMENTA

Processual Civil e Previdenciário. Valores pagos por decisão precária. Devolução. Súmula 126 do STJ. Não incidência. Tema 692 do STJ. Reafirmação de jurisprudência: Pet 12.482/DF. Desconto sobre benefícios de valor mínimo. Possibilidade.

1. No tocante ao tema da restituição de benefício previdenciário concedido por decisão judicial precária, não há falar em incidência da Súmula 126 do STJ diante do entendimento do Supremo Tribunal Federal no Tema 799 de que se trata de questão cuja natureza é infraconstitucional e a ela atribuem-se os efeitos da ausência de repercussão geral.

2. No julgamento da Pet n. 12.482/DF, a Primeira Seção desta Corte ratificou o entendimento anteriormente firmado no julgamento do Tema repetitivo n. 692 do STJ, segundo o qual “A reforma da decisão que antecipa os efeitos da tutela final obriga o autor da ação

a devolver os valores dos benefícios previdenciários ou assistenciais recebidos, o que pode ser feito por meio de desconto em valor que não exceda 30% (trinta por cento) da importância de eventual benefício que ainda lhe estiver sendo pago”.

3. O legislador, ao fixar um limite de até 30% para a realização do desconto nas situações em que o segurado ainda tiver percebendo um benefício, o fez estabelecendo a ponderação entre a exigibilidade da prestação pecuniária antecipada e a situação econômica do beneficiário que teve cassada a tutela judicial, dando certa margem de discricionariedade à Administração autárquica para a realização dos descontos sem deixar de levar em consideração a hipossuficiência do segurado e/ou dependente.

4. Caso em que o Tribunal de origem deu parcial provimento ao agravo de instrumento interposto pela autarquia por considerar que, não obstante a jurisprudência do STJ tenha se firmado no sentido de que a lei autoriza o desconto de até 30% do valor do benefício, a quantia resultante não pode ser inferior a um salário mínimo.

5. A interpretação adotada pela Corte Regional afasta-se da orientação firmada no precedente qualificado do STJ, na medida em que, ao acrescentar uma hipótese de dispensa à devolução dos valores pagos por força de antecipação de tutela, posteriormente revogada, sem a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal, cria uma exceção à regra da reversibilidade da medida antecipatória revogada, negando vigência à própria norma definida no art. 115, II, da LB, bem como afrontando o art. 927, III, do CPC/2015, devendo, por isso, ser reformada.

6. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial 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), 10 de outubro de 2023 (data do julgamento).

Ministro Gurgel de Faria, Relator

DJe 20.10.2023

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Instituto Nacional do Seguro Social* com respaldo na alínea “a” do permissivo constitucional contra acórdão do *Tribunal Regional Federal da 4ª Região* assim ementado (e-STJ fls. 299/300):

Processual Civil e Previdenciário. Reforma da decisão que antecipa os efeitos da tutela. Necessidade de ressarcimento dos valores percebidos. Tema STJ 692. Desconto dos valores percebidos indevidamente. Impossibilidade de redução do benefício a valor inferior ao salário mínimo.

1. No julgamento do Tema 692 o STJ reafirmou o entendimento no sentido de que “a reforma da decisão que antecipa os efeitos da tutela final obriga o autor da ação a devolver os valores dos benefícios previdenciários ou assistenciais recebidos, o que pode ser feito por meio de desconto em valor que não exceda 30% (trinta por cento) da importância de eventual benefício que ainda lhe estiver sendo pago.”

2. O desconto das quantias percebidas indevidamente pelo segurado, a ser efetuado nos rendimentos mensais de eventual benefício que lhe estiver sendo pago, não poderá reduzir o valor remanescente ao beneficiário para montante inferior ao valor do salário mínimo, em atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, materializado pela garantia insculpida no art. 201, § 2º da Constituição Federal.

Em suas razões, o INSS registra que o caso dos autos não desafia a incidência da Súmula 126 do STJ, visto que o próprio Supremo Tribunal Federal afastou a repercussão geral sobre a questão de restituição de verbas pagas por força de antecipação de tutela no Tema 799, motivo pelo qual “a última palavra no tema deve ser do STJ, que já se posicionou sobre o assunto no Tema 692” (e-STJ fl. 307).

Aduz que, “em que pese o acórdão tenha se fundamentado no artigo 201, § 2º, da CF, nos princípios da igualdade e da dignidade humana, não seria cabível a interposição de Recurso Extraordinário diante do posicionamento firme e dominante do STF no sentido de que eventual ofensa à Constituição Federal,

neste tema, seria apenas reflexa”, como decidido no ARE n. 722.421/MG (Tema 799 do STF).

Contudo, na eventualidade desta Corte Superior considerar que o recurso versa sobre questão constitucional, requer a intimação do recorrente para emendar as razões recursais, conforme dispõe o art. 1.032 do CPC/2015.

No mérito, a autarquia alega negativa de vigência ao art. 115, II, da Lei n. 8.213/1991, e violação do art. 927, III, do CPC/2015, argumentando que, ao restringir os descontos em benefício de um salário mínimo para assegurar o mínimo existencial, o Tribunal recorrido contraria a tese firmada pelo STJ no Tema 692 (REsp n. 1.401.560/MT e Pet n. 12.482/DF).

Segundo defende, “o STJ, ao reafirmar a tese fixada no Tema 692, autorizando a devolução dos valores recebidos a título de tutela antecipada posteriormente revogada, apenas limitou os descontos a 30% da renda mensal de eventual benefício ativo” (e-STJ fl. 314). Isso porque, segundo constou do julgado repetitivo, mostra-se necessária a observância do art. 115, II, da Lei de Benefícios pelos demais juízes e Tribunais, “não cabendo ao Poder Judiciário reduzir a aplicabilidade do dispositivo legal” (e-STJ fl. 314).

E, quanto à não violação ao mínimo existencial, afirma (e-STJ fl. 318):

A realização dos descontos nos parâmetros fixados pelo STJ no Tema 692 e no artigo 115, II, da Lei 8.213/91 não viola o “princípio do valor mínimo”. O acórdão recorrido conferiu interpretação equivocada ao “valor mínimo”. A Previdência concede e paga um benefício pelo menos no valor mínimo. Veja-se a redação do artigo 33 da Lei 8.213/91:

Art. 33. A renda mensal do benefício de prestação continuada que substituir o salário-de-contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado não terá valor inferior ao do salário-mínimo, nem superior ao do limite máximo do salário-de-contribuição, ressalvado o disposto no art. 45 desta Lei.

Assim, não se pode entender que a realização de uma operação de ressarcimento implicaria de alguma forma subtração de recursos do beneficiário. Trata-se é da devolução de um excedente. O acórdão recorrido, contudo, terminou por permitir a incorporação desse excedente, por entender que devolvê-lo (nos casos por ele abrangidos) implicaria redução do mínimo legal. Ora, o mínimo protegido não é a renda líquida, mas a renda bruta.

O suporte fático, a hipótese de incidência da norma do caput e do inciso II do artigo 115 é bastante clara: realização de pagamento indevido ou além do devido.

O suporte fático do parágrafo primeiro do artigo também é claro: o desconto será feito em parcelas, conforme dispuser o regulamento, salvo má-fé. O texto não admite outra interpretação. [...]

Isso porque, conforme já demonstrado alhures, *ao reafirmar a tese fixada no Tema 692, o STJ expressamente acolheu as disposições contidas na norma do artigo 115, II, da Lei 8.213/91, autorizando que a restituição dos valores recebidos indevidamente pode ser realizada mediante desconto em eventual benefício ativo até o limite de 30%.* (Grifos no original).

Sem contrarrazões (e-STJ fl. 326). Juízo positivo de admissibilidade pelo Tribunal de origem às e-STJ fls. 329/336.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria (Relator): Preliminarmente, considero que a presente controvérsia não atrai a incidência da Súmula 126 do STJ – que exige a interposição simultânea de recursos extraordinário e especial quando o acórdão basear-se em duplo fundamento (constitucional e infraconstitucional) – diante do entendimento do Supremo Tribunal Federal no Tema 799, julgado em 20/03/2015, DJe de 30/03/2015 e assim redigido:

A questão acerca da devolução de valores recebidos em virtude de concessão de antecipação de tutela posteriormente revogada tem natureza infraconstitucional e a ela atribuem-se os efeitos da ausência de repercussão geral, nos termos do precedente fixado no RE 584.608, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe 13/3/2009.

Na espécie, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao agravo de instrumento interposto pela autarquia por considerar que, não obstante a jurisprudência do STJ tenha se firmado no sentido de que a lei autoriza o desconto de até 30% do valor do benefício, a quantia resultante não pode ser inferior a um salário mínimo (e-STJ fls. 287/288):

A solução adotada pelo STJ no julgamento da Pet 12.482/DF, em que foi reafirmada a tese anteriormente firmada no julgamento do REsp 1.401.560/MT (Tema 692), foi declinada nos seguintes termos:

“A reforma da decisão que antecipa os efeitos da tutela final obriga o autor da ação a devolver os valores dos benefícios previdenciários ou assistenciais recebidos, o que pode ser feito por meio de desconto em valor que não exceda 30% (trinta por cento) da importância de eventual benefício que ainda lhe estiver sendo pago.”

No caso, tendo sido reformada a decisão antecipatória, impõe-se dar aplicabilidade ao precedente citado, podendo a autarquia, na hipótese de a parte

autora remanescer na titularidade de benefício previdenciário ou assistencial, promover o desconto das importâncias devidas, até o limite de 30% do valor mensal que continuar a ser pago ao segurado.

Importa referir, contudo, que a jurisprudência desta Sexta Turma, em ações nas quais é reconhecido o dever dos segurados de indenizarem a Previdência Social por valores de benefícios irregularmente percebidos, tem estabelecido que os descontos a serem efetuados nos rendimentos do benefício remanescente, caso o segurado permaneça na titularidade de algum benefício, não podem privá-lo do mínimo necessário à manutenção de sua sobrevivência, sendo essa importância parametrizada no valor do salário mínimo nacional pela Constituição Federal, que veda a percepção de benefício que substitua o salário de contribuição ou os rendimentos do trabalho em valor inferior ao salário mínimo (art. 201, § 2º).

Tenho que razão assiste ao recorrente.

Como é cediço, no julgamento da Pet n. 12.482/DF, a Primeira Seção desta Corte ratificou o entendimento anteriormente firmado no julgamento do Tema repetitivo n. 692 do STJ, segundo o qual a reforma da decisão que antecipa os efeitos da tutela obriga a parte autora à restituição dos valores recebidos.

Segundo colhe-se da certidão do aludido julgamento, o Colegiado incluiu o percentual máximo para a cobrança, conforme a redação do inc. II do art. 115 da Lei n. 8.213/1991, dada pela Lei n. 13.846/2019:

A Primeira Seção, por unanimidade, acolheu a questão de ordem para reafirmar a tese jurídica contida no Tema Repetitivo 692/STJ, com acréscimo redacional para ajuste à nova legislação de regência, nos seguintes termos:

A reforma da decisão que antecipa os efeitos da tutela final obriga o autor da ação a devolver os valores dos benefícios previdenciários ou assistenciais recebidos, o que pode ser feito por meio de desconto em valor que não exceda 30% (trinta por cento) da importância de eventual benefício que ainda lhe estiver sendo pago, nos termos d voto do Sr. Ministro Relator”.

Do inteiro teor do voto proferido no aludido julgado, vê-se que o relator, Min. Og Fernandes, quis destacar algumas premissas que se mostram necessárias para o deslinde da controvérsia em debate nestes autos, quais sejam:

(i) a partir da alteração introduzida pela MP n. 871/2019, convertida na Lei n. 13.846/2019, ao art. 115, II, da Lei de Benefícios da Previdência Social, não há mais espaço para a dispensa de restituição ao estado anterior ao deferimento da tutela;

(ii) a postura de afastar, a pretexto de interpretar, sem a devida declaração de inconstitucionalidade, a aplicação do art. 115, inc. II, da Lei n. 8.213/1991,

sem observância do disposto no art. 97 da CF/1988 afronta a Súmula Vinculante n. 10 do STF;

(iii) o STF decidiu, no Tema 799 da Repercussão Geral (ARE 722.421/MG), que a discussão sobre a devolução de valores recebidos em virtude de concessão de antecipação de tutela posteriormente revogada tem natureza infraconstitucional; e

(iv) não há falar em modulação dos efeitos do julgado, uma vez que inexistiu alteração de jurisprudência dominante, como exige o art. 927, § 3º, do CPC/2015.

É o que se extrai dos seguintes trechos do referido julgado:

[...]

Com o advento da nova redação trazida pela MP n. 871/2019 e pela Lei n. 13.846/2019, o art. 115, inc. II, da Lei n. 8.213/91 não deixa mais qualquer dúvida: Na hipótese de cessação do benefício previdenciário ou assistencial pela revogação da decisão judicial que determinou a sua implantação, os valores recebidos devem ser devolvidos à parte adversa.

Se o STJ – quando a legislação era pouco clara e deixava margem a dúvidas – já tinha firmado o entendimento vinculante no Tema Repetitivo 692/STJ, não é agora que deve alterar sua jurisprudência, justamente quando a posição da Corte foi sufragada expressamente pelo legislador reformador ao regulamentar a matéria. Com efeito, o julgador que pretenda não seguir precedente, seja por distinção ou superação, deve vencer um ônus argumentativo qualificado, dialogando diretamente com o precedente anterior. Nesse sentido, trago a lição de Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior (ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. Revista de Processo, v. 229, a. 39. São Paulo: RT, mar. 2014, p. 387.):

(...) depreende-se a importância da inércia argumentativa, que impõe o dever de diálogo com os precedentes da Corte e um qualificado ônus argumentativo para o magistrado que pretenda não seguir a ratio decidendi de um precedente, no julgamento de posterior caso semelhante. (grifou-se)

Trata-se, pois, de observância de norma editada regularmente pelo Congresso Nacional, no estrito uso da competência constitucional a ele atribuída, não cabendo ao Poder Judiciário, a meu sentir, reduzir a aplicabilidade do dispositivo legal em comento, decorrente de escolha legislativa explicitada com bastante clareza.

Ademais, a postura de afastar, a pretexto de interpretar, sem a devida declaração de inconstitucionalidade, a aplicação do art. 115, inc. II, da Lei n.

8.213/1991 pode ensejar questionamentos acerca de eventual inobservância do art. 97 da CF/1988 e, ainda, de afronta ao verbete vinculante n. 10 da Súmula do STF, assim redigido:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. [...]

A propósito, o STF, ao julgar o Tema 799 da Repercussão Geral (ARE 722.421/MG, j. em 19/3/2015), já firmou expressamente que: “A questão acerca da devolução de valores recebidos em virtude de concessão de antecipação de tutela posteriormente revogada tem natureza infraconstitucional e a ela atribuem-se os efeitos da ausência de repercussão geral”. No mesmo sentido, vide o RE 1.202.649 AgR (relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 20/12/2019) e o RE 1.152.302 AgR (relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, j. em 28/5/2019).

Em suma, a Suprema Corte entende que a questão não é constitucional e deve, portanto, ser deslindada nos limites da legislação infraconstitucional, o que foi feito com bastante clareza pelo legislador ao trazer a nova redação do art. 115, inc. II, da Lei n. 8.213/1991.

Por fim, não há que se falar em modulação dos efeitos do julgado no caso em tela, uma vez que não se encontra presente o requisito do art. 927, § 3º, do CPC, segundo o qual, “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”. Isso porque, no caso sob exame, não houve alteração, mas sim reafirmação da jurisprudência dominante do STJ. [...] (Grifos no original).

Cumpre esclarecer que o acréscimo redacional a que se referiu a certidão de julgamento foi no sentido de dar o efetivo cumprimento ao art. 115, II, da Lei n. 8.213/1991, com a nova redação dada pela Lei n. 13.846/2019, que instituiu o Programa Especial para Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade (dentre outros temas).

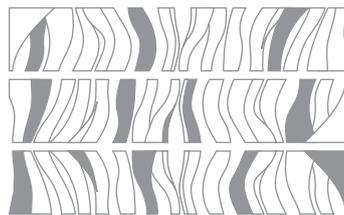
Impende observar, ainda, que o legislador, ao fixar um limite (de até 30%) para a realização do desconto nas situações em que o segurado ainda tiver percebendo um benefício, o fez estabelecendo a ponderação entre a exigibilidade da prestação pecuniária antecipada e a situação econômica do beneficiário que teve cassada a tutela judicial, dando certa margem de discricionariedade à Administração autárquica para a realização dos descontos sem deixar de levar em consideração a hipossuficiência do segurado e/ou dependente.

No entanto, a compreensão expansiva dada pela Corte de origem, s.m.j., não se coaduna com a intenção do legislador, pois, cria uma exceção à regra da reversibilidade da medida antecipatória revogada.

Desse modo, conclui-se que a interpretação adotada pela Corte de origem afasta-se da orientação firmada no precedente qualificado, na medida em que, ao acrescentar uma hipótese de dispensa à devolução dos valores pagos por força de antecipação de tutela, posteriormente revogada, sem a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal, nega vigência à própria norma definida no art. 115, II, da LB, bem como afronta o art. 927, III, do CPC/2015, devendo, por isso, ser reformada.

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso especial para determinar que a restituição dos valores pagos por antecipação de tutela posteriormente revogada observe o disposto no inc. II do art. 115 da Lei n. 8.213/1991, conforme entendimento do STJ no Tema 692.

É como voto.



Segunda Turma

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 2.341.141-MA (2023/0116759-2)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Agravante: Luiz Henrique Falcao Teixeira

Advogados: Thiago Henrique de Sousa Teixeira - MA010012

Andre Araujo Sousa - MA019403

Agravado: Estado do Maranhão

Advogado: Rodrigo Maia Rocha - MA006469

EMENTA

Processo Civil. Apelação. Juízo de admissibilidade. Dever do magistrado de observância do art. 927 do CPC/2015. Sentença que aplica precedente decidido em repercussão geral (Tema 1.142/STF). Cabimento de reclamação ou mandado de segurança sob alegação de usurpação de competência. Interposição de agravo de instrumento. Recurso incabível. Inaplicabilidade da fungibilidade recursal.

I - Na origem trata de agravo de instrumento contra decisão que negou seguimento à apelação interposta contra sentença que fundamentou-se em Tema do STF. No Tribunal *a quo* negou-se provimento ao agravo de instrumento.

II - No sistema do Código de Processo Civil de 2015 o recurso de apelação não é submetido à juízo de admissibilidade em primeiro grau.

III - Da mesma forma que deve ser negado seguimento à apelação contra sentença transitada em julgado, diante da ocorrência de preclusão temporal, por exemplo, não há interesse recursal na apresentação de apelação contra decisão que aplica precedente firmado em recurso especial repetitivo ou com repercussão geral (art. 927 do CPC/2015).

IV - No caso dos autos, o juízo monocrático decidiu com base no Tema 1.142 do STF, segundo o qual: “Os honorários advocatícios constituem crédito único e indivisível, de modo que o fracionamento da execução de honorários advocatícios sucumbenciais fixados em ação coletiva contra a Fazenda Pública, proporcionalmente às

execuções individuais de cada beneficiário, viola o § 8º do artigo 100 da Constituição Federal”.

V - Da decisão que inadmite o processamento da apelação contra tal decisão, é cabível a propositura de reclamação ou mandado de segurança sob a alegação de usurpação de competência do Tribunal, não agravo de instrumento. É incabível a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, em razão de inexistir dúvida objetiva quanto ao recurso adequado.

VI - O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o rol do art. 1.015 do CPC/2015 é de taxatividade mitigada, por isso, admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação (Tema 988/STJ), o que não ocorre na hipótese.

VII - Agravo em recurso especial conhecido para conhecer do recurso especial e negar-lhe provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conhecer do agravo para negar provimento ao recurso especial, 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), 15 de agosto de 2023 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe 18.8.2023

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Na origem trata de agravo de instrumento contra decisão que negou seguimento à apelação interposta contra sentença que fundamentou-se em Tema do STF. No Tribunal *a quo* negou-se provimento ao recurso, conforme se confere da ementa do acórdão:

Constitucional. Processo Civil. Agravo interno. Agravo de instrumento. Não conhecimento, por incabível. Decisão que não recebeu recurso de apelação. Não cabimento de agravo de instrumento. Taxatividade mitigada do rol do art. 1.015, do CPC. Negativa de seguimento de plano. Art. 932, III, do CPC. Manutenção. Não provimento. I – A despeito do entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.704.520/MT), no sentido de ser mitigada a taxatividade do rol do art. 1.015, do CPC, admitindo-se a interposição fora das hipóteses, não me parece que a situação dos autos se enquadre em tais casos, ainda mais quando, para se atacara decisão em tela existe remédio processual específico (v. g. reclamação cível), o que só ratifica o não cabimento do recurso de agravo de instrumento; II – há que ser mantida inalterada a decisão que, com supedâneo no art. 932, III, do CPC, negou seguimento, de plano, ao agravo de instrumento, por incabível; III – agravo interno não provido.

Interposto recurso especial, alega a parte recorrente violação dos seguintes dispositivos: artigos 277 e 283 do CPC/2015.

Negou-se a admissibilidade do recurso especial na origem. Interposto agravo em recurso especial, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): No sistema do Código de Processo Civil de 2015 o recurso de apelação não é submetido à juízo de admissibilidade em primeiro grau.

Da mesma forma que deve ser negado seguimento à apelação contra sentença transitada em julgado, diante da ocorrência de preclusão temporal, por exemplo, não há interesse recursal na apresentação de apelação contra decisão que aplica precedente firmado em recurso especial repetitivo ou com repercussão geral (art. 927 do CPC/2015).

No caso dos autos, o juízo monocrático decidiu com base no Tema 1.142 do STF, segundo o qual: “Os honorários advocatícios constituem crédito único e indivisível, de modo que o fracionamento da execução de honorários advocatícios sucumbenciais fixados em ação coletiva contra a Fazenda Pública, proporcionalmente às execuções individuais de cada beneficiário, viola o § 8º do artigo 100 da Constituição Federal”.

Da decisão que inadmite o processamento da apelação contra tal decisão, é cabível a propositura de reclamação ou mandado de segurança sob a alegação de

usurpação de competência do Tribunal, não agravo de instrumento. É incabível a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, em razão de inexistir dúvida objetiva quanto ao recurso adequado.

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o rol do art. 1.015 do CPC/2015 é de taxatividade mitigada, por isso, admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação (Tema 988/STJ), o que não ocorre na hipótese.

Conheço do agravo em recurso especial para conhecer do recurso especial e negar-lhe provimento.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.882.934-SP (2020/0165600-7)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: União

Recorrido: Departamento de Estradas de Rodagem

Procuradores: Martina Luisa Kollender - SP107329

Débora Sammarco Milena - SP107993

Paulo Roberto Lemgruber Ebert - SP330619A

EMENTA

Administrativo. Auditor-Fiscal do Trabalho. Passe livre nas praças do pedágio, mediante apresentação da carteira de identidade fiscal. Decreto 4.552/2002, art. 34. Ilegalidade. Manutenção da sentença de procedência dos pedidos do DER-SP. Desprovimento do recurso especial.

1. Na origem, o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo ajuizou demanda contra a União com o objetivo de obter declaração de inexistência de obrigação de conferir “passe livre” aos Auditores-Fiscais do Trabalho nas praças de pedágios que

estão sob administração estadual. No mais pede a anulação das multas pagas pela não concessão de livre passagem e a devolução do que foi pago a esse título.

2. Não há falar na incompetência da Justiça Comum Federal para processar e julgar o presente caso, pois, conforme bem observado no acórdão recorrido, “*o feito não se enquadra no disposto no inciso VII do artigo 114 da CF, (...) eis que não tem relação com penalidade administrativa imposta ao empregador pelo órgão de fiscalização de trabalho*”.

3. Sobre a controvérsia dos autos, de fato dispõe o art. 34 do Decreto 4.552/2002 que, além das empresas de transporte de qualquer natureza, as concessionárias de rodovias que cobram pedágio para o trânsito concederão passe livre aos Auditores-Fiscais do Trabalho e aos Agentes de Higiene e Segurança do Trabalho, no território nacional em conformidade com o disposto no art. 630, § 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), mediante a apresentação da Carteira de Identidade Fiscal.

4. Ocorre que o acórdão recorrido não merece reparos, pois: (i) o art. 630, § 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho que dá embasamento ao decreto regulamentar não previu o benefício do passe livre *nos pedágios cobrados pelas concessionárias de rodovias no território nacional*; (ii) a argumentação de que a concessão de passe livre não visa apenas beneficiar uma determinada categoria profissional, mas tão-somente viabilizar o regular exercício da fiscalização do trabalho, não é hábil a validar a norma eivada de ilegalidade; e (iii) a norma regulamentar extrapolou os limites da lei o que não se admite no direito pátrio.

5. Ademais, não se antevê dificuldades para a Administração Pública firmar convênio com as empresas que exploram rodovias concedidas para que permitam livre passagem aos veículos de serviço destinados à fiscalização do cumprimento da legislação trabalhista; ou então, indenizar o Auditor-Fiscal do Trabalho que eventualmente tenha que usar veículo particular passar por praças de pedágio no exercício de seu cargo, mediante procedimento administrativo de baixa complexidade.

6. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes 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 regimental do Sr. Ministro-Relator, ratificando o voto anteriormente proferido, negando provimento ao recurso especial, a ratificação de voto do Sr. Ministro Herman Benjamin, dando provimento ao recurso, os votos da Sra. Ministra Assusete Magalhães e do Sr. Ministro Francisco Falcão, acompanhando o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, por maioria, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Vencido o Sr. Ministro Herman Benjamin.

A Sra. Ministra Assusete Magalhães e o Sr. Ministro Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Afrânio Vilela, nos termos do art. 162, § 4º, do RISTJ.

Brasília (DF), 05 de dezembro de 2023 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 26.2.2024

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial interposto pela União contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região assim ementado:

Administrativo. Remessa oficial e apelação. Incompetência da Justiça Federal. Não configuração. Conexão. Feito sentenciado. Ausência de nulidade. Ação ordinária. Exigência de passe livre em pedágios do território nacional a Auditor-Fiscal do Trabalho e aos Agentes de Higiene e Segurança do Trabalho. Art. 34, Dec. Fed. n. 4.552/2002. Ausência de supedâneo legal.- Não se conhece da remessa oficial, à vista do disposto no artigo 475, § 2º, do CPC/73, vigente à época em que foi proferida a sentença.- O pleito versa questão relativa à suposta inconstitucionalidade do artigo 34 do Decreto Federal n. 4.552/2002, o qual determina concessão de passe livre em pedágios nas estradas nacionais aos auditores-fiscais do trabalho e agentes de higiene e segurança do trabalho.- A penalidade indicada nos autos de infração juntados ao presente feito foi aplicada em razão da não concessão de passe livre em pedágio a auditor-fiscal do trabalho e tem fundamento nos artigos 630, § 5º, da CLT e 34 do Decreto Federal n. 4.552/2002. Assim, não

procede a alegação de incompetência da Justiça Federal para o julgamento da causa, porquanto o feito não se enquadra no disposto no inciso VII do artigo 114 da CF, como quer fazer crer a apelante, eis que não tem relação com penalidade administrativa imposta ao empregador pelo órgão de fiscalização de trabalho.- No que tange à alegação de nulidade em razão de conexão, a Súmula n. 235 do STJ (a conexão não determina a reunião de processos, se um deles já foi julgado) e a jurisprudência já assentaram que, quando um processo já foi julgado, não mais se cogita de conexão. Logo, considerado que o presente feito já foi sentenciado, não cabe mais a perquirição acerca da existência de conexão. Destarte não subsiste a preliminar aduzida.- A tese de que o feito tem identidade de causa de pedir com o mandado de segurança n. 2004.61.08.008246-0 tecnicamente está relacionada ao conceito de litispendência, que também inexistente na espécie, pois conforme consignado pelo juízo *a quo*, na impetração discute-se a possibilidade de recorrer das sanções administrativas aplicadas sem o recolhimento da multa ou de parte dela e, no presente pleito, a causa de pedir se consubstancia na arguição de inconstitucionalidade da norma referida que impôs a multa, em relação à qual se pretende a repetição de indébito.- O Decreto n. 4.552/2002, que trata do regulamento da inspeção do trabalho, no artigo 34, previu a concessão de passe livre pelas concessionárias de rodovias que cobram pedágio para o trânsito aos auditores-fiscais do trabalho e aos agentes de higiene e segurança, com fundamento no disposto no art. 630, § 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), mediante a apresentação da Carteira de Identidade Fiscal. No entanto, o referido dispositivo da CLT que dá embasamento ao decreto regulamentar não previu o benefício do passe livre nos pedágios cobrados pelas concessionárias de rodovias no território nacional. Portanto, é inviável a exigência de passe livre nos pedágios administrados pela autora, ante a ausência de previsão legal. Conseqüentemente, as multas aplicadas sob esse fundamento ferem o princípio da legalidade. Assim, está configurada a ilegalidade da citada norma.- A alegação de que se trata de decreto autônomo não merece subsistir, porquanto a matéria sobre a qual dispõe não está arrolada no artigo 84, inciso VI, letras a e b da CF. A interpretação dada pela apelante de que versa acerca de organização e funcionamento da administração federal não deve prevalecer, na medida em que a norma interfere na esfera administrativa do Estado-Membro, o que é inadmissível quando ausente supedâneo legal.- A argumentação de que a concessão de passe livre não visa apenas beneficiar uma determinada categoria profissional, mas tão-somente viabilizar o regular exercício da fiscalização do trabalho, não é hábil a validar a norma eivada de ilegalidade. Assim, está claro que a norma regulamentar extrapolou os limites da lei o que não se admite no direito pátrio.- Remessa oficial não conhecida. Preliminares rejeitadas. Apelação desprovida.

No recurso especial, a União aponta violação aos arts. 630, § 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho, 34 do Decreto 4.552/2002 e 11, parágrafo

único, da Lei 10.593/2002, advogando que (i) “a concessão do passe livre só se afigura obrigatória quando o agente da fiscalização estiver no exercício das atribuições do cargo, ou seja, quando se encontrar em diligência trabalhista, munido, pois, de ‘ordem de serviço’, em razão do que necessitaria trafegar por estrada pedagiada” (fl. 591-e); (ii) “se o Auditor-Fiscal do Trabalho, cômico de seus deveres institucionais, for obstado na fruição da faculdade que lhe outorga o artigo 34, do Decreto n. 4.552, de 27 de dezembro de 2002, deve necessariamente proceder à lavratura do respectivo auto de infração, sob pena de responsabilidade administrativa, na forma do disposto na Consolidação das Leis do Trabalho”; (iii) “a parte Autora tem sistematicamente negado a concessão de passe livre aos Auditores-Fiscais do Trabalho e demais beneficiários da regra em exame, em razão do que deve ser necessariamente submetido às sanções decorrentes do seu comportamento ilícito”; e (iv) “os precitados artigos indicam, como único requisito para a concessão do passe livre para os Auditores-Fiscais do Trabalho, a apresentação da Carteira de Identidade Fiscal, e, assim, não cabe ao intérprete restringir o benefício, pois não o fez o legislador” (fls. 593/594-e).

Sem contrarrazões.

Após a distribuição dos autos nesta Corte, sob a premissa de que a matéria deveria ser processada pelo Supremo Tribunal Federal, procedeu-se ao rito do art. 1.032 do CPC/2015, com determinação de remessa dos autos à Corte em questão.

O recurso extraordinário não foi admitido pelo Ministro Alexandre de Moraes, que determinou a restituição dos autos a este Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): A insurgência não prospera.

Sobre o presente recurso, decorre de ação proposta pelo Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo em face da União com o objetivo de obter declaração de inexistência de obrigação de conferir “passe livre” aos Auditores-Fiscais do Trabalho nas praças de pedágios que estão sob administração estadual.

No mais, requer a anulação dos autos de infração lavrados pela não concessão de livre passagem a esses servidores e devolução dos valores pagos a esse título.

A sentença de *procedência* dos pedidos foi mantida no TRF da 3ª Região pelos seguintes fundamentos: (i) *o dispositivo legal que dá embasamento ao decreto regulamentar não previu o benefício do passe livre nos pedágios cobrados pelas concessionárias de rodovias no território nacional*; (ii) *a argumentação de que a concessão de passe livre não visa apenas beneficiar uma determinada categoria profissional, mas tão-somente viabilizar o regular exercício da fiscalização do trabalho, não é hábil a validar a norma eivada de ilegalidade*; e (iii) *a norma regulamentar extrapolou os limites da lei o que não se admite no direito pátrio* (fls. 580/581-e).

Em contraposição, a União defende a legalidade do art. 34 do Decreto 4.552/2002, sustentando que a norma foi editada com base na Lei 10.593/2002; e que

a expressão “em conformidade com o disposto no artigo 630, parágrafo 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho” indica, na verdade, que a concessão do passe livre só se afigura obrigatória quando o agente da fiscalização estiver no exercício das atribuições do cargo, ou seja, quando se encontrar em diligência trabalhista, munido, pois, de “ordem de serviço”, em razão do que necessitaria trafegar por estrada pedagiada (fl. 591-e).

Pois bem.

Preliminarmente, cumpre rejeitar alegação da União de incompetência da Justiça Comum Federal para processar e julgar o presente caso, pois, conforme bem observado no acórdão recorrido, “*o feito não se enquadra no disposto no inciso VII do artigo 114 da CF, (...) eis que não tem relação com penalidade administrativa imposta ao empregador pelo órgão de fiscalização de trabalho*”.

De fato, a pretensão veiculada nos autos diz respeito ao afastamento da obrigação de permitir “passe livre” a Auditores-Fiscais do Trabalho, bem assim a anulação dos autos de infração lavrados nesse contexto.

Tais autos de infração *não* foram lavrados no contexto de fiscalização de relação de emprego ou em decorrência dela.

Na realidade, a relação entre as partes tem natureza eminentemente administrativa, por isso não é caso de remeter os autos à Justiça do Trabalho – ainda que causas semelhantes tenham sido processadas e julgadas no âmbito da justiça especializada.

Nessa linha de consideração, citam-se os seguintes julgados da Primeira Seção:

Processual Civil. Conflito negativo de competência. Mandado de segurança. Aplicação de penalidade administrativa. Descumprimento de cláusula contratual.

Inaplicabilidade do art. 114, inciso VII, da Constituição Federal. Competência da Justiça Federal.

1. No caso dos autos, trata-se de mandado de segurança impetrado por Albatroz Segurança e Vigilância Ltda contra ato do Diretor Regional da Procuradoria Regional do Trabalho - 15ª Região para suspender a aplicação da pena de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração pelo período de 06 (seis) meses, e baixar a inscrição de seu nome no cadastro do SICAF, bem como para liberar as Faturas ns. 34620, 35571 e 36723. Aduz o impetrante que prestou serviços de vigilância armada para a sede do Ministério Público do Trabalho - 15ª Região e que foi instaurado procedimento administrativo para apuração de eventuais irregularidades no cumprimento de suas obrigações trabalhistas.

2. Efetivamente, a Emenda Constitucional 45/2004, que deu nova redação ao art. 114 da Carta Magna, aumentou de maneira expressiva a competência da Justiça Laboral, passando a estabelecer, no inciso VII do retrocitado dispositivo, que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar “as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho”.

3. Na hipótese dos autos, não há falar em competência da Justiça do Trabalho para processar o referido mandado de segurança, em razão da natureza eminentemente civil da lide.

4. A demanda em questão envolve a aplicação de penalidade nos autos de processo administrativo em razão de irregularidade no cumprimento de contrato administrativo, decorrente de processo licitatório, efetuado entre a empresa de segurança e a Administração Pública para a prestação de serviços de segurança, não se confundindo com a aplicação de penalidade administrativa imposta por órgão de fiscalização das relações de trabalho, nos moldes previstos no artigo 114, inciso VIII, da Constituição Federal.

5. A autoridade coatora, no caso, Diretor Regional da Procuradoria Regional do Trabalho - 15ª Região, ao aplicar as indigitadas penalidades, agiu na qualidade de contratante e não na qualidade de órgão fiscalizador das relações de trabalho.

6. É manifesta a conclusão que a relação jurídica existente entre os autores e os réus não pode ser considerada como de índole trabalhista, ficando afastada a apreciação pela Justiça Especializada.

7. Conflito conhecido para declarar competente Juízo Federal da 8ª Vara de Campinas, o suscitado

(CC n. 126.464/SP, de minha relatoria, Primeira Seção, julgado em 26/3/2014, DJe de 2/4/2014.)

Conflito de competência. Justiça Federal e Trabalhista. Convênio e Termos de Ajustamento de Conduta destinados à proteção de relações de trabalho e outros

valores. **Ação declaratória de nulidade de ato administrativo com reflexos trabalhistas.** Competência da Justiça Federal.

1. Na origem, a petição inicial foi apresentada pela Associação Comercial e Industrial de Foz do Iguaçu contra a União, o Estado do Paraná e o Município de Foz do Iguaçu (ulteriormente excluídos os dois primeiros e integrados o MPT e o MPE). Narra a Associação que o MPT, o MPE e a Secretaria de Meio Ambiente do Município de Foz do Iguaçu debatiam problemas decorrentes da geração de lixo na cidade e a situação dos catadores.

2. O MPT, a partir dessa discussão, tem apresentado Termo de Ajustamento de Conduta às empresas, pressupondo que todas estariam inadequadas, com exigências subjetivas e previsão de multa diária por descumprimentos. Ao final, pediu fosse considerada “a inconstitucionalidade e/ou ilegalidade dos atos praticados pelas rés, para o fim de anular/revogar/cancelar/liminar/considerar nulo todo o procedimento adotado com relação ao Termo de Ajustamento de Conduta dos resíduos sólido, anulando o ‘Convênio’ realizado, tornando sem efeito qualquer termo assinado por qualquer dos associados da autora, determinando a impossibilidade de se firmar novo Convênio com o mesmo objetivo, conforme causa de pedir deste processo, arbitrando pena de multa se não obedecida a sentença a ser prolatada”.

3. O caso revela atuação coordenada e multidisciplinar do Poder Público e do Ministério Público, com vistas à proteção a) de valores trabalhistas, ambientais, comerciais, e b) de crianças e adolescentes. Os atos que expressam essa intenção ressaltam a dignidade do trabalho de grupos vulneráveis, mas não se circunscrevem a tal missão ou mesmo isolam tal escopo dos demais.

4. O exame da petição inicial evidencia pretensão de nulidade/anulação de convênio, de procedimentos e de TACs a partir de pedido deduzido por Associação Comercial contra a Administração e o Ministério Público. Tal questionamento não tem natureza eminentemente trabalhista (cfr. CF, art. 114), muito embora não se possa negar que a decisão tenha reflexos dessa ordem.

5. A presença do MPT, na perspectiva *secundum eventum litis*, impõe a remessa dos autos à Justiça Federal.

6. Conflito de Competência conhecido, com determinação de remessa dos autos à Justiça Federal.

(CC n. 116.282/PR, relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 24/8/2011, DJe de 6/9/2011 – **destaquei**)

Quanto ao mérito, a controvérsia reside, essencialmente, na aplicação do art. 34 do Decreto 4.552/2002 (que aprova o Regulamento da Inspeção do Trabalho), *in verbis*:

Art. 34. As empresas de transportes de qualquer natureza, inclusive as exploradas pela União, Distrito Federal, Estados e Municípios, *bem como as*

*concessionárias de rodovias que cobram pedágio para o trânsito **concederão passe livre aos Auditores-Fiscais do Trabalho e aos Agentes de Higiene e Segurança do Trabalho**, no território nacional em conformidade com o disposto no art. 630, § 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), mediante a apresentação da Carteira de Identidade Fiscal.*

Ocorre que os argumentos apresentados pela União não se mostram suficientes para levar à improcedência dos pedidos formulados na inicial – com a vênua dos que pensam em sentido diverso –, pois o art. 34 do Decreto 4.552/2002 concedeu passe livre aos Auditores-Fiscais do Trabalho nas praças de pedágio *sem que houvesse previsão legal nesse sentido.*

Ora, o art. 11, parágrafo único, da Lei 10.593/2002 (vigente à época dos fatos da causa) e art. 630, § 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho – aqui apontados como violados – não contêm previsão expressa a respeito do livre trânsito nas vias concedidas à exploração da iniciativa privada, onde há cobrança de pedágio.

Confirmam-se os aludidos dispositivos legais:

Lei 10.593/2002

Art. 11. Os ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho têm por atribuições assegurar, em todo o território nacional:

(...)

Parágrafo único. O Poder Executivo regulamentará as atribuições privativas previstas neste artigo, podendo cometer aos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho outras atribuições, desde que compatíveis com atividades de auditoria e fiscalização.

Remuneração das Carreiras Vigente a Partir de 30 de Junho de 1999

CLT

Art. 630. Nenhum agente da inspeção poderá exercer as atribuições do seu cargo sem exibir a carteira de identidade fiscal, devidamente autenticada, fornecida pela autoridade competente. (Redação dada pelo Decreto-Lei n. 229, de 28.2.1967)

(...)

§ 5º - *No território do exercício de sua função, o agente da inspeção gozará de passe livre nas empresas de transportes, públicas ou privadas, mediante a apresentação da carteira de identidade fiscal.* (Incluído pelo Decreto-Lei n. 229, de 28.2.1967)

Nessas circunstâncias, *sob pena de chancelar indevida exorbitância do poder regulamentar, mostra-se descabida interpretação extensiva que iguale passe livre nas empresas de transporte com livre passagem nas praças de pedágios.*

Tais ações – usar o transporte coletivo ou cruzar uma praça de pedágio –, embora tenham como objetivo final verificar o cumprimento da legislação trabalhista, são completamente diferentes entre si.

Ademais, não se antevê dificuldades para a Administração Pública firmar convênio com as empresas que exploram rodovias concedidas para que permitam livre passagem aos *veículos de serviço* destinados à fiscalização do cumprimento da legislação trabalhista; ou então, indenizar o Auditor-Fiscal que eventualmente tenha que usar *veículo particular* passar por praças de pedágio no exercício de seu cargo, mediante procedimento administrativo de baixa complexidade.

Nesses termos, mostra-se correta fundamentação lançada à fl. 581-e do voto-condutor do acórdão recorrido, da lavra do Desembargador Federal André Nabarrete, que aqui se adota como razões para decidir a controvérsia:

(...)

Note-se que dispositivo legal que dá embasamento ao decreto regulamentar não previu o benefício do passe livre nos pedágios cobrados pelas concessionárias de rodovias no território nacional. Portanto, é inviável a exigência de passe livre nos pedágios administrados pela autora, ante a ausência de previsão legal. Consequentemente, as multas aplicadas sob esse fundamento ferem o princípio da legalidade. Assim, está configurada a ilegalidade da citada norma.

(...) A interpretação dada pela apelante de que versa acerca de organização e funcionamento da administração federal não deve prevalecer, na medida em que a norma interfere na esfera administrativa do Estado-Membro, o que é inadmissível quando ausente supedâneo legal.

Acresça-se que a argumentação de que a concessão de passe livre não visa apenas beneficiar uma determinada categoria profissional, mas tão-somente viabilizar o regular exercício da fiscalização do trabalho, não é hábil a validar a norma eivada de ilegalidade.

Assim, está claro que a norma regulamentar extrapolou os limites da lei o que não se admite no direito pátrio.

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso especial, nos termos da fundamentação.

É o voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Administrativo. Auditor-Fiscal do Trabalho. Necessidade de passe livre em pedágios do território nacional. Previsão no art. 34 do Decreto 4.552/2002. Legalidade. Ausência de exorbitância do exercício do poder regulamentar. Hermenêutica e direitos humanos. Interpretação menos restritiva. Critério que deve reger a interpretação do Poder Judiciário. Provimento do recurso.

Definição da controvérsia

1. A controvérsia é saber se o art. 34 do Decreto 4.552/2002 (que isentou os Auditores Fiscais do Trabalho do pagamento de pedágio ao transitarem, a serviço, por rodovias concedidas), é legal ou se extrapolou o poder regulamentar.

Voto do eminente Relator

2. O eminente Ministro Mauro Campbell Marques, em substancial Voto, concluiu que o retromencionado dispositivo excedeu a permissão do art. 630, § 5º, da CLT. Nada obstante, rogando-se vênha ao em. Relator, entende-se que seu judicioso Voto merece temperamentos.

Histórico da demanda

3. Na origem, trata-se de Ação Ordinária da parte ora recorrida visando à declaração da inconstitucionalidade do Decreto 4.552/2002 e à de inexistência de relação jurídica válida que a obrigue ao cumprimento da obrigação de permitir livre passagem aos auditores-fiscais do trabalho. Requereu-se, ainda, a nulificação das sanções administrativas que lhe foram impostas pela inobservância da obrigação referida acima, bem como a repetição do indébito consubstanciado na multa que a parte ora recorrida foi obrigada a pagar com o fim de obter certidão de regularidade fiscal. As instâncias de origem deram razão à parte ora recorrida. O em. Ministro Relator, em seu Voto, nega provimento ao Recurso Especial.

Disciplina normativa e vedação de interpretação restritiva de normas de tutela de direitos humanos

4. Com base na Lei 10.593/2002, foi expedido o Decreto 4.552/2002, que estabeleceu a gratuidade no pedágio para os auditores-

fiscais *em serviço*. Essa norma não exorbita o art. 630, § 5º, da CLT (que cita a *gratuidade do transporte aos auditores*, mas não minudencia o *termo pedágio*). Ademais, o referido Decreto inspira-se no art. 11, *b*, da Convenção 81 da OIT (que versa da gratuidade para locomoção na inspeção do trabalho).

5. O que se discute nos autos é, na essência, *se normas de tutela material ou de implementação de direitos humanos podem ser interpretadas de maneira restritiva. Parece-me que, à luz do sistema constitucional e legal hoje prevalente no Brasil, caracteriza grave equívoco defender tal posição, própria de um modelo de laissez-faire, mas totalmente incompatível com o Estado Social de Direito.*

Legalidade do Decreto 4.552/2002

6. A Lei 10.593/2002 concedeu poderes ao Presidente da República para regulamentar as atribuições privativas dos agentes da carreira da fiscalização do trabalho, tendo-lhe sido facultado, ainda, “cometer aos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho outras atribuições, desde que compatíveis com atividades de auditoria e fiscalização” (art. 11, parágrafo único).

7. Nesse sentido, o Poder Executivo, utilizando o permissivo legal em exame, houve por bem editar o Decreto 4.552/2002, que, tendo aprovado o Regulamento da Inspeção do Trabalho, determinou que as empresas de transporte de qualquer natureza, inclusive as exploradas pela União, Distrito Federal, Estados e Municípios, ficassem obrigadas a conceder passe livre aos Auditores-Fiscais do Trabalho e aos Agentes de Higiene e Segurança do Trabalho, em todo o território nacional, nos termos do disposto no art. 630, § 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

8. Logo, a expressão “em conformidade com o disposto no artigo 630, parágrafo 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho” indica, na verdade, que a concessão do passe livre só se afigura obrigatória quando o agente da fiscalização estiver no exercício das atribuições do cargo, ou seja, quando se encontrar em diligência trabalhista, munido, pois, de “ordem de serviço”, em virtude do que necessitaria trafegar por estrada pedagiada.

9. Note-se que reforça a legalidade do art. 34 do Decreto 4.552/2002 o fato de essa norma ter sido editada com base na Lei

10.593/2002, que autoriza o Poder Executivo a regular a atividade e, por consequência, viabilizar o cumprimento das atribuições.

Inexistência de exorbitância do poder regulamentar

10. O Decreto questionado foi editado com o propósito de propiciar meios para que os inspetores do trabalho desempenhem suas funções, para o exercício do poder de polícia e cumprimento da legislação trabalhista e, mais do que isso, para dar efetividade aos direitos sociais dos trabalhadores.

11. É por esse motivo que o § 5º do art. 630 da CLT (que trata da gratuidade do transporte, mas não expressa o termo pedágio) não serve de argumento para validar uma interpretação restritiva que limite o passe livre dos agentes de inspeção somente à utilização dos serviços das empresas de transportes, públicas ou privadas. Dessa feita, não houve excesso no poder regulamentar, haja vista que tanto o transporte quanto o pedágio são concessões.

12. *Aliás, importante ressaltar que essa norma da CLT foi editada em 1967, época em que não se cogitava em concessão de rodovias e pedágios, como nos dias atuais. Ao contrário do que pareceu ao acórdão recorrido, a remissão que o decreto faz à CLT serve para reforçar a conclusão de que os inspetores do trabalho não devem ser onerados nos seus deslocamentos a serviço, ficando isentos do pagamento das passagens no transporte público ou privado e também do pagamento de pedágios em rodovias concedidas.*

13. O Decreto 4.552/2002 se afina com o espírito da **Convenção 81 da OIT**, que, em seu art. 11, **b**, prevê a não obrigatoriedade de pagamento de transporte, pelos inspetores de trabalho, no desempenho de suas funções, sendo, por isso, explicativo das concepções contemporâneas de facilitação da inspeção do trabalho. Cita-se a literalidade do retromencionado dispositivo da Convenção 81 da OIT (convenção concernente à Inspeção do Trabalho na Indústria e no Comércio, adotada pela Conferência em sua Trigesima Sessão - Genebra, de 19 de junho de 1947): “Art. 11 - A autoridade competente tomará as medidas necessárias no sentido de fornecer aos inspetores de trabalho: a) (...) b) facilidades de transporte necessário ao exercício de suas funções quando não existirem facilidades de transporte apropriado. A autoridade competente tomará as medidas necessárias no sentido

de indenizar os inspetores de trabalho de todas as despesas acessórias necessárias ao exercício de suas funções”.

14. Por conseguinte, não há falar em ofensa ao princípio da legalidade ou exorbitância do poder regulamentar, porquanto o art. 34 do Decreto 4.552/2002 cuidou tão somente de afastar óbices e assegurar os meios para facilitação da inspeção do trabalho, de forma a dar efetividade aos direitos sociais do trabalhadores.

Norma de caráter geral apta a ser analisada no STJ

15. A concessão de passe livre não visa apenas beneficiar determinada categoria profissional, mas *viabilizar o regular exercício da fiscalização do trabalho, concebida como verdadeiro serviço público em defesa do trabalhador*. Dessa feita, pode ser afirmado que foi por meio do Decreto 4.552/2002 que se organizou o funcionamento da fiscalização do trabalho em todo o território nacional.

Conclusão

16. Portanto, entende-se que o Decreto 4.552/2002 não invadiu área de competência reservada ao Legislativo ao conceder passe livre aos inspetores fiscais quando, no desempenho de suas atividades institucionais, cruzarem por pedágios e congêneres.

17. Voto-vista para, com a devida vênua, ***divergir*** do substancioso Voto do em. Ministro Relator, dando provimento ao Recurso Especial.

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial (art. 105, III, “a” e “c”, da CF) contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região lavrado sob o pálio da seguinte ementa:

Administrativo. Remessa oficial e apelação. Incompetência da Justiça Federal. Não configuração. Conexão. Feito sentenciado. Ausência de nulidade. Ação ordinária. Exigência de passe livre em pedágios do território nacional a Auditor-Fiscal do Trabalho e aos Agentes de Higiene e Segurança do Trabalho. Art. 34, Dec. Fed. n. 4.552/2002. Ausência de supedâneo legal.- Não se conhece da remessa oficial, à vista do disposto no artigo 475, § 2º, do CPC/73, vigente à época em que foi proferida a sentença.- O pleito versa questão relativa à suposta inconstitucionalidade do artigo 34 do Decreto Federal n. 4.552/2002, o qual determina concessão de passe livre em pedágios nas estradas nacionais aos auditores-fiscais do trabalho e agentes de higiene e segurança do trabalho.- A penalidade indicada nos autos de infração juntados ao presente feito foi aplicada em razão da não concessão de passe livre em pedágio a auditor-fiscal do

trabalho e tem fundamento nos artigos 630, § 5º, da CLT e 34 do Decreto Federal n. 4.552/2002. Assim, não procede a alegação de incompetência da Justiça Federal para o julgamento da causa, porquanto o feito não se enquadra no disposto no inciso VII do artigo 114 da CF, como quer fazer crer a apelante, eis que não tem relação com penalidade administrativa imposta ao empregador pelo órgão de fiscalização de trabalho.- No que tange à alegação de nulidade em razão de conexão, a Súmula n. 235 do STJ (a conexão não determina a reunião de processos, se um deles já foi julgado) e a jurisprudência já assentaram que, quando um processo já foi julgado, não mais se cogita de conexão. Logo, considerado que o presente feito já foi sentenciado, não cabe mais a perquirição acerca da existência de conexão. Destarte não subsiste a preliminar aduzida.- A tese de que o feito tem identidade de causa de pedir com o mandado de segurança n. 2004.61.08.008246-0 tecnicamente está relacionada ao conceito de litispendência, que também inexistente na espécie, pois conforme consignado pelo juízo *a quo*, na impetração discute-se a possibilidade de recorrer das sanções administrativas aplicadas sem o recolhimento da multa ou de parte dela e, no presente pleito, a causa de pedir se consubstancia na arguição de inconstitucionalidade da norma referida que impôs a multa, em relação à qual se pretende a repetição de indébito.- O Decreto n. 4.552/2002, que trata do regulamento da inspeção do trabalho, no artigo 34, previu a concessão de passe livre pelas concessionárias de rodovias que cobram pedágio para o trânsito aos auditores-fiscais do trabalho e aos agentes de higiene e segurança, com fundamento no disposto no art. 630, § 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), mediante a apresentação da Carteira de Identidade Fiscal. No entanto, o referido dispositivo da CLT que dá embasamento ao decreto regulamentar não previu o benefício do passe livre nos pedágios cobrados pelas concessionárias de rodovias no território nacional. Portanto, é inviável a exigência de passe livre nos pedágios administrados pela autora, ante a ausência de previsão legal. Consequentemente, as multas aplicadas sob esse fundamento ferem o princípio da legalidade. Assim, está configurada a ilegalidade da citada norma.- A alegação de que se trata de decreto autônomo não merece subsistir, porquanto a matéria sobre a qual dispõe não está arrolada no artigo 84, inciso VI, letras a e b da CF. A interpretação dada pela apelante de que versa acerca de organização e funcionamento da administração federal não deve prevalecer, na medida em que a norma interfere na esfera administrativa do Estado-Membro, o que é inadmissível quando ausente supedâneo legal.- A argumentação de que a concessão de passe livre não visa apenas beneficiar uma determinada categoria profissional, mas tão-somente viabilizar o regular exercício da fiscalização do trabalho, não é hábil a validar a norma eivada de ilegalidade. Assim, está claro que a norma regulamentar extrapolou os limites da lei o que não se admite no direito pátrio.- Remessa oficial não conhecida. Preliminares rejeitadas. Apelação desprovida.

No Recurso Especial, a União aponta violação aos arts. 630, § 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho; 34 do Decreto 4.552/2002 e 11, parágrafo único, da Lei 10.593/2002. Advoga que (i) “a concessão do passe livre só se

afigura obrigatória quando o agente da fiscalização estiver no exercício das atribuições do cargo, ou seja, quando se encontrar em diligência trabalhista, munido, pois, de ‘ordem de serviço’, em razão do que necessitaria trafegar por estrada pedagiada” (fl. 591-e); (ii) “se o Auditor-Fiscal do Trabalho, cômico de seus deveres institucionais, for obstado na fruição da faculdade que lhe outorga o artigo 34, do Decreto n. 4.552, de 27 de dezembro de 2002, deve necessariamente proceder à lavratura do respectivo auto de infração, sob pena de responsabilidade administrativa, na forma do disposto na Consolidação das Leis do Trabalho”; (iii) “a parte Autora tem sistematicamente negado a concessão de passe livre aos Auditores-Fiscais do Trabalho e demais beneficiários da regra em exame, em razão do que deve ser necessariamente submetido às sanções decorrentes do seu comportamento ilícito”; e (iv) “os precitados artigos indicam, como único requisito para a concessão do passe livre para os Auditores-Fiscais do Trabalho, a apresentação da Carteira de Identidade Fiscal, e, assim, não cabe ao intérprete restringir o benefício, pois não o fez o legislador” (fls. 593/594-e).

O eminente Ministro Mauro Campbell Marques, em substancioso Voto, negou provimento ao Recurso, com os fundamentos resumidos na seguinte ementa:

Administrativo. Auditor-Fiscal do Trabalho. Passe livre nas praças do pedágio, mediante apresentação da carteira de identidade fiscal. Decreto 4.552/2002, art. 34. Ilegalidade. Manutenção da sentença de procedência dos pedidos do DER-SP. Desprovimento do recurso especial.

1. Na origem, o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo ajuizou demanda contra a União com o objetivo de obter declaração de inexistência de obrigação de conferir “passe livre” aos Auditores-Fiscais do Trabalho nas praças de pedágios que estão sob administração estadual. No mais pede a anulação das multas pagas pela não concessão de livre passagem e a devolução do que foi pago a esse título.

2. Não há falar na incompetência da Justiça Comum Federal para processar e julgar o presente caso, pois, conforme bem observado no acórdão recorrido, *“o feito não se enquadra no disposto no inciso VII do artigo 114 da CF, (...) eis que não tem relação com penalidade administrativa imposta ao empregador pelo órgão de fiscalização de trabalho”*.

3. Sobre a controvérsia dos autos, de fato dispõe o art. 34 do Decreto 4.552/2002 que, além das empresas de transporte de qualquer natureza, as concessionárias de rodovias que cobram pedágio para o trânsito concederão passe livre aos Auditores-Fiscais do Trabalho e aos Agentes de Higiene e Segurança do Trabalho, no território nacional em conformidade com o disposto no art. 630, § 5º, da

Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), mediante a apresentação da Carteira de Identidade Fiscal.

4. Ocorre que o acórdão recorrido não merece reparos, porque: (i) o art. 630, § 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho que dá embasamento ao decreto regulamentar não previu o benefício do passe livre *nos pedágios cobrados pelas concessionárias de rodovias no território nacional*; (ii) a argumentação de que a concessão de passe livre não visa apenas beneficiar uma determinada categoria profissional, mas tão-somente viabilizar o regular exercício da fiscalização do trabalho, não é hábil a validar a norma eivada de ilegalidade; e (iii) a norma regulamentar extrapolou os limites da lei o que não se admite no direito pátrio.

5. Ademais, não se antevê dificuldades para a Administração Pública firmar convênio com as empresas que exploram rodovias concedidas para que permitam livre passagem aos veículos de serviço destinados à fiscalização do cumprimento da legislação trabalhista; ou então, indenizar o Auditor-Fiscal do Trabalho que eventualmente tenha que usar veículo particular passar por praças de pedágio no exercício de seu cargo, mediante procedimento administrativo de baixa complexidade.

6. Recurso especial a que se nega provimento.

Especificamente, merecem transcrição alguns excertos do Voto, em que o em. Relator concluiu que o art. 34 do Decreto 4.552/2002 exorbitou da permissão do art. 630, § 5º, da CLT:

Ocorre que os argumentos apresentados pela União não se mostram suficientes para levar à improcedência dos pedidos formulados na inicial – com a vênua dos que pensam em sentido diverso –, pois o art. 34 do Decreto 4.552/2002 concedeu passe livre aos Auditores-Fiscais do Trabalho nas praças de pedágio *sem que houvesse previsão legal nesse sentido*.

Ora, o art. 11, parágrafo único, da Lei 10.593/2002 (vigente à época dos fatos da causa) e art. 630, § 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho – aqui apontados como violados – não contêm previsão expressa a respeito do livre trânsito nas vias concedidas à exploração da iniciativa privada, onde há cobrança de pedágio.

(...) (citação da legislação)

Nessas circunstâncias, *sob pena de chancelar indevida exorbitância do poder regulamentar, mostra-se descabida **interpretação extensiva** que iguale passe livre nas empresas de transporte com livre passagem nas praças de pedágios*.

Tais ações – usar o transporte coletivo ou cruzar uma praça de pedágio –, embora tenham como objetivo final verificar o cumprimento da legislação trabalhista, são completamente diferentes entre si.

Ademais, não se antevê dificuldades para a Administração Pública firmar convênio com as empresas que exploram rodovias concedidas para que permitam

livre passagem aos *veículos de serviço* destinados à fiscalização do cumprimento da legislação trabalhista; ou então, indenizar o Auditor-Fiscal que eventualmente tenha que usar *veículo particular* passar por praças de pedágio no exercício de seu cargo, mediante procedimento administrativo de baixa complexidade.

Nesses termos, mostra-se correta fundamentação lançada à fl. 581-e do voto-condutor do acórdão recorrido, da lavra do Desembargador Federal André Nabarrete, que aqui se adota como razões para decidir a controvérsia:

(...) Note-se que dispositivo legal que dá embasamento ao decreto regulamentar não previu o benefício do passe livre nos pedágios cobrados pelas concessionárias de rodovias no território nacional. Portanto, é inviável a exigência de passe livre nos pedágios administrados pela autora, ante a ausência de previsão legal. Consequentemente, as multas aplicadas sob esse fundamento ferem o princípio da legalidade. Assim, está configurada a ilegalidade da citada norma.

(...) A interpretação dada pela apelante de que versa acerca de organização e funcionamento da administração federal não deve prevalecer, na medida em que a norma interfere na esfera administrativa do Estado-Membro, o que é inadmissível quando ausente supedâneo legal.

Acresça-se que a argumentação de que a concessão de passe livre não visa apenas beneficiar uma determinada categoria profissional, mas tão-somente viabilizar o regular exercício da fiscalização do trabalho, não é hábil a validar a norma eivada de ilegalidade.

Assim, está claro que a norma regulamentar extrapolou os limites da lei o que não se admite no direito pátrio.

Pediu-se vista dos autos para aprofundar a análise da questão.

É o *relatório*.

Passa-se ao *Voto deste subscritor*.

1. Definição da controvérsia

A controvérsia gira em torno de saber se o art. 34 do Decreto 4.552/2002 é legal ou extrapolou o poder regulamentar. O em. Ministro Mauro Campbell Marques concluiu que o retromencionado dispositivo excedeu a permissão do art. 630 § 5º, da CLT. Assim, identificou ofensa ao princípio da legalidade no art. 34 do Decreto 4.552/2002, que isentou os Auditores-Fiscais do Trabalho do pagamento de pedágio ao transitarem, a serviço, por rodovias concedidas.

Fundamenta o em. Relator:

Ora, o art. 11, parágrafo único, da Lei 10.593/2002 (vigente à época dos fatos da causa) e art. 630, § 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho – aqui apontados como violados – não contêm previsão expressa a respeito do livre trânsito nas vias concedidas à exploração da iniciativa privada, onde há cobrança de pedágio.

(...) Nessas circunstâncias, sob pena de chancelar indevida exorbitância do poder regulamentar, mostra-se descabida interpretação extensiva que iguale passe livre nas empresas de transporte com livre passagem nas praças de pedágios.

(...) A interpretação dada pela apelante de que versa acerca de organização e funcionamento da administração federal não deve prevalecer, na medida em que a norma interfere na esfera administrativa do Estado-Membro, o que é inadmissível quando ausente supedâneo legal.

Nada obstante, rogando-se vênia ao em. Relator, entende-se que seu judicioso Voto merece temperamentos.

2. Histórico da demanda

Na origem, trata-se de Ação Ordinária da parte ora recorrida visando à declaração da inconstitucionalidade do Decreto 4.552/2002 e à de inexistência de relação jurídica válida que o obrigue ao cumprimento da obrigação de permitir livre passagem aos auditores-fiscais do trabalho. Requereu-se, ainda, a nulificação das sanções administrativas que lhe foram impostas pela inobservância da obrigação referida acima, bem como a repetição do indébito consubstanciado na multa que a ora recorrida foi obrigada a pagar para o fim de obter certidão de regularidade fiscal.

O Juízo Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo julgou procedentes os pedidos. A sentença foi confirmada pela 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que decidiu “não conhecer da remessa oficial, rejeitar as preliminares e negar provimento à apelação”.

No Recurso Especial, a União aponta violação aos arts. 630, § 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho; 34 do Decreto 4.552/2002 e 11, parágrafo único, da Lei 10.593/2002. Advoga que (i) “a concessão do passe livre só se afigura obrigatória quando o agente da fiscalização estiver no exercício das atribuições do cargo, ou seja, quando se encontrar em diligência trabalhista, munido, pois, de ‘ordem de serviço’, em razão do que necessitaria trafegar por estrada pedagiada” (fl. 591-e); (ii) “se o Auditor-Fiscal do Trabalho, cômico de seus deveres institucionais, for obstado na fruição da faculdade que lhe outorga o artigo 34, do Decreto n. 4.552, de 27 de dezembro de 2002, deve

necessariamente proceder à lavratura do respectivo auto de infração, sob pena de responsabilidade administrativa, na forma do disposto na Consolidação das Leis do Trabalho”; (iii) “a parte Autora tem sistematicamente negado a concessão de passe livre aos Auditores-Fiscais do Trabalho e demais beneficiários da regra em exame, em razão do que deve ser necessariamente submetido às sanções decorrentes do seu comportamento ilícito”; e (iv) “os precitados artigos indicam, como único requisito para a concessão do passe livre para os Auditores-Fiscais do Trabalho, a apresentação da Carteira de Identidade Fiscal, e, assim, não cabe ao intérprete restringir o benefício, pois não o fez o legislador” (fls. 593/594-e).

3. Disciplina normativa – Legalidade do Decreto 4.552/2002

A Lei 10.593/2002 concedeu poderes ao Presidente da República para regulamentar as atribuições privativas dos agentes da carreira da fiscalização do trabalho, tendo-lhe sido facultado, ainda, “cometer aos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho outras atribuições, desde que compatíveis com atividades de auditoria e fiscalização” (art. 11, parágrafo único):

Art. 11. Os ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho têm por atribuições assegurar, em todo o território nacional:

§ 1º. O Poder Executivo regulamentará as atribuições privativas previstas neste artigo, podendo cometer aos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho outras atribuições, desde que compatíveis com atividades de auditoria e fiscalização.

Nesse sentido, o Poder Executivo, utilizando o permissivo legal em exame, houve por bem editar o Decreto 4.552/2002, que, tendo aprovado o Regulamento da Inspeção do Trabalho, determinou que as empresas de transporte de qualquer natureza, inclusive as exploradas pela União, Distrito Federal, Estados e Municípios, ficassem obrigadas a conceder passe livre aos auditores-fiscais do trabalho e aos agentes de higiene e segurança do trabalho, em todo o território nacional, nos termos do disposto no art. 630, § 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Importante citar o art. 34 do Decreto 4.552/2002:

Art. 34. As empresas de transportes de qualquer natureza, inclusive as exploradas pela União, Distrito Federal, Estados e Municípios, bem como as concessionárias de rodovias que cobram pedágio para o trânsito concederão passe livre aos Auditores-Fiscais do Trabalho e aos Agentes de Higiene e Segurança

do Trabalho, no território nacional em conformidade com o disposto no art. 630, § 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), mediante a apresentação da Carteira de Identidade Fiscal.

Parágrafo único. O passe livre a que se refere este artigo abrange a travessia realizada em veículos de transporte aquaviário.

Já o art. 630, § 5º, da CLT prescreve:

Art. 630. Nenhum agente da inspeção poderá exercer as atribuições de seu cargo sem exibir a carteira de identidade fiscal, devidamente autenticada, fornecida pela autoridade competente.

§ 5º - No território do exercício de sua função, o agente da inspeção gozará de passe livre nas empresas de transportes, públicas ou privadas, mediante a apresentação da carteira de identidade fiscal.

Note-se que reforça a legalidade do art. 34 do Decreto 4.552/2002 o fato de esta norma ter sido editada com base na Lei 10.593/2002, que autoriza o Poder Executivo a regular a atividade e, por consequência, viabilizar o cumprimento das atribuições.

4. Vedação de interpretação restritiva de normas de tutela de direitos humanos

O que se discute nos autos é, na essência, *se normas de tutela material ou de implementação de direitos humanos podem ser interpretadas de maneira restritiva. Parece-me que, à luz do sistema constitucional e legal hoje prevalente no Brasil, caracteriza grave equívoco defender essa posição, própria de um modelo de *laissez-faire* mas totalmente incompatível com o Estado Social de Direito.*

A aplicação dos princípios e das normas de direitos humanos deve ser feita levando-se em consideração o contexto, a diversidade cultural, a evolução social e o desenvolvimento histórico, para sua maior efetividade. Isso significa que os Estados devem tomar todas as medidas para garantir a integral proteção desses direitos, sensível às necessidades das pessoas e da sociedade atual.

Com a aplicação desses princípios interpretativos, garante-se um processo crítico para a eficácia e a relevância contínuas dos direitos humanos, dado que, pela sua própria natureza, tais direitos têm uma natureza aberta e evolutiva que demanda que se extraia das normas a sua máxima proteção.

Dessa feita, é recomendado que os direitos humanos não sejam interpretados de maneira restritiva; ao contrário, devem ser aplicados de forma a ampliar a proteção dos indivíduos.

A hermenêutica não restritiva dos direitos humanos é essencial para garantir que os princípios fundamentais de justiça, igualdade e dignidade humana sejam preservados. É uma abordagem que visa proteger e fortalecer os direitos fundamentais das pessoas, promovendo um ambiente onde esses direitos possam ser plenamente desfrutados e exercidos.

Isso é conhecido como o princípio da interpretação favorável ao ser humano, que deve ser aplicado no presente caso, considerando-se que a norma ora discutida é expressão de direitos humanos, que visa garantir melhores condições de trabalho a toda a sociedade.

O princípio do *laissez-faire*, que defende a não intervenção do Estado, não é compatível com a abordagem necessária para garantir e proteger os direitos humanos, que muitas vezes requerem ação afirmativa e regulamentação governamental (isso inclui a implementação de leis e regulamentos para proteger os direitos humanos, bem como a adoção de políticas públicas e a alocação de recursos para garantir que os direitos sejam respeitados e protegidos), para assegurar que os direitos fundamentais de todas as pessoas sejam respeitados e protegidos.

Nesse sentido, a jurisprudência do STJ entende que a hermenêutica sobre direitos humanos não pode ser restritiva, devendo ser aplicada a norma mais favorável, acompanhar a evolução social e conferir a máxima efetividade.

Citam-se precedentes:

Processo Civil. Tributário. Recurso especial representativo da controvérsia. Art. 543-C, do CPC. Depositário infiel. Pacto de São José da Costa Rica. Emenda Constitucional n. 45/2004. Dignidade da pessoa humana. Novel posicionamento adotado pela Suprema Corte.

1. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 7º, § 7º, vedou a prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese do devedor de alimentos. Contudo, a jurisprudência pátria sempre direcionou-se no sentido da constitucionalidade do art. 5º, LXVII, da Carta de 1988, o qual prevê expressamente a prisão do depositário infiel. Isto em razão de o referido tratado internacional ter ingressado em nosso ordenamento jurídico na qualidade de norma infraconstitucional, porquanto, com a promulgação da constituição de 1988, inadmissível o seu recebimento com força de emenda constitucional. Nesse sentido confirmam-se os seguintes julgados da Suprema Corte: RE 253.071 - GO, Relator Ministro *Moreira Alves*, Primeira Turma, DJ de 29 de junho de 2006 e RE 206.482 - SP, Relator Ministro *Maurício Corrêa*, Tribunal Pleno, DJ de 05 de setembro de 2003.

2. A edição da EC 45/2004 acresceu ao art. 5º da CF/1988 o § 3º, dispondo que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, inaugurando novo panorama nos acordos internacionais relativos a direitos humanos em território nacional.

3. Deveras, “a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva do pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, (art, 7º, 7), ambos do ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da constituição, porém acima da legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código civil de 1916 e com o Decreto-Lei 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo Código Civil (Lei 10.406/2002).” (voto proferido pelo Ministro *Gilmar Mendes*, na sessão de julgamento do Plenário da Suprema Corte em 22 de novembro de 2006, relativo ao Recurso Extraordinário n. 466.343 - SP, da relatoria do Ministro *Cezar Peluso*).

4. A Constituição da República Federativa do Brasil, de índole pós-positivista, e fundamento de todo o ordenamento jurídico, expressa, como vontade popular, que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária.

5. O Pretório Excelso, realizando interpretação sistemática dos direitos humanos fundamentais, promoveu considerável mudança acerca do tema em foco, assegurando os valores supremos do texto magno. O Órgão Pleno da Excelsa Corte, por ocasião do histórico julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343 - SP, Relator Min. Cezar Peluso, reconheceu que os tratados de direitos humanos têm hierarquia superior à lei ordinária, ostentando status normativo supralegal, o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade, máxime em face do efeito paralisante dos referidos tratados em relação às normas infra-legais autorizadas da custódia do depositário infiel. Isso significa dizer que, no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade.

6. No mesmo sentido, recentíssimo precedente do Supremo Tribunal Federal, *verbis*: “Habeas corpus”. *Prisão civil. Depositário judicial. Revogação da Súmula 619/STF. A questão da infidelidade depositária. Convenção Americana de Direitos*

Humanos (artigo 7º, n. 7). Natureza constitucional ou caráter de supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos?. Pedido deferido. Ilegitimidade jurídica da decretação da prisão civil do depositário infiel, ainda que se cuide de depositário judicial. - Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial. Precedentes. Revogação da Súmula 619/STF. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos: as suas relações com o direito interno brasileiro e a questão de sua posição hierárquica.* - A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. - Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º). Precedentes. - Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? - Entendimento do Relator, Min. *Celso de Mello*, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos. *A interpretação judicial como instrumento de mutação informal da Constituição.* - A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. **Hermenêutica e direitos humanos: a norma mais favorável como critério que deve reger a interpretação do Poder Judiciário.** - Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. - Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano. (HC 96.772, Relator(a): Min. *Celso*

de Mello, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, public 21-08-2009 Ement vol-02370-04 pp-00811)

7. Precedentes do STJ: RHC 26.120/SP, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, Segunda Turma, julgado em 01/10/2009, DJe 15/10/2009; HC 139.812/RS, Rel. Ministro *João Otávio de Noronha*, Quarta Turma, julgado em 08/09/2009, DJe 14/09/2009; AgRg no Ag 1.135.369/SP, Rel. Ministro *Aldir Passarinho Junior*, Quarta Turma, julgado em 18/08/2009, DJe 28/09/2009; RHC 25.071/RS, Rel. Ministro *Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS)*, Terceira Turma, julgado em 18/08/2009, DJe 14/10/2009; EDcl no REsp 755.479/RS, Rel. Ministra *Denise Arruda*, Primeira Turma, julgado em 14/04/2009, DJe 11/05/2009; REsp 792.020/RS, Rel. Ministro *Luiz Fux*, Primeira Turma, julgado em 18/12/2008, DJe 19/02/2009; HC 96.180/SP, Rel. Ministra *Laurita Vaz*, Quinta Turma, julgado em 18/12/2008, DJe 09/02/2009)

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

(REsp 914.253/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Corte Especial, DJe de 4/2/2010.) (destaque no original).

Processual Civil. Art. 1º, § 1º, da Lei 4.717/1965. Conceito de patrimônio público na ação popular. Medidas de enfrentamento da pandemia de Covid-19. Alegação de lesividade ao povo e à crença religiosa. Moralidade administrativa sanitária. Litigância de má-fé. Impossibilidade de revolvimento do conjunto fático-probatório. Súmula 7/STJ.

1. Cuida-se, na origem, de Ação Popular ajuizada contra Decretos do Prefeito Municipal de Cassilândia e ato da Câmara dos Vereadores (PL 006/2020), editados durante a pandemia de covid-19. Alega-se, em síntese, que referidos atos limitam a atuação de profissionais de saúde privados, ferindo o direito à vida e à saúde, bem como tudo que esteja relacionado à liberdade de consciência e à crença religiosa, dados o impedimento de reunião para cultos e para vigílias durante a madrugada e, ainda, a impossibilidade de locomoção durante o toque de recolher.

2. A Ação Popular é instrumento processual imprescindível de controle judicial, pelo cidadão, de atos estatais potencialmente capazes de causar lesão direta e indireta ao patrimônio público. Logo, na hermenêutica e manejo da Lei 4.717/1965, ao juiz incumbe - com olhos atentos à ratio e aos valores ético-políticos, explícitos e implícitos, adotados pelo legislador - cuidado acentuado para evitar o estabelecimento de obstáculos jurídico-materiais, inclusive probatórios, que dificultem e até inviabilizem a atuação legítima e louvável do autor popular.

3. Se virou lugar-comum afirmar que tudo evolui, a ninguém deve surpreender que núcleos normativos como patrimônio público, moralidade administrativa, ilegalidade e lesividade experimentem permanente mudança, fenômeno que suscita

a correlata necessidade de reavaliação e atualização da jurisprudência na temática. Sem essa plasticidade hermenêutica, a base normativa da lei envelhece e se distancia da visão presente de mundo, paralisando no passado as expectativas do povo acerca da boa Administração. Trata-se de fluidez de entendimento que também se impõe em razão da perene metamorfose das próprias patologias públicas e privadas que ameaçam e pervertem o Estado, contra as quais a Ação Popular se antepõe como um dos mais poderosos remédios reconhecidos na legislação brasileira.

4. Nessa linha de pensamento, parece óbvio não ser exaustivo, nem de intelecção literal, o conceito de patrimônio público do art. 1º, § 1º, da Lei 4.717/1965 (“os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”). Do contrário, mesmo com a ampliação do art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal (moralidade administrativa, meio ambiente), sobraría compreensão absurda de que outros bens e direitos fundamentais - absoluta e inequivocamente essenciais - do ordenamento brasileiro estariam excluídos do guarda-chuva do instituto, como aqueles com “valor” associado à saúde pública, à educação, à segurança nacional, à dignidade da pessoa humana. Correto, então, dizer que moralidade administrativa inclui a “moralidade administrativa sanitária”, a “moralidade administrativa educacional”, a “moralidade administrativa da segurança nacional”, a “moralidade administrativa da dignidade humana”.

5. Na hipótese dos autos, em tese, a Ação Popular até seria cabível se buscasse, com supedâneo, entre outros, nos arts. 1º, III (dignidade da pessoa humana), 3º, I (princípio da solidariedade), e 4º, II (prevalência dos direitos humanos), o propósito diametralmente oposto ao perseguido pelo autor da presente demanda. Ou seja, se atacasse, com base na defesa da moralidade sanitária (art. 5º, LXXIII, CF), eventual ação ou omissão da Administração que contrariasse os indicativos científicos de proteção da vida e da saúde pública; que incentivasse aglomerações sociais em época de pandemia; que impedisse ou dificultasse o uso de máscaras, a vacinação da população ou outras medidas de proteção das pessoas, especialmente das mais carentes. No caso, contudo, o que se tem é exatamente o contrário, isto é, ataca-se ato da administração pública que, seguindo os indicativos das autoridades sanitárias, estabeleceu medidas restritivas de combate à pandemia da covid-19, em conformidade com a moralidade administrativa e demais predicados constitucionais.

6. Considerando as peculiaridades do caso concreto, para modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido, afastando a tese esposada na origem de que houve má-fé na conduta da parte autora, é necessário exceder as razões colacionadas no acórdão vergastado, o que demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos, vedada em Recurso Especial, conforme a Súmula 7 desta Corte: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial”.

7. Agravo Interno não provido.

(AgInt no AREsp 2.097.035/MS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 28/6/2023.) (destaque no original)

5. Inexistência de exorbitância do poder regulamentar

Nesse contexto, o Decreto questionado foi editado com o propósito de propiciar meios para que os inspetores do trabalho desempenhem melhor suas funções, para o exercício do poder de polícia e cumprimento da legislação trabalhista e, mais do que isso, para dar efetividade aos direitos sociais dos trabalhadores.

É por esse motivo que o § 5º do art. 630 da CLT não serve de argumento para validar uma interpretação restritiva que limite o passe livre dos agentes de inspeção somente à utilização dos serviços das empresas de transportes, públicas ou privadas. Dessa feita, não houve excesso no poder regulamentar, haja vista que o art. 630, § 5º, da CLT trata da gratuidade para transporte. E tanto o transporte quanto o pedágio são concessões.

Logo, a expressão “em conformidade com o disposto no artigo 630, parágrafo 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho” indica, na verdade, que a concessão do passe livre só se afigura obrigatória quando o agente da fiscalização estiver no exercício das atribuições do cargo, ou seja, quando se encontrar em diligência trabalhista, munido, pois, de “ordem de serviço”, em razão do que necessitaria trafegar por estrada “pedagiada”.

Sabe-se que, quando se vai em um ônibus, ao se tomar um assento, é um a menos. Não é apenas porque deixa de pagar, mas porque a empresa deixa de receber também, pois não pode ser ocupado por outra pessoa. No pedágio é diferente, não há esse prejuízo. Por conseguinte, aqui é uma derivação por interpretação analógica do dispositivo expresso da CLT.

Aliás, importante ressaltar que tal norma da CLT foi editada em 1967, época em não se cogitava em concessão de rodovias e pedágios, como nos dias atuais. Digamos que a CLT tivesse falado de telégrafo; contudo, quase ninguém mais envia telegrama. Então a norma não valeria apenas para o telex, mas para o que veio depois em sua substituição, como o correio eletrônico pela internet.

Ao contrário do que pareceu ao acórdão recorrido, a remissão que o decreto faz à CLT serve para reforçar a conclusão de que os inspetores do trabalho não devem ser onerados nos seus deslocamentos a serviço, ficando assim isentos do pagamento da passagens no transporte público ou privado e também do pagamento de pedágios em rodovias concedidas.

Essa interpretação, ademais, mostra conformidade com os princípios norteadores da Convenção 81 da OIT, designadamente o art. 11, letra “b”:

Art. 11 - A autoridade competente tomará as medidas necessárias no sentido de fornecer aos inspetores de trabalho:

b) facilidades de transporte necessário ao exercício de suas funções quando não existirem facilidades de transporte apropriado. A autoridade competente tomará as medidas necessárias no sentido de indenizar os inspetores de trabalho de todas as despesas acessórias necessárias ao exercício de suas funções.

Assim, o Decreto 4.552/2002, que se afina ao espírito da Convenção 81 da OIT (convenção concernente à Inspeção do Trabalho na Indústria e no Comércio, adotada pela Conferência em sua Trigesima Sessão — Genebra, de 19 de junho de 1947), não invadiu área de competência reservada ao Legislativo, sendo, por isso, explicativo das concepções contemporâneas de facilitação da inspeção do trabalho, sobretudo quando autoriza o passe livre aos inspetores fiscais, no desempenho de suas atividades institucionais, em pedágios e congêneres.

Desse modo, se o Auditor-Fiscal do Trabalho, cômico de seus deveres institucionais, for obstado na fruição da faculdade que lhe outorga o art. 34 do Decreto 4.552/2002, deve proceder à lavratura do respectivo auto de infração, sob pena de responsabilidade administrativa, na forma do disposto na Consolidação das Leis do Trabalho. E é o que tem ocorrido, visto que a parte Autora tem sistematicamente negado a concessão de passe livre aos Auditores-Fiscais do Trabalho e demais beneficiários da regra em exame, em virtude do que deve ser necessariamente submetido às sanções decorrentes do seu comportamento ilícito.

Destaque-se que o conteúdo deste Voto não defende a carteirada, porque isso é ilícito. Cuida-se aqui da defesa de uma prerrogativa legal, prevista em lei, com finalidade específica de proteção de direitos humanos. Não se está tratando das demais carreiras de servidores públicos, porque está se referindo a uma norma para uma categoria específica, prevista na CLT.

6. Norma de caráter geral apta a ser analisada no STJ

Há que se ressaltar, por oportuno, que não é todo e qualquer decreto editado pelo Chefe do Poder Executivo que autoriza a interposição de Recurso Especial, mas tão somente os de caráter geral, abstrato, impessoal e obrigatório, por sua natureza de lei em sentido material, estando excluídos desse rol todos aqueles cujos efeitos sejam nitidamente concretos, como os que extinguem função ou cargo público vago (alínea “b” do inciso VI do art. 84 da Constituição

Federal de 1988) e os que declaram o imóvel de interesse social para fins de reforma agrária (§ 2º do art. 182 da CF) (EREsp 919.274/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe 12.8.2013).

Além do mais, o Apelo Nobre não constitui, como regra, via adequada para julgamento de ofensa a atos normativos secundários produzidos por autoridades administrativas, quando analisados *isoladamente* – sem vinculação direta ou indireta a dispositivos legais federais –, tais como resoluções, circulares, portarias, instruções normativas, atos declaratórios da SRF, provimentos das autarquias, regimentos internos de Tribunais, enunciado de súmula (cf. Súmula 518/STJ) ou notas técnicas. Precedentes do STJ: REsp 88.396, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ de 13.8.1996; AgRg no Ag 573.274, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ de 21.2.2005; REsp 352.963, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 18.4.2005; REsp 784.378, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 5/12/2005; AgRg no Ag 21.337, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, DJ de 3.8.1992; REsp 13.611/RS, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, DJ 25.11.1991, p. 17.074) REsp 169.542/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo, Quarta Turma, DJ 21.9.1998; AgRg no REsp 958.207/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 3.12.2010; AgRg no REsp 1.430.240/RN, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 26.8.2014.

Por conseguinte, para efeito de admissibilidade do Recurso Especial, à luz de consolidada jurisprudência do STJ, o conceito de *lei federal* (art. 105, III, “a”, da CF) compreende tanto atos normativos (de caráter geral e abstrato) produzidos pelo Congresso Nacional (lei complementar, ordinária e delegada), como medidas provisórias e decretos expedidos pelo Presidente da República. Nesse sentido: EDcl no REsp 663.562/RJ, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 7.11.2005 p. 212; REsp 627.977/AL, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 7.12.2006; EREsp 663.562/RJ, Rel. Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, DJ 18.2.2008, p. 21.

Portanto, é possível aferir a legalidade do Decreto 4.552/2002 no STJ, levando-se em consideração que a concessão de passe livre não objetiva apenas beneficiar uma determinada categoria profissional, mas viabilizar o regular exercício da fiscalização do trabalho, concebida como verdadeiro serviço público em defesa do trabalhador. Dessa feita, pode ser afirmado que foi por meio do Decreto 4.552/2002 que se organizou o funcionamento da fiscalização do trabalho em todo o território nacional.

7. Tema que pode igualmente ser debatido no Supremo Tribunal Federal

O presente tema pode voltar a ser debatido, igualmente, no STF, porque também possui matéria constitucional envolvida.

Ora, a Constituição Federal orienta a interpretação não restritiva dos direitos humanos, através de princípios fundamentais que garantem sua aplicação ampla e mais favorável.

São fundamentos e valores constitucionais como dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), igualdade (art. 5º), liberdade (art. 5º), justiça social (arts. 3º, incisos I e III, e 6º), interpretação *pro homine* (art. 3º, inciso IV), universalidade (art. 3º, inciso III), e indivisibilidade (art. 5º), não discriminação (art. 1º, inciso IV), prevalência internacional dos direitos humanos (art. 4º, inciso II).

Assim, a jurisprudência constitucional sustenta o entendimento não restritivo dos direitos humanos, de modo a interpretar os preceitos fundamentais, maximizando a sua proteção e aplicação.

Portanto, no contexto atual, adotando-se a hermenêutica constitucional para conseguir alcançar a *mens legis* da CLT (quando falou em ônibus), deve-se englobar também o pedágio.

Isso porque, quando a Constituição estabelece como seu fundamento os valores sociais do trabalho (art. 1º, inciso IV), demonstra o seu desejo de interpretação da legislação trabalhista de forma efetiva.

A proteção da Constituição Federal aos direitos humanos reflete o avanço da nossa democracia constitucional, garantindo que esses direitos sejam aplicados de maneira a promover a jurisdição social em nosso país.

8. Ratificação de Voto

Em síntese, o eminente Ministro Mauro Campbell Marques defende que o art. 34 do Decreto 4.554/2002 extrapolou o poder regulamentar, com esquite em cinco argumentos:

- a) a CLT autorizou a gratuidade de “transporte”, mas não falou nada sobre o termo “pedágio”;
- b) impossibilidade de utilizar a hermenêutica ampliadora de normas de tutela dos direitos humanos para exorbitância do poder regulamentar;

- c) o Decreto interfere na esfera administrativa do Estado-Membro;
- d) a atividade de outras carreiras de servidores públicos, que defendem o Estado Social de Direito, não são contempladas pelo passe livre;
- e) recomendação de celebração de convênios entre a Administração Pública e as concessionárias para fins de livre passagem dos auditores fiscais.

Permissa venia, ousou divergir, ratificando os fundamentos deste Voto-Vista e trazendo *novos apontamentos*:

Deveras, quanto ao *fundamento “a”* do em. Relator, entende-se que, efetivamente, transporte e pedágio são termos diversos. O § 5º do art. 630 da CLT, ao tratar de gratuidade do “transporte”, reflete o contexto da época da sua promulgação (1967), quando não existia concessão de rodovias no Brasil, máxime necessidade de pagamento de pedágio. Por conseguinte, inexistia possibilidade de prever esse tributo.

Numa interpretação teleológica e contextual, o legislador queria garantir a gratuidade *lato sensu* de toda a locomoção do auditor fiscal. Tanto foi desse modo, que previu o poder regulamentar do Presidente da República para acompanhar o desenvolvimento histórico e franquear a inexigibilidade de novas formas de pagamento (como o pedágio), que viessem a surgir.

Logo, no que tange ao *argumento “b”*, considera-se temerário impor interpretação restritiva ao presente caso — por se tratar de poder regulamentar —, mesmo tendo o em. Relator reconhecido que se trata de norma de salvaguarda dos direitos humanos.

Malgrado o debate acerca da norma regulamentadora ter extrapolado seus limites legais, por vezes, entra em uma zona cinzenta, que só as normas hermenêuticas podem solucionar. E, conseqüentemente, seria inadmissível excluir um dos principais critérios de hermenêutica, qual seja, a interpretação ampliativa para propiciar a efetividade dos direitos humanos.

Atinente ao *ponto “c”*, verifica-se que o Decreto em disceptação, na verdade, versa de organização e funcionamento da Administração Federal. Ora, a União não pode fugir de seu poder de garantir uma das maiores prioridades para um Estado Social de Direito — o combate ao trabalho escravo —, mesmo que, para tanto, toque na atividade dos Estados-Membros. Se assim não fosse, a CLT também não poderia determinar a gratuidade do “transporte”, haja vista que também impactaria nos estados.

Em vista disso, embora tenha que existir o respeito às atribuições e às competências entre os entes federados, no presente caso foi a própria CLT que

definiu a gratuidade para os auditores do trabalho se transportarem, o que deve ser compreendido *lato sensu*, abrangendo o passe livre.

No tocante ao “*item d*”, não se pode querer excluir a franqueabilidade do pedágio aos auditores fiscais, alegando que os demais servidores públicos que têm funções sociais não gozam dessa prerrogativa. É que foi a própria lei (CLT) que previu a gratuidade do transporte *lato sensu* apenas aos auditores fiscais. Por isso, o Decreto explicitou a norma e incluiu o pedágio apenas para os auditores, haja vista que se tratava de expressa e limitada obediência do poder regulamentar.

Se esse argumento prosperasse, poderia se questionar a gratuidade do “transporte” (e não só do pedágio) aos próprios auditores, porquanto os demais servidores tampouco o possuem.

Por fim, relativamente ao *tópico “e”*, compreende-se que impor à Administração a celebração de convênio com as concessionárias para gratuidade do pedágio aos auditores é obrigá-la injustamente a assumir um novo gasto, sem previsão de receitas. Tal possibilidade corresponderia ao Judiciário repassar à União um custo novo fora do orçamento.

Todavia, o valor do custo do pedágio aos auditores, na verdade, deveria estar previsto no contrato de concessão entre Estado-Membro e empresa, porque já havia o Decreto prevendo explicitamente essa obrigação. Se não houve essa previsão no contrato de concessão, não é a União que deve suportar o prejuízo, pois está acobertada expressamente pelo Decreto.

Dessarte, revogar judicialmente o art. 34 do Decreto 4.552/2002, após mais de vinte anos de vigência, é um exemplo de ausência de segurança jurídica que o Judiciário não deve protagonizar.

Dessa feita, com a máxima deferência a quem pensa de modo contrário, ratifica-se o entendimento de que não houve exorbitância do poder regulamentar.

9. Conclusão

Não há falar em ofensa ao princípio da legalidade ou exorbitância do poder regulamentar, porquanto o art. 34 do Decreto 4.552/2002 cuidou tão somente de afastar óbices e assegurar os meios para facilitação da inspeção do trabalho, de forma a dar efetividade aos direitos sociais dos trabalhadores.

Entende-se, dessarte, que o Decreto 4.552/2002 não invadiu área de competência reservada ao Legislativo ao conceder passe livre aos inspetores

fiscais quando, no desempenho de suas atividades institucionais, cruzarem por pedágios e congêneres.

Voto-vista para, com a devida vênia, *divergir do substancioso Voto do em. Ministro Relator, dando provimento ao Recurso Especial.*

É o *Voto.*

RATIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Senhores Ministros, gostaria de fazer umas observações acerca do voto por mim proferido, que estou mantendo.

Na divergência, o eminente Ministro Herman Benjamin traz respeitáveis argumentos para prover o recurso especial da União, defendendo, essencialmente, a inexistência de exorbitância do poder regulamentar no art. 34 do Decreto 4.554/2002, *in verbis*:

Art. 34. As empresas de transportes de qualquer natureza, inclusive as exploradas pela União, Distrito Federal, Estados e Municípios, *bem como as concessionárias de rodovias que cobram pedágio para o trânsito concederão passe livre aos Auditores-Fiscais do Trabalho e aos Agentes de Higiene e Segurança do Trabalho, no território nacional em conformidade com o disposto no art. 630, § 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), mediante a apresentação da Carteira de Identidade Fiscal.*

Parágrafo único. O passe livre a que se refere este artigo abrange a travessia realizada em veículos de transporte aquaviário.

A fim de refutar a tese da exorbitância do poder regulamentar no caso concreto, o judicioso voto-divergente parte do pressuposto de que as normas de tutela material ou voltada à implementação de direitos humanos não podem sofrer interpretação restritiva no atual sistema constitucional, voltada à efetivação do Estado Social de Direito.

Defende, nesses termos, seja empregada *hermenêutica não-restritiva* para, ao fim e ao cabo, levar ao provimento do recurso especial da União e à improcedência dos pedidos formulados na inicial (quais sejam, declaração de inexistência de obrigação do DER/SP de conceder passe-livre aos Auditores-Fiscais do Trabalho e anular os autos de infração aplicados nesse contexto).

À luz dessa hermenêutica, conclui o eminente Ministro Herman Benjamin que não há falar em exorbitância do poder regulamentar, pois “o Decreto

questionado foi editado com o propósito de propiciar meios para que os inspetores do trabalho mais bem desempenhem suas funções, para o exercício do poder de polícia e cumprimento da legislação trabalhista e, mais do que isso, para dar efetividade aos direitos sociais dos trabalhadores”.

Com o máximo respeito à divergência, irei manter o voto que proferi.

Ressalto, em primeiro lugar, que estou integralmente de acordo com a premissa de que normas voltadas à efetivação de direitos humanos não devem sofrer interpretação restritiva.

Ocorre que tal hermenêutica não afasta a configuração da exorbitância do poder regulamentar no caso concreto.

Antes de prosseguir, gostaria de ler novamente os dispositivos que orientaram a edição do decreto em questão:

Lei 10.593/2002

Art. 11. Os ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho têm por atribuições assegurar, em todo o território nacional:

(...)

Parágrafo único. O Poder Executivo regulamentará as atribuições privativas previstas neste artigo, podendo cometer aos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho outras atribuições, desde que compatíveis com atividades de auditoria e fiscalização.

Remuneração das Carreiras Vigente a Partir de 30 de Junho de 1999

CLT

Art. 630. Nenhum agente da inspeção poderá exercer as atribuições do seu cargo sem exibir a carteira de identidade fiscal, devidamente autenticada, fornecida pela autoridade competente. (Redação dada pelo Decreto-Lei n. 229, de 28.2.1967)

(...)

§ 5º - **No território do exercício de sua função, o agente da inspeção gozará de passe livre nas empresas de transportes, públicas ou privadas, mediante a apresentação da carteira de identidade fiscal.** (Incluído pelo Decreto-Lei n. 229, de 28.2.1967 - destaquei)

Como se vê, o dispositivo da CLT trata da utilização de um *meio de transporte* pelo Auditor-Fiscal do trabalho, o que não é o caso do pedágio (que é, a grosso modo, um *meio de geração de receita* para fins de melhorias e manutenção de uma rodovia cuja exploração foi concedida a um particular).

É inequívoco, portanto, que tais ações – *usar o transporte coletivo ou cruzar uma praça de pedágio* –, embora tenham como objetivo final verificar o cumprimento da legislação trabalhista, *são completamente diferentes entre si*.

Se a norma da CLT tivesse sido atualizada de antemão – ou tivesse, originalmente, uma redação mais ampla (não limitada a tratar da utilização de *meios de transporte*) –, talvez não houvesse dificuldades no emprego da técnica hermenêutica para cancelar a legalidade do decreto que prevê passe-livre aos Auditores-Fiscais.

Só que não é o caso, pois, conforme bem examinado pelas instâncias ordinárias, simplesmente *não há espaço* para interpretação extensiva da norma questionada pelo DER/SP.

Por mais relevante que seja, por mais que esteja vinculada aos objetivos da atual ordem constitucional, não se pode usar tal hermenêutica em qualquer circunstância, sob pena de violar indevidamente outros direitos relevantes (e também voltados à efetivação da Justiça Social) e abalar a harmonia do nosso ordenamento jurídico.

Em suma, não vejo como utilizar no caso concreto a defendida hermenêutica não-restritiva de direitos humanos para afastar a configuração de exorbitância do poder regulamentar.

Ademais, conforme bem observado no acórdão recorrido, “A interpretação dada pela apelante [União] de que versa acerca de organização e funcionamento da administração federal não deve prevalecer, *na medida em que a norma interfere na esfera administrativa do Estado-Membro, o que é inadmissível quando ausente supedâneo legal*”.

Tal fundamento não pode ser simplesmente ignorado, pois o que temos no caso concreto são rodovias concedidas pelo Estado de São Paulo à iniciativa privada e indevida interferência da União em contrato administrativo que *não participa*, tendo por resultado, na prática, na diminuição da receita esperada pela concessionária.

São contratos firmados em ambiente submetido à regulação, *por isso deve também o Poder Judiciário se valer do princípio da deferência ao apreciar controvérsias surgidas em tal contexto*.

Por outro lado, a respeito do *reforço argumentativo* – assim enxergo argumentos feitos nessa linha de consideração – de que a atividade do Auditor-Fiscal está voltada ao combate do trabalho escravo, tenho que não são suficientes para autorizar a defendida interpretação extensiva pela União.

Sobre o ponto, tenho que a atividade do Auditor-Fiscal do Trabalho é relevantíssima e merecedora de máximo prestígio, mormente em um país profundamente desigual como o Brasil – no qual, *lamentavelmente*, muitos atores se valem de práticas abusivas e *até criminosas* no que tange às *relações trabalhistas* e ao cumprimento de obrigações tributárias e administrativas em geral.

Ocorre que o pleno exercício do trabalho do Auditor-Fiscal do Trabalho, *felizmente, não depende* de uma interpretação que supere a exorbitância no poder regulamentar para garantir passe-livre nas praças de pedágio.

Também não depende de uma interpretação extensiva o pleno exercício da atividade de inúmeras carreiras de servidores públicos, as quais, ao fim e ao cabo, objetivam combater tudo o que compromete a efetivação do Estado Social do Direito (as dos Servidores da Fundação Nacional dos Povos Indígenas, dos Agentes do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis, dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, dos Policiais Federais, dos Policiais Rodoviários Federais, dos Auditores Federais Fiscais Agropecuários, dentre outras)

Ora, conforme já dito no voto que proferi, *não vejo maiores dificuldades na celebração de convênios entre a administração pública e a concessionária de rodovias para fins de livre passagem de carros oficiais, bem assim de servidores públicos em serviço, trafegando em veículos particulares.*

Tais questões podem (*e devem!*) ser resolvidas no âmbito administrativo, cujas práticas *também precisam evoluir* para a tão almejada efetivação de um Estado de Bem-Estar Social.

É preferível que assim seja, combatendo-se o agravamento da cultura de judicialização que congestionam os nossos tribunais!

Nesses termos, Senhores Ministros, ratifico o voto que já proferi.

VOTO-VOGAL

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Conforme relatado pelo Ministro Mauro Campbell Marques, trata-se de Recurso Especial, interposto pela *União*, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região assim ementado:

Administrativo. Remessa oficial e apelação. Incompetência da Justiça Federal. Não configuração. Conexão. Feito sentenciado. Ausência de nulidade. Ação ordinária. Exigência de passe livre em pedágios do território nacional a Auditor-

Fiscal do Trabalho e aos Agentes de Higiene e Segurança do Trabalho. Art. 34, Dec. Fed. n. 4.552/2002. Ausência de supedâneo legal.

- Não se conhece da remessa oficial, à vista do disposto no artigo 475, § 2º, do CPC/73, vigente à época em que foi proferida a sentença.

- O pleito versa questão relativa à suposta inconstitucionalidade do artigo 34 do Decreto Federal n. 4.552/2002, o qual determina concessão de passe livre em pedágios nas estradas nacionais aos auditores-fiscais do trabalho e agentes de higiene e segurança do trabalho.

- A penalidade indicada nos autos de infração juntados ao presente feito foi aplicada em razão da não concessão de passe livre em pedágio a auditor-fiscal do trabalho e tem fundamento nos artigos 630, § 5º, da CLT e 34 do Decreto Federal n. 4.552/2002. Assim, não procede a alegação de incompetência da Justiça Federal para o julgamento da causa, porquanto o feito não se enquadra no disposto no inciso VII do artigo 114 da CF, como quer fazer crer a apelante, eis que não tem relação com penalidade administrativa imposta ao empregador pelo órgão de fiscalização de trabalho.

- No que tange à alegação de nulidade em razão de conexão, a Súmula n. 235 do STJ (a conexão não determina a reunião de processos, se um deles já foi julgado) e a jurisprudência já assentaram que, quando um processo já foi julgado, não mais se cogita de conexão. Logo, considerado que o presente feito já foi sentenciado, não cabe mais a perquirição acerca da existência de conexão. Destarte não subsiste a preliminar aduzida.

- A tese de que o feito tem identidade de causa de pedir com o mandado de segurança n. 2004.61.08.008246-0 tecnicamente está relacionada ao conceito de litispendência, que também inexistente na espécie, pois conforme consignado pelo juízo *a quo*, na impetração discute-se a possibilidade de recorrer das sanções administrativas aplicadas sem o recolhimento da multa ou de parte dela e, no presente pleito, a causa de pedir se consubstancia na arguição de inconstitucionalidade da norma referida que impôs a multa, em relação à qual se pretende a repetição de indébito.

- O Decreto n. 4.552/2002, que trata do regulamento da inspeção do trabalho, no artigo 34, previu a concessão de passe livre pelas concessionárias de rodovias que cobram pedágio para o trânsito aos auditores-fiscais do trabalho e aos agentes de higiene e segurança, com fundamento no disposto no art. 630, § 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), mediante a apresentação da Carteira de Identidade Fiscal. No entanto, o referido dispositivo da CLT que dá embasamento ao decreto regulamentar não previu o benefício do passe livre nos pedágios cobrados pelas concessionárias de rodovias no território nacional. Portanto, é inviável a exigência de passe livre nos pedágios administrados pela autora, ante a ausência de previsão legal. Consequentemente, as multas aplicadas sob esse fundamento ferem o princípio da legalidade. Assim, está configurada a ilegalidade da citada norma.

- A alegação de que se trata de decreto autônomo não merece subsistir, porquanto a matéria sobre a qual dispõe não está arrolada no artigo 84, inciso V, letras *a* e *b* da CF. A interpretação dada pela apelante de que versa acerca de organização e funcionamento da administração federal não deve prevalecer, na medida em que a norma interfere na esfera administrativa do Estado-Membro, o que é inadmissível quando ausente supedâneo legal.

- A argumentação de que a concessão de passe livre não visa apenas beneficiar uma determinada categoria profissional, mas tão-somente viabilizar o regular exercício da fiscalização do trabalho, não é hábil a validar a norma eivada de ilegalidade. Assim, está claro que a norma regulamentar extrapolou os limites da lei o que não se admite no direito pátrio.

- Remessa oficial não conhecida. Preliminares rejeitadas. Apelação desprovida (fls. 582/584e).

A *União* sustenta, em seu Recurso Especial, ofensa aos arts. 630, § 5º, da CLT, 34 do Decreto 4.552/2002 e 11, parágrafo único, da Lei 10.593/2002. Para tanto, alega, em síntese, que:

(...) deve-se reputar manifestamente infundada a assertiva segundo a qual o artigo 34 do Decreto n. 4.552/2002 padeceria de vício de inconstitucionalidade. De fato, não se pode perder de vista que, a teor do disposto no artigo 84, inciso VI da CF/88, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República tem competência privativa para dispor, mediante decreto, a respeito da organização e funcionamento da administração federal.

Ora, a concessão do passe livre não visa apenas beneficiar uma determinada categoria funcional, mas tão somente viabilizar o regular exercício da fiscalização do trabalho, concebida como verdadeiro serviço público em defesa do trabalhador (fl. 591e).

Iniciado o julgamento, o Relator, Ministro *Mauro Campbell Marques*, proferiu voto, negando provimento ao Recurso Especial.

O Ministro *Herman Benjamin* pediu vista antecipada dos autos e apresenta voto divergindo do Relator, para dar provimento ao Recurso Especial.

Pedindo vênias à divergência, acompanho integralmente o Relator, para negar provimento ao Recurso Especial.

Com efeito, a norma questionada pelo autor da ação, art. 34 do Decreto 4.552/2002, assim prevê:

Art. 34. As empresas de transportes de qualquer natureza, inclusive as exploradas pela União, Distrito Federal, Estados e Municípios, *bem como as*

concessionárias de rodovias que cobram pedágio para o trânsito concederão passe livre aos Auditores-Fiscais do Trabalho e aos Agentes de Higiene e Segurança do Trabalho, no território nacional em conformidade com o disposto no art. 630, § 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), mediante a apresentação da Carteira de Identidade Fiscal.

Parágrafo único. O passe livre a que se refere este artigo abrange a travessia realizada em veículos de transporte aquaviário.

No entanto, o art. 630, § 5º, da CLT prevê, apenas, que:

Art. 630. Nenhum agente da inspeção poderá exercer as atribuições do seu cargo sem exibir a carteira de identidade fiscal, devidamente autenticada, fornecida pela autoridade competente.

§ 5º - No território do exercício de sua função, o agente da inspeção gozará de passe livre nas empresas de transportes, públicas ou privadas, mediante a apresentação da carteira de identidade fiscal.

Nesse contexto, tal como decidido pelas instâncias ordinárias e destacado no voto do Relator:

(...) sob pena de cancelar indevida exorbitância do poder regulamentar, mostra-se descabida interpretação extensiva que iguale passe livre nas empresas de transporte com livre passagem nas praças de pedágios.

Tais ações – usar o transporte coletivo ou cruzar uma praça de pedágio –, embora tenham como objetivo final verificar o cumprimento da legislação trabalhista, são completamente diferentes entre si.

Além disso, entendo que o art. 11, parágrafo único, da Lei 10.593/2002, citado pelo Ministro *Herman Benjamin* também não possui comando apto a validar a legalidade do Decreto impugnado. Com efeito, referido dispositivo legal contém a seguinte redação:

Art. 11. Os ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho têm por atribuições assegurar, em todo o território nacional:

I - o cumprimento de disposições legais e regulamentares, inclusive as relacionadas à segurança e à medicina do trabalho, no âmbito das relações de trabalho e de emprego;

II - a verificação dos registros em Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, visando a redução dos índices de informalidade;

III - a verificação do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, objetivando maximizar os índices de arrecadação;

IV - o cumprimento de acordos, convenções e contratos coletivos de trabalho celebrados entre empregados e empregadores;

V - o respeito aos acordos, tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil seja signatário;

VI - a lavratura de auto de apreensão e guarda de documentos, materiais, livros e assemelhados, para verificação da existência de fraude e irregularidades, bem como o exame da contabilidade das empresas, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 17 e 18 do Código Comercial.

VII - a verificação do recolhimento e a constituição e o lançamento dos créditos decorrentes da cota-parte da contribuição sindical urbana e rural. Parágrafo único. *O Poder Executivo regulamentará as atribuições privativas previstas neste artigo, podendo cometer aos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho outras atribuições, desde que compatíveis com atividades de auditoria e fiscalização.*

Assim, penso que o referido dispositivo legal, ao prever, genericamente, que o Poder Executivo irá regulamentar as atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho, não contém comando apto a impor a concessão, pelas “*concessionárias de rodovias que cobram pedágio para o trânsito*”, “*passé livre aos Auditores-Fiscais do Trabalho e aos Agentes de Higiene e Segurança do Trabalho*”.

Igualmente, penso ser inaplicável ao caso, *data venia*, o art. 11, *b*, da Convenção 81 da OIT, como afirma o Ministro *Herman Benjamin*. Com efeito, tal diploma prevê que:

Art. 11 - *A autoridade competente tomará as medidas necessárias no sentido de fornecer aos inspetores de trabalho:*

b) *facilidades de transporte necessário ao exercício de suas funções quando não existirem facilidades de transporte apropriado. A autoridade competente tomará as medidas necessárias no sentido de indenizar os inspetores de trabalho de todas as despesas acessórias necessárias ao exercício de suas funções.*

Com efeito, trata-se de comando dirigido à autoridade competente, que deverá promover as medidas necessárias no sentido de fornecer aos inspetores de trabalho “*facilidades de transporte*”, seja editando leis concedendo o pretendido *passé livre* ou tomando “*as medidas necessárias no sentido de indenizar os inspetores de trabalho de todas as despesas acessórias necessárias ao exercício de suas funções*”.

Quanto ao ponto, oportuna a observação contida no voto do Relator, no sentido de que:

(...) não se antevê dificuldades para a Administração Pública firmar convênio com as empresas que exploram rodovias concedidas para que permitam livre

passagem aos veículos de serviço destinados à fiscalização do cumprimento da legislação trabalhista; ou então, indenizar o Auditor-Fiscal que eventualmente tenha que usar veículo particular passar por praças de pedágio no exercício de seu cargo, mediante procedimento administrativo de baixa complexidade.

Ante o exposto, sem embargo da importância do trabalho executado pelos Auditores do Trabalho, peço a mais respeitosa vênua à divergência e acompanho o Relator, Ministro *Mauro Campbell Marques*, para negar provimento ao Recurso Especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.902.438-DF (2020/0278890-5)

Relator: Ministro Afrânio Vilela

Recorrente: Durval Barbosa Rodrigues

Advogados: Margareth Maria de Almeida - DF018812

Dante Teixeira Maciel Junior - DF032268

Recorrido: Distrito Federal

Procurador: Gustavo Assis de Oliveira e outro(s) - DF018489

EMENTA

Recurso especial. Improbidade administrativa. Sentença transitada em julgada com imposição da sanção de perda da função pública. Cumprimento de sentença. Conversão em cassação de aposentadoria. Impossibilidade. Precedentes do STJ. Recurso especial conhecido e provido.

1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento dos EREsp 1.496.347/ES, Rel. p/ acórdão Ministro Benedito Gonçalves, firmou entendimento no sentido de que, “na esfera judicial, a apuração de atos de improbidade encontra-se regida especificamente pela Lei Federal n. 8.429/92, cujas sanções encontram-se previstas, taxativamente,

no art. 12, incisos I a III. A Lei Federal n. 8.429/92 é lei especial e posterior à Lei n. 8.112/90, disciplinando, especificamente, ‘as sanções aplicáveis aos agentes públicos’ que incorram nos atos de improbidade ali previstos (grifou-se). Portanto, no âmbito da persecução cível por meio de processo judicial, e por força do princípio da legalidade estrita em matéria de direito sancionador, as sanções aplicáveis limitam-se àquelas previstas pelo legislador ordinário, não cabendo ao Judiciário estendê-las ou criar novas punições, sob pena, inclusive, de violação ao princípio da separação dos poderes”, de modo que “falece competência à autoridade judicial para impor a sanção de cassação de aposentadoria, pela prática de ato de improbidade administrativa”. Nesse sentido: AgInt no AREsp 1.391.197/RJ, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 14/9/2021; AgInt no AgInt no REsp 1.941.701/SC, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 12/8/2022; AgInt nos EDcl no REsp 1.910.104/DF, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 10/9/2021.

2. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, viola “a coisa julgada a decisão que, em cumprimento de sentença de ação de improbidade administrativa, determina conversão da pena de perda da função pública em cassação de aposentadoria, por ausência de previsão no título executivo” (AgInt no AREsp 861.767/SP, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 26/8/2016). Nesse sentido: AgInt no AgInt no REsp 1.941.701/SC, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 12/8/2022; AgInt no REsp 1.521.182/SC, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 21/8/2019; AgInt no REsp 1.496.347/ES, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 09/8/2018; AgInt no REsp 1.626.456/PR, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 23/5/2017.

3. No caso, conforme exposto no acórdão recorrido, a sentença, transitada em julgado em 27/1/2015, impôs ao recorrente apenas a sanção de perda da função pública. Assim, na linha da jurisprudência do STJ, indevida conversão da sanção imposta em cassação de aposentadoria quando do cumprimento da sentença.

4. Recurso Especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2024 (data do julgamento).

Ministro Afrânio Vilela, Relator

DJe 22.2.2024

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Afrânio Vilela: Em análise, Recurso Especial interposto por *Durval Barbosa Rodrigues* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, assim ementado:

Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Agente público. Lei 8.429/1992. Perda da função pública. Cassação da aposentadoria concedida ao agente ímprobo. Possibilidade. Desdobramento lógico. Recurso conhecido e provido. Decisão reformada.

1. Apenas é possível a imposição de sanções por improbidade administrativa se comprovado que o agente agiu de forma ilícita e consciente da violação de preceito da Administração Pública, motivado por má fé, desonestidade ou falta de probidade e, em caso de prejuízo erário, ao menos com culpa grave.

2. Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, nas hipóteses em que a aposentadoria se dá antes do trânsito em julgado de sentença condenatória na ação de improbidade administrativa, a cassação da aposentadoria afigura-se perfeitamente cabível, por se tratar de decorrência lógica da condenação à pena de perda da função pública. Precedentes.

3. Ao contrário do afirmado na decisão agravada, nos autos do processo 2007.01.1.01.20462 APO, este relator proferiu julgamento no mesmo sentido, em que pese tendo proferido voto vencido, ao contrário do que tenta fazer crer o prolator da decisão agravada.

4. Recurso conhecido e provido. Decisão reformada (fl. 152e).

No acórdão objeto do Recurso Especial, o Tribunal de origem deu provimento ao Agravo de Instrumento interposto pelo *Distrito Federal* contra

decisão que, nos autos de cumprimento de sentença que condenara o recorrente pela prática de atos de improbidade administrativa, acolheu a impugnação para manter sua aposentadoria no cargo de Delegado da Polícia Civil.

Opostos Embargos de Declaração, foram rejeitados pelo acórdão de fls. 247-255 e-STJ.

O recorrente sustenta, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos arts. 12, II, da Lei 8.429/92 e 322 e 503 do CPC/2015. Para tanto, alega, em síntese, que “a norma contida no inciso II do artigo 12 é dirigida expressamente a quem ocupa função pública, o que não é o caso do autor, considerando ser, ao tempo do trânsito em julgado, aposentado”.

Aduz que, tendo “demonstrado que a função que exercia ao tempo do ato era em empresa estatal, não se pode vincular àquela que exerceu e já se aposentou, diversa da originária, não estando então ocupando qualquer cargo público, razão pela qual o decidido pela 1ª Turma Cível do *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios* extrapola o comando da sentença transitada em julgado, razão pela qual há de ser declarado o acórdão nulo de pleno direito”.

Ao final, requer que seja o Recurso Especial conhecido e provido, “para que seja reformado o acórdão de id. 13917365, integrado pelo acórdão de id. 15432129, proferidos pela 1ª Turma Cível do *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios*, que decretou a cassação de aposentadoria do recorrente, mantendo-se sua aposentação da forma atual”.

O *Distrito Federal* apresentou contrarrazões ao Recurso Especial (e-STJ, fls. 6.862-6.874).

O Recurso Especial foi admitido pelo Tribunal de origem.

O Ministério Público Federal, pela Subprocuradora-Geral da República Maria Caetana Cintra Santos, opina pelo não provimento do Recurso Especial (e-STJ, fls. 6.894-6.900).

O recorrente apresentou petição, alegando que, com a superveniência da Lei 14.230/2021, que deu nova redação ao parágrafo primeiro do artigo 12 da Lei 8.429/92, “a aposentadoria como Delegado de Polícia não pode ser afetada por ato praticado em outra função pública” (e-STJ, fl. 6.909).

O *Ministério Público Federal*, em nova manifestação, opinou “pelo provimento do recurso para excluir a penalidade de cassação da aposentadoria do réu” (e-STJ, fl. 6.945).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Afrânio Vilela (Relator): A pretensão merece acolhida.

Conforme relatado, o *Distrito Federal* interpôs Agravo de Instrumento contra decisão que, nos autos de cumprimento de sentença que condenara o recorrente pela prática de atos de improbidade administrativa, acolheu a impugnação para manter sua aposentadoria no cargo de Delegado da Polícia Civil.

No acórdão objeto do Recurso Especial, o Tribunal de origem deu provimento ao Agravo de Instrumento, com base na seguinte fundamentação:

Na origem, trata-se de Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa proposta em desfavor de José Gomes Pinheiro Neto, Ricardo Lima Espíndola, *Durval Barbosa Rodrigues*, ora agravado, Instituto Candango de Solidariedade - ICS e Lázaro Severo Rocha buscando a responsabilização pelos prejuízos suportados pela *Companhia de Desenvolvimento do Planalto Central - Codeplan* em razão do Contrato de Gestão n. 23/2004, firmado com dispensa indevida de licitação.

A *r. sentença julgou procedentes os pedidos para condenar os requeridos: (i) ao pagamento solidário do prejuízo suportado pela Codeplan, no valor de R\$ 3.859.188,67 (três milhões oitocentos e cinquenta e nove mil cento e oitenta e oito reais e sessenta e sete centavos) com correção monetária pelo INPC e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar do desembolso; (ii) suspensão dos seus direitos políticos pelo prazo de 8 (oito) anos; (iii) a condenação do 1º, 2º e 3º a requerido a perda da função pública; (iv) o pagamento solidário de multa civil na quantia de R\$ 7.718.377,34 (sete milhões setecentos e dezoito mil trezentos e setenta e sete reais e trinta e quatro centavos) com correção monetária pelo INPC e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar da prolação desta sentença; (v) proibição dos réus de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócia-majoritária, pelo prazo de 5 (cinco) anos.*

A sentença foi confirmada pelo e. TJDF em sede de recurso de apelação e transitou em julgado em 27.01.2015.

[...]

Portanto, tenho que está plenamente justificada a aplicação da pena de ao perda da função pública agravado, cuja conduta ímproba revelou-se altamente gravosa aos interesses públicos.

Nesse contexto, a consequência não pode ser outra senão a aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade ao agravado, impondo-se o acolhimento da pretensão do ente federado ora agravante, porque encontra razão quanto aos fundamentos fáticos e jurídicos sustentados na demanda, e se ampara em expressa previsão legal, conforme os termos do art. 12 da Lei 8.429/92.

Não obstante, tendo em vista que a penalidade de perda da função pública tem o escopo de fazer cessar o vínculo jurídico do agente ímprobo com a Administração, entendo que a consequência lógica dessa sanção é a cassação do ato que concedeu a aposentadoria do servidor.

Não faria sentido admitir-se a continuidade do vínculo jurídico-administrativo do agente com o Poder Público em face da superveniência do ato de aposentação no curso do processo de improbidade pelo só fato de o julgado condenatório pelo ato de improbidade ter se verificado após a inativação do agente.

Ocorre que, conforme destacado no parecer do Ministério Público Federal (e-STJ, fls. 6.943-6.946), a Primeira Seção do STJ, no julgamento dos EREsp 1.496.347/ES, Rel. p/ acórdão Ministro Benedito Gonçalves, firmou entendimento no sentido de que, “na esfera judicial, a apuração de atos de improbidade encontra-se regida especificamente pela Lei Federal n. 8.429/92, cujas sanções encontram-se previstas, taxativamente, no art. 12, incisos I a III. A Lei Federal n. 8.429/92 é lei especial e posterior à Lei n. 8.112/90, disciplinando, especificamente, ‘as sanções aplicáveis aos agentes públicos’ que incorram nos atos de improbidade ali previstos (grifou-se). Portanto, no âmbito da persecução cível por meio de processo judicial, e por força do princípio da legalidade estrita em matéria de direito sancionador, as sanções aplicáveis limitam-se àquelas previstas pelo legislador ordinário, não cabendo ao Judiciário estendê-las ou criar novas punições, sob pena, inclusive, de violação ao princípio da separação dos poderes”, de modo que “falece competência à autoridade judicial para impor a sanção de cassação de aposentadoria, pela prática de ato de improbidade administrativa”. Nesse sentido: AgInt no AREsp 1.391.197/RJ, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 14/9/2021; AgInt no AgInt no REsp 1.941.701/SC, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 12/8/2022; AgInt nos EDcl no REsp 1.910.104/DF, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 10/9/2021.

Além disso, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, viola “a coisa julgada a decisão que, em cumprimento de sentença de ação de improbidade administrativa, determina conversão da pena de perda da função pública em cassação de aposentadoria, por ausência de previsão no título executivo” (AgInt no AREsp 861.767/SP, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 26/8/2016). Nesse sentido: AgInt no AgInt no REsp 1.941.701/SC, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 12/8/2022; AgInt no REsp 1.521.182/SC, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 21/8/2019; AgInt no REsp 1.496.347/

ES, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 09/8/2018; AgInt no REsp 1.626.456/PR, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 23/5/2017.

No caso, conforme exposto no acórdão recorrido, a sentença, transitada em julgado em 27/1/2015, impôs ao recorrente apenas a sanção de perda da função pública. Assim, na linha dos precedentes citados acima, indevida conversão da sanção imposta em cassação de aposentadoria quando do cumprimento da sentença.

Isso posto, conheço do Recurso Especial e dou-lhe provimento, para restabelecer, reformando o acórdão recorrido, a decisão que acolheu a impugnação ao cumprimento de sentença (e-STJ, fls. 13-18) para manter a aposentadoria do recorrente.

RECURSO ESPECIAL N. 1.989.778-MT (2022/0065351-0)

Relatora: Ministra Assusete Magalhães

Recorrente: Ministerio Publico do Estado de Mato Grosso

Recorrido: Fabiano Nichele

Advogado: Rogério Ferreira da Silva - MT007868A

EMENTA

Ambiental e Civil. Ação civil pública. Desmatamento de floresta nativa do Bioma Amazônico. Indenização por danos morais coletivos. Ausência de perturbação à paz social ou de impactos relevantes sobre a comunidade local. Irrelevância. Precedentes do STJ. Significativo desmatamento de área objeto de especial proteção. Infração que, no caso, causa, por si, lesão extrapatrimonial coletiva. Cabimento de reparação por dano moral coletivo. Recurso especial conhecido e provido.

I. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública, proposta pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso, em decorrência do

desmatamento de floresta nativa do Bioma Amazônico, objetivando impor, ao requerido, as obrigações de recompor o meio ambiente degradado e de não mais desmatar as áreas de floresta do seu imóvel, bem como a sua condenação ao pagamento de indenização por danos materiais e por dano moral coletivo.

II. O Juízo de 1º Grau julgou parcialmente procedentes os pedidos, “para condenar o requerido à recomposição do meio degradado, apresentando *Prade* junto ao órgão competente, no prazo de 60 dias, sob pena de conversão em multa pecuniária”, bem como para lhe impor a obrigação de não desmatar.

III. O Tribunal de origem deu parcial provimento à Apelação do Ministério Público, por reconhecer, além das já impostas obrigações de fazer e de não fazer, a exigibilidade da obrigação de indenizar os “danos materiais decorrentes do impedimento da recomposição natural da área”. Contudo, rejeitou a pretensão de indenização por dano moral coletivo.

IV. À luz do que decidido pelo acórdão recorrido, cumpre asseverar que, ao contrário do que ora se sustenta, não houve violação aos arts. 489, § 1º, IV, e 1.022 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. Com efeito, “a solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015” (STJ, REsp 1.829.231/PB, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Segunda Turma*, DJe de 01/12/2020).

V. Não se sustenta o fundamento adotado pelo Juízo *a quo* de que, no caso, não seria possível reconhecer o dano moral, porque, para isso, seria necessário que a lesão ambiental “desborde os limites da tolerabilidade”. Isso porque, na situação sob exame, também se consignou, no acórdão recorrido, que houve “desmatamento e exploração madeireira sem a indispensável licença ou autorização do órgão ambiental competente”, conduta que “tem ocasionado danos ambientais no local, comprometendo a qualidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

VI. Constatando-se que, por meio de desmatamento não autorizado, causaram-se danos à qualidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado, não tem pertinência, para a solução da causa, o chamado princípio da tolerabilidade, construção que se embasa, precisamente, na distinção feita pela legislação ambiental entre, de um lado, impacto ambiental – alteração do meio ambiente, benéfica ou adversa (Resolução *Conama* 001/86, arts. 1º e 6º, II) – e, de outro, degradação e poluição (Lei 6.938/81, art. 3º, II e III). Como esclarece a doutrina especializada: “de um modo geral as concentrações populacionais, as indústrias, o comércio, os veículos, a agricultura e a pecuária produzem alterações no meio ambiente, as quais somente devem ser contidas e controladas, quando se tornam intoleráveis e prejudiciais à comunidade, caracterizando poluição reprimível. Para tanto, a necessidade de prévia fixação técnica dos índices de tolerabilidade, dos padrões admissíveis de alterabilidade de cada ambiente, para cada atividade poluidora” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Proteção Ambiental e Ação Civil Pública*. Revista dos Tribunais n. 611, São Paulo: RT, 1986, p. 11). Especificamente quanto ao dano moral decorrente de ato lesivo ao meio ambiente, “há que se considerar como suficiente para a comprovação do dano extrapatrimonial a prova do fato lesivo – intolerável – ao meio ambiente. Assim, diante das próprias evidências fáticas da degradação ambiental intolerável, deve-se presumir a violação ao ideal coletivo relacionado à proteção ambiental e, logo, o desrespeito ao direito humano fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” (LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental, do individual ao coletivo extrapatrimonial*. Teoria e prática. 5ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 288).

VII. Assim, constatado o dano ambiental – e não mero impacto negativo decorrente de atividade regular, que, por si só, já exigiria medidas mitigatórias ou compensatórias –, incide a Súmula 629/STJ: “Quanto ao dano ambiental, é admitida a condenação do réu à obrigação de fazer ou à de não fazer cumulada com a de indenizar”. Trata-se de entendimento consolidado que, ao amparo do art. 225, § 3º, da Constituição Federal e do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81, “reconhece a necessidade de reparação integral da lesão causada ao meio ambiente, permitindo a cumulação das obrigações de fazer, não fazer e de indenizar, inclusive quanto aos danos morais coletivos” (STJ,

EREsp 1.410.0698/MG, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Mais Filho*, *Primeira Seção*, DJe de 03/12/2018).

VIII. Afirmou o Tribunal de origem, ainda, que o reconhecimento do dano moral exige ilícito que venha a “causar intranquilidade social ou alterações relevantes à coletividade local”. Contra essa compreensão, tem-se entendido no STJ – quanto às lesões extrapatrimoniais em geral – que “é remansosa a jurisprudência deste Tribunal Superior no sentido de que o dano moral coletivo é aferível *in re ipsa*, dispensando a demonstração de prejuízos concretos e de aspectos de ordem subjetiva. O referido dano será decorrente do próprio fato apontado como violador dos direitos coletivos e difusos, por essência, de natureza extrapatrimonial, sendo o fato, por si mesmo, passível de avaliação objetiva quanto a ter ou não aptidão para caracterizar o prejuízo moral coletivo, este sim nitidamente subjetivo e insindicável” (EREsp 1.342.846/RS, Rel. Ministro *Raul Araújo*, *Corte Especial*, DJe de 03/08/2021).

IX. Segundo essa orientação, a finalidade do instituto é viabilizar a tutela de direitos insuscetíveis de apreciação econômica, cuja violação não se pode deixar sem resposta do Judiciário, ainda quando não produzam desdobramentos de ordem material. Por isso, quanto aos danos morais ambientais, a jurisprudência adota posição semelhante: “No caso, o dano moral coletivo surge diretamente da ofensa ao direito ao meio ambiente equilibrado. Em determinadas hipóteses, reconhece-se que o dano moral decorre da simples violação do bem jurídico tutelado, sendo configurado pela ofensa aos valores da pessoa humana. Prescinde-se, no caso, da dor ou padecimento (que são consequência ou resultado da violação)” (STJ, REsp 1.410.698/MG, Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Segunda Turma*, DJe de 30/06/2015). E ainda: “Confirma-se a existência do ‘dano moral coletivo’ em razão de ofensa a direitos coletivos ou difusos de caráter extrapatrimonial – consumidor, ambiental, ordem urbanística, entre outros –, podendo-se afirmar que o caso em comento é de dano moral *in re ipsa*, ou seja, deriva do fato por si só” (STJ, AgInt no REsp 1.701.573/PE, Rel. Ministro *Francisco Falcão*, *Segunda Turma*, DJe de 02/09/2019). Na mesma direção: STJ, REsp 1.642.723/RS, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Segunda Turma*, DJe de 25/05/2020; REsp 1.745.033/RS, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Segunda Turma*, DJe de 17/12/2021.

X. No que se refere à inexistência de “situação fática excepcional” – expressão também usada no acórdão recorrido –, trata-se de requisito que, de igual forma, contraria precedente do STJ, também formado em matéria ambiental: “Os danos morais coletivos são presumidos. É inviável a exigência de elementos materiais específicos e pontuais para sua configuração. A configuração dessa espécie de dano depende da verificação de aspectos objetivos da causa” (REsp 1.940.030/SP, Rel. Ministro *Og Fernandes*, *Segunda Turma*, DJe de 06/09/2022). Na mesma direção, a doutrina ensina que os impactos materiais ou incômodos sobre a comunidade constituem, em verdade, dano da natureza patrimonial: “O dano ambiental patrimonial é aquele que repercute sobre o próprio bem ambiental, isto é, o meio ecologicamente equilibrado, relacionando-se à sua possível restituição ao status quo ante, compensação ou indenização. A diminuição da qualidade de vida da população, o desequilíbrio ecológico, o comprometimento de um determinado espaço protegido, os incômodos físicos ou lesões à saúde e tantos outros constituem lesões ao patrimônio ambiental” (MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 9. ed. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 326).

XI. Dessa forma, a jurisprudência dominante no STJ tem reiterado que, para a verificação do dano moral coletivo ambiental, é “desnecessária a demonstração de que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado”, pois “o dano ao meio ambiente, por ser bem público, gera repercussão geral, impondo conscientização coletiva à sua reparação, a fim de resguardar o direito das futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado” (REsp 1.269.494/MG, Rel. Ministra *Eliana Calmon*, *Segunda Turma*, DJe de 01/10/2013).

XII. Nesse sentido, há precedentes no STJ reconhecendo que a prática do desmatamento, em situações como a dos autos, pode ensejar dano moral: “Quem ilegalmente desmata, ou deixa que desmatem, floresta ou vegetação nativa responde objetivamente pela completa recuperação da área degradada, sem prejuízo do pagamento de indenização pelos danos, inclusive morais, que tenha causado” (REsp 1.058.222/SP, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, DJe de 04/05/2011). Adotando a mesma orientação: REsp 1.198.727/MG, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Segunda Turma*, DJe de 09/05/2013. Consigne-se, ainda, a existência das seguintes decisões monocráticas, transitadas

em julgado, que resultaram no provimento de Recurso Especial contra acórdão, também do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, que adotou a mesma fundamentação sob exame: REsp 2.040.593/MT, Rel. Ministro *Francisco Falcão*, DJe de 07/03/2023; AREsp 2.216.835/MT, Rel. Ministro *Francisco Falcão*, DJe de 02/02/2023.

XIII. Por fim, anote-se que, no caso, o ilícito sob exame não pode ser considerado de menor importância, uma vez que, consoante o acórdão recorrido, houve “exploração de 15,467 hectares de floresta nativa, objeto de especial preservação, na região amazônica, na Fazenda Chaleira Preta, com exploração madeireira e abertura de ramais, sem autorização do órgão ambiental competente”. Constatando esses fatos, o Tribunal *a quo* reconheceu, ainda, a provável impossibilidade de recuperação integral da área degradada.

XIV. Recurso Especial conhecido e provido, para reconhecer a ocorrência de dano moral coletivo no caso, com determinação de retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que, à luz das circunstâncias que entender relevantes, quantifique a indenização respectiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

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

Ministra Assusete Magalhães, Relatora

DJe 22.9.2023

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, *a*, da CF/88, contra acórdão assim ementado:

Apelação cível. Ação civil pública ambiental. Supressão de floresta nativa objeto de especial preservação, na Região Amazônica, sem autorização ou licença do órgão ambiental. Condenação em obrigação de fazer e não fazer. Recomposição da área degradada. Possibilidade. Danos materiais. Devidos. Dano moral coletivo. Não evidenciado. Recurso parcialmente provido.

Nas demandas ambientais, por força dos princípios do poluidor-pagador e da reparação in integrum, admite-se a condenação do infrator, simultânea e agregadamente, em obrigação de fazer, não fazer e indenizar por se tratar de obrigação cumulativa ou conjuntiva, por isso, é perfeitamente possível a condenação na obrigação de recuperar in natura a área degradada, com a indenização pecuniária.

A caracterização do dano moral coletivo, em razão de dano ao meio ambiente, requer a demonstração de que o fato transgressor, ultrapasse a esfera individual do agente, e ultrapasse os limites da tolerabilidade a ponto de produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na comunidade local, situação não visualizada na espécie (fl. 251e).

Opostos Embargos de Declaração, pelo Ministério Público do Estado do Mato Grosso (fls. 289/305e), foram eles rejeitados, tendo a decisão recebido a seguinte ementa:

Embargos de declaração. Apelação cível. Supressão de floresta nativa objeto de especial preservação, na Região Amazônica, sem autorização ou licença do órgão ambiental. Condenação em obrigação de fazer e não fazer e ao pagamento de danos materiais. Devidos. Dano moral coletivo. Não evidenciado. Omissão, contradição ou obscuridade não verificada. Mero inconformismo. Rediscussão da matéria. Impossibilidade. Inexistência dos requisitos do art. 1.022 do Código de Processo Civil. Prequestionamento. Desnecessidade de discorrer sobre todas as teses e dispositivos legais invocados pelas partes. Embargos rejeitados.

A interposição de embargos de declaração somente se justifica quando a decisão recorrida estiver maculada por obscuridade, omissão, contradição ou contiver erro material. Inteligência do art. 1.022 do CPC.

Se os argumentos do embargante denotam mero inconformismo com o que foi julgado e rediscussão da matéria, não são os embargos de declaração via adequada para esses fins.

Para a configuração do dano moral coletivo em matéria ambiental se mostra necessário que o fato transgressor seja de razoável significância e gravidade para a coletividade, situação não visualizada na espécie.

O prequestionamento para a interposição de recurso especial ou extraordinário é dispensável, porque não há necessidade do órgão colegiado citar os dispositivos usados, desde que o Acórdão aprecie integralmente a questão trazida ao feito, com a devida fundamentação (fls. 441/442e).

No Recurso Especial aponta-se ofensa aos arts. 489, § 1º, IV, e 1.022, II, parágrafo único, II, do CPC/2015, ao art. 1º, I, da Lei 7.347/85 e aos arts. 4º, VII, e 14, § 1º, da Lei 6.938/81.

Alega a parte recorrente:

3. Da negativa de vigência aos artigos 489, § 1º, inciso IV, e 1.022, inciso II, parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Civil.

(...)

Identificando manifesta omissão na fundamentação do acórdão que proveu parcialmente a apelação, o Ministério Público do Estado de Mato Grosso opôs embargos de declaração, destacando que o Tribunal a quo, olvidou-se do entendimento de que o dano moral coletivo é aferível in re ipsa.

Além disso, ressaltou que o pedido de condenação por danos morais coletivos está amparado nas disposições contidas nos artigos 4º, inciso VII e 14, § 1º da Lei 6.938/81 e artigo 1º da Lei n. 7.347/85 e que da leitura conjunta desses dispositivos, conclui-se que existindo dano ambiental, há o dever de repará-lo integralmente. Assim, além da reparação dos danos materiais, tem-se que a condenação por danos morais coletivos também se faz necessária.

Nesse toar, os embargos registraram que a jurisprudência do STJ é firme no sentido do cabimento da condenação por danos morais coletivos em sede de ação civil pública, sendo inclusive aferível in re ipsa, ou seja, sua configuração decorre de mera constatação da prática de conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade, sendo dispensável a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral.

Contudo, o Tribunal de origem ao julgar os embargos de declaração, assim consignou os seus fundamentos:

(...)

É exatamente nesse ponto que persiste a omissão, pois o Tribunal local, com argumentos genéricos, decidiu pela ausência de vício no acórdão embargado.

Nesse ponto, cabe registrar que o v. acórdão se omitiu quanto a tese de que a responsabilização do agente pela reparação do dano moral coletivo se opera por simples violação ao bem jurídico tutelado, qual seja, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo concreto.

Indubitavelmente, o desmate de cerca de 15,467 hectares de floresta nativa, objeto de especial preservação, na região amazônica, com exploração de madeira e abertura de ramais, sem qualquer autorização ou licença do órgão ambiental responsável, ocasionou dano extrapatrimonial in re ipsa por estar vinculado à própria existência do fato ilícito, qual seja, a poluição do meio ambiente que pertence a coletividade.

Diante deste cenário processual, é evidente que persiste a omissão apontada nos aclaratórios e ignorada pelo Tribunal local.

Destarte, constata-se que os aclaratórios foram equivocadamente rejeitados, ao argumento da inocorrência do vício apontado, o que evidencia explícita contrariedade aos artigos 489, § 2º e 1.022, inciso II, do Código de Processo Civil.

Por certo, não se desconhece o entendimento jurisprudencial sobre a prescindibilidade de manifestação jurisdicional sobre todas as alegações das partes, todavia, o acórdão proferido no julgamento dos aclaratórios projeta verdadeira negativa de prestação jurisdicional.

Portanto, insistimos na argumentação de que não pode subsistir o v. acórdão recorrido, notadamente diante da evidência do vício apontado (omissão), cujo saneamento se mostra imprescindível para o desfecho adequado do litígio em análise.

Tal circunstância faz eclodir a comezinha lição de que quando o Tribunal rejeita embargos de declaração, na hipótese em que deveria acolhê-los e, por isso, o vício permanece, cabe a interposição de recurso especial com fundamento na ofensa ao artigo 1.022 do Código de Processo Civil, tal como na presente hipótese.

A respeito, incontáveis são os acórdãos do Tribunal da Cidadania no sentido da admissão e provimento do recurso especial em casos como o da espécie. A exemplificar, eis o precedente:

(...)

Assim, impõe-se submeter a esta Colenda Corte o presente recurso especial, da qual se espera, e desde logo se requer o conhecimento e provimento, a efeito de anular o acórdão recorrido por ofensa aos artigos 489, parágrafo 2º e 1.022, inciso II, ambos do CPC, para que outro seja proferido com estrita observância ao diploma processual civil e à legislação especializada em vigor.

4. Da negativa de vigência ao artigo 1º, inciso I, da Lei n. 7.347/85, e artigos 4º, inciso VII e 14, § 1º, ambos da Lei n. 6.938/81

Caso venha a ser superado o primeiro argumento de mérito deste recurso especial e afastada a tese de deficiência da prestação jurisdicional, melhor sorte não socorre ao *decisum* atacado, pois a sua disposição *também viola ao artigo 1º, inciso I da Lei n. 7.347/85, e artigos 4º, inciso VII e 14, § 1º da Lei n. 6.938/81*, que rogam:

Lei n. 7.347/85

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente;

Lei n. 6.938/81

Art. 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

(...)

VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

(...)

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Conforme já relatado, na origem trata-se de recurso de apelação cível interposto pelo Ministério Público de Mato Grosso contra sentença prolatada pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Nova Ubiratã/MT que, nos autos da Ação Civil Pública n. 0001015-40.2013.811.0107, ajuizada pelo Parquet, julgou parcialmente procedentes os pedidos postulados na inicial, condenando Fabiano Nichele à recomposição do meio ambiente degradado e a apresentação de **Prade** junto ao órgão competente, bem como à obrigação de abster-se de desmatar.

Nas razões recursais apresentadas, arguiu o Ministério Público que o juízo a quo, apesar de expressamente reconhecer a existência de dano ambiental, deixou de fixar a indenização pelos danos materiais sofridos, bem como entendeu não ser caso de fixação de indenização pelo dano moral difuso.

Todavia, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso de apelação, refutando a condenação por dano moral coletivo, ao seguinte fundamento:

(...)

No presente caso, a ação civil pública foi proposta em face do recorrido pelo desmate de cerca de 15,467 hectares de floresta nativa, objeto de especial preservação, na região amazônica, com exploração de madeira e abertura de ramais, sem qualquer autorização ou licença do órgão ambiental responsável.

É sabido que o meio ambiente é o bem coletivo cuja dimensão mais relevante não é a econômica, mas sim a extrapatrimonial, sendo indiscutível a sua importância para a vida da humanidade.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado garante a sobrevivência do ser humano, estendendo-se no tempo e alcançando gerações futuras, razão pela qual sua violação não atinge apenas um indivíduo, mas sim a coletividade, tendo em vista que projeta-se na vida de todos. Portanto, *a sua destruição causa dano não somente no aspecto material, mas principalmente sob a perspectiva extrapatrimonial.*

In casu, o pedido de condenação por danos morais coletivos está amparado nas disposições contidas nos artigos 4º, inciso VII e 14, § 1º da Lei 6.938/81, artigo 1º, inciso I da Lei n. 7.347/85.

Analisando os dispositivos supracitados, verifica-se que existindo dano ambiental, há o dever de repará-lo integralmente. Assim, além da reparação dos danos materiais imposta pelo juízo de piso, tem-se que a condenação por danos morais coletivos também se faz necessária.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido do cabimento da condenação por danos morais coletivos em sede de ação civil pública, sendo inclusive aferível in re ipsa, ou seja, sua configuração decorre de mera constatação da prática de conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade, sendo dispensável a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral. Vejamos:

(...)

Nota-se que o acórdão recorrido passou por cima do entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à desnecessidade de comprovação do efetivo prejuízo à moral da coletividade.

Isso porque os atos ilícitos praticados contra o meio ambiente geram responsabilidade civil ambiental, a qual resulta em obrigações independentemente do potencial ofensivo, pois o desmatamento de floresta nativa, objeto de especial preservação, na região amazônica, com exploração de madeira e abertura de ramais, sem qualquer autorização ou licença do órgão ambiental responsável, quando esta se faz necessária, já denota infração, por ser dissonante com os preceitos da legislação pertinente.

É irrelevante a demonstração de dor, sofrimento ou frustração individualmente ocasionada para a fixação do quantum indenizatório. O caso em tela não se trata de dano individual, não há como demonstrar a frustração de cada um dos atingidos, e mesmo que fosse possível, como uma ficção jurídica, em nada serviria como critério para aferir o merecimento da tutela dos bens difusos lesados, ou como prova do dano, pois o dano aqui em questão é in re ipsa. Tais sentimentos serão sentidos no futuro e no cotidiano das pessoas por meio de efeitos decorrentes do dano, a exemplo de pandemias pelo descontrole de ecossistemas, seca prolongada, chuvas torrenciais atemporais. Ressalta-se que tudo isso já sofremos, como consequência de danos ambientais ocorridos no passado.

Nesse sentido, é preciso que o Juiz, dotado que é do poder de decidir, tenha essa consciência ecológica, a fim de que internalize a sensibilidade que

a apreciação do caso requer. A razão disso é que a especificidade dos danos ambientais por vezes faz gerar a falsa impressão de ausência de prejuízos sociais, pois os efeitos são sentidos gradualmente e raramente o senso comum associa eventuais situações à degradação ambiental.

Contudo, no meio científico, acadêmico, jurídico e entre pessoas do povo esclarecidas, não há dúvidas de que certos eventos decorrem diretamente da destruição do meio ambiente, prova disso são as diversas leis de proteção ambiental, como expressão da consciência mínima do legislador. Tal consciência mínima também é necessária por parte do Poder Judiciário, Ministério Público e demais órgão de estado, em observância ao artigo 225 da Constituição Federal.

Destarte, ao contrário do que consta do acórdão recorrido, é indiscutível a presença do nexo de causalidade a motivar a fixação do dano moral coletivo no caso. Sem dúvida, o desmate de floresta nativa, objeto de especial preservação, na região amazônica, com exploração de madeira e abertura de ramais, sem qualquer autorização ou licença do órgão ambiental responsável, configura dano moral coletivo aferível in re ipsa.

Eximir o recorrido pelo dano moral extrapatrimonial coletivo decorrente da infração cometida e comprovada pelo órgão ambiental significa, em efeitos práticos, conceder-lhe uma carta branca de incentivo para que continue a praticar a mesma conduta reiteradamente, pois valerá a pena continuar infringindo a lei por meio da degradação do meio ambiente.

Assim, não há como admitir que se deixe de condenar o recorrido com fundamento de que a conduta não seria grave ou seria insignificante para a coletividade, porquanto, em se tratando de delitos ambientais, se mostra inviável a exclusão da responsabilidade com fundamento na irrelevância material, pois ainda que determinada conduta, isoladamente, possa parecer, a priori, inofensiva ao meio ambiente, é inegável que, num contexto mais amplo, as reiteradas condutas tornam-se desastrosas, ou seja, a partir do momento em que são somadas todas as demais interferências humanas na natureza, o prejuízo global causado ao ecossistema pelas ações isoladas pode resultar em consequências extremamente gravosa e que, não raro, são percebidos a longo prazo.

Outrossim, condenar o recorrido na obrigação de compensar o dano extrapatrimonial coletivo tem, além do caráter punitivo, um viés pedagógico com o fito de educar ambientalmente aqueles que adotam tais práticas lesivas. Busca-se, portanto, não apenas a compensação de fato, mas também que se efetive a função preventiva geral e especial que só é possível por meio da manifestação do Poder Judiciário, no presente caso, deste E. Tribunal.

Portanto, o dano moral coletivo surge diretamente da ofensa ao direito ao meio ambiente equilibrado, isso é, basta a simples violação do bem jurídico tutelado, que no caso é meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Assim, ao contrário do que consta no acórdão recorrido, é indiscutível a presença do nexo de causalidade a motivar a fixação do dano moral coletivo no

caso. Sem dúvida, o desmate de floresta nativa, objeto de especial preservação, na região amazônica, com exploração de madeira e abertura de ramais, sem qualquer autorização ou licença do órgão ambiental responsável, causa a degradação do meio ambiente pertencente a coletividade (fls. 518/534e).

Requer, a final, o provimento do Recurso Especial para:

(a) preferencialmente, cassar o acórdão recorrido e determinar a baixa dos autos à inferior instância para novo julgamento dos embargos de declaração, por ofensa aos artigos 489, § 1º, inciso IV, e 1.022, inciso II, § único, inciso II, todos do CPC; ou,

(b) subsidiariamente, reformar o acórdão recorrido, por ofensa ao artigo 1º, inciso I da Lei n. 7.347/85, artigos 4º, inciso VII e 14, § 1º da Lei n. 6.938/81, aplicando o dano moral coletivo (fls. 534/535e).

O Recurso Especial foi admitido, pela decisão de fls. 563/567e.

Contrarrrazões ao Recurso Especial a fls. 539/549e, alegando falta de prequestionamento da matéria, deserção do recurso, porque “o Recorrido indenizou a SEMA de supostas madeiras em tora retiradas da mata” (fls. 541/542e), e incidência da Súmula 7/STJ.

O Ministério Público Federal opinou pelo parcial provimento do apelo, para deferir a indenização por dano moral coletivo.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Relatora): Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso, na qual, em razão do desmatamento de floresta nativa do Bioma Amazônico, postula-se a imposição, ao requerido, das obrigações de recompor o meio ambiente degradado e de não mais desmatar as áreas de floresta do seu imóvel (Fazenda Chaleira Preta), bem como a sua condenação ao pagamento de indenização por danos materiais e por dano moral coletivo.

O Juízo de 1º Grau julgou parcialmente procedentes os pedidos, “para condenar o requerido à recomposição do meio degradado, apresentando *Prade* junto ao órgão competente, no prazo de 60 dias, sob pena de conversão em multa pecuniária” (fl. 181e), bem como para lhe impor a obrigação de não desmatar.

O Tribunal de origem deu parcial provimento à Apelação do Ministério Público, por reconhecer que, tendo a sentença se limitado a impor à parte recorrida apenas as obrigações de fazer e de não fazer, deveria haver também “a condenação pelos danos materiais decorrentes do impedimento da recomposição natural da área” (fl. 258e). Contudo, rejeitou a pretensão recursal de indenização por dano moral coletivo.

Daí a interposição do Recurso Especial, no qual se alega violação aos arts. 489, § 1º, IV, e 1.022, II, parágrafo único, II, do CPC/2015. No mérito, requer provimento do Recurso Especial, que venha a “reformular o acórdão recorrido, por ofensa ao artigo 1º, inciso I da Lei n. 7.347/85, artigos 4º, inciso VII e 14, § 1º da Lei n. 6.938/81, aplicando o dano moral coletivo” (fl. 535e).

De início, verifica-se que a matéria relativa à possibilidade de indenização por dano moral coletivo, no caso, foi suficientemente prequestionada e a solução da controvérsia demanda aplicação do direito sobre a matéria fática, tal como posta no acórdão recorrido, não sendo caso de incidência da Súmula 7/STJ. Descabe, ainda, falar-se em deserção do recurso ministerial. O Recurso Especial, pois, merece conhecimento.

À luz do que decidido pelo acórdão recorrido, cumpre asseverar que, ao contrário do que ora se sustenta, não houve violação aos arts. 489, § 1º, IV, e 1.022 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 caso, o Tribunal de origem, na apreciação de Embargos de Declaração, assim se pronunciou:

Ademais, conforme destacado no acórdão embargado, para a configuração do dano moral coletivo em matéria ambiental se mostra necessário que o fato transgressor seja de razoável significância e gravidade para a coletividade, situação não visualizada na espécie.

A propósito, diversamente do alegado, o acórdão embargado se encontra em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Vejamos:

Recurso especial. Direito do Consumidor. Direito Processual Civil. Violação do art. 535 do CPC/1973. Não ocorrência. Ação civil pública. Cadastro de passagem. Licitude. Comunicação prévia do consumidor. Imprescindibilidade. Art. 43, § 2º do CDC. Ausência de comunicação. Responsabilidade da

mantenedora do cadastro. Dano moral coletivo. Não configuração. (...) 8. O dano moral coletivo, compreendido como o resultado de uma lesão à esfera extrapatrimonial de determinada comunidade, se dá quando a conduta agride, de modo totalmente injusto e intolerável, o ordenamento jurídico e os valores éticos fundamentais da sociedade em si considerada, a provocar repulsa e indignação na consciência coletiva (arts. 1º da Lei n. 7.347/1985, 6º, VI, do CDC e 944 do CC, bem como Enunciado n. 456 da V Jornada de Direito Civil). 9. Não basta a mera infringência à lei ou ao contrato para a caracterização do dano moral coletivo. É essencial que o ato antijurídico praticado atinga alto grau de reprovabilidade e transborde os lindes do individualismo, afetando, por sua gravidade e repercussão, o círculo primordial de valores sociais. (...)

Ora, não se olvida que a própria infração ambiental por si só mereça a reprovabilidade necessária para evitar novas práticas degradantes ao meio ambiente. Todavia, não se vislumbra a possibilidade de acolhimento da pretensão no que tange ao dano moral coletivo, porquanto é cediço que, para efeitos de dano moral coletivo ambiental, embora irrelevante a demonstração de que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado, é necessário que o fato transgressor seja de razoável significância e gravidade para a coletividade, o que não restou demonstrado nos autos.

Logo, o manejo dos embargos de declaração não se presta ao fim almejado pelo embargante, qual seja de obter a modificação do julgado, mas, apenas o de corrigir defeitos no ato judicial, tais como omissão, contradição e obscuridade (fls. 444/446e).

Assim, o acórdão recorrido conta com motivação suficiente e não deixou de se manifestar sobre a matéria cujo conhecimento lhe competia, permitindo, por conseguinte, a exata compreensão e resolução da controvérsia, não havendo falar em descumprimento aos arts. 489, § 1º, IV, e 1.022, II, parágrafo único, II, do CPC/2015.

Nesse contexto, “a solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015” (STJ, REsp 1.829.231/PB, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Segunda Turma, DJe de 01/12/2020).

Vale ressaltar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, EDcl no REsp 1.816.457/SP, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Segunda Turma, DJe de 18/05/2020; AREsp 1.362.670/MG, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, Segunda Turma, DJe de 31/10/2018; REsp 801.101/MG, Rel. Ministra *Denise Arruda*, Primeira Turma, DJe de 23/04/2008.

Portanto, ao contrário do que pretende fazer crer a parte recorrente, não há que se falar em negativa de prestação jurisdicional ou ausência de fundamentação.

Quanto às demais alegações, merecem elas acolhimento.

No caso, o Tribunal de origem descaracterizou a ocorrência de dano moral coletivo, sob a seguinte fundamentação:

Destarte, ao realizar desmatamento e exploração madeireira sem a indispensável licença ou autorização do órgão ambiental competente, é evidente que o apelado, além de violar flagrantemente disposições constantes na legislação ambiental vigente, tem ocasionado danos ambientais no local, comprometendo a qualidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito fundamental assegurado no artigo 225, da Constituição Federal.

(...)

Por outro lado, no que tange ao dano moral coletivo, ressalta-se que nem todo ato ilícito se revela como afronta aos valores de uma comunidade, porquanto, é preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade.

Na hipótese vertente, carecem de elementos a corroborar que desmatamento de floresta nativa, sem qualquer autorização do órgão ambiental, ultrapassou o limite de tolerância, a ponto de causar intranquilidade social ou alterações relevantes à coletividade local.

Dessa forma, não se está diante de nenhuma situação fática excepcional, que tenha causado grande lesão aos direitos constitucionalmente garantidos a todos e especialmente a população municipal ou mesmo estadual, portanto, não há se falar na irreparabilidade ao meio ambiente degradado pela parte Apelada, o que é fundamental para a fixação do dano moral pleiteado (fls. 256/259e).

No caso, não se sustenta o fundamento, adotado pelo acórdão recorrido, de que, para o reconhecimento da indenização pelo dano moral coletivo, “é preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade” (fl. 259e). Isso porque, na situação sob exame, consignou-se, no acórdão recorrido, que houve “desmatamento e exploração madeireira sem a indispensável licença ou autorização do órgão ambiental competente [pelo que] é evidente que o apelado, além de violar flagrantemente disposições constantes na legislação ambiental vigente, tem ocasionado danos ambientais no local, comprometendo a qualidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado” (fls. 265/266e).

Constatando-se que houve danos ambientais capazes de comprometer a qualidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado, por meio de

desmatamento irregular, não tem pertinência, para a solução da causa, o chamado princípio da tolerabilidade.

Com efeito, essa construção parte, precisamente, da distinção feita pela legislação ambiental entre, de um lado, impacto ambiental – alteração do meio ambiente, resultante das atividades humanas, que pode ser benéfica ou adversa (Resolução *Conama* 001/86, arts. 1º e 6º, II) – e, de outro, degradação e poluição (Lei 6.938/81, art. 3º, II e III).

Confira-se o texto das normas:

Resolução *Conama* 001, de 23 de janeiro de 1986:

Artigo 1º - Para efeito desta Resolução, *considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas* que, direta ou indiretamente, afetam:

- I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- II - as atividades sociais e econômicas;
- III - a biota;
- IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;
- V - a qualidade dos recursos ambientais.

(...)

Artigo 6º - O estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas:

(...)

II - Análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os *impactos positivos e negativos (benéficos e adversos)*, diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais.

Lei 6.938/81

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

(...)

II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

Esclarece sobre o assunto a doutrina especializada:

(...) de um modo geral as concentrações populacionais, as indústrias, o comércio, os veículos, a agricultura e a pecuária produzem alterações no meio ambiente, as quais somente devem ser contidas e controladas, quando se tornam intoleráveis e prejudiciais à comunidade, caracterizando poluição reprimível. Para tanto, *a necessidade de prévia fixação técnica dos índices de tolerabilidade, dos padrões admissíveis de alterabilidade de cada ambiente, para cada atividade poluidora* (MEIRELLES, Hely Lopes. *Proteção Ambiental e Ação Civil Pública*. Revista dos Tribunais n. 611, São Paulo: RT, 1986, p. 11).

(...) *o princípio do limite de tolerabilidade, compreendido na sua exata significação, longe de consagrar um direito de degradar, emerge, diversamente, como um mecanismo de proteção do meio ambiente, tendente a estabelecer um certo equilíbrio entre as atividades interventivas do homem e o respeito às leis naturais e aos valores culturais que regem os fatores ambientais condicionantes da vida* (MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. 2ª ed. atual. - São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 107).

Especificamente quanto ao dano moral decorrente de ato lesivo ao meio ambiente:

Neste sentido, *há que se considerar como suficiente para a comprovação do dano extrapatrimonial a prova do fato lesivo – intolerável – ao meio ambiente. Assim, diante das próprias evidências fáticas da degradação ambiental intolerável, deve-se presumir a violação ao ideal coletivo relacionado à proteção ambiental e, logo, o desrespeito ao direito humano fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado* (LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental, do individual ao coletivo extrapatrimonial*. Teoria e prática. 5ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 2012., p. 288).

Assim, constatado o dano ambiental – e não mero impacto negativo decorrente de atividade regular, que, por si só, já exigiria medidas mitigatórias ou compensatórias –, incide a Súmula 629/STJ: “Quanto ao dano ambiental, é admitida a condenação do réu à obrigação de fazer ou à de não fazer cumulada

com a de indenizar”. Trata-se de entendimento consolidado que, ao amparo do art. 225, § 3º, da Constituição Federal e do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81, “reconhece a necessidade de reparação integral da lesão causada ao meio ambiente, permitindo a cumulação das obrigações de fazer, não fazer e de indenizar, *inclusive quanto aos danos morais coletivos*” (STJ, EREsp 1.410.0698/MG, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Mais Filho*, *Primeira Seção*, DJe de 03/12/2018).

Contudo, afirmou o Tribunal de origem, ainda, que o reconhecimento do dano moral coletivo exige *ilícito que venha a “causar intranquilidade social ou alterações relevantes à coletividade local”* (fl. 259e).

Contra essa compreensão há diversos precedentes no STJ afirmando, em relação ao dano moral – individual ou coletivo –, que sua configuração independe de repercussões internas aos indivíduos ou de “intranquilidade social”.

Nesse sentido:

Recurso especial. Consumidor. Saque indevido em conta-corrente. Falha na prestação do serviço. Responsabilidade da instituição financeira. Sujeito absolutamente incapaz. *Ataque a direito da personalidade. Configuração do dano moral. Irrelevância quanto ao estado da pessoa. Direito à dignidade. Previsão constitucional. Proteção devida.*

1. A instituição bancária é responsável pela segurança das operações realizadas pelos seus clientes, de forma que, havendo falha na prestação do serviço que ofenda direito da personalidade daqueles, tais como o respeito e a honra, estará configurado o dano moral, nascendo o dever de indenizar. Precedentes do STJ.

2. A atual Constituição Federal deu ao homem lugar de destaque entre suas previsões. Realçou seus direitos e fez deles o fio condutor de todos os ramos jurídicos. A dignidade humana pode ser considerada, assim, um direito constitucional subjetivo, essência de todos os direitos personalíssimos e o ataque àquele direito é o que se convencionou chamar dano moral.

3. Portanto, *dano moral é todo prejuízo que o sujeito de direito vem a sofrer por meio de violação a bem jurídico específico. É toda ofensa aos valores da pessoa humana, capaz de atingir os componentes da personalidade e do prestígio social.*

4. *O dano moral não se revela na dor, no padecimento, que são, na verdade, sua consequência, seu resultado. O dano é fato que antecede os sentimentos de aflição e angústia experimentados pela vítima, não estando necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima.*

(...)

6. Recurso especial provido (STJ, REsp 1.245.550/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 16/04/2015).

Consumidor e Processual Civil. Embargos de divergência em recurso especial. Ação civil pública. Exploração de jogo de bingo. Violação à integridade moral dos consumidores. *Danos morais coletivos. Caracterização in re ipsa.* Súmula 168/STJ. Divergência jurisprudencial não configurada. Embargos não conhecidos.

1. *É remansosa a jurisprudência deste Tribunal Superior no sentido de que o dano moral coletivo é aferível in re ipsa, dispensando a demonstração de prejuízos concretos e de aspectos de ordem subjetiva. O referido dano será decorrente do próprio fato apontado como violador dos direitos coletivos e difusos, por essência, de natureza extrapatrimonial, sendo o fato, por si mesmo, passível de avaliação objetiva quanto a ter ou não aptidão para caracterizar o prejuízo moral coletivo, este sim nitidamente subjetivo e insindicável.*

2. O dano moral coletivo somente se configurará se houver grave ofensa à moralidade pública, objetivamente considerada, causando lesão a valores fundamentais da sociedade e transbordando da tolerabilidade. A violação aos interesses transindividuais deve ocorrer de maneira inescusável e injusta, percebida dentro de uma apreciação predominantemente objetiva, de modo a não trivializar, banalizar a configuração do aludido dano moral coletivo.

3. *A tese jurídica, trazida no acórdão ora embargado, de que o dano moral coletivo se configura in re ipsa, está em conformidade com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, o que leva à incidência da Súmula 168/STJ.*

4. Os arestos cotejados, analisando hipóteses fáticas distintas, adotaram o mesmo raciocínio jurídico, ora reconhecendo, ora afastando o dano moral coletivo, entendendo ser este aferível *in re ipsa*, e independer de prova do efetivo prejuízo concreto ou abalo moral. O paradigma adota a mesma inteligência do aresto ora hostilizado, exigindo uma violação qualificada ao ordenamento jurídico, de maneira que o evento danoso deve ser reprovável, intolerável e extravasar os limites do individualismo, atingindo valores coletivos e difusos primordiais. Assim, não há dissenso pretoriano entre ambos os arestos.

5. Embargos de divergência não conhecidos (STJ, EREsp 1.342.846/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Corte Especial, DJe de 03/08/2021).

Essa forma de conceber o dano moral baseia-se na ideia de que a finalidade do instituto é viabilizar a tutela de direitos insuscetíveis de apreciação econômica, cuja violação não se pode deixar sem resposta judicial, ainda quando não produzam desdobramentos de ordem material ou psíquica, como explica a doutrina:

(...) afirmar que o dano moral é “dor, vexame, humilhação, ou constrangimento” é semelhante a dar-lhe o epíteto de “mal evidente”. Através destes vocábulos, não se conceitua juridicamente, apenas se descrevem sensações e emoções desagradáveis, que podem ser justificáveis, compreensíveis, razoáveis,

moralmente legítimas até, mas que, se não forem decorrentes de “danos injustos”, ou melhor, de danos a situações merecedoras da tutela por parte do ordenamento, não são reparáveis (...). *Se a violação à situação jurídica subjetiva extrapatrimonial acarreta, ou não, um sentimento ruim, não é coisa que o Direito possa ou deva averiguar. O que o ordenamento jurídico pode (e deve) fazer é concretizar, ou densificar, a cláusula de proteção humana, não admitindo que violações à igualdade, à integridade psico-física, à liberdade e à solidariedade (social e familiar) permaneçam irressarcidas* (MORAES, Maria Celina Bodin. Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, p. 129).

Segundo esse entendimento, o dano moral coletivo caracteriza-se pela “injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos” (BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 12, p. 44-62, out./dez. 1994, p. 51).

Quanto aos danos morais ambientais, a jurisprudência do STJ adota orientação semelhante:

Processo Civil e Ambiental. Ação civil pública. Ordem urbanística. Loteamento rural clandestino. Ilegalidades e irregularidades demonstradas. Omissão do poder público municipal. Dano ao meio ambiente configurado. *Dano moral coletivo*.

1. Recurso especial em que se discute a ocorrência de dano moral coletivo em razão de dano ambiental decorrente de parcelamento irregular do solo urbanístico, que, além de invadir Área de Preservação Ambiental Permanente, submeteu os moradores da região a condições precárias de sobrevivência.

2. Hipótese em que o Tribunal de origem determinou as medidas específicas para reparar e prevenir os danos ambientais, mediante a regularização do loteamento, mas negou provimento ao pedido de ressarcimento de dano moral coletivo.

3. *A reparação ambiental deve ser plena. A condenação a recuperar a área danificada não afasta o dever de indenizar, alcançando o dano moral coletivo e o dano residual. Nesse sentido: REsp 1.180.078/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 28/02/2012.*

4. “O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base. (...) *O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do*

indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos” (REsp 1.057.274/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 26/02/2010.).

5. No caso, o dano moral coletivo surge diretamente da ofensa ao direito ao meio ambiente equilibrado. Em determinadas hipóteses, reconhece-se que o dano moral decorre da simples violação do bem jurídico tutelado, sendo configurado pela ofensa aos valores da pessoa humana. Prescinde-se, no caso, da dor ou padecimento (que são consequência ou resultado da violação). Nesse sentido: REsp 1.245.550/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16/04/2015.

Recurso especial provido (STJ, REsp 1.410.698/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 30/06/2015).

Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Danos decorrentes de transporte de cargas com excesso de peso em rodovias federais. Obrigação de não fazer. Indenização por danos material e moral coletivo. Risco à vida em sociedade. Cumulação com infração prevista no Código de Trânsito Brasileiro. *Astreinte*. Possibilidade. Fatos notórios. Art. 374, I, do Código de Processo Civil. Não incidência da Súmula 7/STJ. Acórdão de origem em confronto com a jurisprudência do STJ.

Histórico da demanda

1. A partir de fiscalizações/abordagens realizadas pela Polícia Rodoviária Federal entre os anos de 2011 e 2012, no Posto da PRF de Porto Camargo, Município de Alto Paraíso/PR, foram identificadas 11 (onze) ocorrências de transporte com excesso de peso em veículos que deram saída dos estabelecimentos da demandada, somando mais de 20 mil quilos de sobrepeso.

2. Assim, foi ajuizada pelo Ministério Público Federal Ação Civil Pública objetivando: a) impedir (obrigação de não fazer), sob pena de multa civil (= *astreinte*), que veículos da transportadora recorrida, em total rebeldia contra o Código de Trânsito Brasileiro, trafeguem com excesso de peso nas rodovias, e b) condenar a empresa ao pagamento de danos material e moral coletivo, nos termos da Lei 7.347/1985.

3. Nota-se que o Tribunal de origem expressamente reconhece a ocorrência das infrações de tráfego com excesso de peso, tendo analisado inclusive as provas. Cita-se trecho do voto condutor (fl. 1.071): “O pedido foi embasado na existência de onze infrações cometidas por excesso de peso no período compreendido apenas entre 2011 e 2012, em face de fiscalizações realizadas pela Polícia Rodoviária Federal no Posto de Porto Camargo, fato que, no entender do *parquet* federal, leva, primeiro, à necessária determinação de que a empresa seja compelida à obrigação de não fazer”.

4. Mesmo tendo fixado os fatos, o acórdão de origem entendeu ser impossível condenar a empresa recorrida a não trafegar com excesso de peso pelas estradas, haja vista já existir, no Código de Trânsito Brasileiro, penalidade administrativa

para tal conduta, deixando ademais de reconhecer a ocorrência de danos materiais e morais coletivos.

5. Sustenta o MPF, como causa de pedir, que a parte requerida, ao trafegar com excesso de peso, causou danos ao patrimônio público, à ordem econômica e ao meio ambiente equilibrado, violando os direitos à vida, à integridade física, à saúde e à segurança pessoal e patrimonial dos cidadãos usuários das rodovias federais.

(...)

Responsabilidade civil por danos patrimoniais, morais coletivos e astreintes

21. Desse modo, fica deferido o pleito indenizatório por dano material formulado sob essa rubrica, em *quantum* a ser fixado pelo Tribunal de origem, observados parâmetros objetivos para essa finalidade. Por fim, *confirma-se a existência do dano moral coletivo em razão de ofensa a direitos coletivos ou difusos de caráter extrapatrimonial - consumidor, ambiental, ordem urbanística, entre outros -, podendo-se afirmar que o caso em comento é de dano moral in re ipsa, ou seja, deriva do fato por si só.*

22. Assim, reconhecidos os danos materiais e morais coletivos (*an debeatur*), verifica-se a necessidade de devolução do feito ao juízo de origem para mensuração do *quantum debeatur*. Nesse contexto, tendo em vista que a reprimenda civil deve ser suficiente para desestimular a conduta indesejada, fixo a multa no valor requerido pelo MPF. A propósito, no mesmo sentido, acórdão recém-publicado pela Segunda Turma do STJ: REsp 1.574.350/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 6/3/2019.

Conclusão

23. Recurso Especial provido para deferir o pleito de tutela inibitória (infrações futuras), conforme os termos e patamares requeridos pelo Ministério Público Federal na petição inicial, devolvendo-se o feito ao juízo *a quo* a fim de que proceda à fixação dos valores dos danos materiais e morais coletivos e difusos (STJ, REsp 1.642.723/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 25/05/2020).

Administrativo. Ação civil pública. Proteção do mar e corais. Pesca predatória de arrasto. Art. 6º, I e II, e parágrafo 7º, alínea d, da Lei 11.959/2009. Anomia jurídico-ecológica. Poder de polícia ambiental. Dano aos recursos marinhos. Cumulação de obrigações de fazer e de não fazer com indenização pecuniária. Art. 3º da Lei 7.347/1985. Possibilidade. Arts. 12 e 14, II, III e IV, da Lei 6.938/1981. Art. 72, IV a XI, da Lei 9.605/1998. Função social e ecológica do contrato e do crédito. Art. 421 do Código Civil. Função ecológica dos tributos. *Dano ambiental moral coletivo*. Precedentes. Súmula 83/STJ.

1. Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal pleiteando providências judiciais em face de degradação ambiental decorrente de pesca de arrasto. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região referendou a

sentença que condenou a pessoa jurídica a indenizar danos ambientais materiais e morais coletivos, rejeitando contudo a correção monetária desde o fato ilícito e outras pretensões acessórias.

Proteção jurídica do mar

2. 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.

(...)

Pesca predatória: dano ambiental constatado pelo Tribunal de origem

5. No principal, o Tribunal *a quo* expressamente confirmou o dano ambiental - material e moral coletivo. Logo, pertinente e adequada a pretensão de cálculo atualizado do dano material, de imposição de remédios judiciais complementares ao infrator, como a perda de benefícios fiscais e de acesso ao financiamento em bancos oficiais. A pesca industrial predatória tipifica, em si, dano moral coletivo, na linha de consolidada jurisprudência do STJ: "A reparação ambiental deve ser plena. A condenação a recuperar a área danificada não afasta o dever de indenizar, alcançando o dano moral coletivo e o dano residual", acrescentando-se que "o dano moral coletivo surge diretamente da ofensa ao direito ao meio ambiente equilibrado. Em determinadas hipóteses, reconhece-se que o dano moral decorre da simples violação do bem jurídico tutelado, sendo configurado pela ofensa aos valores da pessoa humana. Prescinde-se, no caso, da dor ou padecimento (que são consequência ou resultado da violação)" (REsp 1.410.698/MG, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 30/6/2015). No mesmo sentido, entre tantos outros precedentes: "O dano ao meio ambiente, por ser bem público, gera repercussão geral, impondo conscientização coletiva à sua reparação, a fim de resguardar o direito das futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. O dano moral coletivo ambiental atinge direitos de personalidade do grupo massificado, sendo desnecessária a demonstração de que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado." (REsp 1.269.494/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 1/10/2013).

6. Recurso Especial provido (STJ, REsp 1.745.033/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 17/12/2021).

Administrativo. Responsabilidade civil. Danos decorrentes de transporte de cargas com excesso de peso em rodovias federais. Responsabilidade configurada. Independência de instâncias. Dever de reparar os danos. Fixação de *astreintes* em caso de reincidência na prática. Acórdão em confronto com a jurisprudência do STJ.

I - Cuida-se, na origem, de ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal com o objetivo de impedir que veículos de carga da empresa recorrida

trafeguem com excesso de peso nas rodovias, em total desacato à legislação, sob pena de multa civil (*astreinte*) e, ainda, de condenação ao pagamento de dano material e moral coletivo, nos termos da Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública).

(...)

XX - *Por fim, confirma-se a existência do “dano moral coletivo” em razão de ofensa a direitos coletivos ou difusos de caráter extrapatrimonial – consumidor, ambiental, ordem urbanística, entre outros –, podendo-se afirmar que o caso em comento é de dano moral in re ipsa, ou seja, deriva do fato por si só.*

XXI - O dano moral coletivo, compreendido como o resultado de lesão à esfera extrapatrimonial de determinada comunidade, dá-se quando a conduta agride, de modo ilegal ou intolerável, os valores normativos fundamentais da sociedade em si considerada, a provocar repulsa e indignação na consciência coletiva (arts. 1º da Lei n. 7.347/1985, 6º, VI, do CDC e 944 do CC, bem como Enunciado n. 456 da V Jornada de Direito Civil).

XXII - Entenda-se o dano moral coletivo como o de natureza transindividual que atinge classe específica ou não de pessoas. É passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem, a sentimento e à moral coletiva dos indivíduos como síntese das individualidades envolvidas, a partir de uma mesma relação jurídica-base. “O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos” (REsp n. 1.410.698/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 30/6/2015).

XXIII - *O dano moral extrapatrimonial atinge direitos de personalidade do grupo ou coletividade como realidade massificada, que a cada dia reclama mais soluções jurídicas para sua proteção. Isso não importa exigir da coletividade “dor, repulsa, indignação tal qual fosse um indivíduo isolado, pois a avaliação que se faz é simplesmente objetiva, e não personalizada, tal qual no manuseio judicial da boa-fé objetiva. Na noção inclui-se tanto o dano moral coletivo indivisível (por ofensa a interesses difusos e coletivos de uma comunidade) como o divisível (por afronta a interesses individuais homogêneos)”* (REsp n. 1.574.350/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 3/10/2017, DJe 6/3/2019). Nesse sentido também o precedente desta Segunda Turma: REsp n. 1.057.274, Segunda Turma, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 26/2/2010.

(...)

XXIX - Dessa forma, deve ser dado provimento ao agravo interno para dar provimento ao recurso especial deferindo o pleito de tutela inibitória (infrações futuras), conforme os termos e patamares requeridos pelo Ministério Público Federal na petição inicial. Devolva-se o feito ao Juízo *a quo* a fim de que proceda à fixação dos valores dos danos materiais e morais coletivos e difusos.

XXX - Agravo interno provido (STJ, AgInt no REsp 1.701.573/PE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 02/09/2019).

No que se refere à *inexistência de “situação fática excepcional”* (fl. 259e) – expressão também usada no acórdão recorrido –, trata-se de requisito que, de igual forma, contraria precedente do STJ:

Processual Civil. Administrativo. Ambiental. Recurso especial. Danos morais coletivos. Danos ambientais intercorrentes. Ocorrência.

1. *Os danos morais coletivos são presumidos. É inviável a exigência de elementos materiais específicos e pontuais para sua configuração.*

2. *A configuração dessa espécie de dano depende da verificação de aspectos objetivos da causa.* Trata-se de operação lógica em que os fatos conhecidos permitem ao julgador concluir pela ocorrência de fatos desconhecidos.

3. Considerando-se a inversão do ônus probatório em matéria ambiental, deve o réu comprovar a inexistência de tais elementos objetivos. A presunção opera em favor do fato presumido, somente se afastando diante de razões concretas.

4. O dano intercorrente não se confunde com o dano residual. O dano ambiental residual (permanente, perene, definitivo) pode ser afastado quando a área degradada seja inteiramente restaurada ao estado anterior pelas medidas de reparação *in natura*. O dano ambiental intercorrente (intermediário, transitório, provisório, temporário, interino) pode existir mesmo nessa hipótese, porquanto trata de compensar as perdas ambientais havidas entre a ocorrência da lesão (marco inicial) e sua integral reparação (marco final).

5. Hipótese em que o acórdão reconheceu a ocorrência de graves e sucessivas lesões ambientais em área de preservação permanente (APP) mediante soterramento, entulhamento, aterramento e construção e uso de construções civis e estacionamento, sem autorização ambiental e com supressão de vegetação nativa de mangue, restinga e curso d'água.

6. *Patente a presença de elementos objetivos de significativa e duradoura lesão ambiental, configuradora dos danos ambientais morais coletivos e dos intercorrentes.* As espécies de danos devem ser individualmente arbitradas, na medida em que possuem causas e marcos temporais diversos.

7. Recurso especial provido para reconhecer a existência de danos ambientais morais coletivos e danos ambientais intercorrentes, com valor compensatório a ser arbitrado em liquidação (STJ, REsp 1.940.030/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 06/09/2022).

Na mesma direção, a doutrina ensina que os impactos ou incômodos sobre a comunidade constituem, em verdade, dano da natureza patrimonial:

O dano ambiental patrimonial é aquele que repercute sobre o próprio bem ambiental, isto é, o meio ecologicamente equilibrado, relacionando-se à sua possível restituição ao status quo ante, compensação ou indenização. A

diminuição da qualidade de vida da população, o desequilíbrio ecológico, o comprometimento de um determinado espaço protegido, os incômodos físicos ou lesões à saúde e tantos outros constituem lesões ao patrimônio ambiental (MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. 9ª ed. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 326).

Em conclusão, tem-se entendido no STJ, predominantemente, que, para a verificação do dano moral coletivo ambiental, é “desnecessária a demonstração de que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado”, pois “o dano ao meio ambiente, por ser bem público, gera repercussão geral, impondo conscientização coletiva à sua reparação, a fim de resguardar o direito das futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado” (REsp 1.269.494/MG, Rel. Ministra *Eliana Calmon*, *Segunda Turma*, DJe de 01/10/2013).

Nessa direção, há precedentes no STJ reconhecendo que a prática do desmatamento, por si, pode ensejar dano moral:

Processual Civil e Ambiental. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Prova pericial. Comprovação do dano e do nexo causal. Súmula 7/STJ. Averbação da reserva legal. Obrigação *propter rem*.

1. Hipótese em que a instância ordinária julgou procedentes os pedidos deduzidos em Ação Civil Pública e determinou o fim do desmatamento, a reparação do dano ambiental e a averbação da Reserva Legal da propriedade de, no mínimo, 20% do imóvel rural.

2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

3. A tese recursal, de que a perícia realizada nos autos está equivocada e de que não há nexo causal entre suas condutas e o dano ambiental constatado, contraria a premissa fática do acórdão recorrido e esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

4. A Reserva Legal é medida necessária à proteção do meio ambiente, e a sua averbação à margem da matrícula do imóvel constitui obrigação *propter rem*, independentemente de haver floresta ou outra vegetação nativa no local, nos termos dos arts. 16 e 44 da Lei 4.771/1965. Precedentes do STJ.

5. Para a caracterização do desmatamento ilegal, é irrelevante o fato de a Reserva Legal estar ou não averbada, bastando a inexistência de autorização válida ou o descumprimento de seus termos. É pacífico no STJ que a Reserva Legal não é mera condição caso o proprietário pretenda realizar exploração florestal.

6. Quem ilegalmente desmata, ou deixa que desmatem, floresta ou vegetação nativa responde objetivamente pela completa recuperação da área degradada, sem

prejuízo do pagamento de indenização pelos danos, inclusive morais, que tenha causado. Precedentes do STJ.

7. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido (STJ, REsp 1.058.222/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe de 04/05/2011).

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 passageiro 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 agrossilvipastoril, 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 debeat* (STJ, REsp 1.198.727/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 09/05/2013).

Consigne-se, ainda, a existência das seguintes decisões monocráticas, transitadas em julgado, que resultaram no provimento de Recurso Especial do Ministério Público contra acórdão, também do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, que adotou a mesma fundamentação sob exame: STJ, REsp 2.040.593/MT, Rel. Ministro *Francisco Falcão*, DJe de 07/03/2023; AREsp 2.216.835/MT, Rel. Ministro *Francisco Falcão*, DJe de 02/02/2023.

Essa é a compreensão que deve orientar a solução do caso, sobretudo porque “a efetividade da política de preservação do meio ambiente, especialmente no momento em que a comunidade internacional lança os olhos sobre o papel das autoridades públicas brasileiras no exercício de tal mister, atrai para o Judiciário

o dever de interpretar a legislação à luz de tal realidade, recrudescendo a proteção ambiental e a correspondente atividade fiscalizatória” (STJ, REsp 1.820.640/PE, Rel. Ministro *Og Fernandes*, *Segunda Turma*, DJe de 09/10/2019).

Por fim, anote-se que, como se pode depreender dos autos, *o ilícito sob exame não pode ser considerado de menor importância*, uma vez que, consoante o acórdão recorrido, houve “exploração de 15,467 hectares de floresta nativa, objeto de especial preservação, na região amazônica, na Fazenda Chaleira Preta, com exploração madeireira e abertura de ramais, sem autorização do órgão ambiental competente”. Constatando esses fatos, o Tribunal *a quo* reconheceu, ainda, a provável impossibilidade de recuperação integral da área degradada (fl. 256e).

Ante o exposto, conheço do Recurso Especial e lhe dou provimento, para reconhecer a ocorrência de dano moral coletivo no caso, com determinação de retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que, à luz das circunstâncias que entender relevantes, quantifique a indenização respectiva.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 2.083.016-SC (2021/0356050-8)

Relatora: Ministra Assusete Magalhães

Recorrente: João Luiz do Livramento

Advogado: Fernando Bongioiolo - SC027193

Recorrente: Ministério Público Federal

Recorrido: João Luiz do Livramento

Advogado: Fernando Bongioiolo - SC027193

Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Ambiental. Ação civil pública. Edificação em Área de Preservação Permanente, Unidade de Conservação, e, parcialmente, em terreno de marinha. Recurso do MPF. Tese relativa à configuração de danos ambientais interinos. Procedência. Cumprimento da decisão

condicionado ao trânsito em julgado. Fundamentação não impugnada e falta de prequestionamento. Incidência das Súmulas 282 e 283/STF. Recurso do particular. Pretensão de reparação por danos ambientais. Imprescritibilidade. Tema 999/STF. Constatação de lesão ao meio ambiente. Revisão, na via do recurso especial. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Recurso especial do MPF parcialmente conhecido, e, nessa extensão, provido. Recurso especial do particular parcialmente conhecido, e, nessa parte, improvido.

I. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública, ajuizada contra João Luiz do Livramento, pelo Ministério Público Federal em virtude da edificação de imóvel de 140,17 m² no Balneário Galheta, em Laguna/SC, situado em Área de Preservação Permanente (campo de dunas e vegetação de restinga fixadora), no interior de Unidade de Conservação Federal (APA da Baleia Franca), e, parcialmente, em bem da União (terreno de marinha), tudo sem autorização ou licença dos órgãos competentes.

II. O Juízo de 1º Grau julgou parcialmente procedentes os pedidos, para condenar a parte ré a proceder ou custear: (i) a demolição total da edificação, com a remoção dos entulhos; (ii) a recuperação total do dano ambiental causado, por meio de Projeto de Recuperação da Área Degradada (PRAD), negando a indenização pelos danos ambientais causados. O Tribunal de origem manteve a sentença.

III. No Recurso Especial do MPF postula-se o reconhecimento da obrigação de indenizar, pretensão que está de acordo com a Súmula 629/STJ, que dispõe: “Quanto ao dano ambiental, é admitida a condenação do réu à obrigação de fazer ou à de não fazer cumulada com a de indenizar”. No caso, o Tribunal de origem não nega essa diretriz, recaindo a controvérsia unicamente sobre o efeito jurídico que se deve atribuir ao significativo período de tempo que se passou desde a edificação irregular. O acórdão recorrido rejeita a pretensão indenizatória, sob o fundamento de que “se trata de ocupação muito antiga, da década de 1970 (primeira construção entre 1978 e 1989 e a atual entre 1997 e 2002), que vem causando poucos impactos ambientais”.

IV. Em sentido oposto, há doutrina que, com fundamento no princípio da reparação integral, preconiza a reparabilidade

dos chamados “danos interinos, vale dizer, as perdas de qualidade ambiental havidas no interregno entre a ocorrência do prejuízo e a efetiva recomposição do meio degradado” (MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação Civil Pública e a Reparação do Dano Ambiental*. 2. ed., São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 314). Essa orientação encontra amparo em precedentes do STJ: “O poluidor deve não só devolver a natureza a seu estado anterior, mas reparar os prejuízos experimentados no interregno, pela indisponibilidade dos serviços e recursos ambientais nesse período” (REsp 1.845.200/SC, Rel. Ministro *Og Fernandes*, *Segunda Turma*, DJe de 06/09/2022). No mesmo sentido: AgInt no REsp 1.548.960/SC, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Segunda Turma*, DJe de 12/03/2018; REsp 1.180.078/MG, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Segunda Turma*, DJe de 28/02/2012.

V. Sendo incontroversos, na situação sob exame, tanto os danos ambientais como o longo período de sua duração, deve-se reconhecer, na linha da jurisprudência do STJ, a obrigação de indenizar, sendo, no caso, a passagem do tempo – ao contrário do que entenderam as instâncias ordinárias – um elemento decisivo para o acolhimento da pretensão recursal. Nesse sentido: “Se a restauração integral do meio ambiente lesado, com a conseqüente reconstituição completa do equilíbrio ecológico, depender de lapso de tempo prolongado, necessário que se compense tal perda: é o chamado lucro cessante ambiental, também conhecido como dano interino ou intercorrente” (FREITAS, Cristina Godoy de Araújo. *Valoração do dano ambiental: algumas premissas*. In: *Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Edição Especial Meio Ambiente: A Valoração de Serviços e Danos Ambientais*, 2011, p. 11).

VI. Com relação ao capítulo do acórdão recorrido que condicionou o cumprimento da sentença condenatória ao trânsito em julgado, o apelo do *Parquet* não merece conhecimento, por incidência das Súmulas 282 e 283/STF, porquanto deixou o recorrente de atacar o fundamento adotado pelo Tribunal de origem, no particular, invocando, ainda, dispositivos legais não prequestionados.

VII. Quanto ao Recurso Especial do particular, consigne-se que, em relação aos arts. 1.022, II, e 489, § 1º, III e IV, do CPC/2015, o acórdão recorrido, julgado sob a égide do vigente Código de Processo

Civil, não incorreu em omissão, uma vez que o voto condutor do julgado apreciou, motivadamente, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida pela parte recorrente, apresentando fundamento suficiente para o deslinde do litígio.

VIII. De igual forma, não prospera a alegação de prescrição, uma vez que, conforme entendimento do STF, no Tema 999 da repercussão geral, “é imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental”. Extrai-se da fundamentação desse precedente que, por ser indisponível, a pretensão de obter a recomposição dos danos ambientais, pela recuperação da área ou por medida compensatória, não se sujeita à prescrição.

IX. Não merecem conhecimento as alegações feitas pela parte recorrente com o fim de descaracterizar os danos ambientais e a necessidade de recomposição da área, pois, quanto ao ponto, afirmou-se, no acórdão recorrido, que “o imóvel da parte ré está inserido em campo de dunas do Balneário Galheta, que constitui área de preservação permanente integrante da APA da Baleia Franca, cercado por praias marítimas, áreas de banhado e vegetação de restinga, além do Morro do Cabo de Santa Marta Pequena, definido na legislação municipal como APP (...) Segundo o laudo pericial, o imóvel interfere em área de preservação permanente pela presença de vegetação de restinga fixadora de dunas (evento 179, *Laudos* 4, fl. 30, *Laudos* 5, fl. 40, e *Laudos* 6, fl. 9), além de estar no interior da APA da Baleia Franca e parcialmente em terreno de marinha, apesar de não contar com licença ou autorização dos órgãos ambientais (evento 179, *Laudos* 4, fls. 35 e 39, *Laudos* 5, fls. 1-2 e 39-40, e *Laudos* 6, fls. 6 e 9-10). Conforme esclarece o expert, todo o contexto ambiental do Balneário Galheta - à exceção do Morro do Cabo de Santa Marta Pequena, APP segundo a legislação municipal - configura área de preservação permanente de vegetação de restinga fixadora de dunas, prevista na legislação federal (...). É fato notório na região (arts. 374, I, e 375, ambos do CPC/15) que as dunas, de forma recorrente, invadem e cobrem parte dos imóveis existentes no local, como se observa em diversas fotografias anexadas no laudo pericial, a demonstrar a existência de dunas ativas. As dunas móveis constituem bens da União de uso comum, nos termos do art. 18 do Decreto n. 5.300/04 (...) a ocupação desordenada do local foi

iniciada em 1970, por edificações que não possuíam autorização dos órgãos ambientais competentes, trazendo consequências negativas para o meio ambiente, com comprometimento da biota, dos recursos naturais, da paisagem cênica e da estabilidade do ecossistema da Zona Costeira, ambiente dinâmico e sensível a alterações, tanto naturais como antrópicas. Todavia, não se trata de área urbanizada (...) a grande maioria das cento e cinquenta e quatro edificações identificadas durante os estudos periciais, assim como a da parte ré, são de uso residencial sazonal, servindo apenas como casas de veraneio. Apesar da ocupação sazonal, a simples presença das edificações causa grande impacto ao ambiente dinâmico de dunas, conforme asseverou o expert”. Como se decidiu em caso análogo, “discordar da conclusão alvitrada na origem acerca da existência de área de preservação permanente (restinga fixadora de dunas) no loteamento, com parte dela já destruída pelo empreendimento erguido pela recorrente, demanda o reexame de matéria fático-probatória, providência inviável no apelo extremo à luz do óbice inserto na Súmula 7 do STJ” (STJ, REsp 1.134.217/MA, Rel. Ministro *Gurgel de Faria*, *Primeira Turma*, DJe de 25/04/2017).

X. A parte recorrente juntou aos autos memoriais em que aponta decisão monocrática e acórdão da Primeira Turma do STJ que, em caso análogo, reconheceram omissão da instância ordinária na apreciação da tese de que o local dos fatos configuraria um tómbolo e, portanto, área não protegida pela legislação. Ocorre que, no presente caso, o Tribunal de origem afirmou que “todo o contexto ambiental do Balneário Galheta - à exceção do Morro do Cabo de Santa Marta Pequena, APP segundo a legislação municipal - configura área de preservação permanente de vegetação de restinga fixadora de dunas, prevista na legislação federal, aí incluídas (...): - a área de tómbolo (...); - as áreas de banhados vegetados, que representam barreiras de confinamento do campo de dunas; e - as dunas internas e planícies”. Assim, o fato trazido pela parte recorrente não deixou de constar da apreciação feita pelas instâncias ordinárias, não merecendo acolhimento, portanto, a alegação de omissão. Descaracterizada, pois, a alegada omissão e justificada, pelas razões já expostas, a incidência da Súmula 7/STJ, inclusive no que se refere a esse ponto da irresignação, na linha da decisão monocrática proferida pelo Ministro *Herman Benjamin*, no AREsp 1.772.215/SC, transitada em julgado em 13/05/2021, em

caso em tudo semelhante ao presente, também envolvendo edificação na APA da Baleia Franca e no qual o particular recorrente expendia a mesma argumentação.

XI. Recurso Especial do MPF parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. Recurso Especial do particular parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

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, conheceu em parte do recurso do Ministério Público Federal e, nessa parte, dar-lhe provimento; conhecer em parte do recurso de João Luiz do Livramento e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 15 de agosto de 2023 (data do julgamento).

Ministra Assusete Magalhães, Relatora

DJe 21.8.2023

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Recursos Especiais, interpostos pelo *Ministério Público Federal* e por *João Luiz do Livramento*, contra acórdão do TRF da 4ª Região, assim ementado:

Administrativo. Ação civil pública. Ambiental. Processual Civil. Edificação. APA da Baleia Franca. Praia da Galheta. Demolição. PRAD. Recuperação ambiental. Cumulação com indenização. Descabimento no caso.

- Comprovada a ocorrência de dano ambiental, a adoção de procedimentos, visando à integral recuperação da área degradada, não exime de responsabilidade o degradador do meio ambiente.

- É firme na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, comprovada a ocorrência de dano ambiental, a adoção de procedimentos, visando à integral recuperação da área degradada, não exime de responsabilidade

o degradador do meio ambiente, sendo admissível a cumulação de obrigação de fazer e eventual indenização pelo dano ainda remanescente (Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, REsp n. 904.324/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJe 27/05/2009; REsp n. 1.165.281/MG, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJe 17/05/2010). A cumulação, todavia, é de ser verificada caso a caso.

- É razoável que o cumprimento da ordem de demolição ocorra depois do trânsito em julgado uma vez que não há urgência que torne necessária a realização neste momento. A situação da área está estabilizada, não há notícias de novas intervenções ou perigo de que venham a ocorrer e a implementação do plano de recuperação ocasionará uma modificação definitiva, sendo também importante que ocorra com suporte em uma decisão definitiva (fl. 1.907e).

O acórdão em questão foi objeto de Embargos de Declaração opostos por *João Luiz do Livramento* (fls. 1.964/1.971e), os quais restaram acolhidos, tão somente para efeitos de prequestionamento (fls. 1.984/1.985e).

O Ministério Público Federal, em Recurso Especial fundado no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal, sustenta que o Tribunal de origem violou os arts. 4º, VII, e 14, § 1º, da Lei 6.938/81, bem como o art. 3º da Lei 7.347/85, ao deixar de observar o princípio da reparação integral do dano, negando o pagamento de indenização pelo dano ambiental causado. Aponta, ainda, ofensa aos arts. 2º, 141, 490, 492, 520, 995, 1.013 e 1.029, § 5º, III, do CPC/2015 e ao art. 14 da Lei 7.347/85, uma vez que o Juízo *a quo* impediu o cumprimento provisório da sentença.

Contrarrazões a fls. 2.154/2.165e.

Por sua vez, no apelo de *João Luiz do Livramento*, interposto com base no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, aponta-se violação aos arts. 1.022, II, e 489, § 1º, III e IV, do CPC/2015, ao argumento de que o Tribunal de origem teria sido omissivo quanto às conclusões do laudo pericial e ao princípio da indivisibilidade da prova. Alega, ainda, ofensa ao art. 117 do Código Civil, art. 1º do Decreto 20.910/32, art. 21 da Lei 4.717/65, art. 1.013, § 2º, do CPC, arts. 2º e 3º do Decreto-Lei 9.760/46, art. 65 da Lei 12.651/12, arts. 4º, I e II, 30, 31, 32 e 33, da Lei 13.465/2017, art. 8º, § 4º, do Código Florestal, e art. 2º da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que: a) nas hipóteses em que a relação jurídica deduzida for de natureza jurídico-administrativa, aplica-se à ação civil pública a regra da prescrição quinquenal, prevista no art. 1º do Decreto 20.910/32, recepcionado, com força de lei, pela Constituição Federal; b) nos demais casos, incide, pela via analógica, o prazo prescricional, também de 05 (cinco) anos, previsto para a propositura de Ação Popular, no art. 21 da Lei

4.717/65, ante a identidade dos bens que tais ações constitucionais destinam-se a amparar; c) seja qual for o prazo adotado, incide a prescrição, visto que o dano foi causado no ano de 1978; d) a edificação não pode ser considerada área de preservação permanente, porquanto “o local dos fatos é geologicamente um tómbolo, e tómbolos não são protegidos pela legislação pátria”; e) a intervenção em Área de Preservação Permanente foi proibida apenas no ano de 2001, por meio da Medida Provisória 21.166-67, de 24 de agosto de 2001, que deu nova redação ao art. 4º da Lei 4.771/65; f) o laudo concluiu que o imóvel não está situado em praia, terreno de marinha ou sítio arqueológico; g) a residência unifamiliar é considerada de baixo impacto ambiental.

Contrarrazões a fls. 2.167/2.184e.

Os Recursos Especiais foram inadmitidos, a fls. 2.220/2.224 e 2.213/2.218e, por decisões impugnadas pelos Agravos de fls. 2.230/2.248 e 2.290/2.304e.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento dos Agravos (fls. 2.330/2.347e).

O feito foi inicialmente distribuído à Ministra *Nancy Andrighi*, que, pelo despacho de fls. 2.349e, reconheceu, com fundamento no art. 9º, § 1º, VIII e XIV, do RISTJ, a incompetência da Segunda Seção e determinou a sua redistribuição a uma das Turmas da Primeira Seção do STJ.

Pela decisão de fls. 2.357e, converti os Agravos em Recurso Especial em Recursos Especiais, para melhor exame da matéria.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Relatora): Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública, ajuizada pelo Ministério Público Federal contra *João Luiz do Livramento*, em virtude da edificação de imóvel de 140,17 m² no Balneário Galheta, em Laguna/SC, situado em Área de Preservação Permanente (campo de dunas e vegetação de restinga fixadora), no interior de Unidade de Conservação Federal (APA da Baleia Franca), e, parcialmente, em bem da União (terreno de marinha), tudo sem autorização ou licença dos órgãos competentes.

Na inicial formularam-se os seguintes pedidos:

- b) a condenação do demandado na obrigação de fazer, consistente em proceder ou custear a demolição da edificação localizada no endereço já

qualificado, removendo-se os entulhos provenientes da demolição e restaurando-se o meio ambiente degradado, implementando-se o competente Projeto de Recuperação de Área Degradada – PRAD, de forma que toda a área objeto da edificação retorne a seu *status quo ante*, além de uma indenização pelos danos ambientais causados, recolhida ao fundo de defesa dos direitos difusos do meio ambiente (Lei n. 7.797/89 c/c art. 13 da Lei n. 7.347/85);

c) a condenação do demandado na obrigação de pagar a quantia de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), na impossibilidade de haver a completa reparação dos danos ambientais, assim comprovado por perícia judicial (fl. 42e).

O Juízo de 1º Grau julgou parcialmente procedentes os pedidos, para condenar a parte ré a proceder ou custear: (i) a demolição total da edificação, com a remoção dos entulhos; (ii) a recuperação total do dano ambiental causado, por meio de Projeto de Recuperação da Área Degradada (PRAD), negando a indenização pelos danos ambientais causados (fls. 1.662/1.710e).

O Tribunal de origem negou provimento às Apelações das partes, sob a seguinte fundamentação:

A responsabilidade pelo dano ambiental é objetiva e a obrigação de reparação dos danos é propter rem, podendo ser imediatamente exigível do proprietário atual, independentemente de qualquer indagação a respeito da boa-fé do adquirente. Nesse sentido:

(...)

Assentada essa premissa, forçoso reconhecer a inexistência de prescrição, pois as ações que visam reparação de dano ambiental não estão sujeitas a prazos prescricionais.

(...)

Seguindo, a afirmação de que reside no local há mais de trinta anos, não autoriza a sua manutenção, já que a proteção às dunas e restingas já era prevista no Código Florestal revogado, de 1965, e foi mantida na legislação atual.

Portanto, resta evidenciado que o imóvel, ainda que antigo, sempre esteve em condição irregular, pois o local já era definido pela lei como área de preservação permanente desde a primeira construção e, assim, era proibida a edificação.

(...)

Em relação às demais insurgências especificamente ao local onde edificado o imóvel, entendo que foram analisadas com precisão na decisão proferida pelo Juízo quo, portanto, mantenho-a, no mérito, por seus próprios fundamentos:

(...)

Considerando o local da edificação, correta a sentença que condenou o réu à demolição da edificação situada em área de praia marítima, terreno de marinha,

sambaqui, dunas móveis, promontório, no interior da área de proteção ambiental - APA da Baleia Franca.

Em casos análogos, também envolvendo residências edificadas na Praia da Galheta, esta Corte reconheceu a necessidade de demolição da obra, com a posterior recuperação do meio ambiente lesado:

(...)

O MPF requereu que fosse arbitrado um valor de condenação indenizatória para, assim, evitar eventual reincidência do réu em relação ao dano ambiental, cumulativamente à obrigação de fazer.

Com efeito, a cumulação da obrigação de fazer com o pagamento de indenização é possível por força do art. 3º da Lei n. 7.347/85, que estabelece que a responsabilização pelos danos causados ao meio ambiente pode ocorrer por meio de condenação à obrigação de fazer ou não fazer ou ao pagamento de indenização.

A propósito, é firme na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, comprovada a ocorrência de dano ambiental, a adoção de procedimentos, visando à integral recuperação da área degradada, não exige de responsabilidade o degradador do meio ambiente, sendo admissível a cumulação de obrigação de fazer e eventual indenização pelo dano ainda remanescente (Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, REsp n. 904.324/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJe 27/05/2009; REsp n. 1.165.281/MG, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJe 17/05/2010).

(...)

Tal condenação, contudo, deve ser analisada caso a caso.

*No presente caso, tenho que a condenação ao pagamento de indenização não se justifica, pois se trata de ocupação muito antiga, da década de 1970 (primeira construção entre 1978 e 1989 e a atual entre 1997 e 2002), que vem causando poucos impactos ambientais. Ademais, foi comprovado o cumprimento da ordem emanada pelo Juízo a quo de colocação de placa no imóvel com os dizeres 'Edificação objeto de Ação Civil Pública por estar inserida em Área de Preservação Permanente - Autos n. 5001363-48.2012.404.7216, em trâmite na Justiça Federal. Autor - Ministério Público Federal. Proibidas novas intervenções (processo originário, evento 14, **Foto3**).*

Não resta dúvida, segundo informado pelo expert, que, de acordo com um boletim cadastral de 1991 localizado pela perícia (anexo 6) informa que havia uma construção com 74,60m² em madeira locada nos fundos do terreno atualmente ocupado. O contrato de compra e venda, datado de 1997 (Evento 25, OUT4, p. 30-31), menciona que na transmissão da posse havia uma edificação de materiais mistos. Portanto, em alguma data entre 1997 e 2002 houve a construção da edificação hoje existente, em alvenaria em sua totalidade e locada na porção frontal do terreno (Evento 179, *Laudos*, p. 41, quesito 2). Porém, o novo imóvel construído sobre o terreno foi objeto de regularização pelo Município de Laguna entre 2003 e 2004. A licença expedida foi, no entanto, revogada no ano seguinte por conta de vícios no atendimento da lei que o instruíra.

(...)

Por fim, *é razoável que o cumprimento da ordem de demolição ocorra depois do trânsito em julgado uma vez que não há urgência que torne necessária a sua realização neste momento.* A situação da área está estabilizada, não há notícias de novas intervenções ou perigo de que venham a ocorrer e a implementação do plano de recuperação ocasionará uma modificação definitiva, sendo também importante que ocorra com suporte em uma decisão definitiva.

Ante o exposto, voto por negar provimento às apelações e ao agravo retido (fls. 1.912/1.953e).

I – Recurso Especial do MPF

Quanto ao pedido de indenização por danos ambientais, o Tribunal de origem, também nesse capítulo decisório, mantendo a sentença, entendeu que, no caso concreto, a sua cumulação com as demais condenações não seria proporcional.

Nesse sentido, consignou-se no acórdão recorrido:

A obrigação de reparação do dano ambiental foi expressamente estabelecida pelo art. 14 da Lei n. 6.938/81:

Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

[...]

§ 1º - *Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.*

Verificada a lesão ao meio ambiente, sua reconstrução às condições originais é adequada à vocação do Direito Ambiental, que prioriza medidas preventivas, reparatorias e compensatórias, em lugar da mera indenização pelos danos ocasionados.

Por outro lado, *ainda que possível a cumulação de obrigação de fazer, não fazer e pagar pelas agressões ao meio ambiente, a indenização em dinheiro pelo dano ambiental deve ter lugar apenas quando comprovada a inviabilidade técnica de recomposição da área e o retorno ao status quo ante, apresentando cunho subsidiário.*

(...)

Sobre o tema, dispõe o art. 84, § 1º, da Lei n. 8.078/90, que compõe o microsistema das ações coletivas:

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

Portanto, a cumulação só se justifica quando há a necessidade de complementação, por eventual insuficiência das demais condenações, e em razão das peculiaridades do caso concreto. (...)

Por certo, o desfazimento de obra e a recuperação ambiental, por si só, já se revelam suficientemente gravosos, razão pela qual, em homenagem aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, a fixação cumulativa de pena pecuniária como forma de indenização complementar somente é cabível em casos excepcionais, ante a impossibilidade de recuperação da área ou as peculiaridades do caso concreto.

(...)

O MPF requereu que fosse arbitrado um valor de condenação indenizatória para, assim, evitar eventual reincidência do réu em relação ao dano ambiental, cumulativamente à obrigação de fazer.

Com efeito, a cumulação da obrigação de fazer com o pagamento de indenização é possível por força do art. 3º da Lei n. 7.347/85, que estabelece que a responsabilização pelos danos causados ao meio ambiente pode ocorrer por meio de condenação à obrigação de fazer ou não fazer ou ao pagamento de indenização.

A propósito, é firme na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, comprovada a ocorrência de dano ambiental, a adoção de procedimentos, visando à integral recuperação da área degradada, não exime de responsabilidade o degradador do meio ambiente, sendo admissível a cumulação de obrigação de fazer e eventual indenização pelo dano ainda remanescente (Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, REsp n. 904.324/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJe 27/05/2009; REsp n. 1.165.281/MG, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJe 17/05/2010).

(...)

Tal condenação, contudo, deve ser analisada caso a caso.

No presente caso, tenho que a condenação ao pagamento de indenização não se justifica, pois se trata de ocupação muito antiga, da década de 1970 (primeira construção entre 1978 e 1989 e a atual entre 1997 e 2002), que vem causando poucos impactos ambientais. Ademais, foi comprovado o cumprimento da ordem emanada pelo Juízo *a quo* de colocação de placa no imóvel com os dizeres 'Edificação objeto de Ação Civil Pública por estar inserida em Área de Preservação Permanente - Autos n. 5001363-48.2012.404.7216, em trâmite na Justiça Federal. Autor - Ministério Público Federal. Proibidas novas intervenções (processo originário, ev'ento 14, Foto3) (fls. 1.930/1.932e e 1.951e).

No Recurso Especial do MPF sustenta-se que os arts. 4º, VII, e 14, § 1º, da Lei 6.938/81, c/c o art. 3º da Lei 7.347/85, impõem, no caso, que seja cumulado, ao já reconhecido dever de recuperação da área degradada, o “dever de indenizar, este último visando, precipuamente, a compensar a privação temporária, imposta à coletividade, do equilíbrio ambiental no local atingido até que se completem os trabalhos de recuperação” (fl. 2.136e).

De acordo com a Súmula 629/STJ, editada em 12/12/2018, “quanto ao dano ambiental, é admitida a condenação do réu à obrigação de fazer ou à de não fazer cumulada com a de indenizar”.

Nessa direção:

Processual Civil. Ambiental. Ação civil pública. Ambiental. *Ocupação e construção em Área de Preservação Permanente*. Hipótese que não se amolda a quaisquer das situações que autorizam a excepcional intervenção nesse espaço territorial especialmente protegido. *Imperiosa a demolição da construção na Área de Preservação Permanente*. *Precedentes*. *A reparação integral do dano ambiental envolve, além das medidas para sua recuperação, a compensação pelo período em que foram desrespeitadas as normas ambientais*. Proteção das Áreas de Preservação Permanente para as presentes e futuras gerações.

I - Na origem trata-se de ação civil pública ambiental movida pela Sociedade Pró Educação, Resgate e Recuperação Ambiental - Serra em desfavor de vários réus.

II - Na sentença julgou-se procedente em parte o pedido para condenar solidariamente os réus nas obrigações de (a) demolir todas as construções situadas na Zona de Vida Silvestre do imóvel no prazo de sessenta dias do trânsito em julgado da sentença, sob pena de multa diária, limitada a 60 dias, sem prejuízo de se determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente; (b) recompor a vegetação nativa, conforme o PRAD (projeto de recuperação da área degradada), aprovado pela CBRN, que deverá ser apresentado no prazo de 30 dias do trânsito em julgado; (c) pagar pelos danos ambientais praticados, imediatos e contínuos, apurados na perícia judicial, com atualização monetária desde a data

da perícia complementar e juros de mora de 1% ao mês a contar da citação, com exceção das Fazendas, cujo pagamento se faz por precatórios. Sujeitou a sentença ao reexame necessário. No Tribunal *a quo* a sentença foi parcialmente reformada para julgar improcedente o pedido de condenação com relação ao Estado e ao ente municipal. Considerou-se, ainda, a impossibilidade de cumulação da condenação a demolir com a indenização dos danos materiais, e que não foi demonstrada a ocorrência de dano coletivo. Afastou-se, também, a condenação em honorários.

III - No recurso especial, a parte recorrente defende a violação dos arts. 17, 18 e 19 do Decreto n. 99.274/90; 9º da Lei n. 6.902/81; 9º, IV, 10, ambos da Lei n. 6.938/81; 3º, § I, e 4º, ambos da Lei n. 4.771/65; 2º da Lei n. 9.784/99; 28 da Lei n. 9.985/00 e das Resoluções *Conama* n. 10/99, 13/90, 237/97 e 369/2006.

IV - Sustenta a ofensa ao art. 2º, I, II, IV, V, VIII e IX, da Lei n. 6.938/81 e à Resolução *Conama* n. 10/88, considerando que não foram avaliados os atributos e objetivos particulares da Zona de Vida Silvestre, área objeto da presente demanda, para compatibilizá-los ou não com a intervenção havida.

V - Parecer do Ministério Público Federal pelo provimento do recurso especial.

VI - Segundo entendimento desta Corte “O novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, os direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da ‘incumbência’ do Estado de garantir a preservação e a restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I)”. (AgRg no REsp n. 1.434.797/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 7/6/2016; AgInt no AREsp n. 1.319.376/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 4/12/2018, DJe 11/12/2018.)

VII - Portanto, a manutenção de edificação em área de preservação permanente, é claramente atentatória à ordem jurídica ambiental. Nesse sentido, em casos bastante semelhantes ao presente, o Superior Tribunal de Justiça proveu o recurso especial, para reformar acórdão que mantivera imóvel construído em Área de Preservação Permanente. Nesse sentido: REsp n. 1.510.392/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25/4/2017, DJe 5/5/2017; REsp n. 1.245.149/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 9/10/2012, DJe 13/6/2013.

VIII - Também conforme entendimento pacífico desta Corte, é cabível a cumulação da obrigação de reparação com indenização, estando o acórdão também neste ponto em confronto com a jurisprudência desta Corte. Nesse sentido: AgInt no REsp 1.581.257/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 07/02/2019, DJe 12/02/2019; REsp 1.676.459/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 08/02/2018, DJe 08/03/2019.

IX - Ademais, é firme o entendimento jurisprudencial desta Corte de que a responsabilidade pelo dano é objetiva e solidária, o que afeta a todos os agentes que obtiveram proveito da atividade de resultou em dano ambiental (EDcl no AREsp 1.233.356/SP, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques, Segunda Turma*, julgado em 19/06/2018, DJe 27/06/2018). Entende-se, entretanto, que a execução possa ser subsidiária (AgInt no AREsp 1.136.393/SP, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques, Segunda Turma*, julgado em 17/05/2018, DJe 24/05/2018; AgInt no REsp 1.326.903/DF, Rel. Ministro *Og Fernandes, Segunda Turma*, julgado em 24/04/2018, DJe 30/04/2018).

X - Portanto, deve ser dado provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença.

XI - Recurso especial provido (STJ, REsp 1.768.207/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 18/03/2019).

Processual Civil. Área de Preservação Permanente. Ação demolitória. Terreno *non aedificandi*. Lagoa dos Barros. Dano ecológico *in re ipsa*. Dispensa de prova técnica da lesividade da conduta.

1. Induvidosa a prescrição do legislador no que se refere à posição intangível e ao caráter *non aedificandi* da Área de Preservação Permanente – APP –, nela interditando a ocupação ou a construção, com pouquíssimas exceções (casos de utilidade pública e interesse social, p.ex.), submetidas a licenciamento ambiental.

2. *Causa dano ecológico in re ipsa, presunção legal definitiva que dispensa produção de prova técnica de lesividade específica, quem desmata, ocupa ou explora APP, ou impede sua regeneração, comportamento de que emerge obrigação propter rem de restaurar na sua plenitude e indenizar o meio ambiente degradado e terceiros afetados, sob regime de responsabilidade civil objetiva.*

3. Necessidade de restauração da área degradada. Precedentes: AgRg no REsp 1.367.968/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 12.3.2014; REsp 1.394.025/MS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 18.10.2013; AgRg no AREsp 327.687/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 26.08.2013; REsp 1.307.938/GO, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 16.9.2014; EDcl no Ag 1.224.056/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 6.8.2010; AgRg no REsp 1.206.484/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 29.3.2011; REsp 1.175.907/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 25.9.2014.

4. Recurso Especial provido (STJ, REsp 1.284.610/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 05/11/2019).

No caso, o Tribunal de origem não nega essa diretriz, recaindo a controvérsia unicamente sobre o efeito jurídico que se deve atribuir ao significativo período de tempo que se passou desde a edificação irregular. O acórdão recorrido rejeita a pretensão indenizatória, sob o fundamento de que “se trata de ocupação

muito antiga, da década de 1970 (primeira construção entre 1978 e 1989 e a atual entre 1997 e 2002), que vem causando poucos impactos ambientais” (fl. 1.951e), ao passo que, no Recurso Especial do MPF, sustenta-se que a fixação de indenização é inafastável, “para compensar o prejuízo que ele causou à sociedade, em razão do (longo) período de tempo em que o meio ambiente foi (e continua sendo) degradado” (fl. 2.136e).

A tese recursal encontra amparo na doutrina especializada, que inclui, no princípio da reparação integral, os chamados “danos interinos, vale dizer, as perdas de qualidade ambiental havidas no interregno entre a ocorrência do prejuízo e a efetiva recomposição do meio degradado” (MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação Civil Pública e a Reparação do Dano Ambiental*. 2. ed., São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 314).

Essa orientação já foi acolhida em precedentes do STJ:

Processual Civil. Administrativo. Ambiental. Ação civil pública. Recurso especial. *Dano intercorrente (interino, transitório, temporário, intermediário, provisório). Indenização pecuniária. Possibilidade. Espécie de dano distinta do dano residual (permanente, definitivo, perene). Vício de fundamentação. Reenvio do feito à origem.*

1. *Os danos ambientais interinos (também ditos intercorrentes, transitórios, temporários, provisórios ou intermediários) não se confundem com os danos ambientais definitivos (residuais, perenes ou permanentes).*

2. *Os danos definitivos somente se verificam, e são indenizáveis em pecúnia, se a reparação integral da área degradada não for possível em tempo razoável, após o cumprimento das obrigações de fazer. Seu marco inicial, portanto, é o término das ações de restauração do meio ambiente.*

3. *O marco inicial do dano intercorrente, a seu turno, é a própria lesão ambiental. Seu marco final é o da reparação da área, seja por restauração in natura, seja por compensação indenizatória do dano residual, se a restauração não for viável.*

4. *O dano residual compensa a natureza pela impossibilidade de retorná-la ao estado anterior à lesão. O dano intercorrente compensa a natureza pelos prejuízos causados entre o ato degradante e sua reparação.*

5. *O poluidor deve não só devolver a natureza a seu estado anterior, mas reparar os prejuízos experimentados no interregno, pela indisponibilidade dos serviços e recursos ambientais nesse período.*

6. *A origem afastou a indenização pela possibilidade de restauração integral da natureza a seu estado anterior com o cumprimento das obrigações de fazer. A hipótese, efetivamente, trata de dano residual.*

7. Ao tratar o dano intercorrente, especificamente suscitado por ocasião dos aclaratórios, como se afastado diante dos fundamentos de inexistência de dano residual, o acórdão incorre em relevante omissão e, em consequência, nulidade do julgamento integrativo.

8. O acolhimento do vício de fundamentação prejudica o exame da matéria de fundo.

9. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido, para determinar o reenvio do feito à origem, para saneamento da omissão ora afirmada (STJ, REsp 1.845.200/SC, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 06/09/2022).

Ambiental. Agravo interno submetido ao Enunciado Administrativo 3/STJ. Ação civil pública. *Recuperação do meio ambiental. Indenização pecuniária. Cumulação. Possibilidade.*

1. *É pacífico nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual é possível a cumulação entre as obrigações de recompor/restaurar/recuperar as áreas afetadas por danos ambientais e a obrigação de indenizar em pecúnia.*

2. Conforme assentou a Segunda Turma no julgamento do REsp 1.180.078/MG (Rel. Min Herman Benjamin, DJe de 28/2/2012): “A cumulação de obrigação de fazer, não fazer e pagar não configura bis in idem, porquanto a indenização não é para o dano especificamente já reparado, mas para os seus efeitos remanescentes, reflexos ou transitórios, com destaque para a privação temporária da fruição do bem de uso comum do povo, até sua efetiva e completa recomposição, assim como o retorno ao patrimônio público dos benefícios econômicos ilegalmente auferidos”.

3. Agravo interno não provido (STJ, AgInt no REsp 1.548.960/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 12/03/2018).

Ambiental. Desmatamento. *Cumulação de obrigação de fazer (reparação da área degradada) e de pagar quantia certa (indenização). Possibilidade. Interpretação 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 área de mata nativa. A instância ordinária considerou provado o dano ambiental e condenou o degradador a repará-lo; porém, julgou improcedente o pedido indenizatório.

2. *A jurisprudência do STJ está firmada no sentido de que a necessidade de reparação integral da lesão causada ao meio ambiente permite a cumulação de obrigações de fazer e indenizar. Precedentes da Primeira e Segunda Turmas do STJ.*

3. A restauração *in natura* nem sempre é suficiente para reverter ou recompor integralmente, no terreno da responsabilidade civil, o dano ambiental causado, daí não exaurir o universo dos deveres associados aos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum*.

4. A reparação ambiental deve ser feita da forma mais completa possível, de modo que a condenação a recuperar a área lesionada não exclui o dever de indenizar, sobretudo pelo dano que permanece entre a sua ocorrência e o pleno restabelecimento do meio ambiente afetado (= dano interino ou intermediário), bem como pelo dano moral coletivo e pelo dano residual (= degradação ambiental que subsiste, não obstante todos os esforços de restauração).

5. A cumulação de obrigação de fazer, não fazer e pagar não configura *bis in idem*, porquanto a indenização não é para o dano especificamente já reparado, mas para os seus efeitos remanescentes, reflexos ou transitórios, com destaque para a privação temporária da fruição do bem de uso comum do povo, até sua efetiva e completa recomposição, assim como o retorno ao patrimônio público dos benefícios econômicos ilegalmente auferidos.

6. Recurso Especial parcialmente provido para reconhecer a possibilidade, em tese, de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer voltadas à recomposição *in natura* do bem lesado, com a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que verifique se, na hipótese, há dano indenizável e para fixar eventual *quantum debeatur* (STJ, REsp 1.180.078/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 28/02/2012).

Sendo incontroversos, na situação sob exame, tanto os danos ambientais como o longo período de sua duração, deve-se reconhecer, na linha da jurisprudência do STJ, a obrigação de indenizar, sendo, no caso, a passagem do tempo – ao contrário do que entenderam as instâncias ordinárias – um elemento decisivo para o acolhimento da pretensão recursal. Nesse sentido: “Se a restauração integral do meio ambiente lesado, com a conseqüente reconstituição completa do equilíbrio ecológico, depender de lapso de tempo prolongado, necessário que se compense tal perda: é o chamado lucro cessante ambiental, também conhecido como dano interino ou intercorrente” (FREITAS, Cristina Godoy de Araújo. Valoração do dano ambiental: algumas premissas. In Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Edição Especial Meio Ambiente: A Valoração de Serviços e Danos Ambientais, 2011, p. 11).

Além disso, vê-se que os dispositivos legais tidos como violados no particular, foram apreciados pelo Tribunal de origem (fls. 1.930e e 1.951e).

Alega o MPF, ainda, que o Tribunal de origem, “ao condicionar o cumprimento da obrigação de fazer ao seu trânsito em julgado, atribuiu efeito suspensivo a recurso ainda não interposto, e cuja a análise incumbe a outro Tribunal (instância superior)” (fl. 2.144e).

Quanto ao ponto, o Tribunal de origem assim se pronunciou:

Por fim, é razoável que o cumprimento da ordem de demolição ocorra depois do trânsito em julgado uma vez que não há urgência que torne necessária a sua realização neste momento. A situação da área está estabilizada, não há notícias de novas intervenções ou perigo de que venham a ocorrer e a implementação do plano de recuperação ocasionará uma modificação definitiva, sendo também importante que ocorra com suporte em uma decisão definitiva (fl. 1.952e).

No Recurso Especial do MPF aponta-se ofensa aos arts. 2º, 141, 490, 492, 520, 995, 1.013, e 1.029, § 5º, III, do CPC/2015, e ao art. 14 da Lei 7.347/85, sustentando-se que o Tribunal de origem não teria competência para suspender o acórdão por ele proferido, tampouco poderia vedar o cumprimento provisório de sentença, ainda mais fazendo-o de ofício.

De fato, por simples cotejo das razões recursais e dos fundamentos do acórdão recorrido, percebe-se que, além da ausência de manifestação expressa, a tese recursal, vinculada aos citados dispositivos legais, tidos como violados, não foi apreciada, no voto condutor do aresto impugnado, não tendo servido de fundamento à conclusão adotada pelo Tribunal de origem, nem opôs a parte ora agravante Embargos de Declaração, para suprir eventual omissão do julgado.

Diante desse contexto, 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.

Para que se configure o prequestionamento, não basta que o recorrente devolva a questão controvertida para o Tribunal, em suas razões recursais. É necessário que a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal indicada, bem como seja exercido juízo de valor sobre os dispositivos legais indicados e a tese recursal a eles vinculada, interpretando-se a sua aplicação ou não, ao caso concreto.

A propósito:

Administrativo e Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Reenquadramento funcional do servidor. Herdeiros de ex-pensionistas. Prescrição do fundo de direito. Falta de prequestionamento da tese recursal. Incidência da Súmula 282/STF. Correta aplicação da legislação federal.

1. A tese jurídica debatida no recurso especial deve ter sido objeto de discussão no acórdão atacado. Inexistindo esta circunstância, desmerece ser conhecida por

*ausência de prequestionamento. Súmula 282 do STF (AgRg no REsp 1.374.369/RS, Rel. Ministro **Herman Benjamin, Segunda Turma**, DJe 26/6/2013).*

(...)

3. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ, AgRg no AREsp 447.352/PE, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 27/02/2014).

Processual Civil. Tributário. Execução fiscal. (...) Art. 192 do CC. Falta de prequestionamento. Prescrição intercorrente. Inércia do credor. Aferição. Súmula 7/STJ.

(...)

4. *A tese da prescrição com base no art. 192 do Código Civil não comporta conhecimento, por falta de prequestionamento, visto que o acórdão abordou a questão prescricional com base nos arts. 174 do CTN e 40 da Lei n. 6.830/80, o que atrai a incidência das Súmulas 282/STF e 356/STF ao ponto.*

(...)

Agravo regimental improvido (STJ, AgRg no REsp 1.461.155/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 24/03/2015).

Com efeito, “a exigência do prequestionamento, impende salientar, não é mero rigorismo formal, que pode ser afastado pelo julgador a que pretexto for. Ele consubstancia a necessidade de obediência aos limites impostos ao julgamento das questões submetidas ao E. Superior Tribunal de Justiça, cuja competência fora outorgada pela Constituição Federal, em seu art. 105. (...) A competência para a apreciação originária de pleitos no C. STJ está exaustivamente arrolada no mencionado dispositivo constitucional, não podendo sofrer ampliação” (STJ, REsp 1.033.844/SC, Rel. Ministro *Luiz Fux, Primeira Turma*, DJe de 20/05/2009).

Ademais, no Recurso Especial não se impugnam os fundamentos que levaram o Tribunal de origem a condicionar o cumprimento de sentença ao trânsito em julgado.

Com efeito, à luz do princípio da *dialeticidade*, não basta a parte recorrente manifestar o inconformismo e a vontade de recorrer; precisa impugnar todos os fundamentos suficientes para sustentar o acórdão recorrido, demonstrando, de maneira discursiva, por que o julgamento, proferido pelo Tribunal de origem, merece ser modificado.

Não o fazendo, tem-se, como consequência, a higidez do julgado recorrido, em face da aplicação da Súmula 283/STF.

Nesse sentido, entre muitos outros:

Agravo interno. Recurso especial. Embargos à execução. Omissão no acórdão de origem. Gratuidade judiciária. Limitação da comissão de permanência. Ausência de indicação no recurso especial de dispositivo tido como violado. Súmula 284/STF. Princípio da congruência ou adstrição. Configuração. Excesso de execução. Não impugnação específica das razões do acórdão estadual. Incidência do Verbetes n. 283/STF. Exigibilidade do título extrajudicial. Alegada impenhorabilidade dos bens. Reexame de provas. Súmula 7/STJ. Ausência de impugnação aos fundamentos da decisão. Súmula n. 182/STJ (NCPC). Não provimento.

1. A falta de indicação de dispositivo de lei a respeito de cuja interpretação divergiu o acórdão recorrido implica deficiência na fundamentação do recurso especial, o que atrai a incidência da Súmula n. 284 do STF.

2. Conforme o entendimento consolidado neste Tribunal, não configura julgamento *ultra petita* ou *extra petita*, com violação ao princípio da congruência ou da adstrição, o provimento jurisdicional proferido nos limites do pedido, o qual deve ser interpretado lógica e sistematicamente a partir de toda a petição inicial. Precedentes.

3. *Ante a deficiência na motivação e a ausência de impugnação de fundamento autônomo do acórdão recorrido, aplica-se, por analogia, o óbice da Súmula n. 283, do STF.*

(...)

6. Agravo interno a que se nega provimento (STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.843.966/MG, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe de 11/02/2021).

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação de indenização por danos morais e materiais. Relação de consumo. Inversão do ônus da prova. Conclusão do acórdão pela ausência de hipossuficiência técnica da parte autora. Falta de impugnação específica. Deficiência de fundamentação. Súmulas 283 e 284/STF. Agravo interno improvido.

1. *A falta de impugnação de argumento suficiente para manter, por si só, o acórdão impugnado, a argumentação dissociada bem como a ausência de demonstração da suposta violação à legislação federal impedem o conhecimento do recurso, na esteira dos enunciados n. 283 e 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.*

2. Agravo interno improvido (STJ, AgInt no AREsp 1.701.009/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe de 04/12/2020).

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Prequestionamento. Ausência. Fundamentação deficiente. Verificação. Contrato. Pagamento. *Dies a quo*. Fixação. Reexame do acervo fático-probatório e revisão das cláusulas contratuais. Impossibilidade.

1. Dirimida a lide sem qualquer menção dos dispositivos legais mencionados no apelo nobre, padece o recurso do indispensável prequestionamento, o que faz incidir, por analogia, o óbice da Súmula 282 do STF.

2. *Incidem as Súmulas 283 e 284 do STF, em aplicação analógica, quando não impugnado fundamento autônomo e suficiente à manutenção do aresto recorrido, e a tese recursal desbota do decidido pela Corte de origem.*

(...)

5. Agravo interno desprovido (STJ, AgInt no REsp 1.826.410/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 18/12/2020).

Agravo interno nos embargos de declaração no agravo em recurso especial. Ação de rescisão contratual. Decisão monocrática que negou provimento ao reclamo. Insurgência recursal da ré.

(...)

5. *A parte recorrente não logrou infirmar nas razões do especial fundamento capaz, por si só, de manter a conclusão do julgado, de modo que a pretensão reformatória encontra obstáculo na Súmula 283 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.*

6. Para afastar a afirmação no acórdão guerreado no sentido de que a pretensão da multa não pode ser acolhida, ante a não caracterização da mora do autor, seria necessário promover o reexame fático-probatório dos autos, bem como interpretar as cláusulas contratuais, providências vedadas, a teor das Súmulas 5 e 7/STJ.

7. Agravo interno desprovido (STJ, AgInt nos EDcl no AREsp 1.270.439/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe de 16/12/2020).

Em conclusão, na impugnação do capítulo decisório que condicionou a efetivação da condenação ao trânsito em julgado, a parte recorrente deixou de atacar o fundamento adotado pelo Tribunal de origem para tal, invocando preceitos não prequestionados, o que torna, por qualquer ângulo, inviável o Recurso Especial, no ponto.

Nesse sentido:

Administrativo. Ambiental. Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Ação civil pública. Deferimento. Antecipação. Efeitos. Tutela. Obrigação de fazer. Descumprimento. Estipulação. Multa cominatória. Pretensão. Execução provisória. Descabimento. Vedação. LACP. Violação. Normas federais. CPC. Carência. Prequestionamento. Súmula 211/STJ. Fundamentação legal inatacada. Súmula 283/STF.

1. O Tribunal “a quo” decidiu, com enfoque nos arts. 11 e 12, § 2º, da Lei 7.347/1985, que a execução de multa arbitrada liminarmente em ação civil pública, para efeito de compelir ao cumprimento de obrigação de fazer, é condicionada ao trânsito em julgado da decisão favorável ao autor.

2. Dada essa configuração, o recurso especial que indica a violação aos arts. 475-J, 475-N e 475-O do CPC padece da falta de prequestionamento e de impugnação à fundamentação legal utilizada no decisório, atraindo o óbice das Súmulas 211/STJ e 283/STF, respectivamente.

3. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no REsp 1.426.875/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 10/03/2015).

Assim, o Recurso Especial do MPF merece conhecimento e acolhimento apenas no que se refere à obrigação de indenizar.

II – Recurso Especial do Particular

Inicialmente, em relação arts. 1.022, II, e 489, § 1º, III e IV, do CPC/2015, deve-se ressaltar que o acórdão recorrido, julgado sob a égide do vigente Código de Processo Civil, não incorreu em omissão, uma vez que o voto condutor do julgado apreciou, motivadamente, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida pela parte recorrente, apresentando fundamentação suficiente para o deslinde do litígio, como se vê especialmente de fls. 1.920/1.937e e do parecer ministerial, a fls. 2.337/2.342e.

Vale destacar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, REsp 1.129.367/PR, Rel. Ministra *Diva Malerbi* (Desembargadora Federal convocada do TRF/3ª Região), *Segunda Turma*, DJe de 17/06/2016; REsp 1.078.082/SP, Rel. Ministro *Sérgio Kukina*, *Primeira Turma*, DJe de 02/06/2016; AgRg no REsp 1.579.573/RN, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Segunda Turma*, DJe de 09/05/2016; REsp 1.583.522/SP, Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Segunda Turma*, DJe de 22/04/2016.

Em relação ao prazo prescricional, o STF, no Tema 999 da repercussão geral, fixou a tese de que “é imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental”.

O precedente recebeu a seguinte ementa:

Recurso extraordinário. Repercussão Geral. Tema 999. Constitucional. Dano ambiental. Reparação. Imprescritibilidade.

1. Debate-se nestes autos se deve prevalecer o princípio da segurança jurídica, que beneficia o autor do dano ambiental diante da inércia do Poder Público; ou se devem prevalecer os princípios constitucionais de proteção, preservação e reparação do meio ambiente, que beneficiam toda a coletividade.

2. Em nosso ordenamento jurídico, a regra é a prescrição da pretensão reparatória. A imprescritibilidade, por sua vez, é exceção. Depende, portanto, de fatores externos, que o ordenamento jurídico reputa inderrogáveis pelo tempo.

3. Embora a Constituição e as leis ordinárias não disponham acerca do prazo prescricional para a reparação de danos civis ambientais, sendo regra a estipulação de prazo para pretensão ressarcitória, a tutela constitucional a determinados valores impõe o reconhecimento de pretensões imprescritíveis.

4. O meio ambiente deve ser considerado patrimônio comum de toda humanidade, para a garantia de sua integral proteção, especialmente em relação às gerações futuras. Todas as condutas do Poder Público estatal devem ser direcionadas no sentido de integral proteção legislativa interna e de adesão aos pactos e tratados internacionais protetivos desse direito humano fundamental de 3ª geração, para evitar prejuízo da coletividade em face de uma afetação de certo bem (recurso natural) a uma finalidade individual.

5. *A reparação do dano ao meio ambiente é direito fundamental indisponível, sendo imperativo o reconhecimento da imprescritibilidade no que toca à recomposição dos danos ambientais.*

6. Extinção do processo, com julgamento de mérito, em relação ao Espólio de Orleir Messias Cameli e a Marmud Cameli Ltda, com base no art. 487, III, b do Código de Processo Civil de 2015, ficando prejudicado o Recurso Extraordinário. **Afirmção de tese segundo a qual *É imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental*** (STF, RE 654.833/AC, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe de 24/06/2020).

A jurisprudência do STJ segue no mesmo sentido:

Ambiental. Processual Civil. Agravo em recurso especial. Enunciado Administrativo 3/STJ. *Pretensão indenizatória de dano ambiental. Imprescritibilidade. RE 654.833/AC - Repercussão Geral.* Natureza “propter rem” da obrigação. Legitimidade dos atuais proprietários. Súmula 623/STJ. Denúnciação da lide de eventuais corresponsáveis. Carência de prequestionamento. Súmulas 282 e 356 do STF.

1. *“É imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental”* (RE 654.833/AC, rel. Ministro Alexandre de Moraes).

2. As obrigações ambientais possuem natureza “propter rem”, sendo admissível cobrá-las tanto do proprietário ou do possuidor atual, quanto dos anteriores, à escolha do credor. Inteligência da Súmula 623/STJ.

3. Não cumpre o requisito do prequestionamento o recurso especial para salvaguardar a higidez de norma de direito federal não examinada pela origem, ainda mais quando inexistente a prévia oposição de embargos declaratórios. Súmulas 282 e 356, do Supremo Tribunal Federal.

4. Agravo conhecido para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento (STJ, AREsp 1.791.545/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 24/05/2021)

Consigne-se que, na apreciação do referido Tema 999, o Ministro *Alexandre de Moraes*, no voto condutor do acórdão, deixou claro que o STF, na ocasião, reconheceu a “imprescritibilidade no que toca à recomposição dos danos ambientais”. Dando sentido preciso à pretensão que nesse julgamento se declarou imprescritível, transcreveu-se e adotou-se como exposto fundamento, no mesmo voto condutor, a seguinte lição de Édis Milaré: “O dano ambiental afeta o direito fundamental social e indisponível a um meio ambiente saudável e indispensável à sadia qualidade de vida; e, assim, considerar possível a não reparação do dano ambiental, em razão da prescrição, impedindo que o meio ambiente retorne à mesma qualidade que dispunha – seja pela reparação in loco, seja por uma compensação em outro local – é o mesmo que concluir pela disponibilidade de tal direito” (*A constitucionalização do direito do ambiente*. In 30 anos da CF e o direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 481).

No mais, quanto aos danos ambientais e à necessidade de recomposição da área, o Tribunal de origem, com base no exame dos elementos fáticos dos autos, consignou que:

No caso dos autos, João Luiz do Livramento mantém imóvel de 140,17m² no Balneário Galheta, em Laguna/SC.

O Auto de Infração n. 034775-B e o respectivo Relatório de Fiscalização – Parte II (evento 1, PROCADM2, fls. 2 e 7-10), lavrados pelo ICMBio, demonstram que o imóvel está localizado no interior da APA da Baleia Franca e em área de preservação permanente de dunas, apesar de não contar coma autorização do órgão ambiental competente.

De acordo com o Relatório de Fiscalização – Parte I - Ocorrência n. 004/2012 (evento 1, PROCADM2, fls. 5-6), lavrado pelo ICMBio, a Informação Técnica n. 23/2011 – APA da Baleia Franca (evento 1, PROCADM13), o Parecer Técnico n. 477/2011 da *Fatma* (evento 1, PROCADM4) e o Parecer Técnico emitido pela *Fatma* à Fundação Rasgamar (evento 1, PROCADM11), o imóvel da parte ré está inserido em campo de dunas do Balneário Galheta, que constitui área de preservação permanente integrante da APA da Baleia Franca, cercado por praias marítimas, áreas de banhado e vegetação de restinga, além do Morro do Cabo de Santa Marta Pequena, definido na legislação municipal como APP.

Do laudo pericial judicial (eventos 179 e 180), confeccionado por equipe composta por engenheiro civil especialista em perícia, auditoria e gestão ambiental, engenheiro civil especialista em gestão ambiental, engenheiro agrimensor, química, bióloga mestre em recursos genéticos vegetais, biólogo especialista em gestão ambiental e geólogo mestre em hidrogeologia, a partir de estudos realizados no imóvel objeto da lide e em todo o entorno do Cabo de Santa Marta Pequena, e instruído com laudo técnico geológico/hidrogeológico/geomorfológico, extraem-se imagens aéreas e esclarecimento acerca das nomenclaturas empregadas (evento 179, *Laudo1* e *Laudo4*):

(...)

*Segundo o laudo pericial, o imóvel interfere em área de preservação permanente pela presença de vegetação de restinga fixadora de dunas (evento 179, **Laudo4**, fl. 30, **Laudo5**, fl. 40, e **Laudo6**, fl. 9), além de estar no interior da APA da Baleia Franca e parcialmente em terreno de marinha, apesar de não contar com licença ou autorização dos órgãos ambientais (evento 179, *Laudo4*, fls. 35 e 39, *Laudo5*, fls. 1-2 e 39-40, e *Laudo6*, fls. 6 e 9-10).*

Conforme esclarece o expert, todo o contexto ambiental do Balneário Galheta - à exceção do Morro do Cabo de Santa Marta Pequena, APP segundo a legislação municipal - configura área de preservação permanente de vegetação de restinga fixadora de dunas, prevista na legislação federal (...)

*É fato notório na região (arts. 374, I, e 375, ambos do CPC/15) que as dunas, de forma recorrente, invadem e cobrem parte dos imóveis existentes no local, como se observa em diversas fotografias anexadas no laudo pericial, a demonstrar a existência de dunas ativas. As dunas móveis constituem bens da União de uso comum, nos termos do art. 18 do Decreto n. 5.300/04. Colhe-se do laudo pericial (evento 179, *Laudo2*):*

(...)

Colhe-se dos documentos que instruem a exordial e do laudo pericial que a ocupação desordenada do local foi iniciada em 1970, por edificações que não possuíam autorização dos órgãos ambientais competentes, trazendo consequências negativas para o meio ambiente, com comprometimento da biota, dos recursos naturais, da paisagem cênica e da estabilidade do ecossistema da Zona Costeira, ambiente dinâmico e sensível a alterações, tanto naturais como antrópicas.

Todavia, não se trata de área urbanizada, ainda que apresente alguns equipamentos de infraestrutura urbana implantados. Os serviços públicos prestados no local resumem-se ao fornecimento de energia elétrica e à iluminação pública, já que não há fornecimento de água, tampouco coleta e tratamento de esgotos ou de lixo.

(...)

A manutenção das características naturais do entorno das edificações pode ser atribuída à sazonalidade da ocupação, já que a grande maioria das cento e

*cinquenta e quatro edificações identificadas durante os estudos periciais, assim como a da parte ré, são de uso residencial sazonal, servindo apenas como casas de veraneio. Apesar da ocupação sazonal, a simples presença das edificações causa grande impacto ao ambiente dinâmico de dunas, conforme asseverou o expert (evento 179, **Laudos**): (...) (fls. 1.932/1.935e).*

Nesse contexto, considerando a fundamentação do acórdão objeto do Recurso Especial, os argumentos utilizados pela parte recorrente quanto à descaracterização dos danos ambientais e à desnecessidade de recomposição da área, somente poderiam ter sua procedência verificada mediante o necessário reexame de matéria fática, não cabendo a esta Corte, a fim de alcançar conclusão diversa, reavaliar o conjunto probatório dos autos, em conformidade com a *Súmula 7/STJ*.

A propósito:

Processual Civil e Ambiental. Agravo interno submetido ao Enunciado Administrativo 3/STJ. Ação civil pública. Construção em área de preservação permanente. Demolição.

1. O presente recurso decorre de ação civil pública objetivando a demolição de construção irregularmente realizada em área de preservação permanente (restinga), bem como a reparação dos danos ambientais e o pagamento de indenização.

2. A sentença de parcial procedência dos pedidos (demolição de construções, recuperação da vegetação de restinga e pagamento de indenização) foi modificada no acórdão recorrido tão somente quanto ao valor da indenização, que foi reduzido.

3. *O Tribunal de origem, soberano na apreciação de matéria fática - mormente laudo pericial produzido nos autos -, considerou que a restinga do local controvertido tem função fixadora de dunas, razão pela qual está configurado o dano ambiental. Nessas circunstâncias, o óbice da Súmula 7/STJ impede o exame de alegações em sentido diverso apresentada pela ora recorrente.*

4. No que importa ao tema da possibilidade de cumulação da obrigação de recuperar a área degradada com o pagamento de indenização por danos ambientais, a parte agravante não trouxe argumentação apta a impugnar o fundamento da decisão agravada, por isso o agravo interno não pode ser conhecido nessa parte.

5. Agravo interno não provido (STJ, AgInt no AREsp 1.287.480/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 30/10/2018).

Processual Civil. Ambiental. Dano. Alegação de violação do art. 535 do CPC/73 (art. 1.022 CPC/2018). Inexistente. Ausência de prequestionamento. *Pretensão*

de reexame fático-probatório. Incidência do Enunciado n. 7 da Súmula do STJ. Divergência não comprovada.

I - O presente feito decorre de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, sob alegação de que a propriedade do réu avançou sobre a praia e a vegetação de restinga, para além da linha de preamar média, causando danos ao meio-ambiente e dificultando o acesso da população à praia. À causa foi arbitrado o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Na sentença, julgou-se parcialmente procedente o pedido. No Tribunal Regional Federal da 2ª Região, a sentença foi mantida

II - Não há violação do art. 1.022 do CPC/2015 quando o Tribunal *a quo* se manifesta clara e fundamentadamente acerca dos pontos indispensáveis para o desate da controvérsia, apreciando-a fundamentadamente (art. 165 do CPC/73), apontando as razões de seu convencimento, ainda que de forma contrária aos interesses da parte, como verificado na hipótese.

(...)

VII - Relativamente às demais alegações de violação de dispositivos infraconstitucionais, a Corte de origem analisou a controvérsia dos autos levando em consideração os fatos e provas que envolvem a matéria. É o que se percebe no seguinte excerto do acórdão, às fls. 1.359: “[...] o laudo pericial realizado durante a instrução processual (fls. 544/561) concluiu que a área efetivamente ocupada pelo imóvel do Réu é de 2.458,80m² (dois mil, quatrocentos e cinquenta e oito, vírgula oitenta metros quadrados), pois, ocorreu um avanço da dimensão de 15,77m pela divisa esquerda e de 16,08m pela direita, totalizando um avanço de 484,63m² (quatrocentos e oitenta e quatro, vírgula sessenta e três metros quadrados). O expert referiu que “a área de avanço foi identificada como um acréscimo contíguo ao lote, situada em área da União, entre a Linha Limite de Terreno de Marinha - LLTM e a Linha da Preamar Média - LPM”, ou seja, o avanço na ocupação do lote ocorreu em direção à praia. O Sr. Perito afirmou ainda que “o prolongamento da área dos lotes em direção à praia (o avanço), ocorreu sobre a vegetação nativa”, mais especificamente restinga, que é área de preservação permanente. *Deste modo, restou comprovada nos autos a ocorrência de dano ambiental em virtude do avanço irregular da propriedade do Réu sobre área de preservação permanente, conforme prevê a alínea “f” do artigo 2º da Lei n. 4.771/65 (Código Florestal), vigente à época da aquisição do imóvel pelo Apelante, que dispõe: “Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas: (...) f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangue” (teor que foi repetido no art. 4º, inciso VI da Lei 12.651/12 - Novo Código Florestal).*

VIII - Assim, para se chegar à conclusão diversa seria necessário o reexame fático-probatório, o que é vedado pelo enunciado n. 7 da Súmula do STJ, segundo o qual “a pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial”.

IX - Ressalte-se ainda que a incidência do enunciado n. 7, quanto à interposição pela alínea *a*, impede o conhecimento da divergência jurisprudencial, diante da patente impossibilidade de similitude fática entre acórdãos.

X - Ainda que assim não fosse, o dissídio jurisprudencial viabilizador do recurso especial pela alínea *c* do permissivo constitucional não foi demonstrado nos moldes legais, pois além da ausência do cotejo analítico e de não ter apontado qual dispositivo legal recebeu tratamento diverso na jurisprudência pátria, não ficou evidenciada a similitude fática e jurídica entre os casos colacionados que teriam recebido interpretação divergente pela jurisprudência pátria.

XI - Para a caracterização da divergência, nos termos do art. 1.029, § 1º, do CPC/2015 e do art. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, exige-se, além da transcrição de acórdãos tidos por discordantes, a realização do cotejo analítico do dissídio jurisprudencial invocado, com a necessária demonstração de similitude fática entre o aresto impugnado e os acórdãos paradigmas, assim como a presença de soluções jurídicas diversas para a situação, sendo insuficiente, para tanto, a simples transcrição de ementas, como no caso. Nesse sentido: AgInt no AREsp 1.235.867/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 17/5/2018, DJe 24/5/2018; AgInt no AREsp 1.109.608/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 13/3/2018, DJe 19/3/2018; REsp 1.717.512/AL, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/4/2018, DJe 23/5/2018.

XII - Agravo interno improvido (STJ, AgInt no AgInt no AREsp 1.331.495/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 12/04/2019).

Processual Civil e Ambiental. Afronta ao art. 535 do CPC/1973. Não constatação. *Área de preservação permanente. Recuperação (Dunas). Danos ao meio ambiente. Reparação. Laudo pericial. Rejeição fundamentada. Matéria de ordem pública. Prequestionamento. Exigência. Súmulas 7 e 211 do STJ. Aplicação.*

(...)

2. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que não há violação ao art. 535, II, do CPC/1973, muito menos negativa de prestação jurisdicional, quando o acórdão “adota, para a resolução da causa, fundamentação suficiente, porém diversa da pretendida pela parte recorrente, para decidir de modo integral a controvérsia posta” (AgRg no REsp 1.340.652/SC, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 10/11/2015, DJe 13/11/2015).

3. O julgador, conquanto não adstrito às conclusões do laudo pericial, pode formar a sua convicção com base em outros elementos de prova, desde que o faça de forma fundamentada (CPC/1973, art. 436 e 458, II).

4. A rejeição das conclusões do laudo oficial não carece de motivação jurídica quando fundada na constatação de que o perito, além de demonstrar desconhecimento técnico acerca da matéria (no caso, a presença de paleodunas), atua desprovido de isenção ao utilizar “linguajar agressivo” contra o Ministério

Público Federal e tecer “rasgado elogio” ao projeto de loteamento do réu na ação civil pública por dano ambiental, como anotado pela Corte regional.

5. *Discordar da conclusão alvitrada na origem acerca da existência de área de preservação permanente (restinga fixadora de dunas) no loteamento, com parte dela já destruída pelo empreendimento erguido pela recorrente, demanda o reexame de matéria fático-probatória, providência inviável no apelo extremo à luz do óbice inserto na Súmula 7 do STJ.*

6. A arguição de incompetência da Justiça Federal carece do imprescindível prequestionamento, requisito exigido também para as matérias de ordem pública na via do especial. Precedentes.

7. A Corte *a quo* não enfrentou o conteúdo do parágrafo único do art. 2º da Lei n. 4.771/1965 (remoção do óbice invocado por estar o loteamento em área urbana, regida pelo plano diretor municipal), mesmo depois de provocado pela via dos embargos de declaração, o que atrai a incidência da Súmula 211 do STJ na hipótese.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido (STJ, REsp 1.134.217/MA, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 25/04/2017).

Ademais, mesmo que isso pudesse ser superado, a tese de vedação à irretroatividade da lei não se sustentaria.

Isso porque, como se destacou no AREsp 2.030.902 (Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, DJe de 23/03/2022 - decisão monocrática), “o Decreto n. 23.793/34 e a Lei n. 4.771/65, já conferiam proteção às dunas e respectiva vegetação fixadora como áreas de preservação permanente, nas quais era proibida a edificação, não havendo que se falar em violação à irretroatividade da Lei”.

No mesmo sentido:

Ambiental. Ação civil pública. Edificação irregular em área de preservação permanente. Dunas e vegetação de restinga. Acórdão regional que, embora reconheça a irregularidade, mantém a edificação. Violação dos arts. 2º, “f”, e parágrafo único, e 3º, “b”, e § 1º, da Lei 4.771/1965. Configurada. Demolição da construção e recuperação da área degradada. Necessidade.

1. Na origem, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina propôs ação civil pública contra proprietário de imóvel, pois este teria edificado em área de preservação permanente de dunas e de vegetação de restinga fixadora das dunas (“Praia do Santinho - Bairro do Ingleses”), pleiteando a demolição da edificação, sem prejuízo da recuperação ambiental e da indenização por danos morais coletivos.

2. *Ao negar provimento ao recurso de apelação do Parquet, o Tribunal de origem entendeu por bem, mesmo verificando a possibilidade de real impacto ambiental*

e considerando que a área em análise deveria de fato ser preservada, manter as edificações irregulares na área de preservação permanente de dunas e restingas.

3. *Todavia, estando a construção edificada em área prevista como de preservação permanente, limitação administrativa que, só excepcionalmente, pode ser afastada (numerus clausus), cabível sua demolição com a recuperação da área degradada, haja vista contrariedade direta aos arts. 2º, “f”, parágrafo único, e 3º, “b”, § 1º, da Lei 4.771/1965, interpretados restritivamente.*

4. Ademais, as “restingas” são ecossistemas associados ao bioma “Mata Atlântica”, encontrando proteção também no art. 2º da Lei 11.428/2006 (Lei da Mata Atlântica).

Recurso especial provido (STJ, REsp 1.298.094/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 02/02/2016).

Por fim, a parte recorrente juntou aos autos memoriais em que aponta acórdão da Primeira Turma com a seguinte ementa:

Processual Civil. Recurso especial. Negativa de prestação jurisdicional. Ocorrência.

1. O art. 1.022, II, do Código de Processo Civil/2015 prevê que os embargos de declaração são cabíveis contra qualquer decisão judicial no intuito de suprir omissão, que ocorre quando o Juízo deixar de se manifestar sobre tese firmada em sede de recursos repetitivos ou em incidente de assunção de incompetência, ou caso incorra a decisão judicial em qualquer das condutas descritas no artigo 489, § 1º, do CPC/2015.

2. *Caso que se amolda à hipótese elencada no inciso IV do art. 489, § 1º, do CPC/2015, tendo em vista que a Corte de origem não exprimiu juízo de valor sobre as teses de que a formação geomorfológica do local objeto dos autos não poderia ser, ao mesmo tempo, restinga e tômbolo e de que o tômbolo não seria Área de Preservação Permanente (APP), por não haver previsão legal ou regulamentar do Poder Público nesse sentido.*

3. Agravo interno desprovido (STJ, AgInt do AREsp 2.052.361/SC, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 02/06/2023).

Aponta, ainda, decisão monocrática proferida no AREsp 2.055.699/SC (Rel. Ministro *Francisco Falcão*, DJe de 05/06/2023), também reconhecendo ofensa ao art. 489, § 1º, do CPC/2015, em situação análoga.

Quanto a essas alegações, consigne-se, em primeiro lugar, que existem no STJ diversas outras decisões monocráticas que, analisando a mesma argumentação, rejeitaram, tal como se faz no presente julgado, a alegação de negativa de prestação jurisdicional. Confira-se: AREsp 2.258.673/SC, Rel.

Ministro *Benedito Gonçalves*, DJe de 02/05/2023; AREsp 2.030.901/SC, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, DJe de 19/05/2022.

Ademais, o que pretende a parte recorrente com essa alegação é demonstrar a relevância do argumento, por ela defendido de que “o local dos fatos é geologicamente um ‘tômbolo’ (...) Tômbolos não são protegidos pela legislação pátria e não podem ser considerados Área de Preservação Permanente” (fl. 2.004e).

Ocorre que o acórdão recorrido, ao transcrever e adotar como fundamento a sentença, expendeu as seguintes razões decisórias:

Por fim, o art. 129, § 2º, XIII, da Lei Orgânica do Município de Laguna, reputa como APP's não edificáveis as praias e dunas que as margeiam:

Art. 129.

[...]

§ 2º. Constituem áreas de preservação permanente do Município não edificante, salvo quando para instalação de empreendimentos turísticos e parques temáticos, que incentivem a educação ambiental, e sua utilização far-se-á na forma da Lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais: (modificado pela emenda L.O.M. n. 002/02)

XIII - as praias e as dunas que as margeiam;

[...].

Frisa-se que tal previsão existe desde a redação original da Lei Orgânica, já que a Emenda LOM n. 002/02 alterou apenas a redação do caput do parágrafo segundo, e não seus incisos.

Portanto, *dunas fixas ou móveis, cobertas ou não por vegetação de restinga, como elementos do ecossistema litorâneo, constituem áreas de preservação permanente, recebendo proteção legal desde o Código Florestal de 1934.*

II.4.2. Morro do Cabo de Santa Marta Pequena.

A Lei Orgânica do Município de Laguna, de 11/07/00, no art. 129, § 2º, VII, definiu o Morro do Cabo de Santa Marta Pequena, popularmente conhecido como Cabo de Santa Marta Pequena, Morro da Galheta, Pontal/Ponta da Galheta ou Morro do Pontal da Galheta, como área de preservação permanente:

Art. 129.

[...]

§ 2º. Constituem áreas de preservação permanente do Município não edificante, salvo quando para instalação de empreendimentos turísticos e

parques temáticos, que incentivem a educação ambiental, e sua utilização far-se-á na forma da Lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais: (modificado pela emenda L.O.M. n. 002/02) [...] VII - *Morro do Cabo de Santa Marta Pequena*;

[...].

Frisa-se que a *Constituição Federal* atribui à *União, Estados, Distrito Federal e Municípios* a competência comum para “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas” (art. 23, VI).

Ademais, a competência para legislar sobre proteção ao meio ambiente e responsabilidade por danos ambientais, nos termos do art. 24, VI e VIII, da *Constituição Federal*, é concorrente entre *União e Estados*, destinando-se a legislação estadual, nesse caso, às previsões específicas relacionadas às peculiaridades de cada Estado.

Os dispositivos da legislação municipal citados, por sua vez, atendem à competência legislativa para tratar de interesses locais e suplementar a legislação estadual e federal, nos termos do art. 30, I e II, da *Constituição Federal*, conferindo proteção ambiental às áreas do município não previstas como APP na legislação federal ou estadual. Atuando na seara legislativa em caráter suplementar, o município pode estabelecer mecanismos de ampliação da proteção ambiental definida na legislação federal, sendo-lhe vedado apenas restringi-las.

(...)

Portanto, nos termos da legislação municipal, o *Morro do Cabo de Santa Marta Pequena*, localizado no *Balneário Galheta, Município de Laguna/SC*, recurso natural da *Zona Costeira*, constitui área de preservação permanente.

(...)

II.5. Área de proteção ambiental - APA da Baleia Franca.

(...)

A APA da Baleia Franca foi criada pelo Decreto Federal sem número de 14/09/00, com a finalidade de proteger, em águas brasileiras, a baleia franca austral, ordenar e garantir o uso racional dos recursos naturais da região, ordenar a ocupação e utilização do solo e das águas, ordenar o uso turístico e recreativo, as atividades de pesquisa e o tráfego local de embarcações e aeronaves (art. 1º).

Nos termos do art. 3º do citado ato normativo, na área de proteção ambiental, ficam sujeitas à regulamentação específica dos órgãos competentes, dentre outras, as atividades de implantação ou alteração de estruturas físicas e atividades econômicas na faixa de marinha e no espaço marinho (inciso V), implantação de projetos de urbanização, novos loteamentos e a expansão daqueles já existentes (inciso VI) e implantação ou execução de qualquer atividade potencialmente degradadora do ambiente (inciso XI).

Por fim, o art. 4º dispõe que na APA, “[...] deverão ser adotadas medidas para recuperação de áreas degradadas, proteção da vegetação fixadora de dunas e melhoria das condições de disposições e tratamento de efluentes e lixo”.

Retira-se, pois, da Constituição Federal e da legislação que a regulamenta, que o Poder Público tem o dever de instituir unidades de conservação, às quais será dispensado um regime especial de proteção, e de zelar pela preservação ambiental dessas áreas protegidas. Se as atividades ou edificações provocam degradação ecológica e comprometem a integridade dos atributos que justificaram sua proteção, é dever das autoridades competentes atuar para impedir, mitigar e recuperar os danos ambientais ocasionados.

(...)

Desse modo, é necessária autorização do órgão gestor da APA - no caso em tela, o ICMBio - para a intervenção em seu interior, nos termos do art. 36, § 3º, da Lei n. 9.985/00, c/c art. 30 do Decreto Federal n. 4.340/02, autorização esta que não se confunde com o licenciamento ambiental em si e, por este motivo, é exigida mesmo para a edificação de residências unifamiliares. A ausência de elaboração do Plano de Manejo da APA da Baleia Franca, por sua vez, não dispensa a necessidade da autorização, que decorre dos citados atos normativos.

Assim, o uso e manutenção de edificação em desconformidade com os objetivos da área de proteção ambiental podem ensejar a ação do Poder Público e a demolição da edificação.

(...)

II.11. Caso concreto.

No caso dos autos, João Luiz do Livramento mantém imóvel de 140,17m² no Balneário Galheta, em Laguna/SC.

O Auto de Infração n. 034775-B e o respectivo Relatório de Fiscalização – Parte II (evento 1, PROCADM2, fls. 2 e 7-10), lavrados pelo ICMBio, demonstram que o imóvel está localizado no interior da APA da Baleia Franca e em área de preservação permanente de dunas, apesar de não contar com a autorização do órgão ambiental competente.

De acordo com o Relatório de Fiscalização – Parte I - Ocorrência n. 004/2012 (evento 1, PROCADM2, fls. 5-6), lavrado pelo ICMBio, a Informação Técnica n. 23/2011 – APA da Baleia Franca (evento 1, PROCADM13), o Parecer Técnico n. 477/2011 da Fatma (evento 1, PROCADM4) e o Parecer Técnico emitido pela Fatma à Fundação Rasgamar (evento 1, PROCADM11), o imóvel da parte ré está inserido em campo de dunas do Balneário Galheta, que constitui área de preservação permanente integrante da APA da Baleia Franca, cercado por praias marítimas, áreas de banhado e vegetação de restinga, além do Morro do Cabo de Santa Marta Pequena, definido na legislação municipal como APP.

(...)

*Segundo o laudo pericial, o imóvel interfere em área de preservação permanente pela presença de vegetação de restinga fixadora de dunas (evento 179, **Laudo4**, fl. 30, **Laudo5**, fl. 40, e **Laudo6**, fl. 9), além de estar no interior da APA da Baleia Franca e parcialmente em terreno de marinha, apesar de não contar com licença ou autorização dos órgãos ambientais (evento 179, **Laudo4**, fls. 35 e 39, **Laudo5**, fls. 1-2 e 39-40, e **Laudo6**, fls. 6 e 9-10).*

*Conforme esclarece o expert, todo o contexto ambiental do Balneário Galheta - à exceção do Morro do Cabo de Santa Marta Pequena, APP segundo a legislação municipal - configura área de preservação permanente de vegetação de restinga fixadora de dunas, prevista na legislação federal, aí incluídas (evento 179, **Laudo4**):*

- a área de tómbolo, originalmente coberta por vegetação que foi parcialmente descaracterizada pela ação humana;
- as áreas de banhados vegetados, que representam barreiras de confinamento do campo de dunas; e
- as dunas internas e planícies, já que além de presente nas dunas fixas, a vegetação de restinga também é encontrada nas dunas móveis e semi-fixas (evento 179, **Laudo2**), equilibrando-se com o processo de deposição de sedimentos e a ação eólica.

(...)

Portanto, restou amplamente demonstrado através de documentos produzidos por órgãos ambientais a partir de procedimentos administrativos, que gozam de presunção de legitimidade e veracidade e foram corroborados pelo laudo pericial judicial, que o imóvel da parte ré se encontra em campo de dunas internas móveis e semi-fixas com presença de vegetação de restinga, APP segundo a legislação federal e municipal, non aedificandi conforme ambas.

(...)

A parte ré, por sua vez, defende entendimento isolado acerca da inexistência de dunas, vegetação de restinga fixadora e área de preservação permanente no local, nitidamente calcado em interpretação restritiva da legislação ambiental aplicável, e contrária ao princípio da supremacia do interesse público na proteção do meio ambiente em relação aos interesses privados, não possuindo o condão de desconstituir a farta comprovação da intervenção do imóvel em área de preservação permanente.

Nesse ponto, vale destacar que o laudo pericial é bastante claro ao demonstrar que o imóvel está situado em ambiente de restinga, habitat de vegetação típica com função de fixação de dunas desde antes da ocupação humana; que a área é fruto de processos de formação de restinga pelo sistema ilha-barreira e o sistema de tómbolo, originado a partir da existência de uma antiga ilha oceânica próxima à costa, atualmente conhecida como Morro da Ponta da Galheta; e que a área apresenta dunas fixas, semi-fixas e móveis - e não apenas lençóis de areia - desde a época anterior à ocupação humana até os dias atuais.

*Ou seja, a construção do imóvel objeto da lide foi realizada ao arripio da legislação, em campo de dunas internas móveis e semi-fixas com presença de vegetação de restinga desde a época anterior ao início da ocupação humana (evento 179, **Lauda4**, fls. 21-30) (fls. 1.920/1.937e).*

Assim, o Tribunal de origem afirmou que “o imóvel interfere em área de preservação permanente pela presença de vegetação de restinga fixadora de dunas (...), além de estar no interior da APA da Baleia Franca e parcialmente em terreno de marinha, apesar de não contar com licença ou autorização dos órgãos ambientais”. Aduziu, ainda, que “todo o contexto ambiental do Balneário Galheta - à exceção do Morro do Cabo de Santa Marta Pequena, APP segundo a legislação municipal - configura área de preservação permanente de vegetação de restinga fixadora de dunas, prevista na legislação federal, aí incluídas (...): - a área de tómbolo (...); - as áreas de banhados vegetados, que representam barreiras de confinamento do campo de dunas; e - as dunas internas e planícies”.

Como se vê, o fato de parte da área afetada constituir tómbolo não deixou de constar da apreciação feita pelas instâncias ordinárias, o que descaracteriza a alegada omissão.

Ademais, outras circunstâncias do impacto ambiental causado foram apontadas no acórdão recorrido, o que descaracteriza a alegação expendida pela parte recorrente como argumento capaz de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, o que afasta a alegada violação o art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015.

Cite-se, a propósito, o seguinte trecho da decisão monocrática proferida pelo Ministro *Herman Benjamin*, no AREsp 1.772.215/SC, transitada em julgado em 13/05/2021, também envolvendo caso de edificação na APA da Baleia Franca e no qual a parte recorrente defendia a mesma tese ora analisada:

No que tange ao argumento de inexistência de irregularidade quanto à ocupação da área pelo recorrente, haja vista o imóvel não se encontrar edificado sobre dunas fixadas por vegetação, nem sobre restinga, o que descaracteriza a área de preservação permanente, melhor sorte não lhe assiste.

Isso porque o Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas e probatórias da causa, assim se pronunciou sobre a questão:

De acordo com o Relatório de Fiscalização – Parte I - Ocorrência n. 004/2012 (evento 1, PROCADM2, fls. 6-7), lavrado pelo ICMBio, a Informação Técnica n. 23/2011 – APA da Baleia Franca (evento 1, PROCADM13), o

Parecer Técnico n. 477/2011 da *Fatma* (evento 1, PROCADM4) e o Parecer Técnico emitido pela *Fatma* à Fundação Rasgamar (evento 1, PROCADM11), o imóvel da parte ré está inserido em campo de dunas do Balneário Galheta, que constitui área de preservação permanente integrante da APA da Baleia Franca, cercado por praias marítimas, áreas de banhado e vegetação de restinga, além do Morro do Cabo de Santa Marta Pequena, definido na legislação municipal como APP.

(...)

*Conforme esclarece o expert, todo o contexto ambiental do Balneário Galheta - à exceção do Morro do Cabo de Santa Marta Pequena, APP segundo a legislação municipal - configura área de preservação permanente de vegetação de restinga fixadora de dunas, prevista na legislação federal, aí incluídas (evento 178, **Laudo4** e **Laudo5**):*

*- a **área de tômbolo**, originalmente coberta por vegetação que foi parcialmente descaracterizada pela ação humana;*

*- as áreas de banhados vegetados, que representam barreiras de confinamento do campo de dunas; e - as dunas internas e planícies, já que além de presente nas dunas fixas, a vegetação de restinga também é encontrada nas dunas móveis e semi-fixas (evento 178, **Laudo2**), equilibrando-se com o processo de deposição de sedimentos e a ação eólica.*

(...)

*Nesse ponto, vale destacar que o laudo pericial é bastante claro ao demonstrar que o imóvel está situado em ambiente de restinga, habitat de vegetação típica com função de fixação de dunas; que a área é fruto de processos de formação de restinga pelo sistema ilha-barreira e o **sistema de tômbolo**, originado a partir da existência de uma antiga ilha oceânica próxima à costa, atualmente conhecida como Morro da Ponta da Galheta; e que a área apresenta dunas fixas, semi-fixas e móveis - e não apenas lençóis de areia - desde a época anterior à ocupação humana até os dias atuais.*

Ou seja, a construção do imóvel objeto da lide foi realizada ao arpepio da legislação, em campo de dunas internas móveis e semi-fixas com presença de vegetação de restinga (fls. 1.680-1.706, e-STJ, grifei).

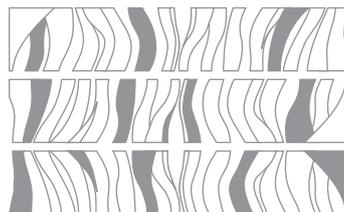
Assim, para infirmar as conclusões da Corte a quo, acatando os argumentos da parte recorrente, a fim de demonstrar a legalidade da construção e afastar a necessidade de demolição, necessário seria ao STJ reexaminar o conjunto fático-probatório, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ (AREsp 1.772.215/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe de 20/04/2021 - decisão monocrática).

Em conclusão, o Recurso Especial, na parte que ultrapassa o juízo de admissibilidade, não merece provimento.

III – Conclusão

Ante o exposto, conheço, em parte, do Recurso Especial do MPF e, nessa extensão, dou-lhe provimento, a fim de, reconhecida a obrigação de indenizar, devolver os autos à origem, para que, com fundamento nos fatos da causa, a quantifique. Conheço, em parte, do Recurso Especial do particular e, nessa parte, nego-lhe provimento.

É como voto.



Segunda Seção

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 199.890-MG (2023/0331791-9)

Relator: Ministro Marco Buzzi

Suscitante: Juízo Federal da 1ª Vara Cível e Criminal de Pouso Alegre - SJ/MG

Suscitado: Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região

Interes.: Indústria de Material Bélico do Brasil - Imbel

Advogados: Fernando Santos Braga - MG114567

Jorge Antonio Freitas Alves - MG105623

Interes.: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas Mecânicas e de Material Elétrico de Itajubá Paraisópolis e Região e outro

Advogados: Emanuel Adriano Viana - MG118915

Bruno Rodrigues de Souza Melo - MG192844

EMENTA

Conflito de competência. Demanda reparatória de danos morais aforada pelo empregador em face de sindicato. Pedido e causa de pedir. Natureza cível da demanda. Competência da Justiça Comum Federal.

1. O Superior Tribunal de Justiça é competente para o conhecimento e processamento do presente incidente, pois apresenta controvérsia acerca do exercício da jurisdição entre juízos vinculados a Tribunais diversos, nos termos do artigo 105, I, "d", da Constituição Federal.

2. A competência para o julgamento da causa se define em função da natureza jurídica da questão controvertida, delimitada pelo pedido e sua causa de pedir. Precedentes.

2.1. A discussão subjacente ao conflito consiste na declaração do juízo competente para o processar e julgar ação reparatória por danos morais aforada pelo empregador - empresa pública federal - em face de sindicato em razão de alegadas ofensas à imagem, realizadas na mídia, circunstância que atrai a competência da Justiça Comum Federal para exame da causa.

3. Conflito conhecido para declarar a competência da 1ª Vara Federal de Pouso Alegre/MG.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o suscitante, Juízo Federal da 1ª Vara Cível e Criminal de Pouso Alegre SJ/MG, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Nancy Andrichi, João Otávio de Noronha, Humberto Martins, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2023 (data do julgamento).

Ministro Marco Buzzi, Relator

DJe 27.11.2023

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de conflito apresentado pelo r. Juízo Federal da 1ª Vara Cível e Criminal de Pouso Alegre - SJ/MG (suscitante) e a 9ª Turma do TRT da 3ª Região (suscitado) no qual divergem acerca da competência para processar e julgar demanda aforada pela Indústria de Material Bélico do Brasil - *Imbel* contra o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas Mecânicas e de Material Elétrico de Itajubá e Região/MG.

Conforme os autos, a ora interessada *Imbel* alegou, em sua exordial, que (...) *a ação de reparação por danos morais está fundamentada na circunstância segundo a qual, durante a pandemia de COVID-19, em virtude da morte de um funcionário da companhia, em decorrência dos efeitos do coronavírus, o sindicato passou a propagar, por meio de mídias sociais, a responsabilidade da empresa pelo fatídico falecimento.*"

Sustentou, porém, ter adotado as medidas sanitárias e de segurança, impostas pelas autoridades públicas, a fim de minimizar a propagação do referido vírus, tendo a entidade sindical extrapolado sua finalidade de representação dos trabalhadores de modo a atingir, indevidamente, a imagem da empresa perante a sociedade.

A demanda foi ajuizada na Justiça do Trabalho que, em primeiro grau, julgou *improcedente* o pedido. Contudo, em sede de recurso ordinário, a eg. 9ª Turma do TRT da 3ª Região entendeu que a Justiça laboral é incompetente para o exame da matéria, tendo declinado do feito em favor da Justiça Federal porquanto a autora da demanda é empresa pública federal. (art. 109, I, da CF)

A seu turno, o r. juízo federal, apoiado no art. 114, III, da CF, suscita o presente conflito de competência sob o argumento de que “(...) *a causa de pedir desta ação diz respeito ao (des)cumprimento de normas de segurança do trabalho. Logo, ela deve tramitar na Justiça do Trabalho.*”

Entendeu, assim, por suscitar o presente conflito de competência. (fls. 5/6)

Prestadas as informações (fls. 35/45 e 47/57), o MPF considerou desnecessária a sua intervenção. (fls. 15/18)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): O conflito merece ser dirimido declarando-se a competência da 1ª Vara Federal de Pouso Alegre/MG para processar e julgar a ação reparatória por danos morais aforada pelo empregador - empresa pública federal - em face de sindicato em razão de alegadas ofensas à imagem da empresa em razão da natureza cível da controvérsia.

1. *Prefacialmente*, destaca-se a competência deste egrégio Tribunal para o conhecimento e processamento do presente incidente, pois apresenta controvérsia entre juízos vinculados a Tribunais diversos, nos termos do artigo 105, I, “d”, da Constituição Federal, porquanto identifica-se de um lado, a 9ª Turma do TRT da 3ª Região (processo n. 0010474-37.2020.5.03.0061) e, de outro, o r. juízo da 1ª Vara Cível e Criminal de Pouso Alegre - SJ/MG (autos n. 008845-20.2021.4.01.3810).

A discussão subjacente ao presente incidente consiste na declaração do juízo competente para o processar e julgar ação de reparação por danos morais, ajuizada pelo empregador em face de sindicato em razão de alegadas ofensas perpetradas pela entidade representativa, por ocasião da pandemia de *Covid-19*.

Como é cediço, a competência para o julgamento da causa se define em função da natureza jurídica da questão controvertida, delimitada pelo pedido e pela causa de pedir, constituída pelas alegações de fato e pelas razões jurídicas que justificam o pleito de tutela jurisdicional do direito.

Nessa linha cognitiva, são diversos os precedentes da Casa, a saber: AgInt no AgInt nos EDcl no CC 181.166/SP, Rel. Min. *Ricardo Villas Bôas Cueva*, DJe de 05/05/2023; CC 184.525/DF, Rel. Min. *Humberto Martins*, DJe de 04/05/2023; AgInt no CC 190.259/SP, Rel. Min. *Nancy Andrichi*, DJe de 14/04/2023; AgInt no AgInt no CC 176.677/SP, Rel. Min. *Antonio Carlos Ferreira*, DJe de 27/09/2022; AgInt no AgInt no CC 181.877/SC, Rel. Min. *Og Fernandes*, Corte Especial, DJe de 31/08/2022; CC 179.662/DF, Rel. Min. *Benedito Gonçalves*, DJe de 29/08/2022; CC 182.211/DF, Rel. Min. *João Otávio de Noronha*, DJe de 23/08/2022; AgInt nos EDcl no AgInt no CC 163.947/CE, Rel. Min. *Marco Aurélio Bellizze*, DJe de 20/02/2020), dentre inúmeros outros julgados.

Referida assertiva é, pois, corroborada pela doutrina especializada, a saber: **MARINONI, Luiz Guilherme**. Curso de direito processual civil. São Paulo. RT: 12^a ed. 2021, p. 521/522; **ASSIS, Araken de**. Manual da Execução. 5. ed. São Paulo: RT, 2020; **MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel**. Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: RT. 2021; **NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JR, Nelson**. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: RT. 2020; **MEDINA, José Miguel Garcia**. Os poderes do juiz e controle das decisões judiciais. São Paulo: RT, 2018, p. 134/135; **WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues**. Breves comentários à nova sistemática processual civil. São Paulo: RT, 2015, p. 241/243; **TALAMINI, Eduardo**. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT. 2018. p. 184/186; **MESQUISTA, José Ignácio Botelho de**. Competência - distribuição por dependência. São Paulo: RT. 2019, p. 181; **MONTEIRO NETO, Nelson**. Pedido Genérico: reflexões à Luz do Novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. São Paulo, 2015. p. 59/80; **MONTEIRO, João**. Teoria do processo civil. Rio de Janeiro. Borsoi. 2013, p. 190/191; **NASCIMENTO, Bruno Dantas**. O recurso extraordinário e a Lei 11.418/2006: notas sobre a dinâmica da repercussão geral. São Paulo: RT. 2008, p. 240/243; **DINAMARCO, Cândido Rangel**. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros. 2018, p. 125/128; **DOTTI, Rogéria Fagundes**. Anotações aos artigos 305 ao 310 do Código de Processo Civil. São Paulo: RT. 2015, p. 215/220; **CUNHA, Leonardo José Carneiro da**. Curso de Direito Processual Civil. Salvador. JusPodivum. 2008, p. 189/191; **BRAGA, Paula Sarno**. Aplicação do devido processo legal a processos particulares. Revista de Processo. p. 301, julho de 2018; **ARAGÃO,**

Egas Dirceu Moniz de. Comentário ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense. p. 129/131.

Salienta-se, por oportuno, que o Juiz especializado, como é cediço, ao examinar fatos atinentes à relação de emprego - em muitas hipóteses em relação à sua própria existência - possui naturalmente aptidão para apreciar os aspectos objetivos e subjetivos que digam respeito ao comportamento do empregado e do seu empregador, por se encontrar em condições de entregar uma prestação jurisdicional condizente com as expectativas e as necessidades dos referidos protagonistas da referida relação.

Contudo, na hipótese dos autos, observa-se que a empresa pública federal, ora interessada, ajuizou, com fundamento em ilícito cível alegadamente praticado pelo sindicato da categoria profissional, demanda de reparação por danos morais a fim de obter, do Poder Judiciário, o reconhecimento judicial quanto à conduta da referida entidade sindical que, na compreensão da autora, teria extrapolado a função de representação, ao propagar, perante a mídia, ofensas as quais abalaram a reputação da empresa perante a sociedade, notadamente, acerca da conduta da mesma durante a insólita pandemia de Covid-19, com acusações acerca de sua responsabilidade pelo lamentável falecimento de um dos seus empregados.

Nesse contexto, observa-se que no bojo da supracitada demanda, os pedidos formulados na peça inaugural *em nada* se relacionam à contribuição sindical, às relações trabalhistas e ao próprio direito sindical, o que, em tese, poderia atrair a competência da Justiça do Trabalho.

Na verdade, o pedido e a causa de pedir circunscrevem-se no âmbito da responsabilidade civil, porquanto a reparação pleiteada pela empresa (empregadora) funda-se na conduta do *Sindicato* que teria ofendido à sua imagem porque, durante a pandemia de Covid-19, não teria observado as diretrizes indicadas pelas autoridades sanitárias a fim de evitar a propagação do vírus entre seus funcionários.

Extrai-se, a propósito, excerto do caderno processual:

(...) Na presente ação, a autora, *Indústria de Material Bélico do Brasil - Imbel*, Empresa Pública Federal, ajuizou ação de indenização por danos morais cumulada com obrigação de fazer e pedido de tutela provisória de urgência em face de *Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas Mecânicas e de Material Elétrico de Itajubá e Paraisópolis*.

(...) A ação vem calcada em ato ilícito praticado pelos réus que veicularam em redes sociais e na rádio local da cidade de Itajubá, informações inverídicas sobre a

autora, envolvendo a sua conduta em relação à pandemia do novo Coronavírus e falecimento de empregado em decorrência da Covid-19, causando causa dano à sua fama e reputação. (fls. 48/51)

Diante desse quadro, há de ser dado ao presente conflito solução semelhante à que foi aplicada, nessa eg. Segunda Seção, no julgamento do CC n. 65.490/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, DJe de 21/11/2008, segundo a qual “(...) o núcleo da norma inscrita no art. 114, III, da Constituição Federal, diz respeito às “ações sobre representação sindical”, não abrangendo aquela proposta por empregador contra sindicato de trabalhadores visando a indenização de dano moral e material.” (grifos nossos)

Por oportuno, a ementa do referido julgado está assim redigida:

Conflito de competência. Dano moral e material. Ação proposta por empregador contra sindicato de trabalhadores.

O núcleo da norma inscrita no art. 114, III, da Constituição Federal, diz respeito às “ações sobre representação sindical”, não abrangendo aquela proposta por empregador contra sindicato de trabalhadores visando a indenização de dano moral e material.

Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de São Paulo.

CC 65.490/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, DJe de 21/11/2008.

E, ainda em caso *análogo*:

Agravo interno nos embargos de declaração no conflito de competência. Ação declaratória de rescisão contratual. Caráter eminentemente cível. Decisão monocrática que declarou a competência do Juízo Cível. Insurgência do autor.

1. A competência para o julgamento da demanda é fixada em razão da natureza da causa, que é definida pelo pedido e causa de pedir deduzidos na exordial.

2. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que se os pleitos formulados pelo autor possuem caráter eminentemente cível, por não demandarem o reconhecimento de vínculo trabalhista, tampouco o pagamento de consectários decorrentes de relação empregatícia, não há que se falar na competência da justiça especializada para o feito. Precedentes.

3. Agravo interno desprovido.

AgInt nos EDcl no CC n. 148.088/RS, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 20/10/2020, DJe de 26/10/2020.) (grifos nossos)

Na mesma linha: AgInt no EAREsp 1.306.991/SP, Rel. Min. *Luis Felipe Salomão*, DJe de 18/04/2022; CC 67.104/SP, Rel. Min. *Carlos Alberto Menezes Direito*, DJe de 1/2/2007; CC 97.081/AM, Rel. Min. *Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região)*, DJe de 20/3/2009; AgInt no AREsp 1.306.991/SP, Rel. Min. *Moura Ribeiro*, DJe de 11/05/2020; CC 166.857/SP, Rel. Min. *Raul Araújo*, DJe de 01/06/2020; CC 194.211/RO, Rel. Min. *Marco Aurélio Bellizze*, DJe de 30/03/2023; AgInt no CC 146.394/SP, Rel. Min. *Luis Felipe Salomão*, Segunda Seção, j. 14/9/2016, DJe de 21/9/2016, CC 185.960/MG, Rel. Min. *Moura Ribeiro*, DJe de 29/06/2022 (decisão monocrática).

A exegese supracitada bem se aplica ao caso dos autos porquanto o pedido inicial não contém discussão concernente à vínculo empregatício e tampouco há debate acerca da legitimidade da representação sindical da entidade ré, mas sim está baseado e fundamentado em alegado prejuízo moral decorrente da indevida atuação do sindicato, a qual, evidentemente, será devidamente sopesada e examinada, com base nas provas a serem produzidas, mediante contraditório e ampla defesa, pelo *r. juízo comum federal* na medida em que a autora é empresa pública federal, a teor do art. 109, I, da CF.

Com efeito, tratando-se de ação movida contra o sindicato, em face de alegado dano à imagem da empresa pública federal diante das acusações suscitadas pela entidade ré de omissão acerca da observância das medidas sanitárias impostas pelas autoridades públicas, durante a pandemia de *Covid-19*, verifica-se que, de fato, o objeto da lide, busca, dessa forma, a responsabilização do réu no sentido de obter ressarcimento de prejuízo moral causado ao patrimônio da empresa, inexistindo, no particular, qualquer discussão apta a atrair - sequer tangenciar - a competência da Justiça do Trabalho, para o exame da lide subjacente ao presente conflito de competência.

Assim, tendo em vista o pedido contido na demanda em liça (*fls. 391/392*), corresponde ao recebimento de indenização por dano moral, bem como a causa de pedir, consistente na violação ao direito de imagem da empregadora, fica afastada, nesse contexto, a competência da justiça laboral para processar e julgar a ação reparatória, porquanto não configurada a relação de trabalho.

Ademais, o *r. juízo trabalhista* ora suscitado analisou as peculiaridades do do tema ora controvertido, bem como a dinâmica dos fatos narrados nos autos para concluir - após essa análise - que “(...) *inexistindo no caso vertente relação de trabalho entre as partes ou matéria envolvendo a representação sindical, emergindo a incompetência desta Especializada para apreciar e julgar a ação.*” (*fls. 49/50*)

Em arremate, sendo manifesta a ausência de qualquer litígio ou pedido de origem trabalhista envolvendo o autor (empregador) e o réu (sindicato) na ação em questão, o pleito deve ser examinado e julgado pela Justiça Comum Estadual, ou como na hipótese dos autos, da Justiça Federal, a teor do art. 109, I, da CF.

2. Do exposto, conheço do presente conflito e, por conseguinte, declaro a competência do r. juízo da 1ª Vara Federal de Pouso Alegre/MG, para processar e julgar a ação reparatória por danos morais proposta por Indústria de Material Bélico do Brasil - *Imbel* contra o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas Mecânicas e de Material Elétrico de Itajubá e Região/MG (processo n. 1008845 - 20.2021.4.01.3810).

É o voto.



Terceira Turma

RECURSO ESPECIAL N. 1.954.441-SP (2021/0012164-3)

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Recorrente: Messastamp Indústria Metalúrgica Ltda - em Recuperação Judicial

Advogado: Ronaldo Ramsés Ferreira - SP281928

Recorrido: Compagnie Française Dassurance Pour Le Commerce Exterieur SA

Advogados: Marici Giannico - DF030983

Frederico Bastos Pinheiro Martins - MG118511

Flavio Spaccaquerche Barbosa - SP235398

Daniela Loureiro Oliveira Duffles Amarante - RJ219927

Talitha Aguillar Leite - SP344859

Interes.: Oreste Nestor de Souza Laspro - Administrador

Advogado: Oreste Nestor de Souza Laspro - Administrador Judicial - SP098628

EMENTA

Recurso especial. Habilitação de crédito em processo de recuperação judicial. Crédito constituído em moeda estrangeira. Inclusão no Quadro-Geral de Credores na própria moeda em que constituído. § 2º do art. 50 da LRF. Observância. Necessidade. Alegação de violação de princípios constitucionais. Matéria não passível de conhecimento, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Alegação genérica de afronta ao art. 47 da LRF. Deficiência das razões recursais. Reconhecimento. Súmula n. 284/STF. Incidência. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

1. A controvérsia posta no presente recurso especial centra-se em saber se o crédito constituído em moeda estrangeira, ao ser habilitado na recuperação judicial, *deve ter seu valor mantido na moeda em que foi contratado/constituído*, tal como compreenderam as instâncias ordinárias, ou os valores devem ser convertidos para a moeda nacional no momento de sua inclusão no Quadro-Geral de

Credores, *aplicando-se a taxa de câmbio referente à data de seu pedido de recuperação judicial*, como defende a parte recorrente.

2. Em relação ao processo de recuperação judicial, o § 2º do art. 50 da LRF é expresso em preceituar que, nos créditos em moeda estrangeira, *a variação cambial deve ser conservada como parâmetro de indexação da obrigação* e somente pode ser afastada no caso de o titular, expressamente, assentir com previsão diversa no plano de recuperação judicial. O dispositivo em exame, como se constata, justifica a opção legal adotada, sendo possível extrair, de seus termos, a conclusão de que a imediata conversão em moeda nacional, já por ocasião de sua habilitação, promoveria a indesejada disparidade entre o valor do crédito e o da obrigação que o originou. Para evitar essa incongruência, o crédito em moeda estrangeira deve ser incluído no Quadro-Geral de Credores na própria moeda em que constituído (§ 2º do art. 50 da LRF), *atualizado*, em conformidade com os termos ajustados, até a data do pedido de recuperação judicial (art. 9º, II, da LRF).

2.1 Apenas para o fim exclusivo de mensurar o poder político do credor, titular do crédito em moeda estrangeira, a ser exercido nas deliberações da Assembleia-Geral de Credores, o legislador estabeleceu a necessidade de se promover a conversão do crédito em moeda nacional pelo câmbio da véspera da data de instalação da AGC (parágrafo único do art. 38 da LRF).

3. Recurso especial conhecido em parte 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, nessa extensão, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Humberto Martins e Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Moura Ribeiro.

Brasília (DF), 21 de novembro de 2023 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

DJe 28.11.2023

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Cuida-se de recurso especial interposto por *Messatamp Indústria Metalúrgica Ltda. – em Recuperação Judicial*, 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 Habilitação de Crédito promovida por *Compagnie Française D’assurance Pour Le Commerce Exterieur S.A. (“Coface”)*, tendo por propósito a inclusão de seu crédito, reconhecido em sentença arbitral devidamente homologada pelo Superior Tribunal de Justiça, no importe de USD 1.448.827,38 (*um milhão, quatrocentos e quarenta e oito mil, oitocentos e vinte e sete dólares e trinta e oito centavos de dólar*), a título de indenização e, ainda, de GBP 31.426,57 (*trinta e um mil, quatrocentos e vinte e seis libras esterlinas e cinquenta e sete centavos de libra esterlina*), a título de reembolso pelas custas procedimentais, na recuperação judicial de *Messatamp Indústria Metalúrgica Ltda. (“Messatamp”)*.

Em impugnação de crédito, embora a recuperanda tenha assentido com a pretendida habilitação, opôs-se à inclusão dos valores nas moedas originalmente pactuadas entre as partes, aduzindo que o valor devido à *Coface* deveria ser convertido para a moeda nacional no momento de sua inclusão no Quadro-Geral de Credores, *aplicando-se a taxa de câmbio referente à data de seu pedido de recuperação judicial*.

O Juízo *a quo* julgou procedente o pedido de habilitação, com a observação de que a conversão deverá observar a cotação por ocasião do pagamento, nos seguintes termos (e-STJ, fls. 168-170):

O pedido formulado pela credora é procedente.

As partes não divergem quanto à existência do crédito e a possibilidade de inclusão no quadro geral de credores.

O crédito foi reconhecido por força da decisão proferida nos autos do procedimento arbitral instaurado, além de ter a credora o direito ao reembolso dos valores dispensados para pagamento das custas.

A divergência se restringe à conversão em moeda nacional, como requerimento por parte da recuperanda para que seja observada a data em que ocorreu a distribuição da recuperação judicial, o que, no entanto, não será admitido.

Não obstante os questionamentos deduzidos, há a necessidade de observar o disposto no artigo 50, § 2º da Lei 11.101/05, segundo o qual:

§ 2º Nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial será conservada como parâmetro de indexação da correspondente obrigação e só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de recuperação judicial.

Como consequência, para possibilitar a preservação do crédito e os critérios que foram observados no momento em que foi constituído, não há como realizar a conversão na forma pretendida pela recuperanda, pois será observada a cotação por ocasião do pagamento.

A jurisprudência já se posicionou a respeito do tema, conforme ementa que segue:

[...]

(TJSP; Agravo de Instrumento 2100334-47.2019.8.26.0000; Relator (a): Gilson Delgado Miranda; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Itapetininga - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/08/2019; Data de Registro: 09/08/2019)

Ante o exposto, *julgo procedente* o presente pedido, o que faço para declarar habilitado o crédito de *Compagnie Française D'Assurance Pour Le Commerce Exterieur S/A* para que conste em seu favor a importância de USD 1.448.827,38 (um milhão, quatrocentos e quarenta e oito mil, oitocentos e vinte e sete dólares e trinta e oito centavos de dólar) e GBP 31.426,57 (trinta e um mil, quatrocentos e vinte e seis libras esterlinas e cinquenta e sete centavos de libra esterlina), na classe de credores quirografários (classe III).

Em decorrência, julgo extinto este incidente, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Torno definitiva a tutela de urgência concedida nos autos. Cadastre-se o impugnante e seu procurador nos autos principais.

Dê-se ciência ao Ministério Público. P.R.I.C., arquivando-se oportunamente.

Irresignada, Messatamp Indústria Metalúrgica Ltda. (em Recuperação Judicial) interpôs agravo de instrumento, em que sustentou, em resumo, que, nos termos do art. 9º, inciso II – dispositivo que se encontra inserido no capítulo das disposições comuns à recuperação judicial e à falência –, para efeito de habilitação do crédito, o valor do crédito haverá de ser atualizado até a data

da decretação de falência ou do pedido de recuperação judicial, a ensejar a conclusão de que estes marcos também devem ser utilizados para a conversão do crédito em moeda nacional. Pugnou, ainda, pela aplicação analógica do art. 77 da LRF (combinado com o art. 9º, II, do mesmo diploma legal), “que impõe ao credor, em sede de habilitação de crédito, que indique o valor de seu crédito, atualizado até o pedido de recuperação judicial” (e-STJ, fl. 12). Por fim, indicou julgado do Superior Tribunal de Justiça, o REsp n. 1.319.085/SP, “que decretou a conversão da moeda estrangeira em moeda nacional, de acordo com o câmbio correspondente à data do pedido da concordata preventiva (que atualmente é tida como um instituto extremamente similar ao da recuperação judicial dos dias atuais” (e-STJ, fl. 16).

O administrador judicial manifestou-se pelo desprovimento do agravo de instrumento (e-STJ, fls. 141-146).

No mesmo sentido (pelo desprovimento), posicionou-se o Ministério Público estadual, no parecer acostado às fls. 165-166 (e-STJ).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao agravo de instrumento, em acórdão assim ementado (e-STJ, fl. 168):

Habilitação de crédito Crédito em moeda estrangeira. Procedência em primeiro grau. Pretensão da recuperanda a que o crédito em moeda estrangeira se converta em moeda nacional, conforme câmbio do dia do ajuizamento do pedido de recuperação judicial. Improriedade. Exegese do disposto no art. 50, § 2º da LREF. Precedentes. Recurso não provido, com condenação por sucumbência. Dispositivo: negam provimento ao recurso.

Em contrariedade ao aresto, Messatamp Indústria Metalúrgica Ltda. – em Recuperação Judicial – maneja o presente recurso especial, em que aponta, além de dissenso jurisprudencial, a violação dos arts. 9º, II, 47, 50, § 2º, e 77 da Lei n. 11.101/2005.

Em suas razões recursais, a agravante aduz, inicialmente, que o aresto recorrido afronta os princípios constitucionais da ordem econômica e social; da segurança jurídica; e do “*par conditio creditorium* (art. 5º, *caput*, CF/88)” – (e-STJ, fls. 187-190).

A pretexto de violação do art. 47 da LRF, tece considerações a respeito da importância dos princípios da preservação da empresa e de sua função social.

No tocante à violação dos arts. 9º, II, e 77 da Lei n. 11.101/2005, a recorrente reproduz os argumentos vertidos em seu agravo de instrumento, devidamente explicitados acima, aos quais ora se reporta.

Defende, também, que o Tribunal de origem conferiu inadequada interpretação ao art. 50, § 2º, da LRF, pois o dispositivo legal “não estipula qualquer marco temporal em relação à variação cambial conservada como parâmetro de indexação da respectiva dívida. Segundo defende, a esse propósito, “a variação cambial foi preservada até a data estipulada pela mesma lei inserida no art. 9º, II, ou seja, na habilitação de crédito deve constar o valor atualizado até a data do pedido de recuperação judicial que ocorreu aos 01/08/2016” (e-STJ, fl. 197).

Conclui, assim, que “o crédito deve ser inserido nos quadros de credores, na Classe III, em moeda nacional, pela conversão a ser realizada utilizando-se a data do pedido de recuperação judicial, em completa observância ao disposto nos artigos 9º, II; 50 § 2º e 77 da Lei n. 11.101/2005” (e-STJ, fl. 197).

Reitera, por fim, a existência de dissenso jurisprudencial, indicando, como paradigma, o aresto proferido por ocasião do julgamento do REsp n. 1.319.085/SP, em que foi decretada “a conversão da moeda estrangeira em moeda nacional, de acordo com o câmbio correspondente à data do pedido da concordata preventiva (que atualmente é tida como um instituto extremamente similar ao da recuperação judicial dos dias atuais)” (e-STJ, fl. 204).

O TJSP negou seguimento ao recurso especial (e-STJ, fl. 292-295), o que ensejou o manejo de agravo perante esta Corte de Justiça (e-STJ, fls. 398-351).

A parte adversa apresentou contraminuta às fls. 298-351 (e-STJ).

O Ministério Público Federal ofertou parecer pelo desprovisionamento do agravo em recurso especial, sintetizado pela seguinte ementa (e-STJ, fl. 443; sem grifo no original):

Agravo em recurso especial. Recuperação Judicial. Crédito em moeda estrangeira. Data da conversão. *Ausência de violação dos dispositivos legais.* Divergência jurisprudencial. Ausência de cotejo analítico e similitude fática entre os julgados. Parecer pelo não provimento do agravo em recurso especial.

Às fls. 450-451 (e-STJ), este subscritor conferiu provimento ao agravo em recurso especial (e-STJ, fls. 298-351), com fulcro no art. 34, XVI, do RISTJ, para determinar a sua conversão em recurso especial, sem prejuízo de posterior análise dos pressupostos de admissibilidade do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): De início, assinala-se refugir, por completo, da atribuição constitucional desta Corte de Justiça apreciar, em recurso especial, a alegada violação dos princípios constitucionais da ordem econômica e social; da segurança jurídica; e do “*par conditio creditorium* (art. 5º, *caput*, CF/88)” – (e-STJ, fls. 187-190), sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

A argumentação expendida nas razões recursais a esse propósito não comporta conhecimento.

Por sua vez, a alegação de violação do art. 47 da Lei n. 11.101/2005, que veicula os princípios da preservação da empresa e da sua função social, encontra-se lastreada em fundamentação absolutamente deficiente, cingindo as razões recursais a tecer, genericamente, considerações quanto à importância de sua observância, sem nenhuma interlocução com a questão efetivamente discutida nos autos, para demonstrar, como seria de rigor, de que maneira o acórdão recorrido teria, na compreensão da parte recorrente, afrontado o regramento em comento.

Inafastável a incidência da Súmula n. 284/STF, aplicável ao recurso especial, por analogia, a ensejar, de igual modo, o não conhecimento, no ponto, da insurgência.

A controvérsia posta neste recurso especial, passível de cognição, centra-se em saber se o crédito, constituído em moeda estrangeira, ao ser habilitado na recuperação judicial, *deve ter seu valor mantido na moeda em que foi contratado/constituído*, tal como compreenderam as instâncias ordinárias, ou os valores devem ser convertidos para a moeda nacional no momento de sua inclusão no Quadro-Geral de Credores, *aplicando-se a taxa de câmbio referente à data de seu pedido de recuperação judicial*, como defende a parte recorrente.

Sobre a questão, salienta-se, de plano, não haver, até o presente momento – *ao menos a partir da pesquisa jurisprudencial levada a efeito* – enfrentamento pontual por parte do Superior Tribunal de Justiça, sob a vigência da Lei n. 11.101/2005, *possivelmente em razão do expresse tratamento legal, a dissipar maiores questionamentos a respeito*.

O único julgado desta Corte de Justiça que tangenciou a matéria (*REsp 1.319.085/SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 25/6/2019*), citado pela parte recorrente, não tem nenhuma aplicação ao caso

dos autos, já que se referia a processo de concordata ajuizado ainda sob a égide do Decreto-Lei n. 7.661/1945, cujo art. 213 dispunha que: “os créditos em moeda estrangeira serão convertidos em moeda do país, pelo câmbio do dia em que for declarada a falência ou mandada processar a concordata preventiva, e só pelo valor assim estabelecido serão considerados para todos os efeitos desta lei”.

No referido julgado, discutiu-se, em resumo, se, diante do processamento de concordata preventiva, anterior à vigência da Lei n. 11.101/2005, com a subsequente migração para processo de recuperação judicial, seria possível ou não a aplicação do § 2º do art. 50 da então novel legislação, que, de modo diverso, passou a dispor que, “nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial será conservada como parâmetro de indexação da correspondente obrigação e só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de recuperação judicial”.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em tal contexto, concluiu que, “como já havia concordata processada regendo o crédito da empresa, ainda que tenha havido sua migração para a recuperação judicial, não há como afastar o normativo de regência da época – art. [2]13 do Dec-Lei n. 7.661/65 –, devendo a conversão do seu crédito em moeda estrangeira para moeda do país ocorrer pelo câmbio do dia em que processada a concordata preventiva, nos termos dos §§ 2º e 3º da LRF”.

Isso é o que, claramente, se extrai da ementa do julgado, que ora se reproduz (sem grifo no original):

Recurso especial. Recuperação judicial. Direito intertemporal. Habilitação de crédito. Moeda estrangeira. Processamento de concordata preventiva anterior, com subsequente migração para a recuperação judicial. Requerimento de conservação da variação cambial como parâmetro de pagamento do crédito, nos termos do art. 50, § 2º, da Lei n. 11.101/2005. Impossibilidade. Crédito que já se encontrava sob os efeitos do Decreto-Lei n. 7.661/45, devendo a conversão ocorrer pelo câmbio do dia em que mandou processar a concordata (art. 213).

1. Os processos de falência e concordata ajuizados antes da vigência da Lei n. 11.101/2005 serão regidos pela lei falimentar anterior, nos termos do art. 192, caput, sendo as exceções definidas nos respectivos parágrafos do dispositivo.

2. No tocante à habilitação dos créditos em moeda estrangeira e ao momento de sua conversão, estabelece o art. 213 da antiga lei de falências que “os créditos em moeda estrangeira serão convertidos em moeda do país, pelo câmbio do dia em que for declarada a falência ou mandada processar a concordata preventiva, e só pelo valor assim estabelecido serão considerados para todos os efeitos desta lei”. O § 2º do art. 50 da Lei n. 11.101/2005, por outro lado, determina que,

“nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial será conservada como parâmetro de indexação da correspondente obrigação e só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de recuperação judicial”.

3. *No caso, houve a migração da concordata preventiva para a recuperação judicial, situação em que, nos termos do art. 192, § 3º, da Lei n. 11.101/2005, o processo de concordata será extinto e os créditos submetidos à concordata serão incluídos na recuperação judicial no seu valor original, deduzidas as parcelas pagas pelo concordatário.*

4. *Assim, o valor original do crédito a ser inscrito na recuperação judicial deve ser, nos termos da própria redação do dispositivo (art. 192, § 3º), como o montante primitivo e de acordo com a legislação de regência à época, o que, por óbvio, inclui o momento de sua conversão em moeda nacional. O crédito habilitado (ou que deveria ter sido) na data do processamento da concordata deve ser o mesmo adotado para fins de inclusão na recuperação judicial, notadamente porque o seu valor terá influência direta em relação a sua participação e direito de voto nas assembleias de credores (LRF, art. 38).*

5. *Na hipótese, verifica-se que o próprio recorrente afirma, em diversas passagens, que houve habilitação na concordata preventiva. Portanto, como já havia concordata processada regendo o crédito da empresa, ainda que tenha havido sua migração para a recuperação judicial, não há como afastar o normativo de regência da época - art. [2]13 do Dec-Lei n. 7.661/65 -, devendo a conversão do seu crédito em moeda estrangeira para moeda do país ocorrer pelo câmbio do dia em que processada a concordata preventiva, nos termos dos §§ 2º e 3º da LRF.*

6. Recurso especial não provido. (REsp n. 1.319.085/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21/5/2019, DJe de 25/6/2019.)

A hipótese retratada nestes autos é regida integralmente pela Lei n. 11.101/2005, afigurando-se, por isso, absolutamente inapropriado tecer qualquer paralelo com as regras estabelecidas para o processo de concordata, do sistema anterior, ou de fazer incidir as razões de decidir do aludido julgado ao caso em exame, como pretende a recorrente, em suas razões recursais.

Sobre os créditos constituídos em moeda estrangeira, a lei de regência estabelece, para efeito de sua habilitação, *tratamento específico e diferenciado no processo de recuperação judicial e no processo falimentar.*

Em relação ao processo de recuperação judicial, o § 2º do art. 50 da LRF – como já referido – é expresso em preceituar que, nos créditos em moeda estrangeira, *a variação cambial deve ser conservada como parâmetro de indexação da obrigação* e somente pode ser afastada no caso de o titular, expressamente, assentir com previsão diversa no plano de recuperação judicial.

O dispositivo em exame veicula, inclusive, a justificativa da opção legal adotada, sendo possível extrair, de seus termos, a conclusão de que a imediata conversão em moeda nacional, já por ocasião de sua habilitação, promoveria a indesejada disparidade entre o valor do crédito e o da obrigação que o originou.

Diante da peremptoriedade de tal disposição legal, o crédito em moeda estrangeira deve ser incluído no Quadro-Geral de Credores na própria moeda em que constituído, *atualizado*, em conformidade com os termos ajustados, *até a data do pedido de recuperação judicial, nos termos do inciso II do art. 9º da LRF*.

Apenas para o fim exclusivo de mensurar o poder político do credor, titular do crédito em moeda estrangeira, a ser exercido nas deliberações da Assembleia-Geral de Credores, o legislador estabeleceu a necessidade de se promover a conversão do crédito em moeda nacional pelo câmbio da véspera da data de instalação da AGC.

O parágrafo único do art. 38 da LRF, sem contrastar com o disposto no § 2º do art. 50 do mesmo diploma legal, é expresso em especificar a finalidade dessa conversão (*para a mensuração do poder político do credor na AGC*), nos seguintes termos (sem grifo no original):

Art. 38. O voto do credor será proporcional ao valor de seu crédito, ressalvado, nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, o disposto no § 2º do art. 45 desta Lei.

Parágrafo único. Na recuperação judicial, **para fins exclusivos de votação em assembléia-geral**, o crédito em moeda estrangeira será convertido para moeda nacional pelo câmbio da véspera da data de realização da assembléia.

Veja-se que a conversão em moeda nacional pelo câmbio da véspera da AGC destina-se tão somente a viabilizar a votação do credor na classe em que inserido seu crédito, definindo, assim, o peso, a influência de seu voto nas correlatas deliberações.

Para fins de determinação do valor nominal do crédito – ressalte-se –, mantém-se conservada a variação cambial, devendo, pois, ser habilitado na recuperação judicial na mesma moeda em que constituído, *atualizado*, nos termos ajustados ou definidos na sentença que o declarou, até a data do pedido de recuperação judicial.

De forma diversa e pelas razões inerentes ao processo falimentar, estabelece o art. 77 da LRF que o decreto falencial, além de ensejar o vencimento antecipado das dívidas, *impõe a conversão dos créditos em moeda estrangeira em*

moeda nacional, pelo câmbio do dia da decisão judicial de quebra, nos seguintes moldes (sem grifo no original):

Art. 77. A decretação da falência determina o vencimento antecipado das dívidas do devedor e dos sócios ilimitada e solidariamente responsáveis, com o abatimento proporcional dos juros, e converte todos os créditos em moeda estrangeira para a moeda do País, pelo câmbio do dia da decisão judicial, para todos os efeitos desta Lei.

Ressai claro, portanto, que a conversão do crédito em moeda estrangeira para a moeda nacional na recuperação judicial recebeu tratamento diverso e específico daquele ofertado ao processo falimentar, situação que deve ser detidamente observada pelo intérprete.

Nesse sentido, posiciona-se especializada doutrina empresarialista (sem grifo no original):

Para que se possa mensurar o voto na Assembleia Geral de Credores na recuperação judicial e o resultado da deliberação, os créditos contraídos em moeda estrangeira serão convertidos para moeda nacional pelo câmbio da véspera da data da instalação da AGC.

Na recuperação judicial, ao contrário da decretação da falência, as dívidas não serão antecipadamente vencidas por ocasião do pedido de recuperação. A verificação do crédito à data do pedido de recuperação faz-se apenas para mensurar o poder político de cada credor na AGC.

Quanto ao crédito em moeda estrangeira, ele é na própria moeda estrangeira incluído no quadro-geral de credores, com a atualização conforme dispõe o contrato até a data do pedido de recuperação judicial. A variação cambial é assegurada ao credor, como forma de parâmetro de indexação da obrigação. Apenas com a concordância expressa desse credor poderá ser alterada pelo plano de recuperação judicial essa variação cambial (art. 50, § 2º).

Sua fixação em moeda estrangeira, contudo, impediria que se permitisse avaliar o peso do voto daquele credor em relação aos demais credores que possuam direitos de crédito em outras moedas. Para tanto, converte-se a obrigação do câmbio na véspera da instalação da AGC apenas para se aferir o montante do voto do referido credor.

Como a moeda possui cotação de compra e de venda, o cálculo deverá ser feito conforme a cotação da venda, pois seria utilizado para o pagamento da dívida, salvo se houver estipulação em contrário.

Na hipótese de falência, a conversão do crédito já é feita diretamente por ocasião da sentença de decretação da falência (art. 77), ocasião em que ocorrerá, ademais, o vencimento antecipado de todas as dívidas do devedor. (Sacramone, Marcelo

Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 3ª Edição. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 221)

O valor em que há de ser habilitado o crédito é na moeda em que ele foi contratado, seja moeda nacional ou estrangeira. Com efeito, na habilitação de crédito em moeda estrangeira não há a necessidade de se converter o crédito para moeda nacional. Reforça essa interpretação o fato de que, para fins de participação em assembleia geral de credores, o art. 38, parágrafo único, da LRF estabelece que o crédito em moeda estrangeira será convertido para moeda nacional ao câmbio da véspera da realização da assembleia. Como somente terão legitimidade para participar da assembleia credores habilitados (art. 39 da LRF), há de se concluir que a habilitação de créditos em moeda estrangeira não demandará conversão para moeda nacional.

Claro que se o crédito estiver consubstanciado em documento lavrado em língua estrangeira, haverá a necessidade de traduzir o escrito para o vernáculo. (AYOUB, Luiz Roberto. CAVALLI, Cássio. *A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas*. Grupo GEN, 2021, p. 181. E-book. ISBN 9788530991357. Disponível em: <https://stj.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991357/>. Acesso em: 18 out. 2023).

*Destaca-se que a regra da conversão dos créditos em moeda estrangeira, na falência, se distingue da regra incidente na recuperação judicial, na qual a variação cambial eleita pelas partes conserva-se como parâmetro de indexação, se o credor não aprovar previsão diversa no plano de recuperação judicial (LREF, art. 50, § 2º), além de ser a conversão realizada tão somente para fins de apuração de voto em assembleia, pelo câmbio da véspera da data de sua realização (LREF, art. 38, parágrafo único). (Cunha, Fernando Antonio Maia da; Dias, Maria Rita Rebello Pinho. *Comentário à lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 500)*

Inarredável, assim, a conclusão de que o crédito em moeda estrangeira deve ser incluído no Quadro-Geral de Credores na própria moeda em que constituído, *atualizado*, em conformidade com os termos ajustados, *até a data do pedido de recuperação judicial, nos termos do inciso II do art. 9º da LRF*.

A fim de exaurir a prestação jurisdicional ora vindicada, registra-se, por fim, que a parte recorrente invoca, ainda, o citado art. 9º, II, da LRF – *comando legal que se encontra inserido no capítulo das disposições comuns à recuperação judicial e à falência* – para embasar sua pretensão de promover, por ocasião da habilitação do crédito, *a conversão em moeda nacional pelo câmbio da data do pedido de recuperação judicial*.

O argumento, todavia, não possuiu nenhum respaldo na lei, tampouco nas regras de hermenêutica.

Dispõe o art. 9º, inciso II, da LRF:

Art. 9º A habilitação de crédito realizada pelo credor nos termos do art. 7º, § 1º, desta Lei deverá conter:

[...]

II – o valor do crédito, atualizado até a data da decretação da falência ou do pedido de recuperação judicial, sua origem e classificação;

Como se constata, o referido dispositivo legal determina que a habilitação do crédito deve conter a indicação do valor do crédito, atualizado até a data do pedido de recuperação judicial; ou até a data do decreto de falência.

Os aludidos marcos temporais referem-se à atualização monetária do crédito, objeto de habilitação, e não à data em que o crédito em moeda estrangeira deva ser convertido em moeda nacional. A essa finalidade, como demonstrado, a Lei n. 11.101/2005, em dispositivos legais próprios, conferiu tratamento particular na recuperação judicial (§ 2º, art. 50) e na falência (art. 77).

Assim disposta a lei, não se concebe, por qualquer método hermenêutico que se adote, simplesmente importar comando legal que não regula a questão posta, ignorando disciplina específica, sem prejuízo às finalidades e à coerência do sistema legal em exame, tal como busca a parte recorrente, a pretexto de sufragar sua pretensão.

Em arremate, na esteira dos fundamentos acima delineados, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, nego-lhe provimento.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 2.032.932-SP (2022/0325561-9)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Google Brasil Internet Ltda

Advogados: Marcelo Junqueira Inglez de Souza - SP182514

Fernanda de Gouvêa Leão - SP172601

Celso Caldas Martins Xavier - SP172708

Eduardo Bastos Furtado de Mendonça - RJ130532

Mário Cosac Oliveira Paranhos - SP342837

Milena Liberato Silva - SP445119

Recorrido: Rogustec Industria e Comercio Ltda

Outro Nome: Rogustec Indústria e Comércio Eireli-EPP

Advogado: José Carlos Tinoco Soares Junior - SP211237

Recorrido: Ecohouse Decor Comercio e Importacao de Utensilios
Domesticos Ltda

Outro Nome: Ecohouse Decor Comércio e Importação de Utensílios
Domésticos Ltda. - EPP

Advogado: Alexandre Moscardi Júnior - SP378948

EMENTA

Recurso especial. Propriedade industrial. Obrigação de não fazer. Nome empresarial. Uso indevido. Palavra-chave. Ferramenta de busca. Clientela. Desvio. Concorrência desleal. Caracterização. Tutela inibitória. Necessidade. Marco Civil da Internet. Não incidência. Súmula n. 284/STF.

1. A controvérsia posta está em verificar se: (i) a utilização da ferramenta Google AdWords a partir da inserção como palavra-chave de nome empresarial implica uso indevido e prática de concorrência desleal; (ii) na hipótese, incide o artigo 19 do Marco Civil da Internet e, em caso afirmativo, se estão presentes os requisitos de responsabilização ali previstos e (iii) estão presentes os requisitos para condenação no pagamento de lucros cessantes.

2. A proteção emprestada aos nomes empresariais, assim como às marcas, tem como objetivo proteger o consumidor, evitando que incorra em erro quanto à origem do produto ou serviço ofertado, e preservar o investimento do titular, coibindo a usurpação, o proveito econômico parasitário e o desvio de clientela. Precedentes.

3. A distinção entre concorrência leal e desleal está na forma como a conquista de clientes é feita. Se a concorrência se dá a partir de atos de eficiência próprios ou de ineficiência alheias, esse ato tende

a ser leal. Por outro lado, se a concorrência é estabelecida a partir de atos injustos, em muito se aproximando da lógica do abuso de direito, fala-se em concorrência desleal.

4. O consumidor, ao utilizar como palavra-chave um nome empresarial ou marca, indica que tem preferência por ela ou, ao menos, tem essa referência na memória, o que decorre dos investimentos feitos pelo titular na qualidade do produto e/ou serviço e na divulgação e fixação do nome.

5. A contratação de *links* patrocinados, em regra, caracteriza concorrência desleal quando: (i) a ferramenta Google Ads é utilizada para a compra de palavra-chave correspondente à marca registrada ou a nome empresarial; (ii) o titular da marca ou do nome e o adquirente da palavra-chave atuam no mesmo ramo de negócio (concorrentes), oferecendo serviços e produtos tidos por semelhantes, e (iii) o uso da palavra-chave é suscetível de violar as funções identificadora e de investimento da marca e do nome empresarial adquiridos como palavra-chave.

6. Na hipótese, não incide o artigo 19 da Lei n. 12.965/2014, pois não se trata da responsabilização do provedor de aplicações por conteúdo de terceiros, mas do desfazimento de *hyperlink* decorrente da contratação da ferramenta Google Ads., o que atrai a censura da Súmula n. 284/STF.

7. No caso de concorrência desleal, tendo em vista o desvio de clientela, os danos materiais se presumem, podendo ser apurados em liquidação de sentença. Precedentes.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Moura Ribeiro, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com acréscimos do voto do Sr. Ministro Moura Ribeiro. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Nancy Andrighi

votaram com o Sr. Ministro Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins (art. 162, § 4º).

Brasília (DF), 08 de agosto de 2023 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

DJe 24.8.2023

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por *Google Brasil Internet Ltda.*, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, impugnando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

Ação de obrigação de não fazer Utilização pela corrê do nome empresarial da autora em links patrocinados. Inadmissibilidade. Empresas que trabalham no mesmo ramo de atividade. Possibilidade de causar confusão entre os consumidores. Prática inadmitida. Recurso provido.

Responsabilidade civil. Dano material. Indenização devida. Art. 210 da LPI Recurso provido.

Responsabilidade civil. Dano moral. Utilização indevida do nome da autora em links patrocinados. Dano moral configurado. Valor da indenização fixado em R\$ 10.000,00 para cada corrê. Recurso provido (fl. 1.524, e-STJ).

Os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 1.595/1.600, e-STJ).

No recurso especial, a recorrente aponta violação dos seguintes dispositivos, com as respectivas teses:

(i) Artigos 195 da Lei n. 9.279/1996 e 6º e 36 da Lei n. 8.078/1990 – porque não houve a utilização da expressão “*Ecohouse Decor*” de forma fraudulenta para desviar clientes ou prejudicar a recorrida, não se podendo falar em concorrência desleal, sendo lícito o meio de publicidade empregado.

Ressalta que o uso do sinal de terceiro com finalidade comparativa não causa prejuízo a seu titular na função distintiva. Ademais, não há o intuito de prejudicar o consumidor ou induzi-lo a erro, pois os anúncios estão identificados como tal, são exibidos de forma apartada e trazem consigo o *link* e o nome específico da empresa à qual se referem.

Questiona se, na hipótese de o consumidor ir a um supermercado e, perguntando por um produto, o funcionário do estabelecimento lhe apontar além daquele, alguns outros, estaria configurado o ato ilícito.

Afirma que a situação em muito se assemelha à publicidade comparativa, frisando que “*é o usuário quem tem, desde o primeiro segundo, o total controle sobre qual página acessar, se da empresa que ordinariamente buscava ou, se preferir, das empresas trazidas como alternativa*” (fl. 1.615, e-STJ).

Assevera que não é o eventual fluxo de consumidores de uma empresa para a outra que define se há ou não concorrência desleal, mas os meios empregados.

(ii) Artigo 19, *caput*, e § 1º, da Lei n. 12.965/2014 – porque não é possível a imposição de uma ordem genérica de monitoramento de conteúdo da internet sem a indicação de URLs específicas. Alega que a proteção da liberdade de comunicação prevista na Constituição alcança as propagandas comerciais, de modo que não seria possível a emissão de ordens genéricas e inespecíficas de contenção na propagação de produtos e serviços lícitos.

(iii) Artigo 19, *caput*, da Lei n. 12.965/2014 – porque não há responsabilidade objetiva dos provedores de aplicações na internet, além de a propriedade intelectual não constituir risco da atividade dos veículos de propaganda.

Ressalta que o Marco Civil da Internet somente prevê a responsabilização dos provedores de aplicação no caso de descumprimento de ordem judicial, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

Argumenta, ainda, que, como não exerce controle editorial quanto ao conteúdo gerado por terceiros, não pode ser responsabilizada por eventuais danos.

Acrescenta que a mera possibilidade de as pessoas violarem a lei, abusando de serviços legítimos, não obriga os prestadores a responderem por isso. Defende, ademais, que não tem o dever de conhecer as marcas de todos os competidores dos anunciantes da plataforma.

Entende que o resultado prático de sua responsabilização é a imposição de dever de monitoramento prévio e perpetuação da censura, o que é inadmissível.

(iv) Artigos 402 e 403 do Código Civil – porque não foram comprovados os requisitos mínimos para amparar a condenação ao pagamento de danos materiais. Argumenta que para a caracterização de lucros cessantes decorrentes de ato ilícito é necessária a comprovação de que aquele ganho era provável com

base em elementos concretos, o que não ocorreu na espécie, em que os danos são hipotéticos.

Caso se entenda pela ausência de prequestionamento, aponta, em caráter subsidiário, violação do artigo 1.022, I e II, do Código de Processo Civil de 2015, por haver omissões e obscuridades no acórdão no tocante à função social dos sinais distintivos, ao direito à informação dos consumidores e à publicidade comparativa, aos requisitos para a configuração da concorrência desleal, à impossibilidade de monitoramento prévio de anúncios ou de responsabilização objetiva do provedor e à ausência de comprovação dos elementos dos lucros cessantes.

Requer o provimento do recurso para que seja afastada a caracterização de ato ilícito e reconhecida a possibilidade de realização de propaganda comparativa na internet por meio de contratação de *links* patrocinados ou, ao menos, limitar a ordem de remoção dos anúncios às URLs específicas.

Contrarrazões às fls. 1.675/1.697 (e-STJ).

O recurso foi admitido (fls. 1.698/1.699, e-STJ) e ascendeu a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): A questão controvertida resume-se a definir (i) se a utilização da ferramenta Google AdWords a partir da inserção como palavra-chave de nome empresarial implica a prática de concorrência desleal; (ii) se incide, na hipótese, o artigo 19 do Marco Civil da Internet e, em caso afirmativo, se estão presentes os requisitos de responsabilização ali previstos e (iii) se estão presentes os requisitos para condenação no pagamento de lucros cessantes.

A irresignação não merece acolhida.

1. Breve histórico

Trata-se, na origem, de ação de obrigação de fazer cumulada com reparação de danos morais e materiais proposta por *Ecohouse Decor Comércio e Importação de Utensílios Domésticos Ltda. - EPP* contra *Rogustec Indústria e Comércio Eireli - EPP* e *Google Brasil Internet Ltda.* afirmando a autora, em apertada síntese, que ao inserir seu nome empresarial na ferramenta de busca do Google, aparece

em evidência o anúncio de sua concorrente, a primeira ré, que adquiriu o *link* patrocinado, o que configura ato ilícito. Requereu a condenação das rés a se absterem de utilizar seu nome comercial, ao pagamento de indenização por danos emergentes, lucros cessantes e danos morais em montante não inferior a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

A ação foi julgada improcedente em primeiro grau, tendo a sentença sido reformada em grau de recurso, destacando-se do acórdão da Corte estadual o seguinte trecho:

(...)

E, no caso em tela, a expressão “Ecohouse Decor” utilizada pela corré “Rogustec” como palavra-chave de busca, além do nome empresarial da autora, também equivale ao seu domínio na internet www.ecohousedecor.com.br.

Também não se trata de expressões comuns ou genéricas, pois de acordo com o documento de fls. 26, ao digitar especificamente o nome empresarial da autora, é que se obtém como resultado principal o endereço eletrônico da corré “Rogustec”.

Ora, o consumidor ao buscar uma *empresa específica junto ao site de busca, por obvio que sabe exatamente o que procura. Não se trata de uma busca genérica pelo termo “lareira ecológica”, por exemplo.*

Não se pode negar que com tal prática objetiva a corre “Rogustec” atrair o consumidor que busca informações de sua concorrente, configurando, assim, o desvio de clientela.

Ambas as empresas trabalham no mesmo ramo de atividade, qual seja, o comércio de lareiras ecológicas e seus acessórios (fls. 1.536/1.537, e-STJ).

Sobreveio o recurso especial.

2. Da ferramenta Google Ads

O comércio eletrônico ganha cada vez mais importância no cenário da economia de mercado, transformando as relações de consumo, assim como a atividade empresarial.

O crescimento das compras pela internet, que já vinha se ampliando com o decorrer dos anos, foi incrementado com o advento da pandemia da *Covid-19*, tendo o cenário de isolamento social contribuído para incentivar os consumidores a adotar essa nova forma de consumo (<https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/covid-19-o-impacto-da-pandemia-no-comportamento-de-compra-online> - acesso em 17.10.2022).

Uma das principais portas de entrada para o mercado eletrônico são as ferramentas de busca, também chamadas de buscadores de internet ou motores de busca. A partir delas, o consumidor digita uma ou mais palavras relativas ao produto ou serviço que está procurando e obtém, a princípio, resultados que podem ser denominados “livres” (orgânicos), selecionando dentre eles o que melhor atende sua necessidade.

É nesse cenário que a recorrente desenvolveu a ferramenta denominada Google Adwords (atualmente denominada Google Ads), a qual possibilita aos agentes econômicos realizarem anúncios, interferindo na busca com resultados livres, cuja legalidade é objeto de análise no presente recurso.

Para uma melhor compreensão da controvérsia, é preciso esclarecer o modo como a ferramenta funciona.

Em um primeiro momento, o contratante escolhe as palavras-chaves que gostaria que estivessem associadas a seu produto - termos comuns ou mesmo marcas e nomes de concorrentes. Como existem diversos interessados na mesma palavra, é realizada uma espécie de leilão e, com base em um conjunto de critérios, que podem ser resumidos em um determinado índice de qualidade (IQ) e custo por clique (CPC), será determinado o anunciante cujo *link* aparecerá no topo da página de resultados de busca quando digitada a palavra-chave.

Se a palavra-chave inserida no campo de busca não tiver sido adquirida por nenhum anunciante, a pesquisa apresentará o que se chama de resultados naturais ou orgânicos, classificados por ordem de importância segundo critérios da ferramenta de busca (algoritmo de relevância). Caso contrário, se a palavra tiver sido adquirida por algum interessado, o *link* para a página do adquirente aparecerá no topo da página, acrescida do termo anúncio.

Transcreve-se o seguinte trecho da doutrina de Amanda Zimmermann que explica o funcionamento da ferramenta:

(...)

Quem escolhe as palavras-chave do link patrocinado é o próprio anunciante, tendo como objetivo utilizar termos que “você acha que seus clientes em potencial provavelmente usam quando pesquisam produtos ou serviços como os seus”.

Os anúncios operam da seguinte maneira: as empresas escolhem palavras-chave (keywords) que, quando utilizadas pelos usuários de pesquisa, resultam na exibição dos links patrocinados contratados na listagem do resultado de pesquisa. Contudo, isso não implica concluir que as empresas que contratam os serviços do

Google Ads terão sempre seu resultado bem posicionado na página de busca. A ordem de apresentação de um anúncio patrocinado é regida pelo conceito de “Leilão de anúncio”, no qual se utiliza uma fórmula denominada de “Classificação do anúncio”. Sendo que, quando o usuário realiza uma pesquisa, o sistema Google Ads encontra todos os anúncios cujas palavras-chave correspondem à pesquisa, ignorando os anúncios não classificados ou reprovados, e realiza uma classificação. A classificação, de uma forma simplificada, combina o lance, a qualidade do anúncio conforme critérios estabelecidos previamente, os limites mínimos de classificação do anúncio, o contexto da pesquisa e o impacto esperado das extensões e de outros formatos de anúncios.

Essa qualificação é determinada dinamicamente no momento do leilão para estabelecer a posição do anúncio. Além disso, como são vários fatores, é possível que haja lances de menor valor, mas que adquirem maior destaque pois se relacionam com a elaboração de anúncios de qualidade

(...)

Deste modo, o aparecimento do anúncio da empresa está condicionado às palavras que o usuário do Google pesquisa, ou seja, para que apareça o anúncio é necessário que o usuário pesquise pelas palavras-chave escolhidas pelo próprio anunciante. (Uso da marca alheia nos links patrocinados: entendimento jurisprudencial brasileiro sobre marcas, concorrência desleal e anúncios da internet. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, pág. 70)

Assim, retomando o caso dos autos, com a inserção do termo “*Ecohouse Decor*” (keyword) no campo de busca da Google, aparece, antes do link da titular do nome comercial, o anúncio da recorrida, que “*adquiriu*” essa palavra-chave - o chamado *link patrocinado*.

É necessário consignar também que a Rogustec, adquirente da palavra-chave, e a Ecohouse Decor atuam no mesmo ramo de atividade, qual seja, o comércio de lareiras ecológicas e, como frisa o aresto recorrido, o termo adquirido não é formado por palavras comuns:

(...)

E, no caso em tela, a expressão “Ecohouse Decor” utilizada pela corré “Rogustec” como palavra-chave de busca, além do nome empresarial da autora, também equivale ao seu domínio na internet www.ecohousedecor.com.br.

Também não se trata de expressões comuns ou genéricas, pois de acordo com o documento de fls. 26, ao digitar especificamente o nome empresarial da autora, é que se obtém como resultado principal o endereço eletrônico da corré “Rogustec” (fl. 1.537, e-STJ).

Feitos esses esclarecimentos, passa-se a análise das razões recursais.

3. Da proteção ao nome empresarial e a concorrência desleal

Conforme se colhe do aresto recorrido, a expressão “*Ecohouse Decor*” corresponde ao nome empresarial da recorrida e também ao seu domínio na internet.

Apesar de certa discussão na doutrina, prevalece o entendimento de que o direito ao nome (art. 16 do Código Civil) é parte integrante dos direitos de personalidade tanto das pessoas físicas quanto das pessoas jurídicas, constituindo o motivo pelo qual o nome (empresarial ou fantasia) não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público (art. 17 do Código Civil) nem tampouco utilizado por terceiro, sem sua autorização prévia, em propaganda comercial (art. 18 do Código Civil).

Ademais, a proteção emprestada aos nomes empresariais, assim como às marcas, tem como objetivo proteger o consumidor, evitando que incorra em erro quanto à origem do produto ou serviço ofertado, e preservar o investimento do titular, coibindo a usurpação, o proveito econômico parasitário e o desvio de clientela.

A propósito:

Recurso especial. Propriedade intelectual. Ação de abstenção de uso de marca. Nome empresarial. Convenção de Paris. Pré-nome. Uso comum. Signo distintivo. Lesão. Inexistência. Confusão. Ausência. Súmula n. 7/STJ.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

2. Nome empresarial e marca não se confundem, sendo a proteção do primeiro, na linha de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, oferecida pelo art. 8º da Convenção de Paris, independentemente de qualquer registro.

3. O nome comercial e a marca gozam de proteção jurídica com dupla finalidade: por um lado, ambos são tutelados contra usurpação e proveito econômico indevido; por outro, almeja-se evitar que o público consumidor seja confundido quanto à procedência do bem ou serviço oferecido no mercado.

4. Na hipótese, rever a conclusão do Tribunal de origem, no sentido de que apesar de as empresas litigantes atuarem no mesmo ramo de atividades, não há concorrência desleal ou lesão decorrente do uso do pré-nome comum na marca e no nome empresarial distintos, demandaria o revolvimento do acervo probatório do processo, procedimento vedado pelo disposto na Súmula n. 7/STJ.

5. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.679.192/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 23/3/2021, DJe de 25/3/2021 - grifou-se)

Fixada essa premissa, é preciso destacar que a busca por clientela é o objetivo de todo o empresário. E, conquistar clientes significa, de certo modo, “desviar” clientes de outrem. Nesse contexto, é possível, dentro do campo da licitude, que o agente econômico cause danos justos (mesmo que extensos) aos concorrentes.

Vale mencionar, no ponto, a lição de Pedro Marcos Nunes Barbosa:

(...)

A clientela/freguesia é fenômeno eminentemente fático, volúvel e profundamente infiel, e está tão livre a alterar de fornecedor quanto estão os agentes econômicos a ser organizarem e entrarem ou saírem de um determinado mercado. Em outras palavras, o titular de um estabelecimento não faz jus a direito adquirido em manter sua clientela, tal qual para o político profissional não há garantia de manutenção de seu eleitorado. O que é possível fazer para manter e ampliar os vínculos com seus consumidores é a aposta no desenvolvimento da própria eficiência. (Curso de concorrência desleal. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2022, pág. 113)

A distinção entre a licitude e a ilicitude está, portanto, na forma como a conquista de clientes é feita. Se a concorrência se dá a partir de atos de eficiência próprios ou de ineficiência alheia, esse ato tende a ser leal. Por outro lado, se a concorrência é estabelecida a partir de atos injustos, em muito se aproximando da lógica do abuso de direito, é que se pode falar em concorrência desleal.

A conquista de clientes a partir da contratação de *links* patrocinados de determinada marca ou nome empresarial não tem origem no aumento de eficiência própria ou mesmo na ineficiência alheia, mas, sim, no aproveitamento do prestígio e do reconhecimento do concorrente.

Com efeito, ao procurar por um produto ou serviço e digitar a palavra-chave relativa ao nome da empresa ou à marca do produto na página de busca, aquele nome/termo só vem à lembrança do consumidor em decorrência do esforço do titular para fixar aquela correspondência.

Trata-se, portanto, de escolha do consumidor que pode decorrer de sua anterior experiência com aquele produto, da indicação de utilização por outrem, do marketing realizado pelo empresário, do prestígio da marca, da qualidade do serviço, da solidez do nome empresarial, todas situações por trás das quais está o esforço do empresário.

Vale transcrever, no ponto, o seguinte excerto do aresto recorrido:

(...)

Ora, o consumidor ao buscar uma empresa específica junto ao site de busca, por óbvio que sabe exatamente o que procura. Não se trata de uma busca genérica pelo termo “lareira ecológica”, por exemplo.

Não se pode negar que com tal prática objetiva a corré “Rogustec” atrair o consumidor que busca informações de sua concorrente, configurando, assim, o desvio de clientela (fl. 1.537, e-STJ).

A esse respeito vale conferir também trechos de estudos já referenciados no julgamento do REsp n. 1.606.781/RJ.

Edson Beas Rodrigues Jr., no artigo intitulado “Reprimindo a concorrência desleal no comércio eletrônico: links patrocinados, estratégias desleais de marketing, motores de busca na Internet e violação aos direitos de marca”, destaca:

(...)

O comércio eletrônico cresce em velocidade superior ao observado no mundo off-line. A expansão do comércio virtual vem acompanhada do surgimento de ferramentas de marketing e publicidade on-line cuja legalidade é duvidosa. Uma dessas ferramentas é conhecida como “links patrocinados”, ferramentas estas oferecidas pelos principais motores de busca do mercado (Google, Bing e Yahoo). Os motores de busca permitem que anunciantes, mediante pagamento, selecionem palavras-chave idênticas às marcas de seus concorrentes. As palavras-chave são associadas aos links patrocinados dos anunciantes. Toda vez que essas palavras-chave forem digitadas nos motores de busca, surgirá na lista de resultados dos buscadores, no topo da lista e em posição destacada, link patrocinado remetendo à página na Internet do anunciante. Resumidamente, um consumidor busca pela página de uma empresa e tem como resposta link que o remete para página de outra empresa. Tal prática permite que anunciantes peguem carona no prestígio e força atrativa de marcas de terceiros, sem terem de desembolsar pelo uso da propriedade intelectual alheia.

(...)

Quanto às marcas que gozam de maior prestígio e penetração no mercado, o titular dessa categoria de marca está legitimado a proibir terceiro não autorizado de fazer publicidade a partir de uma palavra-chave correspondente a essa marca, no âmbito de um serviço de links patrocinados, quando o terceiro tirar proveito indevido do prestígio da marca (parasitismo) ou quando a referida publicidade afetar o seu caráter distintivo (diluição) ou o seu prestígio (degradação).

(...)

A ausência de uma normativa clara sobre a atuação dos provedores de serviços de links patrocinados estabelece um ambiente favorável à barbárie no comércio

eletrônico, onde os mais fortes (motores de buscas e seus anunciantes) atropelam as empresas titulares de marcas sólidas no mercado, ao utilizarem a “estratégia do jiu-jitsu”: os anunciantes, clientes dos motores de busca, usam o peso e a força mercadológicas das marcas de seus concorrentes contra seus próprios titulares, enquanto os motores de busca se beneficiam economicamente desta guerra desleal, oferecendo as ferramentas para viabilizar condutas parasitárias.

(...)

A tendência de trabalhar para si e ajudar seu semelhante, apesar do homo homini lupus [homem lobo do homem], é, sem dúvida, uma das características do ser humano. Não menos própria dele é a característica da procura de ajuda alheia para defender-se, ou para conseguir algum objetivo, por mais poderoso que se julgue, ou o seja, na realidade. É o instinto de solidariedade, mais ou menos desenvolvido, que o leva a tanto. Foi esse espírito de solidariedade que conduziu à criação da Internet e à sua transformação no maior acervo de informações e conhecimentos livres da humanidade. É neste espaço que muitos compartilham, sem nada exigir em troca. E esse espírito de solidariedade que rege o livre intercâmbio de informações e conhecimentos vem gerando efeitos benéficos à ciência, à cultura e à economia.

Não há dúvidas de que a Internet é um espaço por excelência da liberdade. Contudo, esta liberdade não é irrestrita. Tampouco a Internet é terra de ninguém, sujeita à grilagem virtual (cybersquatting). Nem tudo o que é localizável no mundo virtual está sujeito à apropriação e privatização. No caso da atuação dos serviços de links patrocinados e de seus clientes, que se utilizam indebitamente das marcas de terceiros para se enriquecerem injustamente, tem-se um caso de “homo homini lúpus”, e não de solidariedade. A famosa frase atribuída a Isaac Newton (“Se pude ver mais longe, foi por estar sobre os ombros de gigantes”) reflete como os clientes dos serviços de links patrocinados se beneficiam deste mecanismo de marketing: colocam-se sobre os ombros dos gigantes da Internet para se sobreporem deslealmente aos seus pares. É neste ponto que cabe ao direito intervir, criando balizas para impedir que a liberdade seja abusivamente exercida pelos titãs do mercado, criando desequilíbrios tão prejudiciais aos agentes econômicos e ao consumidor.

(...)

É importante ter presente que a violação aos direitos de marca de uma sociedade empresária é algo mais sério do que a apropriação de outro bem de seu acervo intangível (e.g., uma invenção patenteada ou obra protegida por direitos autorais). Isso porque a marca está intimamente associada à identidade da empresa no mercado. Vulnerar a marca de uma empresa e de seus produtos é o mesmo que roubar o nome de um ser humano, constituindo, portanto, perda irreparável. A marca de uma empresa tem a natureza de um direito de “personalidade empresarial”, e como tal atrai a proteção do direito (art. 52 do CC/2002; art. 18 do CC/2002). (Revista dos Tribunais. vol. 961, ano 104, págs. 35-93, São Paulo: RT, nov. 2015)

Esse mesmo tema foi examinado em artigo doutrinário da autoria de Rubia Maria Ferrão de Araújo e Guilherme Cunha Braguim:

(...)

Nos últimos anos, denota-se que as empresas têm investido cada vez mais na informatização das ferramentas de trabalho e no uso da Internet para a promoção de suas atividades.

Contudo, ao lado desse fenômeno, é possível observar um aumento significativo de casos envolvendo concorrência desleal a partir da Internet e do uso dos sistemas por empregados, o que, certamente, traz novas nuances para a discussão neste âmbito.

Com o advento da tecnologia e da Internet, somado às revoluções do século XX, o panorama da concorrência desleal também assumiu um novo viés, no qual novas condutas delituosas passaram a ser possíveis, criando inclusive uma grande lacuna na legislação, apesar de todos os esforços empreendidos para sua constante atualização e moderna aplicação pelo Judiciário.

(...)

Por outro lado, a popularidade da Internet também gerou reflexos para a concorrência desleal, merecendo destaque os serviços de anúncios patrocinados ou links patrocinados, em sites de pesquisa na rede.

Os sites de busca na Internet possuem um mecanismo que vasculha a web e cataloga informações por filtros ou keywords. São essas keywords que localizam um determinado site quando se realiza a busca. Esses termos são comercializados pelos detentores dos sites de busca, através dos links patrocinados.

(...)

Os links patrocinados são pagos e, em contrapartida, são exibidos no topo de qualquer pesquisa que se faça e englobe as keywords almejadas pelo internauta.

Como acima referido, para a utilização deste tipo de propaganda, o anunciante pré-seleciona algumas palavras perante o provedor de aplicações responsável pelo site buscador, de forma que, quando o usuário da Internet faz determinada pesquisa que contempla a palavra previamente cadastrada, o anúncio daquele aparece em destaque na lista de resultados.

Contudo, a ilicitude da utilização de tal serviço emerge quando dentre as palavras cadastradas está os nomes e/ou marcas de empresas concorrentes.

(...)

Por óbvio, *o concorrente, ao se valer do nome empresarial e/ou marca de outras empresas do segmento em que atua, não tem outro intuito senão de se aproveitar do destaque que seu oponente detém para a promoção de seus produtos ou serviços, sendo certo que esse tipo de conduta, além de enriquecimento ilícito, também se revela como concorrência parasitária.* (Novas formas de concorrência desleal em

face dos avanços tecnológicos. Revista de Direito Empresarial, vol. 11, ano 3, págs. 407-415, São Paulo: Revista dos Tribunais, set.-out. 2015 - grifou-se)

Diante disso, é possível concluir que a contratação de *links* patrocinados a partir de determinado nome empresarial ou marca se configura como desvio ilícito de clientela, o que se traduz em ato de concorrência desleal, baseado no aproveitamento do prestígio e do reconhecimento do titular (parasitismo), conduta que se enquadra no disposto no artigo 195, III, da Lei n. 9.279/1996, que assim dispõe:

Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem;

II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem;

III - *emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;*

IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos;

V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências;

(...). (grifou-se)

Além disso, trata-se de uso indevido de nome comercial, o que atrai a incidência do inciso V do referido artigo 195 da LPI.

Nesse sentido:

Recurso especial. Ordem econômica. Livre concorrência. Desvio de clientela e concorrência desleal. Revolução tecnológica. Internet. Comércio eletrônico. Provedores de busca. *Links* patrocinados. Palavra-chave. Impossibilidade de utilização de marca registrada. Confusão do consumidor. Diluição da marca. Perda de visibilidade. Infração à legislação de propriedade intelectual.

1. A livre concorrência é direito constitucional e sua defesa é princípio geral da ordem econômica (art. 170, IV), materializada na repressão à dominação dos mercados e de quaisquer movimentos tendentes à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º, da CF).

2. A política de concorrência é determinante para continuidade dos empreendimentos de ordem econômica e estrutural de um mercado eficaz. Todavia, a utilização de esforços antiéticos para o desvio de clientela e o

empobrecimento do concorrente, torna desleal a concorrência, o que deve ser combatido pelo ordenamento jurídico.

3. O ato de concorrência leal e o de concorrência desleal têm em comum a sua finalidade: ambos objetivam a clientela alheia. A deslealdade, no entanto, está na forma de atingir essa finalidade. Não é desleal o ato praticado com o objetivo de se apropriar de uma clientela, mas, sim, a prática de atos que superem a barreira do aceitável, lançando mão de meios desonestos.

4. A internet, fruto da revolução tecnológica, maximizou a visibilidade da oferta e circulação de produtos e serviços, propiciando aos seus players o alcance de mercados, até então, de difícil ou impossível ingresso, colaborando para o advento de novos modelos de negócio e a expansão da livre concorrência.

5. Os provedores de busca são sites que rastreiam, indexam e armazenam informações, que são disponibilizadas online, organizando-as e classificando-as para que, uma vez consultadas, possam ser fornecidas como sugestões (ou resultados) que atendam aos critérios de busca informados pelos próprios usuários.

6. É lícito o serviço de publicidade pago, oferecido por provedores de busca, que, por meio da alteração do referenciamento de um domínio, com base na utilização de certas palavras-chave, coloca em destaque e precedência o conteúdo pretendido pelo anunciante “pagador” (*links patrocinados*).

7. Todavia, infringe a legislação de propriedade industrial aquele que ele como palavra-chave, em links patrocinados, marcas registradas por um concorrente, configurando-se o desvio de clientela, que caracteriza ato de concorrência desleal, reprimida pelo art. 195, III e V, da Lei da Propriedade Industrial e pelo art. 10 bis, da Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial.

8. Utilizar a marca de um concorrente como palavra-chave para direcionar o consumidor do produto ou serviço para o *link* do concorrente usurpador é capaz de causar confusão quanto aos produtos oferecidos ou a atividade exercida pelos concorrentes. Ainda, a prática desleal conduz a processo de diluição da marca no mercado e prejuízo à função publicitária, pela redução da visibilidade.

9. O estímulo à livre iniciativa, dentro ou fora da rede mundial de computadores, deve conhecer limites, sendo inconcebível reconhecer lícita conduta que cause confusão ou associação proposital à marca de terceiro atuante no mesmo nicho de mercado.

10. A repressão à concorrência desleal não visa tutelar o monopólio sobre o aviamento ou a clientela, mas sim garantir a concorrência salutar, leal e os resultados econômicos. A lealdade é, assim, limite primeiro e inafastável para o exercício saudável da concorrência e deve inspirar a adoção de práticas mercadológicas razoáveis.

11. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.937.989/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 23/8/2022, DJe de 7/11/2022 - grifou-se)

Essa conduta em muito diverge da contratação de uma palavra que se refira ao produto ou serviço buscado, mas que não corresponda a uma marca ou nome empresarial, como a contratação de expressões como “lareira ecológica” ou “acessórios para lareira ecológica”, quando, aí sim, poderão ser exibidos os diversos anúncios adquiridos, sem que se possa falar em aproveitamento do esforço de outrem, mas no livre exercício da publicidade.

Conclui-se, portanto, que fica caracterizada a concorrência desleal quando: (i) a ferramenta Google Ads é utilizada para a compra de palavra-chave correspondente à marca registrada ou a nome empresarial; (ii) o titular da marca ou do nome e o adquirente da palavra-chave atuam no mesmo ramo de negócio (concorrentes), oferecendo serviços e produtos tidos por semelhantes, e (iii) o uso da palavra-chave é suscetível de violar as funções identificadora e de investimento da marca e do nome empresarial adquiridos como palavra-chave.

4. Do alegado benefício aos consumidores a partir da utilização da ferramenta Adwords

A recorrente alega que o uso da ferramenta Adwords beneficia os consumidores, permitindo a realização de buscas acerca de produtos e serviços, bem como informações acerca de sua qualidade, proporcionando uma variedade de opções e garantindo a liberdade de escolha.

Sustenta, ademais, que é garantido aos agentes econômicos o direito de divulgar seus produtos por meio de propaganda.

Cumprir destacar que a busca utilizando como palavra-chave determinada marca ou nome empresarial levará o consumidor a anúncios contendo o *link* do concorrente (*hyperlink*), de modo que não há propriamente a comparação da qualidade dos produtos, de seu preço ou outras características.

É preciso lembrar, ademais, que a propaganda comparativa tem como objetivo maior o esclarecimento e a defesa do consumidor, estando assim redigido o artigo 32, “a”, do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária:

Artigo 32 Tendo em vista as modernas tendências mundiais – e atendidas as normas pertinentes do Código da Propriedade Industrial, a publicidade comparativa será aceita, contanto que respeite os seguintes princípios e limites:

a. seu objetivo maior seja o esclarecimento, se não mesmo a defesa do consumidor;
(...).

Não se pode dizer, porém, que uma marca ou nome empresarial seja adquirido como palavra-chave por um concorrente com o objetivo maior de esclarecer e defender o consumidor, promovendo sua defesa.

Acrescente-se a isso que a publicidade comparativa também é considerada ilícita do ponto de vista concorrencial na hipótese de uso indevido do prestígio alheio.

Além disso, a busca livre por palavras que designam o produto ou por serviço também permitirá ao consumidor ter acesso a outras opções e fornecedores, possibilitando o ingresso de novos agentes no mercado, prestigiando a livre concorrência.

É válido mencionar que o uso da ferramenta cria uma situação inusitada, em que o titular se vê compelido a adquirir a palavra-chave relativa à sua própria marca ou nome empresarial para garantir que esteja em primeiro lugar na busca quando o consumidor procura exatamente por ela.

Observa-se, ademais, que o direcionamento das pesquisas para os anúncios selecionados significa, em última análise, interferir no direito de escolha do consumidor, dirigindo a concorrência nos mais diversos setores de circulação de bens e serviços, a partir de algoritmos estabelecidos pela buscadora, sem que se tenha conhecimento quanto ao modo como se dá esse encaminhamento.

Disso resulta que a autonomia pessoal dos usuários vai paulatinamente sendo substituída pelas decisões do algoritmo, com a mitigação de valores caros à sociedade, como o exercício livre do direito de escolha, a liberdade de concorrência e o acesso à informação clara e objetiva.

É oportuno acrescentar que a interferência na busca para a inserção de anúncios é diferente da situação em que o consumidor encontra produtos concorrentes lado a lado nas gôndolas de supermercado, pois nesse último caso a situação muito mais se assemelha à busca livre, quando o consumidor se dirige a uma área em que estão expostos todos os produtos semelhantes.

Vale frisar que aos agentes econômicos é garantido o direito de divulgar seus produtos e serviços por meio de propaganda, mas não de se valer do esforço alheio para alcançar esse objetivo.

5. Da violação do artigo 19 do marco civil da internet

A recorrente alega, em síntese, que, na qualidade de provedora de aplicação, sua responsabilização somente estaria configurada se, após intimada por meio de

ordem judicial, deixasse de cumprir a determinação ali contida, o que não ocorreu na hipótese. Ressalta que não é responsável pelo conteúdo de terceiros, sendo irrelevante o fato de o serviço ser ou não gratuito. Considera que a consequência de sua responsabilização por ato de terceiro é o dever de monitoramento prévio e perpetuação da censura, o que é vedado pela Constituição.

O artigo 19 da Lei n. 12.965/2014 tem a seguinte redação:

(...)

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o caput *deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.*

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Com a devida vênia, a hipótese dos autos não trata da responsabilização do provedor de aplicações por conteúdo de terceiros, mas do desfazimento *de hyperlink* decorrente da contratação da ferramenta Google Ads em razão da ocorrência de concorrência desleal.

Observa-se, no ponto, que o desfazimento da “*ligação*” *entre digitar a palavra ‘Ecohouse Decor’* e aparecer em destaque o anúncio da concorrente Rogustec (*hyperlink*), já será suficiente para fazer cessar a conduta ilícita, sem que seja necessário identificar qualquer URL.

Nesse contexto, nem sequer é aplicável ao caso o artigo 19 da Lei n. 12.965/2014, o que atrai a incidência da Súmula n. 284/STF.

6. *Dos lucros cessantes*

A recorrente argumenta que os requisitos mínimos para subsidiar a condenação ao pagamento de danos materiais não ficou comprovada. Alega que para a caracterização de lucros cessantes é preciso ficar demonstrado, com base em elementos concretos, que o ganho era provável com base em elementos concretos, o que não ocorreu.

Conforme se colhe do aresto recorrido, a condenação da recorrente ao pagamento de danos materiais tem por base a ocorrência da concorrência desleal:

(...)

Configurada a prática do ato ilícito em razão da prática de concorrência desleal, faz jus a autora à indenização por danos materiais, a ser apurada em fase de liquidação, nos termos do art. 210 da Lei n. 9.279/96, acrescido de correção monetária pelos índices da Tabela Prática do TJ/SP, contados da data em que o valor for estabelecido em liquidação, além de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação (fl. 1.539, e-STJ).

Referido entendimento está de acordo com a jurisprudência desta Corte, firmada no sentido de que a Lei de Propriedade Industrial, no caso de infração, não condiciona a reparação do dano material à efetiva demonstração do prejuízo, prova, ademais, de difícil realização.

A propósito:

Agravo interno no recurso especial. Marca. Conjunto-imagem. Uso indevido. Confusão. Consumidores. Súmula n. 7/STJ. Julgamento *extra petita*. Súmula n. 211/STJ. Elemento volitivo. Ausência. Condenação. Lucros cessantes. Falta de prequestionamento. Concorrência desleal. Danos materiais. Presunção. Súmula n. 83/STJ.

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

2. A falta de prequestionamento da matéria suscitada no recurso especial, a despeito da oposição de declaratórios, impede seu conhecimento, a teor do disposto na Súmula n. 211 do Superior Tribunal de Justiça.

3. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que mesmo as matérias de ordem pública devem observar o requisito do prequestionamento viabilizador da instância especial.

4. Na hipótese, rever a conclusão da Corte local no sentido de que há identidade entre o conjunto-imagem das marcas em confronto capaz de causar confusão entre os consumidores dependeria do reexame de fatos e provas, providência que esbarra na censura da Súmula n. 7/STJ.

5. No caso, a tese jurídica referente à necessidade de comprovação do propósito de imitar para que haja condenação em lucros cessantes não foi apreciada pelo acórdão recorrido, carecendo o recurso especial, no ponto, do indispensável prequestionamento. Incide, na hipótese, a Súmula n. 282/STF.

6. *O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência desta Corte quando afirma que na hipótese de concorrência desleal os danos materiais se presumem, tendo em vista o desvio de clientela e a confusão entre as marcas, podendo ser apurados em liquidação de sentença, o que atrai a incidência da Súmula n. 83/STJ.*

7. Agravo interno não provido

(AgInt no REsp n. 1.645.776/RJ, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 30/9/2019, DJe de 4/10/2019 - grifou-se)

Agravo interno. Processual Civil e concorrência desleal. Tese de que seria possível a interposição de recurso especial, antes mesmo do esgotamento da instância ordinária. Manifesto descabimento. *Trade dress*. Proteção constitucional e infraconstitucional. Apuração da extensão dos danos, em fase de liquidação de sentença. Possibilidade. Precedentes das Turmas de Direito Privado.

1. O Tribunal local aponta “cópia servil do day trade dos produtos concorrentes, as rés apenas maquiaram algumas alterações de cores e composição gráfica das embalagens, sem, no entanto, deixar de remeter e de evocar a marca líder de mercado, tomando ilícita carona no prestígio alheio”. E também afirma “risco de diluição [...] em decorrência da conduta das rés de fabricar e comercializar cosméticos com [...] conjunto de imagem similares”.

2. Por um lado, o art. 5º, XXIX, da Lei Maior, estabelece que a lei assegurará proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas “e a outros signos distintivos”. Por outro lado, a teor do art. 10 bis da Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial - Decreto n. 635/1992 -, os países da União obrigam-se a assegurar aos nacionais dos países da União proteção efetiva contra a concorrência desleal, devendo-se, particularmente, proibir-se todos os atos suscetíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou a atividades industrial ou comercial de um concorrente.

3. O art. 209, *caput*, da LPI, dispõe que fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios

alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio. Com efeito, embora não se cuide de tutela específica da marca, mas de cessação de concorrência desleal, o *trade dress*, prestigiado pela constituição, pela legislação infraconstitucional interna e transnacional, tem função similar à da marca, denominada pela doutrina “para-marcárias”.

4. “O prejuízo causado prescinde de comprovação, pois se consubstancia na própria violação do direito, derivando da natureza da conduta perpetrada. A demonstração do dano se confunde com a demonstração da existência do fato, cuja ocorrência é premissa assentada, devendo o montante ser apurado em liquidação de sentença” (REsp 1.677.787/SC, Rel. Ministra **Nancy Andrighi, Terceira Turma**, julgado em 26/09/2017, DJe 02/10/2017).

5. Com efeito, a tese recursal acerca de necessidade de apuração, na fase de conhecimento, da extensão dos danos (*quantum indenizatório*) não contempla a celeridade, a economia, a efetividade processual, e a melhor tutela da propriedade intelectual e dos direitos do consumidor. Isso porque, nesse tipo de ação, por um lado, a final, a violação pode nem mesmo ser constatada e, por outro lado, se constatada, a apuração da extensão dos danos, nessa fase processual, só retardará desnecessariamente a cessação do dano, mantendo-se o efeito danoso de diluição do conjunto-imagem e de confusão aos consumidores.

6. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp n. 1.527.232/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 8/10/2019, DJe de 15/10/2019 - grifou-se)

7. Do dispositivo

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa parte, nego-lhe provimento.

Na origem, os honorários sucumbenciais foram fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, os quais devem ser majorados para 18% (dezoito por cento) em favor do advogado da parte recorrida, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015.

Prejudicada a análise de violação do artigo 1.022 do CPC/2015.

É o voto.



VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: Cinge-se a controvérsia em definir se (1) o uso de palavra-chave idêntica ao nome empresarial de concorrente no sistema

de *links* patrocinados do Google implica a prática de concorrência desleal; (2) a responsabilidade limitada dos provedores de pesquisa se aplica no mercado de *links* patrocinados (art. 19 do Marco Civil da Internet); e (3) estão presentes os requisitos para o pagamento de lucros cessantes.

Pedi vista dos autos para melhor análise da controvérsia envolvendo *links* patrocinados, uma das ferramentas mais importantes do *e-commerce* e ligada a princípios sensíveis que regem a ordem econômica: a livre concorrência e a defesa do consumidor (art. 170, IV e V da CF).

O Constituinte fez uma nítida opção pela economia de mercado, ou seja, pelo modelo capitalista e de produção, cuja base é a livre iniciativa.

Apesar da nítida opção feita pelo Constituinte, o art. 174, da CF, mitiga a amplidão da economia de mercado para permitir a intervenção do Estado no domínio econômico como agente regulador e normativo, com a finalidade de exercer as funções de fiscalização, de incentivo e de planejamento ao setor privado.

É nessa seara que se encontra o direito reivindicado pela Google de utilizar nome empresarial como palavra-chave em *link* patrocinado de empresa concorrente, em contraposição as normas legais que reprimem a concorrência desleal.

Os pareceres dos ilustres juristas Min. CEZAR PELUSO, Prof. FABIO ULHOA COELHO, Prof. CLAUDIA LIMA MARQUES e BRUNO MIRAGEM, LUCIANO TIMM e LUCIANA YEUNG abrilhantam a discussão e trazem luzes aos temas sensíveis aqui tratados.

No entanto, penso que os argumentos dos doutrinadores de escol não são suficientes para alterar as conclusões do eminente Relator, Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, ao concluir que *a contratação de links patrocinados, em regra, caracteriza concorrência desleal quando: (i) a ferramenta Google Ads é utilizada para a compra de palavra-chave correspondente à marca registrada ou a nome empresarial; (ii) o titular da marca ou do nome e o adquirente da palavra-chave atuam no mesmo ramo de negócio (concorrentes), oferecendo serviços e produtos tidos por semelhantes, e (iii) o uso da palavra-chave é suscetível de violar as funções identificadora e de investimento da marca e do nome empresarial adquiridos como palavra-chave.*

No sistema de *links* patrocinados, a empresa que paga pelo serviço tem o endereço de seu *site* exibido com destaque nos resultados das pesquisas sempre que o consumidor busca por determinadas palavras-chave na *internet*.

Na hipótese dos autos a empresa *Rogustec Indústria e Comércio Eireli - EPP*, que atua no ramo de lareiras ecológicas, adquiriu contratualmente o serviço de publicidade digital envolvendo o *link* patrocinado com a palavra-chave “*Ecohouse Decor*”, nome comercial e domínio na internet da empresa *Ecohouse Decor Comércio e Importação de Utensílios Domésticos Ltda. - EPP*.

A concorrência perpetrada nesses moldes não se afigura ética e leal, como pretendem fazer crer a *Google* e a empresa anunciante, *Rogustec*. Ao contrário, desborda para o campo da deslealdade, utilizando-se de palavra-chave que constitui o nome empresarial de outra empresa que atua no mesmo ramo de comércio, a *Ecohouse Decor*.

A proteção da propriedade industrial decorre de expresso mandamento constitucional, que se constata na leitura do art. 5º, XXIX, da Constituição Federal, ao estabelecer que a lei assegurará proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos.

O legislador optou por conferir ao nome empresarial o direito à exclusividade de uso, possibilitando ao seu detentor impedir que outro empresário se identifique com nome coincidente ou semelhante que possa provocar confusão em consumidores ou no meio empresarial. Nesse sentido, o art. 1.163 do CC/02 determina que *o nome de empresário deve distinguir-se de qualquer outro já inscrito no mesmo registro*.

O uso de palavra-chave que constitui o nome de outra empresa viola a proteção da propriedade industrial e configura meio fraudulento para desvio de clientela, ato de concorrência desleal elencado no art. 195, III e V da Lei de Propriedade Industrial.

Além disso, direcionar o consumidor do produto ou serviço para o *link* do concorrente causa confusão quanto aos produtos oferecidos ou à atividade exercida pelos concorrentes.

A compra de palavras-chave por terceiros configura captação de clientela exercida de forma desleal e, inclusive, impede o detentor do nome empresarial de adquirir o termo correspondente, uma vez que os serviços de *links* patrocinados funcionam como um leilão, em que os objetos leiloados são as palavras disputadas entre os anunciantes.

Nesse contexto, a livre iniciativa encontra limite na conduta desleal que causa confusão ou associação proposital de nome empresarial de terceiro atuante no mesmo nicho de mercado.

Quanto aos demais temas, a inaplicabilidade do art. 19 do Marco Civil da Internet, que trata da liberdade de expressão e vedação da censura, e ao dever de indenizar os danos materiais, que prescindem da comprovação do prejuízo, devendo o montante ser apurado em liquidação de sentença, adiro ao voto do eminente Relator.

Feitas tais considerações, acompanho integralmente o Relator Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva* e *nego provimento* ao recurso especial interposto por *Google Brasil Internet Ltda.*

RECURSO ESPECIAL N. 2.037.095-SP (2020/0231685-0)

Relator: Ministro Moura Ribeiro

Recorrente: Massa Falida do Banco Santos

Advogados: Patrícia Rios Salles de Oliveira - SP156383

Paulo Guilherme de Mendonca Lopes - SP098709

Recorrido: DM Construtora de Obras Ltda

Recorrido: Giovano Conrado Fantin

Advogado: Roger Santos Ferreira - PR029960

EMENTA

Recurso especial. Embargos à execução. Negativa de prestação jurisdicional. Ausência. Contrato de mútuo com necessidade de investimento da quantia assim obtida em debênture de sociedade coligada ao Banco Santos. Artigos indicados que não possuem conteúdo normativo apto a afastar a tese do acórdão estadual quanto a ilicitude das operações de reciprocidade. Súmula n. 284 do STF. Simulação. Art. 167 do CC/2002. Negócio jurídico nulo. A simulação pode ser alegada por uma das partes contra a outra. Inoponibilidade das exceções pessoais a terceiros de boa-fé. Massa falida que não pode ser considerada terceira quanto aos negócios celebrados pela sociedade falida. Honorários recursais. Art. 85, § 11, do NCPC. Recurso especial conhecido em parte e nela não provido.

1. Não há falar em omissão e falta de fundamentação no acórdão se o Tribunal estadual motivou adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entendeu cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte.

2. Os dispositivos legais que tratam da dação em pagamento (art. 356 do CC/2002), do efeito da transferência do empréstimo, com os riscos a partir de então assumidos pelo mutuário (art. 587 do CC/2002), da vinculação da garantia ao cumprimento da obrigação (art. art. 1.419 do CC/2002) e do direito de excussão (art. 1.422 do CC/2002), não possuem conteúdo normativo apto a alterar o acórdão estadual, que concluiu pela ilicitude das operações de reciprocidade entabuladas pela instituição financeira. Incidência, por analogia, da Súmula n. 284 do STF.

3. O negócio jurídico simulado é nulo e conseqüentemente ineficaz (art. 167 do CC/2002).

4. Com o advento do CC/2002 ficou superada a regra que constava do art. 104 do CC/1916, pela qual, na simulação, os simuladores não poderiam alegar o vício um contra o outro, pois ninguém poderia se beneficiar da própria torpeza. O art. 167 do CC/2002 alçou a simulação como motivo de nulidade do negócio jurídico. *Sendo a simulação uma causa de nulidade do negócio jurídico, pode ser alegada por uma das partes contra a outra* (Enunciado n. 294/CJF da IV Jornada de Direito Civil). Precedentes e Doutrina.

5. O Tribunal paulista, ao analisar o conjunto fático-probatório dos autos, concluiu que o negócio jurídico entabulado pelas partes, consistente na celebração de contrato de mútuo com necessidade de investimento da quantia obtida em debênture de sociedade coligada, não padecia de vício de consentimento (dolo). Os negócios assim realizados não pretenderam estimular em momento algum o desenvolvimento das atividades da empresa tomadora do empréstimo, e sim camuflar a prática de negócio diverso, simulado por parte da instituição financeira.

6. *A inoponibilidade das exceções pessoais também não se aplica a massa falida, composta em seu aspecto objetivo pelo acervo patrimonial outrora pertencente a sociedade falida, uma vez que ela apenas sucede essa última nas relações jurídicas por ela mantidas, não sendo possível considerá-*

la terceira em relação a negócios celebrados pela sociedade cuja quebra foi decretada (REsp n. 1.501.640/SP, minha relatoria, Terceira Turma, julgado em 27/11/2018, REPDJe de 7/12/2018, DJe de 06/12/2018).

7. Em razão da aplicabilidade das regras do CPC/2015 e do não provimento do presente recurso, majoro os honorários fixados anteriormente, em 5% do valor atualizado da causa, limitados a 20%, nos termos do art. 85, §§ 2º e 11, do NCPC.

8. Recurso especial conhecido em parte e nela não provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após a renovação dos votos anteriormente proferidos e o voto de desempate do Sr. Ministro Humberto Martins, a Terceira Turma, por maioria, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva e Nancy Andrighi. Os Srs. Ministros Humberto Martins e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de março de 2024 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

DJe 11.4.2024

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: *A Massa Falida do Banco Santos S.A. (Banco Santos)* ajuizou execução de título extrajudicial contra *DM Construtora de Obras Ltda. e Giovano Conrado Fantin (DM Construtora e outro)*, com base nas Cédulas de Crédito Bancário n. 13.509-2 e 13.510-6, de 23 de abril de 2004, cada uma delas no valor histórico de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais).

DM Construtora e outro opuseram embargos à execução sob o argumento de que são nulas as cédulas de crédito que aparelharam a execução.

O Juízo de Direito da 28ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP julgou procedente o pedido para declarar a nulidade dos títulos executivos e extinguir a execução com base no art. 485, VI, do CPC/2015.

A Décima Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em acórdão da relatoria do Desembargador *Cauduro Padin*, negou provimento ao recurso de apelação do *Banco Santos*, em acórdão assim ementado:

Embargos à execução. Cédula de Crédito Bancário. Mútuos vertidos, integralmente, para aquisição de 20 debêntures da empresa Sanvest Participações S/A. Operação de reciprocidade. Mútuo que não era exigível, ou melhor, não exigiam desembolso financeiro por parte do embargante. Aquisição de debêntures que garantiam o mútuo. Embargos à execução julgados procedentes. Recurso desprovido, com majoração de verba honorária. (e-STJ, fl. 2.915)

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados (e-STJ, fl. 2.944).

Contra esse acórdão o *Banco Santos* interpôs recurso especial, com base no art. 105, III, *a*, da CF, sustentando que (1) foram violados os arts. 489, § 1º, IV e 1.022, II do CPC/2015, pois o acórdão estadual deixou de se manifestar sobre a impossibilidade de a parte alegar em juízo sua própria torpeza (arts. 150 e 587 do CC/2002), assim como sobre a massa falida ser considerada terceiro de boa-fé; (2) houve ofensa dos arts. 150, 167, § 2º e 587 do CC/2002, uma vez que não ficou configurada a simulação do negócio entabulado entre as partes e, ainda que admitida sua ocorrência, a ninguém é lícito beneficiar-se da própria torpeza; (3) o oferecimento em penhor da totalidade das aplicações em debêntures, com data do dia anterior à emissão das cédulas de crédito bancário, não configura fraude nas operações, o que viola os arts. 356, 587, 1.419 e 1.422 do CC/2002; e (4) a massa falida é terceiro de boa-fé, devendo ser ressalvado o direito de executar os títulos extrajudiciais (art. 167, § 2º, do CC/2002) (e-STJ, fls. 2.960/3.000).

As contrarrazões foram apresentadas às e-STJ, fls. 3.039/3.068.

O recurso especial não foi admitido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sob o fundamento de que o acórdão decidiu com base nas provas e das circunstâncias fáticas próprias do processo, o que impede seu reexame, diante do óbice da Súmula n. 7 do STJ (e-STJ, fls. 3.114/3.115).

No agravo em recurso especial o *Banco Santos* sustentou que não incidiria o óbice da Súmula n. 7 do STJ porque não haveria necessidade de reexame dos fatos, mas de matéria exclusivamente de direito relacionada a interpretação da lei quanto a questão federal suscitada (e-STJ, fls. 3.120/3.134).

O Tribunal estadual certificou o decurso de prazo para apresentação da contraminuta (e-STJ, fl. 3.144).

DM Construtora e outro apresentaram petição às e-STJ, fls. 3.156/3.189, noticiando que a contraminuta foi protocolada tempestivamente, porém não foi juntada aos autos, que tramitavam no Tribunal paulista em processo físico. Em razão da pandemia, somente tomaram ciência da ausência da juntada da peça processual quando os autos chegaram ao STJ e foram convertidos em processo eletrônico, razão pela qual pleitearam a juntada da resposta ao recurso e a apreciação dos motivos pelos quais o agravo não merecia provimento (e-STJ, fls. 3.156/3.189).

O agravo foi convertido em recurso especial para melhor análise da controvérsia (e-STJ, fls. 3.195/3.196).

Contra essa decisão *DM Construtora* opôs embargos de declaração sustentando que o julgado foi omissivo ao deixar de se manifestar sobre a apresentação tempestiva da contraminuta ao agravo em recurso especial (e-STJ, fls. 3.201/3.204).

Os embargos de declaração foram acolhidos, sem efeitos infringentes, para o fim de sanar omissão e fazer constar no relatório a apresentação de contraminuta, protocolada tempestivamente (e-STJ, fls. 3.227/3.230).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro (Relator): A controvérsia envolve a fraude perpetrada pelo *Banco Santos* mediante “operações de reciprocidade”, que consistiam na celebração de contrato de mútuo com necessidade de investimento da quantia assim obtida em sociedades coligadas suas, prática reiterada por ele e que sofreu intervenção do Banco Central.

Conforme constou no relatório, *DM Construtora* e outro opuseram embargos à execução que lhes moveu o *Banco Santos*, ao argumento de que são nulas, por vício de simulação, as cédulas de crédito que aparelharam a execução.

O Juízo de Direito da 28ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP julgou procedente o pedido para declarar a nulidade dos títulos executivos e extinguir a execução sob o fundamento de ficou configurada a simulação nos empréstimos, *cujos recursos foram imediatamente transferidos para empresa ligada ao embargado, por meio da aquisição de debêntures não resgatadas por omissão de quem assumiu a obrigação de fazê-lo, o Banco Santos [...] O negócio espelhado nos*

títulos não existiu, cuidando-se de operação destinada a ocultar a transferência de recurso entre a instituição financeira e a empresa de investimento (e-STJ, fl. 2.799).

A Décima Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em acórdão da relatoria do Desembargador *Cauduro Padin*, negou provimento ao recurso de apelação do *Banco Santos*, mantido o reconhecimento do negócio jurídico simulado.

Daí o recurso especial manejado pelo *Banco Santos*, com base no art. 105, III, *a*, da CF, apontando ofensa dos arts. 489, § 1º, IV e 1.022, II do CPC/2015; 150, 167, § 2º e 587 do CC/2002; e 356, 587, 1.419 e 1.422 do CC/2002.

(1) Da alegada negativa de prestação jurisdicional

O *Banco Santos* alegou que foram violados os arts. 489, § 1º, IV e 1.022, II do CPC/2015, pois o acórdão estadual deixou de se manifestar sobre a impossibilidade de a parte alegar em juízo sua própria torpeza (arts. 150 e 587 do CC/2002), assim como sobre a massa falida ser considerada terceiro de boa-fé.

Afasta-se, todavia, a alegada ofensa, porquanto o Tribunal paulista examinou e decidiu, de modo claro e objetivo, as questões que delimitaram a controvérsia, ainda que contrariamente ao interesse da instituição financeira, consignando (i) a comprovação da “operação de reciprocidade” em relação aos mútuos firmados com o *Banco Santos* e as respectivas debêntures adquiridas da empresa, a *Sanvest*, integrante do grupo econômico capitaneado pelo Banco Santos; (ii) a impropriedade de citação genérica na ação criminal ajuizada contra os administradores do *Banco Santos* para concluir que *DM Construtora* e outro estavam cientes a respeito das operações fraudulentas; e (iii) a massa falida apenas sucede a falida nas relações jurídicas por ela engendradas, não podendo ser considerada terceira de boa-fé, sob pena de se permitir novas fraudes.

Confira-se:

[...] a existência da chamada “operação de reciprocidade” está devidamente comprovada em relação aos mútuos firmados com o Banco Santos e as respectivas debêntures adquiridas de empresa, a *Sanvest*, integrante do grupo econômico capitaneado pelo Banco Santos, ligada a ele informalmente, conforme restou apurado no mencionado relatório.

Tais constatações feitas pelo Banco Central são corroboradas pelos depoimentos colhidos em audiência que tratam especificamente quanto ao caso concreto.

[...]

*Assim, as provas produzidas no presente processo demonstram a relação de reciprocidade constatada pelo **Bacen**, que se consumou em dois momentos distintos: com a exigência de que a empresa obtivesse empréstimos em valores superiores ao solicitado e, na imposição de aquisição de debêntures.*

Deste modo, verifica-se que o mútuo não era exigível, ou melhor, não exigiam desembolso financeiro por parte da embargante. Na realidade ele seria pago com o resgate das debêntures, que foram dadas em garantia ao negócio, ou seja, a liquidação do mútuo seria feito mediante o resgate pelo próprio Banco das debêntures, ausente qualquer necessidade de desembolso de valores.

A alegação do embargado de que a sentença proferida pela 6ª Vara Criminal Federal ao apreciar denúncia contra os administradores do Banco Santos concluiu “que os devedores que se sujeitavam à reciprocidade, alguns deles com aplicações em offshore (títulos da Unipart e Alsance Lorraine) por meio do Bank of Europe, tinham conhecimento de que aplicavam em empresas “de fachada” do Grupo com os riscos daí decorrentes contribuíram para a bancarrota, para a lavagens de valores (certamente tinham como suspeitas as exigências), a não ser que fossem totalmente incautos e sem a mínima capacitação técnica” (fls. 1.654), o que demonstraria a ciência a respeito das operações, em nada socorre o embargado. O processo criminal não envolvia investigação acerca da conduta da empresa ora executada, tratando-se de afirmação genérica.

Depois, merece destaque a afirmação do Douto Procurador de Justiça acerca da alegada boa-fé da massa falida:

“Por fim, cabe mencionar que a Massa Falida apenas sucede a falida nas relações jurídicas por ela engendradas, não podendo ser considerada terceiro de boa-fé, sob pena de permitir-se novas fraudes.”

Já decidi em situação similar a respeito da relação de reciprocidade e da inexigibilidade dos empréstimos, posto que não exigiam desembolso financeiro por parte dos embargantes (apelação n. 1023131-08.2005.8.26.0100):

“Embargos à execução. Cédula de Crédito Bancário. Mútuos vertidos, integralmente, para aquisição de debêntures da empresa Santospar. Operação de reciprocidade. Mútuos que não eram exigíveis, ou melhor, não exigiam desembolso financeiro por parte da embargante/executada, pois, pelo acordado, seriam quitados pelo próprio Banco Santos mediante a aceitação das debêntures em caráter pro soluto, o que também se daria para “liquidação de eventuais renovações ou novações oriundas do referido Contrato”. Mútuo n. 11.489-8 quitado. Mútuos n. 11.978-4 e 12.388-4 convertidos era CCBs. Títulos, CCBs, transmitidos ao Fundo embargado/exequente quando então administrado pelo Banco Santos. Despicienda a controvérsia instalada quanto a existência ou não de ato cambial (endosso) ou de cessão civil de modo a afastar ou permitir a oposição das exceções pessoais que a embargante/executada teria contra o

credor originário - Banco Santos, isto porque ainda que se admita a ocorrência de endosso, a inoponibilidade das exceções pessoais só teria aplicação ao terceiro de boa fé, o que não é o caso do Fundo-embargado/exequente. Eventual boa-fé dos cotistas não altera a solução desta demanda. Embargos à execução julgados procedentes. Condições levantadas. Execução extinta. Verba honorária. Fixação equitativa em R\$ 200.000,00. Matéria preliminar afastada. Recurso principal provido. Prejudicado o recurso adesivo. (e-STJ, fls. 2.923/2.927)

Desse modo, não há falar em negativa de prestação jurisdicional nos declaratórios, a qual somente se configura quando, na apreciação do recurso, o Tribunal local insiste em omitir pronunciamento acerca de questão que deveria ser decidida, e não foi.

O nítido propósito de obter o reexame de questão já assentada não atende aos limites estreitos delineados no art. 1.022 do CPC/2015. Isto porque a rejeição da tese ventilada no recurso não significa omissão ou deficiência de fundamentação, sendo forçoso reconhecer que a pretensão recursal ostenta caráter nitidamente infringente, visando rediscutir matéria que já foi analisada.

Nesse contexto, o julgado apreciou de maneira suficiente e fundamentada as questões que lhe foram deduzidas, apenas solucionando-a de forma diversa da almejada pela instituição financeira.

Portanto, omissão no julgado não há, pois entendimento contrário ao interesse da parte e omissão são conceitos que não se confundem.

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.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

Processual Civil. Recurso especial. Irresignação sujeita às normas do NCPC. Ação indenizatória em fase de cumprimento de sentença. Negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência. Acórdão suficientemente fundamentado. Alegação de iliquidez do título executivo quanto aos danos materiais. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

[...]

2. Não se pode falar em violação aos arts. 489 e 1.022 do NCPC quando a decisão está clara e suficientemente fundamentada, resolvendo integralmente a controvérsia. O julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pelas partes, quando encontrar motivação satisfatória para dirimir o litígio sobre os pontos essenciais da controvérsia em exame. [...]

5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp n. 1.957.630/RN, minha relatoria, Terceira Turma, j. 8/11/2022, DJe de 10/11/2022)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Destituição do poder familiar. Art. 1.638 do CC. Reexame de provas. Súmula n. 7/STJ. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ). 2. Não há falar em violação dos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015 quando a decisão está clara e suficientemente fundamentada, resolvendo integralmente a controvérsia. (...) 5. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp n. 1.237.833/MS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 8/10/2018, DJe 15/10/2018)

Observa-se, assim, que não se verificam os vícios apontados, senão julgamento contrário aos interesses da instituição financeira, o que não resulta, por si só, em violação dos artigos 1.022, II e 489, § 1º, IV, do CPC.

(2) Da ilicitude das operações de reciprocidade

O *Banco Santos* destacou a licitude das operações, uma vez que o oferecimento em penhor da totalidade das aplicações em debêntures, com data do dia anterior à emissão das cédulas de crédito bancário, não configurou fraude nas operações, o que violou os arts. 356, 587, 1.419 e 1.422 do CC/2002.

Em que pese o esforço argumentativo da instituição financeira, nada houve de lícito nas operações de reciprocidade por ela implementadas, objeto de intervenção pelo Banco Central, seguida de inevitável liquidação extrajudicial, razão por que as normas legais indicadas, que disciplinam operações de mútuo lícitas, não se aplicariam ao caso.

Com efeito, os dispositivos legais, que tratam da dação em pagamento (art. 356 do CC 2002), do efeito da transferência do empréstimo, com os riscos a partir de então assumidos pelo mutuário (art. 587 do CC/2002), da vinculação da garantia ao cumprimento da obrigação (art. art. 1.419 do CC/2002) e do direito de excussão (art. 1.422 do CC/2002), não possuem conteúdo normativo apto a alterar o acórdão estadual, que concluiu pela ilicitude das operações de reciprocidade entabuladas pela instituição financeira.

Incide, portanto, a Súmula n. 284 do STF, por analogia: *É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.*

Nesse sentido, inclusive é a jurisprudência desta Corte:

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação de cobrança. Grupo econômico. Reconhecimento. Ausência. Improcedência primeiro litisconsorte passivo. Condenação demais. Inadmissibilidade. Jurisprudência. Consonância. Súmula n. 83/STJ. Deficiência de fundamentação. Súmula n. 284/STF. Múltiplos fundamentos. Impugnação. Insuficiência. Súmula n. 283/STF.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

2. Na hipótese, o Tribunal de origem, ao dirimir a controvérsia, concluiu pela inexistência de grupo econômico e considerou improcedente a ação de cobrança em relação à primeira ré, em favor de quem arbitrou honorários de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

3. No caso em apreço, tendo o acórdão recorrido decidido em consonância com a jurisprudência desta Casa, incide o disposto na Súmula n. 83 do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

4. A subsistência de fundamento não impugnado apto a manter a conclusão do aresto recorrido impõe o não conhecimento da pretensão recursal. Súmula n. 283/STF.

5. O conteúdo do art. 87 do CPC/2015 não tem comando suficiente para alterar o acórdão guerreado, ante a ausência de litisconsórcio ativo capaz de legitimar a pretensão de proporcionalidade da sucumbência. Incidência, por analogia, da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal.

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp n. 1.636.235/RJ, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 28/11/2022, DJe de 9/12/2022 – sem destaque no original)

Processual Civil. Embargos de declaração no agravo interno no recurso especial. Recurso manejado sob a égide do NCPC. Adjudicação compulsória de imóveis locados por desrespeito ao direito de preferência. Distratos posteriores das compras e vendas inválidos por inobservância da forma prescrita em lei. Sentença judicial. Violação do art. 1.022 do NCPC. Omissão configurada. Artigo indicado que não possui conteúdo normativo apto a afastar a tese do acórdão proferido pelo Tribunal estadual. Súmula n. 284 do STF. Multa do agravo interno afastada. Embargos de declaração acolhidos.

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. Os embargos de declaração constituem recurso de estritos limites processuais e destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição eventualmente existentes no julgado combatido, bem como corrigir erro material.

3. Configura-se a violação do art. 1.022 do NCPC o reconhecimento, na hipótese, da omissão quanto a existência de sentença judicial que homologou o distrato.

4. *Artigo indicado como violado que não possui conteúdo normativo para rebater a tese de invalidade dos distratos, ainda que homologados por sentença judicial. Incidência da Súmula n. 284 do STF.*

5. A aplicação da multa prevista no § 4º do art. 1.021 do NCPC não é automática, não se tratando de mera decorrência lógica do desprovemento do agravo interno em votação unânime. A condenação ao pagamento da aludida multa, a ser analisada em cada caso concreto, em decisão fundamentada, pressupõe que o agravo interno mostre-se 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 (AgInt no AREsp 1.658.454/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 31/8/2020, DJe 8/9/2020).

6. Embargos de declaração acolhidos.

(EDcl no AgInt no REsp n. 1.780.197/CE, minha relatoria, Terceira Turma, j. 1/3/2021, DJe de 4/3/2021 – sem destaque no original)

Desse modo, o caso é de não conhecer do recurso especial quanto ao ponto.

(3) Da simulação

Banco Santos sustentou que houve ofensa dos arts. 150 e 167, § 2º, uma vez que não ficou configurada a simulação do negócio entabulado entre as partes, além de não ser possível alegar em juízo a própria torpeza.

De acordo com o quadro fático delineado nas instâncias ordinárias, *DM Construtora* e outro firmaram com o *Banco Santos* três contratos de mútuo, a saber: Cédula de Crédito Bancário n. 13.511-4, que não é objeto da execução, mais as operações executadas, representadas pelas Cédulas de Crédito Bancário n. 13.509-2 e 13.510-6, de 23 de abril de 2004, cada uma delas no valor histórico de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais).

O empréstimo formalizado pela cédula não cobrada foi pago e os valores das cédulas executadas foram depositados em conta de titularidade do *Banco Santos* no Banco do Brasil e, no mesmo dia, verteram integralmente à aquisição de debêntures da empresa *Sanvest Participações S.A. (Sanvest)*.

No dia anterior à celebração dos mútuos e aquisição das debêntures, *DM Construtora* ofereceu, para garantia de todas as suas obrigações, em penhor, a totalidade das aplicações das debêntures.

Parece muito claro, como concluíram as instâncias ordinárias, que os negócios assim realizados não pretenderam estimular em momento algum o desenvolvimento das atividades empresariais da *DM Construtora*, e sim camuflar a prática de negócio diverso, dissimulado por parte da instituição financeira e com a participação daquelas.

Assim, ficou configurado negócio triangular de alto risco, com a assunção deliberada de inexecução de obrigações recíprocas, caracterizando negócio simulado.

A simulação levada a efeito pelas partes se enquadra na hipótese prevista no art. 167, § 1º, I, do CC/2002:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

Evidente no caso que o negócio entabulado entre as partes se deu com uma aparência contrária à realidade, *uma declaração enganosa da vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado*, no conceito adotado por MARIA HELENA DINIZ (Curso de Direito Civil Brasileiro - Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo: Ed. Saraiva. 18ª edição, 2002, vol. 1, p. 403) e SILVIO RODRIGUES (Direito Civil - Parte Geral. São Paulo: Ed. Saraiva. 32ª edição, 2002, vol. 1, p. 294).

O CC/2002 alçou a simulação como causa de nulidade do negócio jurídico. Assim, os simuladores podem alegar o vício um contra o outro e, como regra de ordem pública que é, pode ser declarado de ofício pelo juiz.

Com efeito, o CC/2002 abandonou a regra anterior, prevista no art. 104 do CC/16, que impossibilitava as partes de arguirem a própria simulação (*Tendo havido intuito de prejudicar a terceiros, ou infringir preceito de lei, nada poderão alegar, ou requerer os contraentes em juízo quanto à simulação do ato, em litígio de um contra o outro, ou contra terceiros*).

Essa foi a conclusão firmada no Enunciado n. 294 da IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal: ***sendo a simulação***

uma causa de nulidade do negócio jurídico, pode ser alegada por uma das partes contra a outra.

No mesmo sentido caminha a doutrina a respeito da matéria:

Não havendo a restrição do art. 104 do Código antigo, mormente porque se trata de caso de nulidade, os simuladores podem alegar a simulação um contra o outro, ainda porque a nulidade pode ser declarada de ofício. [...] Entender que o negócio simulado é nulo e não mais anulável é opção legislativa que segue, inclusive, a orientação do atual Código português e outras legislações.

(VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Parte Geral**. São Paulo: Ed. Atlas. 5ª edição, 2005, pp. 568/569 - sem destaques no original)

*[...] fica superada a regra que constava do art. 104 do CC/1916, pela qual, na simulação, os simuladores não poderiam alegar o vício um contra o outro, pois ninguém poderia se beneficiar da própria torpeza. A regra não mais prevalece, pois a simulação, em qualquer modalidade, passou a gerar a **nulidade** do negócio jurídico, sendo questão de ordem pública.*

(TARTUCE, Flávio. **Direito Civil – Lei de Introdução e Parte Geral**. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 12ª edição, 2015, p. 419 - sem destaques no original)

A possibilidade de um dos contratantes alegar a simulação um contra o outro, ainda sob a égide do CC/1916, também foi admitida por ambas as Turmas do STJ nos casos envolvendo simulação em parceria pecuária firmada para “esquentar dinheiro”, prática conhecida como “vaca-papel”, em que alguém se obriga a cuidar do gado que, na realidade, não existe, e devolvê-lo após certo prazo:

Civil. Recurso Especial. *Contrato simulado de parceria pecuária. “Vaca-papel”*. Mútuo com cobrança de juros usurários. Anulação do negócio jurídico. Pedido de um dos contratantes. Possibilidade.

- É possível que um dos contratantes, com base na existência de simulação, requeira, em face do outro, a anulação judicial do contrato simulado de parceria pecuária, que encobre mútuo com juros usurários.

Recurso Especial parcialmente provido.

(REsp n. 441.903/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 10/2/2004, DJ de 15/3/2004, p. 265)

Direito Civil. *Simulação ilícita*. Nulidade alegada pela parte. Possibilidade.

No aparente contrato de parceria pecuária que serve para encobrir empréstimo de dinheiro, denominado “vaca papel”, com juros usurários, como retratado na

hipótese, é possível à parte que o celebrou (o comparsa do verdadeiro simulador) ter a iniciativa de arguir a sua a anulação. Recurso conhecido e parcialmente provido.

(REsp n. 196.319/MS, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, j. 27/6/2000, DJ 4/9/2000, p. 158)

No acórdão de relatoria da Ministra *Nancy Andrighi* a questão foi bem explicitada, ao permitir a alegação em juízo do ato simulado ainda sob a égide do CC/1916, visando evitar a perpetuação de fraudes e a impunidade dos fraudadores. Veja-se:

A controvérsia diz respeito à possibilidade de os devedores, em contrato de parceria pecuária simulado e que, de fato, encobre um contrato de mútuo com juros usurários (“vaca-papel”) alegarem, em juízo, a simulação do negócio jurídico, para requererem sua anulação.

O dissídio jurisprudencial restou devidamente comprovado e diz respeito à aplicação do art. 104, do CC, que dispõe: “Tendo havido intuito de prejudicar a terceiros ou infringir preceito de lei, nada poderão alegar, ou requerer os contratantes em juízo, quanto à simulação do ato, em litígio de um contra o outro, ou contra terceiros.”

Leciona, a doutrina, que tal norma advém do princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, e, que, contudo, desviou-se da finalidade deste, acabando por amparar atos imorais (PRATES, Homero. “Atos Simulados e Atos em Fraude da Lei”, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1958, p. 176). Isto porque, **caso interpretado de modo literal o artigo 104, do CC, permite-se que um dos simuladores se locuplete à custa do outro, perpetuamente.**

Por esse motivo, em muitos casos a jurisprudência interpretou o mencionado dispositivo de forma a atender antes ao seu espírito, permitindo que um dos contratantes em negócio jurídico simulado com o fim de fraudar a lei, requeira, em juízo, a sua anulação.

O próprio STJ deixou claro esse posicionamento, ao analisar simulação de contrato de mútuo com pacto comissório, por intermédio do voto-vista proferido pelo em. Min. Eduardo Ribeiro no REsp 2.216/SP, *in verbis*:

“A vedação de fazer empréstimos, como o de que se cogita, tem como destinatário o estabelecimento bancário. Seus dirigentes devem abster-se de efetua-los. Ora, a proibição do pacto comissório visa, a toda evidência, proteger o mutuário. Seria iníquo impedi-lo de alegar a simulação, feita para encobrir ato ilícito do mutuante. O respeito aparente ao disposto no artigo 104 do Código Civil importaria manifesto desrespeito a norma de ordem pública, que é a do artigo 765 do mesmo Código. Dentro desse quadro, tenho com admissível alegar-se simulação, sem contrariar o objetivo a que visa atingir o questionado artigo 104, que, diga-se de passagem consagra

norma que a doutrina considera superada. Fraudulenta ou não a simulação - esta a atual tendência - há que se admitir possa qualquer dos partícipes pretender a declaração da verdadeira natureza do ato, ressalvando-se apenas terceiros de boa fé.

Essa a sistemática do Anteprojeto do Código Civil" Com efeito, o Novo Código Civil não mais contém a distinção entre a simulação inocente e a fraudulenta, nem a proibição de que uma parte contratante alegue, em sua defesa, contra a outra, a existência de simulação. O art. 167, do diploma legal que está por entrar em vigor, dispõe que "É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma".

(REsp n. 441.903/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 10/2/2004, DJ de 15/3/2004, p. 265 – sem destaques no original)

Sob a égide do CC/2002, o posicionamento foi consolidado, nos termos do art. 167, ao determinar que ***é nulo o negócio jurídico simulado***:

Civil e Processual Civil. Recurso especial. Recurso manejado sob a égide do NCP. Embargos de terceiro. Contrato de compra e venda de obra de arte "A Caipirinha", de Tarsila do Amaral. Negócio jurídico simulado. Reenquadramento jurídico. Impossibilidade. Necessidade do reexame do contexto fático-probatório. Incidência da Súmula n. 7 desta Corte. Reconhecimento de simulação em sede de embargos de terceiro. Possibilidade. Causa de nulidade do negócio jurídico. Matéria de ordem pública que pode ser conhecida até mesmo de ofício pelo juiz. Honorários recursais. Majoração. Art. 85, § 11, do NCP. Recurso especial não provido.

1. Aplica-se o NCP a este julgamento 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. Para modificar o entendimento do Tribunal Estadual sobre o enquadramento jurídico do negócio realizado entre Carlos e Salim (pai e filho), seria necessário o revolvimento do arcabouço fático-probatório carreado aos autos, procedimento sabidamente inviável nesta instância recursal em razão da incidência da sua Súmula n. 7. Precedentes.

3. O art. 167 do CC/02 alçou a simulação como motivo de nulidade do negócio jurídico. Em sendo assim, o negócio jurídico simulado é nulo e conseqüentemente ineficaz, ressalvado o que nele se dissimulou (art. 167, 2ª parte, do CC/02).

4. É desnecessário o ajuizamento de ação específica para se declarar a nulidade de negócio jurídico simulado. Dessa forma, não há como se restringir o seu reconhecimento em embargos de terceiro. Simulação que se configura em

hipótese de nulidade absoluta insanável. Observância dos arts. 167 e 168, ambos do CC/02.

5. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.927.496/SP, minha relatoria, Terceira Turma, j. 27/4/2021, DJe de 5/5/2021 – sem destaques no original)

Recurso especial. Direito Civil e Processual Civil. Cédulas de crédito bancário. *Celebração de contrato de mútuo com necessidade de investimento da quantia assim obtida em debênture de sociedade coligada ao Banco Santos*. Ação desconstitutiva precedida de medida cautelar e julgada simultaneamente com embargos do devedor. Recurso manejado sob a égide do CPC/73. 1. Prevenção por conexão. Súmula n. 235 do STJ. 2. Violação do art. 535 do CPC/73. Omissão e contradição inexistentes. Reforma do julgado. Impossibilidade. 3. Cerceamento de defesa. Revisão de matéria fático-probatória. Impossibilidade. Súmula n. 7 do STJ. 4. Ofensa a coisa julgada. Não ocorrência. 5. Erro e dolo não caracterizados. 6. Simulação. Negócio jurídico nulo. A simulação pode ser alegada por uma das partes contra a outra. 7. Simulação relativa. 8. Inoponibilidade das exceções pessoais a endossatários de boa-fé. Não-aplicação. 9. Massa falida não pode ser considerada terceira quanto aos negócios celebrados pela sociedade falida. 10. Recurso especial provido.

[...]

5. O Tribunal de origem, ao analisar o conjunto fático-probatório dos autos, concluiu que o negócio jurídico celebrado pelas partes, consistente na celebração de contrato de mútuo com necessidade de investimento da quantia obtida em debênture de sociedade coligada, não padecia de vício de consentimento (erro ou dolo). Os negócios assim realizados não pretenderam estimular em momento algum o desenvolvimento das atividades empresarias das recorrentes, e sim camuflar a prática de negócio diverso, dissimulado por parte da instituição financeira.

6. *Com o advento do CC/02 ficou superada a regra que constava do art. 104 do CC/1916, pela qual, na simulação, os simuladores não poderiam alegar o vício um contra o outro, pois ninguém poderia se beneficiar da própria torpeza. O art. 167 do CC/02 alçou a simulação como causa de nulidade do negócio jurídico. Sendo a simulação uma causa de nulidade do negócio jurídico, pode ser alegada por uma das partes contra a outra (Enunciado n. 294/CJF da IV Jornada de Direito Civil). Precedentes e Doutrina.*

7. O negócio jurídico simulado é nulo e consequentemente ineficaz, ressalvado o que nele se dissimulou (art. 167, 2ª parte, do CC/02).

8. O endosso do título transmitiu o vício que o inquinava, inclusive a possibilidade de declarar nulo o negócio simulado. No caso, não se cogita da vedação de opor exceções pessoais relativas ao emitente do título e ao endossante, mas, ao contrário, de vício na emissão do título, que o acompanha desde o nascedouro e não se convola com endossos sucessivos.

9. A inoponibilidade das exceções pessoais também não se aplica a massa falida, composta em seu aspecto objetivo pelo acervo patrimonial outrora pertencente a sociedade falida, uma vez que ela apenas sucede essa última nas relações jurídicas por ela mantidas, não sendo possível considerá-la terceira em relação a negócios celebrados pela sociedade cuja quebra foi decretada.

10. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.501.640/SP, minha relatoria, Terceira Turma, j. 27/11/2018, REPDJe de 7/12/2018, DJe de 06/12/2018 – sem destaques no original)

Recurso especial. Civil e Processual Civil. Alegação de vício de *simulação* pela própria parte sob alegação de ocorrência de '*Sócio Presta-Nome*'. Impossibilidade jurídica do pedido. Extinção sem resolução de mérito. Questão meritória. Recurso provido.

1. Não constitui cerceamento de defesa o julgamento *ex officio* pelo Tribunal *a quo* que identificando a ausência de condições da ação, julga processo extinto sem julgamento de mérito. Esse proceder, por si só, não se revela violador do duplo grau de jurisdição, porquanto esse não é absoluto, razão pela qual o Pretório Excelso já decidiu que em nosso ordenamento jurídico o princípio citado não ostenta garantia constitucional (RHC 79.785, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

2. *Todavia, a aferição da motivação do ato simulador consubstanciado na condição de sócio 'presta-nome', deve ser objeto de julgamento de mérito da ação declaratória, porquanto constitui juízo meritório, sendo perfeitamente possível o pedido, o que fasta a ausência de condição de ação declarada pelo Tribunal a quo.*

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

(REsp n. 776.304/MG, Rel. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado do TJ/AP), Quarta Turma, j. 5/11/2009, DJe 16/11/2009)

O negócio celebrado, consistente em contrato de mútuo com necessidade de investimento da quantia assim obtida em debênture de sociedade coligada, constituiu uma manobra reiteradamente adotada pela instituição financeira.

O Tribunal de origem bem destacou o *modus operandi* das transações ilícitas envolvendo debêntures, com fundamento no relatório da Comissão de Inquérito do Banco Central, realçando:

Pelo menos desde 1998, os administradores do Banco Santos passaram a exigir de seus clientes "reciprocidades", (conhecidas internamente como operações "M"), para a concessão de créditos, em quaisquer modalidades, inclusive empréstimos, contas garantidas, adiantamentos sobre contratos de câmbio e repasses do BNDES. *A título de "reciprocidade" grande parte dos recursos de operações de crédito, teoricamente concedidas pelo Banco a seus clientes, era destinada para empresas*

ligadas, formal ou informalmente, aos ex-administradores do Banco por meio de aplicações dos clientes em papéis daquelas empresas. As operações de empréstimos em exigência de “reciprocidades” também, chamadas no Banco Santos de operações “M”, só foram claramente conhecidas pelo Banco Central a partir da decretação da intervenção no Banco Santos. A partir de então, os clientes detentores de tais operações informaram ao Interventor sobre a existência deste tipo de expediente, além de ingressarem com ações judiciais contra o Banco Santos (fls. 5.396-5.408). (...) *Apurou-se ser prática comum no Banco Santos, condicionar a liberação dos recursos à realização de uma operação casada de reciprocidade, por meio da qual o cliente comprava um ativo, em geral debêntures emitidas por diversas empresas ligadas, formal ou informalmente, ao Grupo Santos. Segundo definição interna da instituição, a estratégia de usar terceiras empresas fora do Banco como principais receptoras das reciprocidades exigidas dos clientes traria vantagens, como, por exemplo, uma execução mais fácil, além da não incidência de recolhimento de depósito compulsório. Apurou-se que era costume ser deferido ao cliente um limite de crédito superior ao seu pleito, sendo o valor adicional utilizado na aplicação indicada pelo Banco. (...) Resumidamente, as operações com reciprocidades funcionavam no Banco Santos do seguinte modo: (1) clientes recebiam recursos do Banco (por meio de empréstimos, repasses do BNDES, adiantamento de contrato de câmbio, entre outros) com a condição de que aplicassem um percentual desses valores em papéis emitidos ou vendidos por diversas empresas ligadas formal ou informalmente aos administradores do Banco ou a seu controlador; (2) os clientes transferiam os valores tomados no Banco Santos para as contas das referidas empresas ou ainda para terceiras contas, usadas para este fim; (3) pela aplicação os clientes recebiam papéis destas empresas (em geral debêntures ou export notes); (4) após receber os valores dos clientes, as empresas transferiam-nos para terceiros, em alguns casos para pagar outros clientes com “aplicações” desta mesma natureza que já haviam “vencido” (no jargão do mercado “pedalavam a bicicleta”), em outros casos os recursos eram transferidos, de forma incompatível, para pessoas que aparentemente não tinham atividade econômica que justificasse os referidos recebimentos (...).*

[...]

*Havia diversos casos em que a reciprocidade em determinada operação era de 100% em geral como condição para liberação ou manutenção de outras operações em condições favoráveis. Através dessas negociações, **o Banco obtinha um incremento substancial de suas operações ativas e, em contrapartida, transferia recursos expressivos para as empresas pertencentes formal ou informalmente ao Controlador do Grupo Santos.** [...].*

Por meio das mencionadas “planilhas M” foi possível identificar que diversas empresas ligadas formal ou informalmente aos ex-administradores do Banco, ou seu controlador, foram usadas neste tipo de operação, e receberam centenas de milhões de reais provenientes do Banco Santos em operações prejudiciais à instituição. As mencionadas empresas são Ajusta, Bank of Europe, Contaserv, Cruz

e Aragon, Delta, Invest Santos, Naga, Omega, Pillar, Procid Invest, Procid, Quality, Santospar e *Sanvest* (...) (e-STJ, fls. 2.920/2.923 – sem destaque no original).

Corroborando o relatório do Banco Central, no caso dos autos foi produzida *prova testemunhal*, que bem explicitou a fraude praticada com abuso do poder econômico - apesar da pretensão da instituição financeira de indeferimento da prova contrária aos seus interesses, com a interposição de agravo de instrumento e, posteriormente, recurso especial (e-STJ, fls. 2.468/2.475). Confirmam-se trechos do acórdão estadual:

[...]

Tal situação se verifica no caso concreto.

Vê-se, portanto, que a existência da chamada “*operação de reciprocidade*” está devidamente comprovada em relação aos mútuos firmados com o Banco Santos e as respectivas debêntures adquiridas de empresa, a *Sanvest*, integrante do grupo econômico capitaneado pelo Banco Santos, ligada a ele informalmente, conforme restou apurado no mencionado relatório.

Tais constatações feitas pelo Banco Central são corroboradas pelos depoimentos colhidos em audiência que tratam especificamente quanto ao caso concreto.

A testemunha Carlos Henrique Rossoni, gerente do Banco Santos à época dos fatos, pessoa que intermediou a operação do caso concreto, não deixa dúvidas em seu depoimento a respeito da exigência de reciprocidade para a concessão de empréstimos, confirmando que *foi solicitado pela empresa embargante somente R\$ 1.000.000,00 e que o Banco exigiu que fossem feitos empréstimos de R\$ 3.000.000,00, com finalidade de aquisição de debêntures de empresa interligada ao Grupo Santos. Afirmou que nunca foi avisado sobre supostas ilegalidades nestas operações por seus superiores, salientando, inclusive, que o cliente não tinha o direito de escolher onde deveria aplicar os recursos que excediam ao empréstimo solicitado.* Também esclareceu que trabalhava com empresas que não possuíam mais créditos em outros Bancos, impondo, assim as condições criadas pela Diretoria estabelecida em São Paulo, que era quem ditava as regras.

A testemunha Sérgio Pacheco, superintendente do Banco Santos, à época dos fatos, confirmou que *foi solicitado somente R\$ 1.000.000,00 pela empresa embargante e que o empréstimo só foi aprovado mediante a concordância em receber os recursos acima do solicitado para aquisição de debêntures, salientando que a empresa não procurou o Banco para receber dinheiro visando investimentos, mas isso foi feito devido a condição do Banco para liberar o empréstimo solicitado.*

A testemunha Paulo Pivoto, representante da empresa embargante, confirmou que o Banco condicionou o empréstimo solicitado de R\$ 1.000.000,00 a contrair os empréstimos das cédulas ora executadas e aquisição das debêntures, sendo que

resgataria as debêntures para pagar os empréstimos, solicitando o resgate, o que foi negado. A testemunha também explicou a razão de não ter rompido com a condição assim que o dinheiro entrou na sua conta. Disse que recebia mensalmente do Banco Santos cerca de R\$ 3.000.000,00 em decorrência de outros negócios, o que justifica seu temor.

*Assim, as provas produzidas no presente processo demonstram a relação de reciprocidade constatada pelo **Bacen**, que se consumou em dois momentos distintos: com a exigência de que a empresa obtivesse empréstimos em valores superiores ao solicitado e, na imposição de aquisição de debêntures. (e-STJ, fls. 2.923/2.924)*

Nesse contexto, o acórdão estadual concluiu que **o mútuo não era exigível, ou melhor, não exigiam desembolso financeiro por parte da embargante. Na realidade ele seria pago com o resgate das debêntures, que foram dadas em garantia ao negócio, ou seja, a liquidação do mútuo seria feita mediante o resgate pelo próprio Banco das debêntures, ausente qualquer necessidade de desembolso de valores** (e-STJ, fls. 2.924/2.925).

O Tribunal paulista, ao analisar o conjunto fático-probatório dos autos, concluiu que o negócio jurídico celebrado pelas partes, consistente na celebração de contrato de mútuo com necessidade de investimento da quantia obtida em debênture de sociedade coligada, não padecia de vício de consentimento (dolo). Os negócios assim realizados não pretenderam estimular em momento algum o desenvolvimento das atividades empresarias das recorrentes, e sim camuflar a prática de negócio diverso, simulado por parte da instituição financeira.

(4) Da ressalva quanto aos direitos de terceiros de boa-fé

Como visto, os clientes do *Banco Santos* foram atraídos por aberturas de linhas de crédito, com a necessidade de realizar operação financeira que, a princípio, não lhes traria prejuízo nenhum. Mas com a intervenção e sua posterior falência, os pretensos tomadores de empréstimo passaram a ser cobrados pelos encargos efetivos dessas operações, sem poderem se valer da possibilidade de entregar em pagamento as debêntures de emissão de sociedade coligada à instituição financeira.

Nesse contexto, ao invés de se voltar contra os mentores da fraude ou suas empresas coligadas, preferiu a instituição financeira, então massa falida, acionar na Justiça seus antigos clientes, a quem os empréstimos fraudados eram oferecidos em contrapartida a investimentos em debêntures de empresas coligadas a falida, em evidente abuso do poder econômico, vedado pelo art. 21, XXIII, da Lei n. 8.884/1994, aplicável à época dos fatos, que impede *subordinar*

a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem (atual art. 36, XVIII, da *Lei n. 12.529/2011*).

O *Banco Santos* defendeu que, tendo havido ou não negócio simulado, persiste a responsabilidade da tomadora do empréstimo perante terceiros de boa-fé, nos termos do art. 167, § 2º, do CC/2002:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

[...]

§ 2º. *Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.*

Apesar de não ser possível confundir a instituição bancária com a massa falida que atualmente a representa, claro está que tudo não passou de uma trama, com pleno concurso do *Banco Santos* e de empresas a ele ligadas, o autor intelectual da lambança financeira.

A massa falida sucede o falido em suas relações jurídicas, impedindo-a de ter mais direitos do que o próprio Banco falido antes da quebra. Ou seja, não é a massa falida terceira, totalmente estranha as operações questionadas. Ela é sucessora de um dos contratantes e não pode ter mais direitos do que teria, não fosse a quebra.

Segundo a doutrina, a massa falida atua de forma ambivalente, ora na condição de sucessora da falida, ora na defesa dos interesses gerais dos credores:

A massa falida, para buscar a proteção dos interesses gerais dos credores, atua de forma ambivalente. Por vezes, na defesa desses interesses, age como sucessora da falida. Por exemplo, ao cobrar, judicial ou amigavelmente, os devedores da sociedade empresária quebrada ou ao ser demandada por quem se pretende titular de direito contra esta. *Aqui, atuando como **sucessora da sociedade empresária falida**, a massa não terá nunca mais direitos do que esta antes da quebra, nem mais obrigações perante terceiros por negócio, ato ou fato anterior à declaração da falência.* Em outras ocasiões, a massa falida age, na **defesa dos interesses gerais dos credores, contra a própria sociedade falida**. *Ao mover ação revocatória, com o intuito de ver declarada a ineficácia subjetiva de ato que frustra os fins do concurso de credores, a massa atua contra a falida, que pode integrar o pólo passivo da relação processual.* Nessa hipótese, a sociedade empresária falida manifestar-se-á pelas pessoas que, no momento da abertura da falência, encontravam-se investidas dos poderes de representação legal da pessoa jurídica.

(COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Ed. Saraiva, 10ª ed., vol. 3, pág. 323)

Na hipótese dos autos, a massa falida atuou como sucessora da instituição financeira falida, tolhendo-a de ostentar mais direitos do que tinha à época da quebra.

Essa foi a conclusão do Tribunal paulista:

[...]

Deste modo, verifica-se que o mútuo não era exigível, ou melhor, não exigiam desembolso financeiro por parte da embargante. Na realidade ele seria pago com o resgate das debêntures, que foram dadas em garantia ao negócio, ou seja, a liquidação do mútuo seria feita mediante o resgate pelo próprio Banco das debêntures, ausente qualquer necessidade de desembolso de valores.

[...]

Depois, merece destaque a afirmação do Douto Procurador de Justiça acerca da alegada boa-fé da massa falida:

“Por fim, cabe mencionar que a Massa Falida apenas sucede a falida nas relações jurídicas por ela engendradas, não podendo ser considerada terceiro de boa-fé, sob pena de permitir-se novas fraudes.”

Já decidi em situação similar a respeito da relação de reciprocidade e da inexigibilidade dos empréstimos, posto que não exigiam desembolso financeiro por parte dos embargantes (apelação n. 1023131-08.2005.8.26.0100):

“Embargos à execução. Cédula de Crédito Bancário. Mútuos vertidos, integralmente, para aquisição de debêntures da empresa Santospar. Operação de reciprocidade. Mútuos que não eram exigíveis, ou melhor, não exigiam desembolso financeiro por parte da embargante/executada, pois, pelo acordado, seriam quitados pelo próprio Banco Santos mediante a aceitação das debêntures em caráter pro soluto, o que também se daria para “liquidação de eventuais renovações ou novações oriundas do referido Contrato”. Mútuo n. 11.489-8 quitado. Mútuos n. 11.978-4 e 12.388-4 convertidos em CCBs. Títulos, CCBs, transmitidos ao Fundo embargado/exequente quando então administrado pelo Banco Santos. Despicienda a controvérsia instalada quanto a existência ou não de ato cambial (endosso) ou de cessão civil de modo a afastar ou permitir a oposição das exceções pessoais que a embargante/executada teria contra o credor originário - Banco Santos, isto porque ainda que se admita a ocorrência de endosso, a inoponibilidade das exceções pessoais só teria aplicação ao terceiro de boa fé, o que não é o caso do Fundo-embargado/exequente. Eventual boa-fé dos cotistas não altera a solução desta demanda. Embargos à execução julgados procedentes. Condições levantadas. Execução extinta. Verba honorária. Fixação equitativa em R\$ 200.000,00. Matéria preliminar afastada. Recurso principal provido. Prejudicado o recurso adesivo.

E, em casos semelhantes, também, já decidi este E. Tribunal, inclusive em nossa Câmara:

“Embargos à execução. Contrato de mútuo. Alegação de operação casada com imposição de debêntures para concessão de crédito. Reconhecida a venda casada e a nulidade do título executivo que embasa a ação de execução. Inexigibilidade de parte da dívida que foi destinada para a compra das debêntures da empresa Sanvest Participações, e cuja quitação foi dada pelo próprio exequente. Quitação do efetivo empréstimo contraído pelos embargantes, com a comprovação do pagamento das prestações mensais. Embargos procedentes. Execução extinta. Recurso provido” (Apelação 0124200- 66.2006.8.26.0100; Relator (a): Heraldo de Oliveira; Data do Julgamento: 30.01.2013).

“Embargos infringentes. Demanda declaratória de inexigibilidade de obrigações derivadas de contrato de mútuo bancário, fundada na nulidade do negócio jurídico, por vício de simulação. Empréstimo tomado junto ao Banco Santos imediatamente empregado na aquisição de debêntures de emissão de empresa dele coligada, SantosPar, com remuneração bem inferior aos juros suportados pela autora tomadora do empréstimo, com garantia das outras autoras. Ilogicidade do negócio à primeira vista gritante. *Previsão em separado, entretanto, de liquidação do mútuo mediante o resgate pelo próprio banco das debêntures, sem necessidade de desembolso de valores pelas devedoras. Operação que se fechava com o recebimento pelo próprio Banco das debêntures de sua coligada, com transferência de expressivos recursos a ela mediante utilização, como ponte, da tomadora do empréstimo. Simulação claramente configurada, destinada a camuflar o repasse de recursos entre as instituições financeiras. Ausência de qualquer proveito, sequer potencial, para as devedoras.* Nulidade do negócio reconhecida, sendo passível de arguição pelas autoras, a despeito de sua participação nos negócios, ante a disciplina do instituto pelo Código Civil de 2002. *Massa Falida que não se considera terceira no tocante às relações jurídicas por ela assumidas, de titularidade da pessoa jurídica falida.* Apelação que, por maioria, reformou o julgado de Primeiro Grau e deu pela procedência da demanda. Embargos infringentes, tomando por base o voto vencido que mantinha o decreto originário de improcedência, rejeitados, na esteira da deliberação majoritária” (Embargos Infringentes 0121473-12.2007.8.26.0000; Relator (a): Fabio Tabosa; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data do Julgamento: 14/12/2016; Data de Registro: 16/12/2016) - g.n. (e-STJ, fls. 2.924/2.928 – sem destaques no original)

Assim, a massa falida, composta em seu aspecto objetivo pelo acervo patrimonial outrora pertencente a sociedade falida, apenas sucede esta última nas relações jurídicas por ela mantidas, não sendo possível considerá-la terceira em relação a negócios celebrados pela sociedade cuja quebra foi decretada.

Por seu turno, certo é que a sentença declaratória de falência não tem efeito retroativo. Segundo PONTES DE MIRANDA não há efeitos *ex tunc* da sentença de decretação da abertura de falência, salvo no que ela mesma, ou em

parte dela, prolata depois, se estabelece como termo legal da falência (Tratado de Direito Privado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2012, vol. XXVIII, p. 328).

Extrai-se do acórdão, ao que tudo indica, a ausência de enriquecimento da empresa tomadora do empréstimo, *DM Construtora*, em detrimento dos demais credores. O enriquecimento ilícito se operou entre o *Banco Santos* e sua coligada, a *Sanvest*.

Ele foi o único beneficiado com as operações simuladas que engendrou, contabilizando crédito inexistente e assim, causando prejuízo aos seus credores.

Os negócios desta forma realizados impossibilitaram a cobrança do contrato de financiamento bancário, pois o *Banco Santos* estava a par da simulação das operações, que decorreu da atuação dele próprio e das empresas a ele ligadas.

E a presunção *hominis*, comum, ensina que quem pode evitar o prejuízo, não o aceita, conforme nos ensina a clássica doutrina de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO:

A presunção *hominis*, ou presunção comum, não resulta da lei, fundando-se, porém, na experiência da vida, que permite ao juiz formar a própria convicção. Por exemplo, não é de se presumir que alguém, podendo evitá-lo, aceite prejuízo.

(**Curso de Direito Civil - Parte Geral**. São Paulo: Ed. Saraiva. 33ª edição, 1995, vol. 1, p. 260).

Dessa forma, embora a massa falida seja um ente distinto da pessoa do falido, constituindo uma personagem autônoma, ela não ignorou a má-fé deste último, que maquiou negócio só aparente.

Contabilidade assemelhada a um ninho de mafagafos nunca pode dar certo no mundo jurídico porque sempre algo fica visível, como ensinou Rui Barbosa: *fora da legalidade é que se escondem os grandes perigos, e se preparam os naufrágios irremediáveis* (Migalhas n. 5.407, 3/8/2022).

A matéria já foi julgada pela Terceira Turma, no REsp n. 1.501.640/SP, de minha relatoria, em que os efeitos da ineficácia atingiram todos os partícipes da relação jurídica simulada, inclusive a massa falida, responsável pelas fraudes praticadas.

Confira-se a ementa do acórdão, que foi provido por unanimidade pela Terceira Turma, ausente, justificadamente, a Ministra Nancy Andrighi:

Recurso especial. Direito Civil e Processual Civil. Cédulas de crédito bancário. Celebração de contrato de mútuo com necessidade de investimento da quantia assim obtida em debênture de sociedade coligada ao Banco Santos. Ação desconstitutiva precedida de medida cautelar e julgada simultaneamente com embargos do devedor. Recurso manejado sob a égide do CPC/73. 1. Prevenção por conexão. Súmula n. 235 do STJ. 2. Violação do art. 535 do CPC/73. Omissão e contradição inexistentes. Reforma do julgado. Impossibilidade. 3. Cerceamento de defesa. Revisão de matéria fático-probatória. Impossibilidade. Súmula n. 7 do STJ. 4. Ofensa a coisa julgada. Não ocorrência. 5. Erro e dolo não caracterizados. 6. Simulação. Negócio jurídico nulo. A simulação pode ser alegada por uma das partes contra a outra. 7. Simulação relativa. 8. *Inoponibilidade das exceções pessoais a endossatários de boa-fé. Não-aplicação.* 9. *Massa falida não pode ser considerada terceira quanto aos negócios celebrados pela sociedade falida.* 10. Recurso especial provido.

[...]

5. O Tribunal de origem, ao analisar o conjunto fático-probatório dos autos, concluiu que o negócio jurídico celebrado pelas partes, consistente na celebração de contrato de mútuo com necessidade de investimento da quantia obtida em debênture de sociedade coligada, não padecia de vício de consentimento (erro ou dolo). Os negócios assim realizados não pretenderam estimular em momento algum o desenvolvimento das atividades empresarias das recorrentes, e sim camuflar a prática de negócio diverso, dissimulado por parte da instituição financeira.

6. Com o advento do CC/02 ficou superada a regra que constava do art. 104 do CC/1916, pela qual, na simulação, os simuladores não poderiam alegar o vício um contra o outro, pois ninguém poderia se beneficiar da própria torpeza. O art. 167 do CC/02 alçou a simulação como causa de nulidade do negócio jurídico. Sendo a simulação uma causa de nulidade do negócio jurídico, pode ser alegada por uma das partes contra a outra (Enunciado n. 294/CJF da IV Jornada de Direito Civil). Precedentes e Doutrina.

7. O negócio jurídico simulado é nulo e conseqüentemente ineficaz, ressalvado o que nele se dissimulou (art. 167, 2ª parte, do CC/02).

8. O endosso do título transmitiu o vício que o inquinava, inclusive a possibilidade de declarar nulo o negócio simulado. No caso, não se cogita da vedação de opor exceções pessoais relativas ao emitente do título e ao endossante, mas, ao contrário, de vício na emissão do título, que o acompanha desde o nascedouro e não se convola com endossos sucessivos.

9. *A inoponibilidade das exceções pessoais também não se aplica a massa falida, composta em seu aspecto objetivo pelo acervo patrimonial outrora pertencente a sociedade falida, uma vez que ela apenas sucede essa última nas relações jurídicas por ela mantidas, não sendo possível considerá-la terceira em relação a negócios celebrados pela sociedade cuja quebra foi decretada.*

10. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.501.640/SP, minha relatoria, Terceira Turma, julgado em 27/11/2018, REPDJe de 7/12/2018, DJe de 06/12/2018 – sem destaques no original)

Em caso análogo envolvendo o *Banco Santos* e as operações de reciprocidade, a Quarta Turma acompanhou o posicionamento unânime da Terceira Turma:

Agravo interno no agravo em recurso especial. Processual Civil e Direito Civil. Ação declaratória de inexigibilidade de contrato de mútuo. *Banco Santos*. O Tribunal *a quo* concluiu pela nulidade do negócio jurídico entabulado entre as partes. Simulação. Reexame de matéria fático-probatória. Súmula 7/STJ. *Massa falida não pode ser considerada terceira quanto aos negócios celebrados pela sociedade falida*. Súmula 83/STJ. Agravo desprovido.

1. O Tribunal de origem, com arrimo no acervo fático-probatório carreado aos autos, concluiu que foi comprovada a simulação (CC, art. 167) no ajuste entre as partes, ensejando a nulidade do negócio jurídico. A pretensão de alterar tal entendimento, considerando as circunstâncias do caso concreto, demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória, o que é inviável em sede de recurso especial, conforme preconiza a Súmula 7/STJ.

2. “A inoponibilidade das exceções pessoais também não se aplica a massa falida, composta em seu aspecto objetivo pelo acervo patrimonial outrora pertencente a sociedade falida, uma vez que ela apenas sucede essa última nas relações jurídicas por ela mantidas, não sendo possível considerá-la terceira em relação a negócios celebrados pela sociedade cuja quebra foi decretada” (REsp 1.501.640/SP, Rel. Ministro **Moura Ribeiro, Terceira Turma**, julgado em 27/11/2018, REPDJe 07/12/2018, DJe de 06/12/2018)

3. Estando a decisão recorrida em consonância com a jurisprudência desta Corte, o apelo especial encontra óbice na Súmula 83/STJ.

4. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp n. 1.451.971/SP, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, j. 20/8/2019, DJe de 9/9/2019 – sem destaque no original)

Em suma, é o caso de manter integralmente as conclusões das instâncias ordinárias que, mais próximas do contexto-fático probatório, aplicaram o direito que melhor se amolda ao complexo caso em debate.

Nessas condições, *conheço em parte* do recurso especial e nela a ele *nego provimento*.

Majoro os honorários advocatícios anteriormente fixados em desfavor do *Banco Santos* em 5% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, observados, se aplicáveis, os limites percentuais previstos

nos §§ 2º 11 do referido dispositivo legal, bem como eventual concessão da gratuidade da justiça (art. 98, § 3º do CPC/2015).

É o meu voto.

VOTO-VISTA

Trata-se, na origem, de embargos opostos por *DM Construtora de Obras Ltda.* e *Giovano Conrado Fantin* à execução de título extrajudicial promovida por *Massa Falida do Banco Santos S.A.*, fundada em 2 (duas) Cédulas de Crédito Bancário, cada uma delas emitida pelo valor de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais).

Após regular tramitação, o magistrado de primeiro grau de jurisdição julgou procedentes os embargos para declarar a nulidade dos títulos executivos e extinguir a execução ao entendimento de que

(...) a simulação dos empréstimos, cujos recursos foram imediatamente transferidos para empresa ligada ao embargado, por meio da aquisição de debêntures não resgatadas por omissão de quem assumiu a obrigação de fazê-lo, o Banco Santos, é causa de nulidade das cédulas de crédito que aparelham a execução, pois, frise-se, o negócio espelhado nos títulos não existiu, cuidando-se de operação destinada a ocultar a transferência de recurso entre a instituição financeira e a empresa de investimento (e-STJ fl. 2.799 - grifou-se).

Na subsequente apelação, a massa falida defendeu, entre outros argumentos, ser terceiro de boa-fé, não se confundindo com a própria falida.

Ao negar provimento à apelação e manter a sentença de procedência dos embargos, o órgão colegiado ressaltou, especificamente quanto ao ponto, que “*(...) a Massa Falida apenas sucede a falida nas relações jurídicas por ela engendradas, não podendo ser considerada terceiro de boa-fé, sob pena de permitir-se novas fraudes*” (e-STJ fl. 2.925 - grifou-se).

No recurso especial, a *Massa Falida do Banco Santos* indicou como contrariados os arts. 489, § 1º, IV, e 1.022, I e II, do CPC/2015 e 150, 167, § 2º, 356, 587, 1.419 e 1.422 do Código Civil, alegando, em síntese, que: *a)* o acórdão estadual deixou de se manifestar acerca da impossibilidade de a parte alegar em juízo sua própria torpeza, assim como a respeito da massa falida ser considerada terceiro de boa-fé; *b)* não configurada a simulação do negócio entabulado entre as partes; *c)* em que pese a possibilidade de alegação de simulação, não é possível sua oposição em face de terceiros de boa-fé e *d)* o oferecimento em penhor da

totalidade das aplicações em debêntures, com data do dia anterior à emissão das cédulas de crédito bancário, não configura fraude nas operações.

Seguindo o mesmo raciocínio empreendido em outros julgados relacionados com o tema, o eminente Relator, Ministro Moura Ribeiro, negou provimento ao recurso especial, ressaltando, no tocante aos pontos que entendo serem essenciais para a solução da controvérsia, que:

a) “(...) o CC/2002 alçou a simulação como causa de nulidade do negócio jurídico. Assim, os simuladores podem alegar o vício um contra o outro e, como regra de ordem pública que é, pode ser declarado de ofício pelo juiz”;

b) “(...) o negócio celebrado, consistente em contrato de mútuo com necessidade de investimento da quantia assim obtida em debênture de sociedade coligada, constituiu uma manobra reiteradamente adotada pela instituição financeira”;

c) “(...) os clientes do **Banco Santos** foram atraídos por aberturas de linhas de crédito, com a necessidade de realizar operação financeira que, a princípio, não lhes traria prejuízo nenhum. Mas com a intervenção e sua posterior falência, os pretensos tomadores de empréstimo passaram a ser cobrados pelos encargos efetivos dessas operações, sem poderem se valer da possibilidade de entregar em pagamento as debêntures de emissão de sociedade coligada à instituição financeira;

d) “(...) apesar de não ser possível confundir a instituição bancária com a massa falida que atualmente a representa, claro está que tudo não passou de uma trama, com pleno concurso do **Banco Santos** e de empresas a ele ligadas, o autor intelectual da lambança financeira”;

e) “(...) a massa falida sucede o falido em suas relações jurídicas, impedindo-a de ter mais direitos do que o próprio Banco falido antes da quebra. Ou seja, não é a massa falida terceira, totalmente estranha as operações questionadas. Ela é sucessora de um dos contratantes e não pode ter mais direitos do que teria, não fosse a quebra”;

f) “(...) a massa falida, composta em seu aspecto objetivo pelo acervo patrimonial outrora pertencente a sociedade falida, apenas sucede esta última nas relações jurídicas por ela mantidas, não sendo possível considerá-la terceira em relação a negócios celebrados pela sociedade cuja quebra foi decretada”;

g) “(...) extrai-se do acórdão, ao que tudo indica, a ausência de enriquecimento da empresa tomadora do empréstimo, **DM Construtora**, em detrimento dos demais credores. O enriquecimento ilícito se operou entre o **Banco Santos** e sua coligada, a **Sanvest**. Ele foi o único beneficiado com as operações simuladas que engendrou, contabilizando crédito inexistente e assim, causando prejuízo aos seus

credores. Os negócios desta forma realizados impossibilitam a cobrança do contrato de financiamento bancário, pois o Banco Santos estava a par da simulação das operações, que decorreu da atuação dele próprio e das empresas a ele ligadas”, e

h) “(...) embora a massa falida seja um ente distinto da pessoa do falido, constituindo uma personagem autônoma, ela não ignorou a má-fé deste último, que maquiou negócio só aparente”.

O eminente Relator ainda destacou a existência de um precedente de sua relatoria (REsp n. 1.501.640/SP), além de um outro julgado da Quarta Turma (AgInt no AREsp n. 1.451.971/SP), no mesmo sentido da tese defendida por Sua Excelência.

Para melhor compreensão da controvérsia, pedi vista dos autos.

Inicialmente, é importante frisar que a matéria aqui versada, em que pese também existir fraude na forma como os negócios jurídicos foram realizados, não se confunde com aquela debatida em ações ajuizadas pela *Massa Falida do Banco Santos* contra empresas, associações e cooperativas ligadas ao agronegócio, visando à *reparação de danos* causados ao falido por conta do desvio de valores mediante emissão fraudulenta de Cédulas de Produto Rural (CPR).

Em tais casos, prevaleceu a compreensão de que o art. 944 do Código Civil possibilita reduzir o valor da indenização em virtude de uma conduta havida com grau mínimo de culpa, desproporcional ao prejuízo por ela provocado, a exemplo dos seguintes julgados: REsp n. 1.685.453/SP, AgInt no REsp n. 1.625.823/SP, AgInt no REsp n. 1.625.823/SP, REsp n. 1.569.088/SP e REsp n. 1.724.719/SP.

O caso em apreço é absolutamente distinto, estando em discussão, em embargos à execução de título extrajudicial, a própria validade dos contratos de mútuo celebrados com o Banco Santos e a exigibilidade dos títulos a eles vinculados, levando em conta os efeitos de um *negócio jurídico reconhecidamente simulado*.

As circunstâncias fáticas que permearam os empréstimos realizados pelo extinto Banco Santos, seguidos da destinação da maior parte dos valores correspondentes à aquisição de outros títulos (debêntures, *export notes* etc.) emitidos por empresas não financeiras do mesmo grupo econômico (Santospar Investimentos Participações e Negócios S.A., Invest Santos Negócios Administração e Participação S.A. e Sanvest Participações S.A.), já são bem conhecidas no âmbito deste Órgão Colegiado.

Contudo, não há uniformidade quanto ao entendimento adotado, pois é possível observar, à primeira vista, a existência de julgados versando a respeito do mesmo tema, nos quais foram *adotadas teses diametralmente opostas*, a exemplo do entendimento firmado no julgamento do REsp n. 1.501.640/SP, da relatoria do Ministro Moura Ribeiro, em comparação com a tese fixada quando da apreciação do REsp n. 1.735.339/SP, de minha relatoria.

Além disso, no julgamento do REsp n. 1.987.092/SP, em que contendiam a *Massa Falida do Banco Santos e Cia. Hering*, suspenso em virtude da notícia de possível composição entre as partes (ainda não homologada), já se havia externado, pelos integrantes deste Órgão Julgador, posições antagônicas a respeito do mesmo tema.

Com as renovadas vênias ao eminente Relator, não posso concordar com a assertiva de que a *Massa Falida do Banco Santos* não se enquadra na hipótese legal do § 2º do art. 167 do Código Civil.

De acordo com a conclusão manifestada em voto-vista que proferi no julgamento dos embargos de declaração opostos ao acórdão prolatado nos autos do REsp n. 1.501.640/SP, – ao final rejeitados apenas por entender o Colegiado que não havia vício de omissão, contradição, obscuridade ou erro material – *o art. 167, § 2º, do Código Civil ressalva os direitos de terceiros de boa-fé diante dos contraentes do negócio jurídico simulado, aí incluída a própria massa falida.*

Com efeito, *o conceito de massa falida deve ser analisado por duas vertentes: massa falida subjetiva e massa falida objetiva.*

Como bem sintetiza Fábio Ulhoa Coelho, “(...) a lei utiliza-se da expressão ‘massa falida’ em dois sentidos diferentes: subjetivo e objetivo. **A massa falida subjetiva compreende a comunhão dos interesses dos credores de uma sociedade empresária falida; a objetiva representa os bens arrecadados no processo falimentar**” (*Curso de direito comercial*, volume 3 [livro eletrônico]: direito de empresa: contratos, falência e recuperação, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, 46:6.2.1 - grifou-se).

E prossegue o renomado autor:

(...)

A massa falida, para buscar a proteção dos interesses gerais dos credores, atua de forma ambivalente. Por vezes, na defesa desses interesses, age como sucessora da falida. Por exemplo, ao cobrar, judicial ou amigavelmente, os devedores da sociedade empresária quebrada ou ao ser demandada por quem se pretende titular de direito contra esta. Aqui, atuando como sucessora da sociedade empresária

falida, a massa não terá nunca mais direitos do que esta antes da quebra, nem mais obrigações perante terceiros por negócio, ato ou fato anterior à declaração da falência. Em outras ocasiões, a massa falida age, na defesa dos interesses gerais dos credores, contra a própria sociedade falida. Ao mover ação revocatória, com o intuito de ver declarada a ineficácia subjetiva de ato que frustra os fins do concurso de credores, a massa atua contra a falida, que pode integrar o polo passivo da relação processual. Nessa hipótese, a sociedade empresária falida manifestar-se-á pelas pessoas que, no momento da abertura da falência, encontravam-se investidas dos poderes de representação legal da pessoa jurídica. (ibidem - grifou-se)

Sob a disciplina do Código Civil de 2002, a simulação constitui causa de nulidade do negócio jurídico, podendo ser alegada por uma das partes contra a outra, de acordo com o Enunciado n. 294 da IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, como bem lembrou o Relator.

No entanto, vale também ressaltar que o mesmo CJF, na VI Jornada de Direito Civil, realizado sob a coordenação do ilustre Ministro Ruy Rosado de Aguiar, aprovou o Enunciado n. 537, segundo o qual ***“A previsão contida no art. 169 não impossibilita que, excepcionalmente, negócios jurídicos nulos produzam efeitos a serem preservados quando justificados por interesses merecedores de tutela”*** (grifei).

Naquela oportunidade, foi apresentada a seguinte justificativa para a aprovação do enunciado:

A tradição jurídica brasileira afirma que *a nulidade, por ser vício insanável, com fundamento na ordem pública, conduz à absoluta ineficácia do negócio jurídico*, sendo o art. 169 a referência para esse raciocínio. No entanto, ***o próprio CC relativiza essa conclusão ao reconhecer, em diversos dispositivos, a possibilidade de negócios nulos produzirem efeitos merecedores de tutela pelo ordenamento*** (ex: art. 182, que, ao dispor sobre a indenização com o equivalente, considera que o negócio nulo pode ter produzido efeitos perante terceiros de boa-fé; e art. 1.561, que assegura ao casamento putativo a produção de efeitos até o reconhecimento da invalidade). A jurisprudência do STJ também relativiza a regra do art. 169 em casos em que a ordem social justifica a preservação dos efeitos produzidos pelo ato nulo, como ocorre na “adoção à brasileira”. Além disso, *o CC consagrou o princípio da preservação do negócio jurídico nulo e anulável nos arts. 170, 172 e 184, impondo-se que se busque, sempre que possível, a conservação dos negócios e seus efeitos de modo a proteger os que, de boa-fé, confiaram na estabilidade das relações jurídicas e também a prestigiar a função social do contrato.* É necessário, assim, reler a tese da ineficácia absoluta da nulidade à luz dos valores e interesses envolvidos no caso concreto, sendo certo que somente

se justifica a incidência do art. 169 quando o interesse subjacente à causa da nulidade se mostrar mais relevante para o ordenamento do que o interesse social na preservação do negócio jurídico, competindo ao juízo de merecimento de tutela, por meio do controle funcional da invalidade, o reconhecimento dos efeitos decorrentes do negócio nulo. (grifo nosso)

O § 2º do art. 167 do Código Civil, ao ressaltar os direitos de terceiros de boa-fé diante dos contraentes do negócio jurídico simulado, é apenas mais uma hipótese legal em que os efeitos dos negócios jurídicos nulos devem ser preservados, de modo a prestigiar a função social do contrato e proteger os que, de boa-fé, confiaram na estabilidade das relações jurídicas, aí incluídos os credores da massa falida.

Quanto à premissa de que a massa falida não possui mais direitos do que a própria falida possuía antes da quebra, penso que a questão deve ser examinada sob a ótica da existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos, observada justamente a possibilidade de conservação dos efeitos de negócios jurídicos nulos.

Na hipótese, não há dúvida de que *o negócio jurídico (mútuo bancário) existiu*, tanto é assim que o respectivo crédito, representado pelas Cédulas de Crédito Bancário, foi arrecadado pelos administradores da massa e posteriormente exigido em juízo, mediante execução de título extrajudicial.

O posterior reconhecimento de simulação pode até retirar a validade e a eficácia do negócio jurídico em relação aos contraentes, mas não no tocante aos terceiros de boa-fé, a se permitir que a massa, como ficção jurídica que congrega os interesses de todos os credores da falida, possa exigir *o cumprimento de um direito que já existia*, sendo, portanto, admissível situá-la na posição de terceiro em relação a negócios celebrados pela sociedade cuja quebra foi decretada, sobretudo para os fins do § 2º do art. 167 do Código Civil.

Deixar de ressaltar os direitos dos credores da massa diante dos contraentes de negócio jurídico simulado é prestigiar a má-fé daqueles que se utilizaram da própria torpeza para omitir o verdadeiro patrimônio da empresa falida, a ser arrecadado no processo falimentar. É premiar o comportamento contraditório – *venire contra factum proprium*.

Aliás, não foi por outro motivo que a Lei n. 11.101/2005, em seus arts. 129 e seguintes, previu mecanismos de controle da eficácia, perante a massa, de atos praticados antes da falência, como bem salienta Fábio Ulhoa Coelho:

(...)

O devedor (em caso de empresário individual) e os sócios, acionista controlador ou administradores de uma sociedade empresária, *ao pressentirem que a empresa se encontra em situação econômica pré-falimentar* — caracterizada pela dificuldade de receber e realizar pagamentos, redução da demanda dos produtos e serviços oferecidos, retração do crédito bancário —, *podem ser tentados a evitar a decretação da quebra ou a contornar suas conseqüências por meios ilícitos, fraudando os credores ou as finalidades da execução concursal* (que são a realização do ativo, o pagamento do passivo, o tratamento paritário dos credores etc.). *Poderão, nesse contexto, simular atos de alienação de bens do patrimônio social ou instituir, em favor de credor quirografário, garantia real em troca de alguma vantagem indevida. Mesmo inexistente o intuito fraudulento, podem frustrar-se os objetivos do processo de falência pela prática de atos de gestão empresarial incompatíveis com a sua realização.*

Para coibir esses comportamentos, a Lei de Falências considera determinados atos praticados pelo empresário individual em nome da sociedade falida antes da quebra como ineficazes perante a massa.

Os atos considerados ineficazes pela Lei de Falências não produzem qualquer efeito jurídico perante a massa. Não são atos nulos ou anuláveis, ressalte-se, mas ineficazes. Quer dizer, sua validade não se compromete pela lei falimentar — embora de alguns deles até se pudesse cogitar de invalidação por vício social, nos termos da lei civil. Por isso, os atos referidos pela Lei de Falências como ineficazes diante da massa falida produzem, amplamente, todos os efeitos para os quais estavam preordenados em relação aos demais sujeitos de direito. Se determinado ato, além de ineficaz perante a massa falida, de acordo com a Lei de Falências, for também invalidável com base no Código Civil, isso abre a possibilidade de coibi-lo por qualquer uma dessas duas vias. Se o administrador judicial, por exemplo, encontrar provas de simulação de negócio jurídico, ele pode optar pela propositura da ação revocatória (falimentar) ou anulatória (civil). (Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. 7. ed. rev. - São Paulo: Saraiva, 2010, págs. 395-396 - grifou-se)

Da mesma forma que a Lei de Falências resguardou o direito dos credores da massa falida relativamente a negócios suspeitos realizados antes da decretação da falência, ou seja, *em momento no qual a massa falida nem sequer existia como universalidade de bens, direitos e deveres antes pertencentes à falida*, pode o intérprete, com base no art. 167, § 2º, do Código Civil, estender-lhe a condição de terceiro de boa-fé de modo a ressalvar os seus direitos diante dos contraentes de negócio jurídico simulado.

Enquanto a lei falimentar declara a ineficácia de atos válidos perante a massa, a norma civilista mantém os efeitos do ato nulo, porquanto simulado, em relação a ela, por ser terceiro de boa-fé. Mas o intuito é o mesmo: salvaguardar

o direito de quem age de boa-fé quando contraposto ao de quem atua mediante práticas fraudulentas.

Além disso, os direitos de terceiros de boa-fé devem ser ressalvados, nos moldes do § 2º do art. 167 do Código Civil, sempre que os efeitos do negócio simulado ultrapassem, de alguma forma, a esfera de direitos dos próprios simuladores, causando prejuízos a terceiros, desde que estejam estes dotados de boa-fé.

Esse mesmo princípio é adotado no direito lusitano, conforme acentua A. Barreto Menezes Cordeiro:

(...)

I. O disposto no artigo 242º/1 dá legitimidade aos próprios simuladores, mesmo que a simulação seja fraudulenta, para arguirem a simulação entre eles. Trata-se, a nosso ver, dum preceito que visa ladear a eventual invocação da figura do *tu quoque*: poderia sempre ser alegado que a arguição, pelos simuladores, consistiria uma prática vedada pelo conteúdo do artigo 334º, como acontece, por exemplo, no caso clássico em que um promitente pretende prevalecer-se da nulidade por desrespeito da forma legal exigida, tendo, todavia, contribuído de modo voluntário e esclarecido para a consumação desse vício.

II. *A legitimidade dos simuladores é, todavia, circunscrita pelo artigo 243º/1: “A nulidade proveniente da simulação não pode ser arguida pelo simulador contra terceiro de boa-fé”.* O conteúdo deste preceito vai ao encontro do princípio geral, consagrado em inúmeras disposições do nosso Código Civil - 163º/2; 184º/2 ou 266º -, que protege *terceiros de boa-fé*, ou seja, *sujeitos que não conheçam ou não pudessem conhecer uma qualquer alteração do comércio jurídico*.

Esta circunscrição aplica-se, por maioria de razão, a todos os sujeitos que atuem em nome do simulador, como o caso paradigmático do representante.

O preceito é ainda extensível a quantos tenham contribuído ativamente para a conclusão do negócio simulado e daí retirem ou pretendam retirar benefícios. Mesmo admitindo que a letra do preceito impede semelhante interpretação, o que não se reconhece, a invocação da simulação, por parte de qualquer sujeito que preencha os requisitos ora elencados, estaria sempre condicionada pelo conteúdo do artigo 334º: ***o sistema não pode tolerar que um sujeito que tenha contribuído para a conclusão de um negócio simulado venha, posteriormente, invocar a sua nulidade.*** (Da simulação no direito civil, 2. ed., Coimbra: Almedina, 2017, págs. 88-89 - grifou-se)

Em sede doutrinária, Alberto Júnior Veloso também examina com maestria os efeitos da simulação no tocante aos terceiros de boa-fé:

(...)

Efetivamente, *não é possível que o resultado de invalidade do negócio simulado possa prevalecer perante terceiros de boa-fé, sob pena de tormentosas iniquidades que somente iriam ferir profundamente o comércio jurídico e gerar desconfiância nas relações sociais*, o que fez surgir a necessidade de isso ser remediado pela legislação, através da limitação da eficácia negativa do negócio aparente.

Bem disse Ferrara a respeito:

Aquilo que no comércio aparece como verdadeiro, deve ter-se por verdadeiro. É impossível que terceiros sejam deixados à mercê das maquinações e fraudes das partes, que se mantenha fora da protecção jurídica, que sintam sempre pesar sobre suas cabeças a ameaça de se verem despojados, em qualquer momento, dos seus direitos.

A simulação é, na maioria das vezes, difícilíssima de descobrir. Assim, seria demais exigir do terceiro adquirente de boa-fé que verifique se o transmitente é ou não verdadeiro titular do direito, que indague se na série das anteriores transmissões há alguma que tenha sido simulada. Tal diligência não é a normal na praxe diária dos negócios jurídicos e nem se pode exigí-la como regra, sob pena de engessamento das relações sociais.

Compete ao intérprete da lei encontrar a forma pela qual esta protecção ao terceiro deve ser exprimida, determinar os modos e extensão desta protecção, mas ninguém pode pôr em dúvida que esta protecção exista de maneira expressa ou latente, em toda a legislação consciente das necessidades sociais.

Ferrara, aliás, chama a atenção para aquilo que qualifica como “espectáculo verdadeiramente raro e digno de ser meditado”: o fato de a doutrina de todos os países e a jurisprudência de todas as nações proclamarem, concordemente, o princípio do respeito pela boa-fé dos terceiros, contra as maquinações e insídias das partes.

Por fim, afirma que o princípio “já faz parte do sistema jurídico, é carne e sangue do seu organismo”, tanto que até mesmo os escritores da doutrina volitiva “abrem brecha no dogma da vontade quando se trata de ressaltar os direitos de terceiros”, e que a opinião contrária pertence aos tempos “das hipóteses ocultas, das trapaças legais de infeliz memória”.

Consideradas tais situações, pondera José Beleza dos Santos, em idêntico sentido, que *foi em obediência a um sentimento de justiça e à exigência das necessidades práticas, que se estabeleceu o princípio de que contra terceiros de boa-fé não se pode invocar a nulidade dos atos simulados. (Simulação: aspectos gerais e diferenciados à luz do código civil, 2. ed., Curitiba: Juruá, 2009, págs. 152-153 - grifou-se)*

Cumpra mais uma vez ressaltar que a massa falida age na defesa dos interesses gerais dos credores, que já preenchiam tal condição [de credor do falido] desde a realização do negócio jurídico simulado.

É certo que a prática levada a efeito pelo *Banco Santos*, de condicionar a concessão de mútuos à realização de operações com debêntures e *export notes*, tinha o nítido intuito de esvaziar o seu patrimônio mediante transferência a outra instituição do mesmo grupo econômico, responsável pela emissão dos títulos.

Não se pode confundir, contudo, a atuação do falido, a quem se imputa a prática de atos eivados de má-fé, com a da massa falida, que, na condição de terceiro de boa-fé, deve ter os seus direitos ressalvados diante dos contraentes do negócio jurídico simulado.

A massa falida nem sequer existia ao tempo das operações bancárias simuladas, circunstância, a propósito, que já levou este Colegiado a decidir, por maioria, é verdade, que a massa falida, inclusive para fins de contagem dos prazos prescricionais a ela aplicáveis, passa a existir como tal somente a partir da prolação da sentença de falência (REsp n. 1.897.367/SP, Rel. para acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 8/2/2022, DJe de 2/3/2022).

E se simulação houve, também agiu a empresa executada eivada de má-fé, com o intuito de ludibriar terceiros, não sendo razoável acreditar que uma empresa do porte da recorrida – com capital subscrito e integralizado de R\$ 46.000.000,00 (quarenta e seis milhões de reais) em 2007, segundo consta da sentença de piso (e-STJ fl. 2.799) – tenha sido coagida ou vítima de uma manobra fraudulenta, senão que dela participou ou ao menos assumiu o risco do negócio realizado.

O caminho percorrido pela referida empresa foi muito bem delimitado no seguinte trecho da sentença:

(...)

A execução (processo n. 0162331-13.2006.8.26.0100) está aparelhada pelas cédulas de crédito bancária n. 13.509-2 e n. 13.510-6, cada uma no valor de R\$ 1.500.000,00, emitidas pela primeira embargante em 23.04.2004 e avalizadas pelo segundo embargante (fls. 22/33 dos autos principais e originais às fls. 2.408/2.419 destes autos).

Ainda, no mesmo dia 23 de abril, foi tomado um terceiro empréstimo, no valor de R\$ 1.000.000,00, por meio da cédula de crédito bancário n. 13.511-4 (fls. 113/118).

Os extratos da conta corrente demonstram que os empréstimos foram disponibilizados no dia da emissão das cédulas de crédito (fls. 132/133) e, no

mesmo dia, a embargante transferiu o montante de R\$ 2.999.076,25 para Sanvest Participações S.A., visando investimento em debêntures (fls. 145/148).

Com data do dia anterior, em 22.04.2004 (fls. 150), a embargante teria oferecido ao embargado, em penhor, a totalidade das aplicações em debêntures. Aqui já se nota indício de fraude na operação.

Em resumo, no dia 23.04.2004, a primeira embargante tomou empréstimos que somam R\$ 4.000.000,00 e investiu cerca de R\$ 3.000.000,00 em debêntures da empresa Sanvest (e-STJ fl. 2.796).

Conforme admitido pelo eminente Relator em seu voto, “(...) *ficou configurado negócio triangular de alto risco, com a assunção deliberada de inexecução de obrigações recíprocas*” (grifou-se), não sendo relevante, para os fins aqui propostos, se houve ou não enriquecimento da empresa tomadora do empréstimo, mas, sim, que seu ato causou prejuízos aos demais credores da massa.

Assim, no momento em que concordou em contrair financiamentos em montante muito superior ao pretendido e destinar parcela expressiva desse numerário a outras empresas não financeiras do mesmo grupo econômico do Banco Santos, a recorrida assumiu o risco do negócio realizado, não podendo a reparação do seu erro ser a causa de prejuízos aos demais credores da massa falida.

Ante o exposto, pedindo as mais respeitosas vênias ao Relator, Ministro Moura Ribeiro, dou provimento ao recurso especial para julgar improcedentes os embargos à execução, com a necessária inversão dos ônus sucumbenciais e a fixação da verba honorária, em favor dos advogados da ora recorrente, em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa.

É o voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Nancy Andrichi: Cuida-se de recurso especial interposto pela *Massa Falida do Banco Santos*, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional.

Ação: embargos opostos por *DM Construtora de Obras Ltda* e *Giovano Conrado Fantin* em face da execução contra eles movida pela recorrente.

Sentença: julgou procedente “o pedido para declarar a nulidade dos títulos executivos e extinguir a execução, com fulcro no art. 485, VI, do Código de

Processo Civil” e condenou a recorrente ao pagamento das “custas, despesas processuais e verba honorária arbitrada em 10% do valor da causa” (e-STJ fl. 2.800).

Acórdão recorrido: negou provimento à apelação interposta pela recorrente.

Embargos de declaração: interpostos pela recorrente, foram rejeitados.

Recurso especial: alega, em síntese, violação dos seguintes dispositivos legais: arts. 489, § 1º, IV e 1.022, II do CPC/2015; arts. 150, 167, § 2º, 356, 587, 1.419 e 1.422 do CC/2002.

Voto do e. Relator, Min. Moura Ribeiro: conheceu em parte do recurso especial e negou-lhe provimento.

Voto-vista do e. Min. Ricardo Cueva: deu provimento ao recurso especial para julgar improcedentes os embargos à execução.

Na sessão do dia 21/3/2023, pedi vista dos autos para melhor exame da questão controvertida, especialmente quanto à possibilidade de enquadramento da massa falida como terceiro de boa-fé em relação ao negócio jurídico (cédulas de crédito bancário) objeto de cobrança na presente execução, celebrado entre os recorridos e a instituição financeira falida.

É o relatório.

1. Delimitação da questão controvertida.

1. Relembro que o propósito recursal, além de verificar a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional, consiste em definir se o negócio jurídico celebrado entre o *Banco Santos* e os recorridos estão contaminados por nulidade (simulação) e, caso se conclua pela invalidade, quais efeitos irradiam sobre a massa falida recorrente.

2. Não há divergência, entre o e. Min. Relator e o e. Min. Ricardo Cueva, acerca da inoccorrência de negativa de prestação jurisdicional e da efetiva configuração de negócio jurídico simulado.

3. Quanto a esses temas, manifesto minha anuência com as conclusões alcançadas, de modo que as considerações que seguem limitar-se-ão a analisar a possibilidade de manutenção dos efeitos do negócio simulado em relação à massa falida (aplicação ou não da ressalva prevista no § 2º do art. 167 do CC/2002).

2. Das posições divergentes.

4. O e. *Min. Relator* defende a tese de que a massa falida *não pode* ser beneficiada pela consequência jurídica prevista na norma do art. 167, § 2º, do CC/02, pois não ostenta a condição de terceiro de boa-fé exigida pelo dispositivo legal, o qual possui a seguinte redação:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

[...]

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

5. De acordo com S. Exa., tal conclusão deriva da circunstância de que a sociedade falida “apenas sucede essa última nas relações jurídicas por ela mantidas, não sendo possível considerá-la terceira em relação a negócios celebrados pela sociedade cuja quebra foi decretada”.

6. Entende o e. Relator que a massa falida, na condição de sucessora, não pode “ter mais direitos do que o próprio Banco falido antes da quebra”.

7. Ademais, afirma o e. Ministro que o *Banco Santos* foi “o único beneficiado com as operações simuladas que engendrou [...], causando prejuízo a seus credores”.

8. Por outro lado, o e. *Min. Cueva*, em seu voto-vista, apresenta compreensão em sentido diametralmente oposto, ou seja, reconhecendo a *aplicabilidade da ressalva* prevista no dispositivo legal precitado à massa falida.

9. Para tanto, argumenta S. Exa. – com apoio em respeitável doutrina – que, como a massa, em seu aspecto subjetivo, representa a comunhão dos interesses dos credores da falida, pode ela atuar até mesmo contra a sociedade (não se enquadrando, portanto, exclusivamente na condição de sucessor, consoante apontado pelo e. Relator).

10. Ademais, considerando que, mesmo com o reconhecimento da invalidade do negócio jurídico, o direito de crédito objeto da execução ajuizada pela recorrente não tem sua existência comprometida, os credores da falida (agora representados pela massa) não podem ser prejudicados pela fraude perpetrada, sob pena de se prestigiar a má-fé daqueles que se utilizaram da própria torpeza para omitir o patrimônio da falida.

11. Concluiu o voto divergente, assim, que é possível estender à massa falida a ressalva do § 2º do art. 167 do CC/02, de modo a preservar os interesses dos credores prejudicados pelo negócio simulado.

12. Sumariados os fundamentos dos votos até então proferidos, passo a destacar alguns elementos que reputo imprescindíveis para a adequada solução da controvérsia.

3. *Do negócio simulado e da massa falida como terceiro de boa-fé.*

13. Antes de adentrar propriamente na questão controvertida, considero necessário lembrar, no que concerne ao precedente desta Terceira Turma no mesmo sentido da orientação defendida pelo e. Min. Relator (REsp 1.501.640, DJe 6/12/2018), que não participei, por motivo justificado, da sessão de julgamento de tal recurso.

14. Por outro lado, quando da apreciação do REsp 1.987.092/SP (ocasião em que, após a votação ter ficado empatada, foi firmado acordo entre as partes e a ação, extinta), manifestei-me no sentido de acompanhar as conclusões que ora vão reafirmadas no voto divergente proferido pelo e. Min. Ricardo Cueva.

15. Não verifico, ademais, a presença de elementos aptos a ensejar a alteração do posicionamento por mim defendido naquela oportunidade.

16. De fato, em minha ótica, há dois elementos que conduzem à conclusão no sentido da aplicação da ressalva aos terceiros de boa-fé (art. 167, § 2º, do CC/02) também em relação à massa falida. Vejamos.

17. *Um*: os autos versam sobre questão em que a massa está agindo com o escopo de *salvaguardar os interesses dos credores* (massa falida subjetiva), e não como mera sucessora da sociedade falida.

18. Por isso, apesar do brilhantismo do voto proferido pelo e. Min. Relator, não posso anuir com suas conclusões – e aqui rogo-lhe a mais respeitosa vênua –, pois estas acabariam por engessar a atuação da massa falida, a qual deve, ao contrário, ostentar, em prol dos interesses dos credores, uma postura dinâmica para fazer frente à complexidade das relações jurídicas que envolvem o processo falimentar.

19. A disponibilização da via processual da ação revocatória (art. 130 da Lei 11.101/05) – passível de ser utilizada pela massa falida para postular a revogação de atos praticados, em prejuízo aos credores, antes da quebra – pode ser considerada como exemplo prático de que a massa não age exclusivamente

na condição de sucessora, pois, nessa hipótese (tal qual ocorre na situação destes autos), “a massa atua contra a falida” (conforme referendado pela doutrina citada no voto divergente).

20. Convém rememorar que esta Corte já decidiu que “*A massa falida não se confunde com a pessoa do falido*, ou seja, o devedor contra quem foi proferida sentença de quebra empresarial. Nesse passo, a nomeação do síndico visa a preservar, sobretudo, a *comunhão de interesses dos credores (massa falida subjetiva)*, mas não os interesses do falido, os quais, no mais das vezes, são conflitantes com os interesses da massa” (REsp 702.835/PR, Quarta Turma, DJe 23/9/2010).

21. **Dois:** consoante bem delineado no voto que inaugurou a divergência, por imposição principiológica do CC/2002 (arts. 170, 172 e 184), há de se preservar, na medida do possível, em benefício daqueles que agiram de *boa-fé*, os efeitos do negócio jurídico nulo ou anulável.

22. E, na hipótese dos autos, rogando novamente vênias ao e. Relator, a solução que melhor se coaduna com o objetivo de preservação dos direitos dos credores (titulares de interesses que devem ser privilegiados na falência) é aquela conferida pelo e. Min. Cueva.

23. Entendimento em sentido distinto equivaleria a premiar o comportamento de quem se utilizou da própria torpeza para ocultar o patrimônio passível de arrecadação na ação falimentar.

24. Ademais, uma vez configurada a simulação, desborda do razoável assumir que os executados – sobretudo diante da relevância do porte econômico da sociedade recorrida – figuraram como meras vítimas de manobra fraudulenta perpetrada pelo *Banco Santos*, pois, conforme assentado no voto do e. Min. Relator, “ficou configurado *negócio triangular de alto risco*, com a *assunção deliberada de inexecução* de obrigações recíprocas”.

25. E, nesse contexto, a presente execução pode ser encarada como uma das consequências do alto risco assumido pelos executados com a realização do negócio jurídico simulado.

4. **Dispositivo**

Com essas breves considerações, rogando a mais respeitosa vênias ao e. Min. Relator, **acompanho** a conclusão alcançada pelo e. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva e **dou provimento** ao recurso especial para rejeitar os embargos à execução (invertidos os ônus sucumbenciais).

VOTO-DESEMPATE

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto por *Massa Falida do Banco Santos S.A.* contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que assim se manifestou sobre a controvérsia:

Embargos à execução. Cédula de Crédito Bancário. Mútuos vertidos, integralmente, para aquisição de debêntures da empresa Sanvest Participações S/A. Operação de reciprocidade. Mútuo que não era exigível, ou melhor, não exigiam desembolso financeiro por parte do embargante. Aquisição de debêntures que garantiam o mútuo. Embargos à execução julgados procedentes. Recurso desprovido, com majoração de verba honorária.

[...]

Assim, as provas produzidas no presente processo demonstram a relação de reciprocidade constatada pelo *Bacen*, que se consumou em dois momentos distintos: com a exigência de que a empresa obtivesse empréstimos em valores superiores ao solicitado e, na imposição de aquisição de debêntures.

Deste modo, verifica-se que o mútuo não era exigível, ou melhor, não exigiam desembolso financeiro por parte da embargante. Na realidade ele seria pago com o resgate das debêntures, que foram dadas em garantia ao negócio, ou seja, a liquidação do mútuo seria feita mediante o resgate pelo próprio Banco das debêntures, ausente qualquer necessidade de desembolso de valores.

[...]

Na sentença proferida, que foi mantida em segunda instância, há explicitação fática do que ocorreu na contratação objeto de debate na presente demanda:

As testemunhas inquiridas por carta precatória, cujos depoimentos estão inseridos em arquivo audiovisual no sistema Projudi da E. Justiça do Estado do Paraná, confirmaram as exigências do banco, demonstrando, com segurança, que o empréstimo tomado pela embargante foi apenas de R\$ 1.000.000,00, sendo o restante operação simulada.

Paulo Pivotto, gerente financeiro da embargante, assegurou que esta não tinha crédito no mercado, obtendo empréstimo junto ao Banco Santos, no valor de R\$ 1.000.000,00, mediante a contratação de outros dois de R\$ 1.500.000,00 cada, para aplicação na empresa Sanvest, do próprio banco, cujos valores seriam resgatados futuramente para pagamento da dívida exequenda. Sem saída, a embargante tomou os três empréstimos, sendo R\$ 3.000.000,00 transferidos para a Sanvest. A embargante solicitou o resgate das debêntures, obtendo apenas R\$ 500.000,00, que ficaram disponíveis na conta para pagamento do débito em litígio, quando foi decretada a liquidação extrajudicial.

[...]

Portanto, sem embargo do posicionamento da D. Promotora de Justiça, *tenho que a simulação dos empréstimos, cujos recursos foram imediatamente transferidos para empresa ligada ao embargado, por meio da aquisição de debêntures não resgatadas por omissão de quem assumiu a obrigação de fazê-lo, o Banco Santos, é causa de nulidade das cédulas de crédito que aparelham a execução, pois, frise-se, o negócio espelhado nos títulos não existiu, cuidando-se de operação destinada a ocultar a transferência de recurso entre a instituição financeira e a empresa de investimento.*

Adoto o relatório realizado pelo Ministro Relator.

O voto do Ministro Relator foi no sentido de conhecer em parte do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento, destacando, sobretudo, que o Tribunal *a quo*, ao analisar o conjunto fático-probatório, concluiu que o negócio jurídico entabulado pelas partes, consistente na celebração de contrato de mútuo com necessidade de investimento da quantia obtida em debênture de sociedade coligada, não padecia de vício de consentimento. Na verdade, os negócios assim realizados não pretenderam estimular, em momento algum, o desenvolvimento das atividades da empresa tomadora do empréstimo, e sim camuflar a prática de negócio diverso, simulado por parte da instituição financeira. A ementa de seu voto bem resume o seu raciocínio jurídico:

Recurso especial. Embargos à execução. Negativa de prestação jurisdicional. Ausência. Contrato de mútuo com necessidade de investimento da quantia assim obtida em debênture de sociedade coligada ao Banco Santos. Artigos indicados que não possuem conteúdo normativo apto a afastar a tese do acórdão estadual quanto a ilicitude das operações de reciprocidade. Súmula n. 284 do STF. Simulação. Art. 167 do CC/2002. Negócio jurídico nulo. A simulação pode ser alegada por uma das partes contra a outra. Inoponibilidade das exceções pessoais a terceiros de boa-fé. Massa falida que não pode ser considerada terceira quanto aos negócios celebrados pela sociedade falida. Honorários recursais. Art. 85, § 11, do NCPC. Recurso especial conhecido em parte e nela não provido.

1. Não há falar em omissão e falta de fundamentação no acórdão se o Tribunal estadual motivou adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entendeu cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte.

2. Os dispositivos legais que tratam da dação em pagamento (art. 356 do CC/2002), do efeito da transferência do empréstimo, com os riscos a partir de então assumidos pelo mutuário (art. 587 do CC/2002), da vinculação da garantia ao cumprimento da obrigação (art. art. 1.419 do CC/2002) e do direito de

excussão (art. 1.422 do CC/2002), não possuem conteúdo normativo apto a alterar o acórdão estadual, que concluiu pela ilicitude das operações de reciprocidade entabuladas pela instituição financeira. Incidência, por analogia, da Súmula n. 284 do STF.

3. O negócio jurídico simulado é nulo e conseqüentemente ineficaz (art. 167 do CC/2002).

4. Com o advento do CC/2002 ficou superada a regra que constava do art. 104 do CC/1916, pela qual, na simulação, os simuladores não poderiam alegar o vício um contra o outro, pois ninguém poderia se beneficiar da própria torpeza. O art. 167 do CC/2002 alçou a simulação como motivo de nulidade do negócio jurídico. *Sendo a simulação uma causa de nulidade do negócio jurídico, pode ser alegada por uma das partes contra a outra* (Enunciado n. 294/CJF da IV Jornada de Direito Civil). Precedentes e Doutrina.

5. *O Tribunal paulista, ao analisar o conjunto fático-probatório dos autos, concluiu que o negócio jurídico entabulado pelas partes, consistente na celebração de contrato de mútuo com necessidade de investimento da quantia obtida em debênture de sociedade coligada, não padecia de vício de consentimento (dolo). Os negócios assim realizados não pretenderam estimular em momento algum o desenvolvimento das atividades da empresa tomadora do empréstimo, e sim camuflar a prática de negócio diverso, simulado por parte da instituição financeira.*

6. *A inoponibilidade das exceções pessoais também não se aplica a massa falida, composta em seu aspecto objetivo pelo acervo patrimonial outrora pertencente a sociedade falida, uma vez que ela apenas sucede essa última nas relações jurídicas por ela mantidas, não sendo possível considerá-la terceira em relação a negócios celebrados pela sociedade cuja quebra foi decretada* (REsp n. 1.501.640/SP, minha relatoria, Terceira Turma, julgado em 27/11/2018, REPDJe de 7/12/2018, DJe de 06/12/2018).

7. Em razão da aplicabilidade das regras do CPC/2015 e do não provimento do presente recurso, majoro os honorários fixados anteriormente, em 5% do valor atualizado da causa, limitados a 20%, nos termos do art. 85, §§ 2º e 11, do NCPC.

8. Recurso especial conhecido em parte e nela não provido.

O Ministro Villas Bôas Cueva apresentou voto-vista no sentido de que o art. 167, § 2º, do Código Civil ressalva os direitos de terceiros de boa-fé diante dos contraentes do negócio jurídico simulado, aí incluída a própria massa falida.

Aduziu que o posterior reconhecimento de simulação pode até retirar a validade e a eficácia do negócio jurídico em relação aos contraentes, contudo não atinge os terceiros de boa-fé. Votou Sua Excelência no sentido de que a massa, como ficção jurídica que congrega os interesses de todos os credores da falida, pode exigir o cumprimento de um direito que já existia, sendo admissível situa-

la na posição de terceiro em relação a negócios celebrados pela sociedade cuja quebra foi decretada. Sustenta que deixar de ressaltar os direitos dos credores da massa diante dos contraentes de negócio jurídico simulado significa prestigiar a má-fé daqueles que se utilizaram da própria torpeza para omitir o verdadeiro patrimônio da empresa falida, a ser arrecadado no processo falimentar. O seguinte trecho de seu voto bem demonstra seu entendimento jurídico:

Cumpra mais uma vez ressaltar que a massa falida age na defesa dos interesses gerais dos credores, que já preenchiam tal condição [de credor do falido] desde a realização do negócio jurídico simulado.

É certo que a prática levada a efeito pelo *Banco Santos*, de condicionar a concessão de mútuos à realização de operações com debêntures e *export notes*, tinha o nítido intuito de esvaziar o seu patrimônio mediante transferência a outra instituição do mesmo grupo econômico, responsável pela emissão dos títulos.

Não se pode confundir, contudo, a atuação do falido, a quem se imputa a prática de atos eivados de má-fé, com a da massa falida, que, na condição de terceiro de boa-fé, deve ter os seus direitos ressaltados diante dos contraentes do negócio jurídico simulado.

A massa falida nem sequer existia ao tempo das operações bancárias simuladas, circunstância, a propósito, que já levou este Colegiado a decidir, por maioria, é verdade, que a massa falida, inclusive para fins de contagem dos prazos prescricionais a ela aplicáveis, passa a existir como tal somente a partir da prolação da sentença de falência (REsp n. 1.897.367/SP, Rel. para acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 8/2/2022, DJe de 2/3/2022).

E se simulação houve, também agiu a empresa executada eivada de má-fé, com o intuito de ludibriar terceiros, não sendo razoável acreditar que uma empresa do porte da recorrida – com capital subscrito e integralizado de R\$ 46.000.000,00 (quarenta e seis milhões de reais) em 2007, segundo consta da sentença de piso (e-STJ fl. 2.799) – tenha sido coagida ou vítima de uma manobra fraudulenta, senão que dela participou ou ao menos assumiu o risco do negócio realizado.

[...]

Conforme admitido pelo eminente Relator em seu voto, "(...) ficou configurado **negócio triangular de alto risco, com a assunção deliberada de inexecução de obrigações recíprocas**" (grifou-se), não sendo relevante, para os fins aqui propostos, se houve ou não enriquecimento da empresa tomadora do empréstimo, mas, sim, que seu ato causou prejuízos aos demais credores da massa.

Assim, no momento em que concordou em contrair financiamentos em montante muito superior ao pretendido e destinar parcela expressiva desse

numerário a outras empresas não financeiras do mesmo grupo econômico do Banco Santos, a recorrida assumiu o risco do negócio realizado, não podendo a reparação do seu erro ser a causa de prejuízos aos demais credores da massa falida.

A Ministra Nancy Andriahi, em seu voto-vista, acompanhou a divergência, dando provimento ao recurso especial. O Ministro Marco Aurélio Bellizze acompanhou o voto do Relator para negar provimento ao recurso.

No caso em tela, vê-se que a demanda judicial envolve fraude perpetrada pelo *Banco Santos* mediante operações de reciprocidade, que consistiam na celebração de contrato de mútuo com necessidade de investimento da quantia obtida em sociedades coligadas suas, prática reiterada que sofreu intervenção do Banco Central.

Na hipótese em epígrafe, vê-se que o Tribunal na origem reconheceu a ilicitude das operações de reciprocidade entabuladas pela instituição financeira, e os dispositivos legais levantados como infringidos não conseguem ultrapassar o óbice inserto na Súmula n. 7/STJ. Tendo sido concluído, por fim, que ficou caracterizada fraude praticada com abuso de poder econômico. Verificar se o mútuo foi efetivamente entregue à parte recorrida ou se os recursos voltaram à própria instituição financeira por intermédio da empresa *Sanvest* exigiria, indubitavelmente, reexame do acervo fático-probatório.

Destaque-se que o CC/2002 prescreveu que a simulação, causa de nulidade do negócio jurídico, pode ser alegada por quaisquer dos simuladores, podendo um alegar o vício contra o outro e, como regra de ordem pública, pode ser declarada de ofício pelo juiz.

Ante o exposto, acompanhando o voto do Relator, Ministro Moura Ribeiro, conheço em parte do recurso especial e, nessa parte, nego-lhe provimento.

É como penso. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 2.053.240-SP (2023/0029030-0)

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze
Recorrente: Quality Digital e Eventos Ltda

Outro Nome: Quality Digital e Eventos Eireli (em Recuperação Judicial)
Recorrente: Quality Eventos, Locacao e Prestacao de Servicos Ltda
Outro Nome: Quality Eventos, Locação e Prestação de Serviços Ltda (em Recuperação Judicial)
Recorrente: Sunset Locacoes de Equipamentos Audio Visuais Ltda
Advogados: Rogério Zampier Nicola - SP242436
Jonathan Camilo Saragossa - SP256967
Recorrido: Não Consta
Interes.: Ailton Carlos Soares Pereira da Silva
Interes.: Vivante Gestao e Administracao Judicial Ltda
Advogado: Armando Lemos Wallach - SP421826
Interes.: Fazenda Nacional

EMENTA

Recurso especial. Recuperação judicial. Discussão quanto à necessidade de cumprimento da exigência legal de regularidade fiscal pela recuperanda, a partir das alterações promovidas pela Lei n. 14.112/2020, como condição à concessão da recuperação judicial. Implementação, no âmbito federal, de programa legal de parcelamento e de transação factível. Necessidade de sua detida observância. Reconhecimento. Recurso especial improvido.

1. A controvérsia posta no presente recurso especial centra-se em saber se, a partir da vigência da Lei n. 14.112/2020 (*a qual estabeleceu medidas facilitadoras destinadas ao equacionamento das dívidas tributárias, conferindo ao Fisco, em contrapartida, maiores prerrogativas no âmbito da recuperação judicial, ainda que seu crédito a ela não se encontre subordinado*), o cumprimento da exigência legal estabelecida no art. 57 da Lei n. 11.101/2005 – consistente na apresentação de certidões de regularidade fiscal pela recuperanda – consubstancia ou não condição à concessão da recuperação judicial, nos termos do art. 58 do mesmo diploma legal.

2. Durante os primeiros 15 (quinze) anos de vigência da Lei n. 11.101/2005, o crédito fiscal, embora concebido pelo legislador como preferencial, ficou relegado a um plano secundário.

2.1 A execução do crédito fiscal não tinha o condão de alcançar sua finalidade satisfativa, de toda inviabilizada, não apenas pela então admitida (e necessária) intervenção do Juízo recuperacional, *mas, principalmente, pela própria dificuldade de se promover a persecução do crédito fiscal, em sua integralidade e de uma única vez*, o que, caso fosse autorizada, frustraria por completo o processo de recuperação judicial, ainda que a empresa em crise financeira apresentasse condições concretas de soerguimento, auxiliada pelos esforços conjuntos e pelos sacrifícios impostos a todos credores.

2.2 A própria finalidade do processo recuperacional, de propiciar o soerguimento da empresa, com sua reestruturação econômico-financeira, mostrava-se, em certa medida, comprometida. É que, diante da absoluta paralisia da execução fiscal e da ausência de mecanismos legais idôneos a permitir a equalização do correlato crédito, o processo de recuperação judicial avançava, *sem levar em consideração essa parte do passivo da empresa devedora comumente expressiva*, culminando, primeiro, na concessão da recuperação judicial, a qual, em tese, haveria de sinalizar o almejado saneamento, como um todo, de seus débitos e, num segundo momento, no encerramento da recuperação judicial, que, por sua vez, deveria refletir o efetivo atingimento da reestruturação econômico-financeira da recuperanda. Não obstante, encerrada, muitas vezes, a recuperação judicial, a empresa remanescia em situação deficitária, a considerar a magnitude dos débitos fiscais ainda em aberto, a ensejar, inarredavelmente, novos endividamentos.

3. Em janeiro de 2021, entrou em vigor a citada Lei n. 14.112/2020 com o declarado propósito de aprimorar o processo das recuperações e de falência, buscando suprir as inadequações apontadas e destacadas pela doutrina e pela jurisprudência entre as disposições legais originárias e a prática, a fim de atingir, efetivamente, as finalidades precípuas dos institutos estabelecidos na lei.

4. A partir da exposição de motivos e, principalmente, das disposições implementadas pela Lei 14.112/2020 – que se destinaram a melhor estruturar o parcelamento especial do débito fiscal (no âmbito federal) para as empresas em recuperação judicial (art. 10-A e 10-B da Lei n. 10.522/2022), bem como a estabelecer a possibilidade de a empresa em recuperação judicial realizar, com a União, suas autarquias e fundações, transação resolutive de litígio

relativa a créditos inscritos em dívida ativa, nos moldes da Lei 13.988/2020, a chamada *Lei do Contribuinte Legal* (10-C da Lei n. 10.522/2022), com o estabelecimento de grave consequência para o caso de descumprimento – pode-se afirmar, com segurança, o inequívoco propósito do legislador de conferir concretude à exigência de regularidade fiscal a empresa em recuperação judicial (*cuja previsão, nos arts. 57 e 58 da LRF, remanesceu incólume, a despeito da abrangente alteração promovida na Lei n. 11.101/2005*).

5. O novo tratamento legal conferido ao crédito fiscal, com repercussão direta e imbrincada no processo de recuperação judicial, deve ser analisado dentro do sistema em que inserido.

5.1 A fim de dar concretude à preferência legal conferida ao crédito de titularidade da Fazenda Pública, a Lei n. 14.112/2020 reconheceu, expressamente, a competência do Juízo da execução fiscal para determinar a constrição de bens da empresa recuperanda para fazer frente à totalidade do débito, e reduziu, substancialmente, a competência do Juízo da recuperação judicial, limitada a determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial. Ciente, porém, de que a satisfação integral do débito fiscal, por meio de constrições judiciais realizadas no bojo da execução fiscal sobre o patrimônio já combalido da empresa, tem o indiscutível potencial de comprometer o processo recuperacional como um todo, o legislador implementou o direito subjetivo do contribuinte/devedor em recuperação judicial ao parcelamento de seu débito fiscal (ou a transação e outros modos de composição) estipulando sua quitação no considerável prazo de 10 (dez) anos, com o escalonamento ali previsto.

5.2 A equalização do crédito fiscal – *que pode se dar por meio de um programa legal de parcelamento factível, efetivamente implementado por lei especial* – tem o condão, justamente, de impedir e de tornar sem efeito as incursões no patrimônio da empresa em recuperação judicial na execução fiscal, providência absolutamente necessária para a viabilização de seu soerguimento.

5.3 Dúvidas não remanescem quanto à conclusão de que a satisfação do crédito fiscal, por meio do parcelamento e da transação

postos à disposição do contribuinte em recuperação judicial, no prazo de 10 (dez) anos, apresenta-se indiscutivelmente mais benéfica aos interesses da recuperanda do que a persecução do crédito fiscal, em sua integralidade e de um única vez, no bojo da execução fiscal.

5.4 A exigência da regularidade fiscal, como condição à concessão da recuperação judicial, longe de encerrar um método coercitivo espúrio de cumprimento das obrigações, constituiu a forma encontrada pela lei para, em atenção aos parâmetros de razoabilidade, equilibrar os relevantes fins do processo recuperacional, em toda a sua dimensão econômica e social, de um lado, e o interesse público titularizado pela Fazenda Pública, de outro. Justamente porque a concessão da recuperação judicial sinaliza o almejado saneamento, *como um todo*, de seus débitos, a exigência de regularidade fiscal da empresa constitui pressuposto da decisão judicial que assim a declare.

5.5 Sem prejuízo de possíveis críticas pontuais, absolutamente salutares ao aprimoramento do ordenamento jurídico posto e das decisões judiciais que se destinam a interpretá-lo, a equalização do débito fiscal de empresa em recuperação judicial, por meio dos instrumentos de negociação de débitos inscritos em dívida ativa da União estabelecidos em lei, cujo cumprimento deve se dar no prazo de 10 (dez) anos (*se não ideal, não destoa dos parâmetros da razoabilidade*), apresenta-se – além de necessária – passível de ser implementada.

5.6 Em coerência com o novo sistema concebido pelo legislador no tratamento do crédito fiscal no processo de recuperação judicial, *a corroborar a imprescindibilidade da comprovação da regularidade fiscal como condição à concessão da recuperação judicial*, o art. 73, V, da LRF estabeleceu o descumprimento do parcelamento fiscal como causa de convalidação da recuperação judicial em falência.

6. Não se afigura mais possível, a pretexto da aplicação dos princípios da função social e da preservação da empresa vinculados no art. 47 da LRF, dispensar a apresentação de certidões negativas de débitos fiscais (ou de certidões positivas, com efeito de negativas), expressamente exigidas pelo art. 57 do mesmo veículo normativo, *sobretudo após a implementação, por lei especial, de um programa legal de parcelamento factível, que se mostrou indispensável a sua efetividade* e ao atendimento a tais princípios.

7. Em relação aos débitos fiscais de titularidade da Fazenda Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a exigência de regularidade fiscal, como condição à concessão da recuperação judicial, somente poderá ser implementada a partir da edição de lei específica dos referidos entes políticos (*ainda que restrita em aderir aos termos da lei federal*).

8. Recurso especial improvido, devendo a parte recorrente comprovar a regularidade fiscal, no prazo estipulado pelo Juízo *a quo*, sob pena de suspensão do processo de recuperação judicial, com a imediata retomada do curso das execuções individuais e de eventuais pedidos de falência, enquanto não apresentadas as certidões a que faz referência o art. 57 da LRF.

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 Moura Ribeiro, Nancy Andrighi, Humberto Martins e Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de outubro de 2023 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

DJe 19.10.2023

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: *Quality Digital e Eventos Eireli e Outras* – todas em recuperação judicial – interpõem o presente recurso especial, fundado nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, em contrariedade a acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extrai-se dos autos que, no bojo do processo de recuperação judicial de *Quality Digital e Eventos Eireli e Outras*, após a aprovação do plano de recuperação judicial pela assembleia geral de credores (*caso – computados, na contagem, os votos de determinados credores – em relação aos quais se discute a*

existência de anterior quitação de seus créditos), o Juízo de Direito da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo/SP deliberou, em 8/3/2021, que, “para que ocorra a homologação do plano e concessão da recuperação judicial, cumpre à recuperanda juntar as certidões negativas de débitos tributários, conforme exige o art. 57 da Lei n. 11.101/2005, ou comprovar o parcelamento dos débitos tributários”, razão pela qual lhe conferiu o prazo de 30 (trinta) dias para o cumprimento de tal determinação, sob pena de extinção do processo (e-STJ, fl. 1.429).

Para tanto, adotou a seguinte fundamentação (e-STJ, fls. 1.425-1.433; sem destaque no original):

Com a alteração legislativa pela Lei n. 14.112/2020, o posicionamento jurisprudencial de dispensa de apresentação de certidões negativas de débitos tributário para homologação do plano de recuperação não pode mais prevalecer.

Vejamos.

Conforme posicionou-se a jurisprudência, diante da relevante finalidade social da lei de preservação da empresa, dos empregos e da atividade econômica, a doutrina e a jurisprudência têm dispensado a apresentação de certidões negativas de débitos fiscais ou de parcelamento especial para a concessão da recuperação judicial.

Nesses termos:

[...]

(AI 2109677-09.2015, Rel. Des. Ricardo Negrão, DJ 09 de setembro de 2015).

Entretanto, tal dispensa não pode mais ser interpretada dessa forma. Ainda que o crédito tributário não se sujeitasse ao plano de recuperação e as execuções fiscais tributárias não fossem sobrestadas pelo processamento da recuperação judicial (art. 6º da Lei 11.101/05), a dispensa da apresentação de certidões negativas de débito para a concessão da recuperação judicial permitiu, pela interpretação de até então, que as execuções fiscais tributárias prosseguissem normalmente em face do empresário devedor.

Nesse contexto, os bens indispensáveis ao plano poderiam ser penhorados e comprometeriam a própria recuperação judicial, ainda que pudesse o Juiz da Recuperação Judicial apreciar a menor onerosidade à Recuperanda.

[...]

Contudo, de modo a evitar que as medidas constritivas requeridas na execução fiscal de créditos tributários recaíssem sobre bens indispensáveis à recuperação judicial, o credor fiscal mais privilegiado não conseguiu satisfazer seus créditos

por meio da constrição dos ativos do devedor. Destarte, sem parcelamento fiscal, ou se comprometer a própria recuperação judicial, com a possibilidade de constrição de ativos submetidos ao plano, ou se provocaria o contrassenso de se prejudicar o Fisco, tratado favoravelmente pela legislação.

Nestes termos, não se pode permitir que a regularização da atividade empresarial seja realizada exclusivamente em relação aos créditos privados e às custas dos créditos tributários, considerados pelo Legislador como mais privilegiados.

Do exposto, imprescindível que se obtenha uma solução adequada para que os débitos tributários sejam estruturados.

Outrossim, pela alteração na Lei n. 10.522/2002, também é admissível a transação fiscal para créditos tributários ou não tributários inscritos em dívida ativa da União para todos os empresários em recuperação judicial.

Dessa forma, para que ocorra a homologação do plano e concessão da recuperação judicial, cumpre à Recuperanda juntar as certidões negativas de débitos tributários, conforme exige o art. 57 da Lei n. 11.101/05, ou comprovar o parcelamento dos débitos tributários.

[...]

Em face do exposto, aguarde-se o cumprimento pela Recuperanda da equalização do crédito tributário, no prazo de 30 dias, sob pena de extinção do processo.

[...]

Ademais, até que a Recuperanda apresente qualquer forma de equalização do crédito tributário e que obtenha a concordância do Fisco, determino a proibição de alienação de qualquer ativo integrante do seu ativo permanente.

Irresignadas, as recuperandas interpuseram agravo de instrumento (e-STJ, fls. 1-37), em que afirmaram, em síntese (no que importa à presente controvérsia), inexistir fundamento jurídico a justificar a pena de extinção do processo por ausência de certidões negativas de débitos tributários, sobretudo em atenção a todos os esforços despendidos para a manutenção e reestruturação ao longo do processo de recuperação judicial. Defenderam, ainda, que as alterações legislativas promovidas pela Lei n. 14.112/2020 não provocaram mudanças significativas na questão em discussão, a ensejar a manutenção da conclusão, há muito adotada na doutrina e na jurisprudência, de dispensa da apresentação de tais certidões para a homologação do plano de recuperação judicial. Ressaltaram, inclusive, que o pagamento ou o parcelamento de todo o passivo tributário no prazo de 30 (trinta) dias é inviável neste momento de baixa liquidez de caixa.

O Desembargador relator, “a fim de assegurar a instrumentalidade do recurso”, determinou a suspensão desse comando até o julgamento definitivo do recurso (e-STJ, fls. 1.442-1.456).

Consta dos autos que, em virtude do deferimento do efeito suspensivo ao agravo de instrumento, o Juízo de Direito da 2ª Vara de Falência e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo/SP homologou o plano de recuperação judicial do Grupo Quality, “*ressaltando que a presente decisão [homologatória] poderá ser revista e revogada caso o recurso venha a ter julgamento final em sentido divergente da decisão liminar e as empresas permaneçam inertes quanto à regularização de seus débitos fiscais*” (e-STJ, fls. 1.644-1.645).

O Tribunal de Justiça Estado de São Paulo negou provimento ao recurso, com a observação de não haver nenhum empecilho para que o prazo conferido pelo Juízo *a quo* venha a ser justificadamente prorrogado, caso sejam comprovados os esforços das agravantes destinados a promover a regularização fiscal e, consequentemente, a real necessidade de dilação, nos termos da seguinte ementa (e-STJ, fls. 372-373):

Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Decisão recorrida que condicionou a homologação do plano de recuperação judicial à comprovação de quitação ou parcelamento do passivo tributário e declarou a nulidade parcial de cláusula que dispõe sobre o prazo para pagamento dos novos créditos trabalhistas. Exigência contida nos artigos 57 da Lei n. 11.101/2005 e 191-A do Código Tributário Nacional. Aplicabilidade ante os avanços no tratamento legal dispensado à regularização fiscal de sociedades em recuperação judicial. Dispensa de certidões de regularidade fiscal que não mais se justifica ante as inovações introduzidas pelas Leis n. 14.112/2020 e 13.988/2020. Possibilidade, contudo, de posterior prorrogação do prazo assinalado pelo D. Juízo de origem, desde que comprovados os esforços das recuperandas no sentido da regularização fiscal e a real necessidade da dilação. Prazo para pagamento de créditos trabalhistas que deve ser contado de forma única, sempre em relação à data da homologação do plano recuperacional, e não em relação à habilitação de cada crédito (Lei n. 11.101/2005, art. 54). Decisão mantida. Recurso desprovido, com observação.

Opostos embargos de declaração (e-STJ, fls. 1.532-1.544), estes foram rejeitados pela Corte estadual (e-STJ, fls. 1.548-1.558).

Em contrariedade ao aresto, Quality Digital e Eventos Eireli e Outras – todas em Recuperação Judicial – interpõem o presente recurso especial (e-STJ, fls. 1.560-1.610), em que apontam, além de dissenso jurisprudencial, a violação dos arts. 10-A, incisos V, § 4º, e VII, da Lei 10.522/2002, com as alterações da Lei n. 14.112/2020; 47, 57, 58 da Lei n. 11.101/2005; 187 e 191-A do Código Tributário Nacional; e art. 3º-A, incisos IV e V, da Lei n. 13.988/2020.

Em suas razões recursais, sustentam, em síntese, que, “em que pesem as mencionadas condições ‘mais benéficas’ de parcelamento, fato é que as alterações

legislativas promovidas na Lei 11.101/2005 não inviabilizaram a jurisprudência sobre a matéria, uma vez que as alterações promovidas pela Lei n. 14.112/2020 não provocaram mudanças profundas nos dispositivos aplicáveis, inclusive quanto à redação do artigo 57 da Lei 11.101/2005, que se manteve inalterado, com isso, deverá ser mantida a jurisprudência atualizada de modo que o Plano aprovado pelo crivo soberano dos credores seja homologado com a concessão da Recuperação Judicial (daí decorre a violação ao art. 58 da Lei 11.101/2005)” – (e-STJ, fl. 1.575).

Tecem a consideração de que “as ditas condições mais ‘benéficas’ de parcelamento fiscal, como mencionado no v. acórdão embargado, abarcam apenas tributos federais, de modo que não há previsão de tais condições para tributos Estaduais e Municipais” (e-STJ, fl. 1.576).

Defendem que a “antinomia conflituosa entre o art. 47 e art. 57 da Lei 11.101/2005 resolve-se com a aplicação do princípio basilar do instituto recuperatório da preservação da empresa, conforme entendimento pacificado do E. STJ e, inclusive, reconhecido recentemente pela manifestação do E.STF no julgamento da Reclamação Constitucional n. 43.169/SP, [...] que, além de reconhecer quer o E. STJ é competente para julgar a matéria sem incorrer em inconstitucionalidade, e já pacificou o entendimento de dispensa das CND’s em razão do princípio em comento” (e-STJ, fl. 1.577).

Pugnam pela preponderância do princípio norteador da recuperação judicial previsto no art. 47 da LRF, ponderando, no ponto, que “a exigência da apresentação das CND’s ou de comprovação de parcelamento como condição para concessão da Recuperação Judicial, além de forçosamente compelir a empresa a desistir da tutela jurisdicional para discussão acerca dos créditos cobrados, o que é inconstitucional, e irá decerto abalar as estruturas de todo sistema recuperatório do país” (e-STJ, fl. 1.578).

Em observância ao princípio da razoabilidade, entendem ser “ilógico admitir que o saneamento do passivo fiscal das recorrentes se dê no bojo dos autos mediante a apresentação de certidão de regularidade fiscal, mormente pelo fato de a Fazenda Pública poder continuar a buscar seu crédito judicialmente, a despeito da concessão da recuperação judicial” (e-STJ, fl. 1.583).

Reiteram que “as alterações legais promovidas pela Lei n. 14.112, de 2020 em nada alteram a jurisprudência e entendimento consolidado pelo E. STJ, considerando ainda que o parcelamento disposto na 10.522/2002, é um direito e não uma obrigação sob pena de quebra, bem como, necessário que se resolva

a antinomia contida no art. 187 do CTN e arts. 57 da LRFE e 191 do CTN, isso porque, se o crédito tributário não se sujeita à Recuperação Judicial, a ausência de apresentação das CNDS não pode ser pressuposto para a concessão da Recuperação Judicial com base no art. 47 e 58 da LRFE e os princípios da preservação da empresa e sua função social”.

À disposição legal de exigência de regularidade fiscal, como condição para a concessão da recuperação judicial, os insurgentes atribuem a falta de razoabilidade, na medida em que o próprio art. 10-A, V, § 4º, e VII, da Lei n. 10.522/2002, com as alterações da Lei n. 14.112/2020, estabelece “a exclusão do parcelamento quando verificada a não concessão da recuperação judicial” (e-STJ, fl. 1.590).

Por fim, apontam a existência de dissenso jurisprudencial, indicando julgados desta Corte de Justiça proferidos após a edição da Lei 14.112/2020, os quais, no sentido ora propugnado, reconheceram a dispensa da regularidade fiscal para a concessão da recuperação judicial.

A parte adversa não apresentou contrarrazões (e-STJ, fl. 667).

A Presidência da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deferiu o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial, “*para suspender a determinação de comprovação da quitação ou do parcelamento dos débitos fiscais como condição para homologação do plano de recuperação judicial, até ulterior deliberação*” (e-STJ, fls. 1.654-1.655).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): A controvérsia posta no presente recurso especial centra-se em saber se, a partir da vigência da Lei n. 14.112/2020 (*a qual estabeleceu medidas facilitadoras destinadas ao equacionamento das dívidas tributárias, conferindo ao Fisco, em contrapartida, maiores prerrogativas no âmbito da recuperação judicial, ainda que seu crédito a ela não se encontre subordinado*), o cumprimento da exigência legal estabelecida no art. 57 da Lei n. 11.101/2005, consistente na apresentação de certidões de regularidade fiscal pela recuperanda, consubstancia ou não condição indispensável à concessão da recuperação judicial, nos termos do art. 58 do mesmo diploma legal.

Para a adequada solução da questão posta, revela-se necessário, antes, bem delinear os contornos da Lei n. 11.101/2005 (e do Código Tributário Nacional)

a respeito da exigência legal atinente à regularidade fiscal para a concessão da recuperação judicial; as subseqüentes leis editadas para o escopo de conferir-lhes concretude e efetividade; assim como o correlato tratamento jurisprudencial a eles conferido durante todo o período de vigência da LRF.

Pois bem. A Lei n. 11.101/2005, em sua redação originária, a par de reconhecer a extraconcursabilidade do crédito tributário – ciosa, porém, a respeito da necessidade de sua equalização, em atenção ao interesse público nele inserto e ao fato de compor, não raras vezes, parte considerável do passivo da empresa em dificuldades financeiras – estabeleceu a exigência de regularidade fiscal, nos seguintes termos:

Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembléia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma dos arts. 45 ou 56-A desta Lei.

O legislador de 2005, por meio da Lei Complementar n. 118, que acresceu uma série de dispositivos ao Código Tributário Nacional, além de ratificar a exigência de regularidade fiscal, *como condição à concessão da recuperação judicial, estabeleceu, como direito subjetivo do contribuinte – e não como mera faculdade do Fisco, como poderia sugerir a redação do art. 68 da LRF* (nestes termos: *As Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS poderão deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, de acordo com os parâmetros estabelecidos na Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.*) – o direito ao parcelamento do débito tributário, o que haveria de ser devidamente disciplinado por lei específica.

Ficou definido, assim, que lei específica, emanada dos entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), haveria de dispor sobre as condições de parcelamento dos respectivos créditos tributários do devedor em recuperação judicial, aplicando-se, na ausência desta, as leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor da recuperação judicial, nos seguintes termos:

Art. 155-A. *O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica.*

§ 1º Salvo disposição de lei em contrário, o parcelamento do crédito tributário não exclui a incidência de juros e multas.

§ 2º Aplicam-se, subsidiariamente, ao parcelamento as disposições desta Lei, relativas à moratória.

§ 3º *Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial.* (Incluído pela Lcp n. 118, de 2005)

§ 4º *A inexistência da lei específica a que se refere o § 3º deste artigo importa na aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial, não podendo, neste caso, ser o prazo de parcelamento inferior ao concedido pela lei federal específica.* (Incluído pela Lcp n. 118, de 2005)

[...]

Art. 191-A. A concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos, observado o disposto nos arts. 151, 205 e 206 desta Lei.

Da leitura dos enunciados normativos acima transcritos ressaí expresso que a apresentação de certidões negativas de débitos tributários constitui requisito elencado pelo legislador para a concessão da recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção ou tenha sido aprovado pela assembleia de credores.

Como se constata, a regularidade fiscal foi concebida pelo legislador como pressuposto à concessão da recuperação judicial, *o que haveria de ser viabilizada por um adequado e factível programa legal de parcelamento da dívida fiscal e outros modos de composição.*

A edição de lei específica – *voltada especificamente à empresa em recuperação judicial*, para dar consecução a tal proposição, mostrava-se indispensável.

Sem tal providência legislativa, não se poderia, de fato, exigir do contribuinte, em sérias dificuldades econômicas e, em exíguo tempo, a sua regularização fiscal, erigindo-a à condição para obtenção dos benefícios da recuperação judicial.

A lei geral de parcelamento a que faz referência o § 4º do art. 155-A do CTN acima reproduzido é a Lei n. 10.522/2002, a qual, em seu art. 10, *caput*, longe de encerrar um direito subjetivo do contribuinte, como idealmente se concebeu, foi expressa em conferir à Fazenda Nacional a prerrogativa de estabelecer o período do parcelamento dos débitos, que, *a seu exclusivo critério*, seria de, no máximo, 60 (sessenta) parcelas mensais.

Dispõe o aludido dispositivo que: “*Os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional poderão ser parcelados em até sessenta parcelas mensais, a*

exclusivo critério da autoridade fazendária, na forma e condições previstas nesta Lei”.

De seu teor sobressai clarivamente que a pretendida aplicação subsidiária – *na falta de lei específica ao parcelamento de dívida fiscal voltada especificamente à empresa em recuperação judicial* – revelou-se absolutamente inapta a dar concretude ao direito do empresário em recuperação judicial de obter a equalização de seu débito fiscal, não sendo possível, por isso, exigir-lhe a regularidade fiscal almejada pelo legislador, como condição à concessão da recuperação judicial.

A conclusão de inaptidão da lei geral de parcelamentos a esse propósito – um verdadeiro consenso no cenário jurídico nacional, a despeito das reiteradas investidas da Fazenda Pública a esse fim – é justificada por autorizada doutrina, nos seguintes moldes:

Desta forma, para se atender ao direito ao parcelamento dos contribuintes e em virtude dos princípios constitucionais da preservação da empresa e da capacidade contributiva, impõe-se aos legisladores federal, estadual, e municipal a obrigação de editar lei específica sobre o parcelamento do crédito tributário das sociedades em recuperação judicial.

*Lei geral de parcelamento, referida no § 4º do art. 155-A do CTN, é a Lei 10.522/2002, que dispõe no art. 10 que os débitos de qualquer natureza com a Fazenda Nacional poderiam ser parcelados em até sessenta meses, a critério exclusivo da autoridade fazendária. Mas essa lei não supria a norma específica para parcelamento de sociedades em recuperação judicial referida no § 3º do art. 155-A do CTN, pois o contribuinte não tinha sequer direito ao parcelamento em sessenta meses, tendo em vista que esse prazo era fixado a critério exclusivo do fisco. Além disso, o art. 11, § 1º, da Lei 10.522/2002 afirma que a concessão do parcelamento fica condicionada à apresentação prévia de garantia real ou fidejussória suficiente para o pagamento do débito. Parece evidente que a lei geral de parcelamentos não representada um direito efetivo ao devedor de obter o parcelamento, mas sim uma faculdade da Fazenda Pública que fixava a seu critério o prazo e examinava as garantias que deveriam ser apresentadas. Logo, a Lei 10.522/2002 não poderia ser aplicada às empresas em recuperação judicial. Cumpre destacar também que há Estados e Municípios que ainda não editaram leis disciplinando a matéria (Salomão, Luis Felipe; Santos, Paulo Penalva. *Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: Teoria e Prática*. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Forense. 2022. p. 269).*

Em linha com essa compreensão, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça adotou o entendimento de que, enquanto não fosse editada lei específica sobre o parcelamento dos créditos tributários de devedores em

recuperação judicial, afigurar-se-ia de todo inviável a aplicação do art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e do art. 191-A do CTN, que exigem a comprovação da regularidade fiscal como condição à concessão da recuperação judicial.

O julgado recebeu a seguinte ementa:

Direito Empresarial e Tributário. Recurso especial. Recuperação judicial. *Exigência de que a empresa recuperanda comprove sua regularidade tributária. Art. 57 da Lei n. 11.101/2005 (LRF) e art. 191-A do Código Tributário Nacional (CTN). Inoperância dos mencionados dispositivos. Inexistência de lei específica a disciplinar o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária de empresas em recuperação judicial.*

1. O art. 47 serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é “viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

2. O art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e o art. 191-A do CTN devem ser interpretados à luz das novas diretrizes traçadas pelo legislador para as dívidas tributárias, com vistas, notadamente, à previsão legal de parcelamento do crédito tributário em benefício da empresa em recuperação, que é causa de suspensão da exigibilidade do tributo, nos termos do art. 151, inciso VI, do CTN.

3. O parcelamento tributário é direito da empresa em recuperação judicial que conduz a situação de regularidade fiscal, de modo que eventual descumprimento do que dispõe o art. 57 da LRF só pode ser atribuído, ao menos imediatamente e por ora, à ausência de legislação específica que discipline o parcelamento em sede de recuperação judicial, não constituindo ônus do contribuinte, enquanto se fizer inerte o legislador, a apresentação de certidões de regularidade fiscal para que lhe seja concedida a recuperação.

4. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.187.404/MT, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 19/6/2013, DJe de 21/8/2013.)

A fim de sanar a reconhecida mora legislativa, sobreveio, após quase uma década (contada da edição da LRF), a Lei n. 13.043/2014, que instituiu o parcelamento dos débitos fiscais junto à União ao introduzir o art. 10-A da Lei n. 10.522/02, o que fez reascender a discussão quanto à imprescindibilidade de o contribuinte em recuperação judicial, para obter a concessão da recuperação judicial, promover, antes, a suspensão da exigibilidade dos seus débitos fiscais por meio do parcelamento, nos moldes ali estabelecidos.

Em resumo, o art. 10-A da Lei n. 10.522/2002, com a redação dada pela Lei n. 13.043/2014, estabeleceu o parcelamento dos débitos com a Fazenda

Nacional em 84 (oitenta e quatro) parcelas, observados os percentuais mínimos ali definidos.

O dispositivo legal em comento apresentou o seguinte teor:

Art. 10-A. O empresário ou a sociedade empresária que pleitear ou tiver deferido o processamento da recuperação judicial, nos termos dos arts. 51, 52 e 70 da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, poderão parcelar seus débitos com a Fazenda Nacional, em 84 (oitenta e quatro) parcelas mensais e consecutivas, calculadas observando-se os seguintes percentuais mínimos, aplicados sobre o valor da dívida consolidada

I - da 1ª à 12ª prestação: 0,666% (seiscentos e sessenta e seis milésimos por cento);

II - da 13ª à 24ª prestação: 1% (um por cento);

III - da 25ª à 83ª prestação: 1,333% (um inteiro e trezentos e trinta e três milésimos por cento); e

IV - 84ª prestação: saldo devedor remanescente

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se à totalidade dos débitos do empresário ou da sociedade empresária constituídos ou não, inscritos ou não em Dívida Ativa da União, mesmo que discutidos judicialmente em ação proposta pelo sujeito passivo ou em fase de execução fiscal já ajuizada, ressalvados exclusivamente os débitos incluídos em parcelamentos regidos por outras leis.

§ 2º No caso dos débitos que se encontrarem sob discussão administrativa ou judicial, submetidos ou não à causa legal de suspensão de exigibilidade, o sujeito passivo deverá comprovar que desistiu expressamente e de forma irrevogável da impugnação ou do recurso interposto, ou da ação judicial, e, cumulativamente, renunciou a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundem a ação judicial e o recurso administrativo.

§ 3º O empresário ou a sociedade empresária poderá, a seu critério, desistir dos parcelamentos em curso, independentemente da modalidade, e solicitar que eles sejam parcelados nos termos deste artigo

§ 4º Além das hipóteses previstas no art. 14-B, é causa de rescisão do parcelamento a não concessão da recuperação judicial de que trata o art. 58 da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, bem como a decretação da falência da pessoa jurídica.

§ 5º O empresário ou a sociedade empresária poderá ter apenas um parcelamento de que trata o caput, cujos débitos constituídos, inscritos ou não em Dívida Ativa da União, poderão ser incluídos até a data do pedido de parcelamento.

§ 6º A concessão do parcelamento não implica a liberação dos bens e direitos do devedor ou de seus responsáveis que tenham sido constituídos em garantia dos respectivos créditos.

§ 7º O parcelamento referido no caput observará as demais condições previstas nesta Lei, ressalvado o disposto no § 1º do art. 11, no inciso II do § 1º do art. 12, nos incisos I, II e VIII do art. 14 e no § 2º do art. 14-A.

§ 8º O disposto neste artigo se aplica, no que couber, aos créditos de qualquer natureza das autarquias e fundações públicas federais.

A despeito da edição da referida lei, destinada, indubitavelmente, a dar efetividade ao comando legal inserto no art. 57 da LRF, prevaleceu, no âmbito da doutrina nacional, a compreensão de que tais parcelamentos, considerados ainda exíguos, não se mostraram suficientes a atender aos propósitos colimados pela lei, não sendo possível, inclusive, em atenção ao princípio da preservação da empresa, insculpido no art. 47 do mesmo diploma legal, impor à recuperanda a comprovação de sua regularidade fiscal como condição à concessão da recuperação judicial.

Em interpretação ao art. 57 da LRF, *sob o contexto da Lei n. 13.043/2014*, que instituiu o parcelamento dos débitos fiscais junto à União ao introduzir o art. 10-A da Lei n. 10.522/02, cita-se autorizada doutrina empresarialista:

A partir de 2014, o Poder Legislativo passou a promulgar leis sobre o parcelamento de dívidas tributárias pra empresas em recuperação judicial em âmbito federal e estadual. Nesse sentido, destaca-se o art. 10-A da Lei n. 10.522, com redação dada pela Lei 13.043/2014 (referente ao parcelamento dos débitos cm a Fazenda Nacional e supostamente criado para atender à exigência dos arts. 57 e 68 da LREF) e legislação de alguns Estados.

*Todavia, tais parcelamentos não atenderam à finalidade da LREF, orientada pelo princípio da preservação da empresa, seja porque as condições de pagamento não forma consideradas suficientes - o prazo de parcelamento era exíguo (84 meses), inclusive se comparado com outros programas já existentes (como o "REFIS" de 180 meses ou o "PROFUT" de 240 meses), seja porque impunham ao devedor a desistência de qualquer discussão administrativa ou judicial acerca do débito, exigência que se afigurava inconstitucional" (Scalzilli, João Pedro; Spinelli, Luis Felipe; Tellechea, Rodrigo. *Recuperação de Empresas e Falência: Teoria e Prática na Lei 11.101/2005*. 4ª Edição. São Paulo: Almedina. 2023. p. 835-836).*

[...]

1. Os arts. 151, 205 e 206 do CTN, referidos, dizem respeito às hipóteses de suspensão do crédito tributário e ao modo de comprovação de quitação ou suspensão de sua exigibilidade. Na realidade, *verifica-se que o objetivo do legislador nesse dispositivo é o de obrigar o devedor a quitar suas dívidas fiscais antes do ajuizamento da recuperação judicial, ou, ao menos, providenciar o seu*

parcelamento, nos termos da legislação tributária aplicável. Note-se, no entanto, que isso pode inviabilizar a recuperação de inúmeras empresas em situação de crise econômica-financeira, na medida em que, na maioria das vezes, os encargos fiscais, ao lado das dívidas com financiamento bancário, são os maiores responsáveis pela própria crise em que a empresa se encontra.

[...]

10. O art. 43 da Lei 13.043/2014 inclui na Lei 10.522/2002, a chamada “lei do parcelamento”, o art. 10-A, para a concessão de parcelamento em 84 prestações, com os pagamentos a serem feitos na forma ali estipulada. À primeira vista, não é possível saber quais critérios nortearam o legislador no sentido de optar por este número de prestações, superior em apenas 24 ao número de prestações dos parcelamentos comuns de 60 prestações. No entanto, já houve parcelamentos especiais anteriores, como se pode ver da leitura da Lei 11.941/2009, que previa pagamento em 180 parcelas, número que também era estipulado nas Leis 12.249/2010 e 12.996/2014. Estas leis não poderiam mais ser aproveitadas pelos devedores em recuperação, por questões de prazo. Essas legislações com prazos especiais, que são conhecidas como “Refis”, concederam prazo bastante superior para empresas não em recuperação e que, teoricamente, estavam em melhor situação do que aquelas que precisaram valer-se do instituto da recuperação. Não parece, portanto, haver razoabilidade na opção do legislador, deixando de trazer elementos que poderiam colaborar mais diretamente com o princípio da preservação, perseguido pela lei. (Bezerra Filho, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005: Comentada Artigo por Artigo*. 12ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017. p. 205-208)

[...] Embora não se submeta à recuperação judicial, o crédito tributário precisa ser estruturado para permitir a superação da crise econômico-financeira que acomete o empresário em recuperação judicial, sob pena de o instituto da recuperação judicial ser utilizado simplesmente para privilegiar alguns credores em detrimento de outros. Para tanto, condicionou-se a concessão da recuperação judicial à apresentação de Certidão Negativa de Débito Tributário (arts. 57 da LREF e 194-A do CTN).

Entretanto, além da complexidade do sistema tributário, que pode tornar dificultoso mesmo o conhecimento das obrigações acessórias e principais, a mora de sua cobrança pelo ente fiscal aliada à impossibilidade de requerimento de falência, da não suspensão do fornecimento dos fatores de produção indispensáveis para a manutenção da atividade, como trabalho ou matérias-primas, como ocorreria com os demais credores, os tributos acabam por ser os primeiros créditos a não serem satisfeitos pelo empresário em crise. Seu montante em rega, alcança proporções altas em face dos demais créditos do devedor, o que impede que este satisfaça prontamente os débitos tributários, os quais, por outro lado, nem sequer teriam as execuções suspensas durante o stay period (art. 6º, § 7º).

*A exigência de apresentação da Certidão Negativa de Débito Tributário para a concessão da recuperação judicial, assim, tornaria inviável, na prática, o instituto da recuperação ao impor ônus excessivo ao devedor. Outrossim, criaria tratamento privilegiado à União, Aos Estados e Municípios, pois condicionaria a possibilidade de reestruturação de todos os outros créditos à regularidade do débito tributário. [...] Ademais, o crédito tributário não é afetado pelo deferimento do processamento da recuperação judicial e não será submetido à novação de suas condições ou formas de pagamento pelo plano de recuperação judicial. Sua exequibilidade é integralmente mantida caso a recuperação judicial seja aprovada pelos demais credores e concedida judicialmente (Sacramone, Marcelo Barbosa. *Comentário à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 257-258)*

Na linha desse entendimento então em voga na doutrina nacional, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp 1.864.625/SP, considerando a deliberação da Corte Especial do STJ, quanto à imprescindibilidade de legislação específica que disciplinasse o parcelamento do débito fiscal de empresa em recuperação judicial, perfilhou o entendimento de que, *“muito embora a lacuna legislativa acerca do parcelamento especial tenha sido preenchida, na esfera federal, com a edição da Lei n. 13.043/14 (regulamentada pela Portaria PGFNRFB n. 1/15), a demonstração da regularidade fiscal do devedor que busca o benefício recuperatório não pode ser exigida sem que se verifique sua compatibilidade com os princípios e objetivos que estruturam e servem de norte à operacionalização do microssistema instituído pela Lei n. 11.101/2005”*.

Ademais, assim o fazendo, concluiu-se que: *“os motivos que fundamentam a norma do art. 57 da LRE e do art. 191-A do CTN, assentados exclusivamente no privilégio do crédito tributário, não tem peso suficiente para preponderar sobre o direito do devedor de buscar no processo de soerguimento a superação da crise econômico-financeira, sobretudo diante das implicações negativas que a interrupção da atividade empresarial seria capaz de gerar”*.

O julgado recebeu a seguinte ementa (sem grifo no original):

Recurso especial. Recuperação judicial. Certidões negativas de débitos tributários. Art. 57 da Lei 11.101/05 e art. 191-A do CTN. Exigência incompatível com a finalidade do instituto. Princípio da preservação da empresa e função social. Aplicação do postulado da proporcionalidade. Interpretação sistemática da Lei 11.101/05.

1. Recuperação judicial distribuída em 18/12/2015. Recurso especial interposto em 6/12/2018. Autos conclusos à Relatora em 30/1/2020.

2. O propósito recursal é definir se a apresentação das certidões negativas de débitos tributários constitui requisito obrigatório para concessão da recuperação judicial do devedor.

3. O enunciado normativo do art. 47 da Lei 11.101/05 guia, em termos principiológicos, a operacionalidade da recuperação judicial, estatuinto como finalidade desse instituto a viabilização da superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. Precedente.

4. A realidade econômica do País revela que as sociedades empresárias em crise usualmente possuem débitos fiscais em aberto, podendo-se afirmar que as obrigações dessa natureza são as que em primeiro lugar deixam de ser adimplidas, sobretudo quando se considera a elevada carga tributária e a complexidade do sistema atual.

5. Diante desse contexto, a apresentação de certidão negativa de débitos tributários pelo devedor que busca, no Judiciário, o soerguimento de sua empresa encerra circunstância de difícil cumprimento.

6. Dada a existência de aparente antinomia entre a norma do art. 57 da LFRE e o princípio insculpido em seu art. 47 (preservação da empresa), a exigência de comprovação da regularidade fiscal do devedor para concessão do benefício recuperatório deve ser interpretada à luz do postulado da proporcionalidade.

7. Atuando como conformador da ação estatal, tal postulado exige que a medida restritiva de direitos figure como adequada para o fomento do objetivo perseguido pela norma que a veicula, além de se revelar necessária para garantia da efetividade do direito tutelado e de guardar equilíbrio no que concerne à realização dos fins almejados (proporcionalidade em sentido estrito).

8. *Hipótese concreta em que a exigência legal não se mostra adequada para o fim por ela objetivado - garantir o adimplemento do crédito tributário -, tampouco se afigura necessária para o alcance dessa finalidade: (i) inadequada porque, ao impedir a concessão da recuperação judicial do devedor em situação fiscal irregular, acaba impondo uma dificuldade ainda maior ao Fisco, à vista da classificação do crédito tributário, na hipótese de falência, em terceiro lugar na ordem de preferências; (ii) desnecessária porque os meios de cobrança das dívidas de natureza fiscal não se suspendem com o deferimento do pedido de soerguimento. Doutrina.*

9. *Consoante já percebido pela Corte Especial do STJ, a persistir a interpretação literal do art. 57 da LFRE, inviabilizar-se-ia toda e qualquer recuperação judicial (REsp 1.187.404/MT).*

10. *Assim, de se concluir que os motivos que fundamentam a exigência da comprovação da regularidade fiscal do devedor (assentados no privilégio do crédito tributário), não tem peso suficiente - sobretudo em função da relevância da função*

social da empresa e do princípio que objetiva sua preservação - para preponderar sobre o direito do devedor de buscar no processo de soerguimento a superação da crise econômico-financeira que o acomete.

Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.864.625/SP, relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 23/6/2020, DJe de 26/6/2020.)

Esta decisão foi objeto da Reclamação Constitucional n. 43.169/SP perante o Supremo Tribunal Federal, em que se sustentou a tese de que o julgado teria violado a Súmula Vinculante n. 10, na medida em que teria deixado de aplicar o art. 57 da Lei n. 11.101/2005, sem que houvesse, antes, a declaração de sua inconstitucionalidade, observada a cláusula de Reserva de Plenário.

O então relator, Ministro Luiz Fux, em 8/9/2020, deferiu a liminar, em julgado assim ementado (sem grifo no original):

Reclamação. Constitucional. Tributário. Homologação de recuperação judicial. Exigência da certidão de regularidade fiscal. Artigo 57, da Lei 11.101/2005. Art. 191-A do Código Tributário Nacional. Alegação de ofensa à Súmula Vinculante 10. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça que afastou a exigência com base na proporcionalidade. Liminar deferida.

1. *O Superior Tribunal de Justiça, ao afastar a aplicação dos artigos 57, da Lei 11.101/2005, e 191-A, do Código Tributário Nacional, com fundamento no princípio da proporcionalidade, promove o controle difuso de constitucionalidade, atividade inerente à Corte Especial daquele Sodalício.*

2. *A declaração incidental de inconstitucionalidade sem a observância da cláusula de reserva de plenário permite a interposição da Reclamação Constitucional ao Supremo Tribunal Federal por ofensa ao teor da Súmula Vinculante n. 10. Precedentes.*

3. *A exigência de Certidão de Regularidade Fiscal para a homologação do plano de recuperação judicial faz parte de um sistema que impõe ao devedor, para além da negociação com credores privados, a regularização de sua situação fiscal, por meio do parcelamento de seus débitos junto ao Fisco.*

4. *Consectariamente, a não regularização preconizada pelo legislador possibilita a continuidade dos executivos fiscais movidos pela Fazenda (art. 6º, § 7º da Lei 11.101/05), o que, em última instância, pode resultar na constrição de bens que tenham sido objeto do Plano de Recuperação Judicial, situação que não se afigura desejável.*

5. *Mais recentemente também é possível vislumbrar, em âmbito federal, a expedição da Certidão de Regularidade Fiscal ao devedor que realiza a transação tributária com o Fisco nos termos da novel Lei 13.988/2020.*

6. In casu, a declaração incidental de inconstitucionalidade não está escorada no julgamento do REsp 1.187.404/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. Naquele precedente o fundamento para que a exigência de Certidão de Regularidade Fiscal fosse afastada foi a ausência de parcelamento específico para as empresas em recuperação judicial, situação já superada pela edição da Lei n. 13.043/14.

7. Para o não conhecimento da Reclamação com fundamento na existência de precedente da Corte Especial seria necessária a aderência da decisão reclamada ao entendimento formado com a observância da cláusula de reserva de plenário, o que não acontece no caso concreto.

8. Decisão liminar deferida, para suspender os efeitos da decisão reclamada, exigindo-se a Certidão de Regularidade Fiscal da empresa devedora nos termos dos arts. 57 da Lei 11.101/05 e 191-A do Código Tributário Nacional.

Por sua vez, o Ministro Dias Toffoli, que assumiu a relatoria do feito, compreendeu que a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em verdade, exerceu um juízo de ponderação entre a exigência do art. 57 da LRF e os princípios gerais constantes da mesma norma legal, notadamente em seu art. 47, não se antevendo repercussão direta no texto constitucional, razão pela qual negou seguimento à reclamação, cassando a liminar anteriormente deferida (em 3/12/2020).

Esta decisão monocrática, em razão da desistência de recurso da parte interessada (agravo interno), transitou em julgado em 11/3/2021.

Registra-se, ainda, que o entendimento de que a aludida interpretação não teria repercussão constitucional foi reafirmado, em decisão monocrática, pela Ministra Rosa Weber, no ARE 1.434.912/RJ (DJe 14/5/2023).

Bem de ver, assim, que o entendimento perfilhado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, adotado sob a égide da Lei n. 13.043/2014, de que a concessão da recuperação judicial não está condicionada à apresentação de certidão de regularidade fiscal pela recuperanda, passou a ser adotado em decisões monocráticas e confirmadas em agravo interno por ambas as Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ.

Atendo-se, ainda, à descrição da cronologia do entendimento jurisprudencial desta Corte de Justiça sobre a matéria, registra-se que, a par da não exigência da certidão de regularidade fiscal como condição à concessão da recuperação judicial à empresa recuperanda, a execução do crédito fiscal, **ainda que (em tese) pudesse prosseguir**, carecia de efetividade, na medida em que todo e qualquer ato construtivo ali determinado era compreendido como usurpação da ampla

competência então atribuída ao Juízo recuperacional (em interpretação da LRF, em sua redação original).

A Seção de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça adotou o posicionamento, ainda, de que a edição da Lei n. 13.043/2014 – que acrescentou o art. 10-A à Lei n. 10.522/2002 e disciplinou o parcelamento de débitos de empresas em recuperação judicial – não descaracterizava o conflito de competência, tampouco teve o condão de alterar o entendimento jurisprudencial destacado, conforme decidiu a Segunda Seção por ocasião do julgamento do AgRg no CC 136.130/SP, Relator o Ministro Raul Araújo, Relator p/ Acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira, julgado em 13/05/2015, DJe 22/06/2015.

Com essa compreensão, destacam-se, ainda: AgInt no CC 150.414/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, julgado em 22/11/2017, DJe 04/12/2017; AgInt no CC 149.641/PR, Rel. Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, julgado em 22/11/2017, DJe 28/11/2017; AgInt no CC 150.571/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 08/11/2017, DJe 20/11/2017; AgInt no CC 138.810/PE, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 08/11/2017, DJe 23/11/2017; AgInt no CC 49.827/RN, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 27/09/2017, DJe 29/09/2017; AgInt no CC 144.157/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 26/04/2017, DJe 03/05/2017.

Em sentido diametralmente oposto, as Turmas integrantes da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça adotavam a compreensão de que “a execução fiscal não se suspende pelo deferimento da recuperação judicial, permitindo-se a realização de atos constritivos, *máxime quando evidenciada a inércia da empresa recuperanda em adotar as medidas necessárias à suspensão da exigibilidade dos créditos tributários, em especial, por meio do parcelamento especial disciplinado pelo art. 10-A da Lei n. 10.522/2002, incluído pela Lei 13.043/2014*” (*ut* REsp 1.673.421/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/10/2017, DJe 23/10/2017). Citam-se, ainda: AgRg no AREsp 707.833/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03/09/2015, DJe 10/11/2015; REsp 1.480.559/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03/02/2015, DJe 30/03/2015.

Como se pode constatar, a execução do crédito fiscal, embora extraconcursal, não tinha o condão de alcançar sua finalidade satisfativa, de toda inviabilizada, não apenas pela então admitida (e necessária) intervenção do Juízo recuperacional, *mas, principalmente, pela própria dificuldade de se promover a*

persecução do crédito fiscal, em sua integralidade e de uma única vez, o que, caso fosse autorizada, frustraria por completo o processo de recuperação judicial, ainda que a empresa em crise financeira apresentasse condições concretas de soerguimento, auxiliada pelos esforços conjuntos e pelos sacrifícios impostos a todos credores.

Ao mesmo tempo, a equalização do crédito tributário, considerada, pela lei de regência – e pela realidade dos fatos –, indispensável para viabilizar a reestruturação sólida da empresa em recuperação judicial, carecia de mecanismos legais idôneos à realização desse propósito.

Nesse contexto, ressaltou-se evidenciado que, durante os primeiros 15 (quinze) anos de vigência da Lei n. 11.101/2005, o crédito fiscal, embora concebido pelo legislador como preferencial, ficou relegado a plano secundário.

Mais do que isso. A própria finalidade do processo recuperacional, de propiciar o soerguimento da empresa, com sua reestruturação econômico-financeira, mostrava-se – em certa medida – comprometida.

Isso porque, diante da absoluta paralisia da execução fiscal e da ausência de mecanismos legais idôneos a permitir a equalização do correlato crédito, o processo de recuperação judicial avançava, *sem levar em consideração essa parte do passivo da empresa devedora comumente expressiva*, culminando, primeiro, na concessão da recuperação judicial, a qual, em tese, haveria de sinalizar o almejado saneamento, *como um todo*, de seus débitos e, num segundo momento, no encerramento da recuperação judicial, que, por sua vez, deveria refletir o efetivo atingimento da reestruturação econômico-financeira da recuperanda.

Não obstante, encerrada, muitas vezes, a recuperação judicial, a empresa remanesce em situação deficitária, a considerar a magnitude dos débitos fiscais ainda em aberto, a ensejar, inarredavelmente, novos endividamentos.

Em janeiro de 2021, entrou em vigor a citada Lei n. 14.112/2020 com o declarado propósito de aprimorar o processo das recuperações e de falência, buscando suprir as inadequações apontadas e destacadas pela doutrina e pela jurisprudência entre as disposições legais originárias e a prática, a fim de atingir, efetivamente, as finalidades precípua dos institutos estabelecidos na lei.

Registra-se que o aludido dissenso jurisprudencial então existente entre a Segunda Seção e as Turmas integrantes da Seção de Direito Público desta Corte de Justiça *somente veio a se dissipar por ocasião, justamente, da edição da Lei n. 14.112/2020*, que, a seu modo, delimitou a competência do Juízo em que se processa a execução fiscal (a qual não se suspende pelo deferimento da

recuperação judicial) para determinar os atos de constrição judicial sobre os bens da recuperanda; e firmou a competência do Juízo da recuperação judicial “*para determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial*” (ut CC 181.190/AC, Segunda Seção, julgado em 30/11/2021, DJe 07/12/2021).

Sobre a questão em comento, exigência de regularidade do crédito fiscal – *imbricada e com reflexos positivos ao devedor no âmbito da própria execução fiscal, já que tem o condão de justamente obstar as inerentes constrições judiciais sobre o patrimônio da empresa em recuperação judicial* –, a Lei 14.112/2020 estabeleceu medidas facilitadoras destinadas ao equacionamento das dívidas tributárias, conferindo ao Fisco, em contrapartida, maiores prerrogativas no âmbito da recuperação judicial (ainda que seu crédito a ela não se encontre subordinado).

A partir da exposição de motivos e, principalmente, das disposições implementadas pela Lei 14.112/2020 – que se destinaram a melhor estruturar o parcelamento especial do débito fiscal (no âmbito federal) para as empresas em recuperação judicial (art. 10-A e 10-B da Lei n. 10.522/2002), bem como a estabelecer a possibilidade de a empresa em recuperação judicial realizar, com a União, suas autarquias e fundações, transação resolutiva de litígio relativa a créditos inscritos em dívida ativa, nos moldes da Lei 13.988/2020, a chamada *Lei do Contribuinte Legal* (10-C da Lei n. 10.522/2002), com o estabelecimento de grave consequência para o caso de descumprimento – pode-se afirmar, com segurança, o inequívoco propósito do legislador de conferir concretude à exigência de regularidade fiscal a empresa em recuperação judicial (*cuja previsão, nos arts. 57 e 58 da LRF, remanesceu incólume, a despeito da abrangente alteração promovida na Lei n. 11.101/2005*).

Do Projeto de Lei n. 10.220/20218 (em substituição ao PL n. 6.229/2005), de iniciativa do Poder Executivo, em justificativa às alterações então propugnadas à Lei n. 10.522/2002, a exigência de regularidade fiscal, já estabelecida na LRF, foi tratada como uma das contrapartidas, em favor da Fazenda Pública, para a concessão de maiores benefícios concedidos ao devedor em recuperação judicial, nos seguintes termos em destaque (EM n. 0053/2018 – Ministério da Fazenda; sem grifo no original):

[...]

39. A Lei n. 13.043/2014, ao inserir o art. 10-A na Lei n. 10.522/2002, instituiu o parcelamento específico para devedores em recuperação judicial, prometido pelo Código Tributário Nacional e pela Lei n. 11.101/2005.

Todavia, tal parcelamento, embora ordinário, por ter como destinatários devedores em recuperação judicial, costuma ser comparado com parcelamentos especiais, sofrendo, por essa razão, diversas críticas, sobretudo quanto ao número de parcelas (grande parte dos planos de recuperação judicial e dos parcelamentos especiais prevê prazo total igual ou superior a 10 anos), ausência de descontos e a exigência de inclusão da totalidade dos débitos (exceto os já incluídos em outros parcelamentos), com exigência de desistência/renúncia a eventual discussão administrativa ou judicial.

Por outro lado, o art. 10-A da Lei n. 10.522/2002 não prevê proteções suficientes para a Fazenda Pública, a exemplo de (i) decretação da falência como consequência da exclusão; (ii) mecanismos para inibir ou controlar eventual esvaziamento patrimonial no curso do parcelamento; (iii) tratamento mais gravoso a dívidas oriundas de condutas tipificadas como crime (apropriação de tributos retidos na fonte) e que possuem tratamento superprivilegiado na falência (restituição em dinheiro); e (iv) exigência de regularidade fiscal em relação às obrigações correntes etc.

*40. Diante do referido cenário, este projeto prevê um parcelamento mais favorável aos devedores em processo de recuperação judicial, porém com mais contrapartidas para proteção da Fazenda Nacional, nos seguintes termos: (a) autorização de parcelamento em até 120 prestações escalonadas, com possibilidade de liquidação da dívida administrada pela RFB com utilização de créditos decorrentes de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL (neste caso, mantém-se o máximo de 84 parcelas), sem prejuízo de o contribuinte optar por qualquer parcelamento federal em aberto, desde que atendidos os respectivos requisitos; (b) permissão de que não sejam incluídos, no parcelamento, créditos com suspensão de exigibilidade ou garantia, o que melhor compatibiliza a necessidade de manutenção da regularidade fiscal com o amplo acesso à justiça, sem, contudo, permitir a prática de atos que atentem contra a boa-fé (exemplo: parcelar confessando a dívida para depois discuti-la); (c) exigência de concordância com termo de adesão estabelecendo contrapartidas em face da concessão do parcelamento (**regularidade fiscal**, antecipação de parcelas em determinadas situações etc.); (d) previsão de cláusulas de exclusão semelhantes às que vem sendo previstas nos parcelamentos especiais mais recentes; (e) fixação de consequências para a hipótese de exclusão do parcelamento; (f) concessão de tratamento mais gravoso (parcelamento em até 12 prestações, também escalonadas) para o parcelamento de créditos passíveis de restituição em dinheiro em eventual falência, tomando-se como parâmetro o tratamento conferido pelo art. 54 da Lei n. 11.101, de 2005, aos créditos trabalhistas, bem como ajustando o art. 14-C da Lei n. 10.522, de 2002, para evitar o esvaziamento, em grande parte, dessa medida.*

A fim de viabilizar a suspensão da exigibilidade do débito fiscal por parte da empresa recuperanda e, por consequência, a concessão da recuperação

judicial, a Lei 14.112/2020 promoveu, de modo aqui sintetizado (sem grifo no original):

*(i) a melhora das condições de parcelamento dos débitos existentes para com a Fazenda Nacional, ainda que não vencidos até a data do pedido de recuperação judicial (**parcelamento em até 145 meses para empresários individuais, microempresas, empresas de pequeno porte, instituições de ensino e cooperativas; 132 meses para devedores que desenvolvem projetos especiais; e 120 meses para os demais**);*

(ii) o estabelecimento de percentuais mínimos a serem aplicados sobre o valor da dívida consolidada;

(iii) a possibilidade de utilização de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL para a liquidação de até 30% da dívida consolidada e parcelamento do saldo em até 84 (oitenta e quatro) vezes, de forma escalonada, nos termos ali fixados;

(iv) a possibilidade de parcelamento dos débitos para com a Fazenda Nacional relativos aos tributos passíveis de retenção na fonte, de desconto de terceiros ou de sub-rogação e ao imposto sobre o IOF, retido ou não recolhido ao Tesouro Nacional, em até 24 meses, nos termos ali escalonados;

*(v) a possibilidade de submissão à Procuradoria Geral da Fazenda Pública proposta de transação relativa a débitos inscritos em dívida ativa da União, como alternativa aos parcelamentos acima referidos, às demais modalidades de parcelamento instituídas por lei federal ou às modalidades de transação por adesão eventualmente postas à disposição, com redução da dívida em até 70% de desconto sobre o valor total da dívida, mas que não pode incidir sobre o principal, e até 100% de desconto sobre correção, juros, multa e encargo legal, observado o **parcelamento em até 145 meses para empresários individuais, microempresas, empresas de pequeno porte, instituições de ensino e cooperativas; 132 meses para devedores que desenvolvem projetos especiais; e 120 meses para os demais**.*

Em regulamentação a tais instrumentos de negociação previstos na Lei 14.112/2020, merece destaque a Portaria n. 2.382/2021 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, a qual dispôs, ainda, sobre a possibilidade de “*transação do contencioso tributário de pequeno valor para débitos tributários inscritos em dívida ativa da União e da celebração de Negócio Jurídico Processual que verse sobre aceitação, avaliação, substituição e liberação de garantias ou equacionamento de débitos inscritos em dívida ativa da União e do FGTS*”) e estabeleceu as seguintes diretrizes (sem grifo no original):

Art. 3º São objetivos dos instrumentos de negociação de débitos inscritos em dívida ativa da União relativos a contribuintes em processo de recuperação judicial:

I - viabilizar a superação da situação transitória de crise econômico-financeira do sujeito passivo, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora e do emprego dos trabalhadores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica;

II - assegurar que a cobrança dos créditos inscritos em dívida ativa seja realizada de forma a equilibrar os interesses da União e dos contribuintes em processo de recuperação judicial;

III - assegurar que a cobrança de créditos inscritos em dívida ativa seja realizada de forma menos gravosa para União e para os contribuintes em processo de recuperação judicial;

IV - assegurar aos contribuintes em processo de recuperação judicial nova chance para retomada do cumprimento voluntário das obrigações tributárias correntes.

Corolário do embate político, inerente ao processo legislativo, à Fazenda Pública Nacional, em contrapartida, concedeu-se: *i) a confirmação de que a homologação do plano de recuperação estaria condicionada à comprovação da regularidade fiscal (arts. 57 e 58); ii) a possibilidade de convalidação da recuperação judicial em falência por descumprimento do parcelamento fiscal (art. 73, V); iii) o prosseguimento das execuções fiscais, admitida apenas a substituição de atos de constrição que recaiam sobre bem de capital, sob o controle do Juízo recuperacional (art. 6º, § 7º, B); e iv) o dever, por parte da recuperanda, de amortizar o saldo devedor do parcelamento com até 30% da receita proveniente da venda de bens e ativos integrantes do ativo.*

O novo tratamento legal conferido ao crédito fiscal, com repercussão direta e imbrincada no processo de recuperação judicial, deve ser analisado dentro do sistema em que inserido.

Esse registro se afigura relevante, pois a leitura isolada – e mesmo açodada – do art. 57 da LRF (que erige a regularidade fiscal como condição à concessão da recuperação judicial) pode conduzir à conclusão equivocada de que tal disposição seria contrária aos interesses da recuperanda; de que constituiria um método coercitivo espúrio de cumprimento das obrigações; ou, como é comum sustentar, de que afrontaria os princípios da preservação da empresa e de sua função social.

Na verdade, de acordo com o sistema introduzido pelo legislador reformador, a almejada equalização do crédito fiscal constitui providência indispensável ao próprio êxito do processo recuperacional.

O crédito fiscal, a considerar a indisponibilidade dos interesses nele inserto, foi concebido pela lei, já em sua redação originária, como preferencial e, como tal, não sujeito à recuperação judicial. Trata-se, pois, de justificada opção legislativa. Esta qualificação foi mantida pela reforma introduzida pela Lei n. 14.112/2020.

Em razão de sua extraconcursalidade, a execução do crédito fiscal pode ter seu regular prosseguimento, independentemente do deferimento do processamento da recuperação judicial.

Como demonstrado, embora a redação originária da LRF também assim já dispusesse, a execução fiscal, na prática, ficava estagnada muitas vezes até o encerramento da recuperação judicial, o que redundava num completo desvirtuamento do sistema. Reconhecia-se, judicialmente, o saneamento econômico-financeiro da empresa, de modo, muitas vezes, artificial e precário, já que parte expressiva de seu passivo – o débito fiscal, tido como preferencial pela lei – continuava em aberto, dando ensejo à assunção de novas dívidas.

A fim de dar concretude à preferência legal conferida ao crédito de titularidade da Fazenda Pública, a Lei n. 14.112/2020 reconheceu, expressamente, a competência do Juízo da execução fiscal para determinar a constrição de bens da empresa recuperanda para fazer frente à totalidade do débito, e reduziu, substancialmente, a competência do Juízo da recuperação judicial, limitada a determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial.

Ciente, porém, de que a satisfação integral do débito fiscal (*que, repita-se, representa, no mais das vezes, parte expressiva do passivo da empresa devedora*), por meio de constrições judiciais realizadas no bojo da execução fiscal sobre o patrimônio já combalido da empresa, tem o indiscutível potencial de comprometer o processo recuperacional como um todo, o legislador implementou o direito subjetivo do contribuinte/devedor em recuperação judicial ao parcelamento do débito fiscal (ou a transação e outros modos de composição), estipulando a quitação no considerável prazo de 10 (dez) anos, com o escalonamento ali previsto.

A equalização do crédito fiscal – *que pode se dar por meio de um programa legal de parcelamento factível, efetivamente implementado por lei especial* – tem o condão, justamente, de impedir e de tornar sem efeito as incursões no patrimônio da empresa em recuperação judicial na execução fiscal, providência absolutamente necessária para a viabilização de seu soerguimento.

Dúvidas não remanescem quanto à conclusão de que a satisfação do crédito fiscal, por meio do parcelamento e da transação postos à disposição do contribuinte em recuperação judicial, no prazo de 10 (dez) anos, apresenta-se indiscutivelmente mais benéfica aos interesses da recuperanda do que a persecução do crédito fiscal, em sua integralidade e de um única vez, no bojo da execução fiscal.

Impõe-se à Fazenda Pública, desse modo e a despeito da extraconcursalidade de seu crédito, este esforço (*que não deixa de consistir na privação parcial do exercício do seu direito creditício*), a fim de também contribuir com o soerguimento da empresa viável, mas que se encontra em situação de crise financeira.

A exigência da regularidade fiscal, como condição à concessão da recuperação judicial, longe de encerrar um método coercitivo espúrio de cumprimento das obrigações, constituiu a forma encontrada pela lei para, em atenção aos parâmetros de razoabilidade, equilibrar os relevantes fins do processo recuperacional, em toda a sua dimensão econômica e social, de um lado; e o interesse público titularizado pela Fazenda Pública, de outro.

Justamente porque a concessão da recuperação judicial sinaliza o almejado saneamento, **como um todo**, de seus débitos, a exigência de regularidade fiscal da empresa constitui pressuposto da decisão judicial que assim a declare.

Trata-se, pois, de verdadeira *pedra-de-toque*, indispensável ao êxito do processo recuperacional.

Sem prejuízo de possíveis críticas pontuais, absolutamente salutares ao aprimoramento do ordenamento jurídico posto e das decisões judiciais que se destinam a interpretá-lo, a equalização do débito fiscal de empresa em recuperação judicial, por meio dos instrumentos de negociação de débitos inscritos em dívida ativa da União estabelecidos em lei, cujo cumprimento deve se dar no prazo de 10 (dez) anos (*se não ideal, não destoa dos parâmetros da razoabilidade*), apresenta-se – além de necessária – passível de ser implementada.

Nesse sentido, oportuno trazer o escólio de Daniel Carnio Costa e Alexander Nasser de Melo, em que, após delinear, detalhadamente, todos os instrumentos de negociação de débitos para com a Fazenda Pública Nacional e o devedor/contribuinte em recuperação judicial previstos na novel legislação, concluem pela absoluta aplicabilidade da exigência de regularidade fiscal como condição à recuperação judicial, nestes termos (sem grifo no original):

A lei determina que, com a aprovação do plano de recuperação, a recuperanda deverá apresentar certidões negativas de débitos tributários.

O art. 206 do CTN prevê a possibilidade de apresentação de certidão em que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa (art. 151 do CTN).

Uma alternativa para a recuperanda é promover o parcelamento do débito. Esse parcelamento especial para débitos fiscais com a União encontra-se regulado pelos arts. 10-A, 10-B e 10-C da Lei 10.522/2022, em que consta previsão de que o devedor em recuperação judicial poderá parcelar seus débitos com a Fazenda Nacional em 120 parcelas mensais e consecutivas, e o cálculo das parcelas far-se-á com a aplicação de percentuais mínimos sobre o montante a ser quitado.

Isso soluciona o embate doutrinário que discutia se o magistrado poderia, analisando a viabilidade da recuperação e o interesse social, dispensa o devedor de cumprir esse requisito e conceder-lhe a recuperação judicial, mesmo na hipótese de não apresentação da certidão negativa de débitos ou da certidão positiva com efeitos de negativa, bem como diante da impossibilidade de obtenção do parcelamento de débitos tributários (TOMAZETTE, 2020, p. 255; CAMPINHO, 2020, p. 188, MAMEDE, 2019, p. 175)

[...] a reforma legislativa da Lei de Falências e a Lei n. 13.988/2020, chamada Lei do Contribuinte Legal, devem mudar essa realidade processual no que diz respeito à exigência das certidões no processo de recuperação judicial, uma vez que forma concedidos benefícios legais para facilitar o pagamento dos débitos tributários por parte das empresas em recuperação.

[...]

É razoável supor que, com a criação de programas de parcelamento que não repita os equívocos já identificados pela jurisprudência do STJ, somado à citada criação da transação tributária, as empresas em crise terão à sua disposição mecanismos suficientes para equacionar seu passivo fiscal. Dessa forma, o Poder Judiciário poderá dar total aplicabilidade às regras da recuperação judicial, exigindo a apresentação de certidão fiscal como condição para concessão da recuperação judicial da empresa em crise.

Assim, tutela-se o interesse público representado pelo Fisco - arrecadação fiscal essencial para que o Estado cumpra as suas funções - mas de maneira compatível com a preservação da empresa e de todos os valores decorrentes da atividade empresarial - geração de empregos e circulação de bens, serviços e riquezas em geral.

Como bem se sabe, o Fisco, embora seja um dos maiores credores das empresas em crise econômico-financeira, não participa da recuperação judicial. Então, a Lei do Contribuinte Legal trouxe mecanismos para que os débitos sejam transacionados e que, com isso, a situação do passivo fiscal seja regularizada em paralelo ao processo recuperacional.

[...]

Agora, com a Lei do Contribuinte Legal, vigente desde abril de 2020, diante das possibilidades e facilidades da transação para o pagamento dos débitos, além da reforma legislativa ocorrida na lei falimentar, a apresentação de certidões negativas deverá voltar a ter papel fundamental na concessão da recuperação judicial - a depender, segundo Cássio Cavalli (2017, p. 55, da efetividade material da norma.

Segundo Pedro Ivo Lins Moreira:

A experiência vem demonstrando que quando o devedor em recuperação judicial não busca meios lícitos e factíveis para equacionar o passivo correspondente aos créditos não sujeitos, a exemplo do crédito tributário, o aumento das doses dos remédios protetivos em seu favor pode significar no envenenamento da própria empresa, que ganha apenas uma sobrevida provisória a artificial às custas da desfuncionalização de todo o sistema. Para esses casos a falência continua se mostrando como instituto cada vez mais capaz de lidar com dilemas distributivos de forma conglobante e ajustada a gravidade da crise. (MOREIRA, 2021)

Em coerência com o novo sistema concebido pelo legislador no tratamento do crédito fiscal no processo de recuperação judicial, ***a corroborar a imprescindibilidade da comprovação da regularidade fiscal como condição à concessão da recuperação judicial***, o art. 73, V, da LRF (com redação dada pela Lei n. 14.112/2020) estabeleceu o descumprimento do parcelamento fiscal como causa de convalidação da recuperação judicial em falência.

A imperatividade da disposição contida no art. 57 da LRF, ainda que expressa em seus próprios termos, foi confirmada pela consequência legal advinda do descumprimento do parcelamento fiscal, como bem acentua Ricardo Negrão (sem grifo no original):

[...]

Com a sobrevivência da Lei n. 10.522/2002 autorizando o parcelamento de débitos em até oitenta e quatro parcelas e sua regulamentação (Portaria n. PGFN/RFB n. 1, de 13 de fevereiro de 2015) e, mais recentemente, o pagamento da dívida consolidada em cento e vinte parcelas por força do art. 3º da Lei n. 14.112, de 24 de dezembro de 2020, não mais se sustenta aquele fundamento pautado na ausência de norma legal.

O descumprimento do acordo de parcelamento de débitos impõe a decretação da falência do devedor, conforme prevê o inciso V do art. 73, na nova redação dada pela LREF-20, objeto do item 9.6 deste volume.

Essa norma não teria sentido se não fosse obrigatória a apresentação de certidão negativa de débitos (CND) tributários, pois o devedor negligente (não paga e nem

parcela seus débitos) estaria isento de qualquer sanção simplesmente deixando de apresentar em juízo a CND; porém aquele que busca regularizar-se perante o Fisco, ficaria sujeito à falência, em caso de descumprimento do acordo. (NEGRÃO, Ricardo. *Curso de direito comercial e de empresa: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos*. v.3. Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553627512. Disponível em: <https://stj.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627512/>. Acesso em: 10 out. 2023).

Trata-se, reitere-se, de normas cogentes – de observância obrigatória – editadas pelo legislador, no exercício de sua função típica e com a representatividade que lhe é conferida no Estado Democrático de Direito, o qual, em detida observância do cenário econômico e jurídico nacional delineado nos últimos 16 (dezesesseis) anos de vigência da Lei de Recuperação e Falências, promoveu as alterações reputadas necessárias ao atendimento de sua finalidade.

Diante dos termos estabelecidos pela Lei n. 14.112/2020, segundo penso, não é (mais) dado ao Juízo da recuperação, com amparo, simplesmente, na norma principiológica contida no art. 47 da LRF, dispensar a comprovação de regularidade fiscal, exigida, expressamente, pelo art. 57 do mesmo diploma legal.

No ponto, valho-me das considerações teóricas feitas pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, por ocasião do julgamento do REsp 1.629.470/MS (Terceira Turma, julgado em 7/3/2013, DJe de 13/3/2013) acerca da impropriedade de se realizar um juízo de ponderação, com esteio em regra principiológica, quando há norma expressa regulando o tema, trazidas, ambas, no mesmo veículo normativo (sem grifo no original):

[...]

*Nesses casos, quando a estipulação do princípio não advém de legislação editada com o fim de dispor sobre normas gerais, mas do mesmo plano normativo que a regra, a regra deve prevalecer sobre o princípio, **salvo se houver declaração de inconstitucionalidade que lhe retire eficácia.***

Isso porque, conforme leciona Humberto Ávila, ao delimitarem comportamento desejado pelo legislador exatamente para concretizar, na medida fiel de seus desígnios, as finalidades estabelecidas pelos princípios, as regras assumem sua função definitória. Diz:

A regra consiste numa espécie de decisão parlamentar preliminar acerca de um conflito de interesses e, por isso mesmo, deve prevalecer no caso de conflito com uma norma imediatamente complementar, como é o caso dos princípios. Daí a função eficaz de trincheira das regras. (in Teoria dos Princípios, 12 ed. São Paulo: Malheiros. 2011, págs. 102-132)

Apoiando-se na doutrina estrangeira, o autor destaca que as regras têm a finalidade de eliminar ou reduzir a arbitrariedade que pode potencialmente surgir no caso de aplicação direta de valores morais.

A regra, especialmente quando clara, direta, a respeito da qual não pairam dúvidas sobre o comportamento pretendido, apresenta-se como resultado da ponderação do legislador a respeito dos aspectos relevantes que podem surgir no conflito entre interesses regulados, editada que foi justamente para evitar, no momento da aplicação da norma, o ressurgimento da controvérsia que foi antes dirimida pelo legislador.

No dizer do autor: É justamente par evitar o surgimento de um conflito moral e para afastar a incerteza decorrente da falta de resolução desse conflito que o Poder Legislativo opta pela edição de uma regra.

Daí porque considera o doutrinador que, muitas vezes, na verdade, a relação entre princípio e regra não equivale a um conflito propriamente, mas, sim, a uma conexão substancial. Nesses casos, a relação não seria de oposição, mas sim de complementação.

Nessas circunstâncias, a superação das regras só seria admissível no caso de haver razões suficientemente fortes para tanto, quer na própria finalidade a ela subjacente ou nos princípios que lhe dão suporte, exame a ocorrer de acordo com o postulado da razoabilidade, *mas em juízo típico de absoluta exceção ou no controle de constitucionalidade e atendendo a condicionantes de ordem material e procedimental* (op. cit., págs. 114-120).

Em se transportando tais considerações ao caso dos autos, tem-se não se afigurar mais possível, a pretexto da aplicação dos princípios da função social e da preservação da empresa vinculados no art. 47 da LRF, dispensar a apresentação de certidões negativas de débitos fiscais (ou de certidões positivas, com efeito de negativa), expressamente exigidas pelo art. 57 do mesmo veículo normativo, ***sobretudo após a implementação, por lei especial, de um programa legal de parcelamento factível, que se mostrou indispensável a sua efetividade.***

A inobservância da norma legal expressa, com esteio em regra principiológica estabelecida no mesmo diploma legal daquela, somente poderia estar fundamentada, como visto, na declaração de sua inconstitucionalidade, do que não se cogita.

Ademais, no termos assentados, a exigência de regularidade fiscal, como condição à concessão da recuperação judicial, ***após a edição da Lei 14.112/2020***, passou a atender detidamente aos princípios da função social e da preservação da empresa, *segundo o novel sistema concebido pelo legislador no tratamento do crédito fiscal no processo de recuperação judicial.*

Reconhecida, nesses termos, a plena aplicabilidade do art. 57 da LRF, que exige, como condição à concessão da recuperação judicial, a demonstração da regularidade fiscal, alguns pontos a respeito da questão posta merecem esclarecimentos.

De acordo com os fundamentos acima delineados, o direito ao parcelamento consubstancia um direito subjetivo do devedor em recuperação judicial (*o qual não pode ser recusado no caso de cumprimento das condições impostas, ressalta-se*), que somente pôde ser implementado, no âmbito federal, em razão da edição de lei específica a esse propósito (a Lei n. 14.112/2020, que introduziu os arts. 10-A, 10-B e 10-C na Lei 10.522/2002).

Por conseguinte, em relação a débitos fiscais de titularidade da Fazenda Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a exigência de regularidade fiscal, como condição à concessão da recuperação judicial, somente poderá ser implementada a partir da edição de lei específica dos referidos entes políticos (*ainda que restrita em aderir aos termos da lei federal*).

Relevante anotar, ainda, não se afigurar possível ao Juízo da recuperação, diante da não comprovação da regularidade fiscal estabelecer consequências diversas daquela fixada em lei. Conforme assinalado, nos termos dos arts. 57 e 58 da LRF, a não apresentação de certidões negativas (ou positivas, com efeito de negativas), enseja a não concessão da recuperação judicial.

Não há se falar, nesse caso, em convação em falência, que é, como visto, consequência específica do descumprimento do parcelamento e/ou transação, em momento, por evidente, em que a recuperação judicial já havia sido anteriormente concedida.

A este impasse (não apresentação das referidas certidões), o Professor Fábio Ulhoa Coelho propõe solução de toda coerente com o sistema posto (sem grifo no original):

Após o fim da 'mora legislativa' relacionada ao parcelamento dos débitos fiscais das empresas em recuperação judicial, não há mais fundamento para se afastar a aplicação do art. 57.

A questão mais intrincada, porém, diz respeito à consequência da omissão do devedor, no caso de não apresentação das certidões fiscais. De um lado, não há previsão legal para a convação da recuperação em falência. De outro, o simples indeferimento da recuperação judicial se mostra inócuo, porque nada impede o ingresso de novo pedido, pelo mesmo devedor, no dia seguinte, alcançando uma quantidade maior de credores.

A consequência da falta de apresentação das certidões fiscais do credor, portanto, fica a meio caminho entre um extremo e outro (falência ou indeferimento).

Se o art. 57 da LF não é cumprido pelo devedor, o juiz deve proferir despacho com duas determinações: (i) suspensão do processo de recuperação judicial até a apresentação, pelo devedor, da comprovação da regularidade fiscal; e (ii) explicitação de que, durante a suspensão do processo de recuperação judicial, suspende-se também o stay period; ou seja, voltam a ser plenamente exigíveis todas as obrigações do devedor, incluindo as sujeitas à recuperação judicial (“concurais”), com a imediata retomada do curso das execuções individuais e dos pedidos de falência, enquanto não forem apresentadas as certidões comprobatórias da regularidade da situação fiscal do devedor (in Lei de Falências e de Recuperação de Empresas - Lei 14.112/2020, Nova Lei de Falências. De acordo com a Rejeição de Vetos. 15ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. p. 241-242)

Desse modo, em linha com o insigne empresarialista, em caso de não cumprimento da comprovação da regularidade fiscal, deve-se sobrestar o processo recuperacional até a efetivação da medida, sem prejuízo da retomada das execuções individuais e de eventuais pedidos de falência.

Em arremate, na esteira dos fundamentos acima delineados, nego provimento ao recurso especial, devendo a parte recorrente comprovar a regularidade fiscal, no prazo estipulado pelo Juízo *a quo*, sob pena de suspensão do processo de recuperação judicial, com a imediata retomada do curso das execuções individuais e de eventuais pedidos de falência, enquanto não apresentadas as certidões a que faz referência o art. 57 da LRF.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 2.054.411-DF (2022/0366878-0)

Relator: Ministro Moura Ribeiro

Recorrente: Antonio Carlos de Almeida Castro

Recorrente: Leao - Participacao e Administracao de Bens Ltda

Advogados: Eduardo Ubaldo Barbosa - DF047242

Ana Caroline Tavares - DF060943

Recorrido: Elton Silva Machado Odorico

Advogados: Arina Estela da Silva - DF027162

Elton Silva Machado Odorico - DF034670

Brenda Gomes Formiga - DF068314

EMENTA

Direito Civil. Recurso especial. Execução de título executivo extrajudicial. Contrato celebrado com disposição contrária ao que estipulado em ajuste prévio. Autonomia da vontade das partes. Derrogação/revogação do acordo anterior.

1. O contrato preliminar confere, em benefício de qualquer das partes, a prerrogativa de exigir da outra a celebração do negócio definitivo com observância do que inicialmente pactuado.

2. Nada obsta, porém, que, na oportunidade da celebração do contrato definitivo, as partes estabeleçam, de comum acordo, deveres e obrigações diversos e até mesmo contrários àqueles previstos no pacto inicial.

3. A liberdade contratual confere aos negociantes amplos poderes para revogar, modificar ou substituir ajustes anteriores. Não importa se esses ajustes foram incorporados em contrato preliminar ou definitivo, a autonomia da vontade da partes pode, em qualquer caso, desconstituir obrigações anteriormente assumidas.

4. Impossível, dessa forma, conferir maior eficácia jurídica ao contrato preliminar que ao definitivo, sobretudo quando as partes, nessa nova avença, pactuaram obrigações diametralmente opostas e desautorizam, expressamente, os termos da proposta original.

5. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após a vista regimental do Sr. Ministro Moura Ribeiro, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos

do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Humberto Martins e Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze.

Brasília (DF), 03 de outubro de 2023 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

DJe 6.10.2023

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: Consta dos autos que, aos 9/11/2016, a *ML Alimentação e Diversões S.A. (ML)*, por intermédio de seus sócios acionistas e diretores, propuseram vender o “Restaurante Piantella” para Finançaair Fomento Mercantil *Ltda.* e Marcelo Tomé Peres, os quais aceitaram o negócio (e-STJ, fls. 56/58).

Aos 22/11/2016, essa operação foi viabilizada em caráter definitivo através de um “contrato particular de compra e venda de ações e outras avenças” em que *Antônio Carlos de Almeida Castro, Leão - Participação e Administração de Bens Ltda.* e Espólio de Eraldo Evangelista Moreira, acionistas da ML, vendiam as ações da ML, proprietária do “Restaurante Piantella”, para Finançaair Fomento Mercantil *Ltda.* e Marcelo Tomé Peres (e-STJ, fls. 79/87).

Em agosto de 2020, a ML, que nunca deixou de ser a proprietária do estabelecimento, promoveu execução de título extrajudicial contra *Antônio Carlos de Almeida Castro*, pelo valor de R\$ 118.909,57 (cento e dezoito mil novecentos e nove reais e cinquenta e sete centavos). Alegou que, nos termos do contrato firmado aos 22/11/2016, os débitos trabalhistas existentes até então, seriam de responsabilidade dos ex-acionistas os quais estariam obrigados a reembolsar as quantias pagas por ela a esse título no prazo de 30 dias, o que não aconteceu (e-STJ, fls. 72/77).

Posteriormente, a petição inicial foi emendada para incluir *Leão - Participação e Administração de Bens Ltda.* no polo passivo da execução (e-STJ, fls. 100/102).

Depois disso veio aos autos a notícia de que *Elton Silva Machado Odorico (Elton)* adquiriu o crédito da ML (e-STJ, fls. 110/112), o que ensejou a retificação do polo ativo da execução.

Citados, *Antônio Carlos e Leão*, depositaram em juízo o valor reclamado para garantir a execução e evitar atos constritivos (e-STJ, fls. 118/122). Além disso, opuseram embargos à execução, alegando que, nos termos da oferta de venda inicial, estariam os compradores, e não os vendedores, obrigados ao pagamento do passivo tributário e trabalhista (e-STJ, fls. 8/37).

Após a resposta aos embargos (e-STJ, fls. 144/147), sobreveio sentença julgando-os procedentes e extinguindo a execução. Na oportunidade o magistrado de primeiro grau consignou o seguinte:

*Portanto, não é crível que os embargantes, que figuraram como vendedores no contrato de ID 95546379, respondam pela obrigação trabalhista do Restaurante Piantella, **muito embora o que foi avençado em seu item 4.3**, já que na oferta, aceita pelos compradores, constou que esses assumiriam todo o passivo tributário e trabalhista já existente ou a ser apurado, recebendo, por outro lado, o ativo sem o pagamento de compensação pecuniária (e-STJ, fl. 214 - sem destaque no original).*

Essa sentença foi modificada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios em grau de apelação, sob o entendimento de que as obrigações inicialmente avençadas, ao contrário do que consignado na sentença, podiam ser validamente modificadas por oportunidade da celebração do contrato definitivo.

Referido acórdão ficou assim ementado:

Apelação civil. Embargos à execução. Instrumento particular. Sentença. Fundamentação. Nulidade. Não configuração. Contrato preliminar. Contrato definitivo. Especificação dos direitos e das obrigações. Divergência. Prevalência. Último. Título executivo. Valores não previstos. Exclusão. Juros de mora. Prazo contratual. A sentença que expõe argumento apto a justificar a solução adotada não padece de nulidade por vício de fundamentação. Prevaecem as disposições do contrato definitivo, em detrimento do contrato preliminar, mormente quando é especificado expressamente que estava substituindo as declarações e condições anteriores. A alteração das obrigações inicialmente acordadas, por negócio jurídico posterior, possui respaldo na autonomia da vontade. As partes devem cumprir os termos acordados, sobretudo no caso em que não há controvérsia sobre o inadimplemento dos valores devidos. Nos termos do artigo 784, III, do Código de Processo Civil, configura título executivo extrajudicial o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas. Os valores não previstos no título executivo devem ser excluídos da execução. Havendo previsão contratual no sentido de que o pagamento deveria ocorrer no prazo de trinta dias depois da notificação, os juros de mora devem incidir a partir do encerramento do prazo contratual (e-STJ, fl. 300)

Irresignados, *Antônio Carlos e Leão* interpuseram recurso especial com fundamento no art. 105, III, *a*, da CF, alegando ofensa aos arts. 421, 427, 428, I, e 463 do CC, pois, nos termos da proposta de venda formalizada aos 9/11/2016, a responsabilidade pelo pagamento do passivo trabalhista seria dos adquirentes e não dos vendedores. Assim, uma vez aceita a proposta, as obrigações nela indicadas deveriam ser obrigatoriamente observadas, a despeito do que estipulado posteriormente no instrumento contratual assinado pelas partes.

Apresentadas contrarrazões, o recurso especial não foi admitido na origem, mas teve seguimento por força de agravo provido nesta Corte Superior (e-STJ, fls. 408/410).

Na sessão do dia 12/9/23, após sustentação oral da parte recorrente, pedi vista regimental para melhor apreciar a alegação trazida em memoriais de que o contrato firmado aos 22/11/2016 seria nulo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro (Relator): O recurso especial não merece provimento.

Preliminarmente, alerto que a nulidade do contrato firmado aos 22/11/2016 não foi agitada nas razões do recurso especial, tendo sido agitada apenas nos memoriais.

Impossível, dessa forma, apreciar a matéria.

Nos termos da proposta de venda, com data do dia 9/11/2016 e devidamente reproduzida pelo acórdão recorrido, a responsabilidade pelo pagamento dos débitos trabalhistas seria dos adquirentes do Restaurante Piantella. A mesma proposta ressaltou, ainda, que, por ocasião da formalização do negócio que então se propunha, seria celebrado um contrato com observância dessa diretriz.

Confira-se:

Proposta de venda:

A ML e seus acionistas controladores têm a intenção de vender o Restaurante Piantella, nas condições em que se encontram os seus ativos tangíveis e intangíveis, mediante a assunção pelos compradores da totalidade do passivo tributário e trabalhista, já existente ou a ser apurado, de modo que não sejam eles onerados com qualquer responsabilidade após a venda.

Em contrapartida à assunção desse passivo pelos compradores, receberão eles todo o ativo da ML sem o pagamento de qualquer compensação pecuniária.

(...)

As partes, em comum acordo, definirão o formato da operação jurídica para a venda do Restaurante, celebrando contrato que conterà os direitos e obrigações de cada uma, com maior detalhe, observadas as condições gerais aqui propostas e aceitas. (*g. n.*) (e-STJ, fls. 302/303).

Ocorre que o instrumento contratual formalizado posteriormente, não observou a diretriz destacada. Ao contrário, incorporou orientação diametralmente oposta, indicando expressamente que os débitos trabalhistas seriam de responsabilidade dos alienantes.

Veja-se, a propósito, o excerto igualmente reproduzido pelo acórdão recorrido:

4.3. *Responsabilidade pelas obrigações trabalhistas da ML.* Os vendedores serão os únicos e exclusivos responsáveis por todas as obrigações e débitos da ML de natureza trabalhista, bem como por qualquer ação judicial e/ou processo administrativo e/ou cobrança de natureza trabalhista (incluindo condenações eventualmente daí decorrentes) que se refiram a vínculos trabalhistas até a data de assinatura deste Contrato, observada a cláusula 4.3.1, abaixo. A partir da assinatura deste Contrato, os *compradores* serão os únicos e exclusivos responsáveis por essas obrigações, caso a ML venha a não honrar seus compromissos.

4.3.1. *Obrigação de reembolso.* As Demandas de natureza trabalhista existentes ou que venham a ser ajuizados depois da celebração deste Contrato para reivindicar valores relativos a período anterior à assinatura deste Contrato (cujo pagamento é de responsabilidade dos *vendedores*) serão respondidas pela ML, até o trânsito em julgado de sentença ou acórdão (inclusive das que homologarem eventuais acordos), ficando a ML responsável pelo pagamento, para reembolso pelos *vendedores*, em até 30 (trinta) dias da comunicação que lhe fizerem os *compradores* (e-STJ, fls. 303/304).

As razões do recurso especial não impugnam o conteúdo desses documentos. *Antônio Carlos* e *Leão* reconhecem que o contrato de compra e venda firmado aos 22/11/2016 trouxe disposição contrária àquela inicialmente inserta na proposta do dia 9/11/2016.

Com efeito, as razões recursais apenas sustentam que os termos da proposta originária deveriam prevalecer sobre os do contrato subsequente.

Assim, como não se discutem fatos nem se busca nova interpretação para as cláusulas contratuais em comento, não têm aplicação, ao menos sob essa perspectiva, as Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

Ultrapassada essa questão, importa registrar que, segundo *Antônio Carlos e Leão*, os termos da proposta deveriam prevalecer sobre os do contrato, porque ela continha os elementos nucleares do negócio jurídico e foi validamente aceita pelos adquirentes, devendo, portanto, ser observada sob pena de ofensa aos arts. art. 421, 427, 428 e 463 do CC, que tratam da boa-fé objetiva e da força vinculante da proposta aceita.

A propósito dos argumentos efetivamente deduzidos no recurso especial, é de se destacar, em um primeiro momento, que o negócio celebrado no dia 22/11/2016 não correspondeu, exatamente, àquele mencionado na proposta datada de 9/11/2016.

Conforme relatado, o negócio que se apresentava na mencionada proposta era a venda do Restaurante Piantella, mas o que veio a ser celebrado foi a alienação de ações da sociedade ML, ou seja, o objeto da compra e venda foi outro. Além disso, também houve discrepância das partes envolvidas. Se, na proposta, a alienante era ML, proprietária do restaurante, na compra e venda, os alienantes eram os titulares das ações.

Vê-se, portanto, que, a proposta do dia 9/11/2016, ao contrário do que afirmado, não continha os elementos nucleares do negócio que veio a ser celebrado no posteriormente. Sob essa perspectiva, chama a atenção o fato de *Antônio Carlos e Leão* buscarem a prevalência dessa mencionada proposta em uma determinada parte, mas não em relação às demais.

Afinal, se a tese jurídica defendida é a de que a proposta deveria prevalecer sobre o contrato definitivo, eles deveriam, por coerência, perseguir a eficácia da proposta em sua integralidade, e não por capítulos. Em outros termos, deveriam pedir, por exemplo, que a compra e venda recaísse sobre o próprio estabelecimento comercial, e não sobre as ações da ML.

Mas ainda que se pudesse admitir que os elementos nucleares do negócio definitivo estivessem já indicados na proposta inicial e ainda que se pudesse perdoar o comportamento contraditório de *Antônio Carlos e Leão*, nem mesmo assim, o recurso especial poderia ser provido.

Isso porque, e esse é fundamento mais importante, a destacada eficácia vinculante da proposta não se sobrepõe à autonomia da vontade das partes.

Como bem ressaltado pelo TJDFT, foram as próprias partes negociantes que, depois do acordo inicial, resolveram mudar de ideia e, consensualmente, formalizar um contrato em sentido oposto ao da proposta inicial. Dessa forma, se a vontade livre e esclarecida dos contratantes confluiu em sentido contrário

ao do ajuste preliminar, não há mais como conferir eficácia ou exigibilidade a esse ajuste.

Tal desfecho era perfeitamente possível perante o ordenamento jurídico, pois como explica ORLANDO GOMES: *Todo contrato preliminar tem sua causa na preparação de um contrato definitivo, sendo, portanto, seu efeito específico a criação da obrigação de contratá-lo* (**Contratos**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 59).

Em outras palavras, o contrato-promessa ou preliminar se reveste de uma função preparatória e instrumental, que, entretanto, poderá vir a ser modificada, conforme o interesse das partes. A propósito bem leciona ANA MARIA CORREIA RODRIGUES PRATA:

[...] como qualquer contrato, também a promessa pode evidentemente ser modificada por subsequente acordo das partes, a especificidade aqui está em que, sem que tal acordo tenha aparentemente intervindo, os contraentes podem, nos comportamentos solutórios, que em alguma medida são, também eles, comportamentos livres, introduzir as modificações que lhes aprovarem, estejam elas ou não previamente acordadas (**O contrato-promessa e o seu regime civil**. Coimbra: Almedina. 2001, p. 625).

Perceba-se que o art. 463 do CC, apontado como violado nas razões do recurso especial, simplesmente autoriza um dos contratantes a exigir do outro a formalização do negócio definitivo com observância do que estipulado no acordo preliminar. Referida exigência apenas se apresenta, por óbvio, quando houver inércia ou recusa na celebração do contrato definitivo. O dispositivo em comento não impede que as partes, por ocasião da celebração do negócio definitivo, de comum acordo, suplantem acordos anteriores e disponham em sentido diverso do que inicialmente planejado, até porque isso seria contrário ao princípio da liberdade contratual.

Confira-se:

Art. 463. Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive.

Parágrafo único. O contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente.

Como bem esclarecem GUSTAVO TEPEDINO, HELOIZA HELENA BARBOZA e MARIA CELINA BODIM DE MORAES, a norma em testilha estabelece apenas a possibilidade de exigir a formalização do contrato.

O contrato-promessa - outra designação utilizada para denominar o contrato preliminar - pode encerrar uma promessa "firme" ou não. A promessa firme caracteriza-se pelo fato de ser irrevogável e irretroatável: não se admite o arrependimento do promitente. Nesta hipótese, têm as partes - na promessa bilateral - ou apenas uma delas (o promissário) - na promessa unilateral - a faculdade de exigir o cumprimento do pactuado, designando um prazo (se tal não tiver sido já disposto no pré-contrato) para que o contrato definitivo seja celebrado (**Código Civil Interpretado**, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 101).

E se a norma confere aos contratantes uma prerrogativa, é porque não lhes impõe, como parece intuitivo, o exercício dessa mesma prerrogativa.

Em outras palavras, o dispositivo assinalado não obriga a parte interessada a exigir da outra que formalize o contrato definitivo nos mesmos moldes do ajuste preliminar. Tampouco impede que os negociantes, por oportunidade da celebração do contrato definitivo, estabeleçam, de comum acordo, deveres e obrigações diversos daqueles originariamente intentados.

Com efeito, foi precisamente isso o que ocorreu na hipótese dos autos. As partes convencionaram, inicialmente, que a responsabilidade pelo pagamento dos débitos trabalhistas seria do adquirente, mas, depois, acertaram que ela seria dos vendedores.

Conforme acertadamente reconhecido pelo TJDFR, a liberdade contratual das partes lhes confere amplos poderes para revogar, modificar ou substituir ajustes anteriores. Não importa se esse ajuste foi incorporado em contrato preliminar ou definitivo. A autonomia da vontade da partes pode, em qualquer caso, desconstituir obrigações anteriormente assumidas - *contrarius consensus*.

A exemplo do que sucede com as normas oriundas do Poder Legislativo, igualmente as normas advindas da vontade das partes, também estão sujeitas ao fenômeno da revogação ou derrogação.

Nos termos do art. 2º da LINDB, a lei posterior revoga (ou derroga) a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria. Da mesma forma, o contrato posterior, porque estabelece norma entre as partes, também pode revogar ou derrogar ajuste anterior quando for com ele incompatível ou quando expressamente o declare.

Admitindo-se que o negócio jurídico, por definição, é o ato jurídico praticado pelas partes, sob o signo da autonomia da vontade, com aptidão para

criar, extinguir ou modificar relações jurídicas, nada mais natural do que admitir que ele pode incidir sobre uma relação jurídica criada por outro negócio jurídico anterior, modificando seus contornos para liberar as partes das obrigações assumidas anteriormente ou impor-lhes novos compromissos.

É esse, afinal, o fundamento do instituto jurídico do distrato referenciado no art. 472 do CC.

ARAKEN DE ASSIS destaca, a propósito:

[...] o distrato é o trato em sentido contrário. O art. 472 [do CC] consagra o *contrarii consensus*. De acordo com Pontes de Miranda, a figura prevista neste dispositivo representa “o contrato pelo qual se desfaz a relação jurídica de dívida existente, ou, se a dívida ainda não existe, contrato pelo qual se desfaz o vínculo de que irradiariam dívidas futuras”. É o contrato pelo qual os figurantes eliminam o vínculo, para o futuro, que anteriormente estabeleceram entre si. (**Comentários ao Código Civil Brasileiro**. vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pp. 553/554 - sem destaque no original).

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, de sua parte, esclarece que o distrato ou resilição bilateral é a declaração de vontade das partes contratantes no sentido oposto ao que havia gerado o vínculo. É o *contrarius consensus dos romanos, gerando o contrato liberatórios* (**Instituições de Direito Civil**. vol. III. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 151).

Da mesma forma, CARLOS ROBERTO GONÇALVES, citando MESSINEO, preleciona que o distrato é, *em substância um caso de retratação bilateral do contrato que se perfaz mediante um novo contrato (solutório e liberatório) de conteúdo igual e contrário ao do contrato originário e celebrado entre as mesmas partes do contrato que se quer dissolver* (**Direito Civil Brasileiro**. vol. III. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 180).

No caso, o acordo de vontades instrumentalizado aos 22/11/2016 revogou parcialmente os termos da avença anterior (perfectibilizada com o aceite da proposta), porque, ao menos quanto à responsabilidade pelo pagamento do passivo trabalhista, dispôs em sentido diametralmente oposto ao que nela se previa.

E para afastar qualquer dúvida nesse sentido, o instrumento do contrato definitivo ainda indicou expressamente que a nova avença substituíra todas as promessas, contratos e acordos anteriores, verbais ou escritos.

Confira-se, a propósito a seguinte passagem do acórdão recorrido:

Portanto, é inegável que o contrato definitivo, devidamente assinado pelas partes, modulou e especificou concretamente a responsabilidade pelos débitos do empreendimento alienado. Ademais, constou que o contrato agregava todos os termos da negociação entre as partes e substituiu declarações e escritos anteriores. Veja-se a redação do item 9.2:

9.2. Acordo completo. *Este Contrato constitui todo o entendimento entre as partes e substitui todas as garantias, condições, promessas, declarações, contratos e acordos verbais ou escritos, anteriores sobre o objeto deste Contrato.* (e-STJ, fl. 304 - sem destaque no original).

Necessário concluir, portanto, que o novo contrato modificou o ajuste anterior (representado pela proposta aceita), não apenas de forma implícita, mas também de modo expresso.

Pode-se dizer que uma vez firmado o contrato definitivo, aquelas disposições preliminares ficaram “superadas” e que ele passou a ser “fonte exclusiva da relação contratual” e “se presume seja a única regulamentação da relação por elas [as partes] desejada”. Nesse sentido, vale citar preciosa lição de CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA:

No caso decorrente do contrato preliminar, seu adimplemento tem a peculiaridade de, simultaneamente, extinguir o negócio instrumental e preparatório e gerar o definitivo, o qual corresponde a “um novo acordo de vontades”. Esse “novo acordo de vontades” substitui o anterior. (**Contrato Preliminar - Substituição pelo Contrato Definitivo - Efeitos - Súmula n. 543 do STJ**. In. Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil. Belo Horizonte: v. 19.0.201/219, jan/mar 2019)

Em resumo tem-se o seguinte: (a) a proposta de compra e venda formalizada aos 9/11/2016, segundo a versão dos fatos narradas pelas próprias partes e devidamente incorporada no acórdão recorrido, não continha os elementos nucleares do negócio jurídico que veio a ser celebrado no dia 22/11/2016, pois os sujeitos e também o objeto da negociação não eram exatamente os mesmos; (b) os recorrentes adotam comportamento incoerente ao sustentarem a exigibilidade da proposta como um todo e pleitearem sua aplicação apenas na parte em que lhes interessa; e (c) não é possível conferir eficácia ao contrato preliminar (proposta) em detrimento do definitivo, porque as partes, nessa nova avença, pactuaram obrigações diametralmente opostas e desautorizaram, expressamente, os termos do pacto original.

Nessas condições, pelo meu voto, *nego provimento* ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 2.059.464-RS (2021/0078300-9)

Relator: Ministro Moura Ribeiro

Relator para o acórdão: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: China Construction Bank (Brasil) Banco Multiplo S/A

Advogados: Jeferson Antônio Erpen - RS035176

Augusto Otavio Stern - RS010510

Andre Vieira Stern - RS067257

Gabriel José de Orleans e Bragança - SP282419A

Recorrente: Banco da China Brasil S.A

Advogado: Bruno Alexandre de Oliveira Gutierrez - SP237773

Recorrido: Engevix Sistemas de Defesa Ltda - em Recuperação Judicial

Recorrido: RG Estaleiro ERG2 S.A - em Recuperação Judicial

Recorrido: RG Estaleiro ERG3 Industrial S.A - em Recuperação Judicial

Recorrido: RG Estaleiro ERG1 S.A. - em Recuperação Judicial

Recorrido: RG Estaleiros S.A - em Recuperação Judicial

Recorrido: Ecovix Contrucoes Oceanicas S/A- em Recuperação Judicial

Advogados: Rafael de Assis Horn - SC012003

Alexandre Peralta Collares - DF013870

Rodrigo de Assis Horn - SC019600

Lio Vicente Bocorny - SC020200

Luis Felipe Spinelli - RS066061

Adriano Fontes Pinto - SP281724

Rodrigo Tellechea Silva - RS068582

Erika Donin Dutra - RS096845

Gabriela Mânica Passos - RS115511

Gabriel Lucca Garibotti - RS117916

Darwin Otto de Lima - RS123585

EMENTA

Recurso especial. Empresarial. Recuperação judicial. Plano de recuperação. Garantias. Suspensão. Consentimento. Credor titular. Necessidade.

1. A questão controvertida resume-se a definir se a cláusula do plano de recuperação judicial que prevê a suspensão da exigibilidade das garantias tem eficácia, obrigando a todos os credores.

2. Com a suspensão das garantias, busca-se impedir os credores de exercerem seus direitos e privilégios contra os coobrigados após a aprovação do plano de recuperação judicial, o que resulta na extensão da novação para além das empresas em recuperação.

3. A cláusula que prevê a suspensão das garantias, assim como a que prevê a supressão das garantias, é legítima e oponível apenas aos credores que aprovaram a recuperação sem nenhuma ressalva, não sendo eficaz em relação aos credores ausentes da assembleia geral, aos que se abstiveram de votar ou se posicionaram contra tal disposição.

4. A anuência do titular da garantia é indispensável na hipótese em que o plano de recuperação judicial prevê a sua supressão, suspensão ou substituição.

5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, em questão de ordem suscitada pelo Sr. Ministro Moura Ribeiro, com relação ao pedido de afetação do julgamento à Segunda Seção (petição n. 906.840/2023), preliminarmente, por maioria, indeferir o pedido de afetação. Vencidos os Ministros Moura Ribeiro e Humberto Martins. No mérito, por maioria, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, que lavrará o acórdão. Votou vencido o Sr. Ministro Moura Ribeiro. Votaram com o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) os Srs. Ministros Nancy Andrighi e Marco Aurélio Bellizze. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins (art. 162, § 4º do RISTJ).

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

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

VOTO VENCIDO

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: Consta dos autos que *Engevix Sistemas de Defesa Ltda. (Engevix)* apresentou pedido de recuperação judicial deferido em agosto de 2018.

Em seguida, foi submetido a homologação judicial Plano de Recuperação Judicial que contemplava, em sua Cláusula 9.2.1, a suspensão temporária das garantias prestadas por terceiros em favor da sociedade recuperanda. Referida disposição contratual, segundo indicado no próprio acórdão recorrido, foi vazada nos seguintes termos:

9.2.1 Garantias, coobrigados e garantidores. Com a homologação judicial do plano, com exceção das garantias estabelecidas para as debêntures, as demais serão mantidas e sua exigibilidade será suspensa. Serão igualmente suspensas (i) a exigibilidade dos créditos contra coobrigados, garantidores, avalistas e fiadores; (ii) as eventuais demandas em curso; e (iii) o prazo prescricional relativo às demandas (não ajuizadas ou em curso), até retomada da exigibilidade ou extinção na forma da Cláusula 9.2.1.1. Se houver descumprimento do plano e/ou vencimento e/ou inadimplemento de obrigações pecuniárias relacionadas aos créditos, os créditos e garantias mencionadas na presente cláusula poderão voltar a ser exigidos (e-STJ, fl. 525).

O magistrado de primeiro grau homologou o plano, dando como válida referida cláusula.

China Construction Bank (Brasil) e Banco Múltiplo S.A. (China Construction Bank), na condição de credores, interpuseram agravo de instrumento, o qual foi provido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em acórdão assim ementado:

Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Processual Civil. Prefaciais de nulidade e não conhecimento do recurso rejeitadas. Complementação do instrumento. Aplicação do art. 282, § 1º, CPC. Homologação do plano recuperacional. Princípio da preservação da empresa. Aplicação do art. 47, Lei 11.101/05. Cláusula que determina a suspensão da execução das garantias em face de terceiros garantidores ou coobrigados. Ineficácia da previsão contida na Cláusula 9.2.1 do Plano de Recuperação Judicial. Aplicação do artigo 49, § 1º, da Lei 11.101/05. Súmula 581 do STJ. REsp 1.333.349/SP, submetido ao rito dos julgamentos repetitivos. À unanimidade, rejeitadas as preliminares, deram provimento ao agravo de instrumento (e-STJ, fl. 522).

Os embargos de declaração opostos por *Engevix Sistemas de Defesa Ltda – em Recuperação Judicial* e outros (*Engevix* e outros) foram acolhidos com efeitos infringentes para reconhecer a validade da cláusula em comento.

Referido acórdão ficou assim ementado:

Embargos de declaração em agravo de instrumento. Recuperação judicial. Grupo econômico. Homologação do plano de recuperação. Suspensão de garantias reais e fidejussórias, da exigibilidade dos créditos contra coobrigados, garantidores, avalistas e fiadores, das demandas em curso e do prazo prescricional. Possibilidade, desde que presente aprovação em Assembleia Geral de Credores. Súmula 581/STJ e REsp 1.333.349/SP, afetado ao rito do art. 543-C do CPC/73, relativizados. Aplicação do *distinguishing*. Distinção entre o objeto dos precedentes e a discussão deste instrumento. Legalidade da Cláusula 9.2.1, pois redigida consoante previsão dos arts. 49, § 1º, 50, § 1º, e 59, *caput*, da Lei 11.101/05.

1. Ao apreciar o REsp 1.333.349/SP, afetado ao rito do art. 543-C do CPC/73, bem como os recursos especiais que motivaram a edição da Súmula 581/STJ, verifica-se, de fato, que o debate jurídico objeto do repetitivo não versa sobre a suspensão das garantias reais e fidejussórias, mas, em verdade, sobre a hipótese de supressão das garantias reais e fidejussórias, no qual restou assentado que “a recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, *caput*, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, *caput*, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei n. 11.101/2005”.

[...]

9. Observado o comando inserto no art. 49, § 2º, da Lei 11.101/05, permissivo legal a possibilitar a deliberação sobre a matéria em análise pela Assembleia Geral de Credores, desenlaça-se que a Cláusula 9.2.1 não se opõe a qualquer disposição da indigitada lei, de sorte que, evidenciada tal assertiva, considerando-se, ainda, a aprovação do plano de recuperação judicial, de forma maciça inclusive, o que implica na vinculação de todos os credores-inclusive aqueles que votaram desfavoravelmente -, resta impossibilitada qualquer ingerência do Judiciário sobre a decisão do credores, sob pena de desbordar o controle de legalidade limitador de sua atuação.

À unanimidade, acolheram os embargos de declaração, atribuindo-lhes efeito infringente (e-STJ, fls. 876/878).

Contra esse acórdão foram opostos dois recursos especiais.

O primeiro por um outro credor da *Engevix*, o *Banco da China S.A.* (e-STJ, fls. 991/1.012). Essa irresignação não foi admitida na origem (e-STJ, fls. 1.569/1.590), mas, em sede de agravo, foi parcialmente acolhida para se restringir a validade da cláusula inquinada aos credores que, com ela, houvessem expressamente anuído (e-STJ, fls. 2.136/2.142). Os embargos de declaração opostos, contra referida decisão monocrática foram acolhidos com efeitos infringentes para não conhecer o recurso especial tendo em vista a ocorrência de preclusão (e-STJ, fls. 2.284/2.289).

O segundo recurso especial foi interposto pelo *China Construction Bank*. Nele também se alegou que a suspensão das garantias prevista na cláusula 9.2.1 do Plano de Recuperação Judicial ofenderia os arts. 49 e 59 da Lei n. 11.101/05 (e-STJ, fls. 919/950). Essa irresignação também teve passagem barrada na origem (e-STJ, fls. 1.569/1.590) e o agravo que se seguiu, da mesma forma que o outro, foi igualmente provido para restringir a validade da cláusula aos credores que houvessem expressamente anuído com o Plano de Recuperação judicial (e-STJ, fls. 2.143/2.149). Os aclaratórios opostos na sequência foram rejeitados (e-STJ, fls. 2.290/2.300) e o agravo interno apresentado deu margem à reconsideração da decisão para inclusão do feito em pauta de julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro (Relator): Nas razões do recurso especial, *China Construction Bank* alegou que o TJRS, ao reputar válida a cláusula 9.2.1 do Plano de Recuperação Judicial que suspendia temporariamente a exigibilidade das garantias prestadas, teria violado os arts. 49, § 1º, e 59, *caput*, da Lei n. 11.101/2005 e também divergido da conclusão fixada em julgados desta Corte Superior, apontados como paradigmas.

Em contrarrazões *Engevix* e outros alegaram que (1) a pretensão recursal encontraria óbice nas Súmulas n. 5, 7 e 83 do STJ e 283 do STF, não tendo sido realizado, ademais, o cotejo analítico necessário para a demonstração da divergência jurisprudencial; (2) a própria instituição bancária recorrente seria prejudicada com o provimento do recurso, pois isso afetaria negativamente o processo de recuperação judicial, uma vez que os coobrigados, eventualmente demandados em juízo, poderiam demandar em regresso contra a empresa recuperanda; (3) existe acordo de Leniência estipulando o ressarcimento de cofres públicos, cujo cumprimento depende da manutenção do que pactuado

no Plano de Recuperação Judicial; (4) o Plano já está sendo implementado há mais de dois anos, de modo que, pela teoria do fato consumado, não caberia sua modificação; e (5) a suspensão das garantias prestadas por coobrigados seria perfeitamente lícita.

Preliminares de não conhecimento do recurso especial

Em contrarrazões de recurso especial, *Engevix* e outros alegaram que a irresignação deduzida em juízo encontraria óbice nas Súmulas n. 5, 7 e 83 do STJ, e 283 do STF, não tendo sido realizado, ademais, o cotejo analítico necessário para a demonstração da divergência pretoriana.

Com relação às Súmulas n. 5 e 7 do STJ, não se justifica sua aplicação, porque a pretensão recursal não demanda o revolvimento de fatos ou a interpretação de cláusulas contratuais.

A cláusula n. 9.2.1 o Plano de Recuperação Judicial foi devidamente transcrita pelo acórdão recorrido e não há nenhuma divergência acerca do seu conteúdo, sendo necessário decidir apenas se ela conflita ou não com os arts. 49, § 1º, e 59, *caput*, da Lei n. 11.101/2005, o que constitui matéria eminentemente jurídica, e não fática.

Com relação à Súmula n. 83 do STJ, cumpre destacar que, em rigor sua aplicação não interdita o conhecimento do recurso especial, conduzindo, isto sim, ao seu desprovimento. A compatibilidade entre o acórdão recorrido e a orientação jurisprudencial do STJ constitui matéria afeta ao próprio mérito da irresignação e, por isso, será analisada oportunamente, de forma conjunta com o argumento principal do recurso especial.

No que tange à Súmula n. 283 do STF, observa-se que todos os fundamentos do acórdão estadual foram suficientemente impugnados pela indicação de ofensa aos arts. 49, § 1º, e 59, *caput*, da Lei n. 11.101/2005.

Engevix e outros, também alegaram que o *China Construction Bank* não teria interesse em recorrer, porque o provimento da irresignação afetaria negativamente o processo de recuperação judicial prejudicando-a, uma vez que os coobrigados poderiam ser demandados em juízo e, nesses termos, poderiam agir de regresso contra a recuperanda.

Constitui, todavia, prerrogativa do próprio *China Construction Bank* avaliar se a interposição do recurso especial é conveniente e oportuna.

Não há como afirmar, de antemão, que ele carece de interesse recursal porque eventual provimento do recurso se lhe apresenta desfavorável. Muito

pelo contrário o provimento jurisdicional perseguido no apelo nobre pode, aparentemente, colocar aquela instituição financeira em posição jurídica mais favorável, porquanto lhe restabelecerá a possibilidade de demandar contra os coobrigados mesmo durante o cumprimento das obrigações avençadas no Plano de Recuperação Judicial.

Suspensão da exigibilidade das garantias

A questão central posta nos autos diz respeito a validade da Cláusula n. 9.2.1 do Plano de Recuperação Judicial da *Engevix*, que, segundo registrado pelo próprio acórdão recorrido, teria contemplado a suspensão (e não supressão) das garantias prestadas nos seguintes termos:

9.2.1 Garantias, coobrigados e garantidores. Com a homologação judicial do plano, com exceção das garantias estabelecidas para as debêntures, as demais serão mantidas e sua exigibilidade será suspensa. Serão igualmente suspensas (i) a exigibilidade dos créditos contra coobrigados, garantidores, avalistas e fiadores; (ii) as eventuais demandas em curso; e (iii) o prazo prescricional relativo às demandas (não ajuizadas ou em curso), até retomada da exigibilidade ou extinção na forma da Cláusula 9.2.1.1. Se houver descumprimento do plano e/ou vencimento e/ou inadimplemento de obrigações pecuniárias relacionadas aos créditos, os créditos e garantias mencionadas na presente cláusula poderão voltar a ser exigidos (e-STJ, fl. 525).

O TJRS, num primeiro momento, afirmou que referida cláusula não seria válida, porque contrária ao entendimento que inspirou a edição da Súmula n. 581 do STJ.

No julgamento dos embargos de declaração, todavia, a corte gaúcha reverteu essa conclusão, consignando que a cláusula de suspensão das garantias inserta no plano de recuperação seria válida e eficaz inclusive aos credores dissidentes. Asseverou, em síntese, que enquanto não fossem descumpridas as obrigações assumidas no Plano de Recuperação Judicial, não se justificaria o acionamento dos coobrigados para realização do crédito.

Confira-se, a propósito, a seguinte passagem do acórdão recorrido:

As garantias decorrentes das obrigações originárias, por seu turno, compreendidas como obrigações acessórias, seguem a mesma orientação, pois, diferentemente do caso objeto do recurso especial repetitivo, tais não foram objeto de supressão, mas, como já dito, apenas de suspensão, hipótese que autoriza a conclusão de que, não implementadas as condições resolutivas firmadas no plano, serão reconstituídas as garantias dos credores.

Sob a mesma perspectiva deve ser feita a análise da previsão de suspensão da exigibilidade dos créditos contra coobrigados, garantidores, avalistas e fiadores, das demandas em curso e do prazo prescricional relativos às demandas, até porque não haveria lógica em novar do crédito e, ao mesmo tempo, permitir pagamento dúplice (na forma do plano e mediante excussão individual das garantias), circunstância que, inclusive, poderia gerar eventual ação de regresso por parte dos garantidores em face das devedoras, em clara ofensa à sistemática objetivada pela recuperação judicial. (e-STJ, fl. 886).

Nos termos da Súmula n. 581 do STJ, aprovada pela Segunda Seção aos 14/9/2016, *A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das ações e execuções ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória.*

Dentre os julgados que deram origem à Súmula, destaca-se precedente da própria Segunda Seção, firmado em sede de recurso especial repetitivo, assim resumido:

Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC e Resolução STJ n. 8/2008. Direito Empresarial e Civil. Recuperação judicial. Processamento e concessão. Garantias prestadas por terceiros. Manutenção. Suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra devedores solidários e coobrigados em geral. Impossibilidade. Interpretação dos arts. 6º, *caput*, 49, § 1º, 52, inciso III, e 59, *caput*, da Lei n. 11.101/2005.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: “A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, *caput*, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, *caput*, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei n. 11.101/2005”.

2. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.333.349/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 26/11/2014, DJe de 2/2/2015.)

Ainda que se tenha forma precedente qualificado e editado a Súmula 581 do STJ, a questão não ficou definitivamente resolvida. Começaram a aportar nesta Corte Superior processos que discutiam não a possibilidade de prosseguimento de execuções intentadas contra os coobrigados, mas a validade de cláusulas insertas no próprio Plano de Recuperação que suprimiram ou restringiam as garantias prestadas em favor da sociedade recuperanda e assim, por tabela, inviabilizavam o prosseguimento dessas execuções intentadas contra os garantes.

Não se tratava mais de discutir o efeito da novação operada pela aprovação do Plano, mas sim a extensão dos poderes conferidos à Assembleia de Credores. Importava saber se o devedor, associado à maioria dos credores, poderia, mediante cláusula expressa, inserida no Plano de Recuperação Judicial, alcançar um resultado que não decorria automaticamente da lei.

A Terceira Turma entendeu, inicialmente, que a Assembleia Geral de Credores poderia suprimir as garantias reais e fidejussórias prestadas por disposição oponível até mesmo aos credores refratários.

A propósito:

Recurso especial. Controle judicial de legalidade do plano de recuperação judicial aprovado pela Assembleia Geral de Credores. Possibilidade, em tese. Previsão de supressão das garantias fidejussórias e reais no plano de recuperação judicial devidamente aprovado pela Assembleia Geral de Credores. Vinculação, por conseguinte, da devedora e de todos os credores, indistintamente. Recurso especial provido.

[...]

3. Inadequado, pois, restringir a supressão das garantias reais e fidejussórias, tal como previsto no plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia geral, somente aos credores que tenham votado favoravelmente nesse sentido, conferindo tratamento diferenciado aos demais credores da mesma classe, em manifesta contrariedade à deliberação majoritária. 3.1 Por ocasião da deliberação do plano de recuperação apresentado, credores, representados por sua respectiva classe, e devedora procedem às tratativas negociais destinadas a adequar os interesses contrapostos, bem avaliando em que extensão de esforços e renúncias estariam dispostos a suportar, no intento de reduzir os prejuízos que se avizinham (sob a perspectiva dos credores), bem como de permitir a reestruturação da empresa em crise (sob o enfoque da devedora). E, de modo a permitir que os credores ostentem adequada representação, seja para instauração da assembléia geral, seja para a aprovação do plano de recuperação judicial, a lei de regência estabelece, nos arts. 37 e 45, o respectivo *quorum mínimo*.

(REsp 1.532.943/MT, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 13/9/2016, DJe 10/10/2016 – sem destaque no original)

Posteriormente, no entanto, a Segunda Seção, abraçando entendimento contrário que já prevalecia na Quarta Turma, sedimentou que a cláusula prevista no plano de soerguimento que suprimisse garantias prestadas em favor da recuperanda somente seria oponível aos credores que expressamente que houvessem votado pela aprovação do Plano.

Referido acórdão, nascido curiosamente a partir de um recurso especial interposto pelo mesmo *China Construction Bank* que figura no presente feito como recorrente, ficou assim ementado:

Recurso especial. Direito Empresarial. Recuperação judicial. Plano de recuperação. Novação. Extensão. Coobrigados. Impossibilidade. Garantias. Supressão ou substituição. Consentimento. Credor titular. Necessidade.

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

2. Cinge-se a controvérsia a definir se a cláusula do plano de recuperação judicial que prevê a supressão das garantias reais e fidejussórias pode atingir os credores que não manifestaram sua expressa concordância com a aprovação do plano.

3. A cláusula que estende a novação aos coobrigados é legítima e oponível apenas aos credores que aprovaram o plano de recuperação sem nenhuma ressalva, não sendo eficaz em relação aos credores ausentes da assembleia geral, aos que abstiveram-se de votar ou se posicionaram contra tal disposição.

4. A anuência do titular da garantia real é indispensável na hipótese em que o plano de recuperação judicial prevê a sua supressão ou substituição.

5. Recurso especial interposto Tonon Bionergia S.A., Tonon Holding S.A. e Tonon Luxemborg S.A. não provido. Agravo em recurso especial interposto por *CCB Brasil* - China Construction Bank (Brasil) Banco Múltiplo não conhecido.

(REsp n. 1.794.209/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 12/5/2021, DJe de 29/6/2021 sem destaque no original)

Discute-se agora uma outra questão, também associada a essa mesma temática. Apresenta-se a julgamento uma outra situação semelhante, mas não completamente análoga - a validade da cláusula contratual que prevê, simplesmente, a suspensão das garantias prestadas.

Como se sabe, a aprovação do plano opera a novação dos créditos e a decisão homologatória constitui, ela própria, novo título executivo judicial, nos termos do que dispõe o art. 59, *caput* e § 1º, da Lei n. 11.101/2005, *verbis*.

Art. 59. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei.

§ 1º A decisão judicial que conceder a recuperação judicial constituirá título executivo judicial, nos termos do art. 584, inciso III, do caput da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil

Não se cogita, porém, e é precisamente esse o cerne da Súmula n. 581 do STJ, de extinção das execuções contra os coobrigados porque no micro sistema da Lei n. 11.101/05, a novação da dívida principal não acarreta a extinção das garantias prestadas, como previsto nos arts. 364 e 365 do CC/02.

Art. 364. A novação extingue os acessórios e garantias da dívida, sempre que não houver estipulação em contrário. Não aproveitará, contudo, ao credor ressalvar o penhor, a hipoteca ou a anticrese, se os bens dados em garantia pertencerem a terceiro que não foi parte na novação.

Art. 365. Operada a novação entre o credor e um dos devedores solidários, somente sobre os bens do que contrair a nova obrigação subsistem as preferências e garantias do crédito novado. Os outros devedores solidários ficam por esse fato exonerados.

Tampouco se discute no presente feito se a Assembleia Geral de Credores pode, com base no art. 49, § 2º, da Lei n. 11.101/2005, suprimir as garantias prestadas por terceiros em favor da recuperanda. Isso, como visto, já foi definido no REsp n. 1.794.209/SP.

No caso dos autos controverte-se sobre a possibilidade de o Plano de Recuperação Judicial suspender (e não suprimir) a exigibilidade das garantias prestadas até o cumprimento das obrigações pactuadas.

Essa circunstância, com efeito, inviabiliza a aplicação dos mesmos fundamentos invocados para o julgamento do já mencionado REsp n. 1.794.209/SP.

Não se justifica, por exemplo, a invocação do art. 50, § 1º, da Lei n. 11.101/05, destacado pelo Relator daquele feito, o Ministro *Villas Boas Cueva*, segundo o qual *na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia*. Tampouco se poderá argumentar, por exemplo, que a supressão das garantias interfere na ordem de classificação dos créditos, segundo o privilégio específico de cada garantia.

Com efeito, a suspensão temporária da exigibilidade das garantias prestadas nem encontra obstáculo direito na dicção do art. 50, § 1º, da Lei n. 11.101/05 nem sequer tumultua a classificação dos créditos na hipótese de convação em falência.

Vale lembrar que, nos termos da Cláusula n. 9.2.1, aprovada pela Assembleia Geral de Credores, *Se houver descumprimento do plano e/ou vencimento*

e/ou inadimplemento de obrigações pecuniárias relacionadas aos créditos, os créditos e garantias mencionadas na presente cláusula poderão voltar a ser exigidos.

Essa disposição contratual, longe de ofender o sistema da Lei n. 11.101/05, apresenta-se absolutamente compatível com as normas de regência.

Não obstante a novação da dívida operada pelo Plano de Recuperação Judicial seja incapaz de extinguir as garantias prestadas na forma dos arts. 364 e 365 do CC/02, parece equivocado afirmar que, a partir dela, as obrigações acessórias impostas ao avalista, fiador e demais obrigados, assumam nova cidadania jurídica e passem a desfrutar de autonomia em relação às obrigações ditas principais.

De forma mais clara, as garantias titularizadas pelos credores da empresa recuperanda, pelo princípio da gravitação jurídica, continuam a ostentar a qualidade acessória que sempre tiveram, mesmo após novada a obrigação principal pela aprovação do Plano de Recuperação Judicial.

Isso significa que, enquanto não verificado o inadimplemento da dívida principal (novada) não se justifica o acionamento da garantia prestada. É exatamente isso o que prevê a Cláusula n. 9.2.1 antes referida.

Nos termos do art. 49, § 1º, da LRF

§ 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

MARLON TOMAZZETTE, comentando esse dispositivo legal explica que os credores podem prosseguir nas execuções já intentadas, mas não afirma que eles podem iniciar novas execuções sem que tenham sido inadimplidas as obrigações assumidas no Plano.

(...) O devido processo legal e o também autônomo direito fundamental à razoável duração do processo, para além das especificidades próprias das normas regras dos artigos 49, § 1º, e do art. 59, caput, da Lei n. n. 11.101/2005, asseguram ao Jurisdicionado credor de título executivo com garantia fidejussória (p. ex.: aval, fiança, entre outros) *prosseguir na execução* em face dos coobrigados para a satisfação integral do crédito, cabendo a este eventual direito de regresso em face da Recuperanda nos limites do plano aprovado (A recuperação judicial e a extensão da novação aos coobrigados. Revista de Direito Empresarial, ano 18, n. 1, janeiro/abril de 2021 - sem destaque no original)

Não parece mesmo razoável admitir que o detentor da garantia possa exigí-la judicialmente sem que a obrigação principal, novada pelo Plano de

Recuperação Judicial, tenha sido ao menos descumprida, como se verifica na hipótese. Referida conclusão ainda mais se impõe quando a maioria dos credores, reunidos em assembleia, expressamente concordaram que isso não deve acontecer a bem do soerguimento da empresa.

A Terceira Turma desta Corte Superior já adotou entendimento contrário no julgamento do AgInt no REsp n. 1.864.112/PR (Relator o Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, DJe de 23/2/2022), mas, em momento mais recente, perfilhou a mesma orientação ora propugnada em acórdão de minha relatoria assim ementado:

Processo Civil. Direito Empresarial. Agravo interno nos embargos de declaração no recurso especial. Recurso manejado sob a égide do NCPC. Ação de execução de título executivo extrajudicial. Deferimento do procedimento especial. Ações ajuizadas contra a sociedade recuperanda e terceiros garantidores das dívidas por ela contraídas. Súmula n. 581 do STJ. Disposições inseridas expressamente no Plano de Recuperação Judicial suspendendo as garantias reais e fidejussórias oferecidas pelos coobrigados. Incidência. Súmulas n. 5 e 7 do STJ. Agravo interno negado provimento.

1. Aplica-se o NCPC a este julgamento 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. A Segunda Seção desta Corte, ao analisar o referido tema, decidiu no sentido de que a cláusula que estende a novação aos coobrigados é legítima e oponível apenas aos credores que aprovaram o plano de recuperação sem nenhuma ressalva, não sendo eficaz em relação aos credores ausentes da assembleia geral, aos que abstiveram-se de votar ou se posicionaram contra tal disposição (REsp 1.794.209/SP, Rel. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, Segunda Seção, julgado em 12/5/2021, DJe 29/6/2021).

3. Neste caso, trata-se apenas de suspensão da garantia real no procedimento de execução, que, por sua própria natureza, é precária e provisória, podendo ser revista caso se declare a falência da empresa em recuperação judicial, ou caso não cumpra o Plano de Recuperação Judicial.

4. Recurso especial cuja pretensão demanda reexame de cláusulas contratuais e matéria fática da lide, o que encontra óbice nas Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

5. Agravo interno não provido.

(AgInt nos EDcl no REsp n. 1.893.233/PR, de minha relatoria, Terceira Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 24/11/2022.)

Sob outra perspectiva, é preciso registrar que Plano de Recuperação Judicial do Grupo Ecovix foi aprovado pela Assembleia Geral de Credores aos 26/6/2018 e homologado aos 17/8/2018.

Assim, desde 2018 as medidas pactuadas estão em pleno andamento e, por certo, poderiam se frustrar caso verificada uma modificação tão drástica das condições inicialmente estipuladas.

De fato, a questão referente aos efeitos dos recursos interpostos contra a decisão que homologa o plano de recuperação judicial sempre causou grande preocupação justamente porque, interferindo na segurança jurídica dos atores envolvidos, pode mesmo dificultar ou até inviabilizar a recuperação econômica da empresa.

EDUARDO SECCHI MUNHOZ, a propósito, leciona:

Se o julgamento do recurso, passados meses ou anos, puder levar à superveniente anulação de negócios jurídicos implementados sob a proteção da decisão judicial recorrida, as partes envolvidas não terão a segurança necessária para efetivá-los.

Por outro lado, o tempo necessário para o julgamento dos recursos, até o trânsito em julgado da decisão, por envolver em geral muitos anos, não é compatível com o necessário para a recuperação da empresa. É mesmo evidente que a implementação de um financiamento DIP, ou das operações previstas no plano, não podem aguardar anos até que a decisão judicial que as homologou transite em julgado, sob pena de inviabilizar-se a recuperação.

[...]

Diante desse quadro, é de se concluir que a interpretação sistemática e teleológica da LREF, pautada pelo princípio da preservação da empresa, conduz à conclusão de que recursos interpostos contra decisão judicial que venha a homologar o plano de recuperação (ou que venha a autorizar a alienação ou oneração de bens do ativo permanente) após a consumação substancial dos negócios correspondentes, desde que observadas determinadas circunstâncias, ficam obstados de anular os atos praticados anteriormente de forma válida, ou de determinar a volta das partes ao status quo ante.

(*Mootness doctrine* e o Direito Brasileiro. Preservação dos Atos Validamente Implementados no Âmbito da Recuperação Judicial. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.). 10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 115-121)

Bem por isso, esta Corte Superior já aplicou, em mais de uma oportunidade, a teoria do fato consumado para indeferir recursos apresentados com o objetivo

de modificar as condições avençadas em planos de recuperação judicial homologados já há bastante tempo.

Nesse sentido:

Agravo interno. Recurso especial. Direito Empresarial e Processual Civil. CPC/1973. Recuperação judicial. Criação de sociedade de credores. Sociedade de economia mista na qualidade de credora. Necessidade de autorização legislativa. Art. 37, inciso XX, da CF. Discriminação a credores. Não ocorrência. Sociedade de credores constituída. Efetivo cumprimento do plano de recuperação judicial. Ausência de prejuízo ao banco. Decurso de mais de 5 anos. Teoria do fato consumado.

1. Controvérsia acerca da existência de discriminação a credores em função da necessidade de autorização legislativa para que o recorrente Banco do Brasil S/A venha a integrar uma sociedade de credores.

2. Nos termos do art. 37, inciso XX, da CF “depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada”

3. Inexistência de vedação absoluta à participação do Banco do Brasil S/A em empresa privada.

4. Existência de opção pelo recebimento do crédito em dinheiro, de forma parcelada, para os credores que não aderirem à sociedade de credores, com o deságio aprovado em assembleia.

5. Efetivo cumprimento do plano de recuperação, conforme fato incontroverso nos autos.

6. Transcurso de mais de cinco anos da data de homologação do plano de recuperação.

7. Ausência de comprovação de efetivo prejuízo ao banco.

8. Aplicação da teoria do fato consumado. Julgados desta Corte Superior.

9. *Agravo interno desprovido.*

(AgInt no REsp n. 1.537.213/GO, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 26/3/2019, DJe de 2/4/2019.)

Recurso especial. Recuperação judicial. Requisitos do art. 51 da Lei 11.102/05. Condições da ação. Preclusão. Inexistência. Qualificação da pessoa jurídica. Súmula 07/STJ. Princípio da unicidade do Ministério Público. Aplicação da teoria do fato consumado.

1. As condições da ação constituem matéria de ordem pública e, portanto, passíveis de reconhecimento em qualquer fase do processo.

2. Alterar o entendimento do Tribunal de origem no que concerne ao status da pessoa jurídica é providência que refoge ao âmbito do recurso especial, face a necessidade de incursão no conjunto probatório que encerra.

3. O Ministério Público goza de prerrogativas funcionais e institucionais constitucionalmente previstas, dentre as quais a de atuar de forma independente, desde que legalmente amparado e fundamentadamente.

4. Aplicação da teoria do fato consumado à espécie.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

(REsp n. 1.004.910/RJ, relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 18/3/2008, DJe de 4/8/2008.)

Registro, finalmente, que a questão relativa ao Acordo de Leniência suscitada em contrarrazões de recurso especial não pode ser levada em consideração no julgamento do presente feito porque não foi prequestionada na origem e, sobretudo, porque demanda percuciente análise de fatos e provas, atraindo, assim, a incidência das Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

Nessas condições, pelo meu voto, *nego provimento* ao recurso especial.

VOTO-VISTA VENCEDOR

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Pedi vista dos autos para melhor compreensão da controvérsia.

Trata-se de recurso especial interposto por *China Construction Bank (Brasil) Banco Múltiplo S.A.* (fls. 919/950, e-STJ), com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul prolatado no julgamento de agravo de instrumento interposto contra decisão que homologou o plano de recuperação judicial das recorridas.

Colhe-se dos autos que o plano de recuperação judicial foi aprovado em primeiro grau com a adequação das cláusulas 7.8, que tratava da livre alienação de bens, e 10.9, que condicionava o encerramento da recuperação à alienação de UPI.

Contra essa decisão, o China Construction Bank interpôs agravo de instrumento apontando a nulidade da cláusula que prevê a suspensão das ações e execuções contra os devedores coobrigados. O recurso foi provido (fls. 522/534, e-STJ), no entanto, na sequência, os embargos de declaração foram acolhidos com efeitos infringentes para negar provimento ao agravo, considerando a cláusula válida e eficaz, obrigando a todos os credores.

O aresto exarado na oportunidade recebeu a seguinte ementa:

Embargos de declaração em agravo de instrumento. Recuperação judicial. Grupo econômico. Homologação do plano de recuperação. Suspensão de garantias reais e fidejussórias, da exigibilidade dos créditos contra coobrigados, garantidores, avalistas e fiadores, das demandas em curso e do prazo prescricional. Possibilidade, desde que presente aprovação em Assembleia Geral de Credores. Súmula 581/STJ e REsp 1.333.349/SP, afetado ao rito do art. 543-C do CPC/73, relativizados. Aplicação do *distinguishing*. Distinção entre o objeto dos precedentes e a discussão deste instrumento. Legalidade da Cláusula 9.2.1, pois redigida consoante previsão dos arts. 49, § 1º, 50, § 1º, e 59, *caput*, da Lei 11.101/05.

1. Ao apreciar o REsp 1.333.349/SP, afetado ao rito do art. 543-C do CPC/73, bem como os recursos especiais que motivaram a edição da Súmula 581/STJ, verifica-se, de fato, que o debate jurídico objeto do repetitivo não versa sobre a suspensão das garantias reais e fidejussórias, mas, em verdade, sobre a hipótese de supressão das garantias reais e fidejussórias, no qual restou assentado que “a recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, *caput*, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, *caput*, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei n. 11.101/2005”.

2. Os precedentes não analisam a circunstância de que a suspensão das garantias reais e fidejussórias, da exigibilidade dos créditos contra coobrigados, garantidores, avalistas e fiadores, assim como a suspensão das demandas, teriam constado do plano de recuperação judicial, com posterior aprovação pela Assembleia Geral de Credores mediante cumprimento dos requisitos do art. 45 da Lei 11.101/05, reforçando a distinção dos casos em discussão.

3. A conferir coerência à distintividade casuística acima delineada, registra-se a afetação do REsp 1.797.924/MT ao rito dos recursos repetitivos, em 10 de outubro de 2019, julgamento iniciado pela Segunda Seção, no qual se verifica, a partir do voto proferido pela Ministra Nancy Andrighi, que o objeto do recurso (tema afetado) é, justamente, a possibilidade (ou não) de prosseguimento de ações e execuções ajuizadas contra terceiros devedores solidários quando a supressão ou suspensão das garantias prestadas constam no plano de recuperação judicial.

4. À vista disso, por decorrência lógica da aplicação da técnica do “*distinguishing*”, introduzida em nosso ordenamento processual quando da reforma do Código de Processo Civil em 2015, art. 489, § 1º, VI, levando em consideração, ainda, o Enunciado 306 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, deve ser relativizada a aplicação do precedente vinculante, assim como da Súmula 581/STJ, porquanto demonstrado que a situação fático-jurídica examinada em ambos não se amolda à hipótese apreciada neste instrumento, evitando-se, assim, a criação de verdadeira ficção jurídica.

5. Por conseguinte, no caso em tela, inexistente violação dos comandos legais expressos nos arts. 59, *caput*, e 50, § 1º, pois não se está diante da hipótese de

supressão ou extinção das obrigações anteriores em razão da homologação do plano, mantendo-se hígido, portanto, o comando do art. 49, § 1º.

6. O que se apresenta a partir da novação aprovada pela Assembleia Geral de Credores é a implementação de uma condição resolutiva sobre o negócio jurídico originário, negócio que, não obstante a alteração dos termos iniciais, vigorará enquanto não satisfeitas as condições firmadas no plano. Isto é, não satisfeitos os créditos na forma e prazo previstos no plano, as condições originariamente contratadas poderão novamente ser exigidas, conforme constou na própria cláusula, bem como poderão ser reconstituídas conforme expressa determinação do art. 61, 2º, da Lei 11.101/05.

7. As garantias decorrentes das obrigações originárias, por seu turno, compreendidas como obrigações acessórias, seguem a mesma orientação, pois, diferentemente do caso objeto do recurso especial repetitivo, tais não foram objeto de supressão, mas apenas de suspensão, hipótese que autoriza a conclusão de que, não implementadas as condições resolutivas firmadas no plano, serão reconstituídas as garantias dos credores.

8. Sob a mesma perspectiva deve ser feita a análise da previsão de suspensão da exigibilidade dos créditos contra coobrigados, garantidores, avalistas e fiadores, das demandas em curso e do prazo prescricional, até porque não haveria lógica em novar do crédito e, ao mesmo tempo, permitir pagamento dúplice (na forma do plano e mediante excussão individual das garantias), circunstância que, inclusive, poderia gerar eventual ação de regresso por parte dos garantidores em face das devedoras, em clara ofensa à sistemática objetivada pela recuperação judicial.

9. Observado o comando inserto no art. 49, § 2º, da Lei 11.101/05, permissivo legal a possibilitar a deliberação sobre a matéria em análise pela Assembleia Geral de Credores, desenlaça-se que a Cláusula 9.2.1 não se opõe a qualquer disposição da indigitada lei, de sorte que, evidenciada tal assertiva, considerando-se, ainda, a aprovação do plano de recuperação judicial, de forma maciça inclusive, o que implica na vinculação de todos os credores - inclusive aqueles que votaram desfavoravelmente -, resta impossibilitada qualquer ingerência do Judiciário sobre a decisão do credores, sob pena de desbordar o controle de legalidade limitador de sua atuação.

À unanimidade, acolheram os embargos de declaração, atribuindo-lhes efeito infringente (fls. 876/878, e-STJ).

Daí a interposição do presente recurso especial, no qual se aponta violação dos artigos 49, § 1º, e 59, *caput*, da Lei n. 11.101/2005.

Afirma o recorrente que o legislador isentou dos efeitos da recuperação judicial as relações do credor com os garantidores, contra os quais conservam seus direitos intactos, afirmando que a novação não alcança as garantias.

Ressalta que não pode haver negociação *contra legem*, de modo que mesmo a deliberação da maioria dos credores não tem aptidão para convalidar disposições do plano contrárias à lei.

Sustenta que a cláusula que prevê a suspensão das garantias, transcrita em sua integralidade no aresto recorrido, colide frontalmente com os dispositivos apontados como violados, bem como com a orientação adotada por esta Corte acerca do tema.

Aponta a existência de dissídio jurisprudencial. Contrarrazões às fls. 1.106/1.147 (e-STJ).

Levado o feito a julgamento pela egrégia Terceira Turma em 23.5.2023, após a prolação do voto do relator, Ministro Moura Ribeiro, negando provimento ao recurso, pedi vista dos autos e ora apresento meu voto.

É o relatório.

A questão controvertida resume-se a definir se a cláusula 9.2.1. do plano de recuperação judicial, que prevê a suspensão da exigibilidade das garantias, ressalvadas as estabelecidas para debêntures, tem eficácia, obrigando a todos os credores.

No laborioso voto que apresentou a esta Turma julgadora na sessão do dia 23.5.2023, o relator do feito, Ministro Moura Ribeiro, concluiu que *(i)* não incidem óbices sumulares a impedir a análise do recurso; *(ii)* não há como afastar de antemão o interesse na interposição do recurso; *(iii)* a discussão no presente caso, relativa à validade de cláusula que prevê simplesmente a suspensão das garantias, conquanto semelhante, não é a mesma travada no REsp n. 1.794.209/SP; *(iv)* no microsistema da Lei n. 11.101/2005, a novação da dívida principal não acarreta a extinção das garantias prestadas; *(v)* a suspensão temporária da exigibilidade das garantias prestadas não encontra obstáculo na dicção do artigo 50, § 1º, da Lei n. 11.101/2005, nem sequer tumultua a classificação dos créditos na hipótese de convolação da recuperação judicial em falência; *(vi)* a cláusula em debate encontra-se compatível com a Lei n. 11.101/2005; *(vii)* apesar de a novação operada pelo plano de recuperação não extinguir as garantias, elas não assumem “(...) *nova cidadania jurídica e passem a desfrutar de autonomia em relação às obrigações ditas principais*”, continuando a ostentar a qualidade acessória que sempre tiveram, de modo que não podem ser exigidas antes de verificado o inadimplemento da dívida principal; *(viii)* apesar de o artigo 49, § 1º, da LREF dispor que os credores conservam suas garantias, podendo prosseguir com suas

execuções, não afirma que eles podem iniciar novas execuções; *(ix)* não parece razoável admitir que o detentor da garantia possa exigi-la judicialmente sem que a obrigação principal, novada pelo plano de recuperação, tenha sido ao menos descumprida, mormente diante da decisão da maioria dos credores; *(x)* o plano de recuperação judicial das recorridas foi homologado em 17.8.2018, de modo que as medidas pactuadas estão em andamento e eventual modificação das condições pactuadas poderia frustrar o soerguimento das empresas; *(xi)* a teoria do fato consumado deve ser aplicada para indeferir recursos com o objetivo de modificar as condições avençadas em planos de recuperação judicial homologados há bastante tempo e *(xii)* a questão relativa ao acordo de leniência suscitada em contrarrazões não pode ser levada em consideração, seja por falta de prequestionamento, seja por demandar análise de fatos e provas.

Com tais considerações, Sua Excelência votou por negar provimento ao recurso.

Adiro ao bem lançado voto somente no que respeita à não incidência dos óbices sumulares apontados nas contrarrazões ao recurso, pois, como esclareceu o ilustre Relator, a cláusula está transcrita no aresto recorrido, não havendo dúvida acerca do seu conteúdo, cingindo-se a controvérsia a definir se referida cláusula viola ou não os dispositivos da Lei de Recuperação de Empresas e Falência.

Quanto ao mais, peço venia para divergir do eminente Ministro Moura Ribeiro, por entender que a tese acolhida em seu voto altera a forma como o legislador estruturou a Lei de Recuperação de Empresas e Falência.

1. As garantias e o crédito

A Lei n. 11.101/2005 traz como seu princípio vetor a preservação da empresa, reconhecendo sua função social, como fonte produtora, garantidora do emprego e dos interesses dos credores.

Para que a empresa possa satisfazer suas necessidades e objetivos, gerando riqueza, empregando pessoas, atendendo o consumidor, dando lucro aos investidores e recolhendo impostos, precisa de crédito.

A concessão do crédito está diretamente atrelada à análise de risco, e o oferecimento de garantias tende a diminuir o risco e a facilitar a transação. Vale lembrar, no ponto, que qualquer interesse exposto a risco é suscetível de uma garantia.

Assim, a ideia de garantia, como explica Adalberto de Souza Pasqualotto, baseia-se em dois conceitos: o de interesse e o de risco. *A garantia existe quando um interesse legítimo seja passível de diminuição ou perda* (Garantias no Direito das Obrigações: Um ensaio de sistematização).

Para o referido autor, *garantia é a “(...) relação jurídica que tem por objeto a reparação dos eventuais prejuízos a um interesse exposto a risco”*, atribuindo um direito e uma responsabilidade às partes:

(...)

A relação jurídica de garantia é atributiva de um direito expectativo ao sujeito outorgado e de uma responsabilidade ao sujeito outorgante. *O direito expectativo permitirá ao outorgado obter a compensação do que perder se advier a concretização do risco com lesão a seu interesse. A responsabilidade põe o sujeito outorgado em posição passiva, tendo que responder de modo objetivo se o fato previsto acontecer.* (grifou-se)

Em outras palavras, *aquele que recebe a garantia tem a expectativa de que será compensado do que vier a perder, e aquele que a presta tem a responsabilidade de responder no caso de não ser cumprido integralmente o dever de prestação.*

A Lei de Recuperação de Empresas e Falência, ao prever, em seu artigo 50, como meios de recuperação a concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas e vincendas, permitindo, portanto, deságios e dilação de prazos para pagamento, impõe diminuições e perdas aos credores, caracterizando a lesão a seus interesses, o que faz nascer o direito de obter do garante a reparação.

Atento a essa premissa e ao fato de que o microsistema da insolvência se insere no sistema maior do mercado, no qual tanto as empresas saudáveis quanto as insolventes dependem da obtenção de crédito para atuar, o legislador optou por deixar as garantias, propulsoras da concessão de crédito, à margem dos efeitos do plano de recuperação, assegurando que *os efeitos das diminuições/perdas impostas aos credores com garantia fossem suportados pelos garantes: coobrigados e obrigados de regresso*, dispondo no artigo 49, § 1º, da LREF que

(...)

§ 1º Os credores do devedor em recuperação judicial *conservam seus direitos e privilégios* contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso. (grifou-se)

E isso tem sua razão de ser justamente na responsabilidade assumida pelo garante, que se configura tanto no caso de diminuição como de perda da prestação contratada.

A partir dessa opção, e buscando conciliar a preservação das garantias com a concessão de descontos e a dilação de prazos, a Lei n. 11.101/2005, no artigo 59, criou uma diferente espécie de novação: a novação que se opera sem prejuízo das garantias.

2. Da Novação prevista na Lei n. 11.101/2005

A novação, regulada pelos artigos 360 e seguintes do Código Civil, é uma forma de adimplemento e extinção das obrigações. Resta configurada quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior. Como se trata de dívida nova, as garantias e acessórios são extintos (a menos que haja estipulação em sentido contrário), ficando exonerados os devedores solidários.

Já a Lei de Recuperação de Empresas e Falência, ao prever que os titulares do crédito conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso, demonstra que *os garantidores da dívida não são os destinatários da novação operada com o objetivo de reabilitar a empresa, continuando responsáveis pelo pagamento da integralidade da dívida em caso de inadimplemento do devedor.*

Quanto a não serem os devedores solidários ou coobrigados destinatários da novação a que alude a Lei n. 11.101/2005, vale transcrever a tese acolhida no julgamento do REsp n. 1.333.349/SP, sob o rito dos repetitivos:

(...)

A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, caput, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, caput, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei n. 11.101/2005. (grifou-se)

Comentando o artigo 59 da Lei n. 11.101/2005, afirma Marcelo Sacramone:

(...)

Na LREF, a despeito de a concessão da recuperação judicial implicar novação dos créditos ela é *sui generis*. Ela ocorre sem prejuízo das garantias, nem alteração das obrigações em face dos devedores solidários e coobrigados. Nos termos do art. 49, § 1º, ainda que ocorra a novação do crédito, os credores conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados em regresso.

Pelo dispositivo legal, a execução contra esses coobrigados nem sequer é suspensa pela distribuição da recuperação judicial e deverá prosseguir normalmente. *O credor poderá continuar e exigir a satisfação integral de seu crédito em face dos coobrigados ou garantidores, independentemente da concessão da recuperação judicial quanto ao devedor principal.* (pág. 339 - grifou-se)

Em outras palavras, se a novação não altera as obrigações dos devedores solidários e coobrigados, significa que *eles continuam responsáveis por satisfazer a obrigação na forma originalmente contratada*, caso o devedor não o faça.

É oportuno lembrar, no ponto, que o adimplemento se configura quando a obrigação é cumprida nos seus estritos termos. Segundo Nelson e Rosa Nery,

(...)

O adimplemento ou cumprimento da obrigação é expressão que designa o comportamento natural do devedor, *exatamente conforme aquilo a que se obrigou perante o credor.* (Manual de Direito Civil. Obrigações. 1ª ed. em e-book. Revista dos Tribunais, 2014 - grifou-se)

Diante disso, em relação aos garantes (que não estão em recuperação judicial), ainda que haja pagamento parcial em decorrência do plano de recuperação judicial, resta caracterizado, no vencimento, o inadimplemento que autoriza que seja exigida a prestação da garantia, sem que isso interfira no soerguimento da empresa. O garante, é preciso frisar, não está em recuperação judicial.

Transcreve-se, para bem elucidar a questão, trecho do voto do ilustre Ministro Luis Felipe Salomão, no julgamento do já mencionado REsp n. 1.333.349/SP:

(...)

Portanto, muito embora o plano de recuperação judicial opere novação das dívidas a ele submetidas, *as garantias reais ou fidejussórias são preservadas, circunstância que possibilita ao credor exercer seus direitos contra terceiros garantidores* e impõe a manutenção das ações e execuções aforadas em face de fiadores, avalistas ou coobrigados em geral.

Deveras, não haveria lógica no sistema se a conservação dos direitos e privilégios dos credores contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (art. 49, § 1º, da Lei n. 11.101/2005) dissesse respeito apenas ao interregno temporal que medeia o deferimento da recuperação e a aprovação do plano, cessando tais direitos após a concessão definitiva com a decisão judicial. (grifou-se)

Se a aprovação do plano de recuperação judicial e o início dos pagamentos na forma por ele previsto pudesse configurar adimplemento em relação aos

garantes, as execuções em andamento deveriam ser imediatamente suspensas e não seria possível autorizar o credor a prosseguir com o exercício de seus direitos contra os terceiros garantidores.

Com efeito, de acordo com o artigo 49 da Lei n. 11.101/2005, estão sujeitos à recuperação judicial os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. Assim, estarão incluídos na recuperação judicial, créditos vencidos, cujo pagamento já se iniciou, créditos vencidos e inadimplidos, créditos vencidos e parcialmente adimplidos e créditos vincendos.

Nesse contexto, parece dissentir do entendimento acolhido no referido repetitivo a conclusão do ilustre Relator no sentido de que, “(...) *enquanto não verificado o inadimplemento da dívida principal (novada), não se justifica o acionamento da garantia prestada*”.

É que, como já foi dito, *o inadimplemento no que toca aos garantidores ocorre de acordo com a dívida originária e não a partir dos novos parâmetros estabelecidos no plano, justamente porque a novação não lhes atinge*, sob pena de esvaziar-se a previsão legal de que os credores conservam seus direitos e privilégios em relação aos coobrigados e contrariar os diversos julgados desta Corte acerca do tema.

É dizer: o credor somente irá receber de acordo com o plano de recuperação judicial em relação ao devedor em recuperação judicial. No entanto, em relação ao garante, o credor poderá exigir o adimplemento na forma em que originalmente foi contratado, observados eventuais pagamentos. Assim, caso o credor receba o valor na execução, informará o fato ao Juízo da recuperação e vice-versa.

Não se perca de vista que a manutenção das garantias, nos termos expressamente previstos no art. 49, § 1º, da Lei n. 11.101/2005, gera segurança jurídica, considerando-se que o credor, ao conceder crédito, alocou seus riscos a partir da exigência de garantias ao devedor, o que o fez por meio dos coobrigados.

A anuência do credor titular dessas garantias, portanto, é fundamental para que qualquer cláusula do plano que as afaste tenha eficácia.

Caso se adotasse o entendimento de que o credor somente teria suas garantias preservadas se houvesse o descumprimento do plano, seria suficiente o quanto disposto no 61, § 2º, da LREF, que afirma que, decretada a falência, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas. Assim, seria de se questionar o motivo pelo qual a lei, que não tem palavras inúteis, teria se ocupado em trazer os artigos 49, § 1º, 50, § 1º, 59, 69-C, § 1º, e 163, § 4º.

Ademais, seria difícil conceber como se daria a conservação de direitos e privilégios do credor com garantia se o plano pode prever o pagamento da dívida ao longo de vários anos prazo em que a garantia poderia se deteriorar, ou desaparecer.

Vale lembrar que, para aceitar a garantia, o credor analisa, no caso de garantia real, o valor do bem, se há ônus pendentes, qual o seu estado, e, na hipótese de garantia pessoal, o patrimônio do garante, se tem outros bem. Todas essas providências seriam inócuas com a dilação do prazo para a exigência da garantia, não se podendo falar em preservação de direitos e privilégios, conforme estabelece a lei.

3. *A novação e a fiança*

Parte da doutrina defende que a concessão da recuperação judicial teria efeitos diferentes a depender da modalidade da garantia, destacando especialmente a acessoriedade da fiança.

Em regra, partindo-se das lições de Pontes de Miranda, afirma-se que o fiador não assume a dívida de terceiro, fazendo-se devedor da mesma dívida. Na realidade, promete adimplir a dívida pelo devedor. Estar-se-ia, assim, diante de obrigações distintas: a do devedor principal, de pagar a dívida, e a do fiador, de garantir o adimplemento pelo devedor.

Diante disso, defende-se que não seria possível exigir o adimplemento do fiador se o devedor principal está com a exigibilidade de sua obrigação suspensa em virtude da recuperação judicial. Em outras palavras, se o credor não pode cobrar do devedor principal porque ele está em recuperação judicial, essa mesma exceção pode ser utilizada pelo fiador para exonerar-se do pagamento.

Como fundamento para justificar esse entendimento, de que a inexigibilidade da dívida do devedor aproveita ao fiador, menciona-se que, prescrita a ação para demandar o devedor, exonerado está o fiador (art. 204, § 3º, do Código Civil), buscando comprovar a acessoriedade da fiança. Além disso, valendo-se do artigo 837 do Código Civil, quem defende essa linha de pensamento aponta que o fiador pode opor as exceções pessoais do devedor principal.

Para exemplificar referido posicionamento, cita-se a doutrina de Francisco Satiro, que defende que a exigibilidade da fiança depende da exigibilidade da obrigação garantida:

(...)

Mas esse não é o caso das demais garantias pessoais, especialmente a fiança. Fiança é negócio jurídico bilateral por meio do qual o fiador garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor (afiançado), caso este não a cumpra. A obrigação do fiador é “acessória” à obrigação principal do afiançado. Como aponta o corolário lógico da acessoriedade: o acessório segue a sorte do principal. Disso decorre que a existência da fiança depende da existência da obrigação garantida, a invalidade da obrigação garantida afeta a fiança (salvo caso de incapacidade), e *a exigibilidade da fiança depende da exigibilidade da obrigação garantida*. Além disso, o fiador pode exigir que o patrimônio do devedor seja esgotado antes de responder pelo débito, salvo em caso de renúncia ao benefício de ordem.

Aplicar automaticamente à fiança as mesmas soluções atribuídas ao aval é incoerente e, acima de tudo, incorreto. Garantir o direito do credor contra o fiador da devedora em recuperação judicial não significa aplicar-lhe o mesmo tratamento dado ao aval. Quando a Lei n. 11.101 prevê que as garantias “permanecerão” mesmo em caso de suspensão ou novação nada indica que se manterão “nos mesmos parâmetros e condições” originalmente contratado. Quanto ao aval, essa consequência advém não da Lei n. 11.101, mas da natureza cambiária (e autônoma) da obrigação do avalista. Mas fiança não é autônoma, é acessória. Nem se poderia interpretar os dispositivos da Lei n. 11.101 no sentido de, implicitamente, alterar a própria natureza do instituto. Seu caráter acessório permanece, e o que se excepciona é somente a regra segundo a qual a novação da obrigação significa a extinção da garantia.

A fiança, então, não se extingue com o processamento da recuperação judicial ou a homologação do plano (e a novação dela decorrente). Mas, como acessória que é, tem seu conteúdo e exigibilidade vinculados ao conteúdo e exigibilidade da obrigação principal: o fiador continua obrigado na exata medida dos novos termos da obrigação afiançada, retornando aos originais em caso de convalidação da recuperação judicial em falência, nos termos do artigo 61, parágrafo 2º da Lei 11.101. (<https://www.tma-brasil.org/blog-tma-brasil/noticias-em-geral/credor-versus-fiador-na-recuperacao-judicial> - consulta em 30.5.2023 - grifou-se)

No mesmo sentido é a doutrina de Rachel Sztajn:

(...)

O art. 59, que faz remissão ao art. 50, § 1º, reproduz a norma em comento pelo que se deve considerar que interessa saber da possibilidade de exigir ou excluir as garantias relativamente a tais créditos. Mantendo-se alguma coerência entre o sistema jurídico e o objetivo da nova Lei, sugere-se interpretar o parágrafo no sentido de que as garantias, como acessórias, seguem o principal, o crédito. *Em assim sendo, ficam elas subordinadas às mesmas condições que incidam sobre os*

créditos garantidos, ou seja, não podem ser executados de imediato. (Da Recuperação Judicial *in*: SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes [coord]. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, págs. 226 a 229 - grifou-se)

É preciso mencionar também a posição de Eduardo Secchi Munhoz:

(...)

A parte final do “caput” do dispositivo estabelece que a novação decorrente da aprovação do plano de recuperação ocorre sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50. *Uma interpretação possível seria a de que a lei pretendeu ressaltar dos efeitos da novação todas as garantias, permanecendo obrigados perante os credores, por exemplo, os fiadores ou quaisquer terceiros que tenham oferecido bens de sua propriedade em garantia da dívida. Essa, porém, não parece constituir a interpretação adequada da norma, por conflitar com a disciplina da novação, tal como regulada no Código Civil.* (Da Recuperação Judicial *in*: SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes [coord]. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pág. 293 - grifou-se)

Apesar dos abalizados entendimentos citados, essa não parece ser a melhor interpretação da norma.

Vale examinar, em primeiro lugar, o artigo 837 do Código Civil, assim redigido:

Art. 837. O fiador pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais, e as extintivas da obrigação que competem ao devedor principal, se não provierem simplesmente de incapacidade pessoal, salvo o caso do mútuo feito a pessoa menor.

Como se vê da redação do dispositivo, o fiador pode opor exceções que lhe sejam pessoais (próprias) e exceções que caberiam ao devedor principal relativas à extinção da obrigação.

A recuperação judicial é uma exceção de natureza personalíssima. Assim, o fiador que se comprometeu ao pagamento da dívida no lugar do credor não pode apontar uma exceção típica do empresário em recuperação para furtar-se ao pagamento da dívida. A propósito, a clássica lição de Fábio Konder Comparato, ainda na vigência do Decreto-Lei n. 7.661/1945, que também ressaltava a fiança:

(...)

Ora, já o frisamos, a concordata é um dever legal concedido ao empresário comercial em função de suas qualidades e de sua situação pessoal. Todas as condições da ação de concordata, previstas no art. 140 da Lei de Falência, dizem respeito à pessoa do autor ou à sua empresa (...)

Nessas condições, seria absurdo que esse benefício legal, concedido de modo personalíssimo a um comerciante, pudesse aproveitar ao seu fiador como defesa para o não-pagamento da dívida afiançada. Pode-se até dizer que, mesmo inexistente o art. 148 da Lei de Falências, a solução aí estabelecida haveria sempre de ser aplicada, como expressão de um princípio jurídico. (Direito Empresarial: Estudos e Pareceres. Efeitos da concordata preventiva do devedor principal sobre a relação de fiança. São Paulo: Saraiva, 1990, pág. 497 - grifou-se)

Acrescente-se a isso que a novação ocorrida com a recuperação judicial não é fato extintivo da obrigação, como se pode constatar da redação do artigo 61, § 2º, da LREF.

O artigo 838, I, do Código Civil, a seu turno, dispõe que o fiador, ainda que solidário, ficará desobrigado se, sem seu consentimento, o credor conceder moratória ao credor.

Essa regra tem sua razão de ser, visto que, alargado o prazo para pagamento, aumenta-se o risco do fiador com a eventual insolvência do devedor.

Ora, no caso da recuperação judicial, não se pode falar propriamente em concessão de moratória pelo credor. Na realidade, o risco da insolvência já se concretizou, não tendo o devedor condições de pagar a dívida originária, nos exatos termos do risco assumido pelo fiador quando prestou a fiança. Assim, para o garante sobreveio o inadimplemento, motivo pelo qual a dívida poderá ser exigida na data do vencimento, não se podendo falar em agravamento do risco como causa para sua desoneração.

E essa, em larga medida, é a razão de a fiança ser tratada como acessório do principal. O fiador, sopesando os riscos, compromete-se a pagar a dívida pelo devedor principal na forma como contratada originalmente. Assim, se a dívida é novada, nos termos do Código Civil, geralmente com alargamento de prazo e aumento do valor, o fiador não pode ser responsabilizado, pois havia se comprometido em outro cenário. Entretanto, na recuperação judicial, o fiador está sendo exigido exatamente pelo que se obrigou, conforme disposto nos arts. 49, § 1º e 59 da LREF, não havendo razão para, com fundamento na natureza de acessório da fiança, ser exonerado.

Cumpre lembrar, ainda, que o artigo 827 do Código Civil, ao prever a possibilidade de o fiador alegar o benefício de ordem, em seu parágrafo único, estabelece que deve nomear bens do devedor sitos no mesmo município, livres e

desembargados para solver o débito. Porém, em regra, o devedor em recuperação não possui bem livres para a satisfação da dívida singularmente.

A questão, portanto, não é alterar a natureza do instituto, mas desconsiderar a razão de ser das normas para forçar sua incidência em situações díspares.

Entendendo pela possibilidade de o credor exigir a fiança, vale citar a doutrina de Fábio Ulhoa Coelho:

(...)

A recuperação judicial do garantido (avalizado ou afofado) não importa nenhuma consequência relativamente ao direito do credor exercitável contra o garante (avalista ou fiador) Por isso, a recuperação judicial daquele não importa a suspensão da execução contra este. (Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, e-book)

Esclarecem o Ministro Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos:

(...)

Muito embora, portanto, o plano de recuperação judicial opere novação das dívidas a ele submetidas, as garantias reais ou fidejussórias são preservadas, circunstância que possibilita ao credor exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impõe a manutenção das ações e execuções aforadoras em face de fiadores, avalistas ou coobrigados em geral (Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: Teoria e Prática. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pág. 57)

Manoel Justino Bezerra Filho ensina que

(...) O credor com garantia de terceiro (v.g., aval, fiança, etc.), mesmo sujeitando-se aos efeitos da recuperação, pode executar o garantidor. (Lei de Recuperação de Empresas e Falências. Ed. 2022. Editora Revista dos Tribunais, e-book)

Jorge Lobo se manifesta no mesmo sentido:

Manutenção das garantias reais e pessoais: arts. 59 e 49, § 1º. O plano de recuperação, aprovado pela assembleia geral e homologado pelo juízo, altera o objeto da obrigação ou substitui o sujeito passivo ou ambos, *mas, atente-se, não modifica as garantias originais das obrigações novadas, quer as reais, quer as pessoais, que se mantêm íntegras, conforme dispõe o art. 49, § 1º e é reafirmado pelo art. 59 caput* (pág. 156).

Destaca Marcelo Sacramone que

(...)

Os efeitos da recuperação judicial sobre o crédito principal não afetam as obrigações do garantidor, que permanece pessoalmente obrigado à satisfação de sua prestação, por não estar submetido à recuperação judicial. Nem sequer a suspensão das ações e execuções, efeito da decisão de processamento da recuperação judicial (art. 6º), poderá obstar a execução dos coobrigados. (Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, pág. 270)

E prossegue:

(...)

Na LREF, a despeito de a concessão da recuperação judicial implicar novação dos créditos, ela é *sui generis*. Ela corre sem prejuízo das garantias, nem alteração das obrigações em face dos devedores solidários e coobrigados. *Nos termos do art. 49, § 1º, ainda que ocorra a novação do crédito, os credores conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados em regresso.*

Pelo dispositivo legal, a execução contra esses coobrigados nem sequer é suspensa pela distribuição da recuperação judicial e deverá prosseguir normalmente. *O credor poderá continuar e exigir a satisfação integral de seu crédito em face dos coobrigados ou garantidores, independentemente da concessão da recuperação judicial quanto ao devedor principal.* (pág. 339 - grifou-se)

Eis o que ensina Marlon Tomazette:

(...)

Outros autores, a nosso ver com razão, asseveram que não ficam alteradas as garantias, nem reais nem pessoais, prestados pelo devedor ou por terceiros. A ressalva expressa da lei, que menciona “sem prejuízo das garantias,” deixa entrever a intenção do legislador de alterar o regime próprio da novação, mantendo as garantias mesmo dadas por terceiros. *Mesmo as fianças se mantêm*, agora, sem qualquer dúvida, pois o art. 49, § 1º, da Lei n. 11.101/2005 é expresso ao afirmar que os credores conservam seus direitos em face dos fiadores. (Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas. v.3. Editora Saraiva, 2022. *E-book*. ISBN 9786553620698. Disponível em: <https://stj.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620698/>. Acesso em: 31 mai. 2023 - grifou-se)

Afirmam Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli:

(...)

A norma contida no art. 49, § 1º, da LRF vai no mesmo sentido do quanto ocorria no antigo processo de concordata, em que a concordata do devedor principal não aproveitava aos coobrigados com o concordatário (art. 148,

Decreto-Lei 7.661/1945). Acerca dessa norma, disse Pontes de Miranda que os “coobrigados com o concordatário ficam incólumes; os credores podem ir contra eles como se nada houvesse ocorrido. Obrigados solidários, fiadores, donos de bens dados em garantia, obrigados de regresso, coobrigados cambiários e cambiariformes, todos continuam obrigados como estavam antes da concordata”. (A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas. Rio de Janeiro: Forense, 2013, págs. 66/67 - grifou-se)

Gladston Mamede bem explica a questão:

(...) a autonomia das relações jurídicas vinculadas ao crédito sujeito à recuperação judicial, haja vinculação por acessoriedade (como na garantia fidejussória) ou vinculação por colateralidade (como na solidariedade passiva), tem por efeito não beneficiar o terceiro (coobrigado, fiador ou obrigado de regresso) com eventual alteração produzida pelo plano de recuperação judicial aprovado (artigo 58 da Lei 11.101/2005), incluindo redução do valor do crédito ou mudança no modo ou tempo de adimplemento. O credor conservará integral seu direito contra o coobrigado, fiador ou obrigado de regresso, ainda que a concessão da recuperação judicial tenha por efeito novar os créditos em relação ao empresário ou sociedade empresária (artigo 59).

Não há comunicação dos benefícios da decisão concessiva da recuperação judicial da empresa, mesmo – reitero – em face da previsão de novação das relações jurídicas (artigo 59 da Lei 11.101/2005). Os benefícios da decisão concessiva da recuperação judicial da empresa devem ser compreendidos como subjetivos (dizem respeito ao sujeito: a pessoa do empresário ou sociedade empresária) e não como objetivos, já que não dizem respeito à obrigação em si, que se conserva com o contorno original no que se refere a coobrigados, fiadores ou obrigados de regresso. (Direito Empresarial Brasileiro: Falência e Recuperação de Empresas. Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559771707. Disponível em: <https://stj.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771707/>. Acesso em: 31 mai. 2023)

Sérgio Campinho trata do tema da seguinte forma:

(...)

Mas o preceito legal em análise manda preservar as garantias do crédito, que, desse modo, não ficam alteradas pela novação operada. *Por isso é que não desonera os coobrigados com o devedor, nem os fiadores e os responsáveis pela via de regresso (§ 1º do art. 49), salvo se o credor beneficiário da garantia fidejussória concordar com a sua supressão, por se tratar de direito patrimonial e, assim, disponível 197. Da mesma forma, condiciona à expressa aprovação do credor a alienação de bem objeto de garantia real ou a substituição da garantia (§ 1º do art. 50). (Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa. Editora Saraiva, 2022. E-book. Disponível em: <https://stj.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620797/>. Acesso em: 31 mai. 2023 - grifou-se).*

A propósito, a doutrina de Unie Caminha e Sarah Morganna Matos Marinho:

(...)

Fundamental lembrar que *a importância maior da recuperação da empresa é a de manter a cadeia produtiva*, em que também está inserido o credor, numa verdadeira simbiose com o devedor e seus negócios. *A satisfação do crédito pela via dos garantidores se mostra medida adequada para a resolução da crise, pois soluciona o desfalque causado ao credor, mantendo honrada a dívida, além de trazer novo impulso aos demais envolvidos na crise.* (A Novação na Recuperação Judicial: Análise das Peculiaridades da Aplicação do Instituto de Direito Civil ao Direito Falimentar. Disponível em: www.univali.br/periódicos - grifou-se)

No que respeita ao aval, por sua vez, dada a sua autonomia, não há discussão relevante na doutrina acerca de sua exigibilidade mesmo diante da concessão da recuperação judicial.

4. Da cláusula que prevê a suspensão das garantias

A cláusula que prevê a suspensão das garantias busca impedir que os credores exerçam seus direitos e privilégios contra os coobrigados após a aprovação do plano de recuperação judicial, de modo que estende a novação para além das empresas em recuperação, prevendo a suspensão da exigibilidade dos créditos contra os garantes e a suspensão das eventuais demandas em curso.

Para melhor análise, transcreve-se a cláusula como consta do aresto recorrido:

(...)

9.2.1 Garantias, Coobrigados e Garantidores. *Com a Homologação Judicial do Plano, com exceção das garantias estabelecidas para as Debêntures, as demais serão mantidas e a sua exigibilidade será suspensa. Serão igualmente suspensas (i) a exigibilidade dos créditos contra coobrigados, garantidores, avalistas e fiadores; (ii) as eventuais demandas em curso; e (iii) o prazo prescricional relativos às demandas (não ajuizadas ou em curso), até a retomada da exigibilidade ou extinção na forma da Cláusula 9.2.1.1.* Se houver descumprimento do Plano e/ou vencimento e/ou inadimplemento de obrigações pecuniárias relacionadas aos Créditos, os Créditos e garantias mencionados na presente cláusula poderão voltar a ser exigidos (grifou-se).

A Cláusula seguinte, 9.2.1.1., mencionada, dispõe que, com o pagamento dos credores (na forma do plano) ficarão automaticamente resolvidas as garantias, fianças, avais e obrigações solidárias ou subsidiárias.

Logo, a Cláusula 9.2.1. do plano de recuperação das recorridas retira dos credores o direito de exercer as garantias, recebendo o valor total do crédito na forma originalmente contratada. Além disso, no que respeita à fiança, desconsidera que a obrigação não poderia ser alterada, estabelecendo novos prazos para que o fiador permaneça obrigado, sem sua anuência, o que viola a própria razão de ser da acessoriedade.

Em relação ao aval, a seu turno, tal cláusula acaba por suprimir a autonomia que lhe é característica.

Sua eficácia, portanto, exatamente como a egrégia Segunda Seção desta Corte decidiu no julgamento do REsp n. 1.794.209/SP, fica condicionada à aprovação do plano de recuperação judicial sem ressalvas, somente obrigando os credores que com ela concordarem.

Eis a ementa do referido julgado:

Recurso especial. Direito Empresarial. Recuperação judicial. Plano de recuperação. Novação. Extensão. Coobrigados. Impossibilidade. Garantias. Supressão ou substituição. Consentimento. Credor titular. Necessidade.

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

2. Cinge-se a controvérsia a definir se a cláusula do plano de recuperação judicial que prevê a supressão das garantias reais e fidejussórias pode atingir os credores que não manifestaram sua expressa concordância com a aprovação do plano.

3. *A cláusula que estende a novação aos coobrigados é legítima e oponível apenas aos credores que aprovaram o plano de recuperação sem nenhuma ressalva, não sendo eficaz em relação aos credores ausentes da assembleia geral, aos que abstiveram-se de votar ou se posicionaram contra tal disposição.*

4. A anuência do titular da garantia real é indispensável na hipótese em que o plano de recuperação judicial prevê a sua supressão ou substituição.

5. Recurso especial interposto Tonon Bionergia S.A., Tonon Holding S.A. e Tonon Luxemborg S.A. não provido. Agravo em recurso especial interposto por CCB Brasil - China Construction Bank (Brasil) Banco Múltiplo não conhecido.

(REsp 1.794.209/SP, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 12/5/2021, DJe de 29/6/2021 - grifou-se).

Destaca-se do referido julgado o seguinte excerto:

(...)

A princípio, não há falar em nulidade dessas cláusulas, visto não esbarrar em nenhuma das hipóteses estabelecidas no artigo 166 do Código Civil de nulidade do negócio jurídico: (i) ser celebrado por pessoa absolutamente incapaz; (ii) for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; (iii) for o motivo determinante, comum a ambas as partes, ilícito; (iv) não revestir a forma prescrita em lei; (v) for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para sua validade; (vi) tiver por objetivo fraudar lei imperativa, e (vii) ser taxativamente declarado nulo por lei, ou proibir-lhe a prática, sem impor sanção.

As cláusulas também não encontram óbice nas situações de anulabilidade do negócio jurídico elencadas nos artigos 138 e ss. do Código Civil. Trata-se, assim, de negócio jurídico válido, sendo necessário perquirir acerca de sua eficácia, especialmente no que concerne aos credores ausentes e aos presentes na assembleia que não votaram ou votaram contrariamente à aprovação do plano.

A fiança, o aval e o direito de regresso são garantias pessoais, de natureza patrimonial, constituindo-se em direitos disponíveis e, portanto, passíveis de transação entre as partes. Nesse contexto, o credor que compareceu à assembleia e votou favoravelmente ao plano e, portanto, à cláusula extensiva da novação aos coobrigados, renunciou validamente à garantia estipulada em seu favor, daí a eficácia do ato em relação a si.

Contudo, inexistindo manifestação do titular do crédito com inequívoco ânimo de novar em relação às garantias, não se mostra possível afastar a expressa previsão legal de que a novação não se estende aos coobrigados (art. 49, § 1º, da Lei n. 11.101/2005). De fato, nos termos do artigo 361 do Código Civil, a novação não se presume, dependendo da constatação do inequívoco *animus novandi*.

No que respeita ao aval, obrigação autônoma, que independentemente de previsão legal não seria atingida pelos efeitos da recuperação, mais clara fica a impossibilidade de se estender a novação ao titular da garantia que não acordou expressamente com a proposta.

(...)

Não se pode deixar de mencionar que os princípios do devido processo legal e da razoável duração do processo asseguram ao credor de título executivo com garantia fidejussória uma mais rápida satisfação de seu crédito.

(...)

Vale destacar, ainda, que o artigo 49, § 2º, da Lei n. 11.101/2005, ao mencionar que as obrigações observarão as condições originalmente contratadas, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano, está se referindo a obrigações e, em consequência, a deságios, a prazos e encargos e não a garantias. Obrigação é termo que não se confunde com garantia, a qual será regulada pelo § 1º do mesmo dispositivo legal. Assim, o plano pode estabelecer prazos estendidos de pagamento, parcelamento dos créditos, deságios e alterar as taxas de juros, por exemplo, mas não suprimir garantias sem autorização do titular.

Em relação às garantias reais, a lei de regência é clara ao estabelecer, no artigo 50, § 1º, que, “na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia”, portanto, quanto ao ponto, não resta dúvida acerca da imprescindibilidade de anuência do titular da garantia real para a hipótese de sua supressão. Veja que a lei fala em credor titular da garantia para admitir a supressão e não em classe de credores.

É oportuno mencionar que no caso de haver descumprimento do plano após a fase judicial, os créditos não voltam à sua condição inicial, cabendo ao credor executar o plano de recuperação judicial. Desse modo, sobeja interesse aos credores com garantia em manter o status do seu crédito.

(...)

Vale enfatizar que o artigo 50, § 1º, da LREF não tem como objetivo somente garantir a inserção do credor na classe dos credores com direito real no caso de descumprimento do plano e decretação da quebra mas, sim, de manter suas garantias nos termos originariamente contratados para o caso de execução do plano de recuperação judicial ou decretação da falência. Ademais, ainda que os bens gravados possam eventualmente ser vendidos para atender as classes de credores que precedem os credores com garantia real, com a relativização do privilégio, o certo é que o benefício se mantém no caso de haver bens suficientes para o pagamento das classes prioritárias, garantindo o pagamento do credor até o limite do valor de venda, remanescendo, desse modo, o interesse do credor na manutenção de sua garantia.

(...)

É preciso registrar, ainda, que a Lei n. 14.112/2020 não trouxe nenhuma alteração aos artigos 49, §§ 1º e 2º, e 51, § 1º, da Lei n. 11.101/2005. É válido mencionar, também, que no mais das vezes a perda da garantia é imposta somente a alguns credores o que ocasiona, como bem destacou Tribunal de origem, o tratamento desigual entre eles.

(...)

A todo o aqui exposto somam-se as preocupações já externadas no voto-vista proferido no julgamento dos EDcl no REsp n. 1.532.943/MT quanto aos reflexos do presente julgado em relação ao custo do crédito.

Com efeito, é inegável que a segurança jurídica proporcionada pelas garantias em geral tem um grande reflexo no setor econômico do país, visto que o credor, confiante no retorno de seus investimentos, tende a disponibilizar capital mais barato e, como consequência, o número de empréstimos aumenta, atraindo mais investidores.

O cenário de incerteza quanto ao recebimento do crédito em decorrência do enfraquecimento das garantias é desastroso para a economia do país, pois gera o encarecimento e a retração da concessão de crédito, o aumento do

spread bancário, a redução da circulação de riqueza, provoca a desconfiança dos aplicadores de capitais, nacionais e estrangeiros, *além de ser nitidamente conflitante com o espírito da Lei n. 11.101/2005 e com as novas previsões de financiamento trazidas pela Lei n. 14.112/2020.*

(...)

Diante da reconhecida necessidade de entrar dinheiro novo para a sociedade se recuperar, a Lei n. 14.112/2020 introduziu uma nova seção na LRF, denominada “Do Financiamento do Devedor e do Grupo Devedor Durante a Recuperação Judicial”. É o chamado financiamento DIP (Debtor in Possession Financing), o qual objetiva oferecer maior segurança àqueles que decidirem financiar a empresa em recuperação.

Nessa modalidade o juiz pode autorizar que sejam oferecidos bens pertencentes ao ativo não circulante da companhia, assim como bens de terceiros que queiram contribuir, para o financiamento da atividade empresarial (artigo 69-A da Lei n. 11.101/2005).

Além disso, pode ser autorizada a constituição de garantia subordinada, isto é, um ativo que já garante a dívida de um credor poderá ser oferecido novamente como garantia, sem autorização do detentor da garantia original. A dispensa de autorização se justifica porque a garantia subordinada está limitada ao eventual excesso resultante da alienação do ativo objeto da garantia (artigo 69-C, § 1º, da Lei n. 11.101/2005).

Como se observa, o legislador mais uma vez se preocupou em afirmar aos credores que suas garantias estão preservadas, destacando o valor da segurança jurídica para todo o sistema, inclusive para incentivar os tão necessários financiamentos empresariais.

É importante frisar que com a previsão do financiamento DIP fica ainda mais enfraquecida a tese de que é possível impor aos credores com garantia real, sem sua anuência expressa, financiar a atividade da recuperanda.

(...)

Assim, a conclusão que melhor equaciona o binômio “preservação da empresa viável x preservação da atividade econômica com um todo” é a de que a cláusula que estende a novação aos coobrigados seria apenas legítima e oponível aos credores que aprovarem o plano de recuperação sem nenhuma ressalva, não sendo eficaz, portanto, no tocante aos credores que não se fizeram presentes quando da assembleia geral de credores, abstiveram-se de votar ou se posicionaram contra tal disposição, considerando que:

- i) a regra geral da LRF é a de que a novação atinge apenas as obrigações da sociedade em recuperação, com expressa ressalva das garantias concedidas aos credores;
- ii) a extensão da novação aos coobrigados depende de inequívoca manifestação do credor nesse sentido, pois a novação não se presume;

iii) em relação às garantias reais, a lei de regência estabelece expressamente a necessidade de aprovação do credor na hipótese de alienação do objeto da garantia;

iv) a supressão das garantias por votação da maioria enseja o tratamento desigual entre os credores;

v) no caso de declarada a falência, remanesce o interesse do credor com garantia real na manutenção do gravame sobre o bem, e

vi) o legislador previu novas formas de financiar a empresa em crise, não havendo justificativa para a oneração excessiva dos credores com garantia.

Solução em sentido contrário, ou seja, a submissão ao plano de recuperação de credores que votaram contra a cláusula que prevê a exclusão de garantias, importa verdadeira afronta à segurança jurídica e seus consectários, visto que um credor que concede crédito e recebe em troca uma garantia, certamente precisa de segurança mínima de que essa garantia será respeitada, mesmo em caso de recuperação ou falência, na forma como prevista na Lei n. 11.101/2005. (grifou-se)

É oportuno, ainda, fazer duas observações. O plano prevê como um dos meios de soerguimento da empresa a emissão de debêntures. A cláusula objeto da controvérsia excepciona as garantias estabelecidas para as debêntures. E a razão disso está na própria importância das garantias: sem garantia não se consegue obter crédito no mercado.

As recorridas também esclarecem que firmaram acordo de leniência para ressarcir o patrimônio público no montante de R\$ 516.301.313,70 (quinhentos e dezesseis milhões trezentos e um mil trezentos e treze reais e setenta centavos), destacando que a Nova Participações S.A., *holding* do grupo, comparece como devedora solidária, informando que a insuficiência das garantias implicará o vencimento antecipado da integralidade da dívida (fl. 761, e-STJ). Mais uma vez sobrepõem-se os motivos pelos quais é imprescindível manter-se a credibilidade das garantias.

Apesar da alegada imprescindibilidade das garantias fornecidas aos debenturistas e ao Estado, paradoxalmente, as recuperandas pretendem suspender (e até mesmo suprimir) a exigibilidade das garantias anteriormente prestadas a seus credores para poder honrar as atuais, uma delas em decorrência da assunção de responsabilidade por ilícitos previstos na Lei Anticorrupção. De fato, não há como negar que a solidez das garantias é imprescindível para a vida das empresas.

5. Aplicação da teoria do fato consumado

O ilustre Relator, caso superada as demais questões, entende que é o caso de aplicação à hipótese da teoria do fato consumado, pois o plano de recuperação judicial das recorridas foi homologado em 17.8.2018, de modo que as medidas pactuadas estão em andamento e eventual modificação das condições estabelecidas poderia frustrar o soerguimento das empresas.

É de se ver que, em regra, afastadas as condições fixadas no plano de recuperação judicial, o soerguimento da empresa precisará de novos ajustes ou até mesmo será inviável, o que não pode obstar a análise acerca de eventuais ilegalidades ali contidas.

Acrescente-se a isso que a teoria do fato consumado foi aplicada por esta Corte em situações excepcionalíssimas.

No REsp n. 1.004.910/RJ, havia o risco de encerramento das atividades de um hospital, com diversos leitos ocupados, da atividade de um colégio e de um asilo.

Além disso, no AgInt no REsp n. 1.537.213/GO, entendeu-se, prioritariamente, que o recurso estava prejudicado.

Nesse contexto, não resta demonstrada, na hipótese, a situação excepcionalíssima que autorize a aplicação da teoria do fato consumado.

Acrescente-se a isso que a supressão/suspensão das garantias é ineficaz em relação ao credor que com ela não anuiu. Assim, sob essa premissa, nem sequer haveria o que ser mantido.

6. Do dispositivo

Ante o exposto, pedindo vênia ao ilustre Ministro Moura Ribeiro, dele dirijo para dar provimento ao recurso especial, declarando que a eficácia da cláusula do plano que prevê a suspensão das garantias está condicionada à concordância do credor.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Cuida-se, na origem, de agravo de instrumento interposto por China Construction Bank (Brasil) Banco Múltiplo

S.A. contra decisão que homologou o plano de recuperação judicial de Engevix Sistemas de Defesa Ltda. - em recuperação judicial - e outras.

Inicialmente, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul havia dado provimento ao inconformismo para declarar ineficaz a determinação de suspensão da execução das garantias em face dos coobrigados e codevedores prevista na Cláusula 9.2.1 (e-STJ, fls. 522-534).

Contudo, os embargos de declaração opostos ao aludido acórdão foram acolhidos, com efeitos infringentes, para negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos da seguinte ementa (e-STJ, fls. 876-899):

Embargos de declaração em agravo de instrumento. Recuperação judicial. Grupo econômico. Homologação do plano de recuperação. Suspensão de garantias reais e fidejussórias, da exigibilidade dos créditos contra coobrigados, garantidores, avalistas e fiadores, das demandas em curso e do prazo prescricional. Possibilidade, desde que presente aprovação em Assembleia Geral de Credores. Súmula 581/STJ e REsp 1.333.349/SP, afetado ao rito do art. 543-C do CPC/73, relativizados. Aplicação do *distinguishing*. Distinção entre o objeto dos precedentes e a discussão deste instrumento. Legalidade da Cláusula 9.2.1, pois redigida consoante previsão dos arts. 49, § 1º, 50, § 1º, e 59, *caput*, da Lei 11.101/05.

1. Ao apreciar o REsp 1.333.349/SP, afetado ao rito do art. 543-C do CPC/73, bem como os recursos especiais que motivaram a edição da Súmula 581/STJ, verifica-se, de fato, que o debate jurídico objeto do repetitivo não versa sobre a suspensão das garantias reais e fidejussórias, mas, em verdade, sobre a hipótese de supressão das garantias reais e fidejussórias, no qual restou assentado que “a recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, *caput*, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, *caput*, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei n. 11.101/2005”.

2. Os precedentes não analisam a circunstância de que a suspensão das garantias reais e fidejussórias, da exigibilidade dos créditos contra coobrigados, garantidores, avalistas e fiadores, assim como a suspensão das demandas, teriam constado do plano de recuperação judicial, com posterior aprovação pela Assembleia Geral de Credores mediante cumprimento dos requisitos do art. 45 da Lei 11.101/05, reforçando a distinção dos casos em discussão.

3. A conferir coerência à distintividade casuística acima delineada, registra-se a afetação do REsp 1.797.924/MT ao rito dos recursos repetitivos, em 10 de outubro de 2019, julgamento iniciado pela Segunda Seção, no qual se verifica, a partir do voto proferido pela Ministra Nancy Andrighi, que o objeto do recurso (tema

afetado) é, justamente, a possibilidade (ou não) de prosseguimento de ações e execuções ajuizadas contra terceiros devedores solidários quando a supressão ou suspensão das garantias prestadas constam no plano de recuperação judicial.

4. À vista disso, por decorrência lógica da aplicação da técnica do “distinguishing”, introduzida em nosso ordenamento processual quando da reforma do Código de Processo Civil em 2015, art. 489, § 1º, VI, levando em consideração, ainda, o Enunciado 306 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, deve ser relativizada a aplicação do precedente vinculante, assim como da Súmula 581/STJ, porquanto demonstrado que a situação fático-jurídica examinada em ambos não se amolda à hipótese apreciada neste instrumento, evitando-se, assim, a criação de verdadeira ficção jurídica.

5. Por conseguinte, no caso em tela, inexistente violação dos comandos legais expressos nos arts. 59, *caput*, e 50, § 1º, pois não se está diante da hipótese de supressão ou extinção das obrigações anteriores em razão da homologação do plano, mantendo-se hígido, portanto, o comando do art. 49, § 1º.

6. O que se apresenta a partir da novação aprovada pela Assembleia Geral de Credores é a implementação de uma condição resolutiva sobre o negócio jurídico originário, negócio que, não obstante a alteração dos termos iniciais, vigorará enquanto não satisfeitas as condições firmadas no plano. Isto é, não satisfeitos os créditos na forma e prazo previstos no plano, as condições originariamente contratadas poderão novamente ser exigidas, conforme constou na própria cláusula, bem como poderão ser e constituídas conforme expressa determinação do art. 61, 2º, da Lei 11.101/05.

7. As garantias decorrentes das obrigações originárias, por seu turno, compreendidas como obrigações acessórias, seguem a mesma orientação, pois, diferentemente do caso objeto do recurso especial repetitivo, tais não foram objeto de supressão, mas apenas de suspensão, hipótese que autoriza a conclusão de que, não implementadas as condições resolutivas firmadas no plano, serão reconstituídas as garantias dos credores.

8. Sob a mesma perspectiva deve ser feita a análise da previsão de suspensão da exigibilidade dos créditos contra coobrigados, garantidores, avalistas e fiadores, das demandas em curso e do prazo prescricional, até porque não haveria lógica em novar do crédito e, ao mesmo tempo, permitir pagamento dúplice (na forma do plano e mediante excussão individual das garantias), circunstância que, inclusive, poderia gerar eventual ação de regresso por parte dos garantidores em face das devedoras, em clara ofensa à sistemática objetivada pela recuperação judicial.

9. Observado o comando inserto no art. 49, § 2º, da Lei 11.101/05, permissivo legal a possibilitar a deliberação sobre a matéria em análise pela Assembleia Geral de Credores, desenhava-se que a Cláusula 9.2.1 não se opõe a qualquer disposição da indigitada lei, de sorte que, evidenciada tal assertiva, considerando-se, ainda, a aprovação do plano de recuperação judicial, de forma maciça inclusive, o

que implica na vinculação de todos os credores inclusive aqueles que votaram desfavoravelmente -, resta impossibilitada qualquer ingerência do Judiciário sobre a decisão do credores, sob pena de desbordar o controle de legalidade limitador de sua atuação.

À unanimidade, acolheram os embargos de declaração, atribuindo-lhes efeito infringente.

Diante disso, a instituição financeira interpõe o presente recurso especial cuja controvérsia se centra na ofensa aos arts. 49 e 59 da Lei n. 11.101/2005, ao argumento de que a suspensão das garantias prevista na Cláusula 9.2.1 do Plano de Recuperação Judicial não poderia ser estendida aos credores que não anuíram expressamente com a condição.

O relator do recurso excepcional, Min. Moura Ribeiro, encaminhou seu voto no sentido de negar-lhe provimento, pois não seria aplicável o posicionamento sedimentado na Segunda Seção do STJ, o qual prevê que a cláusula que estende a novação aos coobrigados é legítima e oponível apenas aos credores que aprovaram o plano de recuperação sem nenhuma ressalva, não sendo eficaz em relação aos credores ausentes da assembleia geral, aos que abstiveram-se de votar ou se posicionaram contra tal disposição.

O e. Relator destacou que a hipótese em apreço é diversa, pois não se trata de supressão das garantias, mas sim de suspensão das garantias prestadas até o cumprimento das obrigações pactuadas, sem se cogitar a extinção das execuções contra os coobrigados.

Desse modo, consignou que a novação operada pela recuperação judicial é incapaz de extinguir as garantias, mas seria equivocado afirmar que, a partir dela, as obrigações acessórias impostas ao avalista, fiador e demais obrigados, assumam nova natureza jurídica e passem a desfrutar de autonomia em relação às obrigações principais (novadas), sob pena de ofensa ao princípio da gravitação jurídica.

Por conseguinte, não seria razoável admitir que o detentor da garantia possa exigí-la judicialmente sem que a obrigação principal, novada pelo plano de recuperação, tenha sido descumprida.

Por fim, acresceu que o plano de recuperação vem sendo cumprido desde 2018, de modo que a drástica modificação das condições nele estipuladas poderiam frustrar sua execução, o que justificaria a aplicação da teoria do fato consumado, já admitida no âmbito deste Tribunal Superior.

Por sua vez, o Min. Ricardo Villas Bôas Cueva pediu vista dos autos e, abrindo divergência, votou no sentido de dar provimento ao recurso especial

para declarar que a eficácia da cláusula do plano de recuperação que prevê a suspensão das garantias está condicionada à concordância do credor.

Destacou que a novação prevista na Lei n. 11.101/2005 é diversa daquela disposta nos arts. 306 e seguintes do CC, sobretudo porque os garantidores da dívida não são destinatários da novação operada com o objetivo de soerguer a sociedade empresária, continuando responsáveis pelo pagamento da integralidade da dívida em caso de inadimplemento do devedor.

Assim, o legislador optou por deixar as garantias de fora dos efeitos da recuperação judicial, pois são propulsoras da concessão de crédito e asseguram que os efeitos das perdas impostas aos credores com garantia sejam suportados pelos garantidores, isto é, estes continuam responsáveis por satisfazer a obrigação na forma originalmente contratada quando o devedor principal não o faça.

Nesse sentido, ainda que haja pagamento parcial do débito em decorrência do plano de recuperação, estará caracterizado, no vencimento, o inadimplemento que autoriza a execução da garantia, sem que isso interfira na recomposição da empresa.

Portanto, o credor somente irá receber seu crédito de acordo com o plano de recuperação em relação ao devedor principal, mas, em relação ao garante, poderá ser exigido o pagamento nos moldes como originalmente contratado, mediante eventuais compensações, pois, nos termos do art. 49, § 1º, da Lei n. 11.101/2005, essa medida garante segurança jurídica ao credor, que alocou seus riscos a partir da exigência de garantias.

Assim, o Min. Ricardo Villas Bôas Cueva concluiu que, no mesmo sentido do entendimento firmado pela Segunda Seção do STJ no REsp n. 1.794.209/SP para os casos de supressão das garantias, a suspensão destas fica condicionada à aprovação do plano, obrigando tão somente aqueles credores que com ela concordarem expressamente.

Diante dessa divergência, pedi vista dos autos para melhor análise da controvérsia.

Não obstante o voto do eminente Ministro Relator esteja muito bem fundamentado e a despeito da ressalva de entendimento, peço vênias para acompanhar a divergência inaugurada pelo Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, com uma observação.

Conforme acima delineado, a questão principal está em *definir se é possível a imposição da cláusula do plano de recuperação judicial prevendo a suspensão da*

exigibilidade do débito também em relação aos garantantes mesmo em relação àqueles credores que com ela não anuíram expressamente.

Cumprido lembrar que, no julgamento do REsp n. 1.794.209/SP, este signatário ficou vencido ao votar por reconhecer que a cláusula inserta no plano de recuperação judicial, aprovada pela assembleia geral segundo o quórum legal, deve ser observada pela recuperando e por todos os credores da correspondente classe, indistintamente, pois caso a cláusula supressiva fosse considerada contrária ao direito posto, seria inválida para todos os credores, inclusive para aqueles que expressamente consentiram.

Contudo, ressalvando tal posicionamento, curvo-me à corrente prevalecente, a qual fixou a tese de que a cláusula que estende a novação aos coobrigados é legítima e oponível apenas aos credores que aprovaram o plano de recuperação sem nenhuma ressalva, não sendo eficaz em relação aos credores ausentes da assembleia, aos que se abstiveram de votar ou se posicionaram contra a disposição.

Desse modo, crucial destacar, uma vez mais, que *a controvérsia colocada em debate não seria propriamente quanto à validade, em si, da cláusula suspensiva, mas sim quanto aos seus efeitos e a sua extensão.*

Portanto, o objeto do presente recurso está intimamente ligado ao referido precedente da Segunda Seção do STJ, de maneira que, nada obstante o paradigma diga respeito à supressão das garantias, o mesmo entendimento deve ser aplicado ao caso dos autos, que se relaciona à suspensão das garantias prestadas até o cumprimento das obrigações pactuadas, pois os efeitos práticos acabam por serem os mesmos.

Consabido, a novação derivada da aprovação do plano de recuperação judicial é *sui generis* e difere daquela disciplinada pelo Código Civil, não atingindo as garantias prestadas por terceiros.

Assim, apesar de em um primeiro momento soar estranho que a garantia (acessório) poderia continuar sendo cobrada dos coobrigados mesmo que a dívida (principal) tenha sido novada e esteja sendo paga, conforme destacou em seu voto o Min. Moura Ribeiro, não se pode descurar da natureza *sui generis* da novação prevista na legislação especial.

Conforme doutrina especializada, vastamente citada no voto do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, os efeitos da recuperação judicial não afetam as obrigações do garante, permanecendo este pessoalmente obrigado à satisfação da prestação, pois ele não está submetido à recuperação e pode ser executado pelo credor.

Relembre-se que o art. 49, § 1º, da Lei n. 11.101/2005 é expresso ao afirmar que “os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso”, enquanto o art. 50, § 1º, prevê a necessidade de aprovação expressa do credor titular da garantia real para esta seja suprimida ou substituída.

Assim, ainda que o plano de recuperação tenha previsto a suspensão das garantias (e não a sua supressão), não se vislumbra nenhuma diferença prática entre as deliberações, ainda que se verifique uma diferença etimológica entre os termos “suspensão” e “supressão”, como sustentado pelo parecer do professor Manoel de Queiroz Pereira Calças, juntado pelas recuperandas (e-STJ, fls. 2.686-2.750).

É incontroverso que a suspensão implica a descontinuidade de certa coisa por algum tempo para que posteriormente tenha retomado o seu curso, enquanto a supressão importa na abolição de determinado fato, mas, no caso dos autos, os efeitos práticos da suspensão corresponderiam ao da supressão dentro do plano de recuperação judicial, já que a suspensão nele prevista tem como objetivo, ao final, a supressão da garantia.

Veja-se que a Cláusula 9.2.1 do Plano de Recuperação Judicial, aprovado pela Assembleia Geral de Credores, determina a *suspensão da exigibilidade das garantias e dos créditos contra coobrigados, garantidores, avalistas e fiadores, sendo que, na hipótese de adimplemento das condições do plano, as garantias estariam automaticamente resolvidas, enquanto os referidos créditos e garantias poderiam vir a ser exigidos em caso de não cumprimento do plano.*

Ou seja, o que se verifica, em última análise, é que a supressão das garantias, ao invés de se dar já com a aprovação do plano, ocorrerá após o cumprimento do plano, isto é, estarão suspensas somente até que o plano seja cumprido e, caso isso ocorra regularmente, deverão ser extintas conjuntamente com o crédito do devedor principal, configurando uma supressão posterior.

Na verdade, repise-se, a aludida supressão, nos termos em que foi redigida a cláusula objeto do debate, nada mais seria que uma supressão diferida no tempo, na medida em que, em ambas, o resultado prático e final seria idêntico, a impossibilidade de executar a garantia diante dos coobrigados.

Dessa forma, é exatamente por isso que a referida cláusula do plano não pode ser imposta àquele credor que com ela não concordar expressamente, sob pena de ofensa ao art. 50, § 1º, da Lei n. 11.101/2005 e ao entendimento sedimentado na Segunda Seção desta Corte.

No que tange à aplicação da Teoria do Fato Consumado, lembre-se que tal teoria é aplicável somente a casos excepcionais, cuja modificação do plano de recuperação judicial já aprovado e em pleno cumprimento puder causar grande insegurança jurídica aos atores envolvidos, a ponto de dificultar ou inviabilizar o soerguimento da empresa.

No caso vertente, não obstante o plano tenha sido aprovado em 26/6/2018, homologado em 17/8/2018 e, ao menos do que se tem notícia, esteja sendo cumprido pelas recuperandas, a definição quanto à extensão da cláusula de suspensão das garantias em nada afetará as sociedades em recuperação, sobretudo porque se declara a ineficácia da cláusula somente em relação àqueles credores que não concordaram expressamente com a suspensão, mantendo-se em pleno vigor as demais determinações estabelecidas e aprovadas pela Assembleia Geral de Credores.

Ademais, o presente debate afetará única e exclusivamente os garantantes, ou seja, as recuperandas continuarão a cumprir as regras previstas no plano de recuperação, inclusive suspendendo as garantias dos credores aderentes à cláusula, mas os coobrigados poderão ser demandados na via executiva própria de forma que, sem interferirem no soerguimento da empresa, cumpram com suas obrigações.

De outro lado, uma observação deve ser feita quanto ao montante da dívida a ser adimplida pelo garante, pois a questão debatida na origem e devolvida a esta Corte no recurso especial não contempla tal matéria, pois, repita-se, a presente controvérsia é limitada à definição da validade da cláusula que suspende as garantias em relação àqueles credores que com ela não anuíram expressamente.

Relembre-se que, apesar de não ter adotado a teoria da transcendência dos motivos determinantes, o sistema de precedentes inaugurado pelo CPC/2015 destacou a importância da fundamentação nas decisões judiciais, de maneira que fazer a afirmação sobre o montante devido pelo coobrigado, mesmo em *obiter dictum*, acabaria por ensejar, no mínimo, uma expectativa de antecipação do posicionamento deste Colegiado sobre enunciado normativo não colocado em debate neste recurso especial.

Assim, não se mostra prudente afirmar, nesta assentada, que o garante poderá ser demandado pela *integralidade da dívida originária*, descontados eventuais pagamentos, pois a discussão, além de não ter sido prequestionada e nem devolvida ao STJ no recurso especial, deve ser relegada à execução que

porventura venha a ser ajuizada em desfavor do coobrigado, momento em que o tema poderá ser suscitado pelas partes legítimas e debatido com maior profundidade.

Diante de todo o exposto, rogando vênias ao Relator, Min. Moura Ribeiro, e ressaltando o entendimento pessoal, acompanho a divergência inaugurada pelo Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, com a observação acima, a fim de dar provimento ao recurso especial e declarar a eficácia da Cláusula 9.2.1 do Plano de Recuperação Judicial apenas aos credores que com ela anuíram.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 2.082.860-RS (2023/0052940-2)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: Carmen Silveira de Oliveira

Advogados: Alexandre Moraes da Silva - RS033360

Jane Margarete Barbosa da Silva - RS097979

Vitor Alexandre Barbosa da Silva - RS128626

Recorrido: Adriana Vitorio Pires

Recorrido: Lucinara Soledade Vieira Cantini

Advogado: Tatiana da Silva Pinheiro - RS084840

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Ação de cobrança. Cumprimento de sentença. Dívida decorrente de contrato de prestação de serviços de reforma residencial. Bem de família. Penhora. Possibilidade. Art. 3º, II, da Lei 8.009/90 e art. 833, § 1º, do CPC.

1. Recurso especial interposto em 2/9/2022 e concluso ao gabinete em 2/5/2023.

2. O propósito recursal consiste em definir se a exceção à impenhorabilidade do bem de família prevista no art. 3º, II, da Lei n. 8.009/90 se aplica à dívida contraída para reforma do imóvel.

3. As regras que estabelecem hipóteses de impenhorabilidade não são absolutas. O próprio art. 3º da Lei n. 8.009/90 prevê uma série de exceções à impenhorabilidade, entre as quais está a hipótese em que a ação é movida para cobrança de crédito decorrente de financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato (inciso II).

4. Da exegese do comando do art. 3º, II, da Lei n. 8.009/90, fica evidente que a finalidade da norma foi coibir que o devedor se escude na impenhorabilidade do bem de família para obstar a cobrança de dívida contraída para aquisição, construção ou reforma do próprio imóvel, ou seja, de débito derivado de negócio jurídico envolvendo o próprio bem. Portanto, a dívida relativa a serviços de reforma residencial se enquadra na referida exceção.

5. É nítida a preocupação do legislador no sentido de impedir a deturpação do benefício legal, vindo a ser utilizado como artifício para viabilizar a aquisição, melhoramento, uso, gozo e/ou disposição do bem de família sem nenhuma contrapartida, à custa de terceiros.

6. No particular, o débito objeto de cumprimento de sentença foi contraído pela recorrente junto às recorridas com a finalidade de implementação de reforma no imóvel residencial, razão pela qual incide o disposto no art. 3º, II, da Lei n. 8.009/90.

7. Recurso especial conhecido e 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 da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Humberto Martins, Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente), Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 06 de fevereiro de 2024 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJe 27.2.2024

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Carmem Silveira de Oliveira*, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão do TJ/RS.

Recurso especial interposto em: 2/9/2022.

Concluso ao gabinete em: 2/5/2023.

Ação: de cobrança, em fase de cumprimento de sentença, ajuizada por *Adriana Vitorio Pires e Lucinara Soledade Vieira Cantini* em face da recorrente, por meio da qual almejam o recebimento dos valores relativos aos serviços de reforma e decoração realizados no imóvel de propriedade da recorrente.

Decisão interlocutória: rejeitou a impugnação à penhora apresentada pela recorrente, consoante o fundamento de ausência de prova de que o imóvel penhorado se enquadra como bem de família.

Acórdão: negou provimento ao agravo de instrumento interposto pela recorrente, conforme a seguinte ementa:

Agravo de instrumento. Honorários de profissionais liberais. Cumprimento de sentença. Penhora de imóvel residencial. Possibilidade. Hipótese de exceção à regra de impenhorabilidade. Art. 3º, II, da Lei 8.009/90. Dívida derivada de negócio jurídico envolvendo o próprio bem. Precedente do STJ. Agravo desprovido.

Embargos de declaração: opostos pela recorrente, foram rejeitados pela Corte de origem.

Recurso especial: alega violação do art. 3º, II, da Lei n. 8.009/90 e do art. 833, § 1º, do CPC. Sustenta que o imóvel penhorado é bem de família, uma vez que a recorrente reside nele há mais de dezoito anos, e que não se aplica a exceção à impenhorabilidade invocada pela Corte de origem. A tanto, argumenta que a exceção não abrange o contrato firmado para fins de reforma e decoração residencial. Assevera que as exceções à impenhorabilidade do bem de família devem ser interpretadas restritivamente para resguardar a dignidade humana e o direito à moradia.

Juízo prévio de admissibilidade: o TJ/RS inadmitiu o recurso especial, ensejando a interposição do recurso cabível, o qual foi reautuado para melhor exame da matéria.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): O propósito recursal consiste em definir se a exceção à impenhorabilidade do bem de família prevista no art. 3º, II, da Lei n. 8.009/90 se aplica à dívida contraída para reforma do imóvel.

1. Da penhora do bem de família para saldar dívida relativa à reforma do imóvel.

1. O bem de família, que consiste no imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, recebe especial proteção do ordenamento jurídico, que determina, como regra, a sua impenhorabilidade (art. 1º da Lei n. 8.009/90). A finalidade da Lei n. 8.009/90 “não é proteger o devedor contra suas dívidas, mas visa à proteção da entidade familiar no seu conceito mais amplo” (REsp 1.862.925/SC, Quarta Turma, DJe de 23/6/2020).

2. A impenhorabilidade do bem de família funda-se na consideração de que, em determinadas hipóteses, com o objetivo de tutelar direitos e garantias fundamentais, o legislador buscou prestigiar o interesse do devedor em detrimento dos interesses do credor (SHIMURA, Sérgio; GARCIA, Julia Nolasco. A impenhorabilidade na visão do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Processo*. vol. 305. ano 45. p. 175. São Paulo: Ed. RT, julho 2020). Cuida-se, assim, de garantia legal que visa a resguardar o patrimônio mínimo da pessoa humana, valor esse que o legislador optou por preservar em contraposição à satisfação executiva do credor.

3. No entanto, a regras que estabelecem hipóteses de impenhorabilidade não têm caráter absoluto. No que concerne, especificamente ao bem de família, o próprio art. 3º da lei de regência estabelece uma série de exceções à impenhorabilidade. Vale dizer, a impenhorabilidade do bem de família é relativa.

4. Entre as referidas exceções está a hipótese em que a ação é movida “pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato” (art. 3º, II, da Lei n. 8.009/90). A controvérsia diz respeito à aplicação dessa norma ao crédito decorrente da prestação de serviços de reforma residencial.

5. Com efeito, não se olvida que as hipóteses de exceção à impenhorabilidade do bem de família, por restringirem a ampla proteção conferida ao imóvel familiar, devem ser interpretadas de forma restritiva (REsp 1.862.925/SC,

Quarta Turma, DJe 23/06/2020; REsp 1.332.071/SP, Terceira Turma, DJe 20/02/2020; AgInt no REsp 1.357.413/SP, Quarta Turma, DJe 25/10/2018). Isso não significa, todavia, que o julgador, no exercício de interpretação do texto, fica restrito à letra da lei.

6. Ao interpretar a norma, incumbe ao intérprete identificar a *mens legis*. O intérprete deve buscar “o verdadeiro sentido da Lei 8.009/90, os efeitos por ela pretendidos, as situações que estão sob o seu alcance e o que o legislador procurou, efetivamente, disciplinar. Exige-se, desse modo, uma interpretação teleológica, ou finalística, buscando-se sempre os fins a que a norma se dirige” (VASCONCELOS, Rita. *Impenhorabilidade do bem de família*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 170-171).

7. Assentadas tais premissas, Araken de Assis, ao examinar o disposto no art. 3º, II, da Lei n. 8.009/90, leciona que:

É passível de penhora a residência familiar na execução do crédito concedido, por instituição financeira ou não, à aquisição e à construção do prédio, “no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato”.

(...)

O inc. II do art. 3º da Lei 8.009/1990 abrange as parcelas em que se dividiu o preço e o crédito concedido **para reforma ou ampliação do prédio, porque a lei não pode privar de ressarcimento os credores que proporcionaram a valorização do imóvel e até sua subsistência, como no caso das benfeitorias necessárias**. (DE ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 216) [g.n.]

8. Conforme já se manifestou esta Terceira Turma, “o *intuito da norma foi evitar que o devedor se escude na impenhorabilidade do bem de família para obstar a cobrança de dívida contraída para aquisição ou reforma do próprio imóvel*, ou seja, de débito derivado de negócio jurídico envolvendo o próprio bem” (REsp n. 1.440.786/SP, Terceira Turma, DJe de 27/6/2014).

9. Iniciativa semelhante é vislumbrada no § 1º do art. 833 do CPC, segundo o qual “a impenhorabilidade *não é oponível à execução de dívida relativa ao próprio bem*, inclusive àquela contraída para sua aquisição”.

10. Com amparo nessas premissas, as Turmas que compõem a Seção de Direito Privado têm entendimento no sentido de que a exceção à impenhorabilidade prevista no art. 3º, II, da Lei n. 8.009/90 aplica-se à dívida relativa a contrato de empreitada celebrado para viabilizar a edificação do imóvel residencial. Confira-se a ementa dos precedentes em que se fixou tal orientação:

Processual Civil. Recurso especial. Ação de cobrança. Cumprimento de sentença. Dívida decorrente de contrato de empreitada global. Bem de família. Penhora. Possibilidade. Art. 3º, II, da Lei 8.009/90. Desmembramento do imóvel. Cerceamento de defesa. Ausência de prequestionamento. Julgamento: CPC/2015.

1. Recurso especial interposto em 24/03/2021 e concluso ao gabinete em 22/11/2021.

2. O propósito recursal consiste em definir se a exceção à impenhorabilidade do bem de família prevista no art. 3º, II, da Lei 8.009/90 se aplica à dívida decorrente de contrato de empreitada global celebrado para viabilizar a edificação do imóvel.

3. As regras que estabelecem hipóteses de impenhorabilidade não são absolutas. O próprio art. 3º da Lei n. 8.009/90 prevê uma série de exceções à impenhorabilidade, entre as quais está a hipótese em que a ação é movida para cobrança de crédito decorrente de financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato (inciso II).

4. Da exegese comando do art. 3º, II, da Lei n. 8.009/90, fica evidente que a finalidade da norma foi coibir que o devedor se escude na impenhorabilidade do bem de família para obstar a cobrança de dívida contraída para aquisição, construção ou reforma do próprio imóvel, ou seja, de débito derivado de negócio jurídico envolvendo o próprio bem. Portanto, a dívida relativa a contrato de empreitada global, porque viabiliza a construção do imóvel, está abrangida pela exceção prevista no art. 3º, II, da Lei n. 8.009/90.

5. A ausência de decisão acerca de dispositivo legal apontado como violado - na hipótese, o art. 269 do CPC/2015 - impede o conhecimento do recurso especial quanto ao ponto.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido, sem majoração de honorários.

(REsp n. 1.976.743/SC, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 8/3/2022, DJe de 11/3/2022.) [g.n.]

Recurso especial. Execução de duplicatas referentes a empreitada de construção parcial da edificação. Penhora do próprio imóvel objeto do contrato de empreita. Incidente de impenhorabilidade do bem de família rejeitado. Irresignação dos executados. Recurso desprovido.

Hipótese: Averiguar se o crédito oriundo de contrato de empreitada para a construção, ainda que parcial, de imóvel residencial, encontra-se salvaguardado nas exceções legais de impenhorabilidade do bem de família.

1. No caso, as instâncias ordinárias entenderam que a obrigação/dívida oriunda de financiamento de material e mão-de-obra destinados à construção de moradia, decorrente de contrato de empreitada, enquadra-se na hipótese prevista pelo inciso II do artigo 3º da Lei n. 8.009/90, não sendo oponível ao credor a impenhorabilidade resguardada ao bem de família.

2. Para os efeitos estabelecidos no dispositivo legal (inciso II do art. 3º da Lei n. 8.009/90), o financiamento referido pelo legislador abarca operações de crédito destinadas à aquisição ou construção do imóvel residencial, podendo essas serem stricto sensu - decorrente de uma operação na qual a financiadora, mediante mútuo/empréstimo, fornece recursos para outra a fim de que essa possa executar benfeitorias ou aquisições específicas, segundo o previamente acordado - como aquelas em sentido amplo, nas quais se inclui o contrato de compra e venda em prestações, o consórcio ou a empreitada com pagamento parcelado durante ou após a entrega da obra, pois todas essas modalidades viabilizam a aquisição/construção do bem pelo tomador que não pode ou não deseja pagar o preço à vista.

3. Não há falar esteja sendo realizada uma interpretação extensiva das exceções legais descritas na norma, vez que há subsunção da hipótese à exceção legal, considerando-se os limites e o conteúdo do instituto do financiamento, esse que, diferentemente do alegado pelos ora insurgentes, uma vez incontroversa a origem e a finalidade voltada à edificação ou aquisição do bem, não fica adstrito a mútuos realizados por agente financeiro do SFH.

4. *Entendimento em outro sentido premiaria o comportamento contraditório do devedor e ensejaria o seu inegável enriquecimento indevido, causando insuperável prejuízo/dano ao prestador que, mediante prévio e regular ajuste, bancou com seus aportes a obra ou aquisição somente concretizada pelo tomador valendo-se de recursos do primeiro.*

5. Recurso Especial desprovido.

(REsp n. 1.221.372/RS, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 15/10/2019, DJe de 21/10/2019.) [g.n.]

11. Consoante ressaltado no voto proferido no REsp n. 1.976.743/SC – acima colacionado – “é nítida a ***preocupação do legislador no sentido de impedir a deturpação do benefício legal, vindo a ser utilizado como artifício para viabilizar a aquisição, melhoramento, uso, gozo e/ou disposição do bem de família sem nenhuma contrapartida***, à custa de terceiros”. Não seria razoável admitir que o devedor celebrasse contrato para reforma do imóvel, com o fim de implementar melhorias em seu bem de família, sem a devida contrapartida ao responsável pela sua implementação.

12. Portanto, a dívida relativa a serviços de reforma do imóvel está abrangida pela exceção prevista no art. 3º, II, da Lei n. 8.009/90.

2. Da hipótese sob julgamento.

13. Na hipótese em análise, no curso do cumprimento de sentença instaurado pelas recorridas (*Adriana Vitorio Pires e Lucinara Soledade Vieira*

Cantini), foi penhorado um imóvel de propriedade da recorrente (*Carmem Silveira de Oliveira*). Esta se insurgiu contra a penhora, alegando tratar-se de bem de família.

14. Consoante consignado no acórdão impugnado, o imóvel constrito é, de fato, bem de família. No entanto, a dívida objeto de execução tem origem em contrato de prestação de serviços celebrados entre as partes para “reforma em edificação residencial” (e-STJ, fl. 102).

15. Esse débito, uma vez que foi contraído com a finalidade de implementação de reforma e, conseqüentemente, de melhorias no imóvel que serve de residência da recorrente, se enquadra, nos termos acima expostos, na exceção prevista no art. 3º, II, da Lei n. 8.009/90, a qual está em consonância com a previsão do art. 833, § 1º, do CPC (dívida relativa ao próprio bem).

16. Desse modo, o acórdão recorrido, ao rejeitar a pretensão da recorrente de desconstituição da penhora, não violou o art. 3º, II, da Lei n. 8.009/90 e o art. 833, § 1º, do CPC.

3. *Dispositivo.*

Forte nessas razões, *conheço* do recurso especial e *nego-lhe provimento*.

Deixo de aplicar o disposto no art. 85, § 11, do CPC, haja vista que não foram arbitrados honorários na origem.

RECURSO ESPECIAL N. 2.100.646-DF (2022/0185091-8)

Relatora: Ministra Nancy Andrigli

Recorrente: Tamara Maria Duarte Habka

Advogados: Cassius Ferreira Moraes - GO019582

Vitor Carvalho Porto - DF027291

Recorrido: CS Educacional Ltda

Advogados: Rafael Klier da Silva Oliveira - DF025172

Gustavo Brasil Tourinho - DF043804

EMENTA

Consumidor e Civil. Recurso especial. Ação de resolução contratual c/c pedido de exclusão ou redução de multa. Contrato de prestação de serviços educacionais. Superveniência da pandemia. Suspensão das atividades presenciais. Inadimplemento. Ausência. Resolução do contrato. Impossibilidade. Revisão do contrato. Relação de consumo. Incidência do art. 6º, V, do CDC. Desequilíbrio contratual. Configuração. Redução da multa prevista pela desistência unilateral. Possibilidade.

1. Ação de resolução contratual c/c pedido de exclusão ou redução de multa, ajuizada em 30/4/2020, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 4/3/2022 e concluso ao gabinete em 22/9/2022.

2. O propósito recursal é decidir se é possível (I) a resolução do contrato de prestação serviços educacionais, em razão da suspensão das atividades presenciais no período da pandemia da *Covid-19*; (II) ou, ao menos, a sua revisão para excluir ou reduzir a multa pactuada pela desistência unilateral.

3. Segundo a jurisprudência desta Corte, a revisão dos contratos de consumo observa a Teoria da Base Objetiva, adotada pelo art. 6º, V, do CDC, que tem por pressuposto a premissa de que a celebração de um contrato ocorre mediante consideração de determinadas circunstâncias, as quais, se modificadas no curso da relação contratual, determinam, por sua vez, consequências diversas daquelas inicialmente estabelecidas, com repercussão direta no equilíbrio das obrigações pactuadas.

4. A revisão de contratos em razão da pandemia não pode ser feita de forma abstrata, dependendo da análise das suas consequências concretas na relação contratual. Os contratos de prestação de serviços educacionais foram afetados pela pandemia na medida em que foi decretada a suspensão atividades educacionais, havendo autorização legal para que fossem desenvolvidas atividades pedagógicas não presenciais no ano letivo atingido pela pandemia.

5. O fato de a instituição de ensino ter prestado serviços de forma diversa da contratada em razão de determinação do Estado

afasta a caracterização de inadimplemento, que autorizaria a resolução do contrato, mas não impede a sua revisão, na forma do art. 6º, V, do CDC, se estiver configurado evidente desequilíbrio econômico em desfavor do consumidor.

6. No particular, o consumidor permaneceu obrigado a cumprir as suas obrigações contratuais de forma integral, pagando o valor das mensalidades ou a multa por desistência sem qualquer redução, enquanto a instituição de ensino, por outro lado, prestou serviços de forma diversa e reduzida em relação aos contratados, pois as aulas foram ministradas de forma virtual em vez de presencial, os alunos tiveram que ficar sob os cuidados dos pais em vez da escola e não puderam usufruir do estabelecimento físico da instituição.

7. É excessivamente oneroso obrigar o consumidor a pagar o valor integral da multa pela desistência ou das mensalidades, enquanto recebe um serviço diverso e menor do que o contratado, havendo nítido desequilíbrio contratual a justificar a revisão da avença, nos limites do necessário para reestabelecer o equilíbrio existente no momento da celebração.

8. Hipótese em que o Tribunal de origem afastou a pretensão de resolução contratual, mas reduziu o valor da multa por desistência de 30% para 15% sobre o total das mensalidades restantes, solução que se mostra adequada para reestabelecer o equilíbrio contratual na espécie.

9. Recurso especial conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma, por unanimidade, conhecer do recurso especial e negar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Humberto Martins, Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente), Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2024 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrichi, Relatora

DJe 26.2.2024

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Tamara Maria Duarte Habka*, fundamentado exclusivamente na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão do TJ/DF.

Recurso especial interposto em: 4/3/2022.

Concluso ao gabinete em: 22/9/2022.

Ação: de resolução contratual c/c pedido de exclusão ou redução de multa ajuizada em 30/4/2020 por *Tamara Maria Duarte Habka* contra *CS Educacional Ltda.*

Sentença: julgou improcedentes os pedidos (e-STJ fl. 249).

Acórdão: o TJ/DF deu parcial provimento à apelação interposta por *Tamara* para reduzir a multa estipulada na cláusula 11.2 do contrato para o percentual de 15% (e-STJ fl. 355), nos termos da seguinte ementa:

Apelação cível. Civil. Processo Civil. Ação revisional de contrato. Prestação de serviços educacionais. Pandemia. Covid-19. Teoria da imprevisão. Desequilíbrio econômico contratual. Medidas espontâneas adotadas para mitigar o prejuízo. Equalização. Vantagem extrema da outra parte não configurada. Resolução antecipada do contrato. Desistência. Cláusula penal. Redução. Sucumbência recíproca.

1. Consoante a orientação do c. Superior Tribunal de Justiça, não há afronta ao princípio da dialeticidade recursal se foram expostos os motivos de fato e de direito que evidenciam a intenção da parte em alcançar a reforma da decisão prolatada na instância originária.

2. Conforme dispõe o artigo 478 do Código Civil, para que reste configurada a onerosidade excessiva capaz de ensejar a revisão ou a resolução da avença, deve-se demonstrar que eventos imprevisíveis tornaram a prestação contratual extremamente onerosa para uma das partes, causando manifesta vantagem à outra.

3. É fato notório que a decretação da situação de pandemia pela Organização Mundial da Saúde, em março de 2020, motivada pela disseminação global da *Covid-19*, afetou toda a população mundial, ainda que em diferentes escalas.

4. A despeito da suspensão das aulas presenciais, as instituições de ensino, por força de diretrizes governamentais, continuam prestando o serviço contratado e têm obrigação de evitar prejuízos na qualidade da aprendizagem.

5. As diretrizes traçadas pelos órgãos governamentais têm sido no sentido de que não haja perda de natureza pedagógica aos alunos, o que justificará a

reposição de aulas e conteúdo, e essa reposição, por óbvio, deverá ser custeada pelas instituições sem a cobrança de valores adicionais.

6. A conjuntura vivenciada faz concluir, a priori, que eventual prejuízo aos alunos somente poderá ser avaliado devidamente após o fim do período contratual, quando será possível saber, de forma clara, até que ponto os efeitos das normas de enfrentamento à pandemia prejudicaram o cumprimento do contrato.

7. As circunstâncias delineadas nos autos não demonstram a existência de extrema vantagem da instituição de ensino, tampouco que a prestação dos serviços na modalidade à distância tenha se configurado como inadimplemento contratual a justificar a resolução com fundamento na existência de prestação extremamente onerosa.

8. Nos termos do art. 413 do CC/02, a cláusula penal compensatória, estipulada para a hipótese de rescisão antecipada do contrato de prestação de serviços educacionais, deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio. No caso dos autos, a redução da multa contratual revela-se adequada.

9. Ante a ocorrência de sucumbência recíproca entre as partes, incide o disposto no artigo 86, *caput*, do CPC/15, que prevê que “Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas”.

10. Apelação conhecida e parcialmente provida. Preliminar rejeitada. (e-STJ fls. 342-343)

Embargos de declaração: opostos, foram rejeitados.

Recurso especial: alega violação dos arts. 6º, V, do CDC; e 317, 393, 478, 479 e 480 do CC/2002, sustentando que:

I) o serviço contratado para sua filha era o curso da 1ª série do ensino fundamental, presencial e no período semi-integral, incluindo atividades adicionais nesse período, essenciais para que a filha permanecesse na escola, sob seus cuidados, após o turno escolar, enquanto sua genitora desenvolvia suas atividades laborais (e-STJ fls. 411-412);

II) a oferta de serviços educacionais virtuais não seria útil diante da necessidade dos serviços contratados e desconfigura o contrato, pois, as aulas virtuais não têm o mesmo valor dos serviços presenciais (e-STJ fl. 412);

III) diante dos fatores forçados pela pandemia, é possível a rescisão contratual, não devendo a recorrente arcar com a multa pactuada, ou, mesmo sem a rescisão, o percentual de 30% da multa sobre as mensalidades a vencer é abusivo e deve ser reduzido (e-STJ fls. 416 e 412);

Juízo prévio de admissibilidade: o TJ/DF inadmitiu o recurso, ensejando a interposição do AREsp 2.152.213/DF, provido para determinar a conversão em recurso especial (e-STJ fl. 479).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): O propósito recursal é decidir se é possível (I) a resolução do contrato de prestação serviços educacionais, em razão da suspensão das atividades presenciais no período da pandemia da *Covid-19*; (II) ou, ao menos, a sua revisão para excluir ou reduzir a multa pactuada pela desistência unilateral.

1. Da reconstrução contextual

1. Em primeiro lugar, destaca-se que o contrato formulado entre as partes autoriza a sua rescisão por desistência, hipótese denominada de **resilição unilateral**, sendo prevista para tanto uma *multa penitencial no valor de 30% das mensalidades restantes*, o que consiste em uma contraprestação pelo exercício do direito de desistência, não se confundindo com cláusula penal (REsp 1.580.278/SP, Terceira Turma, DJe 3/9/2018).

2. No entanto, a autora recorrente alega que a prestação de serviços em menor grau e de forma diversa da contratada, ainda que por força da pandemia, caracteriza *inadimplemento* por culpa da recorrida, o que autorizaria a **resolução do contrato**, de modo que a recorrente *não seria obrigada a pagar mais nada* por força da avença, inclusive a multa.

3. Não sendo assim, objetiva a recorrente, ao menos, a *revisão do contrato*, especificamente para que a referida multa seja *reduzida*.

4. Estabelecidas essas breves premissas, passa-se à análise das consequências da superveniência da pandemia na relação contratual em exame, a fim de definir, sobretudo, se é possível, na espécie, a resolução do contrato por inadimplência ou a revisão da avença para a redução da multa.

2. Da revisão ou resolução do contrato

2.1. *Da revisão dos contratos de consumo pela alteração superveniente das circunstâncias*

5. Uma das hipóteses em que se admite a resolução ou revisão judicial dos contratos firmados entre particulares é aquela fundada na alteração

superveniente das circunstâncias, isto é, quando, durante a execução do contrato, em virtude de eventos posteriores, altera-se, profundamente, a conjuntura existente no momento da celebração do negócio, havendo diversas teorias que tratam desse fenômeno, derivadas da antiga cláusula medieval *rebus sic stantibus*.

6. O Código de Defesa do Consumidor foi claro ao adotar a *revisão contratual* como solução para a alteração superveniente das circunstâncias, dispondo, em seu art. 6º, V, que é direito básico do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

7. Desse modo, o referido direito “*não é o de desonerar-se da prestação por meio da resolução do contrato*, mas o de modificar a cláusula que estabeleça prestação desproporcional, mantendo-se íntegro o contrato que se encontra em execução, ou de obter a revisão do contrato se sobrevierem fatos que tornem as prestações excessivamente onerosas para o consumidor” (GRINOVER, Ada Pellegrini; *et al.* Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto do CDC e da Lei do Superendividamento. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 481).

8. Não se exige que os fatos supervenientes sejam imprevisíveis ou extraordinários, tampouco a ocorrência de extrema vantagem para a outra parte, diferenciando-se, assim, das Teorias da Imprevisão e da Onerosidade Excessiva, adotadas pelo Código Civil.

9. Isso porque o art. 6º, V, do CDC tem inspiração na Teoria da Base do Negócio Jurídico, difundida principalmente por Karl Larenz na Alemanha. Para essa teoria, o desaparecimento ou a grave alteração da base do negócio jurídico legitima tanto a revisão do contrato, restabelecendo-se o equilíbrio entre as prestações, quanto o exercício do direito formativo de resolução, apenas se a impossibilidade de prestar for absoluta.

10. Nesse sentido: LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Traduzido por José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2002, p. 37; ANDRIGHI, Fátima Nancy. O Código Civil de 2002 e o impacto da pandemia no equilíbrio das relações obrigacionais. *In*: PASQUALOTTO, Adalberto; MELGARÉ, Plínio. 20 anos do Código Civil brasileiro. Indaiatuba: Foco, 2023, p. 160.

11. Como leciona Claudia Lima Marques, prevê “o inciso V do art. 6º do CDC a possibilidade da revisão judicial da cláusula de preço, que era equitativa

quando do fechamento do contrato, mas que em razão de fatos supervenientes tornou-se excessivamente onerosa para o consumidor”. A norma “*apenas exige a quebra da base objetiva do negócio, a quebra de seu equilíbrio intrínseco*, a destruição da relação de equivalência entre prestações” (Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 2016, [4.1.2.b.2]).

12. O art. 6º, V, do CDC consagra verdadeiro “*direito subjetivo do consumidor ao equilíbrio contratual*” e “a desproporção causada por fato superveniente”, em relação às obrigações assumidas pelo consumidor, resulta em onerosidade excessiva que autoriza a revisão do contrato, a fim de retomar o equilíbrio entre as partes (MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 6. ed. São Paulo: RT, 2020, p. RB-2.6).

13. Nesse sentido, já decidiu esta Corte que a Teoria da Base Objetiva do Negócio, adotada pelo CDC, “tem por pressuposto a premissa de que a celebração de um contrato ocorre mediante consideração de determinadas circunstâncias, as quais, se modificadas no curso da relação contratual, determinam, por sua vez, consequências diversas daquelas inicialmente estabelecidas, com repercussão direta no equilíbrio das obrigações pactuadas” (REsp 1.321.614/SP, Terceira Turma, DJe 3/3/2015).

14. Como consignado nesse precedente, para a revisão judicial do contrato, com base no art. 6º, V, do CDC, “basta a superveniência de fato que determine *desequilíbrio na relação contratual diferida ou continuada*”.

15. No mesmo sentido: REsp 1.269.632/MG, Terceira Turma, DJe 3/11/2011; REsp 417.927/SP, Terceira Turma, DJ 1/7/2002, p. 339.

2.2. Da revisão do contrato de prestação de serviços educacionais em razão da superveniência da pandemia, à luz do CDC

16. A revisão de contratos em razão da pandemia não pode ser feita de forma abstrata, dependendo sempre da análise das suas consequências concretas na relação contratual estabelecida entre as partes, como já assentado por esta Corte, em hipóteses admitindo a revisão.

17. Nesse sentido: REsp 2.032.878/GO, Terceira Turma, DJe 20/4/2023; REsp 2.070.354/SP, Terceira Turma, DJe 26/6/2023; REsp 1.984.277/DF, Quarta Turma, DJe 9/9/2022.

18. É notório que os contratos de prestação de serviços educacionais foram profundamente afetados pela pandemia, na medida em que foi decretada

a suspensão das atividades educacionais em todas as escolas, universidades e faculdades, das redes de ensino pública e privada, entre meados de março de 2020 e setembro de 2021, por força, na espécie, do Decreto n. 40.520/2020 do Distrito Federal e dos que o sucederam.

19. Por sua vez, a Lei n. 14.040/2020 estabeleceu “normas educacionais excepcionais a serem adotadas durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020”, *autorizando que fossem desenvolvidas “atividades pedagógicas não presenciais”* no ano letivo afetado pela pandemia, tanto na educação básica, quanto na superior (arts. 2º, § 4º, e 3º, § 1º).

20. Sob esse enfoque, a prestação dos serviços educacionais de forma exclusivamente virtual no período da pandemia da *Covid-19 não caracteriza inadimplemento contratual* por culpa da instituição de ensino, a autorizar a resolução do contrato pela parte adversa, a despeito de o contrato ter previsto a prestação de serviços na modalidade presencial.

21. Por outro lado, a suspensão das atividades presenciais em razão da pandemia após a celebração do contrato é fato superveniente que *autoriza a revisão judicial* da avença, na forma do art. 6º, V, do CDC, quando configurado evidente desequilíbrio econômico em desfavor do consumidor.

22. Em resumo, *não se admite a resolução* do contrato, pois não há culpa por parte da instituição de ensino ao prestar os serviços de forma diversa da contratada, por imposição estatal. Todavia, se resultar desequilíbrio entre as obrigações de cada parte, *é possível a revisão* contratual para reestabelecer o equilíbrio existente na época da celebração.

23. Registra-se que foram editadas leis estaduais prevendo a redução do valor das mensalidades em percentuais pré-determinados, as quais, contudo, foram objeto de declaração de inconstitucionalidade formal e material pelo STF, por usurpação da competência legislativa da União e intervenção indevida do Estado no domínio econômico.

24. Não obstante, a declaração de inconstitucionalidade material não foi em razão da impossibilidade absoluta de revisão dos contratos por força da pandemia, mas sim “porque a norma interveio *indistintamente* em todos os contratos do estado, colocando em situação desproporcionalmente favorável aqueles que não observaram decréscimo remuneratório em decorrência da pandemia e prejudicando, ainda mais, aqueles que, por circunstâncias pessoais, precisariam de descontos maiores nas mensalidades” (STF, ADI 6.445, Tribunal Pleno, DJe 17/8/2021).

25. Não há, portanto, vedação à revisão judicial dos contratos, desde que seja realizada em observância estrita às peculiaridades de cada hipótese concreta e aos limites legais.

26. Dito isso, destaca-se que, embora a instituição de ensino tenha feito certos investimentos para ministrar aulas e outras atividades de forma virtual, não se pode ignorar que houve *substancial redução de gastos* com a manutenção dos espaços físicos e com os cuidados presenciais em relação aos alunos, mormente em se tratando de crianças, como na espécie.

27. Ademais, diversos gastos foram até mesmos *repassados aos consumidores*, os quais tiveram que providenciar equipamentos eletrônicos e pacote de dados suficientes para acompanhar as aulas, além dos custos com energia elétrica, água e, se for o caso, nos cuidados com as crianças, no período em que estas estariam na escola.

28. Essas circunstâncias foram bem retratadas em artigo recente que destaca, ainda, a possibilidade legal de redução de custos com os empregados por parte das instituições de ensino:

A redução dos gastos das IES, para além das despesas referentes à manutenção do espaço, água, energia e alimentação, também se verifica no que tange ao repasse de gastos novos aos consumidores referentes à energia elétrica e pacote de dados necessários para a visualização da aula em meio virtual, e é conferido diante das reduções decorrentes de verbas trabalhistas reduzidas de seus empregados no período.

Considera-se nesse cálculo de redução de despesas do fornecedor também as quantias economizadas a título de não pagamento de transporte aos seus empregados, e até mesmo as reduções de salários e suspensões de contratos autorizados pela Medida Provisória 936 de 2020.

(MARTINS, Guilherme Magalhães; NEVES, Edson; TOSTES, Eduardo. Educação superior em tempos de pandemia. Revista de Direito do Consumidor. v. 136. a. 30. p. 279-298. São Paulo: RT, jul./ago. 2021, p. 293)

29. Mesmo considerando que ambas as partes foram afetadas pela pandemia (em proporções distintas), o ponto fundamental a autorizar a revisão do contrato consiste no evidente *desequilíbrio nas próprias obrigações contratuais*, para além das questões mencionadas acima.

30. Isso porque o consumidor permaneceu obrigado a cumprir as suas obrigações contratuais de *forma integral*, pagando o valor das mensalidades ou a multa por desistência sem qualquer redução, enquanto a instituição de

ensino, por outro lado, prestou serviços de forma *diversa e reduzida* em relação aos contratados, pois as aulas foram ministradas de forma virtual em vez de presencial, os alunos tiveram que ficar sob os cuidados dos pais em vez da escola e não puderam usufruir do estabelecimento físico da instituição.

31. Assim, *a única parte que não recebeu exatamente o que foi pactuado foi o consumidor* e não se pode ignorar que o consumidor apenas aceitou pagar os valores previstos no contrato, inclusive a multa por desistência, por considerar que seria quantia adequada à integralidade dos serviços prometidos pela instituição de ensino quando da celebração.

32. Nesse contexto, não admitir nenhuma flexibilização nas obrigações assumidas pelo consumidor *seria tratar de forma igual dois cenários completamente distintos*: um em que o contrato estava sendo cumprido pela instituição de ensino nos moldes celebrados; e outro em que os serviços foram prestados de forma diversa e reduzida em razão da alteração superveniente das circunstâncias.

33. Soma-se a isso o fato já mencionado de que a diferença na prestação de serviços enseja redução de gastos por parte da instituição e o repasse de alguns gastos ao consumidor (parte mais vulnerável do contrato), *não sendo razoável admitir que a alteração superveniente das circunstâncias autorize tão somente a flexibilização das obrigações do fornecedor*.

34. Em síntese, é forçoso reconhecer que, no cenário em exame, o consumidor se encontrava obrigado a pagar as mensalidades ou a multa pela desistência em valor integral, mas a receber serviço diverso e menor do que o contratado, tratando-se de evidente desequilíbrio contratual que caracteriza situação excessivamente onerosa ao consumidor, a justificar a revisão do contrato na forma do art. 6º, V, do CDC.

35. Registra-se que os eventuais investimentos feitos pela instituição de ensino *podem ser levados em consideração no momento da revisão*, a ser realizada nos limites do necessário para reestabelecer o equilíbrio havido no momento da celebração.

36. No entanto, não se pode partir da presunção absoluta de que toda instituição de ensino fez elevados investimentos em tecnologia que superem a economia advinda da redução de gastos com as atividades presenciais (afinal, existem diversos serviços e plataformas gratuitos), *devendo ser objeto de comprovação* pela instituição em cada hipótese, sempre observando que é direito básico do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor” (art. 6º, VIII, CDC).

3. Da hipótese sob julgamento

37. De início, não há inadimplemento pela recorrida a autorizar a resolução do contrato, considerando que a suspensão das atividades presenciais decorreu de determinação estatal e foram prestados serviços de forma virtual, como autorizado por lei.

38. Por outro lado, a rescisão unilateral (desistência) é possível por previsão contratual, mediante o pagamento da multa, cujo valor pactuado no momento da celebração foi o percentual de 30% das mensalidades restantes, *devendo ser analisado se, na espécie, é possível a revisão do contrato para excluir ou reduzir a multa para 5%, como pretende a recorrente (Tamara).*

39. De acordo com o cenário fático delimitado pelas instâncias de origem, por meio do contrato firmado com a ré (*CS Educacional*), a autora recorrente (*Tamara*) se comprometeu a pagar o valor de R\$ 4.560,00 de mensalidades escolares, em contraprestação aos serviços educacionais fornecidos à sua filha, que cursaria a 1ª série do ensino fundamental na modalidade presencial e em período semi-integral.

40. Diante da interrupção da prestação dos serviços presenciais, a autora recorrente alegou ter solicitado o trancamento da matrícula de sua filha, o que lhe foi negado pela recorrida, sendo informado que seria possível a rescisão do ajuste mediante o pagamento da multa no valor de R\$ 12.312,00, equivalente a 30% do valor ainda a vencer do contrato.

41. Embora a recorrida (*CS Educacional*) tenha prestado os serviços educacionais de forma virtual, a recorrente alega ser devida a exclusão ou a redução da multa, considerando que “o serviço contratado era presencial e exigia, além do próprio ensino, aulas complementares, cuidados com a criança, serviços de alimentação, entre outros” (e-STJ fl. 415).

42. O Tribunal de origem decidiu que “no presente contrato de prestação de serviços educacionais, a alegada alteração da base objetiva decorreu de fato imprevisível – pandemia causada pela *Covid-19* – e afetou ambas as partes, **não havendo fundamento jurídico para a revisão do contrato**, mormente porque se constata a continuidade da prestação de serviços educacionais, em ambiente virtual, em cumprimento aos decretos sanitários” (e-STJ fl. 348).

43. No entanto, como visto, é excessivamente oneroso obrigar o consumidor a pagar o valor integral da multa pela desistência ou das mensalidades, enquanto recebe um serviço diverso e menor do que o contratado, havendo nítido

desequilíbrio contratual a justificar a revisão da avença, nos limites do necessário para reestabelecer o equilíbrio existente no momento da celebração.

44. Ocorre que, na espécie, apesar de ter fundamentado a impossibilidade de revisão contratual, o Tribunal de origem considerou que “a penalidade é excessiva, tendo em vista a natureza e a finalidade do contrato de prestação de serviços educacionais” e, com base no art. 413 do CC/2002, *reduziu a multa para 15% sobre o valor das mensalidades restantes, perfazendo o total de R\$ 6.156,00* (e-STJ fl. 355).

45. Desse modo, em que pese com fundamento diverso, *a redução feita pelo acórdão recorrido se mostra adequada para reestabelecer o equilíbrio contratual entre as partes na hipótese dos autos.*

46. Com efeito, o desequilíbrio contratual em exame consiste tão somente na desproporção da obrigação assumida pelo consumidor e os serviços efetivamente prestados pela instituição de ensino, tendo em vista que o percentual da multa, calculado sobre o valor integral das mensalidades restantes, foi pensado para a hipótese de desistência *em um cenário de execução normal do contrato*, ou seja, em que a outra parte estivesse disposta a cumprir a avença nos exatos termos em que pactuado.

47. Não havendo outra circunstância excepcional que justifique a *exclusão* da multa, deve ser preservada a vontade das partes de estabelecer uma contraprestação pecuniária pelo exercício do direito de desistência do contrato, *mas com a redução* do seu valor para reestabelecer o equilíbrio contratual, diante da alteração e redução dos serviços prestados pela instituição de ensino pelos fatos supervenientes aqui tratados.

48. Portanto, considerando a razoabilidade da redução da multa levada a efeito pelo Tribunal local, sendo suficiente para reestabelecer o equilíbrio contratual, o presente recurso não merece ser provido.

Dispositivo

Forte nessas razões, *conheço* do recurso especial e *nego-lhe provimento*.

Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, considerando o trabalho adicional imposto aos advogados da recorrida, em virtude da interposição deste recurso, majoro exclusivamente os honorários advocatícios sucumbenciais devidos pela recorrente de 50% de 10% (e-STJ fl. 355) para 50% de 15% sobre o proveito econômico obtido.

RECURSO ESPECIAL N. 2.115.465-MT (2022/0165108-8)

Relator: Ministro Humberto Martins
Recorrente: Carlos Meyer - Espólio
Recorrente: Nery Maria Holderbaum Meyer - Espólio
Repr. por: Jose Carlos Meyer - Inventariante
Advogados: Adriana Mandim Theodoro de Mello - MG056145
Vanessa Elisa Jacob Anzolin - MG102646
Vanessa Elisa Jacob Anzolin - DF039525
Leonardo Almeida Lage - MG155133
Felipe Theodoro de Mello - MG169298
Recorrido: Waldomiro Riva
Recorrido: Altair dos Santos Riva
Advogados: Luciano Ramos Volk - RJ128493
Santina Maria Brandão Nascimento Gonçalves - RJ150059
Natasha Giffoni Ferreira - SP306917
Rafael Carlotto Correa - MT014144
Vinicius Mendes e Silva - SP241271

EMENTA

Recurso especial. Cumprimento de sentença de ação de reintegração de posse. Danos emergentes e lucros cessantes. Negativa de prestação jurisdicional. Cerceamento de defesa. Insuficiência de provas reconhecida pelo Tribunal. Ofensa ao art. 1.022 do CPC. Necessidade de devolução dos autos à origem. Ausência de reexame de provas.

1. Na hipótese em tela, houve o reconhecimento do direito dos agravantes quanto ao imóvel, e o próprio acórdão recorrido entendeu que a indenização por lucros cessantes depende não só da quantificação do dano, mas da demonstração satisfatória de que, não fosse o dano, o lucro ocorreria inexoravelmente, ou seja, exige prova de que foi a conduta danosa a causadora da ruptura da linha temporal que levaria ao lucro futuro.

2. Contudo, apesar do reconhecimento de que não houve demonstração satisfatória do dano, não tendo havido, segundo entendido, comprovação efetiva quanto aos lucros cessantes, houve recusa quanto à realização de perícia, tendo havido julgamento antecipado da lide.

3. Assim, no caso em tela, está caracterizada a ausência de amplo exercício de contraditório e ampla defesa, em decorrência da necessidade de realização de perícia técnica, o que denota a necessidade de devolução dos autos à origem para esmerado exercício do devido processo legal.

4. E não se diga que, no caso presente, estaria caracterizado o óbice inserto na Súmula n. 7 do 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, conferir-lhes a correta qualificação jurídica.

Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze (Presidente), Moura Ribeiro e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Brasília (DF), 12 de março de 2024 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 18.3.2024

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto pelo *Espólio de Carlos Meyer e Espólio de Nery Maria Holderbaum Meyer* contra

acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso assim ementado (fls. 759-760):

Recurso de agravo de instrumento. Quorum qualificado. Questão de mérito. Aplicação da regra do artigo 942 do CPC c/c seu inciso II. Quorum ampliado. Interpretação extensiva. Questão de mérito. Liquidação por artigos. Embargos acolhidos. Relatora Desembargadora Marilsenandrade Addário, redator designado Des. Sebastião de Moraes Filho. (1) - Em regra geral, não se aplica o quórum ampliado a que se refere o artigo 942 do Código de Processo Civil em sede de agravo de instrumento. Contudo, reside excepcionalidade, previsão consubstanciada pelo inciso II do citado dispositivo e comando processual civil. (2) - Verificando que, em se tratando de liquidação por artigos, consoante previsão do CPC/73, necessariamente e excepcionalmente, em sede de liquidação da sentença, forma-se verdadeiro contraditório para se chegar ao mérito do que será liquidado, com aplicação flexível que toda norma contém já que, como produto do homem/legislador, goza de imperfeições, adequado na espécie vertente que, não sendo unânime a decisão, esta possa ser aperfeiçoada através do julgamento com o quorum ampliado até para dar maior segurança jurídica em face dos controvertidos aspectos.

O recurso especial foi inadmitido pelo Tribunal de origem cujo agravo foi por mim decidido monocraticamente nos seguintes termos (fls. 1.128-1.140):

Cuida-se de agravo interposto por *Carlos Meyer e Nery Maria Holderbaum Meyer* contra decisão que obsteu a subida de recurso especial.

[...]

Com relação à alegada violação do art. 1.022 do CPC, vê-se que não merece acolhimento, porquanto depreende-se do acórdão recorrido que o Tribunal a quo, de modo fundamentado, tratou da questão suscitada, resolvendo, portanto, de modo integral a controvérsia posta

A esse respeito, acertada a conclusão jurídica exposta na decisão que inadmitiu o recurso especial (fls. 1.049-1.050), tendo sido as alegações da parte recorrente devidamente enfrentadas com debate exaustivo na instância originária:

No entanto, do exame do acórdão recorrido, verifica-se que a Câmara julgadora manifestou-se em relação aos aludidos pontos, não como querem as partes recorrentes, mas suficiente para o deslinde da controvérsia como se observa na transcrição abaixo: "(...) Verifica-se dos autos que, após os agravantes ingressarem com pedido de liquidação de sentença (ID 25698491), os agravados apresentaram manifestação, anotando que não caberia a liquidação de sentença por arbitramento, mas sim, pelo procedimento comum termos do artigo 511, do CPC (fls. 1.286/1.291 – ID 25699956). (...) Deste modo o juízo de piso, corretamente, aplicou o procedimento previsto na sentença e no supracitado agravo de

instrumento, determinando a intimação dos agravados para apresentarem contestação, obedecendo ao que determina o artigo 511, do CPC (25699975), ocasião em que os agravados apresentaram contestação, no prazo legal. Com relação a nulidade da decisão por necessidade de perícia e as perdas e danos, não se verifica qualquer ilegalidade visto que, no caso, o magistrado de piso apenas deu cumprimento ao que fora determinado por essa corte, nos autos do agravo de instrumento n. 1002906- 36.2018.8.11.0000 (Compete ao juiz – e não ao perito – pré-estabelecer os limites do exame pericial quando versar sobre perdas e danos, fixando de forma expressa o entendimento de direito sobre a matéria). (...) Par efeitos de quantificação dos danos emergentes, não há como considerar o valor de mercado do imóvel (202,6944 hectares) na longínqua data do desapossamento em 04/03/1983, sendo o mais justo o correspondente ao valor de mercado das terras na data do cumprimento de sentença em junho de 2017, levando em conta ao preço da região à época, sob pena de incorrer em enriquecimento ilícito de uma das partes”. (...) Desta forma, inobstante o reconhecimento do direito dos agravantes quanto ao imóvel, a indenização por lucros cessantes depende não só da quantificação do dano, mas da demonstração satisfatória de que, não fosse o dano, o lucro ocorreria inexoravelmente, ou seja, exige prova de que foi a conduta danosa a causadora da ruptura da linha temporal que levaria ao lucro futuro, situação não demonstrada nos autos. No tocante aos lucros cessantes, ponderou o relator que não houve comprovação efetiva, sob o fundamento de que a indenização por lucros cessantes depende não só da quantificação do dano, mas da demonstração satisfatória de que, não fosse o dano, o lucro ocorreria inexoravelmente, ou seja, exige prova de que foi a conduta danosa a causadora da ruptura da linha temporal que levaria ao lucro futuro, situação não demonstrada nos autos. (...) Verificando que, em se tratando de liquidação por artigos, consoante previsão do CPC/73, necessariamente e excepcionalmente, em sede de liquidação da sentença, forma-se verdadeiro contraditório para se chegar ao mérito do que será liquidado, com aplicação flexível que toda norma contém já que, como produto do homem/legislador, goza de imperfeições, adequado na espécie vertente que, não sendo unânime a decisão, esta possa ser aperfeiçoada através do julgamento com o quorum ampliado até para dar maior segurança jurídica em face dos controvertidos aspecto”. (ids. 40966969 e 97689956). (g.n) Diante desse quadro, não há evidência de violação ao artigo 1.022, II e III, do CPC, o que conduz à inadmissão do recurso neste ponto.

Assim, conclui-se, que não ficou configurada a violação do art. 1.022 do CPC, e o mero inconformismo da parte com o julgamento contrário à sua pretensão não caracteriza ausência de prestação jurisdicional.

[...]

Na origem, trata-se de agravo de instrumento interposto pelas partes ora agravantes contra a decisão que, nos autos do Cumprimento de Sentença da Ação de Reintegração de Posse n. 94-25.1998.811.0037, proposta em desfavor de *Waldomiro Riva e Altair dos Santos Riva*, “julgou parcialmente procedente a

liquidação de sentença por artigos e condenou os requeridos a indenizar a parte autora em danos emergentes, referentes à área de 202,6944 hectares, pelo valor correspondente ao período de desapossamento, o qual coincide como negócio entabulado entre as partes (04/03/1983), acrescido de correção monetária pelo INPC, desde a realização do efetivo negócio (04/03/1983), e acrescido de juros legais de 1% (um por cento), a partir da citação do processo de conhecimento”.

Com relação à alegação da eventual intempestividade da contestação no cumprimento de sentença, vê-se que tal questão já foi devidamente e corretamente enfrentada, conforme se vê no acórdão de fls. 556 e ss., o qual explicitou de forma fundamentada que:

[...]

No que se refere à alegação de cerceamento de defesa por ausência de produção de prova pericial para verificação de lucros cessantes, vê-se que também não merece lograr êxito a tese desenhada.

Conforme art. 402 do CC, as perdas e danos abrangem, além do que o credor efetivamente perdeu, o que razoavelmente ele deixou de lucrar. Primeiramente, importa asseverar que, não obstante o reconhecimento do *an debeatur*, na fase de conhecimento, tal julgamento transitado em julgado não leva ao resultado inexorável de existência de *quantum debeatur*, sendo possível a liquidação ter como resultado o “dano zero” ou ser “sem resultado positivo”, e tal resultado na fase executória não significa ofensa à coisa julgada.

É factível que não seja comprovada a extensão do dano, o *quantum debeatur*, o que não ofende a coisa julgada, e, no caso em tela, houve a realização do devido processo legal, com oportunidade de defesa, e o juízo competente para verificação fática de existência ou não de lucros cessantes, mediante seu livre convencimento motivado, chegou à conclusão de que restou caracterizada a liquidação com resultado “zero”. Reavaliar tal conclusão judicial demandaria alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido, com o revolvimento das provas dos autos, o que é vedado em recurso especial, em razão da necessidade de respeito ao óbice inserto na Súmula n. 7 do STJ.

Como concluído no acórdão recorrido, não se admitem lucros presumidos e hipotéticos, e pretender modificar tal conclusão, com base na prova dos autos, esbarra, como dito, na Súmula n. 7/STJ. Nesse sentido, trago à colação, jurisprudência do STJ:

[...]

Destaque-se que o indeferimento de dilação probatória não leva à conclusão inexorável de cerceamento de defesa, sobretudo quando as provas já produzidas são suficientes para a resolução da demanda, segundo a análise competente e baseada no livre convencimento motivado da instância originária. Sabe-se que compete à instância ordinária exercer juízo sobre a necessidade ou não de dilação probatória, exatamente em decorrência de sua proximidade com as

circunstâncias fáticas da demanda sob julgamento. Nesse diapasão, relevante citar o entendimento jurisprudencial desta Corte:

[...]

Por fim, no que concerne ao pleito de consideração do valor de mercado atual do imóvel desapossado para efeitos de quantificação dos danos emergentes, e não o valor correspondente à época do desapossamento, que coincide com o negócio entabulado entre as partes em 4/3/1983, tudo para fins de não ocorrência de enriquecimento ilícito, segundo a tese defendida pela parte recorrente, percebe-se que verificar tal possibilidade fática de enriquecimento ilícito também afronta o teor da Súmula n. 7/STJ. A esse respeito, colaciono o seguinte precedente jurisprudencial do STJ:

[...]

Ante o exposto, conheço do agravo para conhecer do recurso especial e negar-lhe provimento.

Alega a parte recorrente que a hipótese em tela não é caso de aplicabilidade da Súmula n. 7/STJ.

Aduz que houve violação do art. 1.022, II e III, do CPC, além de erro material.

Assevera que não foi enfrentada a omissão alegada sobre os motivos pelos quais a indenização, na conversão da reintegração de posse em perdas e danos, não deve ser fixada com base no valor do bem na época do esbulho, mas sim na data do cumprimento de sentença, sobre a aplicação do princípio da reparação integral e sobre o enriquecimento ilícito do esbulhador. Alega também que há omissão no que diz respeito ao tema da coisa julgada material quanto à existência dos lucros cessantes e da vedação legal à rediscussão da lide e à modificação da sentença na liquidação e, por fim, que está caracterizada omissão sobre as alegações acerca de ocorrência de cerceamento de defesa. Por fim, alega erro material sobre a data da venda da fazenda.

Sustenta que o indeferimento da prova pericial na liquidação de sentença pelo procedimento comum e o julgamento antecipado configuram cerceamento de defesa quando o juiz julga o pedido referente aos lucros cessantes improcedente por insuficiência de provas.

Pontua, ainda, ofensa à coisa julgada material e inobservância da vedação legal à modificação da sentença na fase de liquidação. Enfatiza que não é permitido à parte, após a coisa julgada, tentar interpretá-la de forma a alegar matéria que deveria ter sido deduzida antes da sua formação.

Defende que a conversão da reintegração de posse em perdas e danos é admissível, e a indenização deve obedecer ao princípio da reparação integral, garantindo ao vencedor da ação originária uma compensação equivalente ao preço da coisa perdida na data em que ela deveria ser entregue.

Suscita, mais uma vez, a tese da intempestividade da contestação da parte agravada, o que levaria à aplicação dos efeitos da revelia.

Contrarrrazões apresentadas às fls. 1.184-1.217, sob o argumento de que a pretensão executória tinha como suporte tão somente lucros cessantes meramente especulativos e abstratos, decorrentes do quanto supostamente teriam deixado de lucrar com o cultivo de soja e milho no período, sem ao menos comprovar, quantificar ou demonstrar o cabimento dos supostos prejuízos ou sequer especificar a necessidade de realização de eventual perícia.

Aduz que suas pretensões colidem frontalmente com os óbices processuais insertos nas Súmulas n. 7 e 283 do STJ. Sustenta que é caso de aplicabilidade da Súmula n. 284/STF, porquanto toda a tese recursal se apoia em dispositivos legais aleatórios e argumentos sem sentido.

Defende, também, a ausência de cerceamento de defesa, bem como que a coisa julgada está preservada. E insiste no argumento de que a liquidação zero tem o condão de adequar à realidade uma sentença condenatória que, quando de sua liquidação, mostra-se vazia.

Alega que não tem sentido a argumentação apresentada quanto à intempestividade da contestação porque foi indicado dispositivo legal de forma equivocada, bem como realizada alegação genérica, o que leva à aplicação da Súmula n. 284/STF.

Destaca que o Tribunal *a quo* entende que o valor de 2017 da área consubstancia enriquecimento ilícito e tentar rever tal conclusão levaria à reanálise do acervo fático-probatório, o que é obstado pela Súmula n. 7/STJ. Ressalta que a parte agravante seria premiada com a supervalorização das terras sem ter investido um centavo sequer.

Na sessão do dia 12/12/2023, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo interno para converter o AREsp em REsp para posterior inclusão em pauta de julgamento, independentemente de publicação de acórdão (fls. 1.229-1.230).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Eminentes Pares, considerando a decisão de conversão exarada pela Terceira Turma, trago o presente recurso especial para julgamento.

Preliminarmente, as razões recursais apresentadas conseguem demonstrar a hipótese de seu cabimento, identificada de forma inequívoca a intenção de apontar a violação de norma federal, com demonstração de que o acórdão impugnado emitiu juízo explícito acerca do tema debatido e com a devida descrição e delineamento da questão controvertida pela parte recorrente.

Portanto, presentes os pressupostos processuais de admissibilidade, passo à análise do mérito recursal.

No concerne à intempestividade, tal tema já foi devidamente enfrentado e julgado (fl. 1.136):

Com relação à alegação da eventual intempestividade da contestação no cumprimento de sentença, vê-se que tal questão já foi devidamente e corretamente enfrentada, conforme se vê no acórdão de fls. 556 e ss., o qual explicitou de forma fundamentada que:

A decisão que recebeu a liquidação de sentença foi anulada, em razão da antecipação da realização de prova técnica, sem observância do procedimento adequado guiado pelo artigo 509, II, do CPC, conforme decidido pelo Agravo de Instrumento n. 1002906-36.2018.8.11.0000, tendo o Juízo singular determinado a intimação dos requeridos, ora agravados, para apresentarem contestação, o que foi cumprido no prazo, afastando, assim, tanto a alegação de intempestividade quando de nulidade por cerceamento de defesa.

No que diz respeito à alegação de negativa de prestação jurisdicional, reanalisando o caso em tela, entendo que o acórdão da segunda instância não resolveu satisfatoriamente as questões deduzidas no processo, incorrendo, sim, nos vícios de obscuridade, contradição ou omissão com relação a ponto controvertido relevante.

Na hipótese em tela, houve o reconhecimento do direito dos agravantes quanto ao imóvel, e o próprio acórdão recorrido entendeu que a indenização por lucros cessantes depende não só da quantificação do dano, mas da demonstração satisfatória de que, não fosse o dano, o lucro ocorreria inexoravelmente, ou seja, exige prova de que foi a conduta danosa a causadora da ruptura da linha temporal que levaria ao lucro futuro, situação não apontada nos autos.

Contudo, apesar do reconhecimento de que não houve demonstração satisfatória do dano, não tendo havido, segundo entendido, comprovação efetiva quanto aos lucros cessantes, houve recusa quanto à realização de perícia, tendo havido julgamento antecipado da lide.

No caso em tela, com relação aos lucros cessantes, não obstante ter havido produção de laudo pericial pela própria parte agravante quando apresentado o pleito de cumprimento de sentença, caracterizado está o cerceamento de defesa por ausência de produção de nova perícia. Explico.

Não se pode partir da premissa, como foi realizado no julgamento em instância originária, de que a prova pericial seria imprestável para o caso concreto porque seriam inúteis novas provas ante o decurso do tempo desde o desapossamento (1983) e os dias atuais, porquanto somente uma realização efetiva de perícia pode investigar e averiguar tal afirmativa sem embasamento probatório. Não propiciar a realização de prova pericial no caso concreto pode, sim, levar a um enriquecimento ilícito de uma das partes, apesar do reconhecido transitado em julgado do direito devido.

Assim, percebe-se que, no caso em tela, objetivamente, está caracterizada a ausência de amplo exercício de contraditório e ampla defesa, em decorrência da necessidade de realização de perícia técnica, o que denota a necessidade de devolução dos autos à origem para esmerado exercício do devido processo legal.

Quanto à necessidade de retorno dos autos à origem quando da necessidade de realização de instrução probatória, como é o caso dos autos, trago à colação o seguinte precedente:

Agravo interno no recurso especial. Ação renovatória. Contrato de locação não residencial. Valor do aluguel. *Laudo pericial deficiente ou insuficiente. Necessidade de nova perícia e contraditório.* Agravo interno provido.

1. *Considerado insuficiente, o laudo pericial, pelo julgador, para o esclarecimento da matéria, faz-se necessária a realização de nova perícia, propiciando-se às partes a indicação de assistente técnico, com observância do contraditório e da ampla defesa, nos termos do art. 480 do CPC/2015.*

2. Agravo interno provido.

(AgInt no REsp n. 1.871.694/RJ, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, relator para acórdão Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 3/11/2022, grifei.)

E não se diga, inclusive, que, no caso presente, estaria caracterizado o óbice inserto na Súmula n. 7 do STJ, porque não se está a reexaminar os fatos, não

se cuida de revolver a matéria de fato, como alegado pela parte recorrida, 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 no acórdão recorrido, conferir-lhes a correta qualificação jurídica, vale dizer, dar-lhes a devida valoração jurídica, conforme o acervo fático-probatório delineado pelo próprio Tribunal *a quo*.

Ante o exposto, diante da nulidade verificada no trâmite processual, dou provimento parcial ao recurso especial para devolução dos autos à origem para realização de dilação probatória com perícia técnica que se fizer necessária.

É como penso. 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