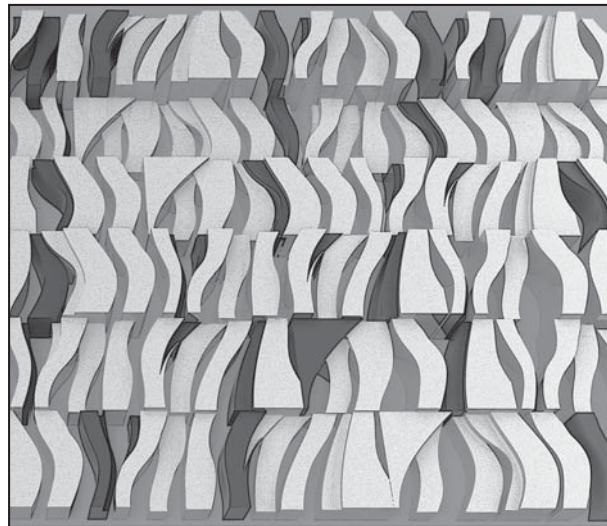


REVISTA

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA



PUBLICAÇÃO OFICIAL

REVISTA

VOLUME 252 - TOMO 1

ANO 30

OUTUBRO/NOVEMBRO/DEZEMBRO 2018

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Diretor

Ministro Mauro Campbell Marques

Chefe de Gabinete

Fernanda Teotonia Vale Carvalho

Servidores

Gerson Prado da Silva

Hekelson Bitencourt Viana da Costa

Maria Angélica Neves Sant'Ana

Marilisa Gomes do Amaral

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 a partir de 2009:

<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 MAURO CAMPBELL MARQUES

Diretor

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Plenário

Ministro **João Otávio de Noronha** (*Presidente*)

Ministra **Maria Thereza Rocha de Assis Moura** (*Vice-Presidente*)

Ministro **Felix Fischer**

Ministro **Francisco Cândido de Melo Falcão** Neto

Ministra **Fátima Nancy Andrichi**

Ministra **Laurita Hilário Vaz**

Ministro **Humberto Eustáquio Soares Martins** (*Corregedor Nacional de Justiça*)

Ministro Antonio **Herman** de Vasconcellos e **Benjamin** (*Diretor-Geral da ENFAM*)

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**

Ministro **Jorge Mussi**

Ministro Geraldo **Og Nicéas Marques Fernandes**

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Mauro Luiz Campbell Marques** (*Diretor da Revista*)

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Raul Araújo Filho**

Ministro **Paulo de Tarso Vieira Sanseverino**

Ministra Maria **Isabel Diniz Gallotti** Rodrigues

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Ministro Ricardo **Villas Bôas Cueva**

Ministro **Sebastião Alves dos Reis Júnior**

Ministro **Marco Aurélio Gastaldi Buzzi**

Ministro **Marco Aurélio Bellizze** Oliveira (*Ouvidor*)

Ministra **Assusete Dumont Reis Magalhães**

Ministro **Sérgio Luiz Kukina**

Ministro Paulo Dias de **Moura Ribeiro**

Ministra **Regina Helena Costa**

Ministro **Rogério Schietti Machado Cruz**

Ministro **Nefi Cordeiro**

Ministro Luiz Alberto **Gurgel de Faria**

Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**

Ministro Marcelo Navarro **Ribeiro Dantas**

Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**

Ministro **Joel Ilan Paciornik**

Resolução n. 19/1995-STJ, art. 3º.

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

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

Ministro **João Otávio de Noronha** (*Presidente*)
Ministra **Maria Thereza de Assis Moura** (*Vice-Presidente*)
Ministro **Felix Fischer**
Ministro **Francisco Falcão**
Ministra **Nancy Andrighi**
Ministra **Laurita Vaz**
Ministro **Humberto Martins**
Ministro **Herman Benjamin**
Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**
Ministro **Jorge Mussi**
Ministro **Og Fernandes**
Ministro **Luis Felipe Salomão**
Ministro **Mauro Campbell Marques**
Ministro **Benedito Gonçalves**
Ministro **Raul Araújo**

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

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

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

Ministra **Regina Helena Costa** (*Presidente*)
Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**
Ministro **Benedito Gonçalves**
Ministro **Sérgio Kukina**
Ministro **Gurgel de Faria**

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

Ministro **Francisco Falcão** (*Presidente*)

Ministro **Herman Benjamin**

Ministro **Og Fernandes**

Ministro **Mauro Campbell Marques**

Ministra **Assusete Magalhães**

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

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

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

Ministro **Moura Ribeiro** (*Presidente*)

Ministra **Nancy Andrichi**

Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino**

Ministro **Villas Bóas Cueva**

Ministro **Marco Aurélio Bellizze**

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

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

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Raul Araújo**

Ministra **Isabel Gallotti**

Ministro **Marco Buzzi**

Ministro **José Lázaro Alfredo Guimarães** *

* Desembargador Convocado (TRF da 5ª Região)

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

Ministro **Rogério Schietti Cruz** (*Presidente*)

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

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

Ministro **Felix Fischer**

Ministro **Jorge Mussi**

Ministro **Ribeiro Dantas**

Ministro **Joel Ilan Paciornik**

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

Ministro **Nefi Cordeiro** (*Presidente*)

Ministra **Laurita Vaz**

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

Ministro **Rogério Schietti Cruz**

Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**

COMISSÕES PERMANENTES

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

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

Ministra **Regina Helena Costa**

Ministro **Nefi Cordeiro**

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 **Nefi Cordeiro**

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

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

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Villas Bôas Cueva**

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

Ministro **Marco Aurélio Bellizze**

Ministro **Gurgel de Faria**

COMISSÃO GESTORA DE PRECEDENTES

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

Ministra **Assusete Magalhães**

Ministro **Rogério Schietti Cruz**

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

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

Ministro **João Otávio de Noronha** (*Presidente*)

Ministra **Maria Thereza Rocha de Assis Moura** (*Corregedora-Geral da Justiça Federal*)

Membros Efetivos

Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino**

Ministra **Isabel Gallotti**

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Membros Suplentes

Ministro **Villas Bôas Cueva**

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

Ministro **Marco Buzzi**

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS - ENFAM

Ministro **Herman Benjamin** (*Diretor-Geral*)

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

Ministro **Raul Araújo** (*Diretor do CEJ/CJF*)

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Mauro Campbell Marques**

MEMBROS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Ministro **Jorge Mussi** (*Corregedor-Geral*)

Ministro **Og Fernandes** (*Efetivo*)

Ministro **Luis Felipe Salomão** (*1º Substituto*)

Ministro **Mauro Campbell Marques** (*2º Substituto*)



SUMÁRIO

JURISPRUDÊNCIA

TOMO 1

CORTE ESPECIAL	23
AgInt nos EAREsp n. 814.129 - ES - Rel. Min. Humberto Martins	25
Embargos de divergência em recurso especial - Não cabimento - Recolhimento de custas - Comprovante ilegível - Súmula n. 168-STJ.	
EREsp n. 1.582.475 - MG - Rel. Min. Benedito Gonçalves	30
Execução de título extrajudicial - Dignidade do devedor - Preservação - Vencimentos - Percentual - Penhorabilidade.	
PRIMEIRA SEÇÃO	45
AgInt nos EAREsp n. 785.140 - RS - Rel. Min. Og Fernandes	47
Execução - Prescrição - Termo inicial.	
EDcl no REsp n. 1.657.156 - RJ - Rel. Min. Benedito Gonçalves	58
Medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS - Concessão - Requisitos - Direito à saúde.	
HC n. 434.686 - DF - Rel. Min. Sérgio Kukina.....	72
Extradicação ativa - Constrangimento ilegal - Não ocorrência.	
MS n. 23.231 - DF - Rel. Min. Assusete Magalhães.....	93
Anistia política - Direito líquido e certo - Reparação econômica retroativa - Cabimento.	
REsp n. 1.340.553 - RS - Rel. Min. Mauro Campbell Marques	121
Execução fiscal - Lei n. 6.830/1980, art. 40 - Prescrição intercorrente - Contagem.	

REsp n. 1.405.244 - SP - Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho.....	277
IPI - Selo de controle - Aquisição - Decreto-Lei n. 1.437/1975 - Estrita legalidade tributária - Ofensa - Prescrição quinquenal - Taxa de Poder de Polícia - Tributo - Lançamento de ofício.	
REsp n. 1.648.305 - RS - Rel. Min. Regina Helena Costa.....	314
Auxílio-acompanhante - Extensão - Possibilidade - Aposentados pelo Regime Geral da Previdência Social - Invalidez - Assistência permanente de terceiro - Comprovação - Necessidade - Lei n. 8.213/1991, art. 45.	
PRIMEIRA TURMA	379
AREsp n. 309.867 - ES - Rel. Min. Gurgel de Faria.....	381
Licitação - Empresa em recuperação judicial - Participação - Possibilidade.	
REsp n. 1.492.832 - DF - Rel. Min. Gurgel de Faria.....	390
Responsabilidade civil do Estado - Dever do Estado de indenizar - Não cabimento - Imposto de Importação (II) - Redução de alíquota - Indústria nacional - Impacto econômico-financeiro.	
REsp n. 1.565.166 - PR - Rel. Min. Regina Helena Costa	430
Servidor público estadual - Afastamento - Direitos fundamentais - Violação - Imprescritibilidade da ação - Perseguição política - Regime militar.	
RO n. 179 - RJ - Rel. Min. Sérgio Kukina.....	439
Taxa de Coleta Domiciliar de Lixo (TCDL) - Execução fiscal ajuizada por Município em face de Estado estrangeiro - Imunidade de jurisdição - Renúncia - Ausência.	
SEGUNDA TURMA	445
AREsp n. 667.867 - SP - Rel. Min. Og Fernandes.....	447
Responsabilidade civil ambiental - Degradação ambiental - Derramamento de óleo - Poluição - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade.	
AgInt no AREsp n. 964.974 - GO - Rel. Min. Francisco Falcão	463
Improbidade administrativa - Elemento subjetivo - Existência - Lei n. 8.429/1992, arts. 10, IX, e 11, <i>caput</i> - Princípios administrativos - Ofensa.	

AgInt nos REsp n. 1.419.098 - MS - Rel. Min. Assusete Magalhães.....482

Área de preservação permanente - Ocupação e edificação - Dever de reparação do agente causador do dano ambiental - Licença administrativa - Ilegalidade - Teoria do fato consumado - Inaplicabilidade.

REsp n. 1.657.075 - PE - Rel. Min. Francisco Falcão516

Direito à saúde - Importação de medicamento - Legitimidade passiva *ad causam* - União.

SEGUNDA SEÇÃO 525

EREsp n. 1.280.825 - RJ - Rel. Min. Nancy Andriighi527

Responsabilidade civil - CC/2002, art. 205 - Inadimplemento contratual - Prescrição decenal.

REsp n. 1.108.058 - DF - Rel. Min. Maria Isabel Gallotti.....580

Ação de consignação em pagamento - Depósito integral da dívida - Necessidade.

REsp n. 1.312.736 - RS - Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira.....621

Previdência privada - Verbas remuneratórias - Inclusão nos cálculos de proventos de complementação de aposentadoria.

REsp n. 1.680.318 - SP - Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva.....656

Plano de saúde coletivo empresarial - Contribuição exclusiva do empregador - Ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa - Manutenção no plano - Não cabimento.

TOMO 2

TERCEIRA TURMA 679

REsp n. 1.432.665 - SP - Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze681

Contrato de cessão fiduciária de título de crédito - Registro no domicílio das partes contratantes.

REsp n. 1.584.441 - SP - Rel. Min. Moura Ribeiro698

Sociedade empresarial estrangeira - Representação no Brasil - CPC/2015, art. 21, I e parágrafo único - Prestação de caução - Desnecessidade.

REsp n. 1.615.979 - RS - Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino	704
Responsabilidade civil - Ação civil <i>ex delicto</i> - CC, art. 188 - Inaplicabilidade - Indenização - Pensionamento - Legítima defesa - Excesso.	
REsp n. 1.653.141 - SP - Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino.....	722
Ação de liquidação de cotas sociais com apuração de haveres - Citação dos sócios - Ausência - Cooperativa - Fase de cumprimento de sentença.	
REsp n. 1.658.568 - RJ - Rel. Min. Nancy Andrichi.....	729
Ação coletiva de consumo - Arrendamento mercantil - Arrendatário - Culpa - Ausência - Parcelas vincendas - Cobrança - Impossibilidade - Perda do bem arrendado garantido por contrato de seguro.	
REsp n. 1.698.701 - RJ - Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva	759
Uso indevido de imagem - Fins comerciais - CC/2002, art. 884 - Dever de restituição - Enriquecimento sem causa - Lucro da intervenção.	
REsp n. 1.724.544 - SP - Rel. Min. Moura Ribeiro	781
Compromisso de compra e venda - Comissão de corretagem - Restituição de valores - Imóvel na planta - Prazo prescricional - Termo inicial.	
REsp n. 1.758.746 - GO - Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze	794
Recuperação judicial - Bem de capital - Inexistência - Trava bancária - Restabelecimento.	
QUARTA TURMA.....	813
AgInt no AREsp n. 197.916 - RJ - Rel. Min. Raul Araújo	815
Ação civil pública - Carência de ação - Direitos disponíveis e heterogêneos - Extinção do processo sem julgamento do mérito.	
HC n. 439.973 - MG - Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira.....	822
Prisão civil - Legitimidade - Débito alimentar incontroverso - Pagamento parcial da dívida - Revogação do decreto prisional - Não cabimento - Teoria do Adimplemento Substancial - Não incidência.	
RHC n. 97.876 - SP - Rel. Min. Luis Felipe Salomão	849
Execução de título extrajudicial - Coação ilegal - Passaporte - Retenção.	

REsp n. 1.155.547 - MG - Rel. Min. Marco Buzzi.....	871
Doação - Cláusulas de impenhorabilidade e incomunicabilidade - Imóvel - Alienação - Possibilidade.	
REsp n. 1.660.278 - RJ - Rel. Min. Marco Buzzi.....	885
Ação de responsabilidade civil - Ex-administradores de seguradora em liquidação extrajudicial - Atos omissivos - Medida cautelar de arresto.	
REsp n. 1.678.667 - RJ - Rel. Min. Raul Araújo.....	903
Ação de responsabilidade civil por perdas e danos - Cláusula compromissória no contrato social - Existência - CPC/2015, art. 485, VII - Extinção do processo sem julgamento do mérito.	
REsp n. 1.688.243 - RJ - Rel. Min. Luis Felipe Salomão.....	919
Aparelhos telefônicos celulares - Utilização do termo <i>iphone</i> .	
REsp n. 1.691.075 - RS - Rel. Min. Maria Isabel Gallotti.....	958
Previdência privada - Renda Mensal Inicial - Revisão do cálculo.	
TERCEIRA SEÇÃO	1015
CC n. 160.748 - SP - Rel. Min. Sebastião Reis Júnior.....	1017
Competência - Contrabando de cigarros - Índícios de transnacionalidade na conduta do agente - Desnecessidade - Justiça Federal.	
HC n. 323.409 - RJ - Rel. Min. Felix Fischer.....	1029
Crime de homicídio qualificado - Decisão absolutória - Anulação - Soberania dos veredictos - Ofensa - Não ocorrência.	
MS n. 15.096 - DF - Rel. Min. Ribeiro Dantas.....	1069
Policial Rodoviário Federal - Cerceamento de defesa - Ocorrência - Pena de demissão - Anulação - Processo administrativo disciplinar - Produção de provas - Requerimento - Indeferimento pela Comissão Processante - Fundamentação inidônea.	
REsp n. 1.710.674 - MG - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca.....	1082
Execução penal - Estabelecimento penal adequado - Inexistência - Parâmetros - Observância - Necessidade - Prisão domiciliar - Concessão imediata - Não cabimento.	

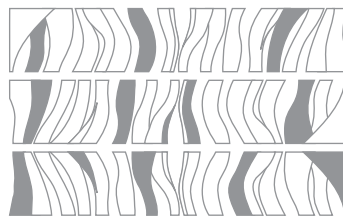
QUINTA TURMA..... 1101

- HC n. 160.901 - GO - Rel. Min. Ribeiro Dantas 1103
Favorecimento da prostituição - Absolvição - Atipicidade da conduta - CPP, art. 386, III.
- HC n. 427.498 - SP - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik 1115
Crime de homicídio qualificado - Nulidade absoluta - Não ocorrência - Prejuízo à defesa - Ausência - Tribunal do Júri - Depoimento das testemunhas - Degravação - Não obrigatoriedade.
- HC n. 430.387 - RJ - Rel. Min. Felix Fischer..... 1123
Organização criminosa - Lavagem de dinheiro - Deputado estadual - Medidas cautelares diversas da prisão - Inviabilidade - Prisão preventiva - Fundamentação - Ocorrência.
- HC n. 453.437 - SP - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca..... 1149
Crime de tráfico de entorpecente - Circunstâncias judiciais favoráveis - Pena privativa de liberdade - Substituição - Réu primário.
- HC n. 455.901 - RJ - Rel. Min. Jorge Mussi 1161
Crime de calúnia - Suspensão condicional do processo - Negativa - Fundamento inidôneo.
- RHC n. 83.320 - DF - Rel. Min. Jorge Mussi..... 1167
Crime contra a ordem econômica - Suspensão condicional do processo - Ministério Público - Manifestação.
- RHC n. 92.907 - SC - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik..... 1184
Crime contra a ordem tributária - Requisição de informações pela Receita Federal diretamente a instituições bancárias - Possibilidade.

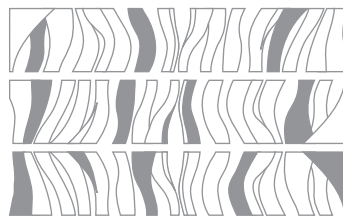
SEXTA TURMA 1197

- HC n. 460.286 - SP - Rel. Min. Laurita Vaz..... 1199
Crime de tráfico de entorpecente - Confissão espontânea - Reconhecimento da atenuante - Pena-base - Princípio da individualização da pena - Ofensa.

IAC no RHC n. 75.768 - RN - Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro	1214
Incidente de Assunção de Competência - Pedido de instauração - Indeferimento.	
RHC n. 55.940 - SP - Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro.....	1221
Crime de exploração de prestígio - Ação penal - Trancamento - Atipicidade da conduta.	
RHC n. 85.272 - RS - Rel. Min. Nefi Cordeiro	1232
Crime de dano qualificado - Ação penal - Trancamento - Idoso - Inutilização de um cone - Princípio da insignificância - Incidência - Réu primário - Súmula n. 599-STJ - Mitigação excepcional justificada.	
RMS n. 54.112 - SP - Rel. Min. Nefi Cordeiro.....	1238
Defensor Público - Recusa de prestação de assistência a jurisdicionado - Multa - Afastamento - Réu - Advogado constituído nos autos.	
REsp n. 1.738.264 - DF - Rel. Min. Sebastião Reis Júnior	1248
Crime de tortura - Não configuração - Lei n. 9.455/1997, art. 1º, II.	
REsp n. 1.745.410 - SP - Rel. Min. Laurita Vaz	1268
Crime de corrupção passiva - Configuração - Atipicidade da conduta - Afastamento.	
SÚMULAS	1291
ÍNDICE ANALÍTICO	1307
ÍNDICE SISTEMÁTICO.....	1329
SIGLAS E ABREVIATURAS.....	1335
REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	1341



Jurisprudência



Corte Especial

**AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO
EM RECURSO ESPECIAL N. 814.129-ES (2015/0288420-8)**

Relator: Ministro Humberto Martins
Agravante: Antonio Carlos Rocha
Agravante: Luzia Sarmiento Rocha
Advogado: Gustavo Sipolatti e outro(s) - ES010589
Agravado: Jair Macedo Goncalves - Espólio
Agravado: Olga da Penha Palauro
Advogado: Rodrigo Bassette Tardin e outro(s) - ES012177
Agravado: Jucelio Geraldo Araujo
Agravado: Giovanna Miez Araujo
Advogado: Sem representação nos autos - SE000000M

EMENTA

Processual Civil. Embargos de divergência. Comprovante de recolhimento de custas ilegível. Acórdão embargado em conformidade com a jurisprudência consolidada desta Corte. Súmula 168/STJ.

1. O acórdão embargado expressa o mesmo entendimento adotado pelos paradigmas trazidos aos autos para embasar a suposta divergência, qual seja, a falha na digitalização e o recolhimento do preparo devem ser demonstrados mediante indícios de prova, não bastando a mera alegação, como no caso de que ora se cuida.

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

Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça A

Corte Especial, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Felix Fischer, Francisco Falcão, Nancy Andrichi e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Presidente

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 9.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de agravo interno interposto por *Antonio Carlos Rocha e Luzia Sarmento Rocha* contra decisão monocrática por mim proferida, que indeferiu liminarmente os embargos de divergência nos termos da seguinte ementa (fl. 1.160, e-STJ):

Processo Civil. Embargos de divergência. Acórdão embargado em conformidade com a jurisprudência consolidada do STJ. Súmula 168/STJ. Embargos de divergência indeferidos liminarmente.

Sustenta a agravante, em resumo, que “há erro de premissa em relação a divergência, pois analisado unicamente o acórdão que julgou o agravo regimental sem levar em consideração o que julgou os embargos de declaração” (fl. 1.172, e-STJ).

Aduz que “a premissa correta da divergência decorre do respeitoso posicionamento adotado pela 3ª Turma, no sentido de ser necessária a juntada de exclusiva certidão específica comprobatória do erro de digitalização e do preparo expedida pela Corte Estadual atestando tal fato, para somente assim afastar a deserção” (fl. 1.176, e-STJ).

Impugnação apresentada, defendendo que o presente recurso não deve ser provido, pois não há a alegada divergência (fls. 1.195-1.211, e-STJ).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Não há como prosperar a pretensão de reforma da decisão agravada.

Cuida-se, na origem, de ação ordinária que os ora embargantes moveram contra os embargados, pleiteando, em síntese, a transferência de imóvel, a devolução de cheques por eles emitidos, e o ressarcimento de prejuízos e lucros cessantes, consoante consta dos autos.

O pedido foi julgado parcialmente procedente, para condenar os agravados Jucélio Geraldo Araújo e Giovanna Miez Araújo a indenizar os agravantes por parte do imóvel em litígio. Os agravantes apelaram. O Tribunal local deu parcial provimento ao apelo, apenas no tocante à sucumbência.

Irresignados, os agravantes interpuseram recurso especial, ao qual foi negado seguimento em decisão monocrática do relator, em razão de deserção, tendo em vista que a guia de recolhimento de custas está ilegível. Julgado o agravo pela Turma, foi mantida a deserção, em ementa assim transcrita (fl. 1.023, e-STJ):

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Comprovações do preparo ilegíveis. Alegação de falha do Tribunal de origem. Não comprovação.

1. A alegação de falha ou erro no procedimento de remessa de peças realizado pelo Tribunal de origem, quando não comprovada, não tem o condão de afastar o óbice da deserção.

2. Agravo regimental desprovido.

A discussão nos presentes embargos de divergência cinge-se a saber se a guia de preparo ilegível serve como comprovante de recolhimento de custas.

O Ministério Público Federal, ao exarar o seu parecer, opinou pelo não conhecimento dos embargos, à mingua de divergência entre o acórdão embargado e a jurisprudência desta Corte, consoante o seguinte excerto do opinativo (fl. 1.155, e-STJ):

Verifica-se, de início, que, ao julgar o agravo regimental e, por conseguinte, manter a decisão que concluiu pela deserção do apelo das partes, a Terceira Turma não se afastou da inteligência da Corte Superior de Justiça. A propósito, são vários os julgados que repisam que a mera alegação de falha do tribunal de

origem no tocante à digitalização da demanda não basta para repelir o óbice da deserção, sendo indispensável qualquer indício de prova.

Com efeito, o acórdão embargado expressa o mesmo entendimento adotado pelos paradigmas trazidos aos autos para embasar a suposta divergência, qual seja, a falha na digitalização e o recolhimento do preparo devem ser demonstrados mediante indícios de prova, não bastando a mera alegação, como no caso de que ora se cuida.

Confira-se este excerto do aresto embargado (fls. 1.026/1.027, e-STJ):

Alegam os agravantes, em síntese, que procederam ao recolhimento do preparo no ato de interposição do recurso especial. Aduzem que houve falha do Tribunal de origem quanto à juntada das guias e comprovantes de pagamento legíveis.

Entretanto, o recurso não merece prosperar.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que *a mera alegação de falha do Tribunal a quo, seja na digitalização dos autos, seja no extravio das guias de preparo e de seus respectivos comprovantes, não tem o condão de afastar o óbice da deserção.*

Ademais, é ônus da parte a verificação da correta instrução do processo.

No julgamento dos embargos de declaração, que foram rejeitados, a Turma reiterou o seu entendimento no sentido de que deve ser mantido o não conhecimento do recurso, consoante o seguinte excerto (fl. 1.050, e-STJ):

Na petição de agravo regimental, a parte colaciona as guias de preparo e os respectivos comprovantes de pagamento completos; todavia, conforme asseverado no acórdão embargado, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que é ônus da parte a verificação da correta instrução do processo e a mera alegação de falha na digitalização do Tribunal de origem desacompanhada de certidão comprobatória não tem o condão de afastar óbice relativo ao conhecimento do recurso.

Observa-se, por conseguinte, que o aresto recorrido decidiu em conformidade com a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, sendo, pois, incabíveis estes embargos de divergência ante a aplicação da Súmula 168 do STJ: “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”.

Nesse sentido, os precedentes da Corte Especial:

Tributário. Agravo interno nos embargos de divergência. Repetição de indébito. Taxa Selic. Termo inicial. Divergência superada. Não cabem embargos de divergência quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado (Súmula 168/STJ). Agravo interno da Companhia Petroquímica do Sul-Copesul a que se nega provimento.

1. A 1ª Seção do STJ, ao julgar sob o rito do art. 543-C do CPC (REsp 1.111.175/SP (Rel. Min. Denise Arruda, DJe 1º.7.2009), consolidou entendimento de que, na restituição de tributos federais, aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996. Desse modo, aplica-se o disposto na Súmula 168/STJ: Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.

2. Deve ser mantido o acórdão embargado, segundo o qual, após a edição da Lei 9.250/1995, passou a incidir a taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º.1.1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data), destacando que o art. 13 da Lei 9.065/1995 fixou a incidência da SELIC, a partir de 1º.4.94, apenas como juros e correção dos tributos e contribuições federais pagos a destempo, sendo inaplicável na repetição do indébito tributário.

3. *Assim, não restam evidenciados na espécie os requisitos de admissibilidade dos Embargos de Divergência, porquanto o entendimento firmado pelo acórdão embargado encontra-se em consonância com a atual jurisprudência desta Corte.*

4. Agravo Interno da Companhia Petroquímica do Sul-Copesul a que se nega provimento. (AgInt nos EDcl nos EREsp 1.307.687/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 14/6/2017, DJe 21/6/2017.)

Direito Processual Civil. Agravo interno nos embargos de divergência em recurso especial. Cotejo entre acórdãos paradigma e embargado. Ausência. Ação de compensação por danos morais. Prazo prescricional. Súmula 168/STJ.

1. Os embargos não podem ser conhecidos pela divergência se o embargante não providencia o devido cotejo analítico, nos termos do disposto nos artigos 266, § 1º, c/c 255, § 2º, do RISTJ.

2. *Não cabem embargos de divergência quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado. Súmula 168/STJ.*

3. Agravo interno nos embargos de divergência desprovidos. (AgInt nos EREsp 1.296.380/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 14/6/2017, DJe 20/6/2017.)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como penso. É como voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 1.582.475-MG
(2016/0041683-1)**

Relator: Ministro Benedito Gonçalves
Embargante: Humberto Pereira de Abreu Júnior
Advogados: Hélcio Geraldo de Oliveira Corrêa - MG036107
Igor Anício de Godoy Mendes Corrêa - MG088176
Victor Anício de Godoy Mendes Corrêa e outro(s) -
MG106372
Maria José de Godoy Mendes Corrêa - MG108122
Embargado: Euler Nogueira Mendes
Advogados: Victor Fontão Rebêlo - MG121500
Celio Marcos Lopes Machado - MG103944
Ana Clara da Cunha Peixoto Reis e outro(s) - MG110690
Guilherme Rodriguez de Macedo - MG138055
Interes.: Walkiria Caetano de Abreu

EMENTA

Processual Civil. Embargos de divergência em recurso especial. Execução de título extrajudicial. Impenhorabilidade de vencimentos. CPC/73, art. 649, IV. Dívida não alimentar. CPC/73, art. 649, parágrafo 2º. Exceção implícita à regra de impenhorabilidade. Penhorabilidade de percentual dos vencimentos. Boa-fé. Mínimo existencial. Dignidade do devedor e de sua família.

1. Hipótese em que se questiona se a regra geral de impenhorabilidade dos vencimentos do devedor está sujeita apenas à exceção explícita prevista no parágrafo 2º do art. 649, IV, do CPC/73 ou se, para além desta exceção explícita, é possível a formulação de exceção não prevista expressamente em lei.

2. Caso em que o executado auferia renda mensal no valor de R\$ 33.153,04, havendo sido deferida a penhora de 30% da quantia.

3. A interpretação dos preceitos legais deve ser feita a partir da Constituição da República, que veda a supressão injustificada de qualquer direito fundamental. A impenhorabilidade de salários,

vencimentos, proventos etc. tem por fundamento a proteção à dignidade do devedor, com a manutenção do mínimo existencial e de um padrão de vida digno em favor de si e de seus dependentes. Por outro lado, o credor tem direito ao recebimento de tutela jurisdicional capaz de dar efetividade, na medida do possível e do proporcional, a seus direitos materiais.

4. O processo civil em geral, nele incluída a execução civil, é orientado pela boa-fé que deve reger o comportamento dos sujeitos processuais. Embora o executado tenha o direito de não sofrer atos executivos que importem violação à sua dignidade e à de sua família, não lhe é dado abusar dessa diretriz com o fim de impedir injustificadamente a efetivação do direito material do exequente.

5. Só se revela necessária, adequada, proporcional e justificada a impenhorabilidade daquela parte do patrimônio do devedor que seja efetivamente necessária à manutenção de sua dignidade e da de seus dependentes.

6. A regra geral da impenhorabilidade de salários, vencimentos, proventos etc. (art. 649, IV, do CPC/73; art. 833, IV, do CPC/2015), pode ser excepcionada quando for preservado percentual de tais verbas capaz de dar guarida à dignidade do devedor e de sua família.

7. Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça prosseguindo no julgamento, após o voto-vista regimental do Sr. Ministro Relator, por maioria, conhecer dos embargos de divergência e negar-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Nancy Andrichi, Laurita Vaz, Maria Thereza de Assis Moura, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Luis Felipe Salomão e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Herman Benjamin que conhecia dos embargos de divergência e dava-lhes provimento.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Felix Fischer, Humberto Martins e Raul Araújo.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.
Brasília (DF), 03 de outubro de 2018 (data do julgamento).
Ministro João Otávio de Noronha, Presidente
Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 16.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de embargos de divergência contra acórdão prolatado pela *Terceira Turma*, assim ementado:

Agravo interno no recurso especial. Execução extrajudicial. Penhora de valores em conta salário. Excepcional possibilidade. Questão a ser sopesada com base na teoria do mínimo existencial. Possibilidade de se excepcionar a regra do artigo 649, IV, do CPC/73, quando o montante do bloqueio se revele razoável em relação à remuneração pelo devedor percebida, o que, não afronta a dignidade ou a subsistência do devedor e de sua família. Precedente específico. Agravo interno desprovido.

Afirma que a decisão embargada diverge da orientação adotada pela *Segunda Turma* no julgamento do acórdão indicado como paradigma, assim ementado:

Processual Civil e Administrativo. Militar. Execução de título extrajudicial. Contrato de mútuo. Inadimplemento. Consignação em folha de pagamento. Impossibilidade. Impenhorabilidade de conta-salário. Art. 649, IV, do CPC/1973. Precedentes.

1. O Tribunal de origem, no julgamento do Agravo de Instrumento, manteve a decisão de primeiro grau, que consignou a impenhorabilidade do salário e que a penhora no percentual de 30% dos rendimentos do agravado não encontra respaldo legal.

2. Não merece reparo o acórdão recorrido, porquanto reflete o *entendimento firmado no STJ acerca da matéria, segundo o qual o salário, soldo ou remuneração são impenhoráveis, nos termos do art. 649, IV, do CPC/1973, sendo essa regra excetuada unicamente quando se tratar de penhora para pagamento de prestação alimentícia.*

3. Por fim, verifica-se que não houve ofensa ao art. 535 do CPC/1973 na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes

autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

4. Recurso Especial não provido.

(REsp 1.608.738/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/02/2017, DJe 07/03/2017)

Sustenta que a única exceção à impenhorabilidade de verba salarial dá-se para o pagamento de pensão alimentícia, nos termos do entendimento adotado pelo acórdão paradigma.

Os embargos de divergência foram admitidos pela decisão de fls. 641/642.

O embargado apresentou impugnação às fls. 648/649. Conta que a execução tem por fundamento título de crédito emitido em razão de empréstimo que fez ao executado, que é seu concunhado. Afirmo que a execução não foi embargada nem paga e, em razão disso, requereu a penhora de 30% dos rendimentos mensais auferidos pelo embargante, que percebe mensalmente subsídio no valor de R\$ 33.153,04, conforme contracheque acostado aos autos. O requerimento foi deferido pelo TJ-MG e pela Terceira Turma do STJ.

Preliminarmente, alega que não cabem Embargos de Divergência contra acórdão proferido no julgamento de Agravo Interno, bem ainda que não cabem Embargos de Divergência se a decisão recorrida estiver em conformidade com a jurisprudência já pacificada no STJ.

No mérito, afirmo que a remuneração líquida percebida pelo embargante é de R\$ 20.996,00 e que há 12 meses a penhora de 30% deste valor se tornou eficaz, concluindo que a constrição não está interferindo no sustento e dignidade do embargante. Menciona diversos julgados da Terceira e da Quarta Turma que concluíram pela relativização da regra de impenhorabilidade de remunerações mesmo para o pagamento de débitos não alimentares, desde que preservado o suficiente para garantir a subsistência digna do devedor e de sua família.

O Ministério Público Federal apresentou parecer (fls. 672/675) pelo provimento do recurso, ao entendimento de que é neste sentido a jurisprudência do STJ.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Trata-se de Embargos de Divergência em que se discute, em síntese, se a regra de impenhorabilidade

das verbas previstas no art. 649, IV, do CPC/73 encontra exceção *apenas* para o pagamento de verba alimentar (conforme exceção expressa constante do parágrafo 2º do mesmo artigo) ou se também se deverá permitir a penhora de parte de tais verbas no caso de a proporção penhorada do salário do devedor se revelar razoável, de modo a não afrontar a dignidade ou subsistência do devedor e de sua família.

Preliminarmente, observo que o acórdão embargado, proferido no julgamento de Agravo Interno em Recurso Especial, é embargável de divergência. Isto porque o Recurso Especial foi inicialmente decidido monocraticamente e apenas após a interposição do Agravo Interno é que a Terceira Turma teve a oportunidade de decidir o Recurso Especial, então de forma colegiada. A hipótese, assim, atende à exigência do art. 1.043 do CPC/2015.

Ainda preliminarmente, verifico não se estar diante de caso de aplicação do verbete sumular n. 168/STJ (“*Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado*”).

Isto porque, consoante se revela da divergência entre os acórdãos cotejados nos presentes Embargos de Divergência, aparentemente as Turmas integrantes da *Primeira Seção* não admitem a penhora das verbas previstas no art. 649, IV, do CPC/73, a não ser no caso de débito alimentar, ao passo que as Turmas integrantes da *Segunda Seção* admitem também a penhora em caso de empréstimo consignado e em casos em que a remuneração do devedor comporta penhora parcial sem prejuízo à dignidade e subsistência do devedor e de sua família.

Assim, da Primeira Turma, confirmam-se:

Agravo interno no agravo em recurso especial. Execução extrajudicial. Desconto em folha de pagamento. Impenhorabilidade.

1. “O entendimento do STJ é de que o salário, soldo ou remuneração são impenhoráveis, nos termos do art. 649, IV, do CPC/1973, sendo essa regra excepcionada unicamente quando se tratar de penhora para pagamento de prestação alimentícia.” (AgInt no REsp 1.579.345/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 27/06/2017, DJe 30/06/2017)

2. O exame da pretensão recursal sob a alegação de que o próprio contrato firmado com a FHE autoriza a consignação em folha de pagamento, tal como colocada, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório, bem como de cláusulas contratuais, providências vedadas em recurso especial, consoante os óbices previstos nas Súmulas 5 e 7 do STJ.

3. Pelos mesmos motivos, segue obstado o recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional, sendo certo que não foram atendidas as exigências dos arts. 1.029, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 1.116.479/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 10/11/2017)

Processual Civil e Administrativo. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Servidor público. Remuneração. Penhora. Impossibilidade.

1. *A teor do disposto no artigo 649, IV, do CPC, é absoluta a impenhorabilidade dos vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios, as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, que apenas pode ser afastada nos casos de execução de alimentos, o que não é o caso dos autos.* Precedentes: AgRg no AREsp 407.833/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 3/2/2015; REsp 1.211.366/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13/12/2011; AgRg no REsp 1.127.084/MS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 16/12/2010.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 585.251/RO, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 24/02/2015, DJe 04/03/2015)

Da Segunda Turma:

Processual Civil. Ação de execução. Impossibilidade de penhora sobre vencimentos de servidores públicos.

1. *O Tribunal de origem decidiu que não é possível a penhora de 30% (trinta por cento) do salário da recorrente para o pagamento de dívida de natureza não alimentar, em conformidade com o entendimento pacífico do STJ.*

2. Não merece reparo o acórdão recorrido, porquanto *reflete o entendimento firmado no âmbito do STJ acerca da matéria, segundo a qual o salário, soldo ou remuneração são impenhoráveis, nos termos do art. 649, IV, do CPC/1973, sendo essa regra excepcionada quando se tratar de penhora para pagamento de prestação alimentícia.*

3. Recurso Especial não provido.

(REsp 1.721.084, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/04/2018)

Processual Civil e Administrativo. Militar. Execução de título extrajudicial. Contrato de mútuo. Inadimplemento. Consignação em folha de pagamento.

Impossibilidade. Impenhorabilidade de conta-salário. Art. 649, IV, do CPC/1973. Precedentes.

1. *O Tribunal de origem, no julgamento do Agravo de Instrumento, manteve a decisão de primeiro grau, que consignou a impenhorabilidade do salário e que a penhora no percentual de 30% dos rendimentos do agravado não encontra respaldo legal.*

2. *Não merece reparo o acórdão recorrido, porquanto reflete o entendimento firmado no STJ acerca da matéria, segundo o qual o salário, o soldo ou a remuneração são impenhoráveis, nos termos do art. 649, IV, do CPC/1973, sendo essa regra excetuada unicamente quando se tratar de penhora para pagamento de prestação alimentícia.*

3. *Por fim, verifica-se que não houve ofensa ao art. 535 do CPC/1973 na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.*

4. *Recurso Especial a que se nega provimento.*

(REsp 1.679.002, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03/10/2017)

Da Terceira Turma:

Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Penhora de verba salarial. Percentual de 30%. Impossibilidade. Decisão mantida.

1. *Esta Corte Superior adota o posicionamento de que o caráter da impenhorabilidade dos vencimentos, soldos e salários (dentre outras verbas destinadas à remuneração do trabalho) é excepcionado apenas quando se tratar de penhora para pagamento de prestações alimentícias.*

2. *Excepcionalmente, a regra geral da impenhorabilidade, mediante desconto de conta bancária, de vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações e proventos de aposentadoria, constante do art. 649, IV, do CPC, incidente na generalidade dos casos, deve ser excepcionada, no caso concreto, diante das condições fáticas bem firmadas por sentença e Acórdão na origem (Súmula 7/STJ) (REsp 1.285.970/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 27/5/2014, DJe 8/9/2014).*

3. *No presente caso, a Corte local em nada se manifestou acerca de outras tentativas para receber o valor devido.*

4. *Inaplicabilidade das disposições do NCPC, no que se refere aos requisitos de admissibilidade dos recursos, são inaplicáveis ao caso concreto ante os termos do Enunciado n. 1 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: 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.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.497.214/DF, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 26/04/2016, DJe 09/05/2016)

Recurso especial. Execução. Dívida apurada em inventário. Omissão e ausência de fundamentação do acórdão recorrido. Inexistência. Penhora de salário. Possibilidade.

1.- Os embargos de declaração são corretamente rejeitados se não há omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido, tendo sido a lide dirimida com a devida e suficiente fundamentação.

2.- *A regra geral da impenhorabilidade, mediante desconto de conta bancária, de vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações e proventos de aposentadoria, constante do art. 649, IV, do CPC, incidente na generalidade dos casos, deve ser excepcionada, no caso concreto, diante das condições fáticas bem firmadas por sentença e Acórdão na origem (Súmula 7/STJ), tendo em vista a recalcitrância patente do devedor em satisfazer o crédito, bem como o fato de o valor descontado ser módico, 10% sobre os vencimentos, e de não afetar a dignidade do devedor, quanto ao sustento próprio e de sua família. Precedentes.*

3.- Recurso Especial improvido.

(REsp 1.285.970/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 27/05/2014, DJe 08/09/2014)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. 1. Contrato locatício. Fiança. Penhora de salários em conta corrente. Impossibilidade. Tese do Tribunal *a quo* em consonância com o entendimento desta Corte. Súmula 83/STJ. 2. Recurso improvido.

1. De rigor, na espécie, a incidência do enunciado n. 83 da Súmula desta Casa, pois a conclusão alcançada pelo Tribunal *a quo* vai ao encontro da compreensão do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que *a impenhorabilidade absoluta do salário, prevista no art. 649, inciso IV, do Código de Processo Civil, somente é excepcionada quando se tratar de contratos bancários com pactuação expressa acerca do desconto por consignação, de até 30% (trinta por cento) da remuneração, e da cobrança de verbas de caráter alimentar, não alcançando o inadimplemento decorrente de relação locatícia.*

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 677.476/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 19/05/2015, DJe 29/05/2015)

Direito Processual Civil. Recurso especial. Ação de execução de título executivo extrajudicial. *Penhora de percentual de salário. Relativização da regra de impenhorabilidade.* Possibilidade.

1. Ação ajuizada em 25/05/2015. Recurso especial concluso ao gabinete em 25/08/2016. Julgamento: CPC/73.

2. O propósito recursal é definir se, *na hipótese, é possível a penhora de 30% (trinta por cento) do salário do recorrente para o pagamento de dívida de natureza não alimentar.*

3. *Em situações excepcionais, admite-se a relativização da regra de impenhorabilidade das verbas salariais prevista no art. 649, IV, do CPC/73, a fim de alcançar parte da remuneração do devedor para a satisfação do crédito não alimentar, preservando-se o suficiente para garantir a sua subsistência digna e a de sua família. Precedentes.*

4. Na espécie, em tendo a Corte local expressamente reconhecido que a constrição de percentual de salário do recorrente não comprometeria a sua subsistência digna, inviável mostra-se a alteração do julgado, uma vez que, para tal mister, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, inviável a esta Corte em virtude do óbice da Súmula 7/STJ.

5. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp 1.658.069/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/11/2017, DJe 20/11/2017)

Processo Civil. Recurso especial. Ação de cobrança. Cumprimento de sentença. *Penhora de proventos de aposentadoria. Relativização da regra da impenhorabilidade.*

1. Ação de cobrança, em fase de cumprimento de sentença, de que foi extraído o presente recurso especial, interposto em 12/12/2012 e concluso ao Gabinete em 25/08/2016.

2. O propósito recursal é decidir sobre a possibilidade de penhora de 30% (trinta por cento) de verba recebida a título de aposentadoria para o pagamento de dívida de natureza não alimentar.

3. *Quanto à interpretação do art. 649, IV, do CPC/73, tem-se que a regra da impenhorabilidade pode ser relativizada quando a hipótese concreta dos autos permitir que se bloqueie parte da verba remuneratória, preservando-se o suficiente para garantir a subsistência digna do devedor e de sua família. Precedentes.*

4. Ausência no acórdão recorrido de elementos concretos suficientes que permitam afastar, neste momento, a impenhorabilidade de parte dos proventos de aposentadoria do recorrente.

5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 1.394.985/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/06/2017, DJe 22/06/2017)

Recurso especial. Execução extrajudicial. Penhora de valores em conta salário. Excepcional possibilidade. Questão a ser sopesada com base na teoria do mínimo existencial.

1. Controvérsia em torno da *possibilidade de serem penhorados valores depositados na conta salário do executado, que percebe remuneração mensal de elevado montante.*

2. *A regra geral da impenhorabilidade dos valores depositados na conta bancária em que o executado recebe a sua remuneração, situação abarcada pelo art. 649, IV, do CPC/73, pode ser excepcionada quando o montante do bloqueio se revele razoável em relação à remuneração por ele percebida, não afrontando a dignidade ou a subsistência do devedor e de sua família.*

3. *Caso concreto em que a penhora revelou-se razoável ao ser cotejada com o valor dos vencimentos do executado.*

4. Doutrina e jurisprudência acerca da questão.

5. *Recurso especial desprovido.*

(REsp 1.514.931/DF, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 06/12/2016)

Processual Civil. Execução. Penhora. Valores provenientes de salário. Súmulas n. 7 e 83 do STJ. Preclusão *pro judicato*. Súmula n. 284 do STF.

1. É inadmissível o recurso especial quando a fundamentação que lhe dá suporte não guarda relação de pertinência com o conteúdo do acórdão recorrido.

2. *A regra geral da impenhorabilidade inscrita no art. 649, IV, do CPC pode ser mitigada, em nome dos princípios da efetividade e da razoabilidade, nos casos em que ficar demonstrado que a penhora não afeta a dignidade do devedor. Precedentes.*

3. Não se conhece do recurso especial se o exame da suposta contrariedade do julgado a dispositivos de lei estiver condicionado à (re)avaliação de premissa fático-probatória já definida no âmbito das instâncias ordinárias.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.473.848/MS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 22/09/2015, DJe 25/09/2015)

Processo Civil. Crédito referente a honorários advocatícios. Caráter alimentar. Penhora no rosto dos autos. Possibilidade. Exceção. Peculiaridades do caso concreto. Necessidade de interpretação teleológica do art. 649, IV, do CPC. Máxima efetividade das normas em conflito garantida.

1. *A hipótese dos autos possui peculiaridades que reclamam uma solução que valorize a interpretação teleológica em detrimento da interpretação literal do art. 649, IV, do CPC, para que a aplicação da regra não se dissocie da finalidade e dos princípios que lhe dão suporte.*

2. A regra do art. 649, IV, do CPC constitui uma imunidade desarrazoada na espécie. Isso porque: (i) a penhora visa a satisfação de crédito originado da ausência de repasse dos valores que os recorrentes receberam na condição de advogados do recorrido; (ii) a penhora de parcela dos honorários não compromete à subsistência do executado e (iii) a penhora de dinheiro é o melhor meio para garantir a celeridade e a efetividade da tutela jurisdicional, ainda mais quando o exequente já possui mais de 80 anos.

2. A decisão recorrida conferiu a máxima efetividade às normas em conflito, pois a penhora de 20% não compromete a subsistência digna do executado - mantendo resguardados os princípios que fundamentam axiologicamente a regra do art. 649, IV do CPC - e preserva a dignidade do credor e o seu direito à tutela executiva.

3. Negado provimento ao recurso especial.

(REsp 1.326.394/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/03/2013, DJe 18/03/2013)

Da Quarta Turma:

Agravo interno no agravo em recurso especial. Processual Civil. Art. 649, IV, do CPC/73. Impenhorabilidade. Mitigação. Penhora realizada, no limite de 30% do salário para pagamento de serviços educacionais. Agravo interno desprovido.

1. No tocante à impenhorabilidade preconizada no art. 649, IV, do CPC/73 esta eg. Corte adotou o entendimento de que a referida impenhorabilidade comporta exceções, como a que permite a penhora nos casos de dívida alimentar, expressamente prevista no parágrafo 2º do mesmo artigo, ou nos casos de empréstimo consignado, limitando o bloqueio a 30% (trinta por cento) do valor percebido a título de vencimentos, soldos ou salários. Some-se a este entendimento, outras situações, tidas por excepcionais, em que a jurisprudência deste eg. Tribunal tem se posicionado pela mitigação na interpretação do art. 649, IV, do CPC/73.

2. Considerando o substrato fático descrito pelo eg. Tribunal a quo, evidenciase a excepcionalidade apta a mitigar a impenhorabilidade, tendo em vista as infrutíferas tentativas de outras formas de garantir o adimplemento da dívida, bem como considerando que a dívida é referente a serviços educacionais, salientando que, como assentou o v. acórdão estadual, a educação também é uma das finalidades do salário.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 949.104/SP, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 30/10/2017)

Superadas as preliminares e uma vez constatada a divergência entre os diferentes órgãos fracionários deste Superior Tribunal, passo ao exame do

mérito da questão a ser pacificada pela Corte Especial, que diz respeito à *possibilidade ou não de penhora de parte do salário, vencimento ou remuneração do devedor, para o pagamento de débito não alimentar.*

O caso objeto destes autos foi decidido à luz do CPC/73, que trazia as seguintes disposições:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

(...)

IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo (Redação dada pela Lei n. 11.382, de 2006).

(...)

§ 2º O disposto no inciso IV do caput deste artigo não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia. (Incluído pela Lei n. 11.382, de 2006).

O CPC/2015 trata da questão nos seguintes termos:

Art. 833. São impenhoráveis:

(...)

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;

(...)

X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;

(...)

§ 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º.

O panorama legal que trata da questão, portanto, traz no *caput* uma norma segundo a qual os *salários, vencimentos, proventos de aposentadoria etc. são, como*

regra geral, impenhoráveis. O parágrafo 2º estabelece uma *exceção explícita* a esta regra geral. A questão que se coloca é se, para além desta exceção explícita, também é possível que se formule uma *exceção implícita* para a regra geral de impenhorabilidade de tais verbas, notadamente em casos como o destes autos.

O caso dos autos é bastante ilustrativo da complexidade da questão relativa à impenhorabilidade das verbas que representam a remuneração pelo trabalho ou proventos de aposentadoria.

É que, em um primeiro momento, tais verbas destinam-se à manutenção do devedor e de sua família, que recebem do Código de Processo Civil proteção com o fim de que possam manter sua subsistência, seu mínimo essencial e, quiçá, um padrão de vida ao qual já estejam habituados.

Sob outra perspectiva, o processo civil em geral, nele incluída a execução civil, é orientado pela *boa-fé* que deve reger o comportamento dos sujeitos processuais (art. 5º do CPC/2015). Deste preceito se pode retirar a advertência de José Miguel Garcia Medina (“Execução”, ed. 2017):

No plano objetivo, a responsabilidade patrimonial é restringida pelas regras que estabelecem a impenhorabilidade de alguns bens (cf. arts. 832 a 834 do CPC/2015, dentre outros).

Quando esses limites são estabelecidos em virtude de necessidades naturais do executado, as regras respectivas devem ser interpretadas teleologicamente, de modo que as restrições às medidas executivas amoldem-se adequadamente a tais necessidades.

Assim, não se deve permitir que a execução reduza o executado a situação indigna; no entanto, não se autoriza que o executado abuse desse princípio, manejando-o para indevidamente impedir a atuação executiva de um direito. Isso se aplica às limitações à responsabilidade patrimonial estabelecidas pela impenhorabilidade.

Para além do dever de portar-se processualmente de acordo com os preceitos da boa-fé, as partes têm direito ao *tratamento processual isonômico*, o que se revela na execução civil como o direito a receber tratamento jurisdicional que saiba *equilibrar*, de um lado, o direito do credor à *satisfação do crédito* executado e, de outro, o direito do devedor a responder pelo débito com a preservação de sua *dignidade*.

Isto considerado, é de se notar que estão em questão, potencialmente contrapostos, *direitos fundamentais* das partes. De um lado, o credor tem direito ao Estado de Direito, ao acesso à ordem jurídica justa, ao devido processo

legal processual e material. De outro, também o devedor tem direito ao devido processo legal, que preserve o mínimo existencial e sua dignidade.

Sob essa ótica da preservação de direitos fundamentais, o direito do credor a ver satisfeito seu crédito *não* pode encontrar restrição *injustificada, desproporcional, desnecessária*. No que diz respeito, portanto, aos casos de impenhorabilidade (e sua extensão), *só se revela necessária, adequada, proporcional e justificada a impenhorabilidade daquela parte do patrimônio do devedor que seja efetivamente necessária à manutenção de seu mínimo existencial, à manutenção de sua dignidade e da de seus dependentes*. É nesta linha a ponderação de Hermes Zaneti Júnior (“Comentários ao Código de Processo Civil”, v. XIV, ed. 2016):

Nos casos concretos, precisará ocorrer uma análise da constitucionalidade da restrição e das restrições à restrição. *A regra legal da impenhorabilidade é em princípio típica, mas admite ampliações e restrições por força da existência de direitos fundamentais implícitos e posições jurídicas fundamentais não previstas nas hipóteses casuísticas nela declinadas*. A doutrina determinou este processo de duplo juízo de proporcionalidade, no primeiro juízo a) a norma é constitucional em abstrato; no segundo, b) *a norma poderá ser desaplicada em controle de constitucionalidade difuso* em razão das peculiaridades do caso concreto, afastando-se as impenhorabilidades disponíveis já existentes ou criando-se novos casos de impenhorabilidade.

Na primeira hipótese, o exemplo mais citado na doutrina, consistente no caso do executado que ostenta riqueza sem patrimônio penhorável, vivendo em condições luxuosas em “mansão nababesca” de alto valor imobiliário, serve de parâmetro para o afastamento da regra da impenhorabilidade e a consequente permissão da penhorabilidade do imóvel, desde que reservado valor ou parcela do bem para a garantia da dignidade do devedor. Garantida a dignidade da pessoa humana, salvo a inalienabilidade do imóvel, não há razão para deixar de temperar as regras de impenhorabilidade com o direito à tutela do crédito.

A interpretação segundo a qual a impenhorabilidade das verbas previstas no art. 649, IV, do CPC/73 *só* encontra exceção no caso *expressamente* previsto no parágrafo 2º do mesmo artigo (de dívida de alimentos) olvida, ademais, da relação entre Direito e Economia, pois, como observam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (“Curso de Processo Civil”, v. 2, 2015, p. 903):

O exagero no elenco de bens a que se confere essa impenhorabilidade, ao contrário de proteger o devedor, acaba por prejudicá-lo, pois o comércio exige maiores garantias para permitir que qualquer pessoa possa realizar compras e financiamentos. Desta forma, **impõe-se a limitação da extensão dada a esta impenhorabilidade**, nos moldes da atual redação do art. 833 do CPC, **cingindo-**

se a impenhorabilidade aos bens imprescindíveis à manutenção do padrão médio de vida da entidade familiar.

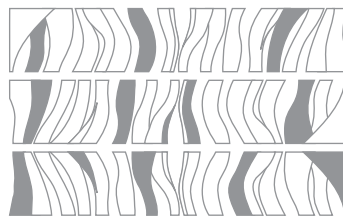
O caso dos presentes autos bem ilustra situação em que o devedor, mesmo com a penhora de percentual de seus rendimentos (definido pelo Tribunal local e mantido pela Terceira Turma), é capaz de manter bom padrão de vida para si e para sua família, muito superior à média das famílias brasileiras.

Caso se afirmasse que os vencimentos do devedor, nestes autos, são 100% impenhoráveis, estar-se-ia chancelando o comportamento de qualquer pessoa que, sendo servidor público, assalariado ou aposentado, ainda que fosse *muito bem remunerada*, gastasse *todas* as suas rendas e deixasse de pagar *todas* as suas dívidas, *sem qualquer justificativa*.

Tal comportamento não merece proteção judicial. Ao contrário. Aquele que tem um título executivo líquido, certo e exigível é quem tem o *direito* a receber *tutela jurisdicional* que confira *efetividade*, na medida do possível e do proporcional, a seus direitos materiais.

Por tais razões, concluo que foi correta a interpretação que a Terceira Turma deu à regra de impenhorabilidade das verbas previstas no art. 649, IV, do CPC/73, com a admissão de uma exceção implícita para o caso em que a penhora de parte dos vencimentos do devedor não é capaz de atingir a dignidade ou a subsistência do devedor e de sua família.

Ante o exposto, *nego provimento* aos Embargos de Divergência.



Primeira Seção

**AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO
EM RECURSO ESPECIAL N. 785.140-RS (2015/0249111-6)**

Relator: Ministro Og Fernandes

Agravante: Estado do Rio Grande do Sul

Procurador: Nei Fernando Marques Brum - RS034241

Procuradora: Karina da Silva Brum e outro(s) - RS030270

Agravado: Maria Senhorinha Vargas de Avila

Advogados: Décio Gianelli Rodrigues Martins - RS019556

Luciana Farias - RS050581

Interes.: Luciana Farias

Interes.: Decio Gianelli Rodrigues Martins

EMENTA

Agravo interno nos embargos de divergência nos embargos de divergência em agravo em recurso especial. Exame da controvérsia, apesar do não conhecimento do recurso pelo acórdão embargado. Cabimento. Execução. Prescrição. Termo inicial. Trânsito em julgado da decisão na ação de conhecimento. Aguardo de documentos em poder do devedor. Desnecessidade. Recurso Especial Repetitivo n. 1.336.026/PE. Modulação dos efeitos. Decisão exequenda transitada em julgado antes de 17/3/2016. Prescrição. Não ocorrência.

1. É embargável o acórdão que, em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, quando ambos tenham examinado a controvérsia, ainda que um deles não tenha conhecido do recurso. Inteligência do art. 1.043, III, do CPC/2015.

2. Na hipótese dos autos, pretende o ente público o reconhecimento da prescrição na ação executiva, porquanto superado o lapso de cinco anos contados do trânsito em julgado na ação de conhecimento. O acórdão embargado negou provimento ao recurso especial estabelecendo que: a) o prazo prescricional inicia-se no momento em que finda a liquidação; b) a apuração de quando o título executivo se tornou líquido esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

3. A Primeira Seção desta Corte Superior, no julgamento do REsp 1.336.026/PE, analisado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes

do CPC/2015, registrou que, com a vigência da Lei n. 10.444/2002, a qual incluiu o § 1º ao art. 604 do CPC/1973, o acertamento do valor da condenação carente de simples cálculos aritméticos perdeu a natureza de liquidação. Ademais, com a possibilidade de reputar-se correta a conta do credor na hipótese de não entrega pelo devedor dos dados em seu poder, não mais existe justificativa para o retardamento da ação executiva.

4. No exame de embargos declaratórios opostos contra esse julgado, aquele órgão julgador, a par de correções e esclarecimentos, promoveu a modulação dos efeitos da decisão, com base no art. 927, § 3º, do CPC/2015, consignando que, para as decisões transitadas em julgado até 17/3/2016 (quando ainda em vigor o CPC/1973) e que estejam dependendo, para ingressar com o pedido de cumprimento de sentença, do fornecimento pelo executado de documentos ou fichas financeiras (tenha tal providência sido deferida, ou não, pelo juiz ou esteja, ou não, completa a documentação), o prazo prescricional de cinco anos para a propositura da execução ou cumprimento de sentença conta-se a partir de 30/6/2017 (data da publicação do acórdão do recurso representativo de controvérsia).

5. No caso, o trânsito em julgado da decisão exequenda operou-se em 27/3/2007, no que resulta a não ocorrência da prescrição.

6. Agravo interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Herman Benjamin e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 10 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 18.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de agravo interno nos embargos de divergência interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul contra decisão de e-STJ, fls. 400/405 que não conheceu dos embargos de divergência ante a pretensão de se discutir equívoco contra regra técnica da admissibilidade de recurso especial.

Defendeu, em síntese, o cabimento dos embargos.

O presente feito foi sobrestado em razão de a controvérsia ter sido afetada para julgamento pelo rito dos recursos representativos de controvérsia – REsp 1.336.026/PE.

Concluído o julgamento do citado recurso especial repetitivo, vieram os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): O presente recurso não merece prosperar.

Trata-se de embargos de divergência interpostos pelo Estado do Rio Grande do Sul – RS contra acórdão da Primeira Turma desta Corte Superior, assim ementado (e-STJ, fls. 322/323):

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Administrativo e Processual Civil. Execução de sentença contra a Fazenda Pública. Prescrição da pretensão executiva. Alegação de ofensa ao art. 535 do CPC. Inocorrência. Arts. 189, 192 e 197 a 204 do CC de 2002. Ausência de prequestionamento. Súmula 211 do STJ. Demora na citação. Não ocorrência da prescrição. Inexistência de inércia da parte exequente. Revolvimento de matéria fático-probatória. Incidência da Súmula 7/STJ. Agravo regimental do Estado do Rio Grande do Sul desprovido.

1. A afetação de tema pelo Superior Tribunal de Justiça como representativo da controvérsia, nos termos do art. 543-C do CPC, não impõe o sobrestamento dos recursos especiais que tratem de matéria afetada, aplicando-se somente aos tribunais de segunda instância.

2. No que diz respeito à suposta violação do art. 535, II do CPC, observa-se que o Tribunal *a quo*, ao contrário do alegado, manifestou-se fundamentadamente a respeito de todas as questões postas à sua apreciação e, ao final, decidiu contrariamente aos interesses do Ente Federativo, que buscou, com os Embargos

de Declaração, a reapreciação do mérito da causa. Logo, em virtude da não ocorrência de omissão, contradição ou obscuridade não se verifica ofensa à regra ora invocada.

3. A Corte de origem destramou a questão da prescrição consignando que não houve inércia da parte na fase de liquidação, conforme se depreende das cópias dos documentos que instruem os autos.

4. A desconstituição da conclusão a que chegou a instância ordinária, tal como propugnado, ensejaria nova incursão no acervo fático-probatório da causa, medida vedada na via estreita do Recurso Especial, a teor da Súmula 7 desta Corte.

5. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento desta Corte de que a liquidação é fase do processo de cognição, só sendo possível iniciar a execução quando o título apresentar-se líquido. Desta feita, o lapso prescricional da ação de execução só tem início quando finda a liquidação

6. Agravo Regimental do *Estado do Rio Grande do Sul* desprovido.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ, fls. 366/367).

O embargante alega que, muito embora tenha o julgado aplicado a orientação da Súmula 7/STJ, houve apreciação do mérito da controvérsia, circunstância que autoriza este recurso.

Afirma que a Segunda Turma, no julgamento do AREsp 360.921/MA, examinando hipótese idêntica, enfrentou o mérito da questão e estabeleceu que, “[...] após transcorrido o lapso quinquenal, não há que se perquirir acerca de culpa da Fazenda Pública na demora da propositura da ação do exequente quando a liquidação do título depender apenas de meros cálculos aritméticos” (e-STJ, fl. 350).

Destaca que a Primeira Turma, por outro lado, aplicou o óbice sumular n. 7 deste Tribunal por entender que, para afastar a responsabilidade do ente público pela demora no ajuizamento da execução, seria necessário o reexame de fatos e provas.

Em conclusão, a Segunda Turma posicionou-se no sentido de que ocorre a “[...] prescrição da pretensão executiva quando a ação for proposta após o prazo prescricional previsto no Decreto 20.910/1932, *independentemente da conduta do ente público*”.

O presente feito foi sobrestado em razão de a controvérsia ter sido afetada para julgamento pelo rito dos recursos representativos de controvérsia – REsp 1.336.026/PE.

Concluído o julgamento do citado recurso especial repetitivo, vieram os autos conclusos.

O acórdão ora combatido resolveu a controvérsia valendo-se de dois argumentos:

a) “[...] o Tribunal *a quo* destramou a questão consignando que não houve inércia da parte autora na fase de liquidação, bem como que a contagem do prazo prescricional inicia-se a partir do momento em que o exequente tem o efetivo conhecimento dos elementos para a confecção do cálculo e não do trânsito em julgado da sentença proferida na ação de conhecimento” (e-STJ, fl. 315).

b) “[...] rever o entendimento esposado pelo Tribunal de origem, acerca de quando tornou-se líquido o título judicial, demanda imprescindível revolvimento do acervo fático-probatório delineado nos autos, providência vedada em sede especial a teor da Súmula 07/STJ” (e-STJ, fl. 318).

Conforme se verifica, a aplicabilidade da Súmula 7/STJ à espécie dependeu da confirmação da tese descrita na letra “a”. Essa, de conteúdo exclusivamente jurídico, tem sentido distinto do posicionamento adotado no AgRg no AREsp 360.921/MA.

Tal circunstância configura a hipótese descrita no art. 1.043, III, do CPC/2015.

Muito embora a decisão aqui questionada não tenha conhecido do recurso especial, houve análise de tema de direito, e não apenas de circunstâncias fáticas, como pode acontecer em outras ações da mesma natureza.

Fixado isso, remonto ao paradigma invocado pelo embargante – AgRg no AREsp 360.921/MA –, no qual se estabeleceu que “[...] o não fornecimento de elementos de cálculo em poder do devedor não resulta em interrupção do prazo prescricional da pretensão executória”. Tal orientação é consentânea com a adotada pela Primeira Seção desta Corte Superior no julgamento do REsp 1.336.026/PE, analisado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015.

Nesse recurso especial repetitivo, de minha relatoria, registrou-se que, com a vigência da Lei n. 10.444/2002, a qual incluiu o § 1º ao art. 604 do CPC/1973, o acertamento do valor da condenação carente de simples cálculos aritméticos perdeu a natureza de liquidação. Ademais, com a possibilidade de reputar-se correta a conta do credor na hipótese de não entrega pelo devedor dos dados em seu poder, não mais existe justificativa para o retardamento da ação executiva.

Com esse norte, a orientação do Superior Tribunal de Justiça ficou assim resumida:

a) a partir da data de entrada em vigor da Lei n. 10.444/2002, para as decisões que já tenham transitado em julgado anteriormente, passam a operar efeitos imediatos à referida lei, contando-se, a partir da data de sua vigência, o prazo de prescrição para que a parte efetive seu pedido de execução, se for o caso, apresentando o cálculo que entender correto, ainda que esteja pendente de envio eventual documentação requisitada pelo juízo, desde que já transcorrido o prazo de trinta dias assinalado à parte executada ou ao terceiro;

b) no caso das decisões transitadas em julgado sob a égide da Lei n. 10.444/2002, a prescrição há de ser contada, obviamente, da data do trânsito em julgado do título judicial, desde quando o § 1º do art. 604 do CPC/1973 (com a redação dada pela Lei n. 10.444/2002) tem plena vigência (depois sucedido pelos §§ 1º e 2º do art. 475-B do CPC/1973), autorizando a parte exequente a propor a demanda executiva com os cálculos que entender cabíveis e que terão, por força de lei, presunção de correção, caso frustrado o envio da documentação pela parte executada ou pelo terceiro.

O julgado recebeu a seguinte ementa:

Administrativo e Processual Civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Execução de sentença contra a Fazenda Pública. Demora ou dificuldade no fornecimento de fichas financeiras. Hipótese de suspensão ou interrupção do prazo prescricional. Não ocorrência após a entrada em vigor da Lei n. 10.444/2002, que incluiu o § 1º ao art. 604, redação transposta para o art. 475-B, §§ 1º e 2º, todos do CPC/1973. Caso concreto em que a demanda executiva foi apresentada dentro do lapso quinquenal, contado a partir da vigência da Lei n. 10.444/2002. Prescrição afastada na espécie dos autos. Recurso especial a que se nega provimento. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e art. 256-N e seguintes do Regimento Interno do STJ.

1. Nos termos da Súmula 150/STF, o prazo prescricional da execução é o mesmo da ação de conhecimento. Dito entendimento externado pelo STF leva em conta que o procedimento de liquidação, da forma como regulado pelas normas processuais civis, integra, na prática, o próprio processo de conhecimento. Se o título judicial estabelecido no processo de conhecimento não firmara o *quantum debeat*, somente efetivada a liquidação da sentença é que se poderá falar em inércia do credor em propor a execução, independentemente de tratar-se de liquidação por artigos, por arbitramento ou por cálculos.

2. Esse termo inicial para contagem do prazo prescricional da ação executiva, que se mantém para as modalidades de liquidação por artigos e por arbitramento, sofreu sensível modificação a partir da alteração da natureza jurídica da

“liquidação” por meros cálculos aritméticos. Tal ocorrera, em parte, com a edição da Lei n. 8.898/1994, cuja redação somente foi completada, a qual persiste até hoje - mesmo com a edição do CPC/2015 -, com a inclusão do § 1º ao art. 604 do CPC/1973.

3. Com a vigência da Lei n. 10.444/2002, foi mantida a extinção do procedimento de liquidação por cálculos, acrescentando o § 1º ao art. 604 do CPC/1973, permitindo sejam considerados corretos os cálculos do credor quando os dados requisitados pelo juiz do devedor não forem trazidos aos autos, sem justificativa. A partir de então, extinto, por completo, qualquer resquício de necessidade de uma fase prévia à execução para acerto da conta exequenda, tendo transcorrido o prazo de cinco anos, quando devedora a Fazenda Pública, incidirá o lapso prescricional quanto à execução.

4. No caso, consoante o acórdão recorrido, a sentença prolatada na Ação Ordinária n. 97.0004216-2, que reconheceu aos autores da demanda o direito ao reajuste de 28,86% a partir de janeiro de 1993 até a efetiva implantação em folha de pagamento, transitou em julgado em 25/3/2002.

5. Considerando que a execução foi ajuizada em 17/5/2007, mesmo após demora na entrega das fichas financeiras pela parte devedora, não transcorre o luto prescricional, porquanto a redação dada pela Lei n. 10.444/2002, que introduziu o § 1º ao art. 604 do CPC/1973, somente entrou em vigor em três meses depois, contados a partir do dia 8/5/2002 (data da sua publicação). Assim, por ocasião do ajuizamento da execução, em 17/5/2007, ainda não havia transcorrido o lapso quinquenal, contado da vigência da Lei n. 10.444/2002, diploma legal que tornou desnecessário qualquer procedimento prévio de efetivação da conta antes de a parte exequente ajuizar a execução.

6. Tese firmada: “A partir da vigência da Lei n. 10.444/2002, que incluiu o § 1º ao art. 604, dispositivo que foi sucedido, conforme Lei n. 11.232/2005, pelo art. 475-B, §§ 1º e 2º, todos do CPC/1973, não é mais imprescindível, para acerto de cálculos, a juntada de documentos pela parte executada ou por terceiros, reputando-se correta a conta apresentada pelo exequente, quando a requisição judicial de tais documentos deixar de ser atendida, injustificadamente, depois de transcorrido o prazo legal. Assim, sob a égide do diploma legal citado, incide o lapso prescricional, pelo prazo respectivo da demanda de conhecimento (Súmula 150/STF), sem interrupção ou suspensão, não se podendo invocar qualquer demora na diligência para obtenção de fichas financeiras ou outros documentos perante a administração ou junto a terceiros”.

7. Recurso especial a que se nega provimento.

8. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e do art. 256-N e seguintes do Regimento Interno do STJ.

(REsp 1.336.026/PE, de minha relatoria, Primeira Seção, julgado em 28/6/2017, DJe 30/6/2017)

Destaco que, no julgamento de embargos declaratórios opostos contra esse precedente, a Primeira Seção realizou correções e esclarecimentos, definindo que:

a) a solução ali definida tem aplicação sobre as ações que, apesar de possuírem um grande número de substituídos, não se enquadram na hipótese de condenação genérica;

b) independentemente de ter o juízo exercido sua faculdade de requisitar os documentos em poder do devedor e de ter a parte executada entregue, parcial ou totalmente, os dados perquiridos, transcorre o prazo prescricional;

c) é excluída da tese firmada qualquer referência a “terceiros”;

d) o marco temporal para a modulação dos efeitos do julgamento é 30/6/2017, data de publicação do acórdão embargado.

A respeito do último ponto, deliberou-se que:

[...] para as decisões transitadas em julgado até 17/3/2016 (quando ainda em vigor o CPC/1973) e que estejam dependendo, para ingressar com o pedido de cumprimento de sentença, do fornecimento pelo executado de documentos ou fichas financeiras (tenha tal providência sido deferida, ou não, pelo juiz ou esteja, ou não, completa a documentação), o prazo prescricional de 5 anos para a propositura da execução ou cumprimento de sentença conta-se a partir de 30/6/2017.

Cito, a propósito, a respectiva ementa:

Processual Civil. Embargos de declaração em recurso especial representativo de controvérsia. Execução de sentença contra a Fazenda Pública. Demora ou dificuldade no fornecimento de fichas financeiras pelo ente público devedor. Alegação de omissão e contradição. Inexistência de vício quanto à aplicação deste precedente às demandas que contenham grande número de beneficiários substituídos. Obscuridade existente na tese firmada quando inserida a expressão “terceiros”. Obscuridade quanto à atribuição do efeito à expressão legal de que o juiz “poderá requisitar” os dados. Vícios sanados. Modulação de efeitos. Cabimento. Embargos de declaração acolhidos parcialmente, julgados sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e do art. 256-N e seguintes do Regimento Interno do STJ.

1. O julgamento deste recurso especial, sob a sistemática dos repetitivos, faz-se na vigência do regramento contido no CPC/1973 e circunscreve-se aos efeitos da demora no fornecimento pelo ente público devedor de documentos (fichas financeiras) para a feitura dos cálculos exequendos, não abrangendo a situação de terceiros que estejam obrigados nesse particular.

2. Independentemente de tratar-se, ou não, de execução com grande número de substituídos, aplica-se a tese firmada neste voto, porquanto, mesmo em tais casos, inexistente típica liquidação de sentença, desde que tal procedimento não tenha sido determinado na sentença transitada em julgado, prolatada no processo de conhecimento, até porque ausente a necessidade de arbitramento, de prova de fato novo, e, também, porque isso não resulta da natureza da obrigação.

3. O comando da Súmula 150/STF aplica-se integralmente à hipótese. Nas execuções que não demandem procedimento liquidatório, desde que exijam apenas a juntada de documentos aos autos e a feitura dos cálculos exequendos, o lapso prescricional executório transcorre independentemente de eventual demora em tal juntada.

4. Com a entrada em vigor da Lei n. 10.444/2002, para as decisões transitadas em julgado anteriormente, passam a operar efeitos imediatos à referida lei, contando-se, a partir da data de sua vigência, o prazo de prescrição para que a parte efetive o pedido de execução, devendo apresentar o cálculo que entender correto, ainda que esteja pendente de envio eventual documentação requisitada pelo juízo ao devedor, que não tenha havido dita requisição, por qualquer motivo, ou mesmo que a documentação tenha sido encaminhada de forma incompleta pelo executado.

5. No caso das decisões transitadas em julgado sob a égide da Lei n. 10.444/2002 e até a vigência do CPC/1973, a prescrição há de ser contada, obviamente, da data do trânsito em julgado do título judicial, porquanto o § 1º do art. 604 do CPC/1973 (com a redação dada pela Lei n. 10.444/2002) tem plena vigência (depois sucedido pelos §§ 1º e 2º do art. 475-B do CPC/1973), autorizando a parte exequente a propor a demanda executiva com os cálculos que entender cabíveis e que terão, por força de lei, presunção de correção, ainda que esteja pendente de envio eventual documentação requisitada pelo juízo ao devedor, que não tenha havido dita requisição, por qualquer motivo, ou mesmo que a documentação tenha sido encaminhada de forma incompleta pelo executado.

6. O comando legal, quando expressa que o juiz “poderá requisitar” os documentos, não autoriza a conclusão de que a pendência na sua juntada suspende ou interrompe o prazo de prescrição, seja por qualquer motivo (indeferimento pelo juiz, ausência de análise do pedido pelo magistrado, falta de entrega ou entrega parcial dos documentos quando requisitados).

7. O vocábulo “poderá requisitar” somente autoriza a concluir, em conjugação com o conteúdo da Súmula 150/STF, que o prazo prescricional estará transcorrendo em desfavor da parte exequente, a qual possui o dever processual de instruir devidamente seus pleitos executórios e, para isso, dispõe do lapso - mais do que razoável - de 5 anos no caso de obrigações de pagar quantia certa pelos entes públicos.

8. A existência de processos com grande número de substituídos não se revela justificativa apta para serem excluídos da tese firmada - nem existe amparo legal e jurisprudencial para conclusão contrária -, porque é ônus da parte que movimenta a máquina judiciária aparelhar os autos devidamente. As fichas financeiras podem ser trazidas aos autos pelos próprios substituídos, os quais possuem ou deveriam possuir seus contracheques e, na sua falta, podem diligenciar perante os órgãos públicos respectivos, não se tratando de documentos sigilosos nem de difícil obtenção.

9. Tese firmada, tendo sido alterada parcialmente aquela fixada no voto condutor, com a modulação dos efeitos: "A partir da vigência da Lei n. 10.444/2002, que incluiu o § 1º ao art. 604, dispositivo que foi sucedido, conforme Lei n. 11.232/2005, pelo art. 475-B, §§ 1º e 2º, todos do CPC/1973, não é mais imprescindível, para acertamento da conta exequenda, a juntada de documentos pela parte executada, ainda que esteja pendente de envio eventual documentação requisitada pelo juízo ao devedor, que não tenha havido dita requisição, por qualquer motivo, ou mesmo que a documentação tenha sido encaminhada de forma incompleta pelo executado. Assim, sob a égide do diploma legal citado e para as decisões transitadas em julgado sob a vigência do CPC/1973, a demora, independentemente do seu motivo, para juntada das fichas financeiras ou outros documentos correlatos aos autos da execução, ainda que sob a responsabilidade do devedor ente público, não obsta o transcurso do lapso prescricional executório, nos termos da Súmula 150/STF".

10. Os efeitos decorrentes dos comandos contidos neste acórdão ficam modulados a partir de 30/6/2017, com fundamento no § 3º do art. 927 do CPC/2015. Resta firmado, com essa modulação, que, para as decisões transitadas em julgado até 17/3/2016 (quando ainda em vigor o CPC/1973) e que estejam dependendo, para ingressar com o pedido de cumprimento de sentença, do fornecimento pelo executado de documentos ou fichas financeiras (tenha tal providência sido deferida, ou não, pelo juiz ou esteja, ou não, completa a documentação), o prazo prescricional de 5 anos para propositura da execução ou cumprimento de sentença conta-se a partir de 30/6/2017.

11. Embargos de declaração acolhidos parcialmente.

12. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e do art. 256-N e seguintes do Regimento Interno do STJ.

(EDcl no REsp 1.336.026/PE, de minha relatoria, Primeira Seção, julgado em 13/6/2018, DJe 22/6/2018)

Em vista de tais considerações, incorreta a solução aplicada pela origem, que, com fundamento no princípio da *actio nata*, entendeu que "[...] se considera a prescrição, para promover a execução, não do trânsito em julgado da sentença, mas, sim da data do efetivo conhecimento, pelo credor dos documentos

indispensáveis à realização do cálculo. É desse marco temporal que o credor pode demandar judicialmente a satisfação de seu crédito” (e-STJ, fl. 166).

Com efeito, conforme esclarecido naquele recurso representativo de controvérsia, nos casos de sentença transitada em julgado antes da vigência da Lei n. 10.444/2002, que ocorreu em 8/8/2002 – o prazo prescricional de cinco anos para o início do cumprimento de sentença tem seu marco inicial contado da vigência da Lei n. 10.444/2002 (ou seja em 8/8/2002), porque, antes dessa data, o credor não possuía nenhuma proteção contra a inércia do devedor em apresentar os documentos necessários ao cálculo do crédito exequendo –, tal prazo, nessa hipótese, teria seu termo fatal em 8/8/2007.

No caso das *decisões transitadas em julgado já sob a égide da Lei n. 10.444/2002 e até a vigência do CPC/1973, a prescrição há de ser contada, obviamente, da data do trânsito em julgado do título judicial*, porquanto o § 1º do art. 604 do CPC/1973 (com a redação dada pela Lei n. 10.444/2002) tem plena vigência (depois sucedido pelos §§ 1º e 2º do art. 475-B do CPC/1973), autorizando a parte exequente a propor a demanda executiva com os cálculos que entender cabíveis e que terão, por força de lei, presunção de correção, ainda que esteja pendente de envio eventual documentação requisitada pelo juízo ao devedor, que não tenha havido dita requisição, por qualquer motivo, ou mesmo que a documentação tenha sido encaminhada de forma incompleta pelo executado.

Na hipótese dos autos, *o trânsito em julgado ocorreu em 27/3/2007* (e-STJ, fl. 76). Desse modo, o prazo prescricional seria implementado, no caso dos autos, em 27/3/2012.

E, na espécie, a propositura da demanda executiva ocorreu em 17/5/2013.

Todavia, deve ser observado que os efeitos do acórdão representativo de controvérsia ficaram modulados a partir de 30/6/2017.

Desse modo, foi firmado, com essa modulação, que, *para as decisões transitadas em julgado até 17/3/2016* (quando ainda em vigor o CPC/1973) e que estejam dependendo, para ingressar com o pedido de cumprimento de sentença, do fornecimento pelo executado de documentos ou fichas financeiras (tenha tal providência sido deferida, ou não, pelo juiz ou esteja, ou não, completa a documentação), *o prazo prescricional de 5 anos para a propositura da execução ou cumprimento de sentença conta-se a partir de 30/6/2017 (data da publicação do acórdão do recurso especial repetitivo)*.

Com isso, não se operou a prescrição no caso concreto.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL N. 1.657.156-RJ
(2017/0025629-7)**

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Embargante: Fatima Theresa Esteves dos Santos de Oliveira

Advogado: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Embargante: Estado do Rio de Janeiro

Procurador: Vanessa Cerqueira Reis de Carvalho e outro(s)

Embargante: União - Assistente

Advogado: Advocacia Geral da União AGU

Embargado: Estado do Rio de Janeiro

Embargado: Fatima Theresa Esteves dos Santos de Oliveira

Interes.: Defensoria Pública da União - "Amicus Curiae"

Advogado: Defensoria Pública da União

Interes.: Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do
Distrito Federal - "Amicus Curiae"

Procurador: Ulisses Schwarz Viana e outro(s) - DF030991

Interes.: União - Assistente

Procurador: Advocacia-Geral da União - AGU - AL000000U

EMENTA

Processual Civil. Embargos de declaração no recurso especial. *Estado do Rio de Janeiro*. Recurso especial julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos. Tema 106. Obrigatoriedade do Poder Público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS. Art. 1.022 do CPC/2015. Ausência de vícios. Necessidade de esclarecimento. Vedação de fornecimento de medicamento para uso *off label*.

1. 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.

2. Não cabe ao STJ definir os elementos constantes do laudo médico a ser apresentado pela parte autora. Incumbe ao julgador nas instâncias ordinárias, no caso concreto, verificar se as informações constantes do laudo médico são suficientes à formação de seu convencimento.

3. Da mesma forma, cabe ao julgador avaliar, a partir dos elementos de prova juntados pelas partes, a alegada ineficácia do medicamento fornecido pelo SUS decidindo se, com a utilização do medicamento pedido, poderá haver ou não uma melhoria na resposta terapêutica que justifique a concessão do medicamento.

4. A pretensão de inserir requisito diverso dos fixados no acórdão embargado para a concessão de medicamento não é possível na via dos aclaratórios, pois revela-se como mero inconformismo e busca de rejuvimento da matéria.

5. No caso dos autos, faz-se necessário tão somente esclarecer que o requisito do registro na ANVISA afasta a possibilidade de fornecimento de medicamento para uso *off label*, salvo caso autorizado pela ANVISA.

6. Embargos de Declaração acolhidos parcialmente, sem efeitos infringentes, para esclarecer que onde se lê: “existência de registro na ANVISA do medicamento”, leia-se: “existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência”.

Processual Civil. Embargos de declaração no recurso especial. União. Recurso especial julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos. Tema 106. Obrigatoriedade do Poder Público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS. Art. 1.022 do CPC/2015. Vícios não configurados. Necessidade de esclarecimento.

1. 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.

2. No caso dos autos, não há vício a ensejar a modificação do que foi decidido no julgado.

3. Todavia, tendo em vista as indagações do embargante, é necessário fazer os seguintes esclarecimentos: (a) o laudo médico apresentado pela parte não vincula o julgador, isto é, cabe ao juiz avaliar o laudo e verificar se as informações constantes nele são suficientes para a formação de seu convencimento quanto à imprescindibilidade do medicamento; (b) a exortação constante no acórdão embargado para que o juiz, após o trânsito em julgado, expeça comunicação ao Ministério da Saúde e/ou CONITEC a fim de realizar estudos quanto à viabilidade de incorporação no SUS do medicamento deferido, deve receber o mesmo tratamento da situação prevista no § 4º do art. 15 do Decreto n. 7.646/2011.

4. Necessário, ainda, realizar os seguintes esclarecimentos, agora quanto à modulação dos efeitos: (a) os requisitos cumulativos estabelecidos são aplicáveis a todos os processos distribuídos na primeira instância a partir de 4/5/2018; (b) quanto aos processos pendentes, com distribuição anterior à 4/5/2018, é exigível o requisito que se encontrava sedimentado na jurisprudência do STJ: a demonstração da imprescindibilidade do medicamento.

5. Embargos de declaração rejeitados.

Processual Civil. Embargos de declaração no recurso especial. Parte autora. Recurso especial julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos. Tema 106. Obrigatoriedade do Poder Público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS. Art. 1.022 do CPC/2015. Ausência de vícios.

1. 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.

2. No caso dos autos, não há vício a ensejar a integração do que decidido no julgado, pois, não constitui omissão o mero inconformismo

com a conclusão do julgado, manifestado nas seguintes afirmações: que o STF tem admitido o fornecimento de medicamento não registrado na ANVISA; que a questão está sendo apreciada, em sede de repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal, mas que ainda não foi concluído o julgamento; que o requisito de registro na ANVISA fere o princípio da isonomia.

3. Embargos de declaração rejeitados.

Processual Civil. Art. 494, I, do CPC/2015. Correção de inexatidão material. Alteração do termo inicial da modulação dos efeitos do repetitivo.

1. O inciso I do art. 494 do CPC/2015 possibilita ao julgador a correção de ofício de eventuais inexatidões materiais no *decisum*.

2. No caso dos autos, a fim de evitar dúvidas, impõe-se a alteração do termo inicial da modulação dos efeitos.

3. Ante o exposto, de ofício, altera-se o termo inicial da modulação dos efeitos, do presente recurso especial repetitivo, para a data da publicação do acórdão embargado (4/5/2018).

Tese fixada:

A tese fixada no julgamento repetitivo passa a ser: A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;

ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;

iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Modula-se os efeitos do presente repetitivo de forma que os requisitos acima elencados sejam exigidos de forma cumulativa somente quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 4/5/2018.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, acolher parcialmente os embargos de declaração opostos pelo Estado do Rio de Janeiro, sem efeitos infringentes, para esclarecer que, no acórdão onde se lê: “existência de registro na ANVISA do medicamento”, leia-se: “existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência”, rejeitar os embargos de declaração opostos pela União e pela parte autora, e alterar o termo inicial da modulação dos efeitos do presente recurso especial repetitivo para a data da publicação do acórdão embargado (4/5/2018), nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Assusete Magalhães e os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 12 de setembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 21.9.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de embargos de declaração opostos pelo Estado do Rio de Janeiro (parte), pela União (*amicus curiae*) e por Fátima Theresa Esteves dos Santos de Oliveira (parte) em face do acórdão de fls. 911-937, e-STJ, que possui a seguinte ementa:

Administrativo. Recurso especial representativo de controvérsia. Tema 106. Julgamento sob o rito do art. 1.036 do CPC/2015. Fornecimento de medicamentos não constantes dos atos normativos do SUS. Possibilidade. Caráter excepcional. Requisitos cumulativos para o fornecimento.

1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde - SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos.

2. Alegações da recorrente: Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados.

3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas.

4. Tese para fins do art. 1.036 do CPC/2015

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

(i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;

(ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;

(iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.

5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015.

O *Estado do Rio de Janeiro* (fls. 1.020-1.031, e-STJ) afirma que: (a) “tendo em vista que o próprio voto indica as informações que devem constar no laudo, asseverando que “se incorpora no presente voto”, requer-se a incorporação expressa, na tese fixada, de que o laudo médico, fundamentado e circunstanciado, deverá preencher os mesmos elementos destacados no enunciado 15 da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ” (fl. 1.021, e-STJ); (b) “requer-se o detalhamento, na tese, de que por ineficaz se entende aquele tratamento absolutamente ineficaz, ou seja, que não traga qualquer efeito terapêutico no paciente, afastando-se a escolha por mera conveniência terapêutica” (fl. 1.024, e-STJ); (c) “requer-se que conste na tese a impossibilidade de fornecimento de medicamentos nos casos em que os órgãos técnicos competentes hajam expressamente decidido, técnica e fundamentadamente, pela inviabilidade de os dispensar pelo SUS, inserindo-se como requisito adicional para a eventual entrega de medicamentos que estejam fora do sistema de saúde a inexistência de decisão expressa desfavorável à incorporação ao SUS” (fl. 1.027, e-STJ); (d) “requer-se que se esclareça que

o terceiro requisito da tese, que versa sobre a necessidade de existência de registro sanitário, também afasta a dispensação de fármacos para uso *off label*, ou seja, para tratamento de enfermidade diversa daquelas indicadas na bula e autorizadas pela ANVISA” (fl. 1.028, e-STJ).

Impugnações de Fátima Theresa Esteves dos Santos de Oliveira (fls. 1.118-1.150, e-STJ) e da Defensoria Pública da União (fls. 1.151-1.432, e-STJ).

A *União* (fls. 1.032-1.043, e-STJ) sustenta, em síntese, que: (a) “considerando-se que o Brasil adota a Medicina baseada em evidências, o laudo expedido pelo médico que assiste o paciente nem sempre será suficiente para fundamentar a concessão judicial do medicamento, sendo necessário que se realize prova pericial que efetivamente demonstre que, para aquele paciente, a terapia disponibilizada pelo SUS é totalmente ineficaz” (fls. 1.036-1.037, e-STJ); (b) não houve a devida motivação para a modulação dos efeitos; (c) ante a modulação dos efeitos, fere a isonomia a possibilidade de fornecimento de medicamentos não registrados na Anvisa nos processos ajuizados anteriormente ao julgamento do repetitivo; (d) “uma simples comunicação ao Ministério da Saúde e à Comissão Nacional de Tecnologias do SUS (CONITEC) para que realizem estudos quanto à viabilidade de incorporação do medicamento no âmbito do SUS pelos órgãos julgadores não se mostra hábil para atender os requisitos legais para se exigir tal análise” (fl. 1.042, e-STJ).

Impugnações de Fátima Theresa Esteves dos Santos de Oliveira (fls. 1.118-1.150, e-STJ) e da Defensoria Pública da União (fls. 1.151-1.432, e-STJ).

Fátima Theresa Esteves dos Santos de Oliveira (fls. 1.044-1.067, e-STJ) sustenta haver omissão e contradição no acórdão, apontando que: (a) o requisito da obrigatoriedade de registro do medicamento na ANVISA não observou que o julgamento do RE 657.718/MG, que trata da questão, não foi concluído pelo STF e que é permitida, àqueles que possuem capacidade econômica para tal, a importação de medicamentos controlados sem registro no país, o que viola o princípio da isonomia; (b) “a jurisprudência maciça do Supremo Tribunal Federal é categórica e firme no sentido de que os entes federativos podem ser compelidos a fornecer medicamento não registrado na ANVISA quando demonstrado que ele constitui a única terapia eficaz para o tratamento e a manutenção da saúde e da vida do paciente” (fl. 1.063, e-STJ); (c) “para fins de prequestionamento, requer que esta C. Corte se manifeste expressamente sobre todas as normas invocadas nos presentes embargos, notadamente quanto a violação aos arts. 1º, *caput* e inciso III, art. 3º, inc. I, 5º, *caput* e inciso XXXV, § 1º, 6º, 93, IX, 196, 197 e 198 de nossa Constituição”.

Impugnações apresentadas pela União (fls. 1.091-1.106, e-STJ), pelo Estado do Rio de Janeiro (fls. 1.108-1.116, e-STJ) e Defensoria Pública da União (fls. 1.151-1.432, e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): 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.

Assentada a premissa acima, para maior clareza, segue a análise, de forma separada, de cada um dos três embargos de declaração opostos.

I- Embargos de declaração do Estado do Rio de Janeiro

O primeiro ponto constante dos embargos de declaração do Estado do Rio de Janeiro refere-se ao necessário laudo médico que deverá ser apresentado pela parte requerente. Pede do ente público que se determine na tese fixada que o laudo médico deve conter obrigatoriamente os elementos destacados no enunciado n. 15 da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ, que foi citada no voto embargado.

No entanto, não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, na fixação da tese repetitiva, “dirigir” a prova a ser recebida pelos julgadores das instâncias ordinárias. O juiz ao apreciar a exordial deverá analisar, caso a caso, se as informações constantes do laudo apresentado pela pessoa que requer o fornecimento do medicamento são suficientes para a formação do seu convencimento quanto à imprescindibilidade do medicamento. Na hipótese de entender que o laudo apresentado junto com a exordial é insatisfatório, poderá solicitar, nos termos do *caput* do art. 370 do CPC/2015, a produção de provas necessárias ao julgamento do pedido.

Quanto à questão da ineficácia de medicamento já fornecido pelo SUS, é despropositada a pretensão de querer que se fixe que esta ineficácia deve ser absoluta, ou seja, que o medicamento do SUS não traz qualquer efeito terapêutico no paciente. Isso porque algum efeito deve ele produzir, senão inexplicável seria

a permissão que tal medicamento fosse comercializado ou mesmo produzido. Novamente, a alegação de ineficácia do medicamento fornecido pelo SUS deverá ser apreciada pelo julgador, que, a partir dos elementos de prova apresentados pelas partes, decidirá se, com a utilização do medicamento pedido, poderá haver ou não uma melhoria na resposta terapêutica que justifique a concessão do medicamento.

Pretende, também, o embargante que conste da tese a impossibilidade de fornecimento de medicamentos que tenham tido sua incorporação ao SUS expressamente rejeitada pelo órgão competente. Esta questão desvela-se como mero inconformismo da parte, que busca agregar requisito estranho àqueles fixados no acórdão embargado, o que importa em rejuízo da matéria. Ademais, a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde - CONITEC, que atualmente é responsável pela elaboração de relatório sobre a inclusão de medicamentos no SUS, não se limita a análise das evidências científicas quanto à eficácia do medicamento, mas também leva em consideração a avaliação econômica do custo-benefício da incorporação, nos termos do art. 18 do Decreto n. 7.646/2011.

Por fim, o Estado do Rio de Janeiro pede que se esclareça se a necessidade do registro na ANVISA afasta o fornecimento de medicamento de uso *off label*, que é aquele em que o medicamento é utilizado no tratamento de patologias não autorizado pela agência governamental e, por conseguinte, não se encontra indicado na bula.

Com efeito, o art. 19-T da lei n. 8.080/1990 dispõe que:

Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS: (Incluído pela Lei n. 12.401, de 2011)

I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA; (Incluído pela Lei n. 12.401, de 2011)

II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na ANVISA.

Verifica-se, assim, que referido dispositivo de lei impõe duas vedações distintas. A constante do inciso I que veda o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso pelo SUS de medicamento fora do uso autorizado pela ANVISA, ou seja, para tratamento não indicado na bula e aprovado no registro em

referido órgão regulatório. Já o inciso II, impede a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso pelo SUS de medicamento que não tenha ainda sido registrado na ANVISA. Assim, nos termos da legislação vigente, no âmbito do SUS somente podem ser utilizados medicamentos que tenham sido previamente registrados ou com uso autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA (uso *off label*).

O Conselho Federal de Medicina, no parecer 2/2016, analisou a questão dos procedimentos médicos *off label* (o que inclui a administração de medicamentos com uso não autorizado) e afirmou:

Os médicos que assim procederem devem estar cientes das responsabilidades que assumem e do que lhes recai como penalidades a que poderá responder. Necessita do registro em prontuário das motivações para tal forma de conduta e do consentimento esclarecido do paciente ou, em razão de impedimento, de seu responsável legal.

Assim, a exigência de registro no ANVISA e do uso dentro das especificações aprovadas pela agência reguladora é medida que visa proteger o usuário do sistema de saúde, pois estes medicamentos foram submetidos a estudos clínicos que comprovaram a sua qualidade, a sua efetividade e a sua segurança.

Contudo, a ANVISA, com fundamento no art. 21 do Decreto n. 8.077/2013, em caráter excepcional, tem autorizado a utilização de medicamentos fora das prescrições aprovadas no registro. É o caso do Avastin, que teve a autorização para o SUS usá-lo em tratamento de distúrbio oftalmológico (Degeneração Macular Relacionada à Idade) por meio da Resolução da Diretoria Colegiada - RDC n. 111.

Sendo assim, ainda que não conste no registro na ANVISA, na hipótese de haver autorização, ainda que precária, para determinado uso, é resguardado o direito do usuário do Sistema Único de Saúde de também ter acesso a utilização do medicamento no uso autorizado não presente no registro.

Ante o exposto, *acolho parcialmente os embargos de declaração* do Estado do Rio de Janeiro, *sem efeitos infringentes*, para esclarecer que onde se lê: “existência de registro na ANVISA do medicamento”, leia-se: “existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência”.

É o voto.

II- Embargos de declaração da União

Diante de indagações e afirmações apresentadas nas razões dos aclaratórios, é preciso esclarecer dois pontos.

Primeiramente, a exigência de apresentar laudo médico que demonstre a imprescindibilidade do medicamento é ônus imposto àquele que pretende recebê-lo. Não se afirmou que este laudo é vinculativo, ou seja, que uma vez juntado aos autos pelo requerente, o juiz necessariamente deve considerar satisfeito o requisito da imprescindibilidade. Cabe ao julgador avaliar referido laudo e na hipótese de entender que o laudo apresentado junto com a exordial é insatisfatório, poderá solicitar, nos termos do *caput* do art. 370 do CPC/2015, a produção de provas necessárias ao julgamento do pedido. Além disso, o laudo médico apresentado pela parte autora será necessariamente submetido ao contraditório, cabendo ao réu impugná-lo, expondo as razões porque ele não demonstra a imprescindibilidade do medicamento.

Em segundo lugar, o citado art. 15, § 1º, do Decreto n. 7.646/2011 disciplina o requerimento de incorporação de medicamentos ao SUS realizado por interessados. Não é o caso da previsão constante do acórdão embargado segundo a qual poderá o julgador, após o trânsito em julgado, expedir comunicação ao Ministério da Saúde e à Comissão Nacional de Tecnologias do SUS (CONITEC) a fim de que se realizem estudos quanto à viabilidade de incorporação do medicamento no âmbito do SUS. Portanto, não há que se falar em atendimento aos requisitos legais para requerimento de incorporação do medicamento. O que se pretendeu foi oportunizar que os órgãos responsáveis por esta análise, diante da existência de repetidas demandas solicitando o medicamento, sejam provocados a analisar a viabilidade da inclusão do medicamento para fornecimento no âmbito do SUS. Dessa feita, tal situação amolda-se ao disposto no § 4º do mesmo art. 15 do Decreto n. 7.646/2011, que assim dispõe: “No caso de propostas de iniciativa do próprio Ministério da Saúde, serão consideradas as informações disponíveis e os estudos técnicos já realizados para fins de análise pela CONITEC”.

Além disso, por oportuno, impõe-se fazer os seguintes esclarecimentos quanto à modulação dos efeitos.

É importante destacar que o julgamento do presente caso repetitivo possui duas faces: uma voltada para os feitos pendentes e outra para os processos futuros.

Assim, fixou-se a tese segundo a qual a concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

- (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.

Todavia, também realizou-se a modulação dos efeitos, de forma que tais requisitos somente serão exigidos para os processos que tenham sido distribuídos, na primeira instância, a partir da publicação do acórdão embargado. Conclui-se, portanto, que os requisitos fixados de forma cumulativa dirigem-se *ad futurum*. Esta é, conforme afirmado acima, a primeira face do julgado.

A segunda refere-se aos processos já existentes antes da publicação do acórdão do recurso especial repetitivo, ou seja, *ad praeteritum*. A estes deve-se aplicar o entendimento estabelecido pelo STJ segundo o qual deve ser deferido o fornecimento de medicamento não incorporado ao SUS quando devidamente demonstrada a sua necessidade/imprescindibilidade. Assim, aos casos pendentes, já existentes antes do termo inicial da modulação, deve ser aplicado este entendimento que também faz parte da tese fixada neste repetitivo.

Assim, realizados os esclarecimentos acima, verifica-se que não há que se falar em vício a ensejar a modificação do acórdão embargado, pois todas as questões foram devidamente analisadas. Não constitui omissão o mero inconformismo com a conclusão do julgado, manifestado nas seguintes afirmações: necessidade de outros meios de prova, além do laudo médico, a fim de comprovar a imprescindibilidade do medicamento requerido; a modulação dos efeitos viola o princípio da isonomia.

Ante o exposto, *rejeito os embargos de declaração* da União.

III- Embargos de declaração da parte autora

Destaque-se inicialmente que contradição é o vício intrínseco que se caracteriza pela existência de fundamentos antagônicos às outras razões de decidir, ao relatório ou à conclusão do julgado.

Assim, eventual dissenso com decisões de outros tribunais, ainda que seja da Suprema Corte, por representar circunstância externa ao corpo do

acórdão embargado, também denominada “contradição externa”, não autoriza o acolhimento do recurso integrativo.

Portanto, não se vislumbra que a parte tenha apontado em suas razões qualquer contradição do acórdão embargado no sentido acima apontado.

Também não há que se falar em omissão, pois todas as questões foram devidamente analisadas pelo acórdão embargado. Não constitui omissão o mero inconformismo com a conclusão do julgado, manifestado nas seguintes afirmações: que o STF tem admitido o fornecimento de medicamento não registrado na ANVISA; que a questão está sendo apreciada, em sede de repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal, mas que ainda não foi concluído o julgamento; que o requisito de registro na ANVISA fere o princípio da isonomia.

Consigne-se, por oportuno, que o recurso especial, conforme delimitação de competência estabelecida pelo art. 105, III, da Carta Magna de 1988, destina-se a uniformizar a interpretação do direito infraconstitucional federal, razão pela qual é defeso, em seu bojo, o exame de matéria constitucional, ainda que para fins de prequestionamento. Nesse sentido: EDcl na SEC 12.493/EX, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, DJe 05/04/2017; EDcl no MS 22.724/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 14/03/2017; EDcl no AgInt no REsp 1.616.067/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 17/05/2017; EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 527.021/PE, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 19/05/2017; EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 1.020.652/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 12/05/2017.

Ante o exposto, *rejeito os embargos de declaração* da parte autora.

IV- Do termo inicial da modulação dos efeitos

Ficou consignado no acórdão embargado que “os critérios e requisitos estipulados somente serão exigidos para os processos que forem distribuídos a partir da conclusão do presente julgamento”.

No entanto, tal termo inicial suscita dúvidas, podendo ser interpretado de, pelos menos, duas formas: a conclusão julgamento refere-se ao julgamento do recurso especial, ou seja, o termo inicial da modulação seria a data da assentada que se julgou o repetitivo e fixou-se a sua tese (25/4/2018); ou a conclusão do julgamento impõe o esgotamento da instância, isto é, o termo

inicial da modulação seria quando se julgar o último recurso cabível no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Sendo assim, com espeque no inciso I do art. 494 do CPC/2015, que possibilita a correção de ofício de inexatidões materiais, *altera-se o termo inicial da modulação dos efeitos do presente repetitivo*, que passa a ser a data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 4/5/2018.

V- Síntese dos esclarecimentos:

Quanto ao mérito:

a) O laudo médico apresentado pela parte não vincula o julgador, isto é, cabe ao juiz avaliar o laudo e verificar se as informações constantes nele são suficientes para a formação de seu convencimento quanto à imprescindibilidade do medicamento

b) Cabe ao juiz avaliar, a partir dos elementos de prova juntados pelas partes, a alegada ineficácia do medicamento fornecido pelo SUS decidindo se, com a utilização do medicamento pedido, poderá haver ou não um relevante acréscimo na resposta terapêutica.

c) A exortação constante no acórdão embargado para que o juiz, após o trânsito em julgado, expeça comunicação ao Ministério da Saúde e/ou CONITEC a fim de realizar estudos quanto à viabilidade de incorporação no SUS do medicamento deferido, deve receber o mesmo tratamento da situação prevista no § 4º do art. 15 do Decreto n. 7.646/2011.

Quanto a modulação:

a) Os requisitos cumulativos estabelecidos são aplicáveis a todos os processos distribuídos na primeira instância a partir de 4/5/2018;

b) Quanto aos processos pendentes, com distribuição anterior à 4/5/2018, é exigível o requisito que se encontrava sedimentado na jurisprudência do STJ: a demonstração da imprescindibilidade do medicamento.

VI- Tese fixada:

A **tese fixada** no julgamento repetitivo passa a ser: *A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:*

i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;

ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;

iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Modula-se os efeitos do presente repetitivo de forma que os requisitos acima elencados sejam exigidos de forma cumulativa somente quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 4/5/2018.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 434.686-DF (2018/0018001-0)

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Impetrante: Hortensia Monte Vicente Medina e outros

Advogado: Antônio Carlos de Almeida Castro - DF004107

Advogados: Roberta Cristina Ribeiro de Castro Queiroz - DF011305

Diogo Rudge Malan - RJ098788

Marcelo Turbay Freiria - DF022956

Flávio Mirza Maduro - RJ104104

Advogados: Liliane de Carvalho Gabriel - DF031335

André Mirza - RJ155273

Hortensia Monte Vicente Medina - DF040353

Impetrado: Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública

Paciente: Raul Schmidt Felipe Junior

EMENTA

Administrativo. *Habeas corpus* cível. Extradição ativa. Alegado constrangimento ilegal que teria ocorrido na fase administrativa

do procedimento extradicional. Legitimidade ativa do Ministro de Estado da Justiça para figurar no polo passivo da impetração. Incompatibilidade entre o Decreto n. 7.935/2013 (que promulgou a Convenção de Extradicação entre os Estados Membros da Comunidade dos Países da Língua Portuguesa e que disciplina a extradicação do paciente) e a Lei n. 13.445/2017 (Lei de Migração). Inocorrência. Desnecessidade de dilação probatória. Pretendida revogação da decisão administrativa que remeteu ao Estado requerido o pedido de extradicação. Alegação de “falsa” promessa de reciprocidade por parte do Estado Brasileiro. Inconfiguração. Superveniente alteração do *status* do paciente pela aquisição de nacionalidade portuguesa originária. Questão a ser apreciada pelo Estado requerido. Ordem de *habeas corpus* denegada.

1. De acordo com a legislação de regência (notadamente a Lei de Migração, o Decreto n. 9.199/2017, a Portaria n. 217/2018-MJ e o Decreto n. 9.360/2018), cabe ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional - DRCI do Ministério da Justiça o desempenho da função de autoridade central na área de extradicação, que se dá *por delegação do Ministro de Estado da Justiça*.

2. Na hipótese vertente, o exame técnico-formal realizado pelo DRCI, cuja natureza eminentemente instrutória está em consonância com a novel Lei de Migração, serviu como fundamento para a decisão administrativa do Ministro da Justiça de remeter ao Estado requerido o pedido de extradicação do paciente. Em tal contexto, desponta a legitimidade dessa autoridade ministerial para figurar no polo passivo da impetração.

3. No caso, é fato irrefutável a nova condição de português nato do paciente, sendo desnecessária, nesse aspecto, dilação probatória.

4. É também incontroverso que, ao tempo em que formulado pelo Estado brasileiro o pedido de extradicação do paciente, este ainda ostentava a tão só condição de português “naturalizado”, fazendo verossímil a promessa de reciprocidade então acenada pelo Governo Brasileiro. Releva observar, mais, que, em todas as manifestações dirigidas às autoridades portuguesas, as autoridades brasileiras sempre deixaram claro que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por seu art. 5º, LI, veda a extradicação de brasileiro nato, a

significar, portanto, que o Estado Brasileiro não poderia, em relação a estes, assegurar a observância da cláusula de reciprocidade.

5. Assentada a lealdade da promessa de reciprocidade originariamente externada pelo Estado brasileiro (de acordo com as circunstâncias presentes no momento em que esse ato foi formalizado), forçoso é concluir que a posterior aquisição da condição de português “nato”, pelo extraditando, é circunstância meritória a ser valorada exclusivamente pelo Estado requerido.

6. Não corresponde à realidade a alegação dos impetrantes de que “o Governo português está sendo mantido em erro por falsa promessa de concessão de reciprocidade de tratamento (ou seja, de futura extradição de brasileiros natos (originários) para Portugal)”. No ponto, a documentação constante dos autos revela que o Poder Judiciário de Portugal examinou a questão da superveniente aquisição da nacionalidade originária portuguesa pelo paciente, tendo concluído, em mais de uma oportunidade, que tal circunstância não seria óbice ao deferimento do pedido extraditacional, porquanto a aquisição do novo *status* somente se deu após o trânsito em julgado da decisão que já houvera deferido a extradição. Esse cenário corrobora a compreensão de que o Estado português tem plena ciência de que o Brasil não extradita seus cidadãos natos.

7. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, por maioria, vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Regina Helena Costa e os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes, Benedito Gonçalves e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram, oralmente os Drs. Antônio Carlos de Almeida Castro, pela parte paciente: Raul Schmidt Felipe Junior, Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, pelo impetrado Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública e o Dr. Nicolao Dino, pelo Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 23 de maio de 2018 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 27.6.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo causídico Antônio Carlos de Almeida Castro e outros sete advogados (todos qualificados na peça exordial), em favor do paciente *Raul Schmidt Felipe Júnior*, contra ato imputado ao *Ministro de Estado da Justiça*, consistente em ter essa autoridade ministerial mantido, perante o governo de Portugal, pedido de extradição em desfavor do nominado paciente que, embora brasileiro de nascimento e português “naturalizado” ao tempo do encaminhamento do pleito extradicional, acabou, em momento posterior ao deferimento da extradição pela autoridade portuguesa, conquistando o estatuto de cidadão português “nato”, cujo fato superveniente, no sentir dos impetrantes, impediria que o Brasil mantivesse o pleito extradicional, em vista de que, já agora, não mais poderia sustentar a promessa outrora feita de reciprocidade ao Estado requerido (quando o extraditando era português apenas naturalizado), uma vez que assim o proíbe o art. 5º, LI, da vigente Constituição brasileira de 1988.

Para mais abrangente compreensão da controvérsia, transcrevo os seguintes trechos da exordial (fls. 2/ 9):

[...]

02. O paciente ora figura como acusado nos processos n. 5045529-32.2015.4.04.7000/PR e n. 5012091-78.2016.4.04.7000/PR, ambos ora suspensos por determinação do Juízo da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Paraná.

03. Tal suspensão se deve ao encaminhamento, em 23 de março de 2016, de pedido de extradição do paciente ao Ministério das Relações Exteriores pela autoridade coatora, nos termos Aviso n. 302/2016-MJ.

04. Tal pedido deu origem a processo de extradição que ora está em trâmite perante o Poder Judiciário lusitano.

05. Do sobredito expediente administrativo consta parecer da Advocacia-Geral da União (n. 00346/2016/CONJUR-MJ/CGU/AGU) (doc. 02) respondendo à consulta da Procuradoria da República de Portugal sobre os limites constitucionais à extradição de cidadãos brasileiros.

06. Tal parecer, interpretando a cláusula petrificada no artigo 5º, LI do nosso texto magno, corretamente concluiu que “é vedada pela Constituição a possibilidade de extradição de brasileiro nato, admitindo-se nas hipóteses por ela previstas, a extradição do brasileiro naturalizado”.

07. Assim, como àquela época o paciente ostentava a qualidade jurídica de cidadão português naturalizado (desde 14 de dezembro de 2011), o Governo brasileiro veio a prometer reciprocidade ao Governo português.

08. No último dia 25.01.2018 o paciente apresentou à autoridade coatora petição (doc. 03) instruída com prova documental de sua aquisição da cidadania portuguesa originária, solicitando-lhe: (i) a reconsideração da decisão administrativa que autorizou o encaminhamento de pedido de extradição do paciente ao Ministério das Relações exteriores, por absoluta falta de amparo legal para a promessa de reciprocidade feita ao Governo português; (ii) subsidiariamente, a suspensão do trâmite do processo de extradição, até que essa matéria pudesse ser melhor apreciada por S. Exa.; (iii) subsidiariamente, o envio de ofício ao Ministério da Justiça de Portugal, informando-lhe que, em se tratando de cidadãos portugueses natos, o Brasil não possui condições de fazer promessa de reciprocidade em sede de processo de extradição, ante o óbice petrificado no artigo 5º, LI da Constituição da República Federativa do Brasil.

09. Não obstante, a autoridade coatora simplesmente deixou de apreciar os sobreditos pedidos de fundo formulados pelo paciente com base nos seguintes pretextos: (i) a sua atribuição administrativa limitada à análise da “forma de instrução do pedido” de extradição, nos termos do artigo 10 da Convenção de Extradição entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa; (ii) a nacionalidade do paciente como sendo “causa de recusa facultativa do Estado Requerido”, nos termos do artigo 4º da precitada Convenção; (iii) a falta de atribuição administrativa da autoridade coatora para análise da viabilidade jurídica da extradição do paciente, a qual seria de competência exclusiva do Estado Requerido (ofício n.. 182/2018/EXT/CETPC/DRCI/SNJ - MJ, de 26 de janeiro de 2018) (doc. 01).

10. Essa decisão administrativa está causando flagrante constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do paciente, fato a desafiar a impetração do presente remédio heroico. É o que se passa a demonstrar, com o indispensável rigor técnico-processual.

III - Da gritante e insofismável ilegalidade da manutenção do pedido de extradição do paciente

11. Como é cediço, o conjunto de mecanismos de cooperação jurídica internacional em matéria penal – inclusive a extradição ativa – encontram significativos limites nos [direitos] fundamentais do acusado. Conforme o autorizado magistério de Ada Pellegrini Grinover, o acusado não pode ser considerado mero objeto da sobredita cooperação, e sim verdadeiro sujeito processual que é titular de todas as garantias inerentes ao julgamento justo

ou *fair trial* (GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal, *In: Revista de Processo*, São Paulo, n. 81, pp. 160-177, jan./mar. 1996.).

12. Assim, por evidente que a atuação da autoridade coatora no processo de extradição ativa deve ser integralmente pautada pelas imprescindíveis legalidade e moralidade (artigo 37 da Constituição da República), inclusive e notadamente a observância do marco normativo regulador da sua atribuição legal.

13. Nessa toada, o artigo 7º do vetusto Decreto-Lei n. 394/38 dispõe o seguinte:

Art. 7º. A extradição será solicitada por via diplomática ou, na falta de agente diplomático do Estado requerente, diretamente, de Governo a Governo, sendo o pedido acompanhado de cópia ou traslado autêntico da sentença de condenação, ou das decisões de pronúncia ou prisão preventiva, proferidas por juiz competente. Estas peças deverão conter a indicação precisa do fato incriminado, o lugar e a data em que foi cometido, e cópia dos textos de lei aplicável à espécie, inclusive dos referentes à prescrição da ação ou da pena, bem como dados antecedentes necessários à comprovação da identidade do indivíduo reclamado.

14. A nova Lei de Migração (Lei n. 13.445/17), por sua vez, dispõe o seguinte:

Art. 81. (*omissis*)

§ 2º *A extradição e sua rotina de comunicação serão realizadas pelo órgão competente do Poder Executivo em coordenação com as autoridades judiciárias e policiais competentes.* (grifamos)

Art. 88. Todo pedido que possa originar processo de extradição em face de Estado estrangeiro deverá ser encaminhado ao órgão competente do Poder Executivo diretamente pelo órgão do Poder Judiciário responsável pela decisão ou pelo processo penal que a fundamenta.

§ 1º *Compete a órgão do Poder Executivo o papel de orientação, de informação e de avaliação dos elementos formais de admissibilidade dos processos preparatórios para encaminhamento ao Estado requerido.* (grifamos)

15. Do cotejo lógico-sistemático do sobredito arcabouço normativo regulador da matéria se infere que a autoridade coatora exerce papel de protagonismo na extradição ativa, fazendo a gestão da sua execução e o controle prévio da sua admissibilidade jurídica.

16. Não procede, portanto, o pretexto de que a atribuição administrativa da autoridade coatora seria limitada à análise da “forma de instrução do pedido” de extradição, nos termos do artigo 10 da Convenção de Extradição entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa.

17. Tal Convenção foi promulgada entre nós pelo Decreto n. 7.935/13, norma anterior e hierarquicamente inferior à novel Lei de Migração (Lei n. 13.445/17), não podendo se sobrepôr a ela.

18. Melhor sorte não socorre o segundo pretexto invocado pelo ato coator, no sentido de a nacionalidade originária portuguesa do paciente caracterizar “causa de recusa facultativa do Estado Requerido”, nos termos do artigo 4º da precitada Convenção.

19. A bem da verdade, a autoridade coatora formulou promessa solene de conceder reciprocidade de tratamento ao Estado português na hipótese vertente, com base na premissa de que o paciente seria cidadão português naturalizado.

20. Ocorre que há fato superveniente da maior relevância, e que altera substancialmente o quadro fático-jurídico existente à época do encaminhamento do pedido de extradição pela autoridade coatora: a aquisição da cidadania portuguesa originária pelo paciente, conforme atesta a anexa certidão original do registo civil português, por averbamento ao seu assento de nascimento (doc. 04).

21. Conforme o anexo parecer de Rui Manoel Moura Ramos – Catedrático de Direito Administrativo da Universidade de Coimbra e maior autoridade jurídica lusófona nessa matéria – a atribuição da condição jurídico-formal de cidadão português nato ao paciente produz efeitos jurídicos *ex tunc* até a data do seu nascimento, independentemente de qualquer formalidade administrativa ou judicial, por imposição do artigo 11 da Lei n. 37/81 – Lei de Nacionalidade (doc. 05).

22. Outro parecer jurídico, de Paulo Otero – Professor Catedrático da Universidade de Lisboa e também autoridade indisputável na matéria em digressão – concluiu que a atribuição de cidadania portuguesa originária ao requerente torna inválida a decisão administrativa da Exma. Sra. Ministra da Justiça de Portugal, o que foi proferida com base em pressuposto jurídico – a condição de naturalizado português do requerente – não mais existente (doc. 06).

23. Assim sendo, a manutenção do pedido de extradição ativa do paciente esbarra na cláusula petrificada no artigo 5º, LI do texto magno:

Art. 5º. (*omissis*)

LI - *nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;* (grifamos)

24. Veja-se, bem a propósito, a jurisprudência do STF:

O brasileiro nato, quaisquer que sejam as circunstâncias e a natureza do delito, não pode ser extraditado, pelo Brasil, a pedido de Governo

estrangeiro, pois a *Constituição da República*, em cláusula que não comporta exceção, impede, em caráter absoluto, a efetivação da entrega extradicional daquele que é titular, seja pelo critério do “*jus soli*”, seja pelo critério do “*jus sanguinis*”, de nacionalidade brasileira primária ou originária. Esse privilégio constitucional, que beneficia, sem exceção, o brasileiro nato (CF, art. 5º, LI), não se descaracteriza pelo fato de o Estado estrangeiro, por lei própria, haver-lhe reconhecido a condição de titular de nacionalidade originária pertinente a esse mesmo Estado (CF, art. 12, § 4º, II, “a”). (STF, HC 83.113-QO, Rel. Min. Celso de Mello. Grifamos)

25. Eis o dispositivo correlato da Constituição portuguesa vigente:

Artigo 33.º

Expulsão, extradição e direito de asilo

(*omissis*)

3. A extradição de cidadãos portugueses do território nacional só é admitida, em condições de reciprocidade estabelecidas em convenção internacional, nos casos de terrorismo e de criminalidade internacional organizada, e desde que a ordem jurídica do Estado requisitante consagre garantias de um processo justo e equitativo. (grifamos)

26. Vale dizer: o ordenamento constitucional português só autoriza a extradição de cidadãos portugueses para o Brasil (sem distinguir entre natos e naturalizados) caso o Estado brasileiro possa assumir compromisso diplomático formal de conceder a imprescindível reciprocidade de tratamento (isto é, extraditar cidadãos brasileiros para Portugal).

27. A Exma. Sra. Ministra da Justiça de Portugal, em de 26 de abril de 2016, proferiu decisão administrativa no sentido de que, caso venha a ser autorizada a extradição, o paciente não poderá ser julgado no Brasil por eventuais fatos criminosos consumados após 14 de dezembro de 2011 (data em que ele havia se naturalizado cidadão lusitano).

28. Esse fato é muito bem talhado para demonstrar a seriedade com qual o Governo português encara a exigência de reciprocidade em apreço.

29. É gritante e insofismável a conclusão de que em sendo o paciente cidadão português nato, o Brasil não tem mais como manter sua promessa de reciprocidade originalmente encaminhada ao Governo Português, ante a cláusula petrificada no artigo 5º, LI da nossa Constituição da República.

30. A doutrina mais avisada alerta que: “Em que pese não caber ao Poder Judiciário a aceitação da promessa de reciprocidade, o controle sobre a legalidade ainda lhe impõe o dever de verificar se a promessa poderá ser cumprida em face da legislação alienígena” (MADRUGA, Antenor. A reciprocidade como interação entre Estados, *In*: Consultor Jurídico, 05.07.2012).

31. O fato de o artigo 4º da Convenção de Extradicação entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (Decreto n. 7.935/13) considerar a nacionalidade do paciente “causa de recusa facultativa do Estado Requerido”, ao contrário do afirmado pelo ato coator, não tem o condão de levar à conclusão diversa.

32. Isso porque a cláusula da proibição de extradicação de brasileiros natos, petrificada no artigo 5º, LI a Constituição da República, é norma de hierarquia superior ao Decreto n. 7.935/13, não podendo ser derogada por este último. É intuitivo.

33. Por derradeiro, tampouco procede a ilação do ato coator no sentido de que a admissibilidade jurídica da extradicação do paciente supostamente seria matéria de competência exclusiva do Estado português (Requerido).

34. A bem da verdade, os supratranscritos artigos 81, § 2º e 88, § 1º da nova Lei de Migração (Lei n. 13.445/17) deixam claro caber à autoridade coatora, por intermédio do seu Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), exercer papel de protagonismo no processo de extradicação ativa, fazendo a gestão da sua execução e o controle prévio da sua admissibilidade jurídica.

35. A maior prova dessa insofismável atribuição administrativa da autoridade coatora é que ela, ao ser consultada pela Procuradoria da República de Portugal sobre os limites constitucionais à extradicação de cidadãos brasileiros, colheu parecer da Advocacia-Geral da União (n. 00346/2016/CONJUR-MJ/CGU/AGU) e respondeu diretamente à sobredita autoridade central portuguesa prometendo-lhe reciprocidade de tratamento no caso do paciente – sem nem sequer consultar o Poder Judiciário a respeito.

36. Em suma: a autoridade coatora deve pautar sua atuação funcional pelos preceitos princípios constitucionais da legalidade e da moralidade, além do princípio da prevalência dos Direitos Humanos nas relações internacionais mantidas pela República Federativa do Brasil (artigo 4º, II do texto magno).

37. Vale dizer: no processo de extradicação ativa o Estado brasileiro deve pautar suas relações com o Estado Requerido pela veracidade, boa-fé e transparência, não podendo empregar ardis, estratégias ou subterfúgios – notadamente manter promessa de reciprocidade de tratamento (ou seja, promessa de extraditar brasileiros natos para Portugal) que já sabe de antemão que jamais teria condições jurídicas de cumprir, à luz da cláusula petrificada no artigo 5º, LI do texto magno.

[...]

Nessa linha de argumentação, os impetrantes sustentam existir “manifesto constrangimento ilegal da liberdade ambulatoria do paciente, ante a manutenção de processo de extradicação ativa baseado em falsa promessa de reciprocidade

que o Estado brasileiro não tem como cumprir” (fl. 10). Presente esse quadro, postularam, liminarmente, a suspensão do processo de extradição ativa e, no mérito, a revogação da decisão administrativa da autoridade coatora, no que mantém seu juízo de admissibilidade favorável à extradição do paciente.

Prossigo para anotar que, por meio da decisão de fls. 235/240, o Ministro Humberto Martins, no exercício da Presidência desta Corte durante o recesso judiciário, indeferiu o pedido de concessão de medida liminar, requisitou informações à autoridade impetrada e abriu vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Contra essa decisão, os impetrantes formularam pedido de reconsideração, que foi por mim indeferido, por meio do *decisum* encartado às fls. 268/269.

Na sequência, a autoridade impetrada prestou informações (fls. 278/378), aduzindo, em síntese:

(I) sua ilegitimidade passiva *ad causam*, porquanto:

(a) “No Brasil, a Autoridade Central designada para atuar nos procedimentos de extradição não coincide com a autoridade ministerial ora impetrada, qual seja o Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública. [...] No Brasil, o Ministério da Justiça e Segurança Pública exerce essa função para a maioria dos acordos internacionais em vigor, por meio do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania (DRCI/SNJ)” (fl. 333);

(b) há precedente deste Superior Tribunal no sentido da ilegitimidade passiva da autoridade coatora que não tenha dado ensejo a “nenhum ato concreto que atentasse contra o direito de locomoção do [...] paciente, limitando-se, apenas, a solicitar a adoção de providências para o processamento da extradição do paciente, foragido da Justiça Brasileira” (HC 61.765/RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 30/10/2006, p. 365);

(II) no procedimento de extradição, as atribuições afetas à autoridade central brasileira estão restritas à análise de aspectos formais dos pedidos formulados pelas autoridades judiciárias competentes, sendo juridicamente impossível a análise do mérito dos pedidos extradicionais;

(III) não merece acolhida a alegação de inaplicabilidade da Convenção de Extradicação entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, promulgada pelo Decreto n. 7.935/2013, por ser “norma hierarquicamente inferior à novel Lei de Migração (Lei n. 13.445/17), não podendo se sobrepor a ela”. Isso porque “os preceitos insertos no parágrafo 2º do artigo 81 e no parágrafo 1º do artigo 88 da Lei n. 13.445, de 2017, impedem a Autoridade Central brasileira, qual seja o Departamento de Recuperação de

Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública, de assentar qualquer juízo de mérito, que extrapole a análise formal dos elementos de admissibilidade do pedido de solicitação de Extradicação Ativa encaminhado diretamente pelo órgão do Poder Judiciário responsável, restando sua análise circunscrita ao que lhe autoriza o parágrafo 1º do artigo 88 da mencionada Lei de Migração” (fl. 338);

(IV) é da competência exclusiva do Estado requerido dispor sobre procedência ou não do pedido de extradicação, razão pela qual “extrapola às atribuições ínsitas à Autoridade Central brasileira, qual seja o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública, no procedimento administrativo de extradicação ativa ou passiva proceder à análise de mérito do pedido de extradicação, restando sua atuação restrita à análise da presença dos pressupostos formais de admissibilidade dos pedidos encaminhados pelas autoridades judiciárias competentes” (fl. 343); e

(V) na espécie, há necessidade de dilação probatória no que respeita à aquisição da nacionalidade portuguesa originária por parte do paciente.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Wagner Natal Batista, opinou “pelo não conhecimento do *habeas corpus*” (fls. 381/387).

O presente remédio constitucional foi, inicialmente, incluído na pauta da sessão do dia 9/5/2018.

Mediante a decisão de fl. 595, deferi pedido formulado pelos impetrantes e adiei, por uma única sessão, o julgamento do feito.

É o necessário relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): Como veio de se referir, o presente *habeas corpus* cível foi impetrado no âmbito de procedimento de extradicação ativa (vale dizer, requerida pelo Estado brasileiro), deflagrado contra o paciente Raul Schmidt Felipe Junior e tendo por requerido o governo de Portugal.

Tal procedimento, iniciado em 2016, vem sendo permeado por vários incidentes processuais, tanto no Poder Judiciário brasileiro como na Justiça portuguesa, e até mesmo no Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Como acontecimentos processuais relevantes no Brasil, destaco que, em 27/4/2018, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região suspendeu provisoriamente

o pedido de extradição do ora paciente, ao deferir liminar em *habeas corpus* cível impetrado perante aquela Corte, com a mesma causa de pedir do presente *writ*, mas apontando como autoridade coatora o Diretor do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional - DRCI do Ministério da Justiça.

Após tomar ciência dessa decisão, o Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba - SJ/PR (responsável, no âmbito jurisdicional, por deferir a extradição requerida pelo *Parquet* federal em desfavor do ora paciente), entendendo que dita liminar interferia indevidamente na competência daquele Juízo no Paraná, determinou que o DRCI (Departamento de Recuperação de Ativos e de Cooperação Internacional, vinculado ao Ministério da Justiça) prosseguisse no cumprimento do pedido de extradição já noticiado.

Daí que o TRF da 1ª Região suscitou conflito de competência, a mim distribuído por prevenção, em 28/4/2018 (CC 158.173/DF), ocasião em que, na mesma data, proferi decisão liminar suspendendo as decisões dos Juízos suscitante e suscitado, tendo em conta a pendência do julgamento do presente *habeas corpus*.

Convém, mais, destacar que o *Supremo Tribunal de Justiça de Portugal*, em 3/5/2018, deferiu *habeas corpus* ao ora paciente, por entender que teria havido excesso de prazo em sua prisão para fins de extradição (fato, esse, amplamente divulgado pelos veículos de imprensa), sem que a autoridade brasileira tivesse providenciado a retirada do paciente do território português.

Tendo em conta essa decisão judicial lusitana (a qual, em linha de princípio, poderia acarretar a perda de objeto desta impetração), determinei que os impetrantes se manifestassem acerca do interesse na continuidade da apreciação do presente *writ*.

Os impetrantes, então, requereram o adiamento do julgamento do *habeas corpus*, pedido foi por mim deferido.

Pois bem, desde então, não houve manifestação de desinteresse na continuidade do julgamento pelos impetrantes. Ademais, conforme vem sendo noticiado pela imprensa, o *Tribunal de Relação de Portugal*, em 18/5/2018, em nova e recentíssima decisão, determinou que a extradição do paciente fosse realizada, não se tendo, contudo, notícia de que o extraditando tenha retornado ao Brasil até o presente momento.

Portanto, *não* há falar em perda de objeto do *habeas corpus* que ora se traz à apreciação dessa doutra Primeira Seção.

Passo, assim, ao exame do *writ*, enfrentando, de logo, as questões preliminares suscitadas pela parte impetrada.

1) Da alegada ilegitimidade da apontada autoridade coatora

Para o equacionamento dessa questão, faz-se necessário lembrar que a extradição ativa, uma vez deferida no âmbito jurisdicional, segue seu trâmite administrativo junto ao órgão competente do Poder Executivo, para posterior remessa ao Estado estrangeiro requerido.

No presente caso, como visto, o alegado constrangimento ilegal teria ocorrido na fase *administrativa* da tramitação do pedido de extradição.

Para antes disso, entretanto, a extradição do paciente havia sido deferida pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba - Seção Judiciária do Paraná (fl. 167), o qual, em momento anterior, havia decretado a prisão preventiva do paciente (que é alvo de duas ações penais na operação Lava-Jato), acolhendo pedido do Ministério Público Federal (fls. 156/164).

Examinado esse contexto, tenho que, no caso específico do presente *habeas corpus*, palpável se revela a **legitimidade** passiva do Ministro de Estado da Justiça, pelas seguintes razões:

(a) o DRCI atua, como autoridade central, **por delegação do Ministro de Estado da Justiça**. Essa atuação, como corroboram as informações prestadas pela autoridade coatora (fls. 338), restringe-se a uma análise técnica, isto é, à verificação da presença ou não de **elementos formais do pedido de extradição**. No caso específico do pedido de extradição de Raul Schmidt Felipe Junior, essa intervenção limitou-se à verificação da presença dos **requisitos formais** de que trata o art. 10 da Convenção de Extradicação entre os Estados Membros da Comunidade de Países de Língua Portuguesa, como se verá adiante (fls. 1.317/1.319 do CC 158.173/DF).

(b) a análise feita pelo DRCI, importante ressaltar, constituiu-se em fator de **fundamentação/motivação** para a decisão administrativa do Ministro de Estado da Justiça que, ao encaminhar a documentação ao Ministério das Relações Exteriores para posterior envio ao Estado requerido, fez cancelar a regularidade formal do procedimento administrativo que transcorreu no âmbito do DRCI (fls. 1.320/1.323 do CC)

(c) por outro viés, não cabe cogitar da eventual legitimidade passiva do Ministro das Relações Exteriores, cuja autoridade se limitou a transmitir o pedido de extradição, assim como, em momentos posteriores, os órgãos integrantes da estrutura do MRE tão somente transmitiram documentos por solicitação das autoridades centrais. Aliás, a participação do MRE, no caso da extradição do ora paciente e de todas aquelas regidas pela Convenção de Extradição entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, não é uma formalidade essencial, já que, a teor do art. 9º, n. 1, do Decreto n. 7.935, de 19 de fevereiro de 2013, que promulgou a referida convenção, a transmissão do pedido poderia ocorrer até mesmo diretamente entre as autoridades centrais.

II) Da desnecessidade de dilação probatória

Muito embora em um primeiro momento este Relator tenha entendido que não estava evidenciada, de forma cristalina, a nova condição de português nato do impetrante, o exame dos autos revela que, sobre esse aspecto da controvérsia, não remanesce divergência qualquer. É fato notório que, após a autorização, pelas autoridades portuguesas, da extradição, o paciente veio a adquirir tal condição.

Assim, não merece acolhida a preliminar de necessidade de dilação probatória.

III) Da sustentada incompatibilidade entre o Decreto n. 7.935/2013 (que promulgou a Convenção de Extradição entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa) e a Lei n. 13.445/2017 (Lei de Migração)

Os impetrantes sustentam que essa atuação meramente instrutória do DRCI (por delegação do Ministro de Estado da Justiça, convém lembrar) não é compatível com os diplomas legais que regem a matéria. Para tanto, afirmam que o Decreto n. 7.935/2013, que promulgou a Convenção de Extradição entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, no ponto em que dispõe sobre o exame a ser feito pela autoridade central brasileira em pedidos de extradição, seria incompatível com a novel Lei de Migração (Lei n. 13.445/17), a qual deveria prevalecer, por ser posterior e hierarquicamente superior.

Ora, o Decreto n. 7.935/2013, em seu art. 10, estabelece o seguinte:

Artigo 10

Forma e instrução do pedido

1. Quando se tratar de pedido para procedimento criminal, o pedido de extradição deverá ser acompanhado de original ou cópia certificada do mandado de prisão ou de ato processual equivalente.

2. Quando se tratar de pedido para cumprimento de pena, o pedido de extradição deverá ser acompanhado de original ou cópia certificada da sentença condenatória e de certidão ou mandado de prisão dos quais conste qual a pena que resta cumprir.

3. Nas hipóteses referidas nos números 1 e 2, deverão ainda acompanhar o pedido:

a) descrição dos fatos pelos quais se requer a extradição, indicando-se o lugar e a data de sua ocorrência, sua qualificação legal e fazendo-se referência às disposições legais aplicáveis;

b) todos os dados conhecidos quanto à identidade, nacionalidade, domicílio, residência ou localização da pessoa reclamada e, se possível, fotografia, impressões digitais e outros meios que permitam a sua identificação; e

c) cópia dos textos legais que tipificam e sancionam o crime, identificando a pena aplicável, bem como os que estabelecem o respectivo regime prescricional.

A seu turno, em seus arts. 81 e 88, a Lei de Migração, ao dispor sobre a autoridade central brasileira para fins de extradição, também reservou-lhe um *papel instrutório, de análise técnica quanto à presença de requisitos formais dos pedidos extradicionais*.

Em outras palavras, ao contrário do que sustentam os impetrantes, não há incompatibilidade entre os mencionados atos normativos.

IV) Do mérito da impetração

(a) da ausência de irregularidade na promessa de reciprocidade formulada pelo Estado Brasileiro ao Estado Português

É incontroverso que, ao tempo em que formulado o pedido de extradição de Raul Schmidt Felipe Junior, este ostentava a tão só condição de português “naturalizado”, fazendo *verossímil e legítima* a promessa de reciprocidade então acenada pelo Governo Brasileiro.

Outrossim, importa observar que, em todas as manifestações dirigidas às autoridades portuguesas, as autoridades brasileiras deixaram absolutamente claro que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 vedava - como ainda veda - a extradição de brasileiro nato (art. 5º, LI, da CF/88), a significar, portanto, que o Governo Brasileiro não poderia assegurar a observância da

cláusula de reciprocidade relativamente a cidadãos seus com o estatuto pessoal de brasileiros natos (nesse sentido, destaco os documentos acostados às fls. 188/197 e 217/223).

Em tal cenário, não há como acolher a alegação de que a promessa de reciprocidade formulada pelo Governo brasileiro a Portugal seria “falsa”. Ao contrário do afirmado pelos impetrantes, não houve emprego de “ardis, estratégias ou subterfúgios” para “manter promessa de reciprocidade (ou seja, promessa de extraditar brasileiros natos para Portugal) que já sabe de antemão que jamais teria condições de cumprir, à luz da cláusula petrificada no artigo 5º, LI do texto magno” (fl. 9).

Sem dúvida, pode-se afirmar que a atuação das autoridades brasileiras foi pautada pelo amplo e irrestrito respeito aos postulados da legalidade, da lealdade e da moralidade.

Tanto isso é verdade que os próprios impetrantes admitem que a Advocacia-Geral da União, ao responder consulta oriunda da autoridade central portuguesa a respeito dos limites constitucionais à extradição de brasileiros, fez informar, em parecer, que “é vedada pela Constituição a possibilidade de extradição de brasileiro nato, admitindo-se nas hipóteses nela previstas a extradição de brasileiro naturalizado” (fl. 2).

(b) da posterior aquisição da nacionalidade originária portuguesa pelo paciente como circunstância a ser valorada tão somente pelo Estado requerido

Assentada a irretorquível lealdade da promessa formulada pelo Estado brasileiro (em conformidade com o *status* do paciente - português apenas “naturalizado” - no momento em que o pleito extraditacional restou formalizado), força é concluir que a superveniente aquisição da condição de português “nato” pelo extraditando traduziu-se em circunstância meritória a ser avaliada e valorada, única e exclusivamente, pelo próprio Estado requerido, detentor de intangível soberania para aquilatar o impacto jurídico da posterior aquisição da nacionalidade portuguesa nata pelo extraditando, quando já deferida em momento pretérito sua extradição, em época que ostentava a tão só condição de português “naturalizado”.

De outra parte, não se mostra juridicamente viável pretender que o Poder Judiciário, como almejam os impetrantes, emita provimento tendente a impedir que o Estado brasileiro possa formular pedido de extradição. Tal veto, é certo, equivaleria a coartar seu próprio direito de petição, enquanto Estado soberano,

perante a órbita internacional. Noutras palavras, não é dado ao Judiciário, ainda que no âmbito de remédio constitucional (como no presente *HC*), pautar a conveniência e oportunidade do encaminhamento de pleito extradicional em lugar do competente órgão Executivo interno.

Ademais, como bem pontuou o Ministro Humberto Martins ao indeferir, no período de recesso judiciário, o pedido de concessão de liminar formulado pelos impetrantes, o Ministro de Estado da Justiça tem a obrigação legal de realizar o processamento administrativo do pedido de extradição.

Por fim, não se mostra acertada a alegação (constante de memorial entregue pelos impetrantes) de que “o Governo português está sendo mantido em erro por falsa promessa de concessão de reciprocidade de tratamento (ou seja, de futura extradição de brasileiros natos (originários) para Portugal)”.

Nesse ponto, não bastasse o que já restou demonstrado quando da explícita ciência dada às autoridades portuguesas acerca da vedação constitucional de extradição de brasileiros natos, sobreleva notar que o Poder Judiciário de Portugal examinou a questão da superveniente aquisição da nacionalidade portuguesa pelo paciente, havendo concluído, em mais de uma oportunidade, que tal circunstância não seria óbice ao deferimento do pedido extradicional, *porquanto a aquisição do novo status pelo paciente somente se deu após o trânsito em julgado da decisão que deferira a extradição (nesse sentido, as decisões juntadas aos autos pelo Ministério Público Federal às fls. 430/523)*.

Nessa ampla moldura, por todos os ângulos examinados, não vislumbro o apontado constrangimento ilegal.

Ante o exposto, rejeito as apontadas preliminares e, no mérito, *denego* o *habeas corpus*.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Senhor Presidente, inicialmente quero cumprimentar os eminentes juristas que aqui se pronunciaram com muita pertencionalidade, verticalidade e sabedoria.

2. Todos sabemos, mas gostaria de lembrar que se trata de um *habeas corpus*, um instrumento de tutela da liberdade. Portanto, qualquer dúvida, qualquer hesitação, qualquer sombra de incerteza deve ser espancada em favor da liberdade. O *habeas corpus* é feito *pro libertate*, sempre.

3. Em primeiro lugar, quero dizer que não farei observação alguma sobre a competência deste Tribunal para conhecer do *habeas corpus*, pois concordo com o entendimento do Ministro Relator e demais Ministros que o acompanharam. Em segundo, não farei comentários sobre o crime cometido, pois desconheço a imputação. O que tem relevância para mim é a interpretação de um pedido de *habeas corpus* diante de uma situação, como bem frisou o Ministro *Herman Benjamin*, em que há algumas áreas sombreadas, como a aquisição da nacionalidade portuguesa na condição de nato, que retroage ao nascimento da pessoa.

4. Um autor português comenta que *quando se obtém a condição de português nato, os seus efeitos retroagem à data do nascimento da pessoa. Os atos praticados antes do registro, se já consumados, perduram, mas não são indiferentes à obtenção da naturalização*. Perdura se já está consumado, não tem mais o que fazer.

5. Vê-se que a parte impetrante obteve a condição de português nato por causa das dilações processuais que foram implementadas lá em Portugal, e aqui também, que permitiu que ele tivesse a nacionalidade portuguesa. A atitude do imputado, apelidada de artimanha protelatória, a meu ver, é o exercício do direito de defesa. Ou será que ele deveria colaborar com a acusação? Não recorrer para ganhar tempo e, nesse ínterim, obter condição de português nato?

6. O certo é que o cidadão, português ou brasileiro, não é obrigado a colaborar com a acusação contra si. A acusação tem que se exercer contra a resistência do imputado, do acusado, a meu ver.

7. A respeito da protelação, Senhor Presidente, houve a superveniência da condição de português nato. Isso seria indiferente para o destino da extradição? Será que, com a superveniência da condição de português nato, o Brasil pode ainda assegurar a reciprocidade? Penso eu que o Ministro da Justiça deveria recuar do pedido de extradição, já que não se pode mais assegurar a reciprocidade. Aliás, o ponto de apoio no Direito Internacional é a reciprocidade e a boa-fé. Não há superposição de soberanias.

8. Senhor Presidente, a Constituição da República Portuguesa, em seu art. 33, inciso III, diz que o português não pode ser extraditado. *A extradição [salvo as exceções] de cidadãos portugueses do território nacional só é admitida, excepcionalmente, em condições de reciprocidade estabelecidas em convenção internacional, nos casos de terrorismo e de criminalidade internacional organizada e desde que a ordem jurídica do Estado requisitante consagre garantias de um processo justo e equitativo*. Será que o acusado se encaixa num desses ilícitos?

9. A nossa Constituição, Senhor Presidente, no art. 5º, inciso LI, diz que *nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins, na forma da lei.*

10. Nessa situação, Senhor Presidente, o Brasil pode, realmente, cumprir a promessa de extraditar um nacional, como se está querendo que Portugal extradite um nacional seu? Eu acho justo que o acusado venha para cá para responder pelos malfeitos que são imputados a ele e ser condenado ou absolvido conforme seja o juízo do órgão processante aqui no Brasil.

11. Mas como pode se operar a reciprocidade num caso deste? Será que a referida naturalização portuguesa, por ter sido concedida depois de pedida a extradição, não opera os efeitos? Segundo transcrição do voto do Conselheiro *Augusto Lourenço*, do Tribunal da Relação de Lisboa, a Lei de Nacionalidade Portuguesa 37/81, de 3 de outubro, diz, em seu art. 11 que *a atribuição da nacionalidade portuguesa produz efeitos desde o nascimento, sem prejuízo da validade das relações jurídicas anteriormente estabelecidas com base em outra nacionalidade.* Pode-se dizer que a extradição é uma relação jurídica estabelecida para ficar na ressalva da Lei Portuguesa? Quer dizer, se a extradição tivesse sido consumada, ele não voltaria para Portugal, a meu ver.

12. Penso que esses atos se encaixam naquela categoria de *facta in pendentia*, os fatos em pendência estão se realizando. Os fatos consumados estão consumados, não tem o que se fazer; os que ainda não se consumaram não poderão mais se consumir. Então, pergunto: aqueles que estão em percurso se regem pela situação de português não nato ou pela de português nato?

13. Concordo com o Senhor Ministro *Herman Benjamin* que essa é uma situação penumbrosa. Se fosse uma ação comum, eu poderia até resolver a dúvida em que me acho a favor da extradição, mas trata-se de um *habeas corpus*, que tutela a liberdade e não outro interesse, não outro direito, não outra pedido, só a liberdade.

14. Penso que, em caso de dúvida, a solução deve ser *pro libertate*. Entendo que, apesar das poderosas razões e até das conveniências de se trazer esse cidadão para o Brasil a fim de responder pelos malfeitos que lhe são imputados, ele é português nato. Por isso, considero que se o cidadão português nato que vier a ser extraditado para o Brasil, não se pode assegurar reciprocidade.

15. Acredito que se essa questão for resolvida em Portugal, deverá ser pelas normas de lá. Entretanto, se for no Brasil, há que ser resolvida pela nossa

percepção do sistema de garantias e pela nossa percepção da doutrina brasileira do *habeas corpus*. *Habeas corpus* se concede ou se nega, se reconhece a ilegalidade, o abuso, a ilicitude da conduta, ou não.

16. Ademais, Senhor Presidente, a nossa Constituição proíbe criar ou estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados. Isso está no parágrafo 2º, do art. 12 da Constituição. O Brasil é um país de braços abertos para todas as nacionalidades. Todos são recebidos aqui com absoluta cordialidade e fraternidade. É uma questão de Direito Humano.

17. Para encerrar, Senhor Presidente, penso que a questão intertemporal a que o eminente Ministro *Herman Benjamin* aludiu está presente neste caso. Por se tratar de um *habeas corpus* e de um português nato, sou de opinião que não deveria ser extraditado. Não concordo que deva vir por uma conveniência de instrução penal, deixando-se de lado o estatuto jus humanitário, que protege estrangeiros e migrantes. Ademais, isso cria um precedente perigoso, porquanto caso semelhante deveríamos extraditar um brasileiro nato? Com o meu voto nunca autorizarei um brasileiro nato a ser extraditado, exceto nos casos expressamente previstos em nossa Constituição da República.

18. Por todo o exposto, pedindo vênias à douta maioria que já se formou, quero deixar consignada a minha divergência principiológica e garantística com os doutos votos que me precederam e conceder a ordem de *habeas corpus*, para tornar inoperante ou retirar do pedido de extradição a sua eficácia, pela condição de o extraditando ter adquirido a condição de português nato e o Brasil não conceder, em hipótese alguma, a extradição de seus nacionais, o que inviabiliza a reciprocidade. É assim que voto, Senhor Presidente.

VOTO-VOGAL

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Senhor Presidente, também cumprimento os advogados que sustentaram da tribuna, bem como o Subprocurador-Geral da República, que deitaram luzes sobre o assunto, de maneira muito objetiva.

Confesso que tive alguma dúvida nesse *habeas corpus*, de início, quanto à legitimidade passiva do Ministro de Estado. O ato tido como coator, na inicial, consiste no não acolhimento do pedido formulado, em 25 de janeiro de 2018, no qual, após a informação de que o paciente adquirira nacionalidade portuguesa originária, solicitou ele providências, no sentido de tornar insubsistente ou

suspender o trâmite do processo de extradição. Ocorre que, de acordo com os autos, o ato impugnado foi praticado pelo Diretor Adjunto do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, conforme documento de fls. 13 a 14, que sugeriu que os questionamentos suscitados fossem encaminhados diretamente ao Poder Judiciário português, para análise e considerações.

A dúvida decorreu da Súmula 510, do Supremo Tribunal Federal, que dispõe o seguinte: “Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial”.

Mas, ao ler o voto do Ministro *Sérgio Kukina*, essa dúvida se dissipou. Sua Excelência esclarece o seguinte: “A análise feita pelo DRCI, importante ressaltar, constituiu-se em fator de fundamentação e motivação para a decisão administrativa do Ministro de Estado da Justiça, que, ao encaminhar a documentação ao Ministério das Relações Exteriores para posterior envio ao Estado requerido, fez chancelar a regularidade formal do procedimento administrativo que transcorreu no âmbito do DRCI”. E Sua Excelência faz remissão a documentos, que, inclusive, constam do Conflito de Competência do qual é ele Relator, Conflito que se relaciona à competência de magistrados para decidir sobre esse assunto.

Estou, assim, acompanhando o voto do Relator, quando Sua Excelência rejeita a preliminar de ilegitimidade passiva da autoridade impetrada.

Por outro lado, estou verificando, a fl. 10 da inicial do *habeas corpus*, que o pedido que se formula é o seguinte: “Seja concedida a ordem, para fins de revogação da decisão administrativa da autoridade coatora, que emitiu juízo de admissibilidade favorável à extradição do paciente, por absoluta falta de amparo legal para a (falsa) promessa de reciprocidade feita ao Governo português”. O voto do Relator deixou muito claro que o pedido de extradição foi encaminhado, à autoridade portuguesa, quando o paciente era ainda português naturalizado. Com lei posterior é que veio ele a adquirir a condição de português nato.

E o voto do Relator, a meu ver, deixa muito clara essa questão, porque o que se sustenta no *habeas corpus* é que as autoridades portuguesas não teriam sido informadas de que a Constituição brasileira veda a extradição do brasileiro nato. Mas vejamos o que diz o Ministro *Sérgio Kukina*, fazendo, inclusive, remissão a documentos dos autos: “Importa observar que, em todas as manifestações dirigidas às autoridades portuguesas, as autoridades brasileiras deixaram absolutamente claro que a Constituição da República Federativa do Brasil de

1988 vedava – como ainda veda – a extradição de brasileiro nato (art. 5º, LI, da CF/88), a significar, portanto, que o governo brasileiro não poderia assegurar a observância da cláusula de reciprocidade relativamente a cidadãos seus com o estatuto pessoal de brasileiros natos (nesse sentido, destaco os documentos acostados às fls. 188/197, e 217/223)”. E, mais à frente, Sua Excelência conclui o seguinte: “Nesse ponto, não bastasse o que já restou demonstrado, quando da explícita ciência às autoridades portuguesas acerca da vedação constitucional de extradição de brasileiros natos, sobreleva notar que o Poder Judiciário de Portugal examinou a questão da superveniente aquisição da nacionalidade portuguesa pelo paciente, havendo concluído, em mais de uma oportunidade, que tal circunstância não seria óbice ao deferimento do pedido extraditacional, porquanto a aquisição do novo *status* pelo paciente somente se deu após o trânsito em julgado da decisão que deferira a extradição (nesse sentido [diz o Relator], as decisões juntadas aos autos pelo Ministério Público Federal às fls. 430/523)”.

Por isso, não tenho dúvida em acompanhar o voto do eminente Relator, quando Sua Excelência conclui pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 23.231-DF (2017/0022739-4)

Relatora: Ministra Assusete Magalhães

Impetrante: José Israel do Espírito Santo

Advogado: Grace Kelly de Jesus Fernandes e outro(s) - RJ202856

Impetrado: Ministro de Estado da Defesa

Interes.: União

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Mandado de segurança. Anistia política. Militar. Marinha. Pagamento de reparação econômica retroativa. Cabimento. Legitimidade passiva do Ministro de Estado da Defesa. Ato omissivo continuado. Decadência. Não configuração. Não incidência das Súmulas 269 e 271/STF. Descumprimento do prazo

previsto na Lei 10.559/2002. Previsão dos recursos, mediante rubrica própria, nas leis orçamentárias. Omissão configurada. Precedentes do STJ e do STF, em regime de repercussão geral (RE 553.710/DF). Desnecessidade de assinatura de termo de adesão. Art. 1º da Lei 11.354/2006. Precedentes do STJ. Direito líquido e certo ao integral cumprimento da portaria anistiadora, enquanto não cassada ou revogada. Segurança parcialmente concedida.

I. A questão controvertida diz respeito à possibilidade de o impetrante, na condição de militar anistiado, perceber reparação econômica retroativa, em parcela única, que não teria sido paga, diante da inércia do impetrado, de sorte que a Portaria anistiadora não teria sido integralmente cumprida.

II. Segundo a jurisprudência do STJ, “em se tratando de ato omissivo, o art. 6º, § 3º, da Lei n. 12.016/2009 autoriza a conclusão de que é autoridade coatora aquela que deveria praticar o ato ou da qual deveria providir a ordem para a sua prática. Nesse contexto, ainda que tenha delegado esse poder, patente a legitimidade passiva do Ministro de Estado da Defesa, pois dele é a competência legal para determinar o pagamento, conforme se verifica do disposto no art. 18, parágrafo único, da Lei n. 10.559/2002” (STJ, MS 20.459/DF, Rel. Ministro *Sérgio Kukina*, *Primeira Seção*, DJe de 01/04/2014). Nesse sentido: STJ, MS 22.509/DF, Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Primeira Seção*, DJe 30/08/2016; MS 18.286/DF, Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Primeira Seção*, DJe de 02/06/2015; MS 16.707/DF, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Primeira Seção*, DJe de 06/03/2012; MS 9.867/DF, Rel. Ministro *Gilson Dipp*, *Terceira Seção*, DJU de 24/08/2005.

III. A ausência de pagamento, ao impetrante, da reparação econômica pretérita, configura ato omissivo continuado da autoridade coatora em cumprir, integralmente, a Portaria anistiadora, situação que afasta a configuração de decadência da pretensão mandamental. Precedentes do STJ (MS 22.410/DF, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Primeira Seção*, DJe de 21/09/2016; MS 20.226/DF, Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Primeira Seção*, DJe de 17/12/2014).

IV. A jurisprudência do STJ firmou entendimento no sentido de que o não cumprimento integral de Portaria do Ministro da Justiça, que reconhece a condição de anistiado do impetrante e fixa

indenização de valor certo e determinado, pode ser sanado pela via do mandado de segurança, afastando-se as restrições previstas nas Súmulas 269 e 271/STF. Nesse sentido: STF, RMS 27.357/DF, Rel. Ministra *Cármen Lúcia*, *Primeira Turma*, DJe de 06/08/2010; STJ, MS 22.509/DF, Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Primeira Seção*, DJe de 30/08/2016; STJ, MS 16.648/DF, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Primeira Seção*, DJe de 02/08/2011.

V. No caso dos autos, restou comprovada a condição de anistiado político, nos termos da Portaria 2.649, de 21/09/2004, do Ministro de Estado da Justiça, na qual se concedeu reparação econômica de caráter indenizatório, em prestação mensal, permanente e continuada, e, dado o caráter retroativo dessa concessão, foi igualmente reconhecido o direito ao recebimento de valor pretérito.

VI. É pacífico o entendimento da Primeira Seção do STJ no sentido de reconhecer direito líquido e certo do impetrante anistiado ao recebimento de valores retroativos, em face da comprovação de ter havido previsão orçamentária específica e do transcurso do prazo, constante do art. 12, § 4º, da Lei 10.559/2002, sem que haja o pagamento da aludida reparação econômica, prevista na Portaria anistiadora. A propósito: STJ, MS 22.410/DF, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Primeira Seção*, DJe de 21/09/2016.

VII. Em igual sentido, o Supremo Tribunal Federal – consoante o portal de notícias daquela Corte –, no julgamento do RE 553.710/DF, em regime de repercussão geral (Rel. Ministro *Dias Toffoli*, julgado em 17/11/2016, DJe de 30/11/2016), firmou entendimento no sentido de que “é constitucional a determinação de pagamento imediato de reparação econômica aos anistiados políticos, nos termos do que prevê o parágrafo 4º do artigo 12 da Lei da Anistia (Lei 10.559/2002), que regulamentou o artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)”, bem como de que o pagamento do valor retroativo deve ser imediato, pois, conforme o voto do Relator, “o presente *mandamus* não se confunde com ação de cobrança, uma vez que a consequência diretamente decorrente da procedência do pedido é uma obrigação de fazer por parte da autoridade impetrada, consistente no cumprimento integral de portaria do Ministro da Justiça que, com fundamento na Lei n. 10.559/02, reconheceu a condição de anistiado

político e o direito a reparações econômicas por atos de exceção com motivação estritamente política em período pretérito”.

VIII. O STF, no aludido RE 553.710/DF, fixou, em regime de repercussão geral, a seguinte tese, conforme publicação de 30/11/2016: “1) - Reconhecido o direito à anistia política, a falta de cumprimento de requisição ou determinação de providências por parte da União, por intermédio do órgão competente, no prazo previsto nos arts. 12, § 4º, e 18, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 10.599/02, caracteriza ilegalidade e violação de direito líquido e certo; 2) - Havendo rubricas no orçamento destinadas ao pagamento das indenizações devidas aos anistiados políticos e não demonstrada a ausência de disponibilidade de caixa, a União há de promover o pagamento do valor ao anistiado no prazo de 60 dias; 3) - Na ausência ou na insuficiência de disponibilidade orçamentária no exercício em curso, cumpre à União promover sua previsão no projeto de lei orçamentária imediatamente seguinte” (STF, RE 553.710/DF, Rel. Ministro *Dias Toffoli*, *Plenário*, DJe de 30/11/2016).

IX. Nessa perspectiva, a Primeira Seção do STJ tem determinado que a autoridade apontada como coatora proceda ao pagamento do valor relativo aos efeitos financeiros retroativos da reparação econômica, unicamente pelo valor nominal apontado na Portaria anistiadora, com os recursos orçamentários disponíveis, ou, em caso de manifesta impossibilidade, com a expedição do competente precatório, incluindo-se os valores em orçamento, sem prejuízo de que eventual incidência de juros e correção monetária seja veiculada em ação própria (STJ, AgRg no MS 22.012/DF, Rel. Ministro *Sérgio Kukina*, *Primeira Seção*, DJe de 02/02/2017; AgInt no MS 21.398/DF, Rel. Ministro *Gurgel de Faria*, *Primeira Seção*, DJe de 04/04/2017).

X. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que “a adesão ao Termo para o pagamento na forma proposta na Lei n. 11.354/2006 constitui mera faculdade do anistiado, uma vez que ninguém pode ser compelido a aderir a acordo para o recebimento de valor a que faz jus de forma parcelada e/ou em valor menor ao que teria direito, constituindo evidente abuso de poder o tratamento desigual aos igualmente anistiados, amparável pelo Poder Judiciário na via do mandado de segurança, nos termos do art. 5º, LXIX, da Constituição

da República” (STJ, MS 19.060/DF, Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Primeira Seção*, DJe de 12/08/2014). No mesmo sentido: STJ, MS 21.229/DF, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Primeira Seção*, DJe de 31/03/2015; MS 22.434/DF, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Primeira Seção*, DJe de 15/06/2016.

XI. A Primeira Seção do STJ, apreciando Questão de Ordem relacionada ao fato de a Administração ter dado início a um procedimento para revisão das anistias de militares, no julgamento do MS 15.706/DF, de relatoria do Ministro *Castro Meira* (DJe de 11/05/2011), repeliu o pedido de suspensão do feito, formulado pela União, mas ressaltou que, “nas hipóteses de concessão da ordem, situação dos autos, ficará prejudicado o seu cumprimento se, antes do pagamento do correspondente precatório, sobrevier decisão administrativa anulando ou revogando o ato de concessão da anistia”.

XII. Segurança parcialmente concedida, com a ressalva da Questão de Ordem no MS 15.706/DF (STJ, Rel. Ministro *Castro Meira*, *Primeira Seção*, DJe de 11/05/2011).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a segurança, com a ressalva da Questão de Ordem no MS 15.706/DF (STJ, Rel. Ministro *Castro Meira*, *Primeira Seção*, DJe de 11/05/2011), nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Gurgel de Faria, Francisco Falcão, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques e Regina Helena Costa.

Brasília (DF), 26 de setembro de 2018 (data do julgamento).

Ministra Assusete Magalhães, Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Mandado de Segurança, impetrado por *José Israel do Espírito Santo*, contra suposto ato omissivo praticado pelo *Ministro de Estado da Defesa*, consubstanciado no não pagamento do valor retroativo, previsto no ato que o declarou anistiado político, com base na Lei 10.559/2002 (Portaria MJ 2.649, de 21/09/2004).

Sustenta ter obtido, além do pagamento de reparação econômica de caráter indenizatório, em prestação mensal, o direito ao pagamento no montante retroativo apurado de R\$ 4.475,25 (quatro mil, quatrocentos e setenta e cinco reais e vinte e cinco centavos), não sendo a Portaria/MJ 2.649/2004 cumprida quanto, à reparação econômica pretérita.

Invoca, para fundamentar a sua pretensão, precedente do Plenário do Supremo Tribunal Federal, proferido no RE 553.170/DF, em regime de repercussão geral, no sentido de que “é constitucional a determinação de pagamento imediato de reparação econômica aos anistiados políticos, nos termos do que prevê o parágrafo 40 do artigo 12 da Lei da Anistia (Lei 10.559/2002), que regulamentou o artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)” (fl. 6e).

Por fim, requer o deferimento de medida liminar, e, no mérito, a concessão da segurança, “para garantir ao Impetrante o imediato recebimento dos benefícios retroativos que se encontram previstos na respectiva portaria de anistia, acrescido de correção monetária e juros” (fl. 12e).

Comprovante de recolhimento de custas judiciais a fl. 17e.

A fls. 50/52e, por decisão de minha lavra, o pedido de medida liminar restou indeferido.

A *União* manifestou o seu interesse no feito (fls. 57/68e), alegando a (a) decadência da impetração; (b) instauração do processo de revisão das anistias concedidas aos militares; (c) ausência de direito líquido e certo; e (d), caso concedida a ordem, a aplicação do entendimento sufragado na Questão de Ordem no MS 15.706/DF.

A autoridade impetrada apresentou informações, a fls. 73/279e, alegando, em síntese, o seguinte: (a) inépcia da inicial, “pois dos fatos articulados pelo impetrante não decorre logicamente a conclusão”, na medida em que o “montante não foi pago em virtude da não restituição pelo impetrante do

termo de adesão encaminhado pelo Serviço de Inativos e Pensionistas da Marinha, onde constavam os termos, prazos e valores a serem recebidos” (fls. 74/75e); (b) ilegitimidade passiva *ad causam* do Ministro de Estado da Defesa; (c) decadência do direito à impetração do *writ*; (d) inadequação da utilização da vida mandamental como ação de cobrança; (e) ausência de disponibilidade orçamentária, mormente diante do princípio da reserva do possível; e (f) impossibilidade de incidência de atualização monetária e juros de mora, em mandado de segurança.

O Ministério Público Federal, em parecer do Subprocurador-Geral da República, *Antônio Carlos Martins Soares*, opinou pela concessão da ordem, “a fim de determinar o pagamento do montante relativo aos retroativos, unicamente pelo valor nominal apontado pela Portaria do Ministério da Justiça n. 2.042/2003, ou, em caso de manifesta impossibilidade, a expedição do competente precatório, sem prejuízo de que eventual pretensão a juros e correção monetária seja veiculada em ação própria” (fls. 282/285e).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Relatora): Como relatado, a questão controvertida diz respeito à possibilidade de o impetrante, na condição de militar anistiado, perceber reparação econômica retroativa, deferida na Portaria anistiadora, em parcela única, que não foi paga, diante da inércia do impetrado.

O caso em análise situa-se no âmbito das anistias reconhecidas com base na Súmula Administrativa 2002.07.2003, editada pela Comissão de Anistia, que classifica a Portaria 1.104-GMS como ato de exceção, de natureza exclusivamente política.

A matéria não é nova, nesta Corte.

De início, quanto à alegação de ilegitimidade passiva do Ministro de Estado da Defesa para figurar, como autoridade impetrada, no presente *writ*, cumpre ressaltar que autoridade coatora, para fins de impetração de Mandado de Segurança, é aquela que pratica ou ordena, de forma concreta e específica, o ato ilegal, ou, ainda, aquela que detém competência para corrigir a suposta ilegalidade, nos termos do que dispõe o art. 6º, § 3º, da Lei 12.016/2009.

In casu, nos termos dos arts. 10 e 18 da Lei 10.559/2002, “cabará ao *Ministro de Estado da Justiça* decidir a respeito dos requerimentos fundados nesta Lei”, e “cabará ao *Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão* efetuar, com referência às anistias concedidas a *civis*, mediante comunicação do Ministério da Justiça, no prazo de sessenta dias a contar dessa comunicação, o *pagamento das reparações econômicas*, desde que atendida a ressalva do § 4º do art. 12 desta Lei. Parágrafo único. Tratando-se de anistias concedidas aos *militares*, as reintegrações e promoções, bem como as *reparações econômicas*, reconhecidas pela Comissão, serão efetuadas pelo *Ministério da Defesa*, no prazo de sessenta dias após a comunicação do Ministério da Justiça, à exceção dos casos especificados no art. 2º, inciso V, desta Lei”.

Desse modo, a competência do Ministro da Justiça limita-se a decidir os requerimentos de anistia, enquanto que o efetivo pagamento das reparações econômicas compete ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, no caso de anistia concedida a *civis*, e ao Ministério da Defesa, no caso de anistias concedidas aos militares.

Assim, buscando o impetrante, militar, o pagamento de parcelas pretéritas, reconhecidas na Portaria anistiadora do Ministério da Justiça, a pretensão deve voltar-se contra ato omissivo do *Ministro de Estado da Defesa*, autoridade ora apontada como coatora, na inicial do *mandamus*.

Registre-se, sobre o tema, trecho do voto proferido pelo Ministro *Sérgio Kukina*, no julgamento do MS 20.459/DF, em 26/03/2014, *in verbis*:

1. Da ilegitimidade passiva do Ministro de Estado da Defesa.

Alega a digna autoridade ser parte ilegítima para compor o pólo passivo do presente *mandamus* pois que, “por expressa delegação ministerial, a operacionalização das reintegrações, promoções e pagamento das reparações econômicas compete à Força Singular à qual se vinculara o militar quando em atividade. No caso dos autos, compete ao Comandante do Exército” (fl. 92).

Todavia, a norma de regência, o art. 6º, § 3º, da Lei n. 12.016/2009, não deixa dúvida quanto a quem é o coator no mandado de segurança:

(...)

Logo, em se tratando de ato omissivo, a redação do aludido dispositivo autoriza a conclusão de que autoridade coatora é aquela que deveria praticar o ato ou da qual deveria provir a ordem para a sua prática.

Nesse contexto, e ainda que tenha delegado esse poder, patente a legitimidade passiva do Ministro de Estado da Defesa, pois dele é a competência legal para

determinar o pagamento, conforme se verifica do disposto no art. 18, parágrafo único, da Lei n. 10.559/2002.

Confira-se a ementa do referido julgado:

Mandado de segurança. *Anistia Militar*. Pagamento de valores retroativos à filha pensionista. Ilegitimidade passiva, ausência de interesse de agir, decadência do direito à impetração, inadequação da via eleita, impossibilidade de pagamento e erro no cálculo dos valores. Alegações não acolhidas. Direito líquido e certo da impetrante conforme precedentes do STJ e do STF. Concessão da ordem.

1. - *Em se tratando de ato omissivo, o art. 6º, § 3º, da Lei n. 12.016/2009 autoriza a conclusão de que é autoridade coatora aquela que deveria praticar o ato ou da qual deveria provir a ordem para a sua prática. Nesse contexto, ainda que tenha delegado esse poder, patente a legitimidade passiva do Ministro de Estado da Defesa, pois dele é a competência legal para determinar o pagamento, conforme se verifica do disposto no art. 18, parágrafo único, da Lei n. 10.559/2002.*

2. - A simples instauração de processo administrativo não desobriga a administração quando devedora de quantia certa, haja vista que a obrigação de pagar somente se extingue com o efetivo e cabal pagamento dos valores devidos. Ademais, restou incontroverso que o montante especificado na Portaria n. 3.209/2012 não foi adimplido.

3. - As demais teses do impetrado não encontram eco nos precedentes judiciais desta Corte que, em hipóteses semelhantes, as têm refutado aos fundamentos de que: (a) a reparação econômica não satisfeita configura coação continuada no tempo, não se sujeitando à decadência da impetração; (b) a alegação de falta de recursos para pagamento das parcelas pretéritas não pode ser invocada como pretexto para descumprimento do disposto na Lei de Anistia; (c) as Súmulas 269 e 271 do STF não se aplicam às hipóteses em que o mandado de segurança é impetrado contra omissão no pagamento de reparação econômica em decorrência da concessão de anistia; e, (d) não cabe discutir, em mandado de segurança, quais são os valores efetivamente devidos, devendo a Administração, quando do cumprimento do julgado, requerer ao juízo a eventual compensação entre os valores pagos e aqueles efetivamente devidos. Nesse sentido, dentre outros: MS 20.605/DF, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, DJe 20/03/2014 e MS 20.419/DF, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, DJe 17/10/2013.

4. - Segurança concedida, sem prejuízo do que deliberou este colegiado na Questão de Ordem no MS 15.706/DF (STJ, MS 20.459/DF, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, DJe de 01/04/2014).

Nesse sentido, ainda, a jurisprudência do STJ, *in verbis*:

Administrativo e Processo Civil. Mandado de segurança. *Anistia política Militar*. Cabo da Aeronáutica. Indenização. Pagamento. Valores retroativos. Preliminares

rejeitadas. Matéria pacificada na Primeira Seção do STJ. Questão de ordem. Ressalvada.

1. Mandado de segurança impetrado por cabo da aeronáutica, anistiado político, no qual se postula o cumprimento integral de Portaria do Ministro de Estado da Justiça, na qual se fixou o direito à percepção de valores retroativos.

(...)

4. *Preliminar de legitimidade passiva ad causam. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça já pacificou que o Ministro de Estado da Defesa figura como autoridade com legitimidade para compor o polo passivo de impetrações idênticas, em razão do art. 18 da Lei 10.559/2002. Preliminar rejeitada.*

(...)

Segurança concedida com ressalvas (STJ, MS 22.509/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe de 30/08/2016).

Administrativo e Processo Civil. Mandado de segurança. *Anistia política. Militar. Marinha.* Indenização. Pagamento. Retroativos. Litispendência afastada pelo STF. Demais preliminares rejeitadas. Ausência de firma do termo de acordo da Lei n. 11.354, de 2006. Mera faculdade. Existência de previsão orçamentária. Matéria pacificada na Primeira Seção do STJ. Questão de ordem. Ressalvada.

1. Mandado de segurança no qual militar da Marinha anistiado postula o cumprimento integral de Portaria do Ministro de Estado da Justiça, na qual se fixou o direito à percepção de valores retroativos de anistia política; a preliminar de litispendência, trazida pela União, foi superada em julgado de recurso ordinário pelo STF que determinou, também, o regular processamento do feito.

(...)

3. *Preliminar de ilegitimidade passiva ad causam. A Portaria do Ministro da Justiça reconhece o direito - fundado em autorização legal e constitucional -, prevendo que a sua satisfação será realizada por outra autoridade ministerial. No caso dos servidores militares, a autoridade é o Ministro da Defesa, que possui legitimidade passiva. Preliminar rejeitada.*

(...)

Segurança concedida (STJ, MS 18.286/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe de 02/06/2015).

Processual Civil e Administrativo. Mandado de segurança. Reparação econômica. *Anistia de militar. Parcelas pretéritas. Ministro de Estado da Defesa. Legitimidade.* Adequação da via eleita. Decadência não configurada. Inaplicabilidade da prescrição. Mera solicitação de cassação do ato concessivo. Insuficiência para modificar a sujeição passiva e afastar a existência do direito líquido e certo. Disponibilidade orçamentária. Descumprimento do prazo estabelecido na Lei 10.559/2002. Concessão da ordem.

1. O Ministro de Estado da Defesa é competente para realizar pagamentos das reparações econômicas concedidas pelo Ministério da Justiça relativas à anistia política para militares, nos termos do art. 18 da Lei 10.599/2002, tendo legitimidade para figurar como autoridade impetrada no Mandado de Segurança em que se pleiteia o recebimento das parcelas pretéritas.

(...)

12. Mandado de Segurança parcialmente concedido, nos termos acima referidos, com a ressalva de que, revogada a anistia concedida ao impetrante, cessam os efeitos desta ordem (STJ, MS 16.707/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe de 06/03/2012).

Administrativo e Processual Civil. Ilegitimidade passiva. Inexistência. Anistia. Cabos da Força Aérea Brasileira. Incorporação após a edição da Portaria n. 1.104/GM3-64. Reconhecimento administrativo. Omissão na implementação dos direitos. Instauração de processo de anulação. Ausência de presunção de legitimidade das decisões administrativas. Sobrestamento dos efeitos. Ausência de direito líquido e certo. Ordem denegada.

I - Não há que se falar em ilegitimidade passiva, tendo em vista que competia à autoridade indicada como coatora - Ministro de Estado da Defesa - dar cumprimento à decisão concessiva da anistia.

(...)

V - Ordem denegada (STJ, MS 9.867/DF, Rel. Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, DJU de 24/08/2005).

No que se refere à decadência, a jurisprudência do STJ orienta-se no sentido de que a ausência de pagamento da reparação econômica retroativa, em decorrência da anistia política, constitui ofensa de trato sucessivo, que se renova continuamente, não atraindo a fixação de prazo decadencial para a impetração.

A propósito:

Administrativo e Processo Civil. Mandado de segurança. Anistia política. Militar. Indenização. Pagamento. Retroativos. Preliminares rejeitadas. Ausência de firma do termo de acordo da Lei n. 11.354, de 2006. Mera faculdade. Existência de previsão orçamentária. Matéria pacificada na Primeira Seção do STJ.

(...)

2. Preliminar de decadência para impetração. O direito de impetração renova-se, ao passo que o descumprimento da obrigação prolonga-se no tempo, não atraindo, portanto, a fixação de um prazo decadencial para impetração. Preliminar rejeitada.

(...) (STJ, MS 20.226/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe de 17/12/2014).

Administrativo. Processual Civil. Mandado de segurança. Reparação econômica. Anistia. Parcelas pretéritas. Ministro de Estado do Planejamento. Legitimidade. Adequação da via eleita. Decadência não configurada. Inexistência de disponibilidade orçamentária. Ausência de ato coator.

(...)

2. Esta Corte fixou o entendimento em conformidade com julgado do e. STF (RMS 24.953/DF, Relator Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 01.10.2004), admitindo o manejo de Mandado de Segurança contra omissão no pagamento de reparação econômica por anistia relativa a períodos pretéritos, não se aplicando à hipótese o óbice das Súmulas 269 e 271, ambas do e. STF. Precedente: MS 12.029/DF, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJ 26.02.2007.

3. A omissão quanto ao pagamento da reparação econômica é coação continuada no tempo, com relação à qual não caduca a pretensão dos impetrantes. Precedente: MS 12.026/DF, Rel. Ministra Denise Arruda, DJU 18.12.2006.

(...) (STJ, MS 12.024/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe de 26/09/2008).

Quanto à preliminar de inadequação da via eleita, é verdade que, a teor das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal, o mandado de segurança não pode ser utilizado como substituto de ação de cobrança. Todavia, também é entendimento pacífico, tanto no STF, quanto no STJ, que as referidas Súmulas não se aplicam aos mandados de segurança que objetivem o cumprimento integral de Portarias de reconhecimento de anistia política.

A propósito:

Recurso ordinário em mandado de segurança. Portaria que declarou o recorrente anistiado político e determinou o pagamento de indenização. Alegação de indisponibilidade orçamentária. Recurso provido.

1. O não-cumprimento de Portaria do Ministro da Justiça que reconheceu o Recorrente como anistiado político, fixando-lhe indenização de valor certo e determinado, caracteriza-se ato omissivo da Administração Pública.

2. Configurado o direito líquido e certo do Recorrente, por se tratar de cumprimento de obrigação de fazer, e não cobrança de valores anteriores à impetração da presente ação mandamental. Não-incidência das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal.

3. Demonstrada a existência de prévia dotação orçamentária, não há afronta ao princípio da legalidade da despesa pública.

4. Recurso em Mandado de Segurança provido (STF, RMS 27.357/DF, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 06/08/2010).

Administrativo e Processo Civil. Mandado de segurança. *Anistia política. Militar. Cabo da Aeronáutica. Indenização. Pagamento. Valores retroativos.* Preliminares rejeitadas. Matéria pacificada na Primeira Seção do STJ. Questão de ordem. Ressalvada.

1. *Mandado de segurança impetrado por cabo da aeronáutica, anistiado político, no qual se postula o cumprimento integral de Portaria do Ministro de Estado da Justiça, na qual se fixou o direito à percepção de valores retroativos.*

2. *Preliminar de inadequação da via eleita. O descumprimento da totalidade da Portaria Ministerial evidencia uma lacuna em fazer por parte da autoridade impetrada. Assim, não atrai o óbice das Súmulas 269 e 271 do STF, nem traduz que o writ está sendo usado como ação de cobrança. Preliminar rejeitada.*

(...)

Segurança concedida com ressalvas (STJ, MS 22.509/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe de 30/08/2016).

Administrativo. *Mandado de segurança. Anistiado político. Direito líquido e certo ao cumprimento integral da portaria concessiva da anistia, inclusive nos seus efeitos financeiros. Segurança concedida, com a ressalva de cessação dos efeitos desta ordem, em caso de revogação da portaria concessiva da anistia política, consoante o decidido na Questão de Ordem no Mandado de Segurança n. 15.706-DF.*

O decreto de anistia política tem como efeito o pagamento das parcelas devidas no período pretérito nele especificado, e seu cumprimento pode, nesse aspecto financeiro, ser exigido por meio de mandado de segurança. Segurança concedida. Pedido de reconsideração e agravo regimental prejudicados (STJ, MS 17.494/DF, Rel. Ministra Marga Tessler (Desembargadora Federal convocada do TRF/4ª Região), Primeira Seção, DJe de 17/03/2015).

Processual Civil e Administrativo. *Mandado de segurança. Anistia política. Militar. Pagamento de valores retroativos. Preliminares. Adequação via eleita. Não incidência das Súmulas 269 e 271/STF.* (...)

1. *O Supremo Tribunal Federal entende que o não-cumprimento de portaria do Ministro da Justiça, que reconhece a condição de anistiado do impetrante e fixa indenização de valor certo e determinado, caracteriza ato omissivo da Administração Pública, o qual pode ser sanado pela via do mandado de segurança, inclusive afastando-se as restrições previstas nas Súmulas 269 e 271/STF.* Nesse sentido: RMS 27.357/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe de 6.8.2010 e RMS 24.953/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 1º.10.2004.

(...)

10. *Segurança concedida, com a ressalva da Questão de Ordem no MS 15.706/DF (Primeira Seção, Rel. Min. Castro Meira, data do julgamento 13.4.2011) (STJ, MS 16.648/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 02/08/2011).*

Posto isso, esta Corte não se olvida de que o ato concessivo de anistia, fundado exclusivamente na Portaria 1.104-GM3/64, poderá ser revisto, pelo Ministro da Justiça, que detém a prerrogativa de realizar a revisão desse procedimento. Entretanto, tal possibilidade – ainda que haja expressa recomendação do TCU e da AGU, nesse sentido – não suspende os efeitos da Portaria que concedeu a anistia ao impetrante, tampouco afasta a obrigação de o impetrado cumprir o pagamento de valores atrasados, nos processos de anistia política de militares.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

Embargos de declaração. *Mandado de segurança. Anistia política. Portaria do Ministro da Justiça. Omissão do Ministro de Estado da Defesa no seu integral cumprimento. Retroativos. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado. Pretensão de reexame da matéria. Impossibilidade.*

(...)

2. *Não há falar em suspensão do pagamento dos valores retroativos com base em simples recomendação do Tribunal de Contas da União que, em acórdão prolatado em 03/12/2008 no Processo 028.456/2007-9, decidiu que lhe falece competência para deliberar sobre o mérito das anistias concedidas pelo Governo Federal, por meio de decisão do Ministro da Justiça, por se tratar de matéria de cunho eminentemente político. Precedente desta Seção.*

(...)

5. Embargos de declaração rejeitados (STJ, EDcl no MS 13.564/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, DJe de 28/05/2009).

Embargos de declaração no mandado de segurança. Decisão cautelar do TCU nos Autos do TC-011.627/2004-4. Revogação. Direito líquido e certo. Existência. Segurança concedida.

I - Revogada, anteriormente ao julgamento deste *writ*, a decisão cautelar do e. Tribunal de Contas da União nos autos do TC-011.627/2006-4, por meio da qual havia sido determinada a suspensão do pagamento correspondente aos efeitos financeiros retroativos das concessões de reparação econômica concedidas pelo Ministério da Justiça, cujo fundamento tenha sido a Portaria n. 1.104-GM3/1964, subsiste liquidez e certeza ao direito vindicado.

II - *A recomendação do e. TCU, no sentido de que eventualmente seja procedida a revisão das concessões de anistia política que tiveram por fundamento único e exclusivo a Portaria n. 1.104/64, foi dirigida ao em. Ministro da Justiça, autoridade competente e legítima para suspender ou anular a declaração de anistiado político, razão pela qual eventual ofício da Consultoria Jurídica do Ministério da Defesa não possui o condão de, per si, deflagrar procedimento de revisão da concessão de anistia*

política, muito menos suspender os efeitos da portaria anistiadora (arts. 17 e 18 da Lei n. 10.559/2002).

III - *A orientação desta c. Corte é no sentido de que, havendo previsão orçamentária, e inobservado o prazo de 60 (sessenta) dias previsto no art. 12, § 4º da Lei n. 10.559/2002, exsurge para o anistiado o direito líquido e certo ao recebimento da reparação econômica de parcela única.*

Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para conceder a segurança (STJ, EDcl no MS 13.459/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, DJe de 25/05/2009).

No caso dos autos, foi comprovada a condição de anistiado político do impetrante, nos termos da Portaria 2.649, de 21/09/2004 (fls. 18e, 39e e 275e), baixada pelo Ministro de Estado da Justiça, na qual se concedeu reparação econômica de caráter indenizatório, em prestação mensal, permanente e continuada, no valor de R\$ 3.870,00 (três mil, oitocentos e setenta reais), e, dado o caráter retroativo dessa concessão, foi igualmente reconhecido o direito ao recebimento de valor pretérito, que perfazia, à época, um total de R\$ 4.475,25 (quatro mil, quatrocentos e setenta e cinco reais e vinte e cinco centavos).

Impende ressaltar, outrossim, que houve uma evolução do entendimento da Primeira Seção desta Corte sobre o tema, a fim de alinhar a orientação aos julgados da Terceira Seção e do Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir maior efetividade à Lei 10.559/2002.

Dessa forma, tem sido reconhecida a presença de direito líquido e certo ao recebimento da reparação econômica *retroativa*, em face da comprovação de ter havido previsão orçamentária específica e do transcurso do prazo constante do art. 12, § 4º, da Lei 10.559/2002, sem que haja a realização do pagamento da aludida reparação econômica.

Assim, verifica-se que a Portaria anistiadora reveste-se de plena validade e eficácia, mormente porque inexistente, nos autos, notícia de que foi ela revogada ou anulada, pela Administração.

Na hipótese examinada, a Portaria concessiva da anistia, que estabeleceu o valor pretérito devido, a título de reparação econômica, em parcela única, foi editada em 2004, e, como sabido, mesmo após a existência de várias Leis, prevendo dotação orçamentária para o pagamento das verbas retroativas dos anistiados políticos (v.g., Leis 11.100/2005, 11.306/2006, 11.451/2007, 11.647/2008, 11.897/2009 e 12.214/2010), não houve, pela autoridade coatora, o cumprimento integral e efetivo da referida Portaria. Tal consideração afasta a

alegação, contida nas informações, de ausência de previsão orçamentária para o cumprimento da obrigação legal.

Especificamente sobre o tema, cita-se o precedente do STF, relatado pelo Ministro *Ricardo Lewandowski*, no julgamento do RMS 26.879 AgR/DF (DJe de 1º/09/2009):

Entendo que a discussão sobre a possibilidade orçamentária para o cumprimento de obrigações legais não é uma tarefa fácil para o Judiciário, haja vista que o processo orçamentário é complexo e não pode, pela sua própria natureza, detalhar todos os gastos a serem feitos pela Administração.

José Afonso da Silva ao explicar a natureza da Lei Orçamentária anual acentuou que “englobará três orçamentos: (1) o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da Administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; (2) o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; (3) o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da Administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público”.

E, ao relatar essas características do orçamento, conclui o autor que “corre-se o risco de distorções orçamentárias com esse método, mediante dupla avaliação de uma coisa só” (SILVA, José Afonso da. Processo constitucional de formação das leis. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 325).

Ademais, cumpre ressaltar que o detalhamento das despesas do orçamento público não se encontra no corpo da lei orçamentária, mas nos anexos que a acompanha. Dessa forma, saber se, diante da previsão orçamentária destinada ao pagamento das indenizações, sejam elas de prestação continuada ou mesmo as retroativas, o valor destinado exauriu-se no exercício financeiro de 2007, a ponto de não se poder adimplir a pretensão ora pleiteada, é tarefa de extrema complexidade.

Mais do que isso, requer a produção de provas, tarefa essa que, diga-se de passagem, deve ser do próprio Executivo, não cabendo ao Poder Judiciário cotejar os valores gastos e previstos na lei e seus anexos. O que temos no caso concreto é uma portaria emitida pelo Ministro de Estado da Justiça, em que ordena, além do pagamento de valor mensal, um valor retroativo em favor do ora recorrente.

E o faz amparado nas competências a ele atribuídas pelo art. 10 da Lei 10.559/02.

Portanto, se age o Ministro de Estado da Justiça em nome da União, não cabe ao Ministro de Estado do Planejamento, também, em nome desse poder federativo, negar-se ao pagamento do quantum concedido. Não há nos autos prova inequívoca

apresentada pela União no sentido de que os recursos destinados a essa rubrica - Indenização de anistiados políticos - tenha se exaurido, a ponto de tornar inviável o adimplemento. Ainda que assim o fosse, há a possibilidade de remanejamento orçamentário para o devido pagamento das obrigações assumidas por um ente federativo com terceiros.

Assim, parece-me equivocado o argumento que levou o STJ a denegar a ordem, porquanto sua decisão fundamentou-se, única e exclusivamente, nas alegações apresentadas pela União de que não haveria dotação orçamentária para o pagamento dos valores retroativos, quando, na verdade, caberia àquela pessoa jurídica de direito público o ônus de comprovar, faticamente, o que aludiu.

Por sua vez, a Primeira Seção desta Corte proclamou o entendimento no sentido de que, “*na linha dos precedentes do Pretório Excelso e da Terceira Seção do STJ, não se pode acolher a mera informação de ausência de disponibilidade orçamentária como óbice à ação mandamental. (...) Dessa feita, é suficiente para a concessão da ordem a comprovação de já ter havido previsão orçamentária específica e o transcurso do prazo legal, sem que haja a realização da reparação econômica. A indenização dos anistiados não pode ficar à mercê de casuísmos e da boa vontade do Poder Público*” (STJ, MS 14.345/DF, Rel. Ministro Castro Meira, DJe de 22/10/2010).

Na mesma linha de pensamento, os seguintes precedentes:

Processual Civil e Administrativo. Mandado de segurança individual. Empregado público da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Anistia política. Lei 10.559/2002. Pretensão de pagamento de valores mensais de complementação de remuneração e retroativos. Preliminares: adequação da via eleita e não incidência das Súmulas 269 e 271/STF. Precedentes. Legitimidade passiva do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão no que se refere às parcelas retroativas. Art. 18 da Lei 10.559/2002. Ilegitimidade da autoridade coatora em relação ao pagamento das parcelas mensais de complementação de remuneração. Responsabilidade do órgão empregador do impetrante. Mérito: descumprimento do prazo previsto nos arts. 12, § 4º e 18, da Lei 10.559/2002. Existência de previsão orçamentária. Exigência de assinatura de termo de adesão. Direito facultativo. Ausência de óbice no art. 4º, § 2º, da Lei 10.559/2002. Direito líquido e certo. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Dispositivo: preliminar processual de ilegitimidade passiva *ad causam* parcialmente acolhida e mandado de segurança denegado no que tange ao pagamento da parcela mensal de complementação de remuneração. Segurança concedida em relação ao pagamento da parcela retroativa.

1. Pretende o impetrante, empregado público da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT e anistiado político na forma da Lei 10.559/2002, a concessão da segurança contra ato omissivo do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão consubstanciada na não-efetivação do pagamento das parcelas correspondentes aos valores mensais de complementação de remuneração e retroativos previstos no ato que declarou a sua condição de anistiado político com base na Lei 10.559/2002, em que pese o decurso do prazo temporal de 60 dias e a existência de dotação orçamentária.

2. Preliminares processuais:

2.1. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o não-cumprimento de Portaria do Ministro da Justiça, que reconhece a condição de anistiado e fixa indenização de valor certo e determinado, caracteriza ato omissivo da Administração Pública, o qual pode ser sanado pela via do mandado de segurança, afastando-se as restrições previstas nas Súmulas 269 e 271/STF. Nesse sentido: RMS 27.357/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJe de 6.8.2010 e RMS 24.953/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 1º.10.2004.

2.2. O Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão é parte legítima para figurar no polo passivo de mandado de segurança impetrado com o objetivo de obter reparação econômica retroativa concedida ao civil anistiado, em decorrência da expressa previsão legal contida no art. 18 da Lei 10.559/2002. Precedentes.

2.3. Carece de legitimidade passiva o Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão no que tange à pretensão de pagamento da parcela mensal de complementação de remuneração, porquanto tal encargo é da responsabilidade do órgão empregador do impetrante, conforme consta da própria Portaria Anistiadora, segundo a qual: "encaminhar à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos-ECT para que seja realizada a complementação da remuneração no valor de R\$ 140,73 (cento e quarenta reais e setenta e três centavos), bem como ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão-MPOG para o pagamento dos efeitos financeiros retroativos".

3. Mérito:

3.1. *É firme o entendimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça de que a ausência de pagamento da reparação econômica pretérita configura ato omissivo continuado da autoridade coatora em cumprir integralmente a referida portaria, situação que afasta a configuração de decadência da pretensão mandamental.*

3.2. *No casos dos autos, foi comprovada a condição de anistiado político nos termos de Portaria expedida pelo Ministro de Estado da Justiça, na qual se concedeu reparação econômica de caráter indenizatório, em prestação mensal, permanente e continuada, e, dado o caráter retroativo dessa concessão, foi igualmente reconhecido o direito ao recebimento de valor pretérito.*

3.3. *É pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal e da Primeira Seção do STJ no sentido de reconhecer direito líquido e certo do impetrante ao recebimento de valores retroativos, em face da comprovação de ter havido previsão orçamentária específica e o transcurso do prazo contido no art. 12, § 4º, da Lei 10.559/2002, sem que haja a realização da reparação econômica prevista na portaria anistiadora.*

3.4. *“A assinatura do Termo de Adesão, segundo as condições previstas na Lei n. 11.354/2006, constitui mera faculdade a ser exercida pelos interessados, não se podendo falar em ofensa ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, pois nenhum dos anistiados políticos foi compelido a aderir ao acordo para recebimento dos valores a que tem direito” (MS 13.923/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, julgado em 22/05/2013, DJe 11/06/2013).*

3.5. *A pretensão autoral não encontra óbice no art. 4º, § 2º, da Lei 10.559/2002, isto porque tal dispositivo veda a percepção de “reparação econômica em prestação única” em valor superior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), o que se dá apenas nas hipótese em que não for possível comprovar vínculos com a atividade laboral (caput), de modo que tal prestação, por possuir idêntica natureza, é inacumulável com a “reparação econômica em prestação mensal, permanente e continuada”, na forma do que dispõe o § 1º, do art. 3º da Lei 10.559/2002. Contudo, no presente casu a Portaria do Ministério da Justiça assegurou ao impetrante o direito à prestação mensal, permanente e continuada, e não em prestação única, o que afasta a incidência do óbice previsto no § 2º do art. 4º da Lei 10.559/2002.*

4. *Dispositivo: Preliminar de ilegitimidade passiva ad causam parcialmente acolhida para denegar o Mandado de Segurança no que se tange à pretensão de pagamento das parcelas mensais de complementação de remuneração. No mais, Segurança concedida, a fim de determinar o pagamento do montante concernente aos retroativos unicamente pelo valor nominal apontado na portaria anistiadora, com os recursos orçamentários disponíveis, ou, em caso de manifesta impossibilidade, a expedição do competente precatório, independentemente da assinatura de Termo de Adesão, ressalvada a hipótese de decisão administrativa superveniente, revogando ou anulando o ato de concessão da anistia, nos moldes do que restou decidido no julgamento da QO no MS 15.706/DF (STJ, MS 22.410/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 21/09/2016).*

Mandado de segurança. Anistia. Militar. Omissão em cumprir integralmente a portaria com o pagamento dos valores retroativos da reparação econômica. Previsão orçamentária. Direito líquido e certo.

1. *Doutrina e jurisprudência convergem no entendimento de que, no caso de ato omissivo continuado praticado pela Administração Pública, a caracterizar a natureza permanente da lesão de direito, não fluem os prazos de prescrição e de decadência.*

2. *O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RMS n. 24.953/DF, entendeu não consubstanciar ação de cobrança o mandado de segurança impetrado contra a omissão da autoridade coatora em dar cumprimento integral à portaria que*

reconhece a condição de anistiado político, com o pagamento dos efeitos retroativos da reparação econômica.

3. Consistindo o ato impugnado na omissão em pagar as reparações econômicas decorrentes da concessão de anistia a militares, é indubitosa a legitimidade do Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado da Defesa para figurar no polo passivo da ação mandamental, à luz do parágrafo único do artigo 18 da Lei n. 10.559/2002.

4. *A expedição de ofícios ou de pareceres genéricos não tem o condão de desconstituir o ato que reconheceu a condição de anistiado político do impetrante, se não há prova nos autos de que a anistia concedida tenha sido anulada ou de que sequer tenha sido efetivamente instaurado o processo de revisão, máxime em já estando o impetrante a receber a prestação mensal, permanente e continuada, em decorrência de anistia reconhecida em portaria expedida há quase sete anos.*

5. *A Lei n. 10.559/2002 impôs o dever da Administração Pública de incluir a obrigação assumida na fixação da despesa para o exercício financeiro seguinte, fazendo-se evidente o abuso de poder substanciado na exclusão do impetrante, há muito anistiado, à percepção dos valores retroativos da reparação econômica.*

6. Aberto o crédito de R\$ 6.681.873,00 ao Comando da Aeronáutica para o “Pagamento de Valores Retroativos a Anistiados Políticos Militares, para os Celebrantes de Termos de Adesão, conforme disposto na Lei n. 11.354/2006”, no Anexo II da Lei n. 12.214, referente ao orçamento do ano de 2010, exsurge o direito líquido e certo do impetrante, que não pode ser excluído da satisfação de seus direitos, tanto quanto não pode ser compelido a celebrar o “Termo de Adesão” de que cuida a Lei n. 11.354/2006.

7. Ordem concedida (STJ, MS 15.255/DF, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe de 08/10/2010).

Administrativo e Processo Civil. Anistia. Militar. Mandado de segurança. Efeitos retroativos. Cabimento. Legitimidade passiva do Ministro de Estado da Defesa. Ato omissivo decadência. Prescrição. Inocorrência. Prévia dotação orçamentária. Existência. Descumprimento do prazo previsto na Lei 10.559/02. Segurança concedida.

1. *Consoante decidido pelo STF nos autos do RMS 24.953/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 01.10.04, o mandado de segurança é instrumento hábil para fiel execução das portarias do Ministro de Estado da Justiça que tratam da concessão de indenização aos anistiados políticos. Não incidência das restrições contidas nas súmulas 269 e 271/STF.*

(...)

7. *Na linha dos precedentes do Pretório Excelso e da Terceira Seção do STJ, não se pode acolher a mera informação de ausência de disponibilidade orçamentária como óbice à ação mandamental. O art. 12, § 4º, da Lei n. 10.559/2002 deve ser interpretado*

de modo a se conferir maior efetividade ao direito daqueles que foram lesados por atos de exceção política. Dessa feita, é suficiente para a concessão da ordem a comprovação de já ter havido previsão orçamentária específica e o transcurso do prazo legal, sem que haja a realização da reparação econômica. A indenização dos anistiados não pode ficar à mercê de casuísmos e da boa vontade do Poder Público.

8. Segurança concedida (STJ, MS 15.238/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe de 21/09/2010).

De qualquer modo, “o princípio da reserva do possível não pode ser invocado para afastar a obrigação da Administração em face do direito líquido e certo do impetrante” (STJ, MS 17.716/DF, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, DJe de 14/04/2014).

Registre-se, outrossim, que, em igual sentido, o Supremo Tribunal Federal – consoante o portal de notícias daquela Corte –, no julgamento do *RE 553.710/DF*, em regime de repercussão geral (Rel. Ministro Dias Toffoli, julgado em 17/11/2016, DJe de 31/08/2017), firmou entendimento no sentido de que “é constitucional a determinação de pagamento imediato de reparação econômica aos anistiados políticos, nos termos do que prevê o parágrafo 4º do artigo 12 da Lei da Anistia (Lei 10.559/2002), que regulamentou o artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)”, bem como de que o pagamento do retroativo deve ser imediato, pois, conforme o voto do Relator, “o presente *mandamus* não se confunde com ação de cobrança, uma vez que a consequência diretamente decorrente da procedência do pedido é uma obrigação de fazer por parte da autoridade impetrada, consistente no cumprimento integral de portaria do Ministro da Justiça que, com fundamento na Lei n. 10.559/02, reconheceu a condição de anistiado político e o direito a reparações econômicas por atos de exceção com motivação estritamente política em período pretérito”.

O STF, no aludido *RE 553.710/DF*, fixou, em regime de repercussão geral, a seguinte tese, conforme publicação de 30/11/2016:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, fixou tese nos seguintes termos: “1) - Reconhecido o direito à anistia política, a falta de cumprimento de requisição ou determinação de providências por parte da União, por intermédio do órgão competente, no prazo previsto nos arts. 12, § 4º, e 18, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 10.599/02, caracteriza ilegalidade e violação de direito líquido e certo; 2) - Havendo rubricas no orçamento destinadas ao pagamento das indenizações devidas aos anistiados políticos e não demonstrada a ausência de disponibilidade de caixa, a União há de promover o pagamento

do valor ao anistiado *no prazo de 60 dias*; 3) - *Na ausência ou na insuficiência de disponibilidade orçamentária no exercício em curso, cumpre à União promover sua previsão no projeto de lei orçamentária imediatamente seguinte*" (STF, RE 553.710/DF, Rel. Ministro Dias Toffoli, Plenário, Ata publicada no DJe de 30/11/2016).

Nessa perspectiva, a Primeira Seção do STJ tem determinado que a autoridade apontada como coatora proceda ao pagamento do valor relativo aos efeitos financeiros retroativos da reparação econômica, unicamente pelo valor nominal apontado na Portaria anistiadora, com os recursos orçamentários disponíveis, ou, em caso de manifesta impossibilidade, com a expedição do competente precatório, incluindo-se os valores em orçamento, sem prejuízo de que eventual incidência de juros e correção monetária seja veiculada em ação própria.

Confira-se:

Administrativo. Agravo regimental no mandado de segurança. Administrativo. Anistia. Militar. Decadência do direito à anulação. 54 da Lei n. 9.784/1999. Legitimidade passiva do Ministro da Defesa. Princípio da reserva do possível e revisão do ato concessório. Argumentos inadequados para afastar a obrigação da União. Agravo não provido.

1. Transcorridos mais de cinco anos da publicação do ato administrativo da concessão de anistia, não é mais possível à Administração revogá-lo por mera conveniência ou oportunidade, estando ainda sua anulação condicionada à efetiva comprovação da má-fé do beneficiário. Precedentes.

2. Tratando-se de omissão continuada e ilegal do Poder Público em pagar o que é, em tese, devido, não há evento algum que se preste como marco inicial para deflagrar a contagem do prazo de cento e vinte dias de que trata o art. 23 da Lei n. 12.016/2009, de modo que também não há incidência da aludida norma.

3. A enquanto não anulada a anistia, permanece incólume a obrigação de pagar as parcelas indenizatórias retroativas, imposta ao Ministério da Defesa por força do disposto no art. 18, parágrafo único, da Lei n. 10.559/2002.

4. O princípio da reserva do possível não pode ser invocado para afastar a obrigação da Administração em face do direito líquido e certo do impetrante. Precedentes.

5. Embora noticie que a revisão dos atos de anistia pode prejudicar a concessão, a agravante se limita ao campo hipotético. Nada trouxe de concreto aos autos que pudesse corroborar suas alegações. Ademais, a aludida revisão, acaso ocorra, se dará no âmbito e por conta do Ministério da Justiça, de sorte que, enquanto não anulada a anistia, permanece incólume a obrigação de pagar as

parcelas indenizatórias retroativas, imposta ao Ministério da Defesa por força do disposto no art. 18, parágrafo único, da Lei n. 10.559/2002.

6. A questão orçamentária não é obstáculo para a concessão da ordem, ante as sucessivas leis anuais (11.451/2007; 11.647/2008; 11.897/2009; 12.214/2010 e outras) que reservaram verbas para o pagamento de indenizações retroativas em favor de anistiados políticos. *Ademais, se eventualmente provada a falta de dotação orçamentária, cabe a execução contra a Fazenda Pública, por meio de precatórios. Precedentes.*

6. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no MS 22.012/DF, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, DJe de 02/02/2017).

Processual Civil e Administrativo. Mandado de segurança. Ato omissivo. Decadência. Não ocorrência. Anistia política. Militar. Indenização. Pagamento de valores retroativos.

1. A Primeira Seção desta Corte possui entendimento de que a ausência de pagamento da reparação econômica pretérita configura ato omissivo continuado da autoridade coatora em cumprir integralmente a portaria anistiadora, situação que afasta a configuração de decadência da pretensão mandamental.

2. Sendo comprovada a condição de anistiado político nos termos de Portaria expedida pelo Ministro de Estado da Justiça, na qual se concedeu reparação econômica de caráter indenizatório, em prestação mensal, permanente e continuada, e, dado o caráter retroativo dessa concessão, tendo sido igualmente reconhecido o direito ao recebimento de valor pretérito, há direito líquido e certo dos anistiados ao recebimento de tais quantias (pretéritas). Precedentes.

3. A mera alegação de falta de recursos orçamentários suficientes para o pagamento das parcelas pretéritas da reparação econômica decorrente de anistia política, continuada ao longo dos anos, revela manifesta desobediência do Poder Executivo à Lei que fixou prazo certo para tanto (art. 12, § 4º, da Lei 10.559/2002), de modo que tal argumento não pode ser utilizado *sine die* como pretexto para inviabilizar a efetivação do direito cuja tutela é perseguida no mandado de segurança, *ainda mais porque, caso inexista disponibilidade orçamentária para o imediato atendimento da ordem, o pagamento deverá ser efetuado mediante regular processo de execução contra a Fazenda Pública, com a expedição do competente precatório.*

4. Não havendo a comprovação da efetiva anulação da portaria que concedeu a anistia do impetrante, a mera instauração de procedimento de revisão das portarias concessivas de anistia política com base na Portaria n. 1.104/1964 não constitui óbice à concessão da segurança, permanecendo incólume a obrigação de pagar os valores especificados.

5. O direito líquido e certo averiguado na via do *mandamus* restringe-se ao valor nominal previsto na portaria anistiadora, sendo certo que eventual

controvérsia acerca dos consectários legais – juros e correção monetária – somente pode ser dirimida em demanda autônoma, sob pena de o presente feito assumir contornos de ação de cobrança.

6. Agravo interno desprovido (STJ, AgInt no MS 21.398/DF, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, DJe de 04/04/2017).

Além de a inicial ser apta, sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que “a adesão ao Termo para o pagamento na forma proposta na Lei n. 11.354/2006 constitui mera faculdade do anistiado, uma vez que ninguém pode ser compelido a aderir a acordo para o recebimento de valor a que faz jus de forma parcelada e/ou em valor menor ao que teria direito, constituindo evidente abuso de poder o tratamento desigual aos igualmente anistiados, amparável pelo Poder Judiciário na via do mandado de segurança, nos termos do art. 5º, LXIX, da Constituição da República” (STJ, MS 19.060/DF, Rel. Ministro *Humberto Martins*, Primeira Seção, DJe de 12/08/2014).

Nesse sentido:

Processual Civil e Administrativo. Mandado de segurança. Reparação econômica. *Anistia de militar*. Parcelas pretéritas. Disponibilidade orçamentária. Descumprimento do prazo estabelecido na Lei 10.559/2002. *Termo de adesão da Lei 11.354/2006*. *Desnecessidade*. Concessão da ordem.

1. O STJ fixou entendimento em conformidade com julgado do STF (RMS 24.953/DF, Relator Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 1º.10.2004), admitindo o manejo de Mandado de Segurança contra omissão no pagamento de reparação econômica por anistia relativa a períodos vencidos. Inaplicável à hipótese o óbice das Súmulas 269 e 271 do STF.

2. A falta de recursos orçamentários suficientes para o pagamento das parcelas pretéritas da reparação econômica decorrente de anistia política, continuada ao longo dos anos, revela manifesta desobediência do Poder Executivo à lei que fixou prazo certo para tanto (art. 12, § 4º, da Lei 10.559/2002). Por tal motivo, ela não pode ser utilizada *sine die* como pretexto para inviabilizar a efetivação do direito cuja tutela é perseguida no Mandado de Segurança.

3. Caso inexista disponibilidade orçamentária para o imediato atendimento da ordem, o pagamento deverá ser efetuado por meio de regular processo de execução contra a Fazenda Pública, com a expedição de precatório (art. 730 do CPC).

4. “A assinatura de termo de adesão é uma faculdade do anistiado, não configurando sua falta óbice ao deferimento do mandamus” (MS 18.760/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 11.12.2013, DJe 17.12.2013).

5. Mandado de Segurança concedido (STJ, MS 21.229/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe de 31/03/2015).

Processual Civil e Administrativo. Mandado de segurança individual. Anistia política. Civil. Lei 10.559/2002. Pagamento de valores retroativos. Adequação da via eleita e não incidência das Súmulas 269 e 271/STF. Descumprimento do prazo previsto nos arts. 12, § 4º e 18, da Lei 10.559/2002. Existência de previsão orçamentária. *Exigência de assinatura de termo de adesão. Direito facultativo.* Ausência de óbice no art. 4º, § 2º, da Lei 10.559/2002. Direito líquido e certo. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Juros de mora e correção monetária. Impossibilidade. Segurança parcialmente concedida.

1. Pretende o impetrante, anistiado político na forma da Lei 10.559/2002, a concessão da segurança contra ato omissivo do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão consubstanciada na não-efetivação do pagamento de parcela correspondente aos valores retroativos previstos no ato que declarou a condição de anistiado político com base na Lei 10.559/2002, em que pese o decurso do prazo temporal de 60 dias e a existência de dotação orçamentária.

2. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o não-cumprimento de Portaria do Ministro da Justiça, que reconhece a condição de anistiado e fixa indenização de valor certo e determinado, caracteriza ato omissivo da Administração Pública, o qual pode ser sanado pela via do mandado de segurança, afastando-se as restrições previstas nas Súmulas 269 e 271/STF. Nesse sentido: RMS 27.357/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJe de 6.8.2010 e RMS 24.953/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 1º.10.2004.

3. É firme o entendimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça de que a ausência de pagamento da reparação econômica pretérita configura ato omissivo continuado da autoridade coatora em cumprir integralmente a referida portaria, situação que afasta a configuração de decadência da pretensão mandamental.

4. No casos dos autos, foi comprovada a condição de anistiado político nos termos de Portaria expedida pelo Ministro de Estado da Justiça, na qual se concedeu reparação econômica de caráter indenizatório, em prestação mensal, permanente e continuada, e, dado o caráter retroativo dessa concessão, foi igualmente reconhecido o direito ao recebimento de valor pretérito.

5. É pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal e da Primeira Seção do STJ no sentido de reconhecer direito líquido e certo do impetrante ao recebimento de valores retroativos, em face da comprovação de ter havido previsão orçamentária específica e o transcurso do prazo contido no art. 12, § 4º, da Lei 10.559/2002, sem que haja a realização da reparação econômica prevista na portaria anistiadora.

6. *“A assinatura do Termo de Adesão, segundo as condições previstas na Lei n. 11.354/2006, constitui mera faculdade a ser exercida pelos interessados, não se podendo falar em ofensa ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, pois*

nenhum dos anistiados políticos foi compelido a aderir ao acordo para recebimento dos valores a que tem direito” (MS 13.923/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, julgado em 22/05/2013, DJe 11/06/2013).

7. A pretensão autoral não encontra óbice no art. 4º, § 2º, da Lei 10.559/2002, isto porque tal dispositivo veda a percepção de “reparação econômica em prestação única” em valor superior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), o que se dá apenas nas hipótese em que não for possível comprovar vínculos com a atividade laboral (*caput*), de modo que tal prestação, por possuir idêntica natureza, é inacumulável com a “reparação econômica em prestação mensal, permanente e continuada”, na forma do que dispõe o § 1º, do art. 3º da Lei 10.559/2002. Contudo, no presente *casu* a Portaria do Ministério da Justiça assegurou ao impetrante o direito à “reparação econômica em prestação mensal, permanente e continuada”, e não em prestação única, o que afasta a incidência do óbice previsto no § 2º do art. 4º da Lei 10.559/2002.

8. “O *writ* está limitado à apuração da ofensa ao direito líquido e certo do impetrante, que no caso é o reconhecimento da omissão no dever de providenciar o pagamento do montante concernente aos retroativos, conforme valor nominal estabelecido no ato administrativo. Inviável, na forma mencionada pela autoridade impetrada, ampliar o objeto da demanda para definição da quantia a ser adicionada a título de juros e correção monetária, pois, em tal hipótese, o feito assumiria os contornos de Ação de Cobrança, escopo absolutamente estranho ao Mandado de Segurança” (MS 21.032/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção do STJ, julgado em 10/06/2015, DJe 18/06/2015).

9. Segurança parcialmente concedida, a fim de determinar o pagamento do montante concernente aos retroativos unicamente pelo valor nominal apontado na portaria anistiadora, com os recursos orçamentários disponíveis, ou, em caso de manifesta impossibilidade, a expedição do competente precatório, ressalvada a hipótese de decisão administrativa superveniente, revogando ou anulando o ato de concessão da anistia, nos moldes do que restou decidido no julgamento da QO no MS 15.706/DF, e, sem prejuízo de que eventual pretensão a juros e correção monetária seja veiculada em ação própria (STJ, MS 22.434/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 15/06/2016).

Por fim, é de se registrar que, apreciando Questão de Ordem relacionada ao fato de a Administração ter dado início a um procedimento para revisão das anistias de militares, esta Primeira Seção, no julgamento do MS 15.706/DF, de relatoria do Ministro *Castro Meira* (DJe de 11/05/2011), repeliu o pedido de suspensão do feito, apresentado pela União, mas ressaltou que, “nas hipóteses de concessão da ordem, situação dos autos, ficará prejudicado o seu cumprimento se, antes do pagamento do correspondente precatório, sobrevier decisão administrativa anulando ou revogando o ato de concessão da anistia”.

É o que se extrai dos seguintes arestos:

Mandado de segurança. Administrativo. Anistiado político. Efeitos retroativos da reparação econômica. Legitimidade do Ministro de Estado da Defesa. Afastada a decadência da impetração. Cabimento do writ. Previsão dos recursos mediante rubrica própria nas leis orçamentárias. Possibilidade de execução contra a Fazenda Pública, por meio de precatórios, caso não seja possível o pagamento em uma única parcela, em dinheiro. Incidência de juros e correção monetária, nos termos do REsp 1.270.439/PR. Omissão configurada. Direito líquido e certo ao integral cumprimento da portaria, enquanto não cassada ou revogada. Segurança concedida.

1. É iterativa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de que: (a) não há a decadência do direito à impetração quando se trata de comportamento omissivo da autoridade impetrada, que se renova e perpetua no tempo; (b) o Ministro de Estado da Defesa tem legitimidade para figurar no pólo passivo deste mandamus, por ser competente para realizar o pagamento das reparações econômicas concedidas pelo Ministério da Justiça relacionadas à anistia política de Militares, nos termos do art. 18, parágrafo único, da Lei 10.599/2002; (c) é cabível a impetração de Mandado de Segurança no caso de descumprimento de Portaria expedida por Ministro de Estado, tendo em vista não consubstanciar típica ação de cobrança, mas ter por finalidade sanar omissão da autoridade coatora; (d) a sucessiva e reiterada previsão de recursos, em leis orçamentárias da União Federal, para o pagamento dos efeitos financeiros das anistias concedidas, dentre elas a do impetrante, bem como o decurso do prazo previsto no § 4º do art. 12 da Lei 10.559/02 constituem o direito líquido e certo ao recebimento integral da reparação econômica; (e) inexistindo os recursos orçamentários bastantes para o pagamento, em uma só vez, dos valores retroativos ora pleiteados, cabível será a execução contra a Fazenda Pública, por meio de precatórios, nos termos do art. 730 do CPC.

2. Não impede a concessão da segurança o fato de ter sido editada a Portaria Interministerial 134/2011, uma vez que não há nos autos prova de que a Portaria que concedeu anistia ao impetrante tenha sido desconstituída ou de qualquer modo afetada na sua eficácia. Caso anulada a Portaria em que se funda o mandamus, incidirá a ressalva consignada na Questão de Ordem no MS 15.706/DF, de que a segurança restará prejudicada caso sobrevenha, antes do pagamento retroativo, ato administrativo desconstituindo a anistia concedida.

3. Esta Corte fixou a lição segundo a qual não prospera a alegação de que o pagamento dos retroativos está cingido à reserva do possível, porquanto o caso refere-se à existência de direito líquido e certo à percepção dos retroativos, nos termos do direito vigente (MS 17.967/DF, Rel. Min. **Humberto Martins**, DJe 30.05.2012).

(...)

5. No julgamento do REsp 1.270.439/PR, sob a sistemática dos recursos repetitivos, esta Corte, diante da declaração de inconstitucionalidade parcial

do art. 1º-F da Lei 9.494/99 no que concerne à correção monetária, ratificou o entendimento de que nas condenações impostas à Fazenda Pública após 29.06.2009, de natureza não tributária, os juros moratórios devem ser calculados com base na taxa de juros aplicáveis à caderneta de poupança. A correção monetária deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada no período.

6. Segurança concedida, para determinar à Autoridade Impetrada o cumprimento integral da Portaria 1.667, de 22 de agosto de 2005, do Ministro de Estado da Justiça, atentando-se para o pagamento dos efeitos retroativos advindos do reconhecimento da condição de anistiado político, nos termos da Lei 10.559/02, observado o decidido na Questão de Ordem no MS 15.706/DF (STJ, MS 19.350/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe de 01/09/2014).

Administrativo e Processo Civil. *Mandado de segurança. Anistia política. Militar. Marinha. Indenização. Pagamento. Retroativos. Preliminares rejeitadas. Termo de acordo da Lei n. 11.354, de 2006. Mera faculdade. Precedentes. Reserva do possível. Inaplicável. Existência de previsão orçamentária. Matéria pacificada na Primeira Seção do STJ. Questão de ordem. Ressalvada.*

1. Cuida-se de mandado de segurança impetrado por anistiado político militar da marinha, no qual se pretende o cumprimento integral de portaria de anistia, com o pagamento total dos valores retroativos, tal como reconhecidos naquele ato jurídico, descontada a parcela do que já foi efetivamente paga.

2. Preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*. O Ministro de Estado da Defesa é autoridade legítima para figurar nas impetrações em prol do cumprimento integral de portaria de anistia política, por força do art. 18, § único, da Lei n. 10.559/2002. Preliminar rejeitada.

3. Preliminar de decadência para impetração. O direito de impetração renova-se, ao passo que o descumprimento da obrigação prolonga-se no tempo, não atraindo, portanto, a fixação de um prazo decadencial para impetração. Preliminar rejeitada.

4. Preliminar de inadequação da via eleita. O descumprimento da totalidade da Portaria Ministerial evidencia uma lacuna em fazer por parte da autoridade impetrada. Assim, não atrai o óbice das Súmulas 269 e 271, ambas do STF, nem traduz que o *writ* está sendo usado como ação de cobrança. Preliminar rejeitada.

5. Quanto ao mérito, não há sentido em alegar que o pagamento individual configura satisfação do mínimo existencial, por parte do Ministério da Defesa, muito menos em aduzir que o pagamento integral dos retroativos está cingido à reserva do possível. O caso refere-se à existência de direito líquido e certo à percepção dos retroativos, nos termos do direito vigente.

6. A adesão ao Termo para o pagamento na forma proposta na Lei n. 11.354/2006 constitui mera faculdade do anistiado, uma vez que ninguém pode

ser compelido a aderir a acordo para o recebimento de valor a que faz jus de forma parcelada e/ou em valor menor ao que teria direito, constituindo evidente abuso de poder o tratamento desigual aos igualmente anistiados, amparável pelo Poder Judiciário na via do mandado de segurança, nos termos do art. 5º, LXIX, da Constituição da República.

7. Demonstrada a existência de crédito específico para o pagamento dos retroativos devidos aos anistiados, e transcorrido o prazo previsto no § 4º do art. 12 da Lei 10.559/2002, consubstancia-se o direito líquido e certo do impetrante ao recebimento integral da reparação econômica.

8. O tema encontra-se pacificado na Primeira Seção: MS 15.564/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 17.6.2011; MS 15.623/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 4.5.2011; MS 16.648/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 2.8.2011; MS 15.201/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 1º.2.2011; e MS 16.135/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 30.6.2011.

9. Cabe frisar que, em conformidade com a Questão de Ordem havida no MS 15.706/DF, julgada na Primeira Seção em 14.4.2011, o cumprimento da ordem tornar-se-á prejudicado se sobrevier a aventada revisão administrativa da Portaria concessiva de direitos.

Segurança concedida (STJ, MS 19.060/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe de 12/08/2014).

Assim, estando caracterizada a mora da autoridade coatora em pagar a reparação econômica retroativa, em parcela única, prevista na Portaria/MJ 2.649/2004, que concedeu a anistia ao impetrante, não há como deixar de acolher a pretensão, no tópico, em seu mérito, e reconhecer o direito líquido e certo do impetrante ao recebimento da aludida reparação econômica, com a ressalva da hipótese de decisão administrativa superveniente, revogando ou anulando o ato de concessão da anistia política, conforme jurisprudência pacificada nesta Corte.

Ante o exposto, concedo parcialmente a segurança, nos termos acima firmados.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.340.553-RS (2012/0169193-3)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: Fazenda Nacional

Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PR000000O

Recorrido: Djalma Gelson Luiz ME - Microempresa

Advogado: Sem representação nos autos - SE000000M

EMENTA

Recurso especial repetitivo. Arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973). Processual Civil. Tributário. Sistemática para a contagem da prescrição intercorrente (prescrição após a propositura da ação) prevista no art. 40 e parágrafos da Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830/80).

1. O espírito do art. 40, da Lei n. 6.830/80 é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria Fazendária encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais.

2. Não havendo a citação de qualquer devedor por qualquer meio válido e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se *automaticamente* o procedimento previsto no art. 40 da Lei n. 6.830/80, e respectivo prazo, ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal. Esse o teor da Súmula n. 314/STJ: “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”.

3. Nem o Juiz e nem a Procuradoria da Fazenda Pública são os senhores do termo inicial do prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no *caput*, do art. 40, da LEF, somente a lei o é (ordena o art. 40: “[...] o juiz *suspenderá* [...]”). Não cabe ao Juiz ou à Procuradoria a escolha do melhor momento para o seu início. *No primeiro momento em que constatada a não localização do devedor e/ou ausência de bens pelo oficial de justiça e intimada a Fazenda Pública, inicia-se automaticamente o prazo de suspensão, na forma do art. 40, caput, da LEF.* Indiferente aqui, portanto, o fato de existir petição da Fazenda Pública requerendo a suspensão do feito por 30, 60, 90 ou 120 dias a fim de realizar diligências, sem pedir a suspensão do feito pelo art. 40, da LEF. Esses pedidos não encontram amparo fora do art. 40 da LEF que limita a

suspensão a 1 (um) ano. Também indiferente o fato de que o Juiz, ao intimar a Fazenda Pública, não tenha expressamente feito menção à suspensão do art. 40, da LEF. *O que importa para a aplicação da lei é que a Fazenda Pública tenha tomado ciência da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido e/ou da não localização do devedor. Isso é o suficiente para inaugurar o prazo, ex lege.*

4. Teses julgadas para efeito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973):

4.1.) O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início *automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública* a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, *sem prejuízo dessa contagem automática*, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução;

4.1.1.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., nos casos de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes da vigência da Lei Complementar n. 118/2005), depois da citação válida, ainda que editalícia, *logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.*

4.1.2.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar n. 118/2005) e de qualquer dívida ativa de natureza não tributária, *logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.*

4.2.) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, *findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável* (de acordo com a natureza do crédito exequendo) durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual o Juiz, *depois de ouvida a Fazenda Pública*, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato;

4.3.) A efetiva *construção patrimonial* e a efetiva *citação* (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, *não bastando para tal o mero peticionamento em juízo*, requerendo, *v.g.*, a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os *requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, citados (ainda que por edital) os devedores e penhorados os bens, a qualquer tempo – mesmo depois de escoados os referidos prazos –, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera.*

4.4.) *A Fazenda Pública*, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, *deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial - 4.1., onde o prejuízo é presumido)*, por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

4.5.) O magistrado, ao reconhecer a prescrição intercorrente, deverá fundamentar o ato judicial por meio da *delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo*, inclusive quanto ao período em que a execução ficou suspensa.

5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: “Prosseguindo, em questão de ordem, a Seção, por maioria, decidiu pela participação do Sr. Ministro Gurgel de Faria no julgamento, já que quando Sua Excelência declarou-se habilitado a votar ainda não havia decisão da Corte Especial. No mérito, a Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram

parcialmente vencidos quanto à fundamentação e/ou tese a Sra. Ministra Assusete Magalhães e os Srs. Ministros Sérgio Kukina e Herman Benjamin.”

Participaram do julgamento a Sra. Ministra Assusete Magalhães e os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília (DF), 12 de setembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 16.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no permissivo do art. 105, III, “a”, da Constituição Federal de 1988 contra acórdão que, com base no art. 40, § 4º, da Lei n. 6.830, de 1980, reconheceu de ofício a prescrição intercorrente e julgou extinta a execução fiscal, por reconhecer terem decorrido mais de cinco anos do arquivamento, sendo que a ausência de intimação da Fazenda quanto ao despacho que determina a suspensão da execução fiscal (§ 1º), ou o arquivamento (§ 2º), bem como a falta de intimação para sua manifestação antes da decisão que decreta a prescrição intercorrente (§ 4º), não acarreta qualquer prejuízo à exequente, tendo em vista que pode alegar possíveis causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional a qualquer tempo (e-STJ fls. 176/178).

Os embargos de declaração restaram rejeitados (e-STJ fls. 198/199).

Alega a recorrente *Fazenda Nacional* que houve violação ao art. 40, § 4º, da Lei n. 6.830/80. Afirmar que não transcorreram os cinco anos exigidos para configurar a prescrição intercorrente, tendo em vista que apenas em 19.08.2005 é que o processo foi suspenso pelo art. 40, da Lei n. 6.830/80, aplicando-se a partir daí a Súmula n. 314/STJ. Sustenta que de forma equivocada a Corte de Origem considerou como *dies a quo* da prescrição intercorrente a data em que determinada a suspensão do processo por noventa dias, que a decisão que ordenou o arquivamento remonta a 5.8.2003, sendo descabida a intimação da União em 30.4.2008 a respeito da prescrição. Compreende que toda e qualquer

manifestação da exequente nos autos compromete a caracterização da inércia, não sendo necessário que de tal manifestação decorra um imediato impulso à execução (e-STJ fls. 215/213).

Sem contraminuta consoante e-STJ fls. 243/244.

Sem contrarrazões ao recurso especial consoante e-STJ fls. 216/217.

Recurso inadmitido na origem, tendo subido a esta Corte via agravo em recurso especial (e-STJ fls. 220/221 e 226/241).

Quanto do julgamento do agravo em recurso especial, ao observar que o tema do recurso especial era repetitivo no âmbito da Primeira Seção do STJ, submeti o feito a julgamento pelo novo procedimento do artigo 543-C do Código de Processo Civil, regulamentado pela Resolução STJ n. 8/2008 (e-STJ fls. 255/256).

Parecer do Ministério Público Federal pelo conhecimento e negativa de provimento do recurso especial (e-STJ fls. 262/270).

Na sequência, determinei fossem oficiadas as Procuradorias dos Estados, a Associação Brasileira de Secretaria de Finanças – ABRASF, a Confederação Nacional de Municípios – CNM e o Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal para, em querendo, se manifestar (e-STJ fls. 262/270).

Às e-STJ fls. 374/401 consta manifestação da Confederação Nacional de Municípios – CNM.

Às e-STJ fls. 403/413 consta manifestação da Procuradoria-Geral do Município de São Paulo.

Às e-STJ fls. 417/458 consta manifestação do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Devidamente prequestionados os dispositivos legais tidos por violados (art. 40, § 4º, da LEF), conheço do recurso especial.

De início, registro não haver qualquer relação de prejudicialidade do presente julgamento em relação ao RE 636.562/SC, em repercussão geral, a

ser julgado pelo STF, em razão de estar-se aqui diante de tema puramente infraconstitucional, além de não haver nos autos a presença de recurso extraordinário. Outrossim, o que se julgará em repercussão geral no RE 636.562/SC é a constitucionalidade do prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo, dentro da sistemática do art. 40, da LEF, o que não afeta o resultado do presente julgamento que poderá a ele ser adaptado, caso se entenda pela retirada desse prazo inicial de 1 (um) ano.

Todas as contribuições doutrinárias feitas pelas entidades oficiadas o foram levadas em consideração para a apreciação e elaboração da solução final ao presente caso.

Para o melhor exame da matéria, urge transcrever o disposto no art. 40, da Lei n. 6.830/80, *in verbis*:

Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º - Suspenso o curso da execução, **será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.**

§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, **depois de ouvida a Fazenda Pública**, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei n. 11.051, de 2004)

§ 5º A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda. (Incluído pela Lei n. 11.960, de 2009)

Com efeito, o espírito da lei é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais.

Não é demais lembrar que, de acordo com o Relatório Justiça em Números 2013, elaborado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça, dos 92,2 milhões de processos em tramitação no Poder

Judiciário, 29,3 milhões são execuções fiscais, o que corresponde a 32% do total de processos. São aproximadamente 25,6 milhões de execuções fiscais somente na Justiça Estadual, com taxa de congestionamento de 89%, superior a todas as outras classes. Na Justiça Federal tramitam mais de 3,5 milhões de execuções fiscais, com semelhante taxa de congestionamento. A exorbitante quantidade de execuções fiscais em trâmite nos diversos segmentos da Justiça é, hoje, uma das principais causas da morosidade sistêmica do Poder Judiciário, a prejudicar o andamento célere de outras classes processuais, na contramão do princípio constitucional da duração razoável do processo (*in*, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. (Ed.). Grupo de Trabalho (Portaria n. 155/2013): Política Nacional de Priorização do Primeiro Grau de Jurisdição. Brasília, 2013, pp. 66 et seq.).

Nessa lógica, com o intuito de dar cabo dos feitos executivos com pouca ou nenhuma probabilidade de êxito, estabeleceu-se então um prazo para que fossem localizados o devedor ou encontrados bens sobre os quais pudessem recair a penhora. Dito de outra forma, não havendo a citação de qualquer devedor (o que seria apenas marco interruptivo da prescrição) e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se *automaticamente* o procedimento previsto no art. 40 da Lei n. 6.830/80, e respectivo prazo ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal. Esse o teor da Súmula n. 314/STJ: “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”.

Na construção do sistema, o referido prazo foi segmentado em duas partes.

A *primeira parte* tem por *termo inicial* a falta de localização de devedores ou bens penhoráveis (art. 40, *caput*, da LEF) e por *termo final* o prazo de 1 (um) ano dessa data (art. 40, §§ 1º e 2º, da LEF). Durante essa primeira parte, a execução fiscal fica *suspensa* com vista dos autos aberta ao representante judicial da Fazenda Pública (art. 40, § 1º, da LEF).

Já a *segunda parte* tem por termo inicial o fim da primeira parte, isto é, o fim do prazo de 1 (um) ano da data da frustração na localização de devedores ou bens penhoráveis (art. 40, § 2º, da LEF), e por termo final o prazo prescricional próprio do crédito fiscal em cobrança (quinquenal, no caso dos créditos tributários - art. 174, do CTN), consoante o art. 40, § 4º, da LEF. Nessa segunda parte, a execução fiscal fica *arquivada* no Poder Judiciário, sem baixa na distribuição.

Desse modo, se o crédito fiscal em cobrança for crédito tributário tem-se um prazo de 6 (seis) anos contados da constatação da falta de localização de devedores ou bens penhoráveis (art. 40, *caput*, da LEF) para que a Fazenda Pública encontre o devedor ou os referidos bens. Dentro desse prazo é que pode pedir as providências genéricas como a citação por edital e a penhora via BACEN-JUD, não havendo qualquer incompatibilidade.

Ocorre que esse procedimento prevê a intimação do representante judicial da Fazenda Pública em dois momentos distintos. Na primeira parte, ele deve ser intimado da suspensão do curso da execução com vista dos autos a fim de que providencie a localização do devedor ou dos bens. *Com efeito, a citação do devedor implicaria interrupção do prazo prescricional e a efetiva localização de bens significaria a possibilidade de o feito executivo caminhar, afastando a inércia necessária à caracterização da prescrição intercorrente.* Na segunda parte, ele deve ser intimado do decurso do prazo prescricional a fim de apontar a ocorrência, no passado, de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição ou simplesmente tomar ciência do decurso do prazo.

Decerto, muito embora a jurisprudência do STJ já tenha entendido que é necessário intimar a Fazenda Pública antes da decisão de decretação da prescrição intercorrente, consoante a literalidade do art. 40, § 4º, da LEF (v.g. EREsp 699.016/PE, Primeira Seção, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 17.3.2008; RMS n. 39.241/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 11.06.2013), as duas previsões legais de intimação da Fazenda Pública dentro da sistemática do art. 40, da LEF são formas definidas pela lei cuja desobediência não está acompanhada de qualquer cominação de nulidade, ou seja, a teor do art. 244, do CPC: “Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”. Dessa maneira, o ato pode ser considerado válido se a finalidade foi alcançada de outro modo.

Sendo assim, se ao final do referido prazo de 6 (seis) anos contados da falta de localização de devedores ou bens penhoráveis (art. 40, *caput*, da LEF) a Fazenda Pública for intimada do decurso do prazo prescricional, sem ter sido intimada nas etapas anteriores, terá nesse momento e dentro do prazo para se manifestar (que pode ser inclusive em sede de apelação, como no caso concreto), a oportunidade de providenciar a localização do devedor ou dos bens e apontar a ocorrência no passado de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição. Esse entendimento é o que está conforme o comando contido no art. 40, § 3º, da LEF.

Por outro lado, caso a Fazenda Pública não faça uso dessa prerrogativa, é de ser reconhecida a prescrição intercorrente.

O mesmo raciocínio é aplicável caso se entenda que a ausência de intimação das etapas anteriores tem enquadramento nos arts. 247 e 248, do CPC (“Art. 247. As citações e as intimações serão nulas, quando feitas sem observância das prescrições legais. Art. 248. Anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subseqüentes, que dele dependam; [...]”).

Isto porque o princípio da instrumentalidade das formas recomenda que a Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245, do CPC), ao alegar a nulidade pela falta de intimação **demonstre o prejuízo que sofreu** e isso somente é possível se houver *efetivamente* localizado o devedor ou os bens penhoráveis ou tenha ocorrido qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

Foi nesse sentido que a jurisprudência caminhou, havendo diversos precedentes desta Casa:

Processual Civil. Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Arquivamento do processo após decurso de um ano da suspensão requerida pela própria Fazenda. Intimação pessoal. Desnecessidade. Prescrição do crédito. Súmula 106/STJ. Reexame do conjunto fático-probatório. Impossibilidade.

1. Tratando-se de Execução Fiscal, a partir da Lei 11.051, de 29.12.2004, que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei 6.830/1980, pode o juiz decretar de ofício a prescrição.

2. É prescindível a intimação da Fazenda Pública do ato de arquivamento da Execução, que se opera **automaticamente** pelo decurso do prazo legal.

[...]

6. Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp 1.260.182/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20/09/2011, DJe 23/09/2011 - grifo nosso)

Processo Civil e Tributário. Execução fiscal. Prescrição intercorrente. *Prazo prescricional. Suspensão da execução fiscal. Intimação da Fazenda. Desnecessidade. Súmula 314/STJ. Responsabilidade pela demora da prática de atos processuais. Súmula 106/STJ. Impossibilidade de aferição. Súmula 7/STJ. Matéria decidida pela 1ª Seção no REsp 1.102.431/RJ, Min. Luiz Fux, DJe de 01/02/2010, julgado sob o regime do art. 543-C do CPC. Especial eficácia vinculativa desse precedente (CPC, art. 543-C, § 7º), que impõe sua adoção em casos análogos. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1.152.135/BA, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 24/05/2011, DJe 31/05/2011) grifou-se*

Processual Civil. Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Arquivamento do processo após decurso de um ano da suspensão requerida pela própria Fazenda. Intimação pessoal. Desnecessidade.

1. Tratando-se de Execução Fiscal, a partir da Lei 11.051, de 29.12.2004, que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei 6.830/1980, pode o juiz decretar de ofício a prescrição.

2. *Prescindível a intimação do credor da suspensão da execução por ele mesmo solicitada, bem como o arquivamento do feito executivo, decorrência **automática** do transcurso do prazo de suspensão e termo inicial da prescrição.*

3. Agravo Regimental não provido (AgRg no Ag 1.301.145/SE, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27.9.2010).

Agravo regimental em agravo em recurso especial. Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Ausência de intimação do despacho de suspensão e de arquivamento do feito. Circunstância que, por si só, não impede o reconhecimento da prescrição intercorrente. Instrumentalidade das formas. Súmula 314/STJ.

1. *É desnecessária a intimação da Fazenda Pública da suspensão da execução fiscal por si requerida (art. 40, caput e § 1º da LEF), bem como do ato de arquivamento (art. 40, § 2º da LEF), o qual decorre do transcurso do prazo de um ano de suspensão e é **automático**, conforme dispõe a Súmula 314 desta Corte: “**Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente**”.*

2. *Em que pese a Fazenda Pública não ter requerido a suspensão da execução, nos autos restou consignado que “**a Fazenda Nacional foi ouvida antes da decretação da prescrição intercorrente**” (e-STJ fl. 176), não havendo como modificar tal pressuposto fático com óbice no enunciado sumular n. 7/STJ.*

3. Compete à Fazenda Pública, na primeira oportunidade em que se manifestar nos autos após a decretação da prescrição, alegar as causas suspensivas e/ou interruptivas do prazo prescricional que alegaria acaso fosse intimada. Não o fazendo, resta não demonstrado seu interesse recursal e preclusa a matéria, tendo em vista a ausência de prejuízo. Homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas. Precedentes: AgRg no REsp 1.271.917/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 16.02.2012; AgRg no REsp 1.187.156/GO, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 17.08.2010; e AgRg no REsp 1.157.760/MT, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 23.02.2010; entre outros.

4. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp n. 148.729-RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 05.06.2012).

Tributário. Processual Civil. Omissão e contradição inexistentes. Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Art. 40, § 4º, da LEF. Oitiva da Fazenda Pública.

Desnecessidade. Ausência de prejuízo. Inércia do Poder Judiciário. Reexame de fatos e provas. Súmula 7/STJ. Análise de dispositivos constitucionais. Impossibilidade. Competência do STF.

1. Os embargos declaratórios somente são cabíveis para modificar o julgado que se apresentar omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar possível erro material existente no acórdão, o que de fato não ocorreu.

2. *A finalidade da prévia oitiva da Fazenda Pública, no art. 40, § 4º, da LEF, é a de possibilitar a arguição de eventuais causas de suspensão ou interrupção da prescrição do crédito tributário. Dessa forma, se a Fazenda teve oportunidade de manifestar alguma causa interruptiva ou suspensiva da prescrição, quando da interposição da apelação, e não o fez, não há que falar em nulidade por ausência de prejuízo, prevalecendo os Princípios da Celeridade Processual, Instrumentalidade das Formas e **Pas de Nullité sans Grief**.*

3. A Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.102.431/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), consolidou entendimento segundo o qual “a verificação de responsabilidade pela demora na prática dos atos processuais implica indispensável reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado a esta Corte Superior, na estreita via do recurso especial, ante o disposto na Súmula 07/STJ”.

4. Não cabe a esta Corte análise de suposta violação de dispositivos constitucionais, mesmo com a finalidade de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do STF.

Embargos de declaração rejeitados (EDcl no AgRg no REsp n. 1.271.917-PE, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 17.05.2012).

Tributário. Agravo regimental no recurso especial. Execução fiscal. Prazo prescricional. Art. 40 da Lei n. 6.830/80, acrescido pela Lei n. 11.051/04. Ausência de prévia oitiva da Fazenda Pública. Inexistência de demonstração de causas suspensivas ou interruptivas. Princípios da celeridade processual e da instrumentalidade das formas.

1. Agravo regimental interposto contra decisão que negou provimento ao recurso especial confirmando o acórdão *a quo* que reconheceu a prescrição intercorrente mesmo sem a prévia oitiva da Fazenda Pública, ante a ausência de causa de suspensão ou interrupção do prazo prescricional.

3. *A matéria em discussão, cujo entendimento encontra-se pacificado nesta Corte, entende que, ainda que tenha sido reconhecida a prescrição sem a prévia intimação da Fazenda Pública, como ocorreu na hipótese dos autos, só se justificaria a anulação da sentença se a exequente demonstrasse efetivo prejuízo decorrente do ato judicial impugnado.* Precedentes: REsp 1.157.788/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11/5/2010; 1.005.209/RJ, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 8/4/2008, DJe 22/4/2008; AgRg no REsp 1.157.760/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 4/3/2010.

4. Na espécie, conforme registrado pelo Tribunal de origem, *a exequente, no recurso de apelação, não demonstrou a existência de causa suspensiva ou interruptiva de prescrição que impedisse a decretação dessa prejudicial*. Portanto, rever esse entendimento, demanda análise fático-probatória dos autos, o que é defeso na via especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

5. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1.187.156/GO, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 17.08.2010).

Desse modo, a jurisprudência do STJ então evoluiu da necessidade imperiosa de prévia oitiva da Fazenda Pública para se decretar a prescrição intercorrente (EREsp 699.016/PE, Primeira Seção, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 17.3.2008) para a análise da utilidade da manifestação da Fazenda Pública na primeira oportunidade em que fala nos autos a fim de ilidir a prescrição intercorrente (precedentes suso citados). Evoluiu-se da exigência indispensável da mera formalidade para a análise do conteúdo da manifestação feita pela Fazenda Pública.

No caso concreto, trata-se de três execuções fiscais apensadas e reunidas na forma do art. 28, da LEF. A citação da empresa executada ocorreu em 07.12.2001 (e-STJ fls. 17), estando certificado nos autos em 16.03.2002 a inexistência de bens penhoráveis no endereço residencial fornecido (e-STJ fls. 21). *No dia 19.06.2002 foi concedida carga dos autos à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN* que em 24.06.2002 requereu a suspensão do feito por 120 dias a fim de realizar diligências, *tomando ciência da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido (e-STJ fls. 24/29)*. No dia 02.07.2002 o Juiz reconheceu a suspensão do processo pelo prazo de 1 (um) ano, na forma do art. 40, da LEF, consoante despacho de e-STJ fls. 30, com ciência da PGFN às e-STJ fls. 31. No dia 31.07.2002 o processo foi retirado com carga à PGFN, sendo devolvido sem petição no dia 22.08.2002. No dia 12.09.2003 foi certificado o transcurso do prazo de 1 (um) ano de suspensão (e-STJ fls. 33). Em 10.10.2003 o processo foi retirado com carga à PGFN (e-STJ fls. 32/34) e retornou no dia 30.10.2003 com a petição de e-STJ fls. 35/44 solicitando a penhora de ativos do devedor, o que foi deferido pela decisão do dia 09.12.2003, constante das e-STJ fls. 45/47. O bloqueio de ativos restou infrutífero consoante o narrado nas e-STJ fls. 58. O processo saiu novamente em carga para a PGFN em 17.08.2005, retornando em 26.08.2005 com petição onde requereu a suspensão do feito na forma do art. 40, da LEF (e-STJ fls. 60/63). *A decisão de e-STJ fls. 64/65 considerou já transcorrido o prazo de 1 (um) ano de suspensão e determinou o arquivamento dos autos sem baixa na distribuição em 27.09.2005. Dessa decisão não houve intimação da PGFN*. Em

26.10.2010 a Secretaria certificou o decurso do prazo de cinco anos (e-STJ fls. 65). A sentença de e-STJ fls. 88/90, em 29.11.2010, extinguiu o feito com base no art. 40, § 4º, da LEF, tendo dela sido intimada a *Fazenda Nacional*.

A *Fazenda Nacional* apresentou a apelação de e-STJ fls. 91/111 alegando apenas que a) praticou atos processuais depois do dia 02.07.2002 (data da suspensão), pois requereu a penhora de ativos financeiros, o que, a seu ver, afastaria a prescrição intercorrente, e que b) não foi intimada da decisão que ordenou o arquivamento da execução fiscal.

O acórdão em apelação estabeleceu que (e-STJ fls. 176/178):

a) Não houve notícia da incidência de qualquer causa de suspensão ou interrupção da prescrição; e

b) A ausência de intimação da Fazenda quanto ao despacho que determina a suspensão da execução fiscal (art. 40, § 1º, LEF), ou o arquivamento (art. 40, § 2º, LEF), bem como a falta de intimação para sua manifestação antes da decisão que decreta a prescrição intercorrente (art. 40, § 4º, LEF), não acarreta qualquer prejuízo à exequente, *tendo em vista que pode alegar possíveis causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional a qualquer tempo*, inclusive em razões de apelação, o que não fez.

Como já mencionado, o termo inicial para a contagem da primeira parte do prazo (prazo de 1 ano de suspensão) se dá com a falta de localização de devedores ou bens penhoráveis (art. 40, *caput*, da LEF). Desse modo, considerando a jurisprudência desta Casa que entende ser o fluxo dos prazos do art. 40 da LEF automático, ***o prazo de 1 (um) ano de suspensão tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor e/ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido***, o que se deu com a carga dos autos concedida no dia 19.06.2002 (e-STJ fls. 23).

Isto porque nem o Juiz e nem a Procuradoria da Fazenda Pública são os senhores do termo inicial do prazo para a contagem da primeira parte (prazo de 1 ano de suspensão), somente a lei o é (ordena o art. 40: “[...] o juiz suspenderá [...]”). Não cabe ao juiz ou à Procuradoria fazendária a escolha do melhor momento para o seu início. Constatada a ausência de bens pelo oficial de justiça e intimada a Fazenda Pública, inicia-se o prazo, na forma do art. 40, *caput*, da LEF. Indiferente aqui, portanto, o fato de a *Fazenda Nacional* ter peticionado requerendo a suspensão do feito por 30/60/90/120 dias a fim de realizar diligências, sem pedir a suspensão do feito pelo art. 40, da LEF. Esses pedidos não encontram amparo fora do art. 40 da LEF que limita a suspensão

a 1 (um) ano. Também indiferente o fato de que o juiz, ao intimar a *Fazenda Nacional*, não tenha expressamente feito menção à suspensão do art. 40, da LEF. *O que importa para a aplicação da lei é que a Fazenda Nacional tomou ciência da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido. Isso é o suficiente para inaugurar o prazo, ex lege.*

A compreensão de que o prazo de suspensão do art. 40, da LEF somente tem início mediante peticionamento da Fazenda Pública ou determinação expressa do Juiz configura grave equívoco interpretativo responsável pelos inúmeros feitos executivos paralisados no Poder Judiciário ou Procuradorias, prolongando indevidamente o início da contagem do prazo da prescrição intercorrente. Essa interpretação equivocada já foi rechaçada no *leading case* que originou a Súmula n. 314/STJ (EREsp n. 97.328/PR), onde se analisou situação em que foi penhorado bem e dez (10) anos depois foi dada vista à Fazenda Pública que simplesmente requereu a penhora de um outro bem e alegou falta de intimação (violação ao art. 25, da LEF). Ali decretou-se a prescrição intercorrente contando-se de forma automática os prazos de suspensão e arquivamento, pois sequer houve despacho expresso de suspensão. Considerou-se então desnecessária a intimação da Fazenda Pública. O julgado restou assim ementado:

Tributário e Processual Civil. Execução fiscal Processo paralisado por mais de cinco anos. Prescrição: reconhecimento precedentes do STJ e do STF. Embargos de divergência rejeitados.

I - Se o processo executivo fiscal ficou paralisado por mais de cinco anos, especialmente porque o exequente permaneceu silente, deve ser reconhecida a prescrição suscitada pelo devedor. A regra inserta no art. 40 da Lei n. 6.830/80 não tem o condão de tornar imprescritível a dívida fiscal, já que não resiste ao confronto com o art. 174, parágrafo único, I, do CTN.

II - Embargos de divergência rejeitados, "confirmando-se" o acórdão embargado e as decisões proferidas nas instâncias ordinárias (EREsp n. 97.328/PR, Primeira Seção, Rel. Min. Adhemar Maciel, julgado em 12.08.1998).

Desse modo, *havendo ou não petição da FAZENDA NACIONAL e havendo ou não decisão judicial nesse sentido (essas decisões e despachos de suspensão e arquivamento são meramente declaratórios, não alterando os marcos prescricionais)*, em 19.06.2003 *iniciou-se automaticamente o prazo prescricional de 5 (cinco) anos durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição*, findando este prazo em 19.06.2008. A este respeito, registre-se

que *somente a efetiva penhora é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo* requerendo a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens.

Por fim, a Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245, do CPC), ao alegar a nulidade pela falta de intimação dentro do procedimento do art. 40, da LEF, deve *demonstrar o prejuízo que sofreu* e isso somente é possível, v.g., se tiver ocorrido qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição. Tal não foi o caso dos presentes autos onde a *Fazenda Nacional* não alegou nada a respeito em suas razões de apelação.

Teses julgadas para efeito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973 - obs.: teses em sua redação original, para as alterações posteriores ver os aditamentos):

1ª) O prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço residencial fornecido;

2ª) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não decisão judicial nesse sentido (os despachos declaratórios de suspensão e arquivamento não alteram os marcos prescricionais legais), findo o prazo de 1 (um) ano, inicia-se automaticamente o prazo prescricional de 5 (cinco) anos durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual resta prescrita a execução fiscal;

3ª) A efetiva penhora é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo requerendo a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens;

4ª) A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245, do CPC), ao alegar a nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40, da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu, para exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

Ante o exposto, *nego provimento* ao presente recurso especial.

Porquanto tratar-se de recurso repetitivo, sujeito ao procedimento do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973 e agora aos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência do STJ, aos Ministros dessa Colenda Primeira Seção, bem como aos

Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça, com fins de cumprimento do disposto no parágrafo 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil (arts. 5º, II, e 6º, da Resolução 08/2008) e agora nos arts. 1.039 e 1.040, do CPC/2015.

É como voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Processual Civil. Recurso representativo de controvérsia. Sistemática para a contagem da prescrição intercorrente. Inteligência do art. 40 da Lei 6.830/1980.

1. Trata-se de Recurso Especial interposto com a finalidade de reformar acórdão proferido em julgamento de Apelação, confirmatório da sentença que decretou a Extinção da Execução Fiscal em razão da prescrição intercorrente, caracterizada pelo transcurso do prazo de cinco anos, *sem que a Fazenda Pública tenha sido intimada da decisão que indeferiu a concessão de prazo para realização de diligências e determinou, à sua revelia, o arquivamento dos autos.*

Quatro Teses fixadas pelo e. Ministro Relator

2. O Recurso Especial, processado no rito do art. 543-C do CPC, foi desprovido pelo e. Ministro Relator, que fixou as seguintes teses: a) o prazo de um ano de suspensão previsto no art. 40, §§ 1º e 2º, da Lei 6.830/1980 (LEF) é *automático* e tem início na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço residencial fornecido; b) havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não decisão judicial nesse sentido (os despachos declaratórios de suspensão e arquivamento não alteram os marcos prescricionais legais), esgotado o prazo de um ano, inicia-se o prazo prescricional de cinco anos durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º, da Lei 6.830/1980. *Findos esses cinco anos, consuma-se a prescrição intercorrente;* c) a efetiva penhora é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, *não bastando para tal o mero peticionamento em juízo requerendo a penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens;* e d) a Fazenda Pública, em sua primeira

oportunidade de se pronunciar nos autos (art. 245 do CPC), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, *deverá demonstrar o prejuízo que sofreu* – e.g., precisará comprovar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

Considerações preliminares sobre o julgamento no rito do art. 543-C do CPC. Proibição do elemento surpresa

3. A disciplina legal introduzida pela Lei 11.672/2008, ao acrescentar o art. 543-C ao CPC/1973, teve por finalidade essencial atualizar e adaptar o Código de Processo Civil à realidade dos modernos conflitos de interesse, muitos deles inseridos nas denominadas “relações de massa”, caracterizadas pela existência de questões objetivamente idênticas ou similares. Simultaneamente, visou reduzir o excessivo volume de processos idênticos que ascendem às instâncias superiores.

4. Dentro desse escopo, a consolidação do entendimento do Superior Tribunal de Justiça não deve carrear, para as partes, definição de orientações absolutamente novas (elemento surpresa), relacionadas ao Direito Material ou Processual, que se revelem desacompanhadas de amadurecimento jurisprudencial ou amplo debate.

5. Na hipótese dos autos, não foi demonstrado que *o STJ, algum dia, tenha discutido e concluído que a suspensão da Execução Fiscal é automática, isto é, que decorre da simples não localização do devedor ou de seus bens (situação absolutamente inconfundível com o arquivamento do feito, após o transcurso do prazo de um ano, este sim, automático).*

6. De mesma forma, *a leitura do acórdão recorrido evidencia que, nas instâncias de origem, igualmente não foi valorado, ou mesmo debatido entre as partes, o fundamento relativo ao início automático da suspensão da Execução Fiscal.*

Primeira Tese

Divergência quanto ao caráter automático da suspensão da execução fiscal

7. As centenas de milhares de processos relativos às Execuções Fiscais abrangem quantias milionárias (somente o estoque da dívida ativa da União fechou o ano de 2014 em R\$ 1,387 trilhão, consoante notícia veiculada no jornal *Valor Econômico*).

8. Certamente há milhares de débitos que, na prática, revelar-se-ão irrecuperáveis, mas cabe ao respectivo credor definir políticas de classificação e então adotar critérios de seletividade para diferenciar o que deve ser segregado e o que é passível de recuperação. Ao Judiciário, não obstante a necessidade de equacionar a gestão do volume de processos, pesa a responsabilidade de não avançar os limites que respeitam a harmonia e a independência entre os Poderes, criando soluções que gerem potencial desequilíbrio de ordem social ou econômica.

9. Conceitua-se a suspensão da Execução Fiscal, nos moldes previstos na legislação, como “suspensão-crise”, porque pressupõe a constatação judicial de eventos (não localização do devedor ou de bens passíveis de constrição) que convertem o processo não em instrumento de composição da lide, mas em ferramenta de efeito colateral indesejado, isto é, de congestionamento do exercício da atividade jurisdicional.

10. Assim, *para os fins do art. 40 da Lei 6.830/1980, a exegese mais adequada é aquela segundo a qual a suspensão da Execução Fiscal não é automática, mas depende da constatação, pelo magistrado responsável pela condução do processo, de situação de crise (“suspensão-crise”), isto é, de que o processo não possui condições regulares de prosseguimento, uma vez que tanto o Poder Judiciário quanto a parte interessada (Fazenda Pública credora) não obtiveram meios para localizar o devedor ou bens passíveis de constrição.*

11. Note-se, por exemplo, que o brilhante voto proposto pelo e. Relator não indica o que se deve entender pela expressão “não localização do devedor ou de seus bens”. É possível que o devedor, não localizado no endereço indicado na petição inicial, possa ser citado na pessoa de seu sócio-gerente (situação inconfundível com o redirecionamento), ou que haja bens em outra cidade. A diligência ordinária (citação da pessoa jurídica no seu domicílio tributário, penhora de bens por diligência do oficial de Justiça), portanto, ficará negativa, mas não estará configurada a situação de crise, pois, embora não encontrados, o devedor ou seus bens ainda são passíveis de localização. Já aqui se nota que a simples dificuldade momentânea não pode resultar na automática suspensão do processo.

12. O contexto que objetivamente caracteriza a denominada “suspensão–crise” é aquele em que houve citação por edital (não localização do devedor) ou no qual se mostrou infrutífera a diligência prevista no art. 185-A do CTN (bloqueio universal de bens do devedor), e no qual se revelou impossível o redirecionamento.

Segunda e Quarta Teses

Inexistência de divergência quanto ao termo inicial do arquivamento dos autos e quanto à necessidade de demonstração do prejuízo

13. Com a aplicação do art. 40 da LEF seguindo a lógica da denominada “suspensão–crise”, acompanho o eminente Relator quanto às segunda e quarta teses, relativas ao termo inicial da suspensão: a) proferido o despacho de suspensão da Execução Fiscal por um ano, para os fins do art. 40 da LEF, será obrigatoriamente aberta vista à Fazenda Pública, a partir de quando terá início o respectivo prazo de um ano; b) caso a Fazenda credora, intimada do insucesso da medida prevista no art. 185-A do CTN, se antecipe ao juiz e requeira a suspensão do art. 40 da Lei 6.830/1980 (ou seja, antes mesmo de o juiz decretar a mencionada suspensão), será dispensada a prolação de despacho deferindo o requerimento fazendário, e o transcurso do prazo de um ano terá início com a data do protocolo da petição, ou do lançamento da respectiva cota nos autos; c) *vencido o prazo da prescrição intercorrente, o juiz, antes de decretá-la de ofício, oportunizará à Fazenda Pública a demonstração de que ocorreu causa suspensiva ou interruptiva da prescrição*; d) a falta de intimação relativa ao item anterior, observado o acima exposto (isto é, desde que tenha sido efetuada ao menos a intimação do despacho que suspendeu a Execução Fiscal, na hipótese de tal medida ter decorrido de iniciativa do juízo), somente ensejará a anulação da sentença de extinção do feito caso a Fazenda Pública comprove o prejuízo sofrido (*pas de nullité sans grief*).

Terceira Tese

Óbices quanto à fluência do prazo de prescrição intercorrente

14. No que se refere às circunstâncias que obstam a fluência do prazo da prescrição intercorrente, entendo conveniente especificar: a)

somente a constrição efetiva (penhora ou arresto), *que opera com efeito retroativo à data do protocolo da petição que a requereu*, tem o condão de suspender a fluência do prazo extintivo; b) a medida judicial acima suspende a fluência da prescrição intercorrente, a qual terá o seu prazo retomado, *pelo período restante*, quando a autoridade judicial cassá-la (por irregularidade) ou revogá-la (por constatar sua inutilidade); c) igualmente surtirá efeito suspensivo ou interruptivo a demonstração da superveniência, no curso do prazo da prescrição intercorrente, de uma das hipóteses listadas nos arts. 151 ou 174 do CTN (depósito integral e em dinheiro, em demanda que discute a exigibilidade do tributo, concessão de liminar ou antecipação de tutela, parcelamento, reconhecimento extrajudicial do débito, etc.).

Critério objetivo para a constatação da denominada “suspensão crise”. Citação por edital e/ou bloqueio universal de bens inexistos

15. Em síntese, para os fins do art. 40 da LEF, a decretação da prescrição intercorrente pressupõe: a) a suspensão da Execução Fiscal seja resultado da constatação da inviabilidade do processo para o seu fim ordinário (“suspensão-crise”), o que exige tenham sido esgotadas, sem sucesso, as diligências judiciais e administrativas para localização do devedor e/ou de seus bens, isto é, exauridas com a citação editalícia do devedor e/ou com a decretação da medida prevista no art. 185-A do CTN (bloqueio universal de bens), e b) a Fazenda Pública tenha sido intimada do respectivo despacho de suspensão do feito, sem comprovar, antes da sentença ou no período do recurso contra tal ato judicial (sentença), a superveniência, no lapso de tempo que fluiu entre a suspensão da Execução Fiscal e a consumação do prazo prescricional, de uma das hipóteses previstas nos arts. 151 e 174 do CTN.

Aplicação das teses à realidade dos autos

16. Em relação ao caso concreto, é possível constatar: a) o executado foi localizado e citado, por carta registrada, em 1º.12.2001 (fl. 18, e-STJ); b) não foram encontrados bens passíveis de constrição (fl. 21, e-STJ); c) a Fazenda Nacional requereu a suspensão do processo por 120 (cento e vinte) dias, mas o juízo aplicou de imediato a suspensão do art. 40 da LEF (fls. 24-29 e 30, e-STJ), com intimação

da exequente em 31.7.2002 (fl. 32, e-STJ); d) nas condições acima, a suspensão foi decretada irregularmente, de maneira simplesmente cômoda para o juízo, que *não demonstrou a caracterização de denominada suspensão-crise, isto é, não se certificou de que a Fazenda Pública fracassou na tentativa de localizar bens*; e) em 30.10.2003 (fl. 35, e-STJ), a Fazenda Nacional requereu a penhora de dinheiro, nos termos do art. 655 do CPC/1973; f) por decisão datada de 9.12.2003 (fls. 45-47, e-STJ), o juízo reconheceu que a Fazenda Nacional “esgotou os meios à disposição para localizar bens do executado” e, por essa razão, deferiu a quebra de sigilo bancário para determinar o bloqueio de valores aplicados financeiramente pelo devedor; g) a credora não foi intimada da decisão acima; h) em 6.7.2004, houve êxito no bloqueio do dinheiro (fl. 52, e-STJ); i) em 16.7.2004, o juízo determinou o cancelamento do bloqueio, porque a ordem judicial estabeleceu que a medida deveria recair sobre valores aplicados financeiramente, e não sobre a quantia mantida em conta-corrente (fl. 53, e-STJ), razão pela qual *não foi efetivada a penhora*. Do desfazimento do bloqueio também não foi intimada a Fazenda Nacional.

17. É interessante observar que o requerimento da Fazenda Pública (de bloqueio de dinheiro no Banco Central do Brasil), formulado em 30.10.2003 (fl. 35, e-STJ), foi: a) deferido em 9.12.2003 (fls. 45-47, e-STJ); b) efetivado em 6.7.2004 (fl. 52, e-STJ); e c) desfeito em 16.7.2004 (fl. 53, e-STJ), ***todos estes atos sem intimação da Fazenda Pública***.

18. A credora somente foi intimada do andamento do feito em 17.8.2005 (fl. 59, e-STJ), ou seja, quase dois anos após haver solicitado a diligência que foi realizada e, depois, desfeita, sem a sua participação nos autos. Devolveu os autos em cartório, em agosto de 2005, pleiteando a suspensão do processo nos termos do art. 40 da LEF (fls. 60-63, e-STJ), *requerimento esse que foi indeferido em 27.9.2005 (fl. 64, e-STJ) e do qual a parte jamais foi intimada, até que sobreveio a certidão do transcurso do prazo de cinco anos (fl. 65, e-STJ)*.

19. Desta forma, com a incidência da tese proposta neste voto-vista, são fixadas as seguintes premissas: a) o despacho de suspensão da Execução Fiscal com base no art. 40 da LEF, em 31.7.2002 (fl. 32, e-STJ), foi irregular, pois o ato processual praticado pela autoridade judicial não foi precedido da constatação da denominada suspensão-

crise, isto é, de que tanto o Poder Judiciário como a Fazenda credora efetivamente não possuíam alternativas para, respectivamente, conduzir ou dar regular andamento ao feito; b) o deferimento do bloqueio de dinheiro partiu do expresso reconhecimento judicial, em 9.12.2003, de que a Fazenda Pública havia esgotado, sem sucesso, as diligências administrativas para localização de bens do devedor; c) a tramitação da diligência judicial relativa ao bloqueio de dinheiro se deu em julho de 2004, isto é, período em que inexistia a regra do art. 185-A do CTN (que entrou em vigor em 9.6.2005); d) assim, a premissa relativa à suspensão-crise do processo somente ficou configurada em 16.7.2004, data em que foi desfeito o bloqueio do dinheiro aplicado em conta-corrente bancária; e) conseqüentemente, a partir dessa data é que deveria o juízo decretar a suspensão do art. 40 da LEF, com posterior intimação da Fazenda credora (art. 40, § 1º, da LEF), para que, após ultrapassado o período de um ano, tivesse início o prazo da prescrição intercorrente (art. 40, § 2º, da Lei 6.830/1980 e Súmula 314/STJ).

20. Não obstante as ponderações acima, serei obrigado a adotar, no caso concreto, conclusão idêntica à do e. Ministro Relator, embora por fundamento inteiramente diverso. É que, conforme descrito acima, embora incorretamente aplicada, a suspensão do processo foi decretada pelo juízo (fl. 30, e-STJ), *com intimação da exequente em 31.7.2002* (fl. 32, e-STJ).

21. *Como não houve recurso contra o indevido emprego do art. 40 da LEF*, a matéria ficou acobertada pela preclusão, de modo que o prazo de suspensão terminou em 30.7.2003, iniciando-se a partir de 31.7.2003 o fluxo da prescrição intercorrente.

22. Na medida em que não houve efetivação de penhora (registro que o bloqueio inicialmente realizado não foi convertido em penhora) ou notícia de causa suspensiva ou interruptiva de prescrição nesse período, a prescrição intercorrente ficou configurada em 30.7.2008, o que acarreta a rejeição da pretensão recursal.

Conclusão

23. Voto-Vista no sentido de, *no caso concreto, acompanhar o e. Ministro Relator para negar provimento ao Recurso Especial, embora por*

fundamentos inteiramente diversos. Quanto às teses fixadas no recurso repetitivo, divirjo parcialmente do e. Ministro Relator, nos termos acima.

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, “a”, da Constituição da República, contra acórdão assim ementado (fl. 179, e-STJ):

Agravo. Insuficiência das razões.

Não é de acolher-se o agravo quando insuficientes as razões apresentadas para modificação da decisão agravada.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados.

A recorrente alega violação do art. 40, § 4º, da Lei 6.830/1980. Afirma que o prazo da prescrição intercorrente tem por início a decisão que ordenar o arquivamento administrativo da Execução Fiscal. Aduz também que “Toda e qualquer manifestação da exequente nos autos compromete a caracterização da inércia, não sendo necessário que, de tal manifestação, decorra um imediato impulso à execução” (fl. 211, e-STJ).

Não há contrarrazões, pois o recorrido, microempresário, não constituiu advogado para representá-lo nos autos.

Interposto o recurso do art. 544 do CPC/1973 contra a decisão do Tribunal de origem, que inadmitiu o Recurso Especial, o e. Ministro Mauro Campbell Marques houve por bem dar provimento ao Agravo e submeter o julgamento da pretensão recursal ao rito do art. 543-C do CPC/1973 (fls. 255-256, e-STJ).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do apelo nobre.

Em judicioso voto, a Relatoria nega provimento ao Recurso Especial com base nos seguintes fundamentos, adotados como tese para fins do art. 543-C do CPC:

1) O prazo de um ano de suspensão previsto no art. 40, §§ 1º e 2º, da Lei 6.830/1980 (LEF) é *automático* e tem início na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço residencial fornecido;

2) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não decisão judicial nesse sentido (os despachos declaratórios de suspensão e arquivamento não alteram os marcos prescricionais legais), esgotado o prazo de um ano, inicia-se o prazo prescricional de cinco anos durante o qual o processo deveria estar

arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º, da Lei 6.830/1980; findos os cinco anos, consuma-se a prescrição intercorrente;

3) A efetiva penhora é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo requerendo a penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens;

4) A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de se pronunciar nos autos (art. 245 do CPC), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu – e.g., terá de comprovar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

Pedi vista dos autos em razão da relevância da questão, pois, conforme muito bem registrado na sustentação oral da recorrente, “não há recurso mais repetitivo que o presente; a decisão tomada aqui se multiplicará, afetando milhões de Execuções Fiscais em todo o território nacional”.

Antes, porém, de examinar as razões recursais, gostaria de fazer algumas observações a respeito da técnica de julgamento dos recursos representativos de controvérsia.

1. Recursos representativos de controvérsia

Como se sabe, a disciplina legal introduzida pela Lei 11.672/2008, ao inserir o art. 543-C do CPC/1973, teve por finalidade essencial atualizar e adaptar a legislação processual civil à realidade dos modernos conflitos de interesse, muitos deles inseridos nas denominadas “relações de massa”, caracterizadas pela existência de questões objetivamente idênticas ou similares. Simultaneamente, visou reduzir o excessivo volume de processos idênticos que ascendem às instâncias superiores.

Sob esse enfoque, é importante não perder de vista que a utilização dessa técnica de julgamento deve primar pela objetividade das teses fixadas – o que, de certa forma, embute o risco de a atividade de definir a interpretação da lei aproximar-se, em preocupante atentado à legitimidade do Estado Democrático de Direito, da própria criação de normas, tarefa que, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas no ordenamento jurídico, o Poder Constituinte Originário confiou ao Poder Legislativo.

Por outro lado, a *objetividade* acima referida não pode ser confundida com *abstração*, ou, dito de forma mais clara, com a utilização de *termos abertos*

ou de *conceitos indeterminados*, sob pena de comprometer o escopo principal perseguido pelo julgamento no rito do art. 543-C do CPC/1973.

Da mesma forma, a consolidação do entendimento do Superior Tribunal de Justiça não deve ocasionar, para as partes, a definição de orientações novas (*elemento surpresa*), relacionadas ao Direito Material ou Processual, que se revelem desacompanhadas de amadurecimento jurisprudencial. Sobre o tema voltarei a discorrer mais adiante.

No ponto, observo que não localizei, seja no substancioso voto do e. Ministro Relator, seja na jurisprudência do STJ, a existência de posicionamento desta Corte Superior qualificando como automática a suspensão da Execução Fiscal.

Em relação ao caso concreto, igualmente é possível verificar, a partir da leitura do acórdão recorrido, que as instâncias de origem não valoraram tal aspecto – aliás, nem mesmo entre as partes se estabeleceu controvérsia a respeito (o único fundamento utilizado no voto condutor do acórdão hostilizado é que entre o arquivamento dos autos, 27.9.2005, e 25.11.2010 transcorreu o prazo da prescrição intercorrente).

Daí minha preocupação com a incorporação, no julgamento do recurso no rito do art. 543-C do CPC/1973, de fundamentos não precedidos de profundo amadurecimento jurisprudencial, surpreendendo as partes.

2. A suspensão da Execução Fiscal (suspensão-crise). A inviabilidade da conceituação da prescrição intercorrente como instituto absolutamente desvinculado da inércia. Inteligência sistemática do art. 40 da LEF

Para iniciar a análise da pretensão recursal, entendo conveniente transcrever a seguinte observação lançada no substancioso voto do e. Ministro Mauro Campbell Marques:

Não é demais lembrar que, de acordo com o Relatório Justiça em Números 2013, elaborado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça, dos 92,2 milhões de processos em tramitação no Poder Judiciário, 29,3 milhões são execuções fiscais, o que corresponde a 32% do total de processos. São aproximadamente 25,6 milhões de execuções fiscais somente na Justiça Estadual, com taxa de congestionamento de 89%, superior a todas as outras classes. Na Justiça Federal tramitam mais de 3,5 milhões de execuções fiscais, com semelhante taxa de congestionamento. A exorbitante quantidade

de execuções fiscais em trâmite nos diversos segmentos da Justiça é, hoje, uma das principais causas da morosidade sistêmica do Poder Judiciário, a prejudicar o andamento célere de outras classes processuais, na contramão do princípio constitucional da duração razoável do processo.

Tal excerto demonstra a importância do julgamento do presente recurso repetitivo. Os milhões de processos relativos às Execuções Fiscais abrangem quantias multimilionárias (somente o estoque da dívida ativa da União fechou o ano de 2014 em R\$ 1,387 trilhão, consoante notícia veiculada no jornal *Valor Econômico*).

A análise que aqui se apresenta, portanto, deve ser pautada não apenas sobre o volume quantitativo de processos, e de sua influência na gestão da atividade jurisdicional, como ainda sobre a própria dinâmica do Poder Judiciário como instrumento também viabilizador de arrecadação para os cofres públicos, conforme relatórios de desempenho anualmente confeccionados.

Prevê o art. 40 da Lei 6.830/1980, *verbis* (grifos meus):

Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

§ 4º - Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei n. 11.051, de 2004)

§ 5º - A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda. (Incluído pela Lei n. 11.960, de 2009)

A lei diz que “o juiz suspenderá”. O procedimento do art. 40 da LEF não tem início automático, mas dependente de despacho/decisão do juiz que determine a suspensão.

O vocábulo *sub examine* vem assim definido no Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa:

Automática. 1. Próprio de autômato. 2. *Que se move, regular ou opera por si mesmo: máquina **automática**.* 3. *Que se realiza por meios mecânicos.* 4. *Fig. Praticado sem a intervenção da vontade ou da inteligência, ou pela força do hábito; inconsciente, involuntário, maquinal: Alisou com as mãos os cabelos num gesto automático de vaidade.*

Dessa forma, com a devida vênia, ao contrário do que consignou o e. Ministro Relator, a lei não diz que a falta de localização do devedor ou de seus bens enseja a suspensão da Execução Fiscal, mas sim que, presente tal circunstância, é “o Juiz” quem a “suspenderá”.

O início automático seria justificável se o dispositivo legal fosse redigido no sentido de que “a não localização do devedor ou de bens sobre os quais possa recair a penhora acarreta a suspensão da Execução Fiscal”.

Sucedo que o processo não é apenas *instrumento* de composição da lide, que objetiva a pacificação social. É igualmente *relação processual*, e nesse contexto é definido com base na premissa de que os respectivos sujeitos (juiz e partes em litígio) atuam em relação de coordenação e subordinação. Há pouco espaço, como se vê, para que as respectivas etapas sejam consideradas automáticas, o que é facilmente compreensível a partir do momento em que a atuação humana é peça fundamental no desenvolvimento dos atos que, em seu conjunto, tendem ao resultado final (sentença, aqui utilizada em acepção ampla).

Tal previsão normativa é perfeitamente razoável, considerando que, como responsável pela condução do processo, *o órgão jurisdicional terá mais condição para verificar, por exemplo, se o réu pratica atos atentatórios à dignidade da Justiça*, como a utilização de *manobras para não ser localizado ou não ter identificados bens passíveis de penhora*. Em hipóteses como essas, a suspensão “automática”, como se vê, implicaria a redução do juiz ao papel de assistir passivamente à utilização de chicanas que privilegiariam o uso distorcido do processo.

Note-se que o oficial de Justiça pode certificar, na realização das diligências a ele atribuídas, a suspeita de que o devedor está maliciosamente se furtando à efetivação do ato processual (art. 227 do CPC). E, embora o Código de Processo Civil seja aplicável subsidiariamente à Lei 6.830/1980, entende-se que a denominada citação com hora certa não é cabível na Execução Fiscal. Indaga-se: seria lícito, nesse contexto, adotar a tese de que a suspensão teve início a

partir do momento em que a Fazenda credora foi intimada de tal fato? Não seria isso uma forma de inverter os princípios que regem o Direito Processual Civil, isto é, consagrando situação que favoreça a parte que ocupa o polo passivo da demanda, mediante utilização de ardil ou, de qualquer forma, de condutas que ofendam a boa-fé e a lealdade processual?

Outra dúvida que tive é que, salvo melhor juízo, *não ficou explicado no voto do e. Ministro Mauro Campbell Marques o que se deve entender por “não localização do devedor ou de seus bens”*: no rito da Lei 6.830/1980, a regra é a citação por carta. Se esta retorna negativa - muitas vezes com a simples informação de que o devedor, “mudou-se”, ou estava “ausente”, ou de que a agência postal não foi procurada (“não procurado”), qual a consequência? Seria lícito considerar o devedor como não localizado em tais circunstâncias e, “automaticamente”, entender como suspensa a Execução Fiscal?

A exegese que faço, até mesmo em função da representatividade do estoque da dívida ativa, é que a suspensão prevista no art. 40 da Lei 6.830/1980 é aquela que decorre da identificação da situação de *crise* no processo, isto é, de que a demanda ajuizada tende a se revelar inútil ou com remota possibilidade de chegar ao fim ordinário (satisfação da pretensão creditória da Fazenda Pública).

Com a devida vênia, não vejo como considerar que a totalidade desse valor – conforme dito, multimilionário – possa ser classificada de maneira uniforme (isto é, todo esse *quantum*, genericamente considerado, estaria sujeito a um único tratamento jurídico) e simplificada ou reduzida, em termos processuais, a um procedimento que direta ou indiretamente transforme a suspensão do processo, tendente a abreviar a disciplina da prescrição intercorrente, em um fim primordial.

Em outras palavras, certamente há débitos que, na prática, revelar-se-ão irrecuperáveis, mas cabe ao respectivo credor definir políticas de classificação e então adotar critérios de seletividade para diferenciar o que deve ser segregado e o que é passível de recuperação. Ao Judiciário, não obstante a necessidade de equacionar a gestão do volume de processos, pesa a responsabilidade de não avançar os limites que respeitam a harmonia e a independência entre os Poderes, criando soluções que gerem potencial desequilíbrio de ordem social ou econômica.

Como nos demais processos regidos quer pelo CPC, quer pela legislação extravagante, há percalços que fazem parte do desenvolvimento da marcha processual. Tais circunstâncias são mencionadas, por exemplo, no CPC, que

prevê pequenos sobrestamentos para a regularização (e.g., regularização da representação processual, etc.).

A suspensão do art. 40 da LEF, portanto, somente pode ser decretada quando houver indícios ou prova robusta de que a demanda ajuizada não tem condições efetivas de prosseguimento (“suspensão-crise”). Evidente que isso não implica outorgar poder, quer ao juiz, quer à parte credora, de protelar indefinidamente tal constatação.

No caso da citação por carta, por exemplo, uma vez devolvida com a informação de que o destinatário encontrava-se ausente, não pode ter início a suspensão – que, portanto, não pode ser considerada automática, até porque o devedor não foi localizado, mas ainda pode, eventualmente, ser localizável –, posto que nada impede ao juízo, de ofício, ordenar que a citação seja realizada pelo oficial de Justiça, que, em horário distinto daquele tentado pelo carteiro, poderá obter êxito na realização do ato processual.

Da mesma forma, devolvida a carta com a informação de que o destinatário “mudou-se”, a praxe é de que o juiz intime a Fazenda para que esta forneça novo endereço, ou, até mesmo, em caso de pessoa jurídica, o endereço do domicílio de seu representante legal, para que a citação daquela seja feita na pessoa do sócio-gerente (situação inconfundível com o redirecionamento, no qual o sócio é citado em nome próprio).

No caso concreto, considero precipitada a suspensão do feito a partir da diligência negativa da penhora, pois a certidão do oficial de Justiça atesta que não foram localizados bens *no local* diligenciado (fl. 21, e-STJ) e que o devedor informou não possuir outros. Contudo, a declaração unilateral do devedor, por si só, é insuficiente para o efeito de comprovar a inexistência de bens, e a constatação de inexistência de bens no local diligenciado, conforme já dito anteriormente, não possui aptidão para afastar a apuração de bens em locais distintos.

Reputo a definição dessa primeira tese como algo muito importante, pois inevitavelmente convida os operadores do Direito a revisitarem a ideologia que fundamenta o processo. Nesse sentido, ratifico que se trata de instrumento que visa à composição da lide, no interesse maior da sociedade (não das partes ou do juiz), razão pela qual considero que a preocupação com a gestão dos processos, quer pelo Poder Judiciário, quer pela própria Administração Pública, não deve olvidar da premissa acima, sob pena de distorcer a lógica e tratar a suspensão do processo como fim em si mesmo.

Citamos outro exemplo que demonstra a inviabilidade de se concluir automaticamente suspensão a Execução Fiscal pela ausência de localização de bens no endereço diligenciado. Muitas vezes o devedor pode não possuir bens no seu domicílio, mas em outras cidades (por exemplo, imóveis). A abertura de vista à Fazenda Pública, portanto, com a simples certificação de que não foram localizados bens no endereço diligenciado, não pode dar ensejo ao início da suspensão, pois a previsão legal relativa à não localização de bens, por certo, pressupõe sua completa inviabilidade.

Nesse complexo contexto, entendo que o simples insucesso na prática de um ato processual não pode ter o condão de ensejar, automaticamente, a suspensão do processo, pois isso, repito, se por um lado colabora indiretamente com uma gestão processual tendente à prestação jurisdicional formalmente mais célere, por outro representará, na mesma medida, a indireta chancela judicial, em favor do devedor mal-intencionado, do planejamento, às custas da exegese que o Poder Judiciário confere à lei federal, de práticas cada vez mais sofisticadas para ocultação de seus bens.

Daí por que acredito que a participação do juiz é indispensável na condução do processo, o que implica dizer, na restrita discussão que ora se faz, que cabe a este decretar a suspensão da Execução Fiscal somente quando constatar que nenhum impulso de ofício pode ser dado ao feito (“*suspensão-crise*”).

Quanto à preocupação com a possibilidade de conferir à Fazenda Pública o poder de adiar indefinidamente a suspensão do processo, considero ser facilmente resolvida diante do disposto no art. 185-A do CTN. Com efeito, refletindo a respeito do tema, cheguei à conclusão de que a própria legislação federal, sistematicamente interpretada, descreve a circunstância objetiva que autoriza se entenda configurada a denominada “*suspensão-crise*” prevista no art. 40 da Lei 6.830/1980, a saber, quando realizada a citação do devedor por edital (art. 8º, IV, da LEF) e/ou quando infrutífero o bloqueio universal de bens, previsto no art. 185-A do CTN.

Com efeito, prescreve a norma de Direito Material:

Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao

registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial.

A norma acima evidencia que não há como defender que a simples não localização de bens, por insucesso das diligências judiciais ou de atribuição da Fazenda Pública, autorize, por si só, a suspensão “automática” do processo, sem que antes seja cumprido o disposto no art. 185-A do CTN, uma vez que a regra prescreve que o juiz *determinará* a indisponibilidade de bens, isto é, a lei não concede ao juiz competente a faculdade de decretar tal medida, que, portanto, é cogente. Não haveria sentido, como se vê, em suspender a Execução Fiscal sem que, antes, fosse realizada a medida prevista no art. 185-A do CTN.

Ora, se a indisponibilidade de bens for eficaz, o feito terá regular prosseguimento, com a penhora de bens suficientes para garantia do juízo; e, em caso negativo, gerará a *presunção relativa* de que não há bens passíveis de constrição judicial, viabilizando, agora sim, seja suspensa (“suspensão-crise”) a Execução Fiscal.

Veja-se que a adoção do entendimento de que a suspensão é automática e decorre da primeira tentativa infrutífera de localização do devedor ou de seus bens é incompatível com a regra do art. 185-A do CTN.

Conclusivamente, além de divergir quanto ao caráter “automático” da suspensão, discordo igualmente da conclusão de que esta tem por termo inicial a data de ciência, pela Fazenda Pública credora, do primeiro insucesso quanto à localização do devedor ou dos bens.

A redação do art. 40, §§ 1º e 2º, da Lei 6.830/1980 estabelece que o prazo de um ano tem por início a data da ciência, pela parte exequente, da decisão segundo a qual o juiz determinou a suspensão do curso da Execução Fiscal.

Nesse contexto, *a proposta que faço para a primeira tese é de que a suspensão do processo não é automática, devendo ser decretada pelo juiz (sem discricionariedade) quando este verificar que o Poder Judiciário e que a Fazenda credora não possuem condições de dar andamento ao feito. A “suspensão-crise” da Execução Fiscal, válida por um ano, será decretada com base no art. 40 da Lei 6.830/1980 somente após terem sido esgotadas, **sem sucesso**, as diligências judiciais e da Fazenda Pública para localização do devedor e de seus bens, o que é objetivamente alcançado depois de realizada a citação por edital (art. 8º, IV, da LEF) e/ou da decretação de indisponibilidade universal dos bens (art. 185-A do CTN).*

3. *Segunda tese: início automático do prazo da prescrição intercorrente (ao término da suspensão de um ano)*

No que tange à segunda tese, não há divergência quanto à compreensão de que a prescrição intercorrente tem início automático com o transcurso do prazo de um ano, conforme pacificado no enunciado da Súmula 314/STJ:

Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente.

Ressalvo apenas que o prazo da prescrição intercorrente não será, necessariamente, quinquenal. Assim o é em relação à dívida ativa de natureza não tributária. Para os créditos de natureza não tributária, o prazo da prescrição intercorrente será idêntico ao da prescrição ordinária, estabelecido em legislação específica – ou, na inexistência desta, aquele disposto no art. 1º do Decreto 20.910/1932.

Não obstante, é importante preservar a segurança jurídica, estabelecida nos precedentes jurisprudenciais que preveem que a Fazenda Pública deve ser intimada do despacho que determina a suspensão da Execução Fiscal, dispensada a intimação apenas na hipótese em que o requerimento de aplicação do art. 40 da Lei 6.830/1980 parte do próprio ente público credor – o que, conforme visto acima, somente poderá ser feito após o insucesso da diligência prevista no art. 185-A do CTN.

O estabelecimento da orientação segundo a qual a Fazenda Pública deve necessariamente ser intimada da suspensão da Execução Fiscal tem o mérito de legitimar tese dela derivada, segundo a qual a eventual falha do Judiciário (ausência de intimação) será resolvida no plano da teoria das nulidades processuais (*pas de nullité sans grief*). Com efeito, uma vez constatada a intimação da Fazenda Pública a respeito do despacho que determinou a suspensão da Execução Fiscal, o transcurso do prazo de seis anos (um ano de suspensão e cinco de prescrição intercorrente – ressalvada a existência de prazo diferente estabelecido em lei específica) autorizará a presunção de inércia, caso não indicada, no prazo para recurso da sentença que decretar a prescrição intercorrente, a existência de causas suspensivas ou interruptivas.

Caso contrário, com renovado pedido de vênua ao e. Ministro Relator, a ausência de intimação do próprio despacho de suspensão do feito fatalmente deixará a Fazenda Pública em situação de extrema dificuldade, pois não será

razoável entender que, no singelo prazo de trinta dias – para Apelação contra a sentença extintiva da demanda por prescrição intercorrente –, ao qual nunca é demais adicionar que sucedeu a uma paralisação por seis anos, com o seu completo desconhecimento, seja possível localizar bens para constrição e assim apontar efetivo prejuízo apto a anular a falta de intimação.

Dessa forma, quanto à segunda tese, proponho a seguinte redação:

a) proferido o despacho de suspensão, ex officio, da Execução Fiscal por um ano, para os fins do art. 40 da LEF, será obrigatoriamente aberta vista à Fazenda Pública; findo o prazo de um ano (contado da data da ciência do ato judicial), terá início automático, independente de nova intimação, a fluência do prazo de prescrição intercorrente;

b) se a Fazenda Pública tomar a iniciativa de requerer a suspensão do art. 40 da Lei 6.830/1980, o que somente deverá ser feito depois de ter sido verificado o insucesso no bloqueio universal de bens (art. 185-A do CTN), o termo inicial corresponde à data do protocolo da respectiva petição ou cota lançada nos autos;

c) vencido o prazo da prescrição intercorrente, o juiz, antes de decretá-la de ofício, oportunizará à Fazenda Pública a demonstração de que ocorreu causa suspensiva ou interruptiva da prescrição;

d) a falta de intimação relativa ao item anterior, desde que tenha sido efetuada ao menos a intimação do despacho que suspendeu a Execução Fiscal, somente ensejará a anulação da sentença de extinção do feito caso a Fazenda Pública comprove o prejuízo sofrido (pas de nullité sans grief).

5. Terceira tese: somente diligência positiva suspende a fluência da prescrição intercorrente

Quanto à terceira tese, igualmente tenho alguns pontos a acrescentar às brilhantes considerações do e. Ministro Relator.

O primeiro registro que reputo oportuno é – mais uma vez, diante da necessidade de estabelecer orientação de aplicabilidade prática nas instâncias de origem –, tal qual ocorreu em relação à aplicação do art. 219, § 1º, do CPC, em entendimento consolidado no julgamento do REsp 1.120.295/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, fixar que a *positivação da constrição judicial* (que pode se dar, conforme anteriormente exposto, por meio da penhora ou arresto de bens) *opera com efeito retroativo à data do protocolo da petição que a requereu.*

Tal raciocínio se destina a evitar a indevida decretação da prescrição intercorrente na hipótese em que os pedidos de penhora ou arresto são feitos no curso da prescrição intercorrente, mas são porventura apreciados ou efetivados somente após esse prazo.

Isso porque, acho imprescindível destacar, o instituto da prescrição intercorrente não pode ser integralmente desvinculado do conceito de inércia, pois não é possível equiparar esta última a uma situação muito distinta, que diz respeito à constatação da imprestabilidade do processo como instrumento de solução de litígios. Nesse sentido, aliás, é a jurisprudência da Segunda Turma do STJ, conforme se verifica no precedente abaixo (grifos meus):

Processual Civil. Tributário. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C, do CPC. Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Declaração de ofício. Viabilidade. Art. 219, § 5º, do CPC. Citação. Inércia da Fazenda Pública. Súmula 7 do STJ.

1. *A configuração da prescrição intercorrente não se faz apenas com a aferição do decurso do lapso quinquenal após a data da citação. Antes, também deve ficar caracterizada a inércia da Fazenda exequente.*

2. A Primeira Seção desta Corte também já se pronunciou sobre o tema em questão, entendendo que “a perda da pretensão executiva tributária pelo decurso de tempo é consequência da inércia do credor, que não se verifica quando a demora na citação do executado decorre unicamente do aparelho judiciário” (REsp n. 1.102.431/RJ, DJe 1.2.10 - regido pela sistemática do art. 543-C, do CPC). Tal entendimento, *mutatis mutandis*, também se aplica na presente lide.

3. A verificação acerca da inércia da Fazenda Pública implica indispensável reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado a esta Corte Superior, na estreita via do recurso especial, ante o disposto na Súmula 07/STJ.

4. Esta Corte firmou entendimento que o regime do § 4º do art. 40 da Lei 6.830/80, que exige a prévia oitiva da Fazenda Pública, somente se aplica às hipóteses de prescrição intercorrente nele indicadas, a saber: a prescrição intercorrente contra a Fazenda Pública na execução fiscal arquivada com base no § 2º do mesmo artigo, quando não localizado o devedor ou não encontrados bens penhoráveis. Nos demais casos, a prescrição, a favor ou contra a Fazenda Pública, pode ser decretada de ofício com base no art. 219, § 5º, do CPC.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido (REsp 1.222.444/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 25/04/2012).

Pelo mesmo motivo, outro aspecto que merece ponderação é o relativo ao resultado prático decorrente da constrição positiva. Qual o tratamento a ser

dispensado quando, posteriormente, é averiguada irregularidade ou inutilidade nessa medida judicial?

Exemplifico: na primeira situação (irregularidade), apura-se posteriormente que a constrição incidu sobre bem de terceiro, ou impenhorável (condição que somente foi demonstrada após comprovação pelo interessado); e na segunda, verifica-se que a constrição recaiu sobre bem que se mostrou inútil (bem de difícil alienação, comprovado pelas realizações infrutíferas de leilão judicial).

Ora, convém lembrar que o instituto da prescrição intercorrente pressupõe a concomitância de um fator objetivo (transcurso de tempo definido em lei) e de um fator subjetivo (inércia do titular da pretensão). Nos casos acima, a penhora sobre um bem de família, ou bem de terceiro, ainda que efetivamente sujeita ao desfazimento, não pode acarretar prejuízo à Fazenda Pública se a irregularidade não foi por ela criada (como ocorre, por exemplo, nos casos em que o registro imobiliário não contém a informação de que o bem se enquadra no regime da Lei 8.009/1990 ou de que a propriedade foi transferida a terceiro). Diferente seria a solução, naturalmente, se a documentação estivesse atualizada e, ainda assim, a Fazenda credora insistisse na constrição judicial. Isso porque, de acordo com o regime jurídico da propriedade imobiliária, as certidões se revestem de fé pública, de modo que a penhora realizada com sucesso afasta a inércia da parte credora, ainda que posteriormente a medida constritiva seja desfeita.

Em tais circunstâncias, para efeito de suspensão do prazo da prescrição intercorrente, deve-se, portanto, admitir a penhora realizada, de modo que a sua posterior invalidação ensejará o restabelecimento, *pelo prazo restante*, da contagem do prazo prescricional.

Por último, não menos importante é consignar que, além da penhora efetiva, também interfere na fluência do prazo da prescrição intercorrente a demonstração da ocorrência, durante o seu curso, de ao menos uma das hipóteses listadas nos arts. 151 ou 174 do CTN (depósito integral e em dinheiro, em demanda que discute a exigibilidade do tributo, concessão de liminar ou antecipação de tutela, parcelamento, reconhecimento extrajudicial do débito, etc.).

Sob o rigor da ciência jurídica, se por um lado é inconcebível que o processo perdure por tempo indeterminado, por outro é conveniente que não sejam confundidas as hipóteses que possibilitam a extinção do processo por detecção de sua superveniente inutilidade (solução que encontrava guarida

na teoria das condições da ação, no regime do CPC/1973, ou atualmente no âmbito dos pressupostos de validade do processo, segundo o CPC/2015) com aquelas em que é possível identificar inércia da parte (solução que autoriza a decretação da prescrição intercorrente, a surtir efeitos de Direito Material, isto é, a própria extinção do crédito tributário, conforme o art. 156, V, do CTN).

A solução da crise do processo de Execução Fiscal, assim, impõe ao legislador o estudo e disciplina legal de novos meios tendentes a viabilizar a efetiva recuperação dos créditos fazendários, e não a compreensível (diante do incômodo volume quantitativo), mas, com a devida vênia, inadequada, simplificação dos procedimentos destinados a ampliar indevidamente a adoção do instituto da prescrição, pois tal medida implica, reflexamente, a conclusão da falência do Estado como instituição destinada a promover o bem social.

6. Síntese conclusiva das teses a serem firmadas no julgamento do recurso repetitivo

Por tudo que foi dito, propõe-se a redução a três das teses fixadas pela Relatoria, nos termos seguintes:

1ª tese – a suspensão da Execução Fiscal:

a) não é automática, mas depende da constatação, pelo magistrado responsável pela condução do processo, de situação de crise (“suspensão-crise”), isto é, de que o processo não possui condições regulares de prosseguimento, uma vez que tanto o Poder Judiciário quanto a parte interessada (Fazenda Pública credora) não possuem meios para localizar o devedor ou bens passíveis de constrição;

b) o contexto que objetivamente caracteriza a denominada “suspensão-crise” é aquele em que houve citação por edital (não localização do devedor) e/ou resultou negativa a diligência prevista no art. 185-A do CTN, e no qual se mostrou, pelas mesmas razões, infrutífero o redirecionamento.

2ª tese – quanto à aplicação prática do art. 40 da LEF:

*a) proferido o despacho de suspensão da Execução Fiscal por um ano, **para os fins do art. 40 da LEF**, será obrigatoriamente dada vista à Fazenda Pública, a partir de quando terá início o prazo de um ano;*

b) caso a Fazenda credora, intimada do insucesso da medida prevista no art. 185-A do CTN, se antecipe ao juiz e requeira a suspensão do art. 40 da Lei 6.830/1980, será dispensada a respectiva intimação, e o transcurso do prazo de um ano terá início com a data do protocolo da petição, ou do lançamento da respectiva cota nos autos;

c) vencido o prazo da prescrição intercorrente, o juiz, antes de decretá-la de ofício, oportunizará à Fazenda Pública a demonstração de que ocorreu causa suspensiva ou interruptiva da prescrição;

d) a falta de intimação relativa ao item anterior, desde que tenha sido efetuada ao menos a intimação do despacho que suspendeu a Execução Fiscal, somente ensejará a anulação da sentença de extinção do feito caso a Fazenda Pública comprove o prejuízo sofrido (pas de nullité sans grief).

3ª tese – relativa às medidas que obstam a fluência do prazo da prescrição intercorrente:

a) somente a constrição efetiva (penhora ou arresto), que opera com efeito retroativo à data do protocolo da petição que a requereu, tem o condão de obstar a fluência do prazo de prescrição intercorrente;

b) a medida judicial acima suspende a fluência da prescrição intercorrente, a qual terá o seu prazo retomado, **pelo período restante**, quando a autoridade judicial cassá-la (por irregularidade) ou revogá-la (por constatar sua inutilidade);

c) igualmente surtirá efeito suspensivo ou interruptivo a demonstração da superveniência, no curso do prazo da prescrição intercorrente, de uma das hipóteses listadas nos arts. 151 ou 174 do CTN (depósito integral e em dinheiro, em demanda que discute a exigibilidade do tributo, concessão de liminar ou antecipação de tutela, parcelamento, reconhecimento extrajudicial do débito, etc.).

7. Os acréscimos apresentados pelo e. Ministro Mauro Campbell ao seu voto original

Ouvi atentamente as ponderações trazidas no aditamento ao voto do e. Ministro Mauro Campbell Marques.

Sua Excelência trouxe alguns acréscimos, destinados a esclarecer alguns pontos de seu judicioso voto, além de tecer considerações a respeito do voto por mim apresentado.

Dada a relevância e complexidade do tema ora debatido, entendo conveniente apresentar alguns questionamentos com a intenção de contribuir para a entrega da prestação jurisdicional com a melhor qualidade possível.

É muito importante deixar claro que, excetuadas algumas particularidades, concordo com o e. Ministro Mauro Campbell Marques quanto à necessidade de definir as medidas que repercutem na definição da prescrição intercorrente.

Dito isto, passo a expor as questões que considero relevantes.

Conforme destaquei ao longo do meu voto-vista, a premissa apresentada pelo e. Ministro Relator, destinada a fixar a tese no julgamento deste recurso repetitivo no sentido de que a suspensão da Execução Fiscal é automática e decorre da simples ausência de localização do devedor e de seus bens, representa sim guinada na jurisprudência do STJ.

Até aproveito o momento para corrigir minhas ponderações feitas anteriormente, uma vez que, a rigor, não é possível falar em guinada na orientação jurisprudencial, tendo em vista que simplesmente inexistem precedentes que respaldem os termos propostos no belíssimo voto apresentado pelo i. Relator (que não indicou naquele momento um único precedente que enfrentasse e definisse precisamente que a suspensão decorre automaticamente da *primeira tentativa* de citação infrutífera do executado).

Ao contrário do que foi por ele dito aqui em seu aditamento, o *leading case* (EREsp 97.328/PR) que deu origem à Súmula 314/STJ em momento algum examinou se a suspensão da Execução Fiscal é automática. A questão debatida lá, aliás, limitou-se a definir se a regra dos arts. 8º, § 2º, e 40 da Lei 6.830/1980 afasta a aplicação do art. 174 do CTN ou não, isto é, se a Execução Fiscal é ou não imprescritível. Somente no voto vencido do e. Ministro Garcia Vieira é que se faz menção ao termo “automática”, ainda assim para consignar o entendimento daquele julgador no sentido de que *o despacho do juiz que recebe a petição inicial “imprime ao processo uma tramitação automática”,* o que, naturalmente, está muito longe de dizer que se cristalizou orientação de que a suspensão do feito decorre automaticamente da simples não localização do devedor e de seus bens.

É nesse sentido, repito exaustivamente, que pontuo que a afirmação retratada na primeira das suas quatro teses representa *introdução de orientação desamparada de amadurecimento jurisprudencial no STJ.*

Acrescento, ademais, que tenho aqui uma insuperável divergência com o e. Ministro Relator, porque a instituição de um rito específico para o processamento da Execução Fiscal teve por finalidade – e isto se encontra na Exposição de Motivos do respectivo projeto de lei, devendo servir de critério da exegese desse microsistema jurídico processual – conferir tramitação mais eficaz e célere que a então estabelecida na Execução Comum do Código de Processo Civil de 1973.

Nessa concepção, reputo contraproducente encampar a proposta do e. Ministro Mauro Campbell Marques, pois adotar a primeira diligência negativa (citação inexitosa) como marco deflagrador da suspensão prevista no art. 40 da Lei 6.830/1980 representa nada mais que a atuação do Poder Judiciário, no caso, ser meramente protocolar, voltada ao escopo de enviar os autos para o arquivamento de cinco anos, e não de assegurar a satisfação da pretensão do detentor de um título executivo. *A eficácia do processo de Execução Fiscal, entendendo importante pontuar, é vinculada ao alcance de sua finalidade típica* (a satisfação do crédito perseguido, excetuada a hipótese em que se comprovar a nulidade ou invalidade do respectivo título executivo), de modo que fixar a primeira tentativa fracassada de localização do devedor ou dos bens como critério para fazer incidir o prazo de seis anos para a decretação da prescrição intercorrente prestigiaria, paradoxalmente, a eficiência do Poder Judiciário como mecanismo voltado exclusivamente a se livrar do processo, de modo inteiramente alienado ao seu conceito, à sua essência (instrumento para a justa e adequada pacificação social).

Relembre-se, aqui, que a suspensão não constitui um benefício em favor da Fazenda Pública credora, mas o termo inicial do prazo que, não por acaso, é definido pelo Relator como de seis anos (um ano de suspensão, acrescido de cinco anos para a configuração da prescrição intercorrente) para a extinção do feito. Seria, praticamente, o único tipo de processo com prazo certo para encerramento!

Não bastasse isso, a implantação desse entendimento constituiria mecanismo a prestigiar, indiretamente, as manobras procrastinatórias do devedor que busca ocultar a si e ao seu patrimônio para não responder judicialmente pelos seus débitos.

Finalmente, tal medida vai na contramão dos esforços que o Poder Judiciário vem empreendendo para demonstrar sua experiência como órgão superavitário na relação entre a arrecadação por ele viabilizada, em comparação com as despesas para o seu custeio.

Veja-se que, nem mesmo na Execução comum, do CPC/1973, a ausência de localização do devedor e de seus bens já enseja a imediata suspensão, pois normalmente os juízes primeiro concedem aos exequentes a possibilidade de diligenciar meios para que o feito tenha regular tramitação, e não para que seja enviado ao arquivamento – onde só devem ficar as demandas que se caracterizem como de solução inviável.

Considero, exemplificativamente, que representa medida cômoda para o Judiciário determinar a imediata suspensão da Execução Fiscal, motivada pelo simples retorno negativo da carta de citação, quando a praxe forense revela que, nestas hipóteses, o usual é dar vista dos autos ao credor (seja na Execução Comum, seja na Execução Fiscal), que poderá indicar o endereço do sócio-gerente para que a citação da empresa seja realizada no endereço dele. Em outro contexto, a certidão do oficial de Justiça que atesta o encerramento das atividades da empresa dá ensejo à presunção da dissolução irregular e, conseqüentemente, ao pedido de redirecionamento, sendo absolutamente precipitado determinar a suspensão do feito diante da não localização do devedor original.

Daí o motivo pelo qual mantenho a minha proposta de que a suspensão e ulterior arquivamento resulte da constatação de que o processo, no caso concreto, não mais se mostre como instrumento viável (“*suspensão-crise*”) para o adequado exercício da função substitutiva do Poder Judiciário, qual seja, a de viabilizar preferencialmente a satisfação da pretensão pelo meio segundo o qual esta deveria ser espontaneamente realizada.

Com as ponderações acima, esclareço: a) a menção à ausência de questionamento, no meu Voto-Vista, era relacionada ao específico ponto versado na primeira tese proposta pelo Relator (“suspensão automática”), e não ao tema mais amplo, relacionado à prescrição intercorrente; e b) a discussão quanto ao significado da expressão “não localização do devedor e de seus bens”, ao contrário do que afirma o e. Ministro Mauro Campbell Marques, é relevantíssima, pois se trata de expressão constante da redação do art. 40 da Lei 6.830/1980, cuja interpretação compõe o objeto deste Recurso Especial.

Longe de deixar à subjetividade judicial ou fazendária o controle do termo inicial da suspensão, o critério por mim proposto, com a devida vênia, é objetivo: considero que o exaurimento das medidas tendentes à localização do devedor (cujo insucesso dá lugar à citação por edital) e de seus bens (o bloqueio universal previsto no art. 185-A do CTN, quando inexitoso) é o que há de melhor para evidenciar a total incapacidade de o Poder Judiciário e de a parte exequente terem no processo judicial um mecanismo para a pacificação social, razão pela qual nesse contexto seria incontroversa a certificação de “crise processual”, a justificar a aplicação do art. 40 da LEF.

Para finalizar, registro que o aditamento ao voto, feito pelo e. Ministro Relator, não cuidou de examinar outro ponto por mim apresentado, isto é, a disciplina a ser conferida à medida de constrição judicial positiva, realizada

após o arquivamento do feito (obviamente desarquivado para a realização da diligência requerida pelo Fazenda Pública), mas posteriormente desfeita, por invalidade ou irregularidade (exemplo do imóvel alienado pelo devedor a terceiro, mas não registrado no Cartório de Imóveis). Entendo que a irregularidade alheia à atuação da Fazenda credora não pode lhe prejudicar, ou seja, a efetiva penhora acarretará a suspensão do prazo de prescrição, ainda que posteriormente desfeita.

São esses os acréscimos que submeto à análise deste órgão colegiado.

8. O caso dos autos

Em relação ao caso concreto, constata-se:

a) o executado foi localizado e citado, por carta registrada, em 1º.12.2001 (fl. 18, e-STJ);

b) não foram encontrados, *no local diligenciado* (ou seja, isso não significa que o devedor não possuísse bens em outros locais), bens passíveis de constrição (fl. 21, e-STJ);

c) a Fazenda Nacional teve ciência da diligência negativa em 19.6.2002 (certidão da fl. 23, e-STJ) e requereu a suspensão do processo por 120 (cento e vinte) dias, mas o juízo aplicou a suspensão do art. 40 da LEF (fls. 24-29 e 30, e-STJ), com intimação da exequente em 31.7.2002 (fl. 32, e-STJ);

d) nas condições acima, é correto estabelecer que a suspensão foi decretada irregularmente, de maneira simplesmente cômoda para o juízo, que *não demonstrou a caracterização de denominada suspensão-crise, isto é, não se certificou de que a Fazenda Pública fracassou na tentativa de localizar bens*;

e) em 30.10.2003 (fl. 35, e-STJ), a Fazenda Nacional requereu a penhora de dinheiro, nos termos do art. 655 do CPC/1973;

f) por decisão datada de 9.12.2003 (fls. 45-47, e-STJ), o juízo reconheceu que a Fazenda Nacional “esgotou os meios à disposição para localizar bens do executado” e, por essa razão, deferiu a quebra de sigilo bancário para determinar o bloqueio de valores aplicados financeiramente pelo devedor;

g) a credora não foi intimada da decisão acima;

h) em 6.7.2004, houve êxito no bloqueio do dinheiro (fl. 52, e-STJ);

i) em 16.7.2004, o juízo determinou o cancelamento do bloqueio, porque a ordem judicial estabeleceu que a medida deveria recair sobre valores aplicados

financeiramente, e não sobre a quantia mantida em conta-corrente (fl. 53, e-STJ), razão pela qual *não foi efetivada a penhora*.

É interessante observar que o requerimento da Fazenda Pública (de bloqueio de dinheiro no Banco Central do Brasil), formulado em 30.10.2003 (fl. 35, e-STJ), foi: a) deferido em 9.12.2003 (fls. 45-47, e-STJ); b) efetivado em 6.7.2004 (fl. 52, e-STJ); e c) desfeito em 16.7.2004 (fl. 53, e-STJ), ***todos estes atos sem intimação da Fazenda Pública***.

A credora somente foi intimada do andamento do feito em 17.8.2005 (fl. 59, e-STJ), ou seja, quase dois anos após haver solicitado a diligência que foi realizada e, depois, desfeita, sem a sua participação nos autos. Devolveu os autos em cartório, em agosto de 2005, pleiteando a suspensão do processo nos termos do art. 40 da LEF (fls. 60-63, e-STJ), *requerimento esse que foi indeferido em 27.9.2005 (fl. 64, e-STJ) e do qual a parte jamais foi intimada, até que sobreveio a certidão do transcurso do prazo de cinco anos (fl. 65, e-STJ)*.

Desta forma, com a aplicação da tese proposta neste Voto-Vista, são fixadas as seguintes premissas:

a) o despacho de suspensão da Execução Fiscal com base no art. 40 da LEF, em 31.7.2002 (fl. 32, e-STJ), foi irregular, pois o ato processual praticado pela autoridade judicial não foi precedido da constatação da denominada suspensão-crise, isto é, de que tanto o Poder Judiciário como a Fazenda credora efetivamente não possuíam alternativas para, respectivamente, conduzir ou dar regular andamento ao feito;

b) o deferimento do bloqueio de dinheiro partiu do expresso reconhecimento judicial, em 9.12.2003, de que a Fazenda Pública havia esgotado, sem sucesso, as diligências administrativas para localização de bens do devedor;

c) a tramitação da diligência judicial relativa ao bloqueio de dinheiro se deu em julho de 2004, isto é, período em que inexistia a regra do art. 185-A do CTN (que entrou em vigor em 9.6.2005);

d) assim, a premissa relativa à suspensão-crise do processo somente ficou configurada em 16.7.2004, data em que foi desfeito o bloqueio do dinheiro aplicado em conta-corrente bancária;

e) conseqüentemente, a partir dessa data é que deveria o juízo decretar a suspensão do art. 40 da LEF, com posterior intimação da Fazenda credora (art. 40, § 1º, da LEF), para que, após ultrapassado o período de um (1) ano, tivesse início o prazo da prescrição intercorrente (art. 40, § 2º, da Lei 6.830/1980 e Súmula 314/STJ).



Não obstante as ponderações acima, serei obrigado a adotar, no caso concreto, conclusão idêntica à do e. Ministro Relator, embora por fundamento inteiramente diverso.

É que, conforme descrito acima, embora incorretamente aplicada, a suspensão do processo foi decretada pelo juízo (fl. 30, e-STJ), *com intimação da exequente em 31.7.2002* (fl. 32, e-STJ).

Como não houve recurso contra a indevida aplicação do art. 40 da LEF, a matéria ficou acobertada pela preclusão, de modo que o prazo de suspensão terminou em 30.7.2003, iniciando-se a partir de 31.7.2003 o fluxo da prescrição intercorrente.

Na medida em que não houve efetivação de penhora (registro que o bloqueio inicialmente realizado não foi convertido em penhora) ou notícia de causa suspensiva ou interruptiva de prescrição nesse período, a prescrição intercorrente ficou configurada em 30.7.2008, o que resulta na rejeição da pretensão recursal.

9. Proposta de uniformização do entendimento, em relação às teses propostas pelo e. Ministro Mauro Campbell Marques

Com a finalidade de evitar que a adoção de fundamentos diversos, em relação às teses fixadas no julgamento deste recurso repetitivo, dificulte a apreensão do conteúdo decidido, acrescida da intenção de buscar uma possível unificação de entendimento, submeto à análise dos i. componentes da Primeira Seção as propostas abaixo transcritas, extraídas das originais apresentadas pelo e. Ministro Relator.

I. Primeira tese do e. Ministro Mauro Campbell

4.1) O prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido;

Comentários:

Diz o art. 40, §§ 1º e 2º, da LEF:

Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

Note-se a redação da norma: esta prescreve que “o juiz suspenderá”, e não que “Suspende-se a execução enquanto não forem localizados...”. A suspensão, portanto, não decorre, *automaticamente*, da simples ausência de localização (do devedor ou dos seus bens), mas de ato praticado pelo juiz competente. E o ato judicial é indispensável para essa finalidade porque, na condição de responsável pela condução do processo, o juiz pode, em razão da experiência profissional e do contato com as circunstâncias concretas, imprimir tramitação ao feito, em sentido oposto à singela decretação da suspensão.

Exemplo: o mandado de citação é devolvido pelo Oficial de Justiça, informando que a *pessoa jurídica* não mais se encontra no local diligenciado. Nessa hipótese, há até enunciado sumular do STJ (Súmula 435/STJ) no sentido de que presume-se a dissolução irregular, apta a justificar o redirecionamento da Execução Fiscal para o sócio-gerente. A interpretação proposta pelo eminente Ministro Mauro Campbell levaria à imediata suspensão do processo, cabendo ao juiz apenas intimar a Fazenda Nacional de que não foi localizada a pessoa jurídica (o prazo de um ano teria início a partir da ciência à Fazenda credora de tal situação).

Indaga-se: é este o procedimento a ser chancelado pelo STJ? Isto é, um modelo no qual a suspensão ocorre ainda que, de antemão, a autoridade judicial saiba que a Fazenda Pública tem total condição de dar andamento ao feito, seja apontando o endereço do sócio-gerente (para que a citação da empresa se dê no endereço do responsável legal), seja pedindo diretamente a inclusão deste no polo passivo, para fins de redirecionamento?

Assim, apresento uma nova redação para a *Primeira Tese*:

Sugestão de nova redação para a Primeira Tese:

O prazo de 1 (um) ano previsto no art. 40, §§ 1º e 2º, da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início na data da ciência da Fazenda Pública a respeito do despacho do juiz que determinou a suspensão do processo ou, caso tal providência decorra de requerimento por ela formulado, na data do protocolo da respectiva petição;

II. Segunda tese do e. Ministro Mauro Campbell

4.2) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não decisão judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano, inicia-se automaticamente o prazo prescricional de 5 (cinco) anos durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual restará prescrita a execução fiscal;

Comentários:

A proposta do e. Ministro Mauro Campbell, no ponto, continua a adotar a premissa de que a suspensão é *automática* (independe de ato do juiz). Ademais, menciona o prazo específico de *cinco anos*, o qual deve ser suprimido, pois a cobrança de diversos créditos de natureza não tributária pode ter outros prazos de prescrição, como bem observado no voto da e. Ministra Assusete Magalhães. Basta, portanto, a menção genérica ao prazo da prescrição intercorrente.

Sugestão de nova redação para a Segunda Tese:

Findo o prazo de suspensão da Execução Fiscal, inicia-se automaticamente a fluência da prescrição intercorrente, período durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º, da Lei n. 6.830/80 – LEF.

III. Terceira tese do e. Ministro Mauro Campbell

4.3) A efetiva constrição patrimonial é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo requerendo a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente dentro do prazo de 6 (seis) anos deverão ser processados ainda que para além do aludido prazo pois, encontrados e penhorados os bens a qualquer tempo – mesmo depois do prazo de 6 (seis) anos, interrompe-se a prescrição intercorrente retroativamente na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera;

Não há sugestão de redação alternativa.

IV. Quarta tese do e. Ministro Mauro Campbell

4.4) A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245, do CPC), ao alegar a nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40, da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a do termo inicial – 4.1, onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

Não há sugestão de redação alternativa.

10. Conclusão

Com essas considerações, *acompanho o e. Ministro Relator para negar provimento ao Recurso Especial, embora por fundamentos inteiramente diversos, reitero, daqueles adotados pelo e. Ministro Relator e no acórdão do Tribunal de origem.*

É como *voto*.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Recurso Especial, interposto pela *Fazenda Nacional*, com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que, ao manter a negativa de seguimento à Apelação da ora recorrente, acabou por confirmar a sentença que, de ofício, julgara extintas as execuções fiscais, reunidas na forma do art. 28 da Lei 6.830/80, por considerar consumada a prescrição, na modalidade intercorrente.

Do acórdão recorrido extraem-se os seguintes fundamentos, *in verbis*:

Verifica-se dos presentes autos que *foi prolatada decisão determinando o arquivamento do processo, sem baixa, em 27-09-2005 (cf. evento n. 02, "Decisão/23" no processo eletrônico originário), não tendo havido qualquer movimentação processual pela exequente desde então até 25-11-2010, quando interpôs embargos declaratórios contra aquela decisão de arquivamento (evento n. 02, "EMBDECL25" no processo eletrônico originário).*

Ora, como decorreram mais de 05 anos, a partir da decisão que determinou o arquivamento do processo, sem movimentação processual pela exequente, e não havendo sequer notícia da incidência de qualquer causa de suspensão ou interrupção da prescrição, agiu com acerto o juiz da causa ao reconhecer de ofício a prescrição intercorrente, sendo certo que não cabe ao exequente apenas o ajuizamento da demanda, mas a persecução do executivo fiscal, o que não ocorreu no presente caso.

Por outro lado, sinala-se que a sentença foi prolatada quando a Lei 11.051, de 2004, já havia acrescentado o § 4º ao art. 40 da Lei 6.830, de 1980, aplicando-se ao caso esse dispositivo legal que tornou inequívoca a possibilidade de reconhecimento de ofício da prescrição intercorrente em execução fiscal, uma vez que ele tem aplicação imediata e alcança, inclusive, as execuções ajuizadas antes mesmo de sua vigência (STJ, REsp 849.494/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 25-

09-2006; REsp 810.863/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 20-03-2006; REsp 794.737/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 20-02-2006; REsp 1.034.251/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 15-12-2008; REsp 980.074/PE, Rel. Min. Denise Arruda, DJe 23-03-2009). Também o art. 219, § 5º, do CPC, com a redação dada pela Lei 11.280, de 2006, atualmente permite ao julgador pronunciar a prescrição de ofício, ainda que se trate de matéria tributária.

Enfim, quanto à alegação de inobservância do rito previsto no art. 40 da Lei 6.830, de 1980, ressalto de início que esse dispositivo deve ser interpretado em consonância com o disposto no art. 174 do CTN, o qual limita o prazo de paralisação do processo em cinco anos, uma vez que a prescrição e a decadência tributária são matérias reservadas à lei complementar (art. 146, III, b, da Constituição Federal). Registro, ainda, que *a ausência de intimação da Fazenda quanto ao despacho que determina a suspensão da execução fiscal (§ 1º), ou o arquivamento (§ 2º), bem como a falta de intimação para sua manifestação antes da decisão que decreta a prescrição intercorrente (§ 4º), não acarreta qualquer prejuízo à exequente, tendo em vista que pode alegar possíveis causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional a qualquer tempo, inclusive em razões de apelação, o que aqui não fez. Não havendo prejuízo demonstrado pela União, não há falar em nulidade* (STJ, REsp 1.157.175/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe 01-09-2010; TRF4, AC 2005.04.01.033820-0, 1ª Turma, Relator Wilson Darós, DJU 09-11-2005; AgAC 0008389-22.2001.404.7200/SC, Des. Federal Álvaro Eduardo Junqueira, 1ª Turma, DJe 29-06-2011) (fl. 177e).

No Recurso Especial, sob alegação de contrariedade ao art. 40, § 4º, da Lei 6.830/80, a recorrente apresentou as seguintes razões recursais:

A tese, defendida pelo TRF da 4ª Região, de que a prescrição intercorrente possa configurar-se independentemente do marco inicial fixado pelo artigo 40, § 4º, da LEF, é absolutamente contrária à lei e à jurisprudência dominante.

O artigo 40 da LEF prevê que a execução fiscal será suspensa pelo prazo de um ano antes do seu arquivamento sem baixa. Assim, somente depois de um ano de suspensão é que se faz aplicável o § 2º do artigo 40, quando então começa a contagem do prazo para a verificação da prescrição intercorrente (§ 4º).

É o que enuncia, em termos absolutamente claros, a Súmula 314 do STJ: Súmula 314: “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual inicia-se o prazo da prescrição quinquenal intercorrente.”

No presente caso, o acórdão recorrido considerou, como *dies a quo* da prescrição intercorrente, a data em que determinada a suspensão do processo por noventa dias (fl. 39), em flagrante ofensa aos termos do artigo 40 da Lei 6.830, cuja redação é a seguinte:

(...)

De acordo com a norma supratranscrita, o prazo da prescrição intercorrente deve ser contado a partir da decisão que ordenar o arquivamento. (...)

Por derradeiro, lembre-se que, para que se configure a prescrição intercorrente, exige-se o transcurso de cinco anos de inércia da parte exequente. Toda e qualquer manifestação da exequente nos autos compromete a caracterização da inércia, não sendo necessário que, de tal manifestação, decorra um imediato impulso à execução. Note-se que, grosso modo, todo e qualquer ato da exequente no processo executivo é tendente à realização do seu crédito (fls. 208/211e).

Assim, pediu o provimento do Recurso Especial, para reformar o acórdão recorrido, afastando-se a prescrição intercorrente (fl. 213e).

Não admitido, na origem, o Recurso Especial (fls. 220/221e), foi interposto Agravo em Recurso Especial, que restou provido, pelo Ministro *Mauro Campbell Marques*, por decisão proferida em 21/08/2012, para determinar a sua conversão em Recurso Especial, bem como o processamento do feito sob a sistemática dos recursos repetitivos, na forma prevista no art. 543-C do CPC/73, ficando assim delimitada a controvérsia submetida a julgamento:

- a) Qual o pedido de suspensão por parte da Fazenda Pública que inaugura o prazo de 1 (um) ano previsto no art. 40, § 2º, da LEF;
- b) Se o prazo de 1 (um) ano de suspensão somado aos outros 5 (cinco) anos de arquivamento pode ser contado em 6 (seis) anos por inteiro para fins de decretar a prescrição intercorrente;
- c) Quais são os obstáculos ao curso do prazo prescricional da prescrição prevista no art. 40 da LEF;
- d) Se a ausência de intimação da Fazenda Pública quanto ao despacho que determina a suspensão da execução fiscal (art. 40, § 1º), ou o arquivamento (art. 40, § 2º), ou para sua manifestação antes da decisão que decreta a prescrição intercorrente (art. 40, § 4º) ilide a decretação da prescrição intercorrente (fls. 255/256e).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento e improvimento do Recurso Especial (fls. 262/270e).

A Confederação Nacional dos Municípios, a fls. 374/386e, requereu sua admissão no feito, como *amicus curiae*, e defendeu, em síntese, que “o simples fato de a demanda estar tramitando a (*sic*) longa data não afasta o direito do credor, que realiza todos os atos processuais necessários e diligentes, de satisfazer seu crédito fiscal” (fl. 385e).

O Município de São Paulo também requereu sua admissão no feito, como *amicus curiae*, alegando, em suma, que: a) a depender do resultado do julgamento do Recurso Extraordinário 636.562/SC – no qual foi reconhecida a existência de repercussão geral da questão em torno da adequação, ou não, do art. 40, *caput* e § 4º, da Lei 6.830/80 à Constituição Federal –, poderá ficar prejudicada a análise deste Recurso Especial repetitivo, razão pela qual aquele Município sugeriu o sobrestamento do presente processo, enquanto estiver pendente de apreciação o recurso em trâmite no STF; b) deve ser observado o devido processo legal, para fins de reconhecimento da prescrição intercorrente, em sede de execução fiscal (fls. 403/413e).

O Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal, igualmente, requereu sua admissão no feito, como *amicus curiae*, e manifestou-se, pontualmente, sobre cada uma das quatro questões identificadas na afetação deste Recurso Especial ao rito dos recursos repetitivos (fls. 417/458e).

Por sua vez, a recorrente também apresentou petição, contendo sua manifestação pontual acerca de cada uma das quatro questões identificadas na decisão de afetação deste Recurso Especial (fls. 464/472e).

Em 26/11/2014, iniciado o julgamento do Recurso Especial, o Relator, Ministro *Mauro Campbell Marques*, preliminarmente, em atenção ao alegado pelo Município de São Paulo, considerou inexistente qualquer relação de prejudicialidade com o Recurso Extraordinário 636.562/SC, no qual foi reconhecida a existência de repercussão geral da questão em torno da adequação, ou não, do art. 40 da Lei 6.830/80 à Constituição Federal. No mérito, Sua Excelência negou provimento ao recurso, por fundamentos que foram assim sintetizados, na ementa do respectivo voto:

- “O espírito do art. 40 da Lei 6.830/80 é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria fazendária encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais”;

- “Não havendo a citação de qualquer devedor (marco interruptivo da prescrição) e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se *automaticamente* o procedimento previsto no art. 40 da Lei 6.830/80, e respectivo prazo, ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal. Esse o teor da Súmula 314/STJ: ‘Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente’”;

- “Nem o Juiz e nem a Procuradoria da Fazenda Pública são os senhores do termo inicial do prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no *caput* do art. 40 da LEF, somente a lei o é (ordena o art. 40: ‘[...] o juiz *suspenderá* [...]). Não cabe ao juiz ou à Procuradoria a escolha do melhor momento para o seu início. *Constatada a não localização do devedor e/ou ausência de bens pelo oficial de justiça e intimada a Fazenda Pública, inicia-se automaticamente o prazo, na forma do art. 40, caput, da LEF.* Indiferente aqui, portanto, o fato de a Fazenda Pública ter peticionado requerendo a suspensão do feito por 30, 60, 90 ou 120 dias a fim de realizar diligências, sem pedir a suspensão do feito pelo art. 40 da LEF. Esses pedidos não encontram amparo fora do art. 40 da LEF que limita a suspensão a 1 (um) ano. Também indiferente o fato de que o juiz, ao intimar a Fazenda Pública, não tenha expressamente feito menção à suspensão do art. 40 da LEF. O que importa para a aplicação da lei é que a Fazenda Pública tenha tomado ciência da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido. Isso é o suficiente para inaugurar o prazo, *ex lege*”.

No item 4 da ementa do voto do Ministro Relator, foram propostas quatro teses, a princípio redigidas nos seguintes termos:

4.1) *O prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei 6.830/80 – LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço residencial fornecido;*

4.2) *Havendo ou não petição da Fazenda e havendo ou não decisão judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano, inicia-se automaticamente o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei 6.830/80 – LEF, findo o qual restará prescrita a execução fiscal;*

4.3) *A efetiva penhora é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo requerendo a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens;*

4.4) *A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245, do CPC), ao alegar a nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu, por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.*

Houve pedido de vista antecipada pelo Ministro *Herman Benjamin*.

Em sessão de julgamento realizada em 09/11/2016, o Ministro *Mauro Campbell Marques* apresentou aditamento ao seu voto – alterando, parcialmente,

os itens 4.3 e 4.4 das teses propostas –, cujo cerne passo a transcrever, por seu caráter elucidativo:

Diante dos debates que sucederam a prolação de meu voto, observei que não restou suficientemente clara a tese prevista no item “4.3”, de modo que se faz necessário o presente aditamento ao voto.

Quando disse que “a efetiva penhora é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente” não disse que esse efeito é exclusividade da penhora, ou da “efetiva constrição patrimonial”. Há diversas causas suspensivas e interruptivas da prescrição que não são aqui analisadas até porque não estão previstas na Lei de Execuções Fiscais e não decorrem diretamente de atos processuais praticados nesse âmbito. Daí que não fiz qualquer alusão, por exemplo, aos parcelamentos, moratórias e confissões de dívidas.

Outro ponto de relevo é que a afirmação do item “4.3” vem em oposição ao entendimento sustentado por muitas Fazendas Públicas de que o mero peticionamento em juízo poderia afastar a prescrição intercorrente por não restar caracterizada a inércia. Ocorre, e isso deixei bem claro, que o art. 40, *caput*, da LEF não dá qualquer opção ao Juiz (verbo: “suspenderá”) diante da constatação de que não foram encontrados o devedor ou bens penhoráveis. De observar também que o art. 40, § 3º, da LEF quando se refere à localização do devedor ou dos bens para a interrupção da prescrição intercorrente (“§ 3º - *Encontrados* que sejam, a qualquer tempo, o *devedor* ou os *bens*, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução”) *não se refere à localização daqueles por parte da Fazenda Pública, mas a sua localização por parte do Poder Judiciário*. Isto porque a palavra “encontrados”, se interpretada à luz do princípio constitucional da eficiência, somente pode se referir a encontrados pelo Poder Judiciário. Explico.

A Fazenda Pública de posse de um indicativo de endereço ou bem penhorável peticiona em juízo requerendo a citação ou penhora consoante as informações dadas ao Poder Judiciário. Essa petição, por si só, não satisfaz ao requisito do art. 40, § 3º, da LEF. Para todos os efeitos, o devedor ou os bens ainda não foram encontrados (trata-se de mera indicação). É preciso também que a providência requerida ao Poder Judiciário seja frutífera, ou seja, que resulte em efetiva citação ou penhora (constrição patrimonial). Desse modo, estarão “Encontrados que sejam, [...] o devedor ou os bens”, consoante o exige o art. 40, § 3º, da LEF.

Outrossim, a providência requerida ao Poder Judiciário deve resultar em efetiva citação ou penhora – constrição patrimonial (isto é: ser frutífera/eficiente), *ainda que estas ocorram fora do prazo de 6 (seis) anos*. Aí sim estarão “Encontrados que sejam, a qualquer tempo”, também na letra do art. 40, § 3º, da LEF. Indiferente ao caso que a penhora (constrição patrimonial) perdue, que o bem penhorado (constrito) seja efetivamente levado a leilão e que o leilão seja positivo.

Cumprido o requisito, a prescrição intercorrente se interrompe na data em que protocolada a petição que requereu a providência frutífera, até porque,

não é possível interromper a prescrição intercorrente fora do prazo de 6 (seis) anos, já que não se interrompe aquilo que já se findou. Isto significa que o Poder Judiciário precisa dar resposta às providências solicitadas pelo exequente dentro do prazo de 6 (seis) anos, ainda que para além desse prazo, sob pena de restar caracterizado o prejuízo a que me referi no item “4.4” das teses propostas. Nesse sentido, a demora do Poder Judiciário para atender aos requerimentos tempestivos (feitos no curso do prazo de seis anos) há que ser submetida à mesma lógica que ensejou a publicação da Súmula 106/STJ (“Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”). Se a providência requerida for infrutífera, decreta-se a prescrição, salvo se o Poder Judiciário excepcionalmente reconhecer a sua culpa (aplicação direta ou analógica da Súmula 106/STJ), o que deve ser averiguado de forma casuística, já que depende de pressupostos fáticos.

Neste ponto, retomo o raciocínio, de observar que a ausência de inércia do exequente de que trata o art. 40, da LEF é uma *ausência de inércia qualificada pela efetividade da providência solicitada na petição*. Ou seja, para restar caracterizada a ausência de inércia no momento do protocolo da petição a lei exige a efetiva citação ou penhora feita posteriormente pelo Poder Judiciário. Essa a característica específica do rito da LEF a distingui-lo dos demais casos de prescrição intercorrente. Decorre de leitura particular que se faz do art. 40, § 3º, da LEF que não está presente em nenhum outro procedimento afora a execução fiscal. Essa a interpretação mais adequada, a meu ver, pois atende à melhor técnica jurídica e às conhecidas questões administrativas de gestão judiciária.

Desse modo, *para restar mais clara a afirmação do item “4.3”, faço a ele aditamento e novamente escrevo os demais em redação final da seguinte forma:*

4.1) O prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei 6.830/80 – LEF tem início automaticamente *na data da ciência da Fazenda Pública* a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido;

4.2) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não decisão judicial nesse sentido, *findo o prazo de 1 (um) ano, inicia-se automaticamente o prazo prescricional de 5 (cinco) anos* durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei 6.830/80 – LEF, findo o qual restará prescrita a execução fiscal;

4.3) A efetiva *construção patrimonial* é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, *não bastando para tal o mero peticionamento em juízo*, requerendo a feita penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. *Os requerimentos feitos pelo exequente dentro do prazo de 6 (seis) anos deverão ser processados ainda que para além do aludido prazo pois,*

encontrados e penhorados os bens a qualquer tempo – mesmo depois do prazo de 6 (seis) anos, interrompe-se a prescrição intercorrente retroativamente na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera;

4.4) A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, *deverá demonstrar o prejuízo que sofreu. (exceto a do termo inicial - 4.1, onde o prejuízo é presumido)*, por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

Observo que, por provocação da **Fazenda Nacional** via memoriais, substituí na tese “4.3” a menção a “penhora” por “construção patrimonial”, por me parecer mais adequada e de consenso, e na tese “4.4” inseri o trecho entre parênteses “(exceto a do termo inicial - 4.1. onde o prejuízo é presumido)” a fim de deixar bem clara a compatibilidade das teses “4.1” e “4.4”. Aliás, nos casos onde não houver qualquer intimação, o prazo prescricional sequer tem início porque não teve início o prazo de suspensão (aplicação da tese 4.1), de modo que a primeira oportunidade que a Fazenda Pública terá para falar nos autos deverá coincidir com sua ciência da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, o que irá inaugurar o prazo, restando prejudicada a necessidade de demonstração de prejuízo.

Na mesma assentada, o Ministro *Herman Benjamin* acompanhou o Ministro Relator, para, no caso concreto, negar provimento ao Recurso Especial, embora por fundamentos diversos, dele divergindo, entretanto, quanto à primeira tese, por entender, basicamente, que a suspensão da execução fiscal, na forma do art. 40 da Lei 6.830/80, não é automática, dependendo de ato judicial, e que ela só pode ser decretada quando, realizada a citação por edital, o devedor não for localizado, quando resultar infrutífera a diligência prevista no art. 185-A do CTN (bloqueio universal de bens do devedor), e mostrar-se impossível o redirecionamento da execução.

Quanto ao caso concreto, embora entendendo que irregular a suspensão do processo, no caso – por não terem sido esgotadas todas as possibilidades para a localização de bens penhoráveis –, negou provimento ao Recurso Especial, em face da preclusão, porquanto a Fazenda Nacional foi intimada do despacho que suspendera o feito, em 31/07/2002, dele não recorrendo.

O entendimento do Ministro *Herman Benjamin* ficou sintetizado nos seguintes trechos da ementa de seu voto-vista:

Primeira Tese - Divergência quanto ao caráter automático da suspensão da execução fiscal

- “Conceitua-se a suspensão da Execução Fiscal, nos moldes previstos na legislação, como ‘suspensão-crise’, porque pressupõe a constatação judicial de eventos (não localização do devedor ou de bens passíveis de constrição) que convertem o processo não em instrumento de composição da lide, mas em ferramenta de efeito colateral indesejado, isto é, de congestionamento do exercício da atividade jurisdicional”;

- “Assim, para os fins do art. 40 da Lei 6.830/80, a exegese mais adequada é aquela segundo a qual a suspensão da Execução Fiscal não é automática, mas depende da constatação, pelo magistrado responsável pela condução do processo, de situação de crise (‘suspensão-crise’), isto é, de que o processo não possui condições regulares de prosseguimento, uma vez que tanto o Poder Judiciário quanto a parte interessada (Fazenda Pública credora) não possuem meios para localizar o devedor ou bens passíveis de constrição”;

- “É possível que o devedor, não localizado no endereço indicado na petição inicial, possa ser citado na pessoa de seu sócio-gerente (situação inconfundível com o redirecionamento), ou que haja bens em outra cidade. A diligência ordinária (citação da pessoa jurídica no seu domicílio tributário, penhora de bens por diligência do oficial de justiça), portanto, ficará negativa, mas não estará configurada a situação de crise, pois, embora não localizados, o devedor ou seus bens ainda são passíveis de localização”;

- “O contexto que objetivamente caracteriza a denominada ‘suspensão-crise’ é aquele em que houve citação por edital (não localização do devedor) ou no qual mostrou-se infrutífera a diligência prevista no art. 185-A do CTN (bloqueio universal de bens do devedor), e no qual se mostrou impossível o redirecionamento”;

Segunda e Quarta Teses - Inexistência de divergência quanto ao termo inicial do arquivamento dos autos e quanto à necessidade de demonstração do prejuízo

- “Com a aplicação do art. 40 da LEF seguindo a lógica da denominada ‘suspensão-crise’, acompanho o eminente Relator quanto a segunda e quarta teses, relativas ao termo inicial da suspensão, nos seguintes termos: a) proferido o despacho de suspensão da Execução Fiscal por um ano, para os fins do art. 40 da LEF, será obrigatoriamente aberta vista à Fazenda Pública, a partir de quando

terá início o respectivo prazo de um ano; b) caso a Fazenda credora, intimada do insucesso da medida prevista no art. 185-A do CTN, se antecipe ao juiz e requeira a suspensão do art. 40 da Lei 6.830/1980 (ou seja, antes mesmo de o juiz decretar a mencionada suspensão), será dispensada a prolação de despacho deferindo o requerimento fazendário, e o transcurso do prazo de um ano terá início com a data do protocolo da petição, ou do lançamento da respectiva cota nos autos; c) vencido o prazo da prescrição intercorrente, o juiz, antes de decretá-la de ofício, oportunizará à Fazenda Pública a demonstração de que ocorreu causa suspensiva ou interruptiva da prescrição; d) a falta de intimação relativa ao item anterior, observado o acima exposto (isto é, desde que tenha sido efetuada ao menos a intimação do despacho que suspendeu a Execução Fiscal, na hipótese de tal medida ter decorrido de iniciativa do juízo), somente ensejará a anulação da sentença de extinção do feito caso a Fazenda Pública comprove o prejuízo sofrido (*pas de nullité sans grief*);

Terceira Tese

Óbices quanto à fluência do prazo de prescrição intercorrente

- “No que se refere às circunstâncias que obstam a fluência do prazo da prescrição intercorrente, entendo conveniente especificar que: a) somente a constrição efetiva (penhora ou arresto), que opera com efeito retroativo à data do protocolo da petição que a requereu, tem o condão de suspender a fluência do prazo extintivo; b) a medida judicial acima suspende a fluência da prescrição intercorrente, a qual terá o seu prazo retomado, pelo período restante, quando a autoridade judicial cassá-la (por irregularidades) ou revogá-la (por constatar sua inutilidade); c) igualmente surtirá efeito suspensivo ou interruptivo a demonstração da superveniência, no curso do prazo da prescrição intercorrente, de uma das hipóteses listadas nos arts. 151 ou 174 do CTN (depósito integral e em dinheiro, em demanda que discute a exigibilidade do tributo, concessão de liminar ou antecipação de tutela, parcelamento, reconhecimento extrajudicial do débito, etc.);”

Critério objetivo para a constatação da denominada “suspensão-crise”.

Citação por edital e/ou bloqueio universal de bens inexitosos

- “Em síntese, para os fins do art. 40 da LEF, a decretação da prescrição intercorrente pressupõe que: a) a suspensão da Execução Fiscal seja resultado da constatação da inviabilidade do processo para o seu fim ordinário (‘suspensão-crise’), o

que exige tenham sido esgotadas, sem sucesso, as diligências judiciais e administrativas para localização do devedor ou de seus bens, isto é, exauridas com a citação editalícia do devedor e/ou com a decretação da medida prevista no art. 185-A do CTN (bloqueio universal de bens), e b) a Fazenda Pública tenha sido intimada do respectivo despacho de suspensão do feito, sem comprovar, antes da sentença ou no período do recurso contra tal ato judicial (sentença), a superveniência, no lapso de tempo que fluiu entre a suspensão da Execução Fiscal e a consumação do prazo prescricional, de uma das hipóteses previstas nos arts. 151 e 174 do CTN”;

Assim, o Ministro **Herman Benjamin** propôs a redução a três das teses fixadas pela Relatoria, nos termos seguintes:

- 1ª Tese – A suspensão da Execução Fiscal:

a) *não é automática, mas depende da constatação, pelo magistrado responsável pela condução do processo, de situação de crise (“suspensão-crise”), isto é, de que o processo não possui condições regulares de prosseguimento, uma vez que tanto o Poder Judiciário quanto a parte interessada (Fazenda Pública credora) não possuem meios para localizar o devedor ou bens passíveis de constrição;*

b) *o contexto que objetivamente caracteriza a denominada “suspensão-crise” é aquele em que houve citação por edital (não localização do devedor) ou resultou negativa a diligência prevista no art. 185-A do CTN, e no qual se mostrou, pelas mesmas razões, infrutífero o redirecionamento;*

- 2ª Tese – Quanto à aplicação prática do art. 40 da LEF:

a) *proferido o despacho de suspensão da Execução Fiscal por um ano, para os fins do art. 40 da LEF, será obrigatoriamente dada vista à Fazenda Pública, a partir de quando terá início o prazo de um ano;*

b) *caso a Fazenda credora, intimada do insucesso da medida prevista no art. 185-A do CTN, se antecipe ao juiz e requeira a suspensão do art. 40 da Lei 6.830/1980, será dispensada a respectiva intimação, e o transcurso do prazo de um ano terá início com a data do protocolo da petição, ou do lançamento da respectiva cota nos autos;*

c) *vencido o prazo da prescrição intercorrente, o juiz, antes de decretá-la de ofício, oportunizará à Fazenda Pública a demonstração de que ocorreu causa suspensiva ou interruptiva da prescrição;*

d) *a falta de intimação relativa ao item anterior, desde que tenha sido efetuada ao menos a intimação do despacho que suspendeu a Execução Fiscal, somente ensejará a anulação da sentença de extinção do feito caso a Fazenda Pública comprove o prejuízo sofrido (pas de nullité sans grief);*

- 3ª Tese – *Relativamente às medidas que obstem a fluência do prazo da prescrição intercorrente:*

a) *somente a constrição efetiva (penhora ou arresto), que opera com efeito retroativo à data do protocolo da petição que a requereu, tem o condão de obstar a fluência do prazo de prescrição intercorrente;*

b) *a medida judicial acima suspende a fluência da prescrição intercorrente, a qual terá o seu prazo retomado, pelo período restante, quando a autoridade judicial cassá-la (por irregularidade) ou revogá-la (por constatar sua inutilidade);*

c) *igualmente surtirá efeito suspensivo ou interruptivo a demonstração da superveniência, no curso do prazo da prescrição intercorrente, de uma das hipóteses listadas nos arts. 151 ou 174 do CTN (depósito integral e em dinheiro, em demanda que discute a exigibilidade do tributo, concessão de liminar ou antecipação de tutela, parcelamento, reconhecimento extrajudicial do débito, etc.).*

Para melhor exame da controvérsia, pedi vista dos autos.

Preliminar

Ao contrário do que sustentado, preliminarmente, tanto pelo Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal, em seus memoriais, quanto pelo Município de São Paulo, em sua petição juntada aos autos – cujo requerimento de intervenção como *amicus curiae*, especificamente em relação a esse Município, restou indeferido, pelo Ministro Relator, no aditamento ao voto, em razão de já ter sido intimada a Confederação Nacional dos Municípios, para representação das Municipalidades –, mostra-se desnecessário o sobrestamento deste Recurso Especial repetitivo, até o julgamento do mérito do Recurso Extraordinário 636.562/SC, atualmente sob a relatoria do Ministro *Roberto Barroso*, no qual o Plenário do STF, na vigência do CPC/73, reconheceu a existência de repercussão geral da questão relativa à reserva de lei complementar para tratar da prescrição intercorrente em processo de execução fiscal para cobrança de crédito tributário (STF, RE 636.562 RG/SC, Rel. Ministro *Joaquim Barbosa*, *Tribunal Pleno*, DJe de 01/12/2001). Com efeito, a Corte Especial do STJ, ao julgar o AgRg nos EREsp 1.142.490/RS (Rel. Ministro *Castro Meira*, DJe de 08/11/2010), consignou que o reconhecimento, pelo Pretório Excelso, de que determinado tema possui repercussão geral, nos termos do art. 543-B do CPC/73, acarreta, unicamente, o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido por esta Corte, cujo exame deverá ser realizado no momento do juízo de admissibilidade,

notadamente no presente caso, em que o Relator, no STF, na vigência do CPC/73, não determinou o sobrestamento dos processos que versem sobre a matéria.

Mérito

Superada a preliminar acima, a controvérsia posta nos autos cinge-se à interpretação do art. 40 da Lei 6.830/80, que, ao tratar da denominada prescrição intercorrente em sede de execução fiscal – tema este objeto de milhares de processos em trâmite no Poder Judiciário –, dispõe o seguinte:

Art. 40 - *O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.*

§ 1º *Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.*

§ 2º *Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.*

§ 3º *Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.*

§ 4º *Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei 11.051, de 2004)*

§ 5º *A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda. (Incluído pela Lei 11.960, de 2009).*

Para dirimir questionamentos que repetidamente são efetuados em demandas judiciais quanto à interpretação dos vários comandos inscritos na citada norma, o Relator, Ministro *Mauro Campbell Marques* – que afetara o presente Recurso Especial como repetitivo –, propôs a consolidação de quatro teses sobre o tema, nos termos do aditamento ao seu voto, apresentado na assentada de 09/11/2016, a saber:

4.1) O prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei 6.830/80 – LEF tem início automaticamente *na data da ciência da Fazenda Pública* a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido;

4.2) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não decisão judicial nesse sentido, *findo o prazo de 1 (um) ano, inicia-se automaticamente o prazo prescricional de 5 (cinco) anos* durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei 6.830/80 – LEF, findo o qual restará prescrita a execução fiscal;

4.3) A efetiva *construção patrimonial* é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, *não bastando para tal o mero peticionamento em juízo*, requerendo a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. *Os requerimentos feitos pelo exequente dentro do prazo de 6 (seis) anos deverão ser processados ainda que para além do aludido prazo pois, encontrados e penhorados os bens a qualquer tempo – mesmo depois do prazo de 6 (seis) anos, interrompe-se a prescrição intercorrente retroativamente na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera;*

4.4) A *Fazenda Pública*, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, *deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a do termo inicial - 4.1, onde o prejuízo é presumido)*, por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

Passo ao exame da primeira tese do eminente Relator deste Recurso Especial, proposta nos seguintes termos:

4.1) O prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei 6.830/80 – LEF tem início *automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública* a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido.

Com a devida vênia ao Ministro *Mauro Campbell Marques*, entendo (com respaldo na atual jurisprudência do STJ, como será demonstrado a seguir) que, no processo de execução fiscal, uma vez interrompida a prescrição ordinária (prescrição para ajuizamento da execução), tão logo constatada a não localização do devedor ou de bens penhoráveis, o juiz, de ofício ou a requerimento da Fazenda Pública, suspenderá o curso da execução (*a suspensão não é automática*), e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição. Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública, acaso a suspensão não tenha sido por ela mesma requerida, a fim de que possa proceder às diligências extrajudiciais que considerar cabíveis, visando a localização do devedor e/ou de bens penhoráveis. Decorrido o prazo máximo de um ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, *segue-se, automaticamente, o arquivamento* do feito executivo, sem

baixa na distribuição (§ 2º do art. 40 da Lei 6.830/80), a partir de quando terá fluência o prazo de prescrição intercorrente.

Antes de expor a orientação jurisprudencial predominante nesta Corte, tenho por relevante a transcrição de excerto doutrinário relativo à prescrição intercorrente:

A prescrição intercorrente é modo de extinção do crédito tributário criado pela tradição jurídica brasileira (sob influxo da jurisprudência e da doutrina) e positivado em lei, no § 4º do art. 40 da LEF (por força do advento da Lei 11.051/04, vigente em 30/12/2004). Trata-se de contagem do prazo da prescrição ordinária, aquela regulada no art. 174 do CTN, no curso do processo de execução fiscal. Assim, primeiro tem-se a prescrição ordinária, aquela que se inicia com a constituição definitiva do crédito tributário e é interrompida pelo despacho que determina a citação, conforme art. 174, inciso I, CTN. Enquanto não houver interrupção do prazo, o que se tem é a consumação da prescrição ordinária, o que era bastante comum quando a interrupção da prescrição se dava apenas com a citação, gerando acórdãos com dificuldade na distinção, reconhecendo a prescrição intercorrente quando o caso, na verdade, era de prescrição ordinária.

A razão prática para a criação do instituto está na suspensão *sine die* do processo diante da não localização do devedor ou de bens penhoráveis. O fundamento é buscado no princípio da segurança jurídica, na raiz do qual está a repulsa à infinitude de situações pendentes. Além disso, contraria a própria natureza do processo que fique suspenso indefinidamente, *ad aeternum*. Isso não significa que o processo não possa se prolongar no tempo, com sói acontecer por motivos vários, mas que esse prolongamento se dê pela realização de atos úteis para que o processo atinja o seu termo. O processo existe para chegar a um fim, para atingir seu escopo. O fim do processo executivo é a satisfação do crédito do exequente. Mas a busca desse fim só se justifica na medida em que se praticam atos processuais que potencialmente conduzam para esse fim (utilidade). Na medida em que não há mais atos úteis no sentido da localização de bens de devedor, o processo executivo está fadado ao insucesso, está virtualmente impossibilitado de alcançar seu escopo. Precisa, pois, ser extinto, tendo ou não, alcançado o fim a que originariamente serve (o processo executivo) (*Execução Fiscal Aplicada. Análise pragmática dos processo de execução fiscal*. Coodenador: João Aurino de Melo Filho. 3ª ed. revista, ampliada e atualizada. Editora Juspodium, Salvador, 2014, pp. 498/499).

Sobre a distinção entre prescrição ordinária (também chamada direta ou inicial) e prescrição intercorrente, a Segunda Turma do STJ, ao julgar, sob a minha relatoria, o AgRg no AREsp 621.931/RJ, deixou consignado o seguinte entendimento, na ementa do respectivo acórdão, *in verbis*: “O procedimento previsto no art. 40 da Lei 6.830/80 somente se deflagra quando não tenha sido

possível localizar o devedor ou bens sobre os quais recair a penhora. Diversa, entretanto, é a hipótese em que, ainda não esgotada a fase citatória, o processo experimenta falta de andamento, por vicissitudes práticas, sem que tenha sido formalmente suspenso, por decisão judicial. Nesses casos, eventualmente vencido o lustro prescricional, tem-se a ocorrência da prescrição direta, e não da intercorrente, uma vez que o pressuposto para o início da fluência desta última (prescrição intercorrente) é, justamente, a interrupção da fluência daquela (prescrição direta), a qual se dá, na redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, precisamente por meio da citação do devedor” (STJ, AgRg no AREsp 621.931/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 15/09/2015).

Sobre a interrupção da prescrição ordinária, é firme a orientação desta Corte no sentido de que, *em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa, de natureza tributária*, cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido *antes do início da vigência da Lei Complementar 118/2005*, o prazo prescricional para ajuizamento da execução, no período da redação original do inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN, *interrompia-se pela citação válida do devedor* (por carta, por oficial de justiça ou por edital).

Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

Processual Civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C, do CPC. *Tributário. Execução fiscal. Prescrição. Citação por edital. Interrupção. Precedentes.*

1. A prescrição, posto referir-se à ação, quando alterada por novel legislação, tem aplicação imediata, conforme cediço na jurisprudência do Eg. STJ.

2. O artigo 40 da Lei 6.830/80, consoante entendimento originário das Turmas de Direito Público, não podia se sobrepôr ao CTN, por ser norma de hierarquia inferior, e sua aplicação sofria os limites impostos pelo artigo 174 do referido Código.

3. A mera prolação do despacho ordinatório da citação do executado, sob o enfoque *supra*, não produzia, por si só, o efeito de interromper a prescrição, impondo-se a interpretação sistemática do art. 8º, § 2º, da Lei 6.830/80, em combinação com o art. 219, § 4º, do CPC e com o art. 174 e seu parágrafo único do CTN.

4. O processo, quando paralisado por mais de 5 (cinco) anos, impunha o reconhecimento da prescrição, quando houvesse pedido da parte ou de curador especial, que atuava em juízo como patrono *sui generis* do réu revel citado por edital.

5. A Lei Complementar 118, de 9 de fevereiro de 2005 (vigência a partir de 09.06.2005), alterou o art. 174 do CTN para atribuir ao despacho do juiz que ordenar

a citação o efeito interruptivo da prescrição (Precedentes: REsp 860.128/RS, DJ de 782.867/SP, DJ 20.10.2006; REsp 708.186/SP, DJ 03.04.2006).

6. Destarte, consubstanciando norma processual, a referida Lei Complementar é aplicada imediatamente aos processos em curso, o que tem como consectário lógico que a data da propositura da ação pode ser anterior à sua vigência. Todavia, a data do despacho que ordenar a citação deve ser posterior à sua entrada em vigor, sob pena de retroação da novel legislação.

7. É cediço na Corte que a Lei de Execução Fiscal - LEF - prevê em seu art. 8º, III, que, não se encontrando o devedor, seja feita a citação por edital, que tem o condão de interromper o lapso prescricional. (Precedentes: REsp 1.103.050/BA, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ de 06/04/2009; AgRg no REsp 1.095.316/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 17/02/2009, DJe 12/03/2009; AgRg no REsp 953.024/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 02/12/2008, DJe 15/12/2008; REsp 968.525/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ 18.08.2008; REsp 995.155/RS, Rel. Ministro José Delgado, DJ 24.04.2008; REsp 1.059.830/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJ 25.08.2008; REsp 1.032.357/RS, Rel. Ministro Castro Meira, DJ 28.05.2008);

8. In casu, o executivo fiscal foi proposto em 29.08.1995, cujo despacho ordinatório da citação ocorreu anteriormente à vigência da referida Lei Complementar (fls. 80), para a execução dos créditos tributários constituídos em 02/03/1995 (fls. 81), tendo a citação por edital ocorrido em 03.12.1999.

9. Destarte, ressoa inequívoca a inoccorrência da prescrição relativamente aos lançamentos efetuados em 02/03/1995 (objeto da insurgência especial), porquanto não ultrapassado o lapso temporal quinquenal entre a constituição do crédito tributário e a citação editalícia, que consubstancia marco interruptivo da prescrição.

10. Recurso especial provido, determinando-se o retorno dos autos à instância de origem para prosseguimento do executivo fiscal, nos termos da fundamentação expendida. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008 (STJ, REsp 999.901/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe de 10/06/2009).

Processual Civil. Tributário. Agravo regimental no recurso especial. Execução. Citação postal. Entrega no domicílio do executado. Recebimento por pessoa diversa. Interrupção da prescrição. Validade. Precedentes.

1. Trata-se a controvérsia à possibilidade de interrupção da prescrição por meio de citação via postal recebida por terceiros.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal é no sentido de que a Lei de Execução Fiscal traz regra específica sobre a questão no art. 8º, II, que não exige seja a correspondência entregue ao seu destinatário, bastando que o seja no respectivo endereço do devedor, mesmo que recebida por pessoa diversa, pois, presume-se que o destinatário será comunicado.

3. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no REsp 1.178.129/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 20/08/2010).

Processual Civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Artigo 543-C, do CPC. Tributário. Execução fiscal. Prescrição da pretensão de o fisco cobrar judicialmente o crédito tributário. Tributo sujeito a lançamento por homologação. Crédito tributário constituído por ato de formalização praticado pelo contribuinte (*in casu*, declaração de rendimentos). Pagamento do tributo declarado. Inocorrência. Termo inicial. Vencimento da obrigação tributária declarada. Peculiaridade: declaração de rendimentos que não prevê data posterior de vencimento da obrigação principal, uma vez já decorrido o prazo para pagamento. Contagem do prazo prescricional a partir da data da entrega da declaração.

(...)

13. *Outrossim, o exercício do direito de ação pelo Fisco, por intermédio de ajuizamento da execução fiscal, conjura a alegação de inação do credor, revelando-se incoerente a interpretação segundo a qual o fluxo do prazo prescricional continua a escoar-se, desde a constituição definitiva do crédito tributário, até a data em que se der o despacho ordenador da citação do devedor (ou até a data em que se der a citação válida do devedor, consoante a anterior redação do inciso I, do parágrafo único, do artigo 174, do CTN).*

14. *O Codex Processual, no § 1º, do artigo 219, estabelece que a interrupção da prescrição, pela citação, retroage à data da propositura da ação, o que, na seara tributária, após as alterações promovidas pela Lei Complementar 118/2005, conduz ao entendimento de que o marco interruptivo atinente à prolação do despacho que ordena a citação do executado retroage à data do ajuizamento do feito executivo, a qual deve ser empreendida no prazo prescricional.*

(...)

16. *Destarte, a propositura da ação constitui o dies ad quem do prazo prescricional e, simultaneamente, o termo inicial para sua recontagem sujeita às causas interruptivas previstas no artigo 174, parágrafo único, do CTN.*

17. *Outrossim, é certo que “incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subseqüentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário” (artigo 219, § 2º, do CPC).*

18. *Conseqüentemente, tendo em vista que o exercício do direito de ação deu-se em 05.03.2002, antes de escoado o lapso quinquenal (30.04.2002), iniciado com a entrega da declaração de rendimentos (30.04.1997), não se revela prescrita a pretensão executiva fiscal, ainda que o despacho inicial e a citação do devedor tenham sobrevivido em junho de 2002.*

19. *Recurso especial provido, determinando-se o prosseguimento da execução fiscal. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ*

08/2008 (STJ, REsp 1.120.295/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe de 21/05/2010).

Por sua vez, *em se tratando de execução fiscal* para cobrança de dívida ativa *não tributária*, o despacho ordenador da citação interrompe a prescrição para ajuizamento da execução, por força do que dispõe o § 2º do art. 8º da Lei 6.830/80:

Processual Civil. Administrativo. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Terrenos de marinha. Cobrança da taxa de ocupação. Prescrição. Decreto 20.910/32 e Lei 9.636/98. Decadência. Lei 9.821/99. Prazo quinquenal. Lei 10.852/2004. Prazo decenal. Marco interruptivo da prescrição. Art. 8º, § 2º, da Lei 6.830/80. Reformatio in pejus. Não configurada. Violação do art. 535, II, CPC. Inocorrência.

(...)

9. Os créditos objeto de execução fiscal que não ostentam natureza tributária, como sói ser a taxa de ocupação de terrenos de marinha, têm como marco interruptivo da prescrição o despacho do Juiz que determina a citação, a teor do que dispõe o art. 8º, § 2º, da Lei 6.830/1980, sendo certo que a Lei de Execuções Fiscais é lei especial em relação ao art. 219 do CPC. Precedentes do STJ: AgRg no Ag 1.180.627/SP, Primeira Turma, DJe 07/05/2010; REsp 1.148.455/SP, Segunda Turma, DJe 23/10/2009; AgRg no AgRg no REsp 981.480/SP, Segunda Turma, DJe 13/03/2009; e AgRg no Ag 1.041.976/SP, Segunda Turma, DJe 07/11/2008.

(...)

13. Recurso Especial provido, para afastar a decadência, determinando o retorno dos autos à instância ordinária para prosseguimento da execução. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008 (STJ, REsp 1.133.696/PE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe de 17/12/2010).

Em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa, *de natureza tributária*, cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido *na vigência da Lei Complementar 118/2005*, que conferiu nova redação ao inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN, *a interrupção da prescrição* para ajuizamento da execução *opera-se com o despacho de citação*:

Recurso fundado no CPC/2015. Tributário. Execução fiscal. Despacho citatório posterior à LC 118/2005. Interrupção da prescrição.

1. Nos termos da redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, a prescrição era interrompida com a citação do devedor. *Com a edição da LC 118/05, que modificou o inciso referido, o lapso prescricional passou a ser interrompido pelo "despacho que ordena a citação". A nova regra tem incidência somente nos casos em que a data do despacho ordinatório da citação seja posterior a sua entrada em vigor.*

2. No caso, o despacho que ordenou a citação é posterior à vigência da LC 118/2005, razão pela qual perfaz marco interruptivo do lustro prescricional.

3. Agravo interno a que se nega provimento (STJ, AgInt no AREsp 934.185/DF, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 07/10/2016).

Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Submissão à regra prevista no Enunciado Administrativo 3/STJ. *Tributário. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Prescrição. Interrupção. Despacho que ordenou a citação proferido após entrada em vigor da LC 118/2005.*

1. *“No Recurso Especial 1.120.295/SP, submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, decidiu a Primeira Seção desta Corte que os efeitos da interrupção da prescrição, seja pela citação válida, de acordo com a sistemática da redação original do art. 174, I, do CTN, seja pelo despacho que determina a citação, nos termos da redação introduzida ao aludido dispositivo pela LC 118/2005, devem retroagir à data da propositura da demanda, de acordo com o disposto no art. 219, § 1º, do CPC” (AgRg nos EDcl no REsp 1.370.543/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 06/05/2014, DJe 14/05/2014).*

2. Nesse sentido, considerando que o termo inicial do prazo prescricional deu-se em janeiro de 2007, por tratar-se de crédito tributário de IPTU referente ao exercício de 2006, tem-se que o ajuizamento do executivo fiscal em outubro de 2011 operou-se, portanto, dentro do quinquênio prescricional.

3. Agravo interno não provido (STJ, AgInt no REsp 1.687.482/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 24/10/2017).

Sendo assim, em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa, de natureza tributária, cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes do início da vigência da Lei Complementar 118/2005 – quando se exigia a citação do devedor para interrupção da prescrição ordinária –, não se mostra possível a suspensão da execução, na forma do art. 40 da Lei 6.830/80, antes da citação válida do devedor, ainda que por edital. De outro lado, em execução fiscal de dívida ativa não tributária, por força do que dispõe o § 2º do art. 8º da Lei 6.830/80, assim como em execução fiscal de dívida ativa tributária, cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar 118/2005 – que conferiu nova redação ao inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN, passando a prever a interrupção da prescrição pelo despacho de citação –, mostra-se possível a suspensão da execução, nos termos do art. 40 do CTN, desde que tenha havido a interrupção da prescrição ordinária, pelo despacho de citação, e a tentativa frustrada de citação do devedor, ainda que por carta.

Nesse sentido:

Tributário. Processo Civil. Execução fiscal. Suspensão. Citação efetiva. Necessidade. Art. 40, *caput*, da Lei 6.830/80. Execução fiscal movida antes de 2005.

1. *É possível a suspensão da execução fiscal por um ano, nos termos do art. 40, caput, do CTN, se a citação do devedor restou infrutífera, ainda que antes da citação por edital, para as execuções fiscais ajuizadas após 9.6.2005.*

2. *Para as execuções fiscais ajuizadas antes da vigência da Lei Complementar 118/2005, o despacho do magistrado não interrompia a prescrição e sim a citação válida, condição que impossibilitava a suspensão da execução antes da citação por edital.*

3. Hipótese dos autos em que a execução foi proposta antes de 2005.

4. Ausência de cotejo analítico. Causa de não-conhecimento da divergência jurisprudencial.

5. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, não provido (STJ, REsp 1.022.507/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 03/02/2009).

Processual Civil. Execução fiscal. Devedor não localizado. Citação por edital ou suspensão. Faculdade do credor. Inexistência. Aplicação dos arts. 8º, IV, e 40 da Lei 6.830/1980.

1. Na hipótese dos autos, a citação por carta resultou infrutífera e, por esse motivo, deu ensejo ao requerimento de suspensão do feito nos termos do art. 40 da Lei 6.830/1980.

2. O juiz indeferiu o pedido, sob o fundamento de que deveria ter sido comprovado o esgotamento das diligências para localização do devedor, de modo a viabilizar, previamente, a citação por edital (art. 8º, IV, da Lei 6.830/1980).

3. *Os arts. 8º, IV, e 40 da LEF devem ser interpretados de forma conjunta e sistemática. A suspensão do feito pressupõe que o devedor não localizado tenha sido previamente citado por edital, pois: a) o insucesso na citação por carta evidencia apenas que o devedor não foi encontrado no endereço fornecido e no momento da entrega da missiva, o que não corresponde à impossibilidade de localização por outros meios a serem diligenciados; e b) não se concebe o ajuizamento de demanda em que a parte não tenha interesse em cooperar para a realização do primeiro e mais elementar dos atos processuais: a citação.*

4. Recurso Especial não provido (STJ, REsp 720.747/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 27/03/2009; *pela data em que esse Recurso Especial veio a ser registrado no STJ, ou seja, 01/02/2005, verifica-se que o despacho ordenador da citação foi proferido antes da Lei Complementar 118, de 09/02/2005.*)

Como se sabe, o processo judicial é movido por impulso oficial do Juiz. Todavia, especialmente nas execuções fiscais, a partir da leitura dos arts. 16, I, **b**, do Decreto-Lei 147/67, 14, segunda parte, e 17, III, da Lei 8.620/93 e 22 da Lei 8.870/94, pode-se afirmar que compete à Fazenda Pública promover, diretamente, junto a qualquer órgão da administração direta ou indireta ou entidade de direito privado, as diligências extrajudiciais disponíveis para a localização do devedor ou de bens penhoráveis.

A propósito, cita-se a lição de Renato Lopes Becho, Professor, Juiz Federal em São Paulo e autor de diversos artigos doutrinários (Prescrição Intercorrente. *Revista de Estudos Tributários*. v. 9. n. 53. jan./fev. 2007, p. 155), *in verbis*:

Deve o autor dos processos judiciais zelar pelo seu andamento. Caso contrário, transformaria o juiz em parte, que deve não atuar pelo equilíbrio delas, mas funcionar como tal. O impulso oficial que o juiz e os serventuários da Justiça devem dar aos feitos refere-se aos ritos internos, não atingindo uma parcela considerável de atos, notadamente os externos de pesquisa e persecução do devedor e/ou de seu bens.

Em relação aos “ritos internos”, a que se refere a transcrição acima – considerando-se que, nos termos do art. 1º da Lei 6.830/80, a execução fiscal será regida, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil –, devem ser observadas as disposições do Código de Processo Civil, no tocante às diligências judiciais previstas para a localização do devedor ou de bens sobre os quais possa recair a penhora.

De acordo com a legislação processual codificada, incumbe ao oficial de justiça fazer pessoalmente as citações, penhoras, arrestos e demais diligências próprias do seu ofício (art. 143, I, do CPC/73, correspondente ao art. 154, I, do CPC/2015). Incumbe ao oficial de justiça, ainda, procurar o citando e, onde o encontrar, citá-lo (art. 226, *caput*, do CPC/73, correspondente ao art. 251, *caput*, do CPC/2015). Quando não encontrar bens penhoráveis, independentemente de determinação judicial expressa, o oficial de justiça descreverá na certidão os bens que guarnecem a residência ou o estabelecimento do executado, quando este for pessoa jurídica (art. 659, § 3º, do CPC/73, correspondente ao art. 836, § 1º, do CPC/2015).

Em consonância com o Código de Processo Civil e os arts. 1º, 7º, 8º, 10, 37, parágrafo único, e 40 da Lei 6.830/80, esta Corte firmou o entendimento de que o despacho do juiz, que recebe a petição inicial da execução fiscal, importa em ordem para citação, pelas sucessivas modalidades previstas no art. 8º, bem

como para penhora, arresto, registro da penhora ou do arresto e avaliação dos bens penhorados ou arrestados. Não havendo bens para serem penhorados pelo oficial de justiça, por força do art. 40 da Lei 6.830/80, o juiz suspenderá o curso da execução e determinará a intimação da Fazenda Pública para que esta proceda às diligências que entender cabíveis para localização de bens penhoráveis. É adequado o pedido da Fazenda Pública para que o oficial de justiça investigue sobre a existência de bens penhoráveis, no endereço da parte executada, mormente porque somente esse serventuário, em cumprimento à ordem judicial, pode ingressar na residência ou no estabelecimento da parte executada para tal fim, providência esta que não se confunde com o dever da exequente de exaurir as diligências extrajudiciais disponíveis para a localização de outros bens penhoráveis (§ 2º do art. 40 da Lei 6.830/80).

Nesse sentido:

Processual Civil. Recurso especial. Execução fiscal. Multa administrativa. Inmetro. Busca de bens penhoráveis pelo oficial de justiça no domicílio da parte executada. Art. 7º da Lei 6.830/1980.

1. Recurso especial no qual se discute a possibilidade de o exequente pedir ao juízo da execução que o oficial de justiça proceda à penhora dos bens eventualmente existentes no domicílio da parte executada.

2. *Nos termos do art. 7º da Lei 6.830/1980, o despacho do juiz que defere a petição inicial da execução fiscal importa em ordens sucessivas ao oficial de justiça, o qual, citando a parte executada e não ocorrendo o pagamento nem a garantia da execução, deve proceder à penhora ou ao arresto de bens e/ou direitos, avaliando-os. Não havendo bens para serem penhorados pelo oficial de justiça, por força do art. 40 da Lei 6.830/1980, o juiz suspende o curso da execução e determina a intimação da Fazenda Nacional para que esta proceda às diligências que entender cabíveis para localização de bens penhoráveis; decorrido um ano e não encontrados bens, há o arquivamento da execução fiscal (§ 2º do art. 40 da Lei 6.830/1980).*

3. *É adequado o pedido do exequente de ordem ao oficial de justiça para que investigue a existência de bens penhoráveis que estejam localizados no domicílio da parte executada (já citada, no caso), mormente porque somente este serventuário, em cumprimento à ordem judicial, pode ingressar na residência ou no estabelecimento da parte executada para tal fim; providência esta que não se confunde com o dever da exequente de exaurir as diligências necessárias à busca de outros bens penhoráveis (§ 2º do art. 40 da Lei 6.830/1980).*

4. Recurso especial provido para determinar que seja expedido o mandado para que o oficial de justiça, no endereço do domicílio da parte executada, proceda à penhora de eventuais bens lá existentes, nos termos do art. 10 da Lei 6.830/1980 (STJ, REsp 1.374.556/RN, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 28/08/2013).

Pedindo vênua ao Ministro *Herman Benjamin* – embora com ele concorde, no sentido de que a suspensão da execução demanda ato judicial –, parece-me não ser razoável adotar – como critério para a constatação da denominada “suspensão-crise” da execução, para os fins do art. 40 da Lei 6.830/80 – a medida de determinação judicial de indisponibilidade de bens, prevista no art. 185-A do CTN, incluído pela Lei Complementar 118/2005, seja porque o mencionado art. 40 da Lei 6.830/80, com a redação dada pela Lei 11.051/2004, é anterior à aludida Lei Complementar, seja porque a Lei de Execuções Fiscais compreende a dívida ativa tributária e não tributária (arts. 2º, *caput* e § 2º, e 4º, §§ 2º e 4º, da Lei 6.830/80 c/c art. 39, § 2º, da Lei 4.320/64), sendo inaplicável o art. 185-A do CTN às execuções fiscais para cobrança de dívida ativa não tributária, seja, ainda, porque esse último dispositivo legal pressupõe, para sua aplicabilidade, a necessidade de requerimento fundamentado do credor, a infrutífera utilização do Sistema BacenJud e a comprovação de exaurimento das diligências extrajudiciais disponíveis para a localização de bens penhoráveis. Os seguintes precedentes desta Corte conduzem a essa compreensão:

Processual Civil. Art. 185-A do CTN. Execução fiscal para a cobrança de dívida de natureza não tributária. Não incidência.

1. *O Superior Tribunal de Justiça entende indevida a incidência do art. 185-A do Código Tributário Nacional a dívidas ativas não tributárias, porquanto seu caput deixa expressamente delineado sua aplicação à hipótese de devedor tributário.*

2. “O fato de a Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/91) afirmar que os débitos de natureza não tributária compõem a dívida ativa da Fazenda Pública não faz com que tais débitos passem, apenas em razão de sua inscrição na dívida ativa, a ter natureza tributária. Isso, simplesmente, porque são oriundos de relações outras, diversas daquelas travadas entre o estado, na condição de arrecadador, e o contribuinte, na qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária” (REsp 1.073.094/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 17/9/2009, DJe 23/9/2009).

3. Recurso Especial não provido (STJ, REsp 1.562.405/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 03/02/2016).

Tributário. Processo Civil. Execução fiscal. Art. 185-A do CTN. Ordem de indisponibilidade. Requerimento fundamentado do credor. Necessidade.

1. *O requerimento de indisponibilidade de bens, nos termos do art. 185-A do CTN, deve ser fundamentado quanto à necessidade da medida e quanto à existência de bens passíveis de penhora.*

2. *Foge ao escopo do referido enunciado transferir para o Poder Judiciário a obrigação do credor em localizar bens penhoráveis.*

3. Desnecessidade de oficiar à Capitania dos Portos, ao Departamento de Viação Civil e à Secretaria do Patrimônio da União se não houve comprovação da existência de bens com registro nestes órgãos.

4. Recurso especial não provido (STJ, REsp 1.028.166/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 02/10/2008).

Tributário. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC e Resolução STJ n. 8/2008. Execução fiscal. Art. 185-A do CTN. Indisponibilidade de bens e direitos do devedor. Análise razoável do esgotamento de diligências para localização de bens do devedor. Necessidade.

1. *Para efeitos de aplicação do disposto no art. 543-C do CPC, e levando em consideração o entendimento consolidado por esta Corte Superior de Justiça, firma-se compreensão no sentido de que a indisponibilidade de bens e direitos autorizada pelo art. 185-A do CTN depende da observância dos seguintes requisitos: (i) citação do devedor tributário; (ii) inexistência de pagamento ou apresentação de bens à penhora no prazo legal; e (iii) a não localização de bens penhoráveis após esgotamento das diligências realizadas pela Fazenda, caracterizado quando houver nos autos (a) pedido de acionamento do Bacen Jud e consequente determinação pelo magistrado e (b) a expedição de ofícios aos registros públicos do domicílio do executado e ao Departamento Nacional ou Estadual de Trânsito - DENATRAN ou DETRAN.*

2. O bloqueio universal de bens e de direitos previsto no art. 185-A do CTN não se confunde com a penhora de dinheiro aplicado em instituições financeiras, por meio do Sistema BacenJud, disciplinada no art. 655-A do CPC.

3. As disposições do art. 185-A do CTN abrangerão todo e qualquer bem ou direito do devedor, observado como limite o valor do crédito tributário, e dependerão do preenchimento dos seguintes requisitos: (i) citação do executado; (ii) inexistência de pagamento ou de oferecimento de bens à penhora no prazo legal; e, por fim, (iii) não forem encontrados bens penhoráveis.

4. *A aplicação da referida prerrogativa da Fazenda Pública pressupõe a comprovação de que, em relação ao último requisito, houve o esgotamento das diligências para localização de bens do devedor.*

5. Resta saber, apenas, se as diligências realizadas pela exequente e infrutíferas para o que se destinavam podem ser consideradas suficientes a permitir que se afirme, com segurança, que não foram encontrados bens penhoráveis, e, por consequência, determinar a indisponibilidade de bens.

6. O deslinde de controvérsias idênticas à dos autos exige do magistrado ponderação a respeito das diligências levadas a efeito pelo exequente, para saber se elas correspondem, razoavelmente, a todas aquelas que poderiam ser realizadas antes da constrição consistente na indisponibilidade de bens.

7. *A análise razoável dos instrumentos que se encontram à disposição da Fazenda permite concluir que houve o esgotamento das diligências quando demonstradas*

as seguintes medidas: (i) acionamento do Bacen Jud; e (ii) expedição de ofícios aos registros públicos do domicílio do executado e ao Departamento Nacional ou Estadual de Trânsito - DENATRAN ou DETRAN.

8. No caso concreto, o Tribunal de origem não apreciou a demanda à luz da tese repetitiva, exigindo-se, portanto, o retorno dos autos à origem para, diante dos fatos que lhe forem demonstrados, aplicar a orientação jurisprudencial que este Tribunal Superior adota neste recurso.

9. Recurso especial a que se dá provimento para anular o acórdão impugnado, no sentido de que outro seja proferido em seu lugar, observando as orientações delineadas na presente decisão (STJ, REsp 1.377.507/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe de 02/12/2014).

A decretação da indisponibilidade de bens e direitos, na forma do art. 185-A do CTN, pressupõe o exaurimento das diligências na busca por bens penhoráveis, o qual fica caracterizado quando infrutíferos o pedido de constrição sobre ativos financeiros e a expedição de ofícios aos registros públicos do domicílio do executado, ao Denatran ou Detran (STJ, Súmula 560, Primeira Seção, DJe de 15/12/2015).

Embora o Ministro *Herman Benjamin* haja anotado, outrossim, que não localizou – seja no substancioso voto do Ministro Relator, seja na jurisprudência do STJ – a existência de precedente desta Corte que qualifique, como automática, a suspensão da execução fiscal, a Primeira Turma do STJ, ao julgar o REsp 63.635/SP (Rel. Ministro *Humberto Gomes de Barros*, DJU de 09/10/95), por maioria, endossou – em precedente não unânime, isolado e superado – o entendimento de que “a suspensão da prescrição, por efeito do art. 40 da Lei 6.830/80, opera-se independentemente de determinação judicial, suspendendo o processo executivo fiscal. Basta que o devedor não seja encontrado, nem se conheçam bens a serem penhorados. A suspensão é automática”, em acórdão que recebeu a seguinte ementa:

Processual. Tributário. Prescrição. Executivo fiscal. Interrupção. Despacho que determina a citação. LEF, art. 8º, § 2º. CPC, art. 219. Suspensão. Ausência de bens penhoráveis. Desnecessidade de suspensão do processo.

I - No processo executivo fiscal, o despacho que determina a citação interrompe o curso da prescrição. A eficácia deste despacho não está subordinada ao exercício das providências determinadas pelo art. 219 do CPC.

II - A suspensão da prescrição, por efeito do art. 40 da Lei 6.830/80, opera-se independentemente de determinação judicial, suspendendo o processo executivo fiscal. Basta que o devedor não seja encontrado, nem se conheçam bens a serem penhorados. A suspensão é automática (STJ, REsp 63.635/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, DJU de 09/10/95).

Quanto ao entendimento constante do item I da ementa do supracitado precedente da Primeira Turma, encontra-se ele superado – em se tratando de execução fiscal para a cobrança de dívida ativa, de natureza tributária, cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes do início da vigência da Lei Complementar 118/2005 –, como se vê pela leitura dos seguintes precedentes:

Embargos de divergência em Recurso Especial. Execução fiscal - *Despacho citatório que não interrompe a prescrição. Artigo 8º, § 2º da Lei 6.830/80. A norma acima mencionada deve ser interpretada em combinação com o art. 219, § 4º, do CPC, ou seja, no sentido de que não se efetuando a citação nos prazos aludidos nos parágrafos anteriores, haver-se-á por não interrompida a prescrição.* Embargos de divergência recebidos (STJ, EREsp 34.850/SP, Rel. Ministro José de Jesus Filho, Primeira Seção, DJU de 19/08/96).

Agravo regimental no agravo de instrumento. Recurso especial. Tributário. Execução fiscal. Prescrição. Art. 174 do CTN. Art. 8º, § 2º, da Lei 6.830/80. Inaplicabilidade. Agravo desprovido.

1. *Nos termos do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, “a prescrição se interrompe pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal”. Contudo, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que essa regra, introduzida pela LC 118/2005, aplica-se tão-somente aos casos em que essa circunstância – despacho que ordenar a citação – tenha ocorrido após a sua vigência. Conseqüentemente, não satisfeita essa condição, aplica-se a redação anterior do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, segundo a qual apenas a citação pessoal do devedor constitui causa hábil a interromper a prescrição.*

2. O disposto no art. 8º, § 2º, da Lei 6.830/80 não é aplicável em relação aos créditos de natureza tributária, pois não é apto a afastar a regra prevista no Código Tributário Nacional, que foi recepcionado com *status* de lei complementar.

3. Agravo regimental desprovido (STJ, AgRg no Ag 1.062.606/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe de 15/12/2008).

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Prescrição do crédito tributário. Termo final. Súmula 106/STJ e recurso repetitivo.

1. *Em processo de execução fiscal ajuizado anteriormente à Lei Complementar 118/05, é pacífico nesta Corte o entendimento segundo o qual o despacho que ordena a citação não interrompe o prazo prescricional, pois somente a citação pessoal produz esse efeito, devendo prevalecer o disposto no artigo 174 do CTN sobre o artigo 8º, § 2º, da LEF – Lei 6.830/80.*

2. Todavia, se a demora na citação não é imputada ao Fisco, a interrupção da prescrição retroage à data da propositura da ação, na forma do art. 219, § 1º, do

CPC, mesmo nas execuções fiscais de crédito tributário (Súmula 106/STJ e REsp 1.120.295/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC).

3. Recurso especial provido (STJ, REsp 1.253.324/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe de 05/03/2012).

Por sua vez, no mesmo sentido da orientação firmada no item II da ementa do acórdão do supracitado REsp 63.635/SP, transcreve-se, a seguir, o entendimento ora proposto pelo Ministro *Mauro Campbell Marques*:

A compreensão de que o prazo de suspensão do art. 40 da LEF somente tem início mediante peticionamento da Fazenda Pública ou determinação expressa do Juiz configura grave equívoco interpretativo responsável pelos inúmeros feitos executivos paralisados no Poder Judiciário ou Procuradorias, prolongando indevidamente o início da contagem do prazo da prescrição intercorrente. Essa interpretação equivocada já foi rechaçada no *leading case* que originou a Súmula 314/STJ (EREsp 97.328/PR), onde se analisou situação em que foi penhorado bem e dez (10) anos depois foi dada vista à Fazenda Pública que simplesmente requereu a penhora de um outro bem e alegou falta de intimação (violação ao art. 25 da LEF). Ali decretou-se a prescrição intercorrente contando-se de forma automática os prazos de suspensão e arquivamento, pois sequer houve despacho expresso de suspensão. Considerou-se então desnecessária a intimação da Fazenda Pública (...).

A propósito do precedente invocado pelo Ministro *Mauro Campbell Marques* (EREsp 97.328/PR), o Ministro *Herman Benjamin* obtemperou:

Ao contrário do que foi por ele dito aqui em seu aditamento, o *leading case* (EREsp 97.328/PR) que deu origem à Súmula 314/STJ em momento algum examinou se a suspensão da Execução Fiscal é automática. A questão debatida lá, aliás, limitou-se a definir se a regra dos arts. 8º, § 2º, e 40 da Lei 6.830/1980 afasta a aplicação do art. 174 do CTN ou não, isto é, se a Execução Fiscal é ou não imprescritível. Somente no voto vencido do e. Ministro Garcia Vieira é que se faz menção ao termo “automática”, ainda assim para consignar o entendimento daquele julgador no sentido de que o despacho do juiz que recebe a petição inicial “*imprime ao processo uma tramitação automática*”, o que, naturalmente, está muito longe de dizer que se cristalizou orientação de que a suspensão do feito decorre automaticamente da simples não localização do devedor e de seus bens.

Pedindo a mais respeitosa vênua ao Ministro *Mauro Campbell Marques*, da leitura do acórdão dos retromencionados EREsp 97.328/PR, também tive a mesma compreensão do Ministro *Herman Benjamin*, no sentido de que esta Primeira Seção, no aludido precedente, “em momento algum examinou

se a suspensão da Execução Fiscal é automática. A questão debatida lá, aliás, limitou-se a definir se a regra dos arts. 8º, § 2º, e 40 da Lei 6.830/1980 afasta a aplicação do art. 174 do CTN ou não, isto é, se a Execução Fiscal é ou não imprescritível”.

Para corroborar minha compreensão de que a controvérsia, nos aludidos EREsp 97.328/PR, não se refere a ser automática, ou não, a suspensão da execução fiscal – nas hipóteses previstas no *caput* do art. 40 da Lei 6.830/80 (“não localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora”) –, o respectivo relatório indica, como suporte fático para o reconhecimento da prescrição intercorrente, naquele caso específico, a paralisação da execução fiscal, por mais de cinco anos, *embora existente bem penhorado*, como se verifica a seguir:

O *Estado do Paraná* interpõe embargos de divergência contra acórdão proferido pela 1ª Turma desta Corte.

O *Estado* ajuizou execução fiscal contra *Industrial Madeireira Oliveira Ltda*, cobrando ICMS e a respectiva multa. *A executada foi citada. Posteriormente, foi realizada a penhora do bem descrito no auto de fl. 6.*

Em 28/06/82 (cf. fl. 8), o bem penhorado foi avaliado. No mesmo dia, os autos foram entregues ao escrivão. No dia 04/08/82, o escrivão expediu o ofício noticiado à fl. 08, verso.

Quase dez anos depois, ou seja, no dia 02/06/92 (cf. fl. 09), o juiz concedeu vista ao *Estado*.

Em 21/08/92 (cf. fl. 10), o *Estado* peticionou, requerendo a substituição do bem penhorado.

O juiz de primeiro grau deferiu o pedido. Foi penhorado o bem descrito no auto de fl. 13. O representante legal da executada foi intimado.

A executada requereu o reconhecimento da prescrição intercorrente.

Após reconhecer a prescrição intercorrente, o juiz de primeiro grau extinguiu o processo executivo fiscal (cf. fls. 37/42).

Com efeito, não se poderia cogitar de determinação de suspensão, naquele caso, se havia bem penhorado. Por tal razão, a suspensão não ocorreu, mas não porque o Colegiado entendesse que a suspensão seria dispensável ou automática.

Sobre o reconhecimento da prescrição intercorrente, naquele caso específico dos EREsp 97.328/PR, tendo como suporte fático a paralisação da execução fiscal, por mais de cinco anos, mesmo realizada a penhora, tal circunstância (realização de penhora), por si só, não impede a decretação da

prescrição intercorrente, pois o procedimento do art. 40 da Lei 6.830/80 somente se aplica aos suportes fáticos previstos em seu *caput*, a saber, quando não localizado o devedor ou não encontrados bens penhoráveis.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes do STJ, no sentido de que é possível a ocorrência de prescrição intercorrente noutras hipóteses, as quais, justamente por não estarem previstas no dispositivo legal em questão, não serão objeto das teses a serem fixadas neste Recurso Especial repetitivo:

Tributário. Redirecionamento da execução fiscal. Prescrição. Quem propõe a execução fiscal deve certificar-se de que a penhora realizada é suficiente para garantir o crédito tributário, porque o redirecionamento da ação contra eventuais responsáveis pelo respectivo pagamento só é viável até cinco anos contados da data em que, por efeito da citação do sujeito passivo da obrigação tributária, a prescrição foi interrompida. Embargos de declaração rejeitados (STJ, EDcl no REsp 142.397/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, DJU de 24/11/97).

Processual Civil. Art. 535 do CPC. Omissão. Inexistência. Tributário. Execução fiscal. Arquivamento. Art. 20 da Lei 10.522/02. Baixo valor do crédito executado. Prescrição intercorrente. Art. 40, § 4º, da LEF. Aplicabilidade.

1. A omissão apontada acha-se ausente. Tanto o acórdão que julgou a apelação como aquele que examinou os embargos de declaração manifestaram-se explicitamente sobre a tese fazendária de que a prescrição intercorrente somente se aplica às execuções arquivadas em face da não localização do devedor ou de bens passíveis de penhora, não incidindo sobre o arquivamento decorrente do baixo valor do crédito. Prejudicial de violação do art. 535 do CPC afastada.

2. Ainda que a execução fiscal tenha sido arquivada em razão do pequeno valor do débito executado, sem baixa na distribuição, nos termos do art. 20 da Lei 10.522/2002, deve ser reconhecida a prescrição intercorrente se o processo ficar paralisado por mais de cinco anos a contar da decisão que determina o arquivamento, pois essa norma não constitui causa de suspensão do prazo prescricional. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público.

3. A mesma razão que impõe à incidência da prescrição intercorrente quando não localizados o devedor ou bens penhoráveis – impedir a existência de execuções eternas e imprescritíveis –, também justifica o decreto de prescrição nos casos em que as execuções são arquivadas em face do pequeno valor dos créditos executados.

4. O § 1º do art. 20 da Lei 10.522/02 - que permite sejam reativadas as execuções quando ultrapassado o limite legal - deve ser interpretado em conjunto com a norma do art. 40, § 4º, da LEF - que prevê a prescrição intercorrente -, de modo a estabelecer um limite temporal para o desarquivamento das execuções, obstando assim a perpetuidade dessas ações de cobrança.

5. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 08/2008 (STJ, REsp 1.102.554/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe de 08/06/2009).

Tributário. *Prescrição intercorrente. Inércia da exequente por mais de cinco anos. Prévvia oitiva da Fazenda. Exigibilidade que se impõe apenas quando configuradas as hipóteses do art. 40 da Lei 6.830/80.* REsp 1.100.156/RJ, processado sob o rito do art. 543-C do CPC.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, “a prescrição intercorrente é aquela que diz respeito ao reinício da contagem do prazo extintivo após ter sido interrompido” (REsp 1.034.191/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 26/05/2008)

2. *A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.100.156/RJ, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, processado sob o rito do art. 543-C do CPC, confirmou a orientação no sentido de que o regime do art. 40 da Lei 6.830/80, que exige a suspensão e arquivamento do feito, bem como a prévvia oitiva da Fazenda exequente, somente se aplica às hipóteses de prescrição intercorrente nele indicadas, quais sejam, quando não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora.*

3. *No caso dos autos, apesar de não caracterizada a hipótese prevista no art. 40 da Lei 6.830/80, impõe-se o reconhecimento da prescrição intercorrente porque decorridos mais de cinco anos contados da data em que o executado foi desligado do programa de parcelamento, tendo a exequente permanecido inerte.*

4. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ, AgRg no AREsp 224.014/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 11/10/2013).

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental no agravo regimental no agravo em recurso especial. Razões do recurso que não impugnam, especificamente, os fundamentos da decisão agravada, no que se refere à inexistência de ofensa ao art. 535 do CPC/73. Súmula 182/STJ. *Hipótese em que o Tribunal de origem reconheceu a inércia da Fazenda Pública, após o inadimplemento do parcelamento, referente a tributos municipais, e decretou a prescrição intercorrente. Acórdão recorrido em consonância com a orientação jurisprudencial desta Corte. Súmula 83/STJ. Agravo regimental conhecido em parte, e, nessa parte, improvido.*

(...)

II. *Na forma da jurisprudência do STJ, “o regime do art. 40 da Lei 6.830/80, que exige a suspensão e arquivamento do feito, bem como a prévvia oitiva da Fazenda exequente, somente se aplica às hipóteses de prescrição intercorrente nele indicadas, quais sejam, quando não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora” (STJ, AgRg no AREsp 224.014/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 11/10/2013). No mesmo sentido: REsp 1.289.774/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 02/02/2012; REsp 1.403.655/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 30/09/2013.*

III. Nos presentes autos de Execução Fiscal, ao reconhecer tanto a prescrição inicial – em relação a uma parcela dos créditos tributários exequendos –, quanto a prescrição intercorrente – em relação aos créditos tributários remanescentes –, o Tribunal de origem não violou os arts. 174 do CTN e 40, *caput* e §§, da Lei 6.830/80. Ao contrário, observou a jurisprudência dominante do STJ, retratada nos supracitados precedentes.

IV. Agravo Regimental parcialmente conhecido, e, nessa parte, improvido (STJ, AgRg no AgRg no AREsp 684.350/MG, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 19/04/2016).

Agravo regimental no recurso especial. Tributário. Inércia da exequente por mais de cinco anos a contar do inadimplemento. Prescrição intercorrente.

1. *O regime do art. 40 da Lei 6.830/80, que exige a suspensão e arquivamento do feito, somente se aplica às hipóteses de prescrição intercorrente nele indicadas, não impedindo a decretação da prescrição intercorrente após o transcurso do prazo de 5 anos do inadimplemento junto a programa de parcelamento, com intimação da Fazenda Pública. Precedentes.*

2. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ, AgRg no REsp 1.290.890/PR, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Federal Convocada do TRF/3ª Região), Segunda Turma, DJe de 01/06/2016).

Processo Civil e Tributário. Embargos de declaração. Omissão. Ausência de vício no acórdão. *Inércia da exequente por mais de cinco anos a contar do inadimplemento. Prescrição intercorrente.*

(...)

3. *O regime do art. 40 da Lei 6.830/1980, que exige a suspensão e arquivamento do feito, somente se aplica às hipóteses de prescrição intercorrente nele indicadas, não impedindo a decretação da prescrição intercorrente após o transcurso do prazo de cinco anos do inadimplemento ao programa de parcelamento, com intimação da Fazenda Pública. Precedentes: AgInt no REsp 1.590.122/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20/9/2016; AgRg no REsp 1.290.890/PR, Rel. Ministra Diva Malerbi, Segunda Turma, DJe 1º/6/2016; AgRg no AgRg no AREsp 684.350/MG, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 19/4/2016; AgRg no AREsp 440.170/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/2/2014, DJe 15/4/2014; AgRg no REsp 1.284.357/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 4/9/2012; AgRg nos EDcl no REsp 964.745/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 15/12/2008.*

4. Recurso Especial não provido (STJ, REsp 1.638.961/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 02/02/2017).

Para contextualizar a real controvérsia objeto do precedente citado pelo Ministro *Mauro Campbell Marques* (EREsp 97.328/PR), convém anotar que

o STF, ao julgar o RE 106.217/SP, conferiu a seguinte interpretação ao art. 40 da Lei 6.830/80, compatibilizando-o com a regra geral do art. 174, parágrafo único, do CTN:

Execução fiscal. A interpretação dada, pelo acórdão recorrido, ao art. 40 da Lei 6.830/80, recusando a suspensão da prescrição por tempo indefinido, é a única susceptível de torná-lo compatível com a norma do art. 174, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, a cujas disposições gerais é reconhecida a hierarquia de lei complementar (STF, RE 106.217/SP, Rel. Ministro Octávio Gallotti, Primeira Turma, DJU de 12/09/86).

Contrariamente ao que decidido pelo STF, no supracitado RE 106.217/SP, esta Primeira Seção do STJ, em 12/03/97, ao julgar os EREsp 37.087/SP (Rel. Ministro *Milton Luiz Pereira*, DJU de 09/11/98), proclamou que “a Lei 6.830/80 (arts. 8º, § 2º, e 40), expressamente concede privilégio, estabelecendo a interrupção do prazo prescricional na data do despacho judicial, por si, criando causa interruptiva eficiente”, e também que “não há conflito entre o art. 174 do CTN e o art. 40 da Lei de Execuções Fiscais: enquanto este trata de suspensão, aquele dispõe sobre as causas que interrompem a prescrição”.

Contudo, em julgados posteriores, esta Seção passou a adotar o mesmo entendimento firmado pelo Pretório Excelso, inclusive por ocasião do julgamento dos retromencionados EREsp 97.328/PR, como se verifica a seguir:

Tributário. Execução fiscal. Prescrição.

1 - *O art. 40 da Lei 6.830/80, nos termos em que foi admitido em nosso ordenamento jurídico, não tem prevalência. A sua aplicação há de sofrer os limites impostos pelo art. 174 do Código Tributário Nacional.*

2 - Repugna aos princípios informadores do nosso sistema tributário a prescrição indefinida.

3 - Há de, após o decurso de determinado tempo sem promoção da parte interessada, de se estabilizar o conflito, pela via da prescrição, impondo segurança jurídica aos litigantes.

4 - Os casos de interrupção do prazo prescricional estão previstos no art. 174 do CTN, nele não incluídos os do artigo 40 da Lei 6.830/80.

5 - Há de ser sempre lembrado que o art. 174 do CTN tem natureza de lei complementar.

6 - Embargos de Divergência do Estado de São Paulo que são rejeitados (STJ, EREsp 35.540/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, DJU de 06/04/98).

Tributário e Processual Civil. Execução fiscal. Processo paralisado por mais de cinco anos. Prescrição: reconhecimento. Precedentes do STJ e do STF. Embargos de divergência rejeitados.

I - Se o processo executivo fiscal ficou paralisado por mais de cinco anos, especialmente porque o exeqüente permaneceu silente, deve ser reconhecida a prescrição suscitada pelo devedor. *A regra inserta no art. 40 da Lei 6.830/80 não tem o condão de tornar imprescritível a dívida fiscal, já que não resiste ao confronto com o art. 174, parágrafo único, I, do CTN.*

II - Embargos de divergência rejeitados, “confirmando-se” o acórdão embargado e as decisões proferidas nas instâncias ordinárias (STJ, EREsp 97.328/PR, Rel. Ministro Adhemar Maciel, Primeira Seção, julgamento em 12/08/1998, DJU de 15/05/2000).

Processual Civil. Tributário. Execução Fiscal. Inércia do Exeqüente. Prescrição Intercorrente. Lei 6.830/80 (arts. 8º, § 2º, e 40). CTN, artigo 174. CPC, artigo 219.

1. *As disposições do artigo 40, Lei 6.830/80, devem harmonizar-se com as do artigo 174, CTN, travando a pretensão de tornar imprescritível a dívida fiscal, eternizando situações jurídicas e armazenando autos nos escaninhos das Secretarias das Varas.*

2. A inércia da parte credora na promoção dos atos e procedimentos de impulsão processual, por mais de cinco anos, pode edificar causa suficiente para a prescrição intercorrente.

3. Precedentes jurisprudenciais.

4. Embargos rejeitados (STJ, EREsp 237.079/SP, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Seção, DJU de 30/09/2002).

Como dito antes, a Primeira Turma do STJ, ao julgar o REsp 63.635/SP (Rel. Ministro *Humberto Gomes de Barros*, DJU de 09/10/95), por acórdão não unânime, no item II da respectiva ementa endossou o entendimento – ora adotado pelo Ministro *Mauro Campbell Marques* – de que “a suspensão da prescrição, por efeito do art. 40 da Lei 6.830/80, opera-se independentemente de determinação judicial, suspendendo o processo executivo fiscal. Basta que o devedor não seja encontrado, nem se conheçam bens a serem penhorados. A suspensão é automática”.

No entanto – como já se registrou –, o acórdão referente ao supracitado REsp 63.635/SP constitui precedente único, não unânime, isolado e superado, pois ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ, posteriormente, firmaram o entendimento pela necessidade de ato formal de suspensão da execução fiscal, para os fins do art. 40 da Lei 6.830/80, como ilustram os seguintes precedentes:

Tributário. Agravo regimental. *Mero transcurso do prazo quinquenal após a citação. Prescrição intercorrente. Não cabimento.*

1. *O mero transcurso do prazo quinquenal, após a citação do executado, não é suficiente para deflagrar a prescrição intercorrente. Para que esta seja decretada, faz-se necessário que o processo fique suspenso por um ano, findo o qual se inicia a contagem do prazo prescricional de cinco anos, nos termos do artigo 40, §§ 2º e 4º, da Lei 6.830/80. Inteligência da Súmula 314/STJ.*

2. A decisão agravada, que se limitou a examinar o procedimento pelo qual a prescrição foi decretada, sem adentrar o tema da responsabilidade pela demora na prática dos atos processuais, não ofende a Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no REsp 1.252.690/SE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe de 10/05/2012).

Processual Civil. Tributário. IPTU. Prescrição intercorrente. Inocorrência.

1. *A prescrição intercorrente pressupõe o arquivamento provisório da execução fiscal, após um ano de suspensão, por não ter sido localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, nos termos do art. 40 da LEF.*

2. *Ausentes tais requisitos, não há que se falar em prescrição intercorrente, máxime se efetivada, nesse período, a citação editalícia do devedor a pedido da Fazenda Pública.*

3. Recurso especial provido (STJ, REsp 815.067/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 25/03/2009).

Processual Civil. *Prescrição intercorrente. Necessidade de prévia suspensão do feito por um ano, na forma do art. 40 da Lei 6.830/80. Súmula 314 desta Corte. Necessidade de prévia oitiva do fisco antes da decretação da prescrição intercorrente. Entendimento adotado em sede de recurso repetitivo, na forma do art. 543-C, do CPC.*

1. *O Tribunal de origem entendeu, em síntese, que, diante das inovações introduzidas pela Emenda Constitucional 45/04 e pela Lei Complementar 118/05, não mais seria necessário o respeito ao rito do art. 40 da Lei 6.830/80 para se decretar a prescrição intercorrente, de forma que a celeridade processual, a necessidade de atuação diligente do Procurador da Fazenda e a interrupção da prescrição pelo despacho do juiz que ordena a citação, apontam no sentido de que de prescrição intercorrente tem início assim que a prescrição da ação é interrompida, dispensando, portanto, a prévia suspensão do feito por um ano e seu arquivamento para o início do lapso prescricional intercorrente.*

2. Cumpre registrar que o fundamento do acórdão recorrido que entendeu pela aplicação da Emenda Constitucional 45/04 é de tal forma genérico que não impossibilita o conhecimento do recurso especial por ausência de interposição de recurso extraordinário, o que afasta a aplicação da Súmula 126 desta Corte.

3. O acórdão recorrido contrariou o disposto na Súmula 314/STJ, na qual este Tribunal consolidou o entendimento no sentido de que a prescrição intercorrente somente tem início após a suspensão do processo por um ano, ainda que desnecessária a intimação da Fazenda da decisão que arquiva o feito, na forma do art. 40 da Lei 6.830/80.

4. A Primeira Seção desta Corte, quando do julgamento do REsp 1.102.554/MG, consolidou entendimento no sentido de ser necessária a prévia oitiva da Fazenda Pública antes da decretação *ex officio* da prescrição intercorrente.

5. Recurso especial provido para afastar a prescrição e determinar o regular processamento da execução fiscal (STJ, REsp 1.230.558/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 28/04/2011).

Processual Civil. *Execução fiscal. Inexistência de ordem judicial de suspensão ou de arquivamento. Prescrição intercorrente. Não-ocorrência.*

1. A disposição contida no § 4º do art. 40 da Lei de Execuções Fiscais, acrescentada pela Lei 11.051/2004, possui natureza processual e, por isso, deve ser aplicada inclusive nos feitos em tramitação quando do advento desta última lei, podendo o juiz, de ofício, decretar a prescrição intercorrente, se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional. A prescrição intercorrente pressupõe a prescrição interrompida que recomeçou a correr, bem como o arquivamento provisório da execução fiscal por prazo superior a cinco anos, por inércia da Fazenda Pública.

2. No caso concreto, embora não tenha sido determinada a suspensão do processo, tampouco o arquivamento provisório dos autos, o Juiz da primeira instância, após a manifestação da Fazenda Nacional, decretou de ofício a prescrição intercorrente e extinguiu a execução fiscal. Ao manter a sentença, não obstante a inexistência de ordem judicial de suspensão ou de arquivamento da execução, o Tribunal de origem acabou por contrariar o art. 40 da Lei 6.830/80.

3. Recurso especial provido (STJ, REsp 1.259.811/CE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 09/12/2011).

Processual Civil e Tributário. *Inexistência de violação do art. 535 do CPC. Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Necessidade de prévia suspensão do feito por um ano, na forma do art. 40 da Lei 6.830/80 e da Súmula 314/STJ.*

(...)

2. A prescrição intercorrente somente tem início após a suspensão do processo por um ano, ainda que desnecessária a intimação da Fazenda da decisão que arquiva o feito, na forma do art. 40 da Lei 6.830/80, segundo disposto na Súmula 314/STJ, in verbis: "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente".

3. Recurso especial parcialmente provido (STJ, REsp 1.294.494/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 14/02/2012).

Processual Civil. *Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Não ocorrência. Ausência de suspensão do processo e paralisação por mais de cinco anos imputável à exequente.* Súmula 314/STJ. Inércia da Fazenda Pública não configurada.

1. Cuida-se de Agravo Regimental interposto contra decisão que proveu o Recurso Especial para afastar o reconhecimento da prescrição intercorrente e determinar o prosseguimento da Execução Fiscal.

2. Sustenta a agravante que a decisão monocrática afrontou o disposto no art. 40 da Lei 6.830/1980, aduzindo que a inércia da Fazenda Pública corresponderia à incapacidade de localizar bens no prazo de cinco anos.

3. *Hipótese na qual o Tribunal a quo, ao considerar ocorrida a prescrição intercorrente durante o trâmite da Execução Fiscal, assentou o entendimento de que, uma vez citado o executado, tem início, de plano, o prazo prescricional.*

4. *Em conformidade com o art. 40, § 4º, da LEF, a prescrição intercorrente ocorre se a inércia da exequente provocar a paralisação da marcha processual por mais de cinco anos após decorrido um ano da suspensão do feito.* Súmula 314/STJ. Precedentes do STJ.

5. Não se pode equiparar a falta de efetividade do processo executivo à inércia da Fazenda Pública, sem a qual é incabível a decretação da prescrição intercorrente.

6. Agravo Regimental não provido (STJ, AgRg no REsp 1.274.618/RR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 23/02/2012).

Tributário e Processual Civil. *Prescrição intercorrente. Art. 40, § 4º, da Lei 6.830/80. Ausência de condições para a sua decretação.*

1. Nos termos do art. 40, § 4º, da Lei 6.830/80, configura-se a prescrição intercorrente quando, proposta a execução fiscal e decorrido o prazo de suspensão, o feito permanecer paralisado por mais de cinco anos, contados da data do arquivamento, por culpa da parte exequente. Aplicação da Súmula 314/STJ.

2. *O Tribunal de origem expressamente consignou que o feito não foi suspenso e nem arquivado, procedendo à contagem do prazo prescricional intercorrente em desacordo com o estabelecido pelo art. 40, § 4º, da Lei 6.830/80.*

Agravo regimental improvido (STJ, AgRg no AREsp 151.592/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 20/08/2012).

Processo Civil. Tributário. *Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Violação ao art. 458 do CPC. Inexistência. Suficiência da prestação jurisdicional. Questão decidida. Art. 40 da LEF. Súmula 314/STJ. Inexistência de suspensão ou arquivamento da execução fiscal.*

1. Inexiste violação ao art. 458 do CPC se o acórdão recorrido apresenta a estrutura exigida pela legislação processual.

2. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide, embora sem aludir ao dispositivo de lei aplicável à questão jurídica.

3. *Nos termos da Súmula 314/STJ, somente a suspensão da execução fiscal pela inexistência de citação ou de localização de bens penhoráveis com o posterior arquivamento provisório do feito implica no curso do prazo de prescrição intercorrente previsto no art. 40 da LEF.*

4. Recurso especial provido com inversão da sucumbência, nos termos da Súmula 168/TFR (STJ, REsp 1.320.505/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 29/10/2012).

Tributário. Processual Civil. Embargos de declaração no recurso especial. Recebimento como agravo regimental. Princípio da fungibilidade do recurso. *Prescrição intercorrente. Inocorrência. Necessidade de prévia suspensão do feito por um ano, na forma do art. 40 da Lei 6.830.80 e da Súmula 314/STJ.* Agravo não provido.

1. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental, dado o seu caráter manifestamente infringente, em observância aos princípios da fungibilidade recursal. Precedentes do STJ.

2. *“Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente” (Súmula 314/STJ).*

3. Agravo regimental não provido (STJ, EDcl no REsp 1.321.605/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe de 04/02/2013).

A propósito da suspensão da execução fiscal, especificamente nas duas hipóteses fáticas previstas no art. 40, *caput*, da Lei 6.830/80, são plenamente aplicáveis – em se tratando de execução fiscal cujo despacho ordenador da citação interrompa a prescrição – as seguintes disposições da Portaria PGFN 396/2016, disponível na Internet, que regulamenta, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), o Regime Diferenciado de Cobrança de Créditos (RDCC):

Art. 20. *Serão suspensas, nos termos do art. 40, caput, da Lei 6.830, de 1980, as execuções fiscais cujo valor consolidado seja igual ou inferior a um milhão de reais, desde que não conste nos autos informações de bens e direitos úteis à satisfação, integral ou parcial, do crédito executado.*

§ 1º. Entende-se por bem ou direito inútil aquele de difícil alienação, sem valor comercial ou de valor irrisório.

§ 2º. O Procurador da Fazenda Nacional não requererá a suspensão de que trata o *caput* enquanto pendente causa de suspensão da exigibilidade do crédito, julgamento de exceção de pré-executividade, embargos ou outra ação ou recurso que infirme a certeza e liquidez do crédito e obste o prosseguimento, ainda que provisório, da cobrança judicial.

§ 3º. O disposto neste artigo não se aplica às execuções movidas contra pessoas jurídicas de direito público, às execuções movidas para cobrança da Dívida Ativa do FGTS, bem como às execuções nas quais constem, nos autos, informações de falência ou recuperação judicial da pessoa jurídica devedora.

Art. 21. *A suspensão de que trata o art. 20 independe da efetiva citação do(s) réu(s) na execução fiscal, desde que tenha ocorrido, cumulativamente, a interrupção da prescrição pelo despacho inicial de citação e a tentativa frustrada, ainda que por carta com aviso de recebimento, de citação do(s) devedor(es) indicado(s) na petição inicial.*

Parágrafo único. No caso de deferimento de redirecionamento a devedor não constante na Certidão da Dívida Ativa, a suspensão da execução fiscal deve ser precedida de determinação para inclusão do nome do corresponsável nos sistemas da Dívida Ativa.

Art. 22. *Requerida a suspensão da execução fiscal, nos termos do art. 40, caput, da Lei 6.830, de 1980, o Procurador da Fazenda Nacional determinará o registro da informação no módulo de controle da prescrição intercorrente do SAJ, com anotação da data do pedido de suspensão, independentemente de intimação do despacho que deferiu o pedido.*

Parágrafo único. *Em caso de suspensão da execução fiscal sem requerimento prévio do Procurador da Fazenda Nacional e não sendo caso de prosseguimento da cobrança, a determinação para registro no módulo de controle da prescrição intercorrente do SAJ deverá considerar a data da ciência do despacho de suspensão.*

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – pelo Parecer Público PGFN/CGD 609/2016, em atenção a consulta formulada pela Diretoria de Gestão da Dívida Ativa da União, acerca da possibilidade jurídica de edição de ato normativo que institui, no âmbito da PGFN, o Regime Diferenciado de Cobrança de Créditos (RDCC) e autoriza, com fundamento no art. 40 da Lei 6.830/80, a suspensão do curso das execuções fiscais de valor consolidado até 1 (um) milhão de reais, desde que não constem dos autos informações de bens e direitos úteis à satisfação, parcial ou total, do crédito fiscal – assim justificou a legalidade, juridicidade e conformidade com o ordenamento jurídico das supracitadas disposições da Portaria PGFN 396/2016:

11. Retornando ao art. 40, *caput*, da LEF, vê-se que ele descreve 02 (dois) suportes fáticos alternativos, porque ligados entre si pela conjunção coordenativa

alternativa “ou”, quais sejam: não for localizado o devedor “ou” não forem encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora. Assim, ocorrido um desses fatos (ou os dois), operam-se os efeitos jurídicos descritos no referido artigo de lei, inclusive, aqueles prescritos nos parágrafos subsequentes, com a sucessiva ocorrência dos suportes fáticos neles descritos, quais sejam, (1) a suspensão do curso da execução por 1 (um) ano (§ 2º) e (2) ato contínuo, com o fim do prazo de suspensão, o início do curso do prazo de prescrição intercorrente de 5 (cinco) anos (§ 4º), que somente será suspenso ou interrompido caso ocorra um fato jurídico apto a essa suspensão ou interrupção, como, por exemplo, a efetiva localização e citação do devedor, a efetiva localização e penhora de bens aptos a garantir a execução fiscal, um parcelamento etc.

12. Veja-se que, no que se refere aos ‘bens sobre os quais possa recair a penhora’, deve-se entender a existência de bens úteis do ponto de vista econômico, isto é, que realmente possam propiciar a recuperação, ainda que parcial, do crédito público ajuizado, não podendo a relação custo-benefício da cobrança judicial ser deficitária ao Erário, sob pena de ofensa ao ordenamento jurídico, notadamente, os princípios constitucionais da eficiência administrativa (Art. 37, *caput*, da CF/88) e da economicidade (art. 70 da CF/88), pois a Administração Tributária, na cobrança do seu crédito, deve observar, sempre, uma relação de custo-benefício e ser eficiente e agir de acordo com a economicidade, sendo certo que a sua cobrança não pode custar mais ao Erário do que o benefício econômico a ser auferido, ao final.

13. A suspensão a que alude o art. 40 da LEF, por certo, não é sem propósito, pois visa justamente que sejam realizadas as diligências consideradas úteis e necessárias à localização e citação do devedor e/ou encontrar bens sobre os quais possa recair a penhora (inclusive, outras diligências julgadas necessárias ao normal prosseguimento da execução), bem assim produzir os demais efeitos jurídicos previstos no sobredito texto de lei.

14. Sempre que o Juiz suspender o curso da execução, de ofício, será aberta vista dos autos ao representante da Fazenda Pública (§ 1º), mas quando o pedido de suspensão for feito pela Fazenda Pública, desnecessária essa comunicação, para fluência dos prazos previstos nos parágrafos do artigo (jurisprudência do STJ), que dar-se-ão automática e continuamente. Assim, decorrido o prazo de 1 (um) ano, inicia-se automaticamente o prazo de 5 (cinco) anos da prescrição intercorrente. Este prazo, como se disse, somente será suspenso ou interrompido pela efetiva citação do devedor, efetiva localização de bens e realização da penhora, por um parcelamento, ou outro fato legal idôneo à produção desses efeitos. Caso não suspenso ou interrompido, operada a prescrição intercorrente, extinto estará o crédito público objeto da execução fiscal, a teor do art. 156, V, do CTN.

15. Em consonância com o *supra* exposto, e em reforço do entendimento ora esposado, traz-se à colação jurisprudência reiterada e pacífica do Superior

Tribunal de Justiça, em face da qual esta PGFN não mais contesta nem recorre das decisões judiciais que fixam o seguinte entendimento, consoante disposto no Parecer PGFN/CRJ n. 202/2011, da lavra do Procurador Cláudio Xavier Seefeldter Filho, que fundamentou a edição do Ato Declaratório 01/2011, a saber:

1. Hipótese em que solicitada a suspensão da execução fiscal pela própria PGFN, nos termos do art. 40 da LEF, não há necessidade de intimação da suspensão do processo e de eventual despacho de arquivamento (§ 2º do art. 40);

2. Hipótese em que a PGFN é intimada da suspensão do executivo fiscal, nos termos do art. 40 da LEF, mas não do seu arquivamento, exarado ou não esse despacho nos autos, o prazo da prescrição intercorrente transcorre automaticamente, a teor da Súmula 314 do STJ;

3. Falta de interesse recursal da Fazenda Nacional quando reconhecida a prescrição, sem a prévia intimação da Fazenda Pública (§ 4º do art. 40 da LEF), na hipótese de ausência de efetivo prejuízo decorrente do ato judicial impugnado (ausência das causas suspensivas e interruptivas da prescrição).

16. Extrai-se do acima exposto que, ou a Fazenda Pública solicita a suspensão do art. 40 ou o juiz a decreta de ofício. Solicitada a suspensão pela Fazenda Pública, não há necessidade de intimação da suspensão nem do despacho de arquivamento. Decretada de ofício a suspensão do curso da execução fiscal, necessário se faz que a Fazenda Pública seja comunicada da suspensão que não requereu (vista dos autos ou outro meio idôneo à ciência da Fazenda Pública, como, por exemplo, a intimação da decisão de suspensão). Em ambas as hipóteses, isto é, tendo sido solicitada a suspensão pela Fazenda Pública ou tendo sido esta decretada de ofício pelo juiz e devidamente comunicada à Fazenda Pública respectiva, correm imediata e automaticamente os prazos de um e cinco anos, respectivamente, previstos nos parágrafos do art. 40 da LEF. Reconhecida a prescrição intercorrente pelo juiz da execução fiscal sem a prévia intimação da Fazenda Pública (§ 4º do art. 40 da LEF), ainda assim faltará a esta última interesse recursal, se ausentes causas suspensivas e/ou interruptivas da prescrição.

17. Consoante a literalidade do disposto no art. 40 da LEF, *todas as execuções fiscais ajuizadas, independentemente da limitação a 1 (um) milhão de reais, isto é, mesmo as execuções fiscais em curso de valor superior ao 1 (um) milhão de reais, seguirão o rito do sobredito art. 40, para efeito de suspensão do seu curso, sendo necessário e suficiente para a produção de sua eficácia jurídica que ocorra pelo menos um dos suportes fáticos ali descritos, já que são alternativos, ou seja, que (a) não seja localizado o devedor (ou) que (b) não sejam encontrados bens úteis a garantir a execução, sobre os quais possa recair a penhora. Estando presente um desses requisitos fáticos (ou os dois), nada impede (pelo contrário, recomenda) que a Fazenda Pública requeira a suspensão da execução fiscal para que, no período de suspensão de 1 (um) ano ou mesmo no curso dos 5 (cinco) anos seguintes da*

prescrição intercorrente, diligencie no sentido de (1) localização do devedor e/ou corresponsáveis ou (2) localização de bens sobre os quais possa recair a penhora, bem assim outras diligências julgadas necessárias e apropriadas a viabilizar o sucesso da execução fiscal, ao final, nos termos anteriormente expostos.

18. Portanto, dúvida quanto aos comandos expressos no art. 40, *caput*, da LEF não há, no sentido da suspensão do curso das execuções fiscais, quando não encontrado o devedor ou bens aptos a garantir a execução, via penhora.

19. Entretanto, ao que tudo indica, e consoante ressaltado pelo Dr. Daniel de Saboya Xavier, Coordenador-Geral da CGD, em mensagem eletrônica de 11 de março último, *“Ao longo do tempo, contudo, cresceu na PGFN uma cultura - talvez induzida pela falta de clareza em algumas orientações - de somente se requerer a suspensão da execução após esgotadas as diligências em relação ao(s) devedor(es). O efeito prático não poderia ser outro: milhares de execuções indo e vindo sem qualquer perspectiva de satisfação do crédito”. Alia-se a esse entendimento, muito provavelmente, a adoção de uma política extremamente cautelosa pela Fazenda Nacional de gestão de sua dívida ativa, certamente, influenciada pelos meios até então disponíveis de gerenciamento do estoque e gestão da qualidade do seu crédito, no sentido de não requerer a dita suspensão ou só o fazer depois de esgotadas inúmeras diligências, sendo certo que, em diversas situações, a própria Fazenda Nacional voltava-se contra eventuais suspensões determinadas de ofício pelo Juiz.*

20. *Acontece que a política de gestão da dívida ativa da Fazenda Nacional anteriormente adotada mostrou-se inadequada e ineficiente, na medida em que não produz os resultados práticos almejados e ainda provoca um acúmulo de execuções fiscais ajuizadas sabidamente incobráveis, justamente, porque ou não se localizou o devedor ou bens aptos à penhora, não obstante as inúmeras diligências realizadas, e, apesar disso, continuam em curso no Poder Judiciário os processos judiciais atinentes a tais execuções, sem que tenham sido suspensos, conforme recomendação expressa do referido art. 40 da LEF.*

21. Este procedimento, por certo, abarrotava o Poder Judiciário com um incontável número de execuções fiscais incobráveis (inexistência de bens aptos a garantir a execução, por exemplo) e absorve precioso tempo e força de trabalho dos Procuradores da Fazenda na condução de tais processos e na tentativa, no mais das vezes, em vão de continuar a cobrar tais créditos, impedindo-os de dirigir seus esforços para a cobrança daqueles créditos tributários com perspectiva de recebimento, ao final do processo.

22. *Urge, portanto, alterar essa política de gestão e cobrança da dívida ativa da Fazenda Nacional, e é nesse quadro que exsurge o projeto de Novo Modelo de Cobrança da Dívida Ativa da União e minuta de Portaria ora examinada, que institui o Regime Diferenciado de Cobrança de Créditos, notadamente, quando os comandos que dimanam do art. 40 da LEF são claros, expressos e se aplicam a toda e qualquer execução fiscal ajuizada e não apenas àquelas de valores inferiores ou iguais a 1 (um) milhão de reais.*

23. Desse modo, caso existam (e devem existir inúmeras) execuções ajuizadas e em curso, que já se sabe não constar dos autos garantia útil à satisfação, ou parcial, do crédito executado, nada impede, mas recomenda, que a Fazenda Nacional requeira a suspensão do seu curso, na forma recomendada pelo art. 40, *caput*, da LEF.

Com efeito, o art. 40, *caput*, da Lei 6.830/80 estabelece que “o Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição”.

Todavia – desde que tenha havido interrupção da prescrição ordinária para o ajuizamento da execução fiscal (e quando se trata de cobrança judicial de crédito tributário, essa forma de interrupção vai depender da aplicabilidade, ou não, sob a perspectiva de direito intertemporal, do disposto na Lei Complementar 118/2005, que alterou o inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN) –, para o recomeço do prazo de prescrição, na modalidade intercorrente, o art. 40 da Lei 6.830/80 pressupõe o decurso do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão da execução, prazo que, por sua vez, exige um pronunciamento judicial que determine essa suspensão (“O Juiz suspenderá o curso da execução...”), tão logo se verifique um dos suportes fáticos (ou os dois) ali previstos (“não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora”).

Nesse sentido o seguinte precedente, cuja orientação foi seguida por recentes precedentes do STJ, anteriormente invocados no presente voto:

Processual Civil. Execução fiscal. Desaparecimento do devedor e do bem penhorado. *Suspensão do processo executivo por parte do juiz: necessidade, para só aí conceder vista ao representante da Fazenda Pública.* Recurso provido.

I - A não-localização do devedor ou dos bens sobre os quais possa recair ou tenha recaído a penhora conduz à suspensão do processo executivo fiscal, a qual deve ser determinada ex officio pelo juiz da execução. Só após a suspensão do processo, é que o juiz dará vista dos autos ao representante da Fazenda Pública, comunicando-lhe o ocorrido.

II - Recurso Especial conhecido e provido (STJ, REsp 149.197/AL, Rel. Ministro Adhemar Maciel, Segunda Turma, DJU de 17/11/97, RSTJ 104/229).

A suspensão do curso da execução, a que alude o art. 40 da Lei 6.830/80, por certo, não é sem propósito, pois visa justamente possibilitar que a Fazenda Pública promova as diligências consideradas úteis e necessárias para localizar o devedor e/ou encontrar bens sobre os quais possa recair a penhora, bem

assim produzir os demais efeitos jurídicos previstos no referido dispositivo legal, inclusive permitir a fluência dos dois prazos ali previstos (primeiramente, do prazo máximo de um ano de suspensão, e, ato contínuo, ou seja, de forma automática, do prazo de prescrição).

De fato, a regra do art. 40, *caput* e § 4º, da Lei 6.830/80 posterga o termo *a quo* do prazo de prescrição intercorrente para depois de findo o prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão do curso da execução.

Essa é a atual orientação desta Corte, consolidada na Súmula 314/STJ, *in verbis*: “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”.

Conforme demonstrado, a Súmula 314/STJ não dispensa o despacho de suspensão da execução, pelo prazo máximo de um ano, ao fim do qual considerasse ocorrido, automaticamente, o arquivamento provisório da execução, termo inicial da prescrição intercorrente.

Dos onze precedentes que deram origem a esse verbete sumular, três deles nada mencionaram sobre a suspensão do curso da execução (EREsp 97.328/PR, Rel. Ministro *Adhemar Maciel*, *Primeira Seção*, DJU de 15/05/2000; REsp 125.504/PR, Rel. Ministro *João Otávio de Noronha*, *Segunda Turma*, DJU de 12/05/2003; REsp 766.873/MG, Rel. Ministro *Teori Albino Zavascki*, *Primeira Turma*, DJU de 26/09/2005). Os oito demais julgados que originaram referida Súmula fizeram expressa referência, no inteiro teor dos respectivos acórdãos, à suspensão da execução fiscal, sem qualificá-la, contudo, como automática (AgRg no Ag 621.340/MG, Rel. Ministro *Franciulli Netto*, *Segunda Turma*, DJU de 30/05/2005; AgRg no REsp 418.162/RO, Rel. Ministro *Luiz Fux*, *Primeira Turma*, DJU de 11/11/2002; AgRg no REsp 439.560/RO, Rel. Ministro *Paulo Medina*, *Primeira Turma*, DJU de 14/04/2003; EREsp 237.079/SP, Rel. Ministro *Milton Luiz Pereira*, *Primeira Seção*, DJU de 30/09/2002; REsp 255.118/RS, Rel. Ministro *Garcia Vieira*, DJU de 14/08/2000; REsp 489.182/RO, Rel. Ministro *Francisco Peçanha Martins*, DJU de 26/09/2005; REsp 621.257/PE, Rel. Ministra *Eliana Calmon*, *Segunda Turma*, DJU de 11/10/2004; REsp 705.068/PR, Rel. Ministro *José Delgado*, *Primeira Turma*, DJU de 23/05/2005).

A prática forense revela-nos que, em vários casos, embora não localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, o juiz não determina a suspensão do curso da execução fiscal. Na condução do processo,

manifesta-se à medida dos requerimentos da Fazenda Pública, deferindo diligências inúteis, sem suspender a execução. Nesses casos, ao descumprir o procedimento do art. 40 da LEF, impede a fluência dos dois prazos previstos no citado dispositivo legal (primeiramente, do prazo máximo de um ano de suspensão e, ato contínuo, ou seja, de forma automática, do prazo de prescrição).

O art. 40 da Lei 6.830/80 não preconiza, *de forma precisa, o momento para a prática do ato judicial de suspensão*, mas entendo necessária a suspensão do curso da execução – repito – tão logo se verifique um dos suportes fáticos (ou os dois) ali previstos (“não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora”).

O Ministro *Mauro Campbell Marques*, em sua proposta para fixação da primeira tese, defende que o prazo de suspensão de 1 (um) ano tenha início *automaticamente* na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, ou seja, entende ele dispensável o ato judicial de suspensão da execução.

No entanto, entendo que *o art. 40 da Lei 6.830/80 estabelece um procedimento a ser observado pelo juiz, que deverá suspender o curso da execução*, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, a fim de permitir a fluência dos dois prazos previstos no citado dispositivo legal (primeiramente, do prazo máximo de um ano de suspensão e, ato contínuo, ou seja, de forma automática, do prazo de prescrição). Esse período – no caso em apreço, de seis anos (por ser quinquenal o prazo de prescrição) – permitirá que a Fazenda “diligencie no sentido de (1) localização do devedor e/ou corresponsáveis ou (2) localização de bens sobre os quais possa recair a penhora, bem assim outras diligências julgadas necessárias e apropriadas a viabilizar o sucesso da execução fiscal, ao final”, como destaca o Parecer PGFN/CGD 609/2016, transcrito retro.

Com efeito, o art. 40, *caput*, da Lei 6.830/80 não dispõe que “*suspende-se o processo (...)*”, mas que “*o juiz suspenderá o curso da execução*, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição”.

Não se pode retirar do Juiz da execução o poder-dever de dirigir o processo. Na suspensão automática, o magistrado *sequer teria conhecimento* de que se mostrou desprovida de êxito a tentativa de citação ou de localização de bens do executado. O feito voltaria para o cartório e *repousaria incólume no escaninho*, até

posterior impulso do exequente, se fosse o caso. Seria autorizar uma espécie de automatização indesejável do processo de execução fiscal, à revelia da disposição do *caput* do art. 40 da Lei 6.830/80, que restaria violado.

A observância desse comando legal não torna o juiz senhor do início do prazo prescricional, notadamente se fixadas as teses ora propostas. Não me parece ser esse o enfoque da LEF, que apenas lhe confere o poder, que se mostra *inerente ao exercício da atividade jurisdicional*, de bem proceder à condução do processo.

Considero essa a interpretação que se apresenta consentânea com a lei (art. 40, *caput*, da Lei 6.830/80), e, por conseguinte, com a orientação desta Corte, consolidada no enunciado da Súmula 314/STJ.

É certo, outrossim, que encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos, para prosseguimento da execução, nos termos do § 3º do art. 40 da LEF. De fato, a suspensão ou o arquivamento não podem ensejar impedimentos para que a Fazenda Pública exequente pratique os atos necessários à satisfação do seu crédito.

Com respeitosa vênua, entendo que não seria conveniente adotar-se, sem qualquer ressalva – como consta do voto do eminente Relator –, notadamente em sede de recurso repetitivo, a conclusão, em última análise, de que dispensável ato judicial determinando a suspensão do processo, sob pena de tornar-se letra morta a disposição do art. 40, *caput*, da Lei 6.830/80, que, aliás, foi observada, no caso concreto em julgamento.

Nesse contexto, seguindo a numeração constante da ementa proposta pelo Relator, Ministro *Mauro Campbell Marques*, entendo que a primeira tese deve ser assim fixada:

4.1.a) O termo *a quo* do prazo de 1 (um) ano de suspensão da execução fiscal é a data da ciência da Fazenda Pública acerca do ato do juiz que suspender o processo, nos termos do art. 40, *caput*, da Lei 6.830/80, não sendo necessária a intimação da exequente acerca da suspensão por ela mesma requerida, hipótese em que o termo *a quo* do referido prazo corresponde à data de protocolo do requerimento de suspensão.

4.1.b) Em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa, de natureza tributária, cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes do início da vigência da Lei Complementar 118/2005, o prazo da prescrição inicial, no período da redação original do inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN, interrompia-se pela citação válida do devedor (por carta, por oficial

de justiça ou por edital). Nessa hipótese, depois da citação válida, ainda que editalícia, logo após a primeira tentativa infrutífera de localização do devedor ou de bens penhoráveis, o Juiz suspenderá o curso da execução.

4.1.c) Em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa não tributária, por força do que dispõe o § 2º do art. 8º da Lei 6.830/80, assim como em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa, de natureza tributária, cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar 118/2005, que conferiu nova redação ao inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN, a interrupção da prescrição inicial opera-se com o despacho de citação. Nessas hipóteses, logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz suspenderá a execução.

Adiante, o eminente Relator apresenta as seguintes teses:

4.2) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não decisão judicial nesse sentido, *findo o prazo de 1 (um) ano, inicia-se automaticamente o prazo prescricional de 5 (cinco) anos* durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 – LEF, findo o qual restará prescrita a execução fiscal;

4.3) A efetiva *construção patrimonial* é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, *não bastando para tal o mero peticionamento em juízo*, requerendo a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. *Os requerimentos feitos pelo exequente dentro do prazo de 6 (seis) anos deverão ser processados ainda que para além do aludido prazo pois, encontrados e penhorados os bens a qualquer tempo – mesmo depois do prazo de 6 (seis) anos, interrompe-se a prescrição intercorrente retroativamente na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera.*

O enunciado 4.2 busca responder a questionamentos sobre: a) o cabimento dos pedidos efetuados pela Fazenda Pública, no sentido de que a execução fiscal seja suspensa por 30, 60, 90 ou 120 dias, como costumeiramente tem sido feito em processos de tal natureza; b) a necessidade de decisão expressa ou de intimação da Fazenda Pública a respeito do término do prazo de suspensão e início do prazo prescricional.

Nessa linha também se apresenta o enunciado 4.3.

Conforme exposto, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a execução será suspensa pelo prazo máximo de 1 (um) ano, e, ao final desse prazo, será iniciado, de forma automática, o prazo prescricional, com o arquivamento dos autos, sem baixa na distribuição. Este posicionamento está

consolidado na Súmula 314 do STJ, além de ser objeto de vários precedentes desta Corte:

Processual Civil. Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. Tributário. Execução fiscal. Prescrição. Ausência de comprovação de eventual culpa do Poder Judiciário. Inexistência de afronta ao art. 40 da Lei 6.830/80.

1. É certo que, nos termos da Súmula 106/STJ, “proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”. Contudo, no caso, depreende-se dos autos que não há nenhum elemento que comprove a inércia do Poder Judiciário, no que se refere à ausência de citação.

Ressalte-se que a via eleita não admite a dilação probatória.

2. Nos termos da Súmula 314/STJ, “em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”. *A orientação das Turmas que integram a Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que o prazo da prescrição intercorrente se inicia após um ano da suspensão da execução fiscal quando não localizados bens penhoráveis do devedor, conforme dispõe a Súmula 314/STJ, de modo que o arquivamento do feito se opera de forma automática após o transcurso de um ano.*

3. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg nos EDcl no RMS 44.372/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 19/05/2014).

Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Execução fiscal. Falência. Suspensão. Dispositivos tidos por violados, afastados na origem, com enfoque constitucional. Impossibilidade de revisão do acórdão recorrido no ponto. Falta de impugnação de fundamento suficiente. Súmula 283/STF.

1. Depreende-se do acórdão recorrido que o art. 47 do Decreto-Lei 7.661/45 foi afastado em razão do disposto no art. 146, III, ‘b’, da CF/88. Fundando-se o acórdão recorrido em interpretação de matéria constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto o recurso especial é destinado unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional.

2. A Corte *a quo* consignou que os autos permaneceram paralisados desde 29/11/2000, quando arquivados, até 09/06/2009, momento em que o exequente voltou a peticionar, depois de instado pelo juízo *a quo* para se manifestar quanto ao disposto no art. 40, § 4º, da LEF.

Referido fundamento não foi impugnado nas razões do recurso especial, atraindo, assim, a incidência da Súmula 283/STJ no que tange à análise das implicações da falência da empresa na hipótese.

3. *É cediço nesta Corte que o arquivamento da execução fiscal é decorrência lógica da suspensão do feito por um ano e se opera automaticamente, na forma da Súmula 314/STJ: “em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”.*

4. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no REsp 1.255.907/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 23/02/2012).

Nesse contexto, ao tratar dos obstáculos ao curso do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão e ao curso do prazo de prescrição intercorrente, as teses 4.2 e 4.3, propostas pelo Ministro *Mauro Campbell Marques*, se complementam.

Com efeito, se o simples peticionamento efetuado pela Fazenda Pública, requerendo a constrição de bens, fosse suficiente para interromper a contagem do prazo máximo de um ano de suspensão da execução ou do prazo de prescrição intercorrente, conceder-se-ia uma posição por demais privilegiada à exequente, uma vez que, valendo-se dessa prerrogativa, poderia postergar o término do processo ao seu talante.

De outra parte, na forma proposta pelo Relator, se o exequente peticionar pela constrição patrimonial dentro do prazo de 6 (seis) anos – 1 (um) ano de suspensão seguido automaticamente de 5 (cinco) anos (se este for o prazo de prescrição aplicável) –, e obtiver êxito, ainda que a localização de bens e consequente penhora ocorram após o término do interregno de 6 (seis) anos, ter-se-á a prescrição por interrompida, retroativamente, ao tempo em que efetuado o pedido. É que a Fazenda Pública, tendo se manifestado tempestivamente, não pode ser prejudicada por eventual demora, desde que comprovadamente atribuída ao Poder Judiciário.

Utiliza-se o eminente Ministro Relator, nesse ponto, de forma correta e analógica, da previsão contida na Súmula 106/STJ, *in verbis*: “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”.

Nesse contexto, concordo com os fundamentos da segunda e terceiras teses (4.2 e 4.3) propostas pelo eminente Relator, mas apresento alguns ajustes, para compatibilizá-las à proposta por mim apresentada à primeira tese.

Na minha proposta, no tocante à segunda tese, suprimi a oração “Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não decisão judicial nesse sentido”, eis que incompatível com o posicionamento, que aqui defendo,

no sentido da indispensabilidade da determinação judicial de suspensão da execução. Eliminei, ainda, a locução “de 5 (cinco) anos”, porque o prazo de duração da prescrição intercorrente depende da natureza da dívida ativa (embora a dívida ativa tributária tenha prazo quinquenal, há dívidas não tributárias, que são objeto de execução fiscal, com prazos prescricionais diversos, consoante os seguintes precedentes: REsp 1.117.903/RS, Rel. Ministro *Luiz Fux, Primeira Seção*, DJe de 01/02/2010; REsp 1.373.292/PE, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques, Primeira Seção*, DJe de 04/08/2015). No mais, quanto à segunda tese, incorporei a redação do texto legal, ficando assim proposta a redação dessa tese: “4.2) *Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão do processo, inicia-se automaticamente o prazo de prescrição, durante o qual o processo deveria estar arquivado, sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei 6.830/80 – LEF, findo o qual o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato*”.

Quanto à terceira tese, considerando que o prazo de duração da prescrição intercorrente depende da natureza da dívida ativa, assim proponho a redação dessa tese: “4.3) *A efetiva constrição patrimonial é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável, deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, encontrados e penhorados os bens, a qualquer tempo – mesmo depois de escoados os referidos prazos –, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera*”.

Por fim, assevera o Ministro *Mauro Campbell Marques*, em seu último enunciado:

4.4) *A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a do termo inicial - 4.1, onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.*

Não tenho qualquer ressalva quanto aos fundamentos da quarta tese apresentada.

Com efeito, ao final do período de 6 (seis) anos – 1 (um) ano de suspensão seguido automaticamente de 5 (cinco) anos (se este for o prazo de prescrição aplicável), tenha ou não sido intimada anteriormente, salvo acerca do despacho de suspensão *ex officio* do curso da execução, em razão da não localização do devedor ou de bens penhoráveis, que é condição para o início do prazo, e cuja ausência enseja a presunção de prejuízo –, a Fazenda Pública será cientificada do decurso do prazo prescricional, podendo neste momento, ainda que em sede recursal, apontar causas de interrupção ou suspensão da prescrição.

Eventual omissão no que tange às intimações – exceto, repita-se, quanto à ciência acerca do despacho de suspensão *ex officio* do curso da execução, em virtude da não localização do devedor ou de bens penhoráveis – não implicará em automático reconhecimento de nulidade processual, devendo a exequente, no contexto do princípio da instrumentalidade das formas, demonstrar o prejuízo sofrido, como, exemplificativamente, a existência de causa suspensiva ou interruptiva do prazo prescricional, na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido:

Processual Civil. Execução fiscal. Pedido de suspensão feito pela exequente. Prescrição intercorrente. Ausência de causas suspensivas ou interruptivas da prescrição. Reconhecimento sem prévia oitiva da Fazenda Pública. Possibilidade. 'Pas de nullité sans grief'.

1. A novel Lei 11.051, de 30 de dezembro de 2004, que acrescentou ao art. 40 da Lei de Execuções Fiscais o § 4º, possibilitou ao juiz da execução decretar de ofício da prescrição intercorrente, desde que previamente ouvida a Fazenda Pública para que possa suscitar eventuais causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional.

2. A intimação da Fazenda Pública da suspensão da execução por ela solicitada revela-se, como evidente, desnecessária, bem como do ato de arquivamento, o qual decorre do transcurso do prazo de um ano de suspensão e é automático, conforme dispõe a Súmula 314 desta Corte: "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente".

3. O sistema processual é informado pelo princípio da instrumentalidade das formas, por isso que somente a nulidade que sacrifica os fins de justiça do processo deve ser declarada ('pas de nullité sans grief'). Precedentes: REsp 1.157.788/MG, Min. **Benedito Gonçalves**, DJe 11/05/2010; AgRg no REsp 1.157.760/MT, Min. **Herman Benjamin**, DJe 04/03/2010, REsp 1.129.574/MG, Min. **Castro Meira**, DJe 29/04/2010, REsp 983.155/SC, Min. **Eliana Calmon**, DJe 01/09/2008.

4. 'In casu', a exequente não informou ao juízo se havia real possibilidade de prosseguir a execução durante os mais de 7 (sete) anos após seu pedido de suspensão da execução, diante da inexistência de bens penhoráveis.

5. O conflito caracterizador da lide deve estabilizar-se após o decurso de determinado tempo sem movimentação, pela parte interessada, pela via da prescrição, impondo segurança jurídica aos litigantes, uma vez que a prescrição indefinida afronta os princípios informadores do sistema tributário.

6. Paralisado o processo por mais de 5 (cinco) anos impõe-se o reconhecimento da prescrição.

7. Recurso especial desprovido (STJ, REsp 1.190.292/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 18/08/2010).

Processual Civil. Violação ao art. 535 do CPC. Inexistência. *Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Art. 40, § 4º, da Lei 6.830/80. Ausência de intimação prévia da Fazenda Pública. Ausência de prejuízo. Nulidade suprida. Princípios da celeridade processual, instrumentalidade das formas e pas des nullités sans grief. Precedentes.*

1. Não havendo no acórdão omissão, contradição ou obscuridade capaz de ensejar o acolhimento da medida integrativa, tal não é servil para forçar a reforma do julgado nesta instância extraordinária.

2. *Conforme asseverado pelo Tribunal de origem, muito embora o juízo de primeiro grau não tenha intimado previamente a exeqüente, não houve qualquer prejuízo para a Fazenda Pública na hipótese. Dessa forma, em não havendo prejuízo demonstrado pela Fazenda Pública, não há que se falar em nulidade da sentença, e nem, ainda, em cerceamento de defesa, o que se faz em homenagem aos princípios da celeridade processual, instrumentalidade das formas e pas des nullités sans grief. Precedentes.*

3. Recurso especial não provido (STJ, REsp 1.217.291/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 03/02/2011).

Tributário. Processual Civil. *Prescrição intercorrente. Decretação. Intimação da decisão que determinou a suspensão a pedido do órgão público e arquivamento da execução. Desnecessidade. Oitiva da Fazenda Pública antes da decretação da prescrição intercorrente. Ausência de demonstração de prejuízo nas razões da apelação.*

1. *Esta Egrégia Corte tem decidido que são prescindíveis as intimações da Fazenda Pública das decisões que suspendem ou determinam o arquivamento do feito executório, a pedido do próprio órgão público. Precedentes.*

2. *A ausência de intimação da Fazenda, para seu pronunciamento, antes de decretar-se a prescrição intercorrente, tem sido reconhecida nos casos em que o órgão público demonstra o efetivo prejuízo nas razões do recurso de apelação, o que não ocorreu no caso em debate (pas de nullité sans grief).*

3. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no AREsp 10.703/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe de 02/12/2011).

Conclusão

Em relação à primeira tese, diferentemente do entendimento proposto pelo Ministro *Mauro Campbell Marques*, considero indispensável a determinação judicial de suspensão do curso da execução fiscal. De outro lado, embora concorde com o Ministro *Herman Benjamin*, no sentido de que a suspensão da execução demanda ato judicial, entendo não ser razoável adotar, como critério para a constatação da denominada “suspensão-crise” da execução, para os fins do art. 40 da Lei 6.830/80, a medida de determinação judicial de indisponibilidade de bens, prevista no art. 185-A do CTN, incluído pela Lei Complementar 118/2005, bem como a impossibilidade do redirecionamento do feito executivo.

No tocante à segunda tese, apresento apenas alguns ajustes na sua redação, para compatibilizá-la à proposta por mim apresentada à primeira tese.

Quanto à terceira tese, também apresento simples ajustes na sua redação, porque o prazo de duração da prescrição intercorrente depende da natureza da dívida ativa.

Na quarta tese, com a qual igualmente concordo, apenas sugiro acrescentar expressa referência ao art. 278 do CPC/2015, que corresponde ao art. 245 do CPC/73.

Portanto, para os fins do art. 1.040 do CPC/2015, proponho as alterações a seguir, nas teses propostas pelo Relator, Ministro *Mauro Campbell Marques*, observada a numeração constante da ementa elaborada por Sua Excelência:

Primeira tese:

4.1.a) O termo *a quo* do prazo de 1 (um) ano de suspensão da execução fiscal é a data da ciência da Fazenda Pública acerca do ato do juiz que suspender o processo, nos termos do art. 40, *caput*, da Lei 6.830/80, não sendo necessária a intimação da exequente acerca da suspensão por ela mesma requerida, hipótese em que o termo *a quo* do referido prazo corresponde à data de protocolo do requerimento de suspensão.

4.1.b) Em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa, de natureza tributária, cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes do início da vigência da Lei Complementar 118/2005, o prazo da prescrição ordinária, no período da redação original do inciso I do parágrafo único do art.

174 do CTN, interrompia-se pela citação válida do devedor (por carta, por oficial de justiça ou por edital). Nessa hipótese, depois da citação válida, ainda que editalícia, logo após a primeira tentativa infrutífera de localização do devedor ou de bens penhoráveis, o Juiz suspenderá o curso da execução.

4.1.c) Em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa não tributária, por força do que dispõe o § 2º do art. 8º da Lei 6.830/80, assim como em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa, de natureza tributária, cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar 118/2005, que conferiu nova redação ao inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN, a interrupção da prescrição ordinária opera-se com o despacho de citação. Nessa hipótese, logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz suspenderá a execução.

Segunda tese:

4.2) Decorrido o prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo, inicia-se automaticamente o prazo de prescrição, durante o qual o processo deveria estar arquivado, sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º, da Lei 6.830/80, findo o qual o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

Terceira tese:

4.3) A efetiva constrição patrimonial é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável, deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, encontrados e penhorados os bens, a qualquer tempo – mesmo depois de escoados os referidos prazos –, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera.

Quarta tese:

4.4) A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a do termo inicial - 4.1.a, onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

Aplicação das teses ao caso concreto

Aplicando-se ao caso as teses propostas, seja pelo Ministro Relator, seja por mim, tem-se que a irresignação não deve prosperar, porquanto decidiu o Tribunal *a quo* de acordo com os posicionamentos que se sugere sejam adotados neste Recurso Especial repetitivo.

No caso, as seguintes premissas fáticas são incontroversas nos autos: em 30/07/2001, foi proferido o despacho ordenador da citação (fl. 15e); em 01/12/2001, foi realizada a citação pelos Correios (fl. 18e); em 24/06/2002, a Fazenda Pública credora requereu a suspensão do feito, por 120 dias, a fim de efetuar diligências (fl. 24e); em 02/07/2002, o Juiz determinou a suspensão do curso da execução por 1 (um) ano, com fundamento no art. 40 da Lei 6.830/80 (fl. 30e); em 31/07/2002, a exequente tomou ciência acerca do ato de suspensão da execução (fls. 31/32e). É igualmente incontroverso que, no curso do processo, foram deferidas e realizadas diligências inúteis (fls. 35/58e). Em 29/11/2010, o magistrado proferiu a sentença, na qual decretou a prescrição intercorrente (fls. 88/90e), entendimento esse corretamente mantido, pelo Tribunal de origem, no acórdão recorrido (fls. 156/157e).

Com efeito, constata-se que, na hipótese dos autos, o juiz cumpriu exatamente o que determina o art. 40, *caput*, da Lei 6.830/80. Proferiu decisão determinando a suspensão do feito, observando, por conseguinte, a primeira tese por mim ora proposta. A Fazenda Nacional teve ciência desse ato e, posteriormente, requereu diligências que, deferidas, mostraram-se, todavia, inúteis para a satisfação do crédito tributário, durante o transcurso do prazo prescricional. Daí a adequada e escorreita conduta do Magistrado de 1º Grau, na condução do processo de execução fiscal.

Ante o exposto, embora por fundamentos diversos, quanto à primeira tese apresentada pelo Relator, e com proposta de ajuste redacional das demais teses por ele formuladas, conforme enunciadas no tópico de conclusão do presente voto, para os fins do art. 1.040 do CPC/2015, no caso concreto acompanho o Ministro Mauro Campbell Marques, para negar provimento ao Recurso Especial.

É como voto.

QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: *Proponho aos eminentes pares* uma reflexão acerca da constitucionalidade do artigo 40 da Lei 6.830/80, no que tratou da

hipótese de suspensão/interrupção da prescrição em matéria tributária, nos moldes a seguir expostos.

Colhe-se do voto do Em. Min. Relator a seguinte observação:

De início, registro não haver qualquer relação de prejudicialidade do presente julgamento em relação ao *RE 636.562/SC*, em repercussão geral, a ser julgado pelo STF, em razão de estar-se aqui diante de *tema puramente infraconstitucional*, além de não haver nos autos a presença de recurso extraordinário. Outrossim, o que se julgará em repercussão geral no *RE 636.562/SC* é a *constitucionalidade do prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo*, dentro da sistemática do art. 40, da LEF, o que não afeta o resultado do presente julgamento que poderá a ele ser adaptado, caso se entenda pela retirada desse prazo inicial de 1 (um) ano.

Nada obstante tal raciocínio, é fato que a questão posta no presente repetitivo diz, exatamente, com a correta interpretação a ser conferida ao art. 40 da Lei n. 6.830/80 (LEF).

Para melhor ilustração, procedo, em sua inteireza, à transcrição do mencionado dispositivo:

Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

§ 4º - Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei n. 11.051, de 2004)

§ 5º - A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda. (Incluído pela Lei n. 11.960, de 2009)

Como se vê, os §§ 4º e 5º não constavam da redação original do artigo 40 da Lei n. 6.830/80, tendo sido acrescentados, respectivamente, pelas Leis 11.051/2004 e 11.960/2009.

O Superior Tribunal de Justiça, ao examinar casos em que se discutia a aplicação do art. 40 da Lei n. 6.830/80, ainda em sua redação original - portanto, até o § 3º antes transcrito -, sempre esposou entendimento tranquilo no sentido de que “o artigo 40 da Lei de Execução Fiscal deve ser interpretado harmonicamente com o disposto no artigo 174 do CTN, que deve prevalecer em caso de colidência entre as referidas leis [...] Isto porque é princípio de Direito Público que a prescrição e a decadência tributárias são matérias reservadas à lei complementar, segundo prescreve o artigo 146, III, “b” da CF” (*REsp 510.190/MA*, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 25/2/2004, p. 106).

Nessa mesma linha, pode-se também destacar:

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental. Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Interpretação dos arts. 8º, IV, da Lei n. 6.830/80, 219, § 4º, do CPC, e 174, parágrafo único, do CTN. Precedentes.

1. Agravo Regimental contra decisão que negou provimento ao agravo de instrumento ofertado pela parte agravante, por reconhecer caracterizada a prescrição intercorrente.

2. *O art. 40, da Lei n. 6.830/80, nos termos em que foi admitido no ordenamento jurídico, não tem prevalência. A sua aplicação há de sofrer os limites impostos pelo art. 174, do CTN.*

3. Repugnam aos princípios informadores do nosso sistema tributário a prescrição indefinida.

4. Após o decurso de determinado tempo sem promoção da parte interessada, deve-se estabilizar o conflito, pela via da prescrição, impondo segurança jurídica aos litigantes.

5. *Os casos de interrupção do prazo prescricional estão previstos no art. 174, do CTN, nele não incluídos os do artigo 40, da Lei n. 6.830/80. Há de ser sempre lembrado que o art. 174, do CTN, tem natureza de Lei Complementar. Precedentes desta Corte e do colendo STF.*

6. A mera prolação do despacho que ordena a citação do executado não produz, por si só, o efeito de interromper a prescrição, impondo-se a interpretação sistemática do art. 8º, § 2º, da Lei n. 6.830/80, em combinação com o art. 219, § 4º, do CPC e com o art. 174 e seu parágrafo único do CTN. Precedentes desta Corte de Justiça e do colendo STF.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 493.165/PR, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 7/8/2003, DJ 24/5/2004, p. 165)

Processual Civil. Tributário. Prescrição intercorrente. Sócio-gerente. Citação. Art. 40 da Lei n. 6.830/80 e art. 174 do CTN.

- A jurisprudência da 1ª e 2ª Turmas desta Corte vem proclamando o entendimento no sentido de que o redirecionamento da execução contra o sócio deve dar-se no prazo de cinco anos da citação da pessoa jurídica, sendo inaplicável o disposto no art. 40 da Lei n. 6.830/80 que deve harmonizar-se com as hipóteses de suspensão previstas no art. 174 do CTN, de modo a não tornar imprescritível a dívida fiscal. Precedentes.

- Os casos de interrupção do prazo prescricional estão previstos no art. 174 do CTN, o qual tem natureza de lei complementar e, por isso, se sobrepõe à Lei de Execuções Fiscais (6.830/80), que é lei ordinária.

- Não efetivada a regular citação do contribuinte antes de transcorridos cinco anos da data da constituição definitiva do crédito tributário, por inércia do Estado exequente, a prescrição há de ser decretada.

- Agravo regimental improvido.

(*AgRg no Ag 541.255/RS*, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 16/12/2004, DJ 11/4/2005, p. 237)

Mesmo após a inclusão do § 4º ao art. 40 da Lei n. 6.830/80, é possível se encontrar julgados nessa mesma linha. A título ilustrativo, cabe referir:

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental. Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Inocorrência de sua decretação de ofício. Interpretação dos arts. 8º, IV, da Lei n. 6.830/80, 219, § 4º, do CPC, e 174, parágrafo único, do CTN. Precedentes.

1. Agravo regimental contra decisão que negou provimento ao agravo de instrumento ofertado pela parte agravante por reconhecer caracterizada a prescrição intercorrente.

2. Comprovação de que, no caso vertente, inocorreu decretação de ofício da prescrição intercorrente, tendo sido a mesma requerida pela parte executada.

3. O art. 40 da Lei n. 6.830/80, nos termos em que foi admitido no ordenamento jurídico, não tem prevalência. A sua aplicação há de sofrer os limites impostos pelo art. 174 do CTN. Repugnam os princípios informadores do nosso sistema tributário a prescrição indefinida. Após o decurso de determinado tempo sem promoção da parte interessada, deve-se estabilizar o conflito, pela via da prescrição, impondo-se segurança jurídica aos litigantes.

4. Os casos de interrupção do prazo prescricional estão previstos no art. 174 do CTN, nele não incluídos os do art. 40 da Lei n. 6.830/80. Há de ser sempre lembrado que o art. 174 do CTN tem natureza de Lei Complementar. Precedentes desta Corte e do colendo STF.

5. A mera prolação do despacho que ordena a citação do executado não produz, por si só, o efeito de interromper a prescrição, impondo-se a interpretação sistemática do art. 8º, § 2º, da Lei n. 6.830/80, em combinação com o art. 219, § 4º, do CPC e com o art. 174 e seu parágrafo único do CTN. Precedentes desta Corte de Justiça e do colendo STF.

6. O reconhecimento da prescrição intercorrente aplica-se, também, quando ocorrer o transcurso do prazo em mais de cinco anos entre a data de desistência do procedimento administrativo e o ajuizamento da execução fiscal.

7. Não importa que a argüição da prescrição tenha sido efetuada por defensor público, visto que o mesmo foi legalmente constituído nos autos para defender a parte ora agravada.

8. Agravo regimental não provido.

(*AgRg no Ag 615.196/MG*, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 3/2/2005, DJ 21/3/2005, p. 243)

Com o passar do tempo, a jurisprudência do STJ passou a reconhecer expressamente que, findo o prazo de suspensão de 1 (um) ano sem que a Fazenda-exequente diligenciasse na persecução do crédito tributário, teria *início* o prazo prescricional intercorrente. Confira-se:

Processo Civil. Execução fiscal. Art. 40 da LEF. Suspensão. Prescrição intercorrente. Decretação de ofício. Impossibilidade.

1. Em execução fiscal, o art. 8º, § 2º, da LEF deve ser examinado com cautela, pelos limites impostos no art. 174 do CTN, de tal forma que só a citação regular tem o condão de interromper a prescrição.

2. Interrompida a prescrição, com a citação pessoal, não havendo bens a penhorar, pode o exequente valer-se do art. 40 da LEF, restando suspenso o processo e, conseqüentemente, o prazo prescricional por um ano, *ao término do qual recomeça a fluir a contagem até que se complete cinco anos*.

3. Enquanto não forem encontrados bens para a satisfação do crédito tributário, a execução deve permanecer arquivada provisoriamente (arquivo sem baixa).

4. Mesmo ocorrida a prescrição intercorrente, esta não pode ser decretada de ofício.

5. Recurso especial provido.

(*REsp 687.076/PE*, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 5/4/2005, DJ 16/5/2005, p. 321)

Dito entendimento culminou com a edição da Súmula 314/STJ, assim redigida: “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se

o processo por um ano, findo o qual *se inicia* o prazo da prescrição quinquenal intercorrente” (Primeira Seção, j. em 12/12/2005, DJ 8/2/2006, p. 258).

Em outros termos, o STJ, intérprete maior das normas infraconstitucionais, vislumbrou a existência, na letra dos §§ 2º e 4º do art. 40 da Lei n. 6.830/80, de causa *interruptiva* da prescrição para a cobrança do crédito tributário.

Pois bem.

A hipótese presentemente alçada à repercussão geral - *Tema 390/STF* - assim mencionada pelo Eminentíssimo Relator, restou delimitada pela Corte Suprema nos seguintes moldes:

Reserva de lei complementar para tratar da prescrição intercorrente no processo de execução fiscal.

O julgado piloto do referido tema é o *RE 636.562 - RG/SC*, cuja ementa foi assim vazada:

Constitucional. Tributário. Administrativo. Financeiro. *Prescrição intercorrente. Marco inicial. Reserva de lei complementar de normas gerais para dispor sobre prescrição. Supremacia das disposições do Código Tributário Nacional por força da Constituição.* Art. 173 do Código Tributário Nacional. Art. 40, § 4º da Lei 6.830/1980 (redação da Lei 11.051/2004). Art. 146, III, b da Constituição.

Possui repercussão geral a *discussão sobre o marco inicial da contagem do prazo de que dispõe a Fazenda Pública para localizar bens do executado, nos termos do art. 40, § 4º da Lei 6.830/1980.*

(g.n. - *RE 636.562 RG/SC*, Relator Min. Joaquim Barbosa, julgado em 21/04/2011, Acórdão Eletrônico DJe-228 divulg 30/11/2011 public 01/12/2011)

Atualmente, o referido recurso extraordinário encontra-se sob a relatoria do Ministro Roberto Barroso, ainda não pautado para julgamento.

Do inteiro teor do voto condutor do julgamento em que reconhecida a repercussão geral, destaca-se o seguinte excerto:

Entendo que a matéria constitucional versada nestes autos possui repercussão geral.

Esta Corte tem examinado uma série de controvérsias que envolvem a caracterização do papel que as normas gerais em matéria tributária têm no sistema constitucional. Dentre outros assuntos relevantes, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de reserva de lei complementar para dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária (SV 8) e sobre responsabilidade

tributária (RE 562.276, rel. min. Ellen Gracie, Pleno, DJe de 10.02.2011, sem prejuízo das violações materiais).

No caso em exame, discute-se qual deve ser o marco inicial para a contagem do prazo de que dispõe a Fazenda Pública para encontrar e indicar bens do executado: o despacho que determina a suspensão do processo ou a data calculada pela aplicação do prazo de um ano após o arquivamento da ação de execução fiscal.

A matéria tem alçada constitucional, na medida em que a Constituição estabelece ser reservada lei complementar para dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária (art. 146, III, b da Constituição). Neste caso, a incompatibilidade entre a lei ordinária e a lei complementar se resolve diretamente com base no texto constitucional, e não com as regras de vigência e revogação aplicáveis indistintamente a todas as normas jurídicas, com base na Lei de Introdução ao Código Civil.

Ademais, os fundamentos que forem adotados para este precedentes condicionarão o exame de outras questões que envolvam estabelecimento da sistemática de reconhecimento judicial de prescrição e de decadência.

Logo, conforme delineado pela Corte Suprema ao reconhecer a repercussão geral do *Tema 390/STF*, a Lei Maior estabeleceu a necessidade de lei complementar em matéria de decadência e prescrição tributárias - art. 146, III, b, da CF/88.

Com efeito, a norma inserta no art. 40 da Lei n. 6.830/80 revela-se de cunho *misto*: a um só tempo trata de questões procedimentais (p. ex.: suspensão e arquivamento do processo e intimação do ente exequente) tanto quanto dispõe sobre aspectos de ordem material tributária, particularmente no que respeita ao estabelecimento de marcos de suspensão e de interrupção da prescrição relativa à cobrança do crédito tributário.

No tocante às primeiras questões, resta clara a inexistência de qualquer óbice ao regramento desses temas pela norma ordinária. No entanto, em relação à segunda questão (prescrição intercorrente, no que interessa ao núcleo do repetitivo em apreciação), parece inexistir espaço para se afastar a incidência da sobredita regra constitucional, alusivamente à reserva de disciplina por meio de lei complementar.

Assim, sob esse viés, resta claro que o fato de a prescrição intercorrente ser decretada *no curso do processo executivo fiscal* não desnatura a natureza material tributária do instituto, não perfazendo, assim, *discrímen* suficiente para dissociá-la da exigência constitucional de regramento via norma complementar.

Em outra oportunidade, semelhante à dos presentes autos, a Corte Especial do STJ já foi instada a se manifestar sobre a constitucionalidade dos arts. 2º, § 3º, e 8º, § 2º, da mesma Lei n. 6.830/80, tendo concluído pela inconstitucionalidade de referidos dispositivos legais, ao exato e certo fundamento de que a disciplina da prescrição e da decadência, em matéria tributária, está sob reserva de lei complementar. Confira-se a ementa desse julgado:

Constitucional. Tributário. Incidente de inconstitucionalidade dos artigos 2º, § 3º, e 8º, § 2º, da Lei 6.830/80. Prescrição. Reserva de lei complementar.

1. Tanto no regime constitucional atual (CF/88, art. 146, III, b), quanto no regime constitucional anterior (art. 18, § 1º da EC 01/69), as normas sobre prescrição e decadência de crédito tributário estão sob reserva de lei complementar. Precedentes do STF e do STJ.

2. Assim, são ilegítimas, em relação aos créditos tributários, as normas estabelecidas no § 2º, do art. 8º e do § 3º do art. 2º da Lei 6.830/80, que, por decorrerem de lei ordinária, não podiam dispor em contrário às disposições anteriores, previstas em lei complementar.

3. Incidente acolhido.

(AI no Ag 1.037.765/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 17/10/2011)

Do voto-condutor desse julgamento, convém reproduzir o seguinte excerto, que concluiu pela inconstitucionalidade de lei ordinária (Lei 6.830/80), no que regulou hipóteses de *interrupção e suspensão de prescrição em matéria tributária*:

4. As mesmas razões adotadas pelo STF para declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei 1.569/1977 determinam a *inconstitucionalidade*, em relação aos créditos tributários, do § 2º, do art. 8º, da Lei 6.830/80 (que cria hipótese de interrupção da prescrição), bem como do § 3º, do art. 2º, da mesma Lei (no que se refere à hipótese de suspensão da prescrição). O reconhecimento da inconstitucionalidade deve ser parcial, sem redução de texto, já que os referidos dispositivos preservam sua validade e eficácia em relação a créditos não tributários objeto de execução fiscal. Reafirma-se, com isso, a jurisprudência tradicional do STJ sobre a matéria, conforme acima registrado. [grifo nosso]

Ante o exposto, com fundamento nos arts. 97 da Constituição Federal e 948 do CPC/2015, proponho ao douto Colegiado seja suscitado o *incidente de inconstitucionalidade perante a Corte Especial*, tendo por objeto o art. 40, *caput*, in

fine, e §§ 2º e 4º da Lei n. 6.830/80 (LEF), procedendo-se na forma estabelecida no art. 200 do RISTJ.

É o voto.

VOTO-VOGAL

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Senhor Presidente, também vou pedir vênua ao Ministro *Sérgio Kukina* para acompanhar o Relator, rejeitando a questão de ordem.

O voto do Ministro *Mauro Campbell Marques* – que é, em parte, transcrito no voto do Ministro *Sérgio Kukina*, na questão de ordem – faz considerações a respeito do recurso extraordinário afetado, no regime da repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal, mas demonstra que isso não impediria o julgamento da matéria, examinando a questão, à luz da legislação infraconstitucional.

Por outro lado, entendo que, efetivamente, o encaminhamento dos autos à Corte Especial, para exame da alegada inconstitucionalidade dos §§ 2º e 4º do art. 40 da Lei 6.830/80, não seria necessário para o julgamento da matéria ora discutida, em nível infraconstitucional, mesmo porque o próprio Ministro *Sérgio Kukina* demonstra que a questão da prescrição tributária tem sido interpretada, não só pelo Supremo Tribunal Federal, como também pelo Superior Tribunal de Justiça, sempre compatibilizando e harmonizando o art. 40 da Lei 6.830/80 com o art. 174 do Código Tributário Nacional.

Peço vênua, assim, para acompanhar o Ministro Relator, na questão de ordem, mesmo porque esse processo foi afetado como repetitivo há muito tempo e há milhares de processos que estão sobrestados, na origem, aguardando julgamento dessa questão.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro *Sérgio Kukina*: Trata-se de recurso especial fundado no CPC/73, manejado pela *Fazenda Nacional*, com base no art. 105, III, *a*, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (fls. 176/180), que manteve sentença de extinção de execução fiscal ante a ocorrência de prescrição intercorrente, aos seguintes fundamentos (fls. 177/178):

Verifica-se dos presentes autos que foi prolatada decisão determinando o arquivamento do processo, sem baixa, em 27-09-2005 (cf. evento n. 02,

“Decisão/23” no processo eletrônico originário), não tendo havido qualquer movimentação processual pela exequente desde então até 25-11-2010, quando interpôs embargos declaratórios contra aquela decisão de arquivamento (evento n. 02, “EMBDECL25” no processo eletrônico originário).

Ora, como decorreram mais de 05 anos, a partir da decisão que determinou o arquivamento do processo, sem movimentação processual pela exequente, e não havendo sequer notícia da incidência de qualquer causa de suspensão ou interrupção da prescrição, agiu com acerto o juiz da causa ao reconhecer de ofício a prescrição intercorrente, sendo certo que não cabe ao exequente apenas o ajuizamento da demanda, mas a persecução do executivo fiscal, o que não ocorreu no presente caso.

Por outro lado, sinal-se que a sentença foi prolatada quando a Lei n. 11.051, de 2004, já havia acrescentado o § 4º ao art. 40 da Lei n. 6.830, de 1980, aplicando-se ao caso esse dispositivo legal que tornou inequívoca a possibilidade de reconhecimento de ofício da prescrição intercorrente em execução fiscal, uma vez que ele tem aplicação imediata e alcança, inclusive, as execuções ajuizadas antes mesmo de sua vigência (STJ, REsp 849.494/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 25-09-2006; REsp n. 810.863/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 20-03-2006; REsp n. 794.737/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 20-02-2006; REsp 1.034.251/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 15-12-2008; REsp 980.074/PE, Rel. Min. Denise Arruda, DJe 23-03-2009). Também o art. 219, § 5º, do CPC, com a redação dada pela Lei n. 11.280, de 2006, atualmente permite ao julgador pronunciar a prescrição de ofício, ainda que se trate de matéria tributária.

Enfim, quanto à alegação de inobservância do rito previsto no art. 40 da Lei n. 6.830, de 1980, resalto de início que esse dispositivo deve ser interpretado em consonância com o disposto no art. 174 do CTN, o qual limita o prazo de paralisação do processo em cinco anos, uma vez que a prescrição e a decadência tributária são matérias reservadas à lei complementar (art. 146, III, “b”, da Constituição Federal). Registro, ainda, que a ausência de intimação da Fazenda quanto ao despacho que determina a suspensão da execução fiscal (§ 1º), ou o arquivamento (§ 2º), bem como a falta de intimação para sua manifestação antes da decisão que decreta a prescrição intercorrente (§ 4º), não acarreta qualquer prejuízo à exequente, tendo em vista que pode alegar possíveis causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional a qualquer tempo, inclusive em razões de apelação, o que aqui não fez. Não havendo prejuízo demonstrado pela União, não há falar em nulidade (STJ, REsp 1.157.175/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe 01-09-2010; TRF4, AC 2005.04.01.033820-0, 1ª Turma, Relator Wilson Darós, DJU 09-11-2005; AgAC n. 0008389- 22.2001.404.7200/SC, Des. Federal Álvaro Eduardo Junqueira, 1ª Turma, DJe 29-06-2011).

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados (fls. 198/201).

Aponta a Fazenda violação ao art. 40, § 4º, da Lei n. 6.830/80. Em resumo, sustenta que “A tese, defendida pelo TRF da 4ª Região, de que a prescrição intercorrente possa configurar-se independentemente do marco inicial fixado pelo artigo 40, § 4º, da LEF, é absolutamente contrária à lei e à jurisprudência dominante [...] O artigo 40 da LEF prevê que a execução fiscal será suspensa pelo prazo de um ano antes do seu arquivamento sem baixa [...] Assim, somente depois de um ano de suspensão é que se faz aplicável o § 2º do artigo 40, quando então começa a contagem do prazo para a verificação da prescrição intercorrente (§ 4º)” (fl. 208), fazendo, no ponto, referência à Súmula 314/STJ. Defende a não ocorrência da prescrição intercorrente no caso, pois “o prazo [...] deve ser contado a partir da decisão que ordenar o arquivamento [...] *In casu*, tal decisão remonta a 05/08/2003 (fl. 50) [...] Dessarte, foi de todo descabida a intimação da União, em 30/04/2008 (fl. 54/verso) [...] Isso porque não haviam decorrido cinco anos desde a decisão que ordenou o arquivamento” (fl. 210). Acrescenta, ainda, que “para que se configure a prescrição intercorrente, exige-se o transcurso de cinco anos de inércia da parte exequente [...] Toda e qualquer manifestação da exequente nos autos compromete a caracterização da inércia, não sendo necessário que, de tal manifestação, decorra um imediato impulso à execução [...] Note-se que, grosso modo, todo e qualquer ato da exequente no processo executivo é tendente à realização do seu crédito” (fls. 210/211).

O recurso especial foi inadmitido na origem (fls. 220/221).

Em 21/8/2012, o Em. Relator, Ministro *Mauro Campbell Marques*, proferiu decisão dando provimento ao agravo para determinar sua conversão em recurso especial (fls. 255/256). Nesse mesmo *decisum*, determinou o processamento do feito pela sistemática dos recursos repetitivos, tendo-se ali definido as questões relevantes a se decidirem à luz do art. 543-C do CPC/73, vigente à época, a saber (fl. 256):

- a) Qual o pedido de suspensão por parte da Fazenda Pública que inaugura o prazo de 1 (um) ano previsto no art. 40, § 2º, da LEF;
- b) Se o prazo de 1 (um) ano de suspensão somado aos outros 5 (cinco) anos de arquivamento pode ser contado em 6 (seis) anos por inteiro para fins de decretar a prescrição intercorrente;
- c) Quais são os obstáculos ao curso do prazo prescricional da prescrição prevista no art. 40, da LEF;
- d) Se a ausência de intimação da Fazenda Pública quanto ao despacho que determina a suspensão da execução fiscal (art. 40, § 1º), ou o arquivamento (art.

40, § 2º), ou para sua manifestação antes da decisão que decreta a prescrição intercorrente (art. 40, § 4º) ilide a decretação da prescrição intercorrente.

Aberta vista ao Ministério Público Federal (fl. 258), o *Parquet* manifestou-se pelo conhecimento e pelo desprovimento do recurso especial (fls. 262/270). Do parecer ministerial, podem-se colher os seguintes excertos (fls. 267/268):

No caso em tela, observa-se que foram respeitadas pela Corte de origem todas as formalidades legais para o reconhecimento de ofício da prescrição intercorrente. Embora o processo tenha sido regularmente suspenso por um ano, e somente arquivado após a tentativa frustrada de bloqueio de eventuais aplicações financeiras, a prescrição intercorrente foi decretada após ouvida a Fazenda Pública, com preconiza o art. 40, § 4º, da Lei n. 6.830/80, com redação dada pela Lei n. 11.051/2004: “Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato”.

Impende ainda considerar que, de acordo com a legislação de regência e com o posicionamento já consolidado no âmbito desse Egrégio Sodalício, a ausência de intimação do despacho que determina o arquivamento da execução fiscal não ilide a decretação da prescrição intercorrente. Está correto, portanto, o entendimento da Corte *a quo*, ao deliberar: “a ausência de intimação da Fazenda quanto ao despacho que determina a suspensão da execução fiscal (§ 1º), ou o arquivamento (§ 2º), bem como a falta de intimação para sua manifestação antes da decisão que decreta a prescrição intercorrente (§ 4º), não acarreta qualquer prejuízo à exequente, tendo em vista que pode alegar possíveis causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional a qualquer tempo, inclusive em razões de apelação, o que aqui não fez” (fls. 158 e-PGR).

Destarte, não comprovado o prejuízo eventualmente sofrido pela Fazenda Nacional, não há nulidade na decretação da prescrição intercorrente.

Em 26/11/2014, o feito foi levado a julgamento nesta Eg. Primeira Seção. O ministro relator apresentou voto pelo *não provimento* do recurso especial da *Fazenda Nacional*. Nessa oportunidade, S. Exa. assim propôs as “Teses julgadas para efeito do art. 543-C, do CPC”:

4.1) O prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente *na data da ciência da Fazenda Pública* a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido;

4.2) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não decisão judicial nesse sentido, *findo o prazo de 1 (um) ano, inicia-se automaticamente o prazo prescricional de 5 (cinco) anos* durante o qual o processo deveria estar

arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual restará prescrita a execução fiscal;

4.3) A efetiva penhora é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, *não bastando para tal o mero peticionamento em juízo* requerendo a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens;

4.4) A *Fazenda Pública*, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245, do CPC), ao alegar a nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40, da LEF, *deverá demonstrar o prejuízo que sofreu*, por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

O Exmo. Ministro *Herman Benjamin* pediu vista antecipada dos autos.

Retomado o julgamento em 9/11/2016, o Em. Ministro *Herman Benjamin* proferiu voto-vista, pelo qual propôs as seguintes teses:

1ª tese – a suspensão da Execução Fiscal:

a) não é automática, mas depende da constatação, pelo magistrado responsável pela condução do processo, de situação de crise (“suspensão-crise”), isto é, de que o processo não possui condições regulares de prosseguimento, uma vez que tanto o Poder Judiciário quanto a parte interessada (Fazenda Pública credora) não possuem meios para localizar o devedor ou bens passíveis de constrição;

b) o contexto que objetivamente caracteriza a denominada “suspensão-crise” é aquele em que houve citação por edital (não localização do devedor) e/ou resultou negativa a diligência prevista no art. 185-A do CTN, e no qual se mostrou, pelas mesmas razões, infrutífero o redirecionamento.

2ª tese – quanto à aplicação prática do art. 40 da LEF:

a) proferido o despacho de suspensão da Execução Fiscal por um ano, *para os fins do art. 40 da LEF*, será obrigatoriamente dada *vista à Fazenda Pública*, a partir de quando terá início o prazo de um ano;

b) caso a Fazenda credora, intimada do insucesso da medida prevista no art. 185-A do CTN, se antecipe ao juiz e requeira a suspensão do art. 40 da Lei 6.830/1980, será dispensada a respectiva intimação, e o transcurso do prazo de um ano terá início com a data do protocolo da petição, ou do lançamento da respectiva cota nos autos;

c) vencido o prazo da prescrição intercorrente, o juiz, antes de decretá-la de ofício, oportunizará à Fazenda Pública a demonstração de que ocorreu causa suspensiva ou interruptiva da prescrição;

d) a falta de intimação relativa ao item anterior, desde que tenha sido efetuada ao menos a intimação do despacho que suspendeu a Execução Fiscal, somente

ensejará a anulação da sentença de extinção do feito caso a Fazenda Pública comprove o prejuízo sofrido (*pas de nullité sans grief*).

3ª tese – *relativa às medidas que obstem a fluência do prazo da prescrição intercorrente:*

a) somente a constrição efetiva (penhora ou arresto), que opera com efeito retroativo à data do protocolo da petição que a requereu, tem o condão de obstar a fluência do prazo de prescrição intercorrente;

b) a medida judicial acima suspende a fluência da prescrição intercorrente, a qual terá o seu prazo retomado, *pelo período restante*, quando a autoridade judicial cassá-la (por irregularidade) ou revogá-la (por constatar sua inutilidade);

c) *igualmente surtirá efeito suspensivo ou interruptivo a demonstração da superveniência, no curso do prazo da prescrição intercorrente, de uma das hipóteses listadas nos arts. 151 ou 174 do CTN (depósito integral e em dinheiro, em demanda que discute a exigibilidade do tributo, concessão de liminar ou antecipação de tutela, parcelamento, reconhecimento extrajudicial do débito, etc.).*

O Ministro *Mauro Campbell Marques*, então, apresentou aditamento a seu voto, propondo revisão na redação das teses inicialmente apresentadas nos seguintes termos:

4.1) O prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente *na data da ciência da Fazenda Pública* a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido;

4.2) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não decisão judicial nesse sentido, *findo o prazo de 1 (um) ano, inicia-se automaticamente o prazo prescricional de 5 (cinco) anos* durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual restará prescrita a execução fiscal;

4.3) A efetiva *constrição patrimonial* é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, *não bastando para tal o mero peticionamento em juízo* requerendo a feita da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. *Os requerimentos feitos pelo exequente dentro do prazo de 6 (seis) anos deverão ser processados ainda que para além do aludido prazo pois, encontrados e penhorados os bens a qualquer tempo - mesmo depois do prazo de 6 (seis) anos, interrompe-se a prescrição intercorrente retroativamente na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera;*

4.4) A *Fazenda Pública*, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245, do CPC), ao alegar a nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40, da LEF, *deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a do termo inicial - 4.1, onde o prejuízo é presumido)*, por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

Nessa mesma assentada, pediu vista a Exma. Ministra *Assusete Magalhães*.

Na sessão de 22/2/2018, a Em. Ministra *Assusete Magalhães* proferiu seu voto-vista, tendo assim sumariado suas conclusões:

4.1.a) O termo *a quo* do prazo de 1 (um) ano de suspensão da execução fiscal é a data da ciência da Fazenda Pública acerca do ato do juiz que suspender o processo, nos termos do art. 40, *caput*, da Lei 6.830/80, não sendo necessária a intimação da exequente acerca da suspensão por ela mesma requerida, hipótese em que o termo *a quo* do referido prazo corresponde à data de protocolo do requerimento de suspensão.

4.1.b) Em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa, de natureza tributária, cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes do início da vigência da Lei Complementar 118/2005, o prazo da prescrição ordinária, no período da redação original do inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN, interrompia-se pela citação válida do devedor (por carta, por oficial de justiça ou por edital). Nessa hipótese, depois da citação válida, ainda que editalícia, logo após a primeira tentativa infrutífera de localização do devedor ou de bens penhoráveis, o Juiz suspenderá o curso da execução.

4.1.c) Em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa não tributária, por força do que dispõe o § 2º do art. 8º da Lei 6.830/80, assim como em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa, de natureza tributária, cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar 118/2005, que conferiu nova redação ao inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN, a interrupção da prescrição ordinária opera-se com o despacho de citação. Nessa hipótese, logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz suspenderá a execução.

4.2) Decorrido o prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo, inicia-se automaticamente o prazo de prescrição, durante o qual o processo deveria estar arquivado, sem baixa na distribuição, na forma do art., §§ 2º, 3º e 4º, da Lei 6.830/80, findo o qual o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

4.3) A efetiva constrição patrimonial é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável, deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, encontrados e penhorados os bens, a qualquer tempo - mesmo depois de escoados os referidos prazos -, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência infrutífera.

4.4) A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a do termo inicial - 4.1.a, onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

Após a prolação do voto-vista da Em. Ministra *Assusete Magalhães*, o Em. Ministro Relator manifestou-se oralmente pelo acolhimento das alterações propostas com relação aos itens *4.1.b, 4.1.c, 4.3 e 4.4*.

Pedi, então, vista dos autos para uma melhor análise das propostas apresentadas.

Em 20/6/2018, apresentei questão de ordem pela instauração de incidente de inconstitucionalidade perante a Corte Especial, tendo por objeto o art. 40, caput, in fine, e §§ 2º e 4º da Lei n. 6.830/80, a qual restou rejeitada pela maioria dos pares naquela mesma assentada.

Passo, portanto, à análise do mérito do especial apelo.

O art. 40 da Lei n. 6.830/80 assim dispõe:

Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei n. 11.051, de 2004)

§ 5º A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda. (Incluído pela Lei n. 11.960, de 2009)

Adianto que acompanho a conclusão do Em. Relator em negar provimento ao recurso especial da *Fazenda Nacional*.

Procedo, adiante, ao exame particularizado das teses a serem consolidadas neste julgamento repetitivo.

Tese 1: Sobre o termo *a quo* da suspensão da prescrição:

O art. 40, *caput*, da Lei 6.830/80 estabelece que: “O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto *não for localizado o devedor* ou *encontrados bens* sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.”

O Em. *Relator* propõe que o termo inicial da suspensão prevista no *caput* do art. 40 da Lei 6.830/80 seja a *data da ciência* da Fazenda Pública sobre a não localização do devedor ou de bens penhoráveis.

Em seu voto-vista, o Em. Min. *Herman Benjamin* ponderou quanto à necessidade de configuração de situação ensejadora de “suspensão-crise” do executivo fiscal, a qual se caracterizaria quando: a) realizada a citação por edital; ou b) infrutífera fosse a indisponibilidade dos bens do art. 185-A do CTN; ou c) infrutífero fosse o redirecionamento da execução fiscal, sendo necessária, para tanto, *decisão do juiz* suspendendo o processo; sendo, após, aberta *vista à Fazenda exequente*, a partir de quando terá início o prazo de um ano.

Salientou, ainda, que, no caso em que o próprio ente exequente pleiteasse a suspensão do processo, o marco inicial seria a data desse *requerimento*.

Por sua vez, também após vista dos autos, a Em. Ministra *Assusete Magalhães* posicionou-se no sentido de o marco inicial da suspensão ser a *data da ciência da Fazenda Pública acerca do ato do juiz que suspender o processo*; ou a *data do requerimento* na hipótese de a suspensão ter-se dado a pedido da Fazenda exequente.

S. Exa. igualmente fez importantes observações quanto à natureza das dívidas em cobro nos executivos fiscais; o marco interruptivo para fins de configuração da prescrição intercorrente e as situações processuais que dariam ensejo à suspensão do processo executivo fiscal.

Resumidamente, em se tratando de *execução fiscal de dívida tributária cujo despacho citatório tenha sido proferido antes da LC 118/2005*, o marco interruptivo somente se dava com a citação válida do devedor, daí por que, nesses casos, a suspensão do processo somente tem lugar na hipótese em que não encontrados bens penhoráveis.

Nas *execuções fiscais de dívidas tributárias cujo despacho citatório tenha sido proferido após a LC 118/2005*, ambas as hipóteses ensejadoras da suspensão da prescrição - não localização *do devedor* ou *de bens penhoráveis* - serão consideradas para o caso de suspender o prazo prescricional.

No caso de *dívidas não tributárias*, o despacho que ordena a citação sempre se constituiu em marco interruptivo da prescrição (mesmo antes da LC 118/2005), de modo que a suspensão do processo terá lugar quando frustrada a tentativa de citação ou de localização de bens penhoráveis.

Pois bem.

O art. 40, *caput*, da Lei 6.830/80 estabelece que “O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.”

Com a devida vênia aos entendimentos contrários, tenho que, em atenção ao ditame legal, e também à segurança jurídica, parece-me mais apropriado que o *marco inicial* para a suspensão do lustro prescricional por um ano se dê com a *ciência da decisão do magistrado* que a determina. Com efeito, desse *decisum*, imperiosa a *intimação do exequente*, na forma preconizada pelo art. 25, parágrafo único, da Lei 6.830/80 (“*Art. 25* - Na execução fiscal, qualquer intimação ao representante judicial da Fazenda Pública será feita pessoalmente [...] *Parágrafo Único* - A intimação de que trata este artigo poderá ser feita mediante vista dos autos, com imediata remessa ao representante judicial da Fazenda Pública, pelo cartório ou secretaria”).

Por outro lado, considerando que a execução deve ser feita no interesse do credor, *cabe ao magistrado avaliar concretamente* se o feito se encontra em situação de paralisação a ensejar a benesse legal da suspensão do prazo prescricional.

Assim, no tocante à *primeira tese*, concordo com as observações propostas pelos eminentes pares que me antecederam em vista dos autos, assim sumariadas:

(i) necessária decisão do juiz determinando a suspensão do feito executivo, em atenção à primeira parte do art. 40 da Lei n. 6.830/80, sendo a intimação pessoal do ente público, acerca da decisão de suspensão do feito, o marco inicial do prazo de um ano de suspensão da prescrição;

(ii) em relação às execuções fiscais de dívidas tributárias cujo despacho citatório tenha sido anterior à LC 118/2005, somente se poderá falar em prescrição intercorrente após a *citação válida*, sendo certo que, nesses casos, a suspensão do art. 40 da LEF terá lugar apenas na hipótese de não se encontrarem bens penhoráveis;

(iii) para a cobrança das dívidas não tributárias, hipótese em que o despacho ordenador da citação sempre foi o marco interruptivo da prescrição

(art. 8º, § 2º, da Lei n. 6.830/80), serão válidos ambos os parâmetros (devedor não encontrado ou inexistência de bens penhoráveis) para a suspensão do feito executivo; e

(iv) necessária a configuração de situação de crise processual na ação executiva *a ser aferida pelo magistrado condutor do feito* para fins de decretação da suspensão por no máximo um ano (§ 2º do art. 40 da Lei n. 6.830/80).

Tese 2: Como se dará a contagem do prazo prescricional após a suspensão do processo executivo fiscal

O *Relator* propõe que, findo o prazo de suspensão da prescrição por um ano, os autos serão automaticamente arquivados - independentemente de petição da Fazenda ou de despacho do juiz nesse sentido - e, por conseguinte, tem início o lustro prescricional intercorrente.

Os Em. Ministros prolores de votos-vista acompanharam o *Relator* nesse particular.

De minha parte, restei vencido na questão de ordem apresentada em 20/6/2018, relativa à constitucionalidade do artigo 40 da Lei 6.830/80, no que tratou da hipótese de suspensão/interrupção da prescrição em matéria tributária.

Assim, à luz do que já restou sumulado por esta Corte Superior (*Súmula 314/STJ*: “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual *se inicia* o prazo da prescrição quinquenal intercorrente” - Primeira Seção, julgado em 12/12/2005, DJ 08/2/2006, p. 258), *acompanho o Relator* no ponto.

Tese 3: Obstáculos ao curso do prazo prescricional intercorrente

Concordo com o posicionamento do Em. *Relator* no sentido de que as diligências inúteis *não* são aptas a *descharacterizar a inércia da exequente*, pelo que, nesses casos, o prazo prescricional continua a correr.

Apenas a penhora efetiva é apta a afastar ou levantar a aplicação do art. 40 da LEF, prosseguindo-se, normalmente, na execução fiscal. Em outros termos: ocorrendo penhora efetiva, seja antes da decretação da suspensão do art. 40 da LEF, seja no período em que suspenso ou arquivado o feito, não há se falar em prescrição intercorrente.

Isso porque, em verdade, *a efetivação da penhora descharacteriza a inércia do exequente, o que obsta a decretação da prescrição intercorrente*.

Destaco, outrossim, que concordo com as ponderações realizadas pelos eminentes pares no sentido de que, se o ente exequente pleitear diligência ainda

no lustro prescricional, *não* se pode extinguir o feito executivo pela prescrição ainda que o cumprimento exitoso da referida diligência ocorra após o transcurso do referido prazo.

Realmente, aplicável por analogia a mesma inteligência da Súmula 106/STJ: “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência” (Corte Especial, julgado em 26/5/1994, DJ 3/6/1994, p. 13.885).

Tese 4: Necessidade de intimação da Fazenda Pública e nulidade de atos judiciais no processo executivo fiscal.

Com relação à *quarta tese*, a decisão de afetação propunha responder o seguinte questionamento: “Se a ausência de intimação da Fazenda Pública quanto ao despacho que determina a suspensão da execução fiscal (art. 40, § 1º), ou o arquivamento (art. 40, § 2º), ou para sua manifestação *antes da decisão* que decreta a prescrição intercorrente (art. 40, § 4º) ilide a decretação da prescrição intercorrente.”

Já se firmou, alhures, o entendimento de que: a) necessária a intimação da Fazenda Exequente acerca da decisão de suspensão do feito por um ano; e b) desnecessária a intimação prévia do ente público quanto ao arquivamento do feito, já que ocorrerá logo que terminado o prazo de um ano de suspensão.

Resta apenas, portanto, averiguar a necessidade de *intimação ou não da parte exequente antes da prolação da sentença que reconhece operada a prescrição intercorrente*.

Na assentada do dia 20/6/2018, essa Colenda Primeira Seção adotou posicionamento no sentido de que o *Tema 390* (“Reserva de lei complementar para tratar da prescrição intercorrente no processo de execução fiscal”), objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal em repercussão geral reconhecida no *RE 636.562*, não obstará o exame por este STJ da questão controvertida sob o enfoque infraconstitucional.

Nesse passo, a meu sentir, a leitura do mencionado § 4º do art. 40 da Lei 6.830/80 (“§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, *depois de ouvida a Fazenda Pública*, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato”) deixa clara a *necessidade de intimação prévia da Fazenda para fins de decretação da prescrição intercorrente*.

Importante ressaltar que essa linha interpretativa vai ao encontro da jurisprudência já consolidada neste Tribunal Superior no sentido de que:

[...] em execução fiscal, a prescrição ocorrida antes da propositura da ação pode ser decretada de ofício, com base no art. 219, § 5º do CPC (redação da Lei 11.051/04), independentemente da *prévia ouvida da Fazenda Pública*.

O regime do § 4º do art. 40 da Lei 6.830/80, que exige essa providência prévia, somente se aplica às hipóteses de prescrição intercorrente nele indicadas, a saber: a prescrição intercorrente contra a Fazenda Pública na execução fiscal arquivada com base no § 2º do mesmo artigo, quando não localizado o devedor ou não encontrados bens penhoráveis.

Nos demais casos, a prescrição, a favor ou contra a Fazenda Pública, pode ser decretada de ofício com base no art. 219, § 5º, do CPC.

(REsp 1.100.156/RJ, julgado pelo rito do art. 543-C do CPC/73, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 10/6/2009, DJe 18/6/2009)

Resumo das Teses Propostas

À guisa de conclusão, proponho a seguinte releitura das teses propostas:

Tese 1: Termo a quo da suspensão da prescrição:

Se houver requerimento da exequente pela suspensão da execução fiscal, o prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no art. 40, §§ 1º e 2º, da Lei 6.830/80 - LEF tem início a partir do pedido da parte.

*Se não houver requerimento da exequente, o prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no art. 40, §§ 1º e 2º, da Lei 6.830/80 - LEF tem início com a *intimação pessoal* do ente público da *decisão judicial* que a determina, uma vez constatada pelo magistrado:*

(a) a não localização do devedor *ou* a inexistência de bens penhoráveis (execuções fiscais de dívidas não tributárias e execuções fiscais de dívidas tributárias cujo despacho citatório se deu na vigência da LC 118/2005); *ou*

(b) a inexistência de bens penhoráveis (execuções fiscais de dívidas tributárias cujo despacho citatório se deu antes da LC 118/2005);

Tese 2: Como se dará a contagem do prazo prescricional após a suspensão do processo:

Uma vez decretada a suspensão do art. 40 da LEF por decisão judicial, findo o prazo de 1 (um) ano, os autos serão automaticamente arquivados, e

o prazo prescricional intercorrente terá início, nos termos da Súmula 314/STJ (“Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual *se inicia* o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”);

Tese 3: Obstáculos ao curso do prazo prescricional intercorrente:

Somente a efetiva constrição patrimonial é apta a descaracterizar a inércia do exequente, inviabilizando, assim, a decretação da prescrição intercorrente.

Os requerimentos feitos pelo exequente *dentro* do prazo de suspensão do feito executivo (1 ano) ou mesmo do prazo prescricional intercorrente (5 anos) deverão ser processados.

Quando a diligência, requerida *dentro* do lustro prescricional, obtiver êxito, o feito executivo *não* poderá ser extinto pela prescrição, ainda que seu cumprimento tenha-se dado somente após o transcurso desse prazo.

Tese 4: Necessidade de intimação da Fazenda e nulidade dos atos judiciais

É necessária a intimação da parte exequente acerca da suspensão do processo executivo fiscal.

Não é necessária a intimação prévia da parte exequente quanto ao arquivamento do feito após o prazo de 1 ano de suspensão.

A decretação da prescrição intercorrente pelo magistrado somente poderá ocorrer depois de ouvida a Fazenda Pública.

Solução do caso concreto:

O acórdão recorrido manteve sentença extintiva do feito executivo fiscal que assim dispôs (fls. 88/89):

I - Relatório

Por não ter sido localizado o executado e/ou bens passíveis de penhora, o curso da execução foi suspenso pelo prazo de um ano, com fulcro no artigo 40 da LEF.

Decorrido este prazo, manifestou-se o exequente requerendo expedição de ofícios a instituições financeiras para quebra de sigilo bancário, o que não resultou em movimentação útil ao feito.

Depois disso, como já havia sido suspenso o feito, determinou-se o arquivamento dos autos, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 40 da LEF, sem nova intimação do exequente. *O feito permaneceu arquivado por prazo igual ou superior a cinco anos.*

Posteriormente, em atenção ao acréscimo do § 4º ao artigo 40 da LEF, promovido pelo artigo 6º da Lei n. 11.051, de 29/12/2004, *determinou-se vista ao exequente para se manifestar sobre a prescrição*, tendo ele ofertado embargos de declaração, alegando haver contradição nas decisões.

II - Fundamentação

A prescrição intercorrente é aquela que ocorre durante a tramitação do processo após efetivação da citação. A ela aplicam-se os mesmos prazos e regras atinentes à prescrição ordinária relativa à espécie.

A jurisprudência se pacificou no sentido de que *a prescrição intercorrente não se suspende durante o período de arquivamento dos autos com base no § 2º, do art. 40 da LEF* (não localização do devedor ou de bens passíveis de penhora), tendo sido inclusive acrescido um § 4º ao art. 40 da LEF, pela Lei 11.051/04, v.g:

§ 4º. Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício.

É certo que *a suspensão da execução pelo art. 40 da LEF suspende o prazo prescricional, mas tão somente por um ano. Se, após esse um ano de suspensão, seguem-se diligências e atos processuais sem resultado útil - vale dizer, busca de bens sem efetivação de penhora ou novo pedido de suspensão não caberá uma nova suspensão de um ano, mas sim o arquivamento dos autos, na forma dos §§ 2º e 4º, do art. 40 da LEF, sem nova intimação do exequente.*

Não há qualquer contradição entre as decisões proferidas nos autos. A primeira determinou a suspensão do feito para posterior arquivamento; a segunda determinou diretamente o arquivamento, sem nova intimação do exequente, uma vez que já transcorrido o anuênio de suspensão e mais um período no qual se tentou localizar bens passíveis de penhora, sem êxito, porém.

Somente após o decurso de cinco anos de arquivamento dos autos é que se impõe nova oitiva do credor, nos termos do § 4º, do art. 40 da LEF, formalidade esta que restou atendida na espécie. Consumou-se a prescrição intercorrente, portanto, haja vista que, após o arquivamento do feito com base no § 2º, do art. 40 da LEF, o feito ficou paralisado por mais de cinco anos sem qualquer impulso do exequente.

Ao que se extrai dos trechos destacados na r. sentença, a decretação da prescrição intercorrente, no caso, observou os trâmites legais impostos pela norma de regência (art. 40 da Lei 6.830/80).

Assim, não logra êxito o especial apelo do ente fazendário.

Ante todo o exposto, voto por *negar provimento* ao recurso especial da *Fazenda Nacional*.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Og Fernandes: A controvérsia posta em juízo diz respeito ao mecanismo de contagem da prescrição intercorrente da execução fiscal à luz do regramento contido no art. 40 da Lei n. 6.830/1980.

A divergência instaurada no presente julgamento, dentre as quatro teses trazidas no voto do em. Relator, consiste basicamente no conteúdo da primeira delas, qual seja sobre o momento em que se inicia a suspensão por 1 (um) ano do feito executivo após o qual começa a contagem da prescrição intercorrente, nas hipóteses em que o devedor não é localizado ou quando não são encontrados bens sobre os quais possam recair a constrição judicial.

O Ministro Herman Benjamin asseverou que a suspensão do processo compreende-se no conceito de “suspensão-crise”. Daí porque seu reconhecimento dependeria de prévia decisão judicial e do esgotamento de diligências a cargo do exequente, seja em relação à localização do devedor, cujo insucesso daria lugar à citação editalícia, seja no tocante à procura de bens suficientes para satisfazer a execução. Com base nesse raciocínio, a suspensividade estaria atrelada ao insucesso do bloqueio universal previsto no art. 185-A do CTN.

A Ministra Assusete Magalhães também se posicionou pela necessidade de decisão judicial para que ocorra a suspensão do processo. O voto divergente amparou-se nos precedentes do STJ sobre a matéria, explicitando que tal providência conferiria uma maior segurança processual ao deixar registrado nos autos o referido marco suspensivo. De acordo com Sua Excelência:

Não se pode retirar do Juiz da execução o poder-dever de dirigir o processo. Na suspensão automática, o magistrado sequer teria conhecimento de que se mostrou desprovida de êxito a tentativa de citação ou de localização de bens do executado. O feito voltaria para o cartório e repousaria incólume no escaninho, até posterior impulso do exequente, se fosse o caso. Seria autorizar uma espécie de automatização indesejável do processo de execução fiscal, à revelia da disposição do *caput* do art. 40 da Lei 6.830/80, que restaria violado.

Entendo que a melhor interpretação a ser conferida ao *caput* do art. 40 da LEF deve partir da premissa de que o prazo de 1 (um) ano de suspensão do feito possui natureza jurídica diversa daquele da prescrição intercorrente, sendo mera condição preliminar ao início do marco prescritivo.

A suspensividade pelo prazo de 1 (um) ano é medida que interfere na regular marcha do processo, sendo prerrogativa conferida à execução dos

créditos da Fazenda Pública - quando não localizados devedor ou seus bens - justificada pela complexidade da estrutura administrativa dos respectivos entes e a necessidade de permanente aperfeiçoamento dos mecanismos de cobrança estatais. O regramento disposto no *caput* do art. 40 da LEF corresponde, na realidade, a uma situação prevista para suspensão do processo, além daquelas elencadas no art. 313 do CPC/2015 (antigo art. 266 do CPC/1973), finda a qual dá-se início à prescrição intercorrente.

Já o reconhecimento da prescrição intercorrente é fato jurídico que resulta na extinção de direitos, sejam eles de cunho estritamente processual, como a pretensão de o credor executar a dívida, sejam eles dotados de natureza material, o que se observa quando o art. 156, V, do CTN explicita que o transcurso do prazo prescricional acarreta a própria extinção do crédito tributário.

Concordo com os argumentos constantes do substancial voto proferido pela em. Ministra Assusete Magalhães, quando Sua Excelência aponta que a decisão judicial que determina a suspensão do processo mostra-se inerente ao poder-dever conferido ao magistrado de dirigir o processo. Da mesma forma, também comungo das preocupações trazidas pelo em. Ministro Herman Benjamin, no sentido de que cumpre ao juiz o gerenciamento da situação de crise processual, a fim de que verifique a presença das circunstâncias que justificam o encerramento do processo sem que se tenha concretizado a pretensão de direito material por ele instrumentalizada. Nesse contexto, a declaração judicial de suspensão do processo é medida que deveria ser editada tão logo ocorrida a situação prevista em lei para sua ocorrência. Todavia, por várias razões que aqui me abstenho de especificar, tal postura não tem sido adotada na prática, sendo incontestes a existência de milhares de execuções fiscais que se encontram paralisadas por tempo indeterminado nos escaninhos judiciais.

A questão que se põe, portanto, é a seguinte: a ausência de decisão judicial reconhecendo a suspensão do feito executivo, mesmo sendo inequívoca a existência das situações fáticas descritas na norma (não localização do devedor ou de seus bens), bem como não havendo dúvidas sobre o prazo de 1 (um) ano dessa paralisação, modifica ou interfere na contagem da prescrição intercorrente? A resposta, a meu ver, é negativa. Explico.

A doutrina processual majoritária reconhece a necessidade de o juiz manifestar-se sobre a suspensão do processo. Todavia, prevalece o entendimento de que o conteúdo desse ato judicial é meramente declaratório, pois apenas certifica a presença de uma de suas causas suspensivas.

Na lição de Humberto Theodoro Jr. (Curso de Direito Processual Civil, v. 1. 58 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, pp. 913-924):

Como relação jurídica complexa e dinâmica, o processo nasce, se desenvolve e se exaure, normalmente, quando atinge a sua meta, que é a composição do litígio, encontrada na sentença de mérito (nas ações de cognição) ou na satisfação do credor (na execução forçada). Entre o pedido do autor e a prestação jurisdicional do Estado nasce, vive e se extingue o processo, portanto.

Mas pode ocorrer, eventualmente, o que Carnelutti denomina crise do processo, que são obstáculos que se interpõem ao logo de seu andamento, provocando uma paralisação que impede momentânea ou definitivamente que a relação processual prossiga e atinja sua meta: são determinados acontecimentos que causam a suspensão temporária do processo ou sua extinção prematura, antes que se lograsse a composição do litígio.

[...]

A suspensão sempre depende de uma decisão judicial que a ordene, pois o comando do processo é do juiz. Essa decisão, todavia, é meramente declarativa, de sorte que, para todos os efeitos, considera-se suspenso o processo desde o momento em que ocorreu o fato que a motivou e não apenas a partir de seu reconhecimento nos autos.

O término da suspensão é automático naqueles casos em que haja um momento preciso, fixado na própria lei (como na hipótese de arguição de suspeição regulada pelo art. 146, § 2º, II), ou no ato judicial que a decretou (como no caso em que se defere a paralisação do feito por prazo determinado).

Sendo, porém, impreciso o termo da suspensão (tal como se passa em situação de motivo de força maior), a retomada da marcha e dos prazos processuais dependerá de uma nova deliberação judicial e da consequente intimação das partes.

Mesmo considerando a corrente minoritária que defende o caráter constitutivo da decisão que determina a suspensão do processo, não parece existir divergência na doutrina sobre a eficácia retroativa desse ato judicial à data do fato que a ensejou.

Destaco, nesse sentido, o posicionamento adotado por Fredie Didier Jr. (Curso de Direito Processual Civil. v. 1. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 830):

A maior parte da doutrina parece confundir o conteúdo da decisão com a sua eficácia temporal: conforme vimos no capítulo sobre teoria da ação, é possível que uma decisão constitutiva produza efeitos retroativos, não sendo a limitação

temporal da eficácia da decisão um dado essencial para distingui-la da decisão declaratória.

A decisão que suspende o processo é constitutiva, pois paralisa a atividade processual, ainda que se dê a essa decisão, como corretamente se costuma dar, uma eficácia retroativa até a data da ocorrência do fato jurídico que ensejou a suspensão.

Pontes de Miranda entende que, no caso de morte da parte, do representante ou do procurador, a suspensão ocorre “desde que o juiz a conheça, com prova”, mas com eficácia retroativa.

A suspensão do processo é, ao lado da sua extinção sem resolução de mérito, manifestação daquilo que se convencionou chamar de crise do procedimento ou crise da instância, pois são situações em que o processo não atinge seu objetivo principal, que é a solução do seu objeto litigioso.

Daniel Amorim Assumpção Neves, por seu turno, arremata a constatação que proferi acima (Manual de Direito Processual Civil. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 568):

Apesar da divergência doutrinária, há um ponto de aceitação generalizada: a decisão de suspensão do processo tem eficácia *ex tunc*, ou seja, retroage à data do evento que deu causa à suspensão, devendo-se considerar desde esse momento suspenso o procedimento.

O Superior Tribunal de Justiça, ao tratar dos efeitos da decisão judicial que atesta a suspensão do processo, também reconheceu a retroatividade desse ato à data do evento que lhe deu causa. A propósito:

Processual Civil. Recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Execução de sentença. Óbito do autor na fase de conhecimento. Habilitação dos herdeiros após o trânsito em julgado. Suspensão imediata do processo. Eficácia *ex tunc*. Prescrição da pretensão executória. Não ocorrência.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - Cinge-se a controvérsia à análise da prescrição da pretensão executória de herdeiros do autor falecido na fase de conhecimento, tendo sido formulado pedido de habilitação após o trânsito em julgado. O tribunal de origem, considerando não ter notícias acerca da suspensão do processo, concluiu que o prazo prescricional de cinco anos começa a fluir a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, encontrando-se prescrita, portanto, a pretensão.

III - Consoante a doutrina e a jurisprudência, ocorrendo a morte de uma das partes, a suspensão do processo é imediata, reputando-se inválidos os atos praticados após o evento, com exceção daqueles de natureza urgente, que não possam esperar a conclusão da habilitação, embora seja possível a ratificação pelos sucessores.

IV - *A suspensão do processo opera-se retroativamente, com efeitos ex tunc, porquanto é meramente declaratório o reconhecimento do evento morte, a partir de quando a parte ficou privada da faculdade de exercer plenamente sua defesa, não podendo ser prejudicada pela não comunicação imediata do fato ao juiz.*

V - Não ocorrência da prescrição da pretensão executória por ausência de previsão legal, sendo inaplicável o instituto da prescrição intercorrente a fim de limitar a habilitação dos sucessores.

VI - Recurso especial provido.

(REsp 1.657.663/PE, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 8/8/2017, DJe 17/8/2017)

Processual Civil. Embargos infringentes em ação rescisória. Autor falecido anteriormente ao ajuizamento da demanda ordinária. Extinção do mandato. Incapacidade para ser parte. Ilegitimidade para o processo. Coisa julgada. Inexistência. Título executivo inexigível. Embargos não providos.

1. A morte do mandante extingue automaticamente os efeitos do mandato, nos termos do art. 1.316, II do CC de 1916 ou do art. 682, II do CC de 2002.

2. O art. 1.321 do Código Civil de 1916 destina-se, ordinariamente, aos mandatos extrajudiciais em que os interesses das partes e de terceiros são convergentes e não ao mandato judicial, como no presente feito, em que o terceiro - demandado na ação de conhecimento - deseja, em realidade, resistir à pretensão do falecido mandante.

3. Por sua vez, o Código Civil de 2002 em seu art. 692, expressamente, dispôs que o mandato judicial é regulado pela legislação processual e a solução encontrada no âmbito processual não difere da que prevista no art. 682, II do CC de 2002 (art. 1316, II do CC de 1916), isto é, os efeitos do mandato extinguem-se com a morte, razão pela qual se o outorgante do mandato falecer antes do ajuizamento da ação, este contrato estará extinto, devendo ser outorgados novos poderes pelo inventariante ao advogado, agora em nome do espólio (art. 12, V do CPC), sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI do CPC.

4. *Nos casos de morte da parte no curso do processo, também a jurisprudência desta Corte é no sentido de que a suspensão é automática, a decisão tem efeito ex tunc e eventuais atos praticados após o falecimento são nulas em razão da mesma causa: a morte do mandante extingue automaticamente os efeitos do mandato.*

Nesse sentido: REsp n. 270.191/SP, Terceira Turma, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 8/4/2002 e EREsp n. 270.191/SP, Corte Especial, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 20/9/2004. Da mesma forma, recente decisão do Ministro Celso de Mello no AgReg. no Recurso Extraordinário com Agravo n. 707.037/MT, publicado no DJe n. 214, 29/10/12.

5. A morte do autor anteriormente à propositura da demanda de conhecimento é, portanto, fato jurídico relevante para se declarar a inexistência do processo judicial em relação a ele, eis que a relação processual não se angularizou, nunca existiu, não se formou validamente, à míngua da capacidade daquele autor para ser parte e, por conseguinte, extinguiu-se, ao mesmo tempo, o mandato outorgado ao advogado, carecendo a relação processual de pressuposto de desenvolvimento válido e regular, qual seja, aquele relativo à capacidade postulatória. Nesse sentido: AR n. 3.285/SC, Terceira Seção, Rel. Ministro Nilson Naves, Rel. p/ Acórdão Ministro Felix Fischer, DJe de 8/10/2010.

Embargos infringentes não providos.

(EAR 3.358/SC, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Rel. p/ Acórdão Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 10/12/2014, DJe 4/2/2015)

Processual Civil. Embargos de divergência. Reexame dos requisitos de admissibilidade do recurso especial. Impossibilidade. Falecimento da parte. Suspensão imediata do processo. CPC, art. 265. Atos praticados antes da decisão judicial. Nulidade. Precedentes.

- Consoante jurisprudência pacífica deste Tribunal, os embargos de divergência não se prestam ao reexame dos requisitos de admissibilidade do recurso especial com finalidade de corrigir eventual equívoco em que possa ter incorrido o julgado embargado.

- O falecimento de qualquer das partes suspende o processo no exato momento em que se deu, invalidando os atos processuais até então praticados.

- *O despacho judicial que determina a suspensão do feito é preponderantemente declaratório, produzindo, por consequência, efeitos "ex tunc".*

- Embargos de divergência improvidos.

(EREsp 270.191/SP, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Corte Especial, julgado em 4/8/2004, DJ 20/9/2004, p. 175).

Desse modo, não obstante possa existir eventual disparidade nos julgados do STJ quanto à aplicação da teoria das nulidades processuais caso a caso - o que compreende a convalidação de atos processuais praticados de boa-fé -, há muito a orientação desta Corte Superior está firmada no sentido da eficácia retroativa do ato judicial que determina a suspensão do processo.

Na execução fiscal, a suspensão inicia quando presentes as situações descritas em lei para sua ocorrência: não localização do devedor ou de bens passíveis de constrição judicial. Já a prescrição é resultado da inércia do credor. E a inércia se caracteriza justamente quando a Fazenda, intimada da não localização do devedor ou de bens penhoráveis, nada faz de efetivo. A suspensão decorre, portanto, da incidência da norma sobre um determinado suporte fático. A prescrição, por outro lado, transcorre em função da ineficiência do exequente. E quando se opera tal situação? Quando, intimada a Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou de bens suscetíveis de penhora, deixa transcorrer o prazo de 1 (um) ano de suspensão sem adotar providência efetiva, ficando inerte. Condicionar o início da prescrição intercorrente a uma decisão prévia do juiz declarando a suspensão processual acrescenta ao suporte fático algo desnecessário e que apenas dá ao juiz o falso poder de modificar o termo inicial do prazo, o que, além de não atender à teleologia da norma e contrariar a própria natureza do instituto da prescrição, é contraproducente.

Não se diga que é incongruente entender pela suspensão processual e permitir (exigir-se) da Fazenda Pública a adoção de diligências com a finalidade de localizar o devedor e/ou de bens passíveis de constrição. O próprio CPC (art. 314) assegura a prática de atos processuais durante a suspensão do processo para evitar o perecimento de direitos, assim como para evitar a prescrição.

Perceba-se que é desnecessário que conste expressamente no ato judicial que o processo estará suspenso, mas isso não quer dizer que não haja despacho e que a Fazenda não seja intimada. O despacho existe, determinando a citação ou a busca de bens penhoráveis. E, após as diligências infrutíferas, a Fazenda será intimada, iniciando-se o prazo de suspensão.

Logo, não se pode dizer que o exequente será surpreendido com o início da prescrição. Não há qualquer dúvida sobre as situações que suspendem a tramitação do feito. São circunstâncias objetivas: não localização do devedor ou de seus bens. Haverá a cientificação desses fatos por meio de intimação judicial. O prazo de suspensão também é certo (1 ano), findo o qual estará caracterizada a inércia do exequente e haverá o início do lapso prescricional.

A partir daí, a Fazenda ainda terá todo o prazo prescricional para adotar medidas efetivas ao prosseguimento da execução. Transcorrido o referido período e constatada a falta de efetividade do exequente, será reconhecida a prescrição. Apenas não é imprescindível que haja decisão prévia sobre a suspensão do processo. Todavia, isso não dispensa o magistrado de, ao reconhecer a prescrição

intercorrente, fundamentar o ato judicial por meio da delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo, inclusive quanto ao período em que a execução ficou suspensa. Sendo assim, está sendo observado o teor do *caput* do art. 40 da LEF.

O entendimento da divergência leva à seguinte situação: mesmo que não localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, e a Fazenda for intimada dessa situação, se não houver a decisão do juiz fazendo constar expressamente que o processo está sendo suspenso, a prescrição não irá se iniciar, prolongando por prazo indeterminado o curso de uma enorme quantidade de processos por conta dessa circunstância. E isso apenas gera morosidade e abarrotamento das varas de Execução Fiscal, sem que sequer represente um aumento de arrecadação para o erário. Fere-se, inclusive, o princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, inc. LXXVIII, da CF/88 (“A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”).

O espírito da tese fixada no voto do em. Relator, por outro lado, é transferir ao credor o ônus de movimentar o processo a fim de localizar o devedor e buscar bens penhoráveis, até porque está se tratando de prescrição, ou seja, de um fato que ocorre por inércia do credor. A regra do impulso oficial não chega ao ponto de exigir que o Judiciário profira um despacho declarando expressamente que se está iniciando o prazo de suspensão.

Assim, não há prejuízos para a Fazenda na adoção da proposta apresentada no voto do em. Relator, pois ela pode requerer as medidas que entender adequadas para obstar o curso do prazo prescricional a qualquer tempo (desde que dentro do prazo prescricional). Não bastasse isso, ainda restará a possibilidade de o exequente, intimado da decisão que reconheceu a prescrição intercorrente, utilizar-se dos meios recursais cabíveis para questionar a contagem dos marcos legais indicados na decisão judicial e demonstrar eventual equívoco do ato judicial impugnado.

Portanto, não discordo das teses apresentadas no voto do em. Relator, com os acréscimos que já foram acolhidos por Sua Excelência. Apenas faço algumas ponderações com intuito de aprimorar a redação do item 3 da tese nele proposta.

Penso que, ao lado da efetiva constrição patrimonial, há que se falar também da localização do devedor. Isso porque tanto o art. 40, *caput*, da LEF quanto o seu § 2º, utilizam como critério para a suspensão e o arquivamento do feito a *não localização do devedor ou que não sejam encontrados bens penhoráveis*. O

art. 40, § 3º, da LEF, por sua vez, dispõe: “Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.”

Outro ponto a ser esclarecido diz respeito ao significado da expressão “prosseguimento da execução” acima transcrita. A meu ver, encontrado o devedor ou efetivada a constrição judicial de seu patrimônio, há apenas a suspensão do prazo prescricional, com a retomada do feito executivo. Desse modo, sobrevindo quaisquer das situações que caracterizem, na dicção da lei, a inércia do exequente, o prazo prescricional não lhe é devolvido por inteiro, mas apenas pelo período que falta.

Em outras palavras, encontrado o devedor e não efetivada a penhora de bens ou direitos, ou ainda, reconhecida eventual irregularidade ou nulidade da constrição patrimonial anteriormente realizada, a prescrição volta a correr pelo prazo restante.

Nessa última hipótese, destaco a observação contida no voto apresentado pelo em. Ministro Herman Benjamin, no sentido de que a prescrição prossegue a partir da decisão judicial que revogar ou declarar a nulidade da medida constritiva anteriormente realizada. Com isso, evita-se qualquer dúvida sobre a eficácia do ato do juiz que desconstituir a garantia prestada à execução fiscal, especialmente no que se refere à contagem da prescrição. Efetivada a penhora, não há mais inércia do exequente. Tal situação será novamente caracterizada a partir da decisão judicial que invalidar a medida constritiva.

Assim, inicialmente, sugerimos a seguinte redação para a terceira tese: **“A localização do devedor ou a efetiva constrição patrimonial são aptas a suspender o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo a busca do devedor, a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente, no intervalo da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável, de acordo com a natureza do crédito exequendo, deverão ser processados, uma vez que a inércia do julgador em face do regular andamento do feito não pode prejudicar a parte, considerando-se suspensa a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência. A prescrição retomará o seu fluxo, pelo prazo restante, a partir do eventual ato do juiz que desconstituir a constrição sobre o patrimônio do devedor no âmbito da execução fiscal.”** (os acréscimos por nós sugeridos estão em negrito).

Em relação à proposta de modulação do acórdão proferido no presente julgamento, haja vista que houve alteração da jurisprudência do STJ sobre o tema, entendo que tal medida deve ser rejeitada.

O art. 927, § 3º, do CPC/2015 possui a seguinte redação:

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.

Como se observa, a alteração do entendimento dominante é apenas um dos elementos a serem avaliados para o deferimento da modulação dos efeitos da decisão tomada no julgamento de recursos repetitivos. Além desse pressuposto, deve haver a conjugação de outros fatores, quais sejam, que a postergação da eficácia vinculante do precedente respalde o interesse social e promova segurança jurídica.

No caso, deve-se considerar que há cerca de 20 milhões de processos que serão atingidos pelo precedente. A aplicação da modulação afastaria de tais processos os efeitos da atual decisão do STJ, os quais permaneceriam suspensos sem qualquer perspectiva de solução, o que não é algo desejável.

Por outro lado, a aplicação imediata da orientação que ora se firma na Corte é providência consentânea com o interesse social e com a segurança jurídica, pois ensejará a estabilização de relações jurídico-processuais que se arrastam há anos no Poder Judiciário, além de redirecionar os esforços das Cortes Judiciais às execuções que sejam efetivamente viáveis, racionalizando custos e promovendo o emprego eficiente da máquina pública.

Ante o exposto, peço vênias à divergência para acompanhar o voto do em. Relator Min. Mauro Campbell Marques, com as considerações ora apresentadas, e negar provimento ao recurso especial.

É como voto.

ADITAMENTO AO VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Inicialmente, em atenção à petição de e-STJ fls. 403/413, da Procuradoria-Geral do Município de São Paulo, registro que sua manifestação foi devidamente anotada e seus argumentos levados em consideração no julgamento. No entanto, indefiro o seu ingresso

no feito na condição de *amicus curiae* em razão de para a representação das municipalidades já ter sido intimada a Confederação Nacional de Municípios – CNM, cuja manifestação consta das e-STJ fls. 374/401. Com efeito, não há qualquer ganho processual na aceitação dos municípios autonomamente como *amicus curiae*, pois inviável ao julgamento admitir a sustentação oral de mais de 5000 entes, individualmente considerados.

Na sequência, ao proferir meu voto no dia 26.11.2014 sobre a forma de contagem da prescrição intercorrente do art. 40, da LEF, sustentei 4 (quatro) teses a serem julgadas para os efeitos e na forma do art. 543-C, do CPC, são elas:

4.1) O prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente *na data da ciência da Fazenda Pública* a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido;

4.2) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não decisão judicial nesse sentido, *findo o prazo de 1 (um) ano, inicia-se automaticamente o prazo prescricional de 5 (cinco) anos* durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual restará prescrita a execução fiscal;

4.3) A efetiva penhora é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, *não bastando para tal o mero peticionamento em juízo* requerendo a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens;

4.4) A *Fazenda Pública*, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245, do CPC), ao alegar a nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40, da LEF, *deverá demonstrar o prejuízo que sofreu*, por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

Diante dos debates que sucederam a prolação de meu voto, observei que não restou suficientemente clara a tese prevista no item “4.3”, de modo que se faz necessário o presente aditamento ao voto.

Quando disse que “a efetiva penhora é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente” não disse que esse efeito é exclusividade da penhora, ou da “efetiva constrição patrimonial”. Há diversas causas suspensivas e interruptivas da prescrição que não são aqui analisadas até porque não estão previstas na Lei de Execuções Fiscais e não decorrem diretamente de atos processuais praticados

nesse âmbito. Daí que não fiz qualquer alusão, por exemplo, aos parcelamentos, moratórias e confissões de dívidas.

Outro ponto de relevo é que a afirmação do item “4.3” vem em oposição ao entendimento sustentado por muitas Fazendas Públicas de que o mero peticionamento em juízo poderia afastar a prescrição intercorrente por não restar caracterizada a inércia. Ocorre, e isso deixei bem claro, que o art. 40, *caput*, da LEF não dá qualquer opção ao Juiz (verbo: “suspenderá”) diante da constatação de que não foram encontrados o devedor ou bens penhoráveis. De observar também que o art. 40, § 3º, da LEF quando se refere à localização do devedor ou dos bens para a interrupção da prescrição intercorrente (“§ 3º - *Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução*”) *não se refere à localização daqueles por parte da Fazenda Pública, mas a sua localização por parte do Poder Judiciário*. Isto porque a palavra “encontrados”, se interpretada à luz do princípio constitucional da eficiência, somente pode se referir a encontrados pelo Poder Judiciário. Explico.

A Fazenda Pública de posse de um indicativo de endereço ou bem penhorável peticiona em juízo requerendo a citação ou penhora consoante as informações dadas ao Poder Judiciário. Essa petição, por si só, não satisfaz ao requisito do art. 40, § 3º, da LEF. Para todos os efeitos, o devedor ou os bens ainda não foram encontrados (trata-se de mera indicação). É preciso também que a providência requerida ao Poder Judiciário seja frutífera, ou seja, que resulte em efetiva citação ou penhora (construção patrimonial). Desse modo, estarão “Encontrados que sejam, [...] *o devedor ou os bens*”, consoante o exige o art. 40, § 3º, da LEF.

Outrossim, a providência requerida ao Poder Judiciário deve resultar em efetiva citação ou penhora - construção patrimonial (isto é: ser frutífera/eficiente), *ainda que estas ocorram fora do prazo de 6 (seis) anos*. Aí sim estarão “Encontrados que sejam, *a qualquer tempo*”, também na letra do art. 40, § 3º, da LEF. Indiferente ao caso que a penhora (construção patrimonial) perdure, que o bem penhorado (constrito) seja efetivamente levado a leilão e que o leilão seja positivo.

Cumprido o requisito, a prescrição intercorrente se interrompe na data em que protocolada a petição que requereu a providência frutífera, até porque, não é possível interromper a prescrição intercorrente fora do prazo de 6 (seis) anos, já que não se interrompe aquilo que já se findou. Isto significa que o Poder Judiciário precisa dar resposta às providências solicitadas pelo exequente



dentro do prazo de 6 (seis) anos, ainda que para além desse prazo, sob pena de restar caracterizado o prejuízo a que me referi no item “4.4” das teses propostas. Nesse sentido, a demora do Poder Judiciário para atender aos requerimentos tempestivos (feitos no curso do prazo de seis anos) há que ser submetida à mesma lógica que ensejou a publicação da Súmula n. 106/STJ (“Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”). Se a providência requerida for infrutífera, decreta-se a prescrição, salvo se o Poder Judiciário excepcionalmente reconhecer a sua culpa (aplicação direta ou analógica da Súmula n. 106/STJ), o que deve ser averiguado de forma casuística, já que depende de pressupostos fáticos.

Neste ponto, retomo o raciocínio, de observar que a ausência de inércia do exequente de que trata o art. 40, da LEF é uma *ausência de inércia qualificada pela efetividade da providência solicitada na petição*. Ou seja, para restar caracterizada a ausência de inércia no momento do protocolo da petição a lei exige a efetiva citação ou penhora feita posteriormente pelo Poder Judiciário. Essa a característica específica do rito da LEF a distingui-lo dos demais casos de prescrição intercorrente. Decorre de leitura particular que se faz do art. 40, § 3º, da LEF que não está presente em nenhum outro procedimento afora a execução fiscal. Essa a interpretação mais adequada, a meu ver, pois atende à melhor técnica jurídica e às conhecidas questões administrativas de gestão judiciária.

Desse modo, para restar mais clara a afirmação do item “4.3”, faço a ele aditamento e novamente escrevo os demais em redação final da seguinte forma (em negrito e sublinhado):

4.1) O prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido;

4.2) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não decisão judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano, inicia-se automaticamente o prazo prescricional de 5 (cinco) anos durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual restará prescrita a execução fiscal;

4.3) A efetiva **construção patrimonial** é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo requerendo a feita da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. **Os**

requerimentos feitos pelo exequente dentro do prazo de 6 (seis) anos deverão ser processados ainda que para além do aludido prazo pois, encontrados e penhorados os bens a qualquer tempo - mesmo depois do prazo de 6 (seis) anos, interrompe-se a prescrição intercorrente retroativamente na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera;

4.4) A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245, do CPC), ao alegar a nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40, da LEF, **deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a do termo inicial - 4.1, onde o prejuízo é presumido)**, por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

Observo que, por provocação da *Fazenda Nacional* via memoriais, substituí na tese “4.3” a menção a “penhora” por “construção patrimonial”, por me parecer mais adequada e de consenso, e na tese “4.4” inseri o trecho entre parênteses “(exceto a do termo inicial - 4.1, onde o prejuízo é presumido)” a fim de deixar bem clara a compatibilidade das teses “4.1” e “4.4”. Aliás, nos casos onde não houver qualquer intimação, o prazo prescricional sequer tem início porque não teve início o prazo de suspensão (aplicação da tese 4.1), de modo que a primeira oportunidade que a Fazenda Pública terá para falar nos autos deverá coincidir com sua ciência da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, o que irá inaugurar o prazo, restando prejudicada a necessidade de demonstração de prejuízo.

Já com relação às observações feitas pelo Min. Herman Benjamin, em seu voto-vista, registro que *não há aqui qualquer elemento surpresa*. Como já deixei claro em meu voto, *a análise de que a suspensão da Execução Fiscal é automática foi efetuada no leading case que originou a Súmula n. 314/STJ (EREsp n. 97.328/PR)*, onde foi decretada a prescrição intercorrente contando-se de forma automática os prazos de suspensão e arquivamento, pois sequer houve despacho expresso de suspensão.

Quanto à questão do prequestionamento do tema, registro o óbvio: a prescrição intercorrente foi decretada na origem contando-se automaticamente os prazos. O recurso é da *Fazenda Nacional* que alegou não ter sido intimada dos procedimentos. O acórdão em sede de apelação manteve a sentença e invocou a aplicação do art. 40 e parágrafos da LEF, além de apontar a falta de demonstração de prejuízo por parte da Fazenda Pública pela falta de intimação da suspensão. Tudo isso analisei em meu voto. Para espantar as dúvidas, transcrevo trecho do acórdão elucidativo quanto ao ponto (e-STJ fl. 177):

Enfim, quanto à *alegação de inobservância do rito previsto no art. 40 da Lei n. 6.830, de 1980*, ressalto de início que esse dispositivo deve ser interpretado em consonância com o disposto no art. 174 do CTN, o qual limita o prazo de paralisação do processo em cinco anos, uma vez que a prescrição e a decadência tributária são matérias reservadas à lei complementar (art. 146, III, 'b', da Constituição Federal). Registro, ainda, que a *ausência de intimação da Fazenda quanto ao despacho que determina a suspensão da execução fiscal* (§ 1º), ou o *arquivamento* (§ 2º), bem como a falta de intimação para sua manifestação antes da *decisão que decreta a prescrição intercorrente* (§ 4º), não acarreta qualquer *prejuízo à exequente*, tendo em vista que pode alegar possíveis causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional a qualquer tempo, inclusive em razões de apelação, o que aqui não fez. Não havendo prejuízo demonstrado pela União, não há falar em nulidade.

*Os temas referentes às três intimações (suspensão, arquivamento e prescrição) e à ausência de prejuízo (rito do art. 40, da LEF) estão sim prequestionados, explícita e implicitamente. A Fazenda Nacional interpôs embargos de declaração alegando não ter sido intimada da suspensão do art. 40 da LEF - que foram apreciados no acórdão de e-STJ fl. 198/199 - e recurso especial por violação ao rito do art. 40, da LEF, dentre outras razões, também por entender incorreto o acórdão que “[...] considerou, como *dies a quo* da prescrição intercorrente, a data em que determinada a suspensão do processo por noventa dias (fl. 39), em flagrante ofensa aos termos do artigo 40 da Lei 6.830 [...] (e-STJ fl. 209).*

Houve prequestionamento de todas as teses. Dizer ao contrário, data vênua, é preciosismo que bloqueará a análise do tema em qualquer outro processo em sede de recurso especial, diante da costumeira má instrução das execuções fiscais, que decorre justamente da ausência de devedor nos autos para amadurecer o contraditório e aclarar as questões envolvidas e também do volume de processos do tipo.

De ver que, *a solução dada pelo Poder Judiciário não extrapola suas competências*, pois limita-se a interpretar e aplicar a lei ao caso concreto nos termos da questão posta no processo. É preciso estar atento ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. Aliás, não foi o Poder Judiciário quem criou os recursos representativos da controvérsia como instrumento de gestão, foi o Poder Legislativo, o que se coaduna com a tripartição de Poderes e com os princípios constitucionais da eficiência, celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Nesse sentido, cabe ao Poder Executivo se mover diante dos limites dados pelos Poderes Legislativo e Judiciário, realizando a gestão da Dívida Ativa, alocando recursos e definindo prioridades, tudo consoante o conhecido sistema de freios e contrapesos.

Também entendo como desnecessária a discussão sobre o significado da expressão “não localização do devedor ou de seus bens” para o presente caso, pois não é o objeto do presente recurso especial. O enquadramento das situações concretas de cada caso futuro ao precedente deverá ser realizado nos processos respectivos. Novas teses poderão surgir, como é natural na evolução jurisprudencial. Nesse sentido, as ponderações realizadas pelo Min. Herman Benjamin sobre a expressão serão mais bem aproveitadas na análise de um caso futuro onde possam ser decisivas. Contudo, desde já registro minha discordância em relação a seu raciocínio de que o fato de um devedor ou um bem não ser localizado, mas ser localizável, afasta a suspensão da execução fiscal. A lei não faz esse discrimen entre “localizado” e “localizável”. Nem poderia, pois o termo “localizável” é de apreensão subjetiva. Já o termo “não localizado”, é objetivo. “Não localizado” é “não localizado”, seja por AR negativo, seja por certificado pelo oficial de justiça não terem sido encontrados bens no endereço fornecido, seja por qualquer outro motivo. O fato é que há 6 (seis) anos, em regra, para resolver o problema.

Do mesmo modo, a alusão que fiz ao prazo de 5 (cinco) anos, refere-se ao caso concreto onde o prazo prescricional aplicável é este. Nada obsta que, em situações futuras, onde o prazo seja outro, a contagem seja diversa. Contudo não é esse o objeto dos presentes autos onde se executa crédito tributário de COFINS. Não vejo porque discutir prazos em tese.

Continuando as críticas às bem colocadas ponderações do Min. Herman Benjamin, entendo que reduzir a aplicação do art. 40 da LEF às situações de citação por edital combinada com a não localização de bens após o requerimento feito na forma do art. 185-A, do CTN (bloqueio universal) é entendimento assaz restritivo do *instituto “prescrição intercorrente”, que inclusive existe desde antes do advento do art. 185-A, do CTN (bloqueio universal)*. Além disso, *entrega a fixação dos marcos suspensivos e interruptivos ao credor*, que poderá requerer ou não tais providências. No extremo, isto significa que enquanto não houver citação por edital e bloqueio universal, não haverá prescrição intercorrente! Data vênia, não posso concordar com isso. Acredito que demonstrei que jurisprudência do STJ foi construída justamente para evitar tais situações. Entendimentos desse tipo que entregam o controle dos prazos de decadência e prescrição à subjetividade dos Juízes e Procuradores é que estão criando esse imenso passivo de execuções fiscais a tumultuar as Varas do Poder Judiciário. De modo que, com todas as vênias, ***rechaço todas as alterações às teses por mim colocadas sugeridas pelo Min. Herman Benjamin.***

Por fim, reitero que a colocação que fiz no item “4.3” no sentido de que “a efetiva constrição patrimonial é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente” não exclui a possibilidade de se reconhecer esse mesmo efeito para outras causas suspensivas e interruptivas da prescrição que não são aqui analisadas. A alusão apenas à penhora (constrição patrimonial) torna a fixação da tese segura, pois há consenso sobre o tema. Não me oponho à tese de que a penhora apenas suspende o prazo prescricional, mas esse tema não é objeto dos autos.

Ante o exposto, *mantenho o voto e proponho o presente aditamento* aos itens “4.3” e “4.4” da ementa onde elencadas as teses a serem julgadas para os efeitos e na forma do art. 543-C, do CPC. É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Ouvi atentamente as ponderações trazidas no aditamento ao voto do e. Ministro Mauro Campbell Marques.

Sua Excelência apresentou alguns acréscimos, destinados a esclarecer alguns pontos de seu judicioso voto, além de tecer considerações a respeito do voto por mim apresentado.

Dadas a relevância e a complexidade do tema ora debatido, entendo conveniente apresentar alguns questionamentos com a intenção de contribuir para a entrega da prestação jurisdicional com a melhor qualidade possível.

É muito importante deixar claro que, excetuadas algumas particularidades, concordo com o e. Ministro Mauro Campbell Marques quanto à necessidade de definir as medidas que repercutem na definição da prescrição intercorrente.

Dito isto, *passo a expor as questões que considero relevantes.*

Conforme destaquei em meu Voto-Vista, a premissa apresentada pelo e. Ministro Relator, destinada a fixar a tese no julgamento deste recurso repetitivo no sentido de que a suspensão da Execução Fiscal é *automática* e decorre da simples ausência de localização do devedor e de seus bens, representa sim guinada na jurisprudência do STJ.

Até aproveito o momento para corrigir minhas ponderações feitas anteriormente, uma vez que, a rigor, não é possível falar em guinada na orientação jurisprudencial, tendo em vista que simplesmente inexistem precedentes que

respaldem os termos propostos no judicioso voto apresentado pelo eminente Relator (que, destaque, não indicou naquele momento um único precedente que enfrentasse e definisse precisamente que a suspensão decorre automaticamente da *primeira tentativa* de citação infrutífera do executado).

Ao contrário do que foi por ele dito aqui em seu aditamento, o *leading case* (EREsp 97.328/PR) que deu origem à Súmula 314/STJ em momento algum examinou se a suspensão da Execução Fiscal é automática. A questão debatida lá, aliás, limitou-se a definir se a regra dos arts. 8º, § 2º, e 40 da Lei 6.830/1980 afasta a aplicação do art. 174 do CTN ou não, isto é, se a Execução Fiscal é ou não imprescritível. Somente no *voto vencido* do e. Ministro Garcia Vieira é que se faz menção ao termo “automática”, ainda assim para consignar o entendimento daquele julgador no sentido de que *o despacho do juiz que recebe a petição inicial “imprime ao processo uma tramitação automática”,* o que, naturalmente, está muito longe de dizer que se cristalizou orientação de que a suspensão do feito decorre automaticamente da simples não localização do devedor e de seus bens.

É nesse sentido, repito exaustivamente, que pontuo que a afirmação representada na primeira das suas quatro teses representa *introdução de orientação desamparada de amadurecimento jurisprudencial no STJ.*

Acrescento, ademais, que tenho aqui insuperável divergência com o e. Ministro Relator porque a instituição de um rito específico para o processamento da Execução Fiscal teve por finalidade – e isto se encontra na Exposição de Motivos do respectivo projeto de lei, devendo servir *obrigatoriamente* de critério da exegese desse microssistema jurídico processual (art. 5º da LINDB) – conferir tramitação mais eficaz e célere que a então estabelecida na Execução Comum do Código de Processo Civil de 1973.

Nessa concepção, reputo contraproducente encampar a proposta do e. Ministro Mauro Campbell Marques, pois adotar a primeira diligência negativa (citação inexitosa) como marco deflagrador automático da suspensão prevista no art. 40 da Lei 6.830/1980 representa nada mais do que a conclusão de que a atuação do Poder Judiciário, no caso, é meramente protocolar, voltada ao escopo de enviar os autos para o arquivamento de cinco anos, e não ao de assegurar a satisfação da pretensão do detentor de um título executivo. *A eficácia do processo de Execução Fiscal, entendendo importante pontuar, é vinculada ao alcance de sua finalidade típica* (a satisfação do crédito perseguido, excetuada a hipótese em que se comprovar a nulidade ou invalidade do respectivo título executivo), de modo que fixar a primeira tentativa inexitosa de localização do devedor ou

dos bens como critério para fazer incidir o prazo de seis anos para a decretação da prescrição intercorrente prestigiaria, paradoxalmente, a eficiência do Poder Judiciário como mecanismo voltado exclusivamente a se livrar do processo, de modo inteiramente alienado ao seu conceito, à sua essência (instrumento para a justa e adequada pacificação social).

Relembre-se, aqui, que a suspensão não constitui benefício em favor da Fazenda Pública credora, mas o termo inicial do prazo que, não por acaso, é definido pelo Relator como de seis anos (um ano de suspensão, acrescido de cinco anos para a configuração da prescrição intercorrente) para a extinção do feito. Seria, praticamente, o único tipo de processo com prazo certo para encerramento!

Não bastasse isso, a implantação desse entendimento constituiria mecanismo que prestigiaria, indiretamente, as manobras procrastinatórias do devedor que busca ocultar a si e ao seu patrimônio para não responder judicialmente pelos seus débitos.

Finalmente, tal medida vai na contramão dos esforços que o Poder Judiciário vem empreendendo para demonstrar sua experiência como órgão superavitário na relação entre a arrecadação por ele viabilizada, em comparação com as despesas para o seu custeio.

Veja-se que, nem mesmo na Execução comum, do CPC/1973, a ausência de localização do devedor e de seus bens já enseja a imediata suspensão, pois normalmente os juízes primeiro concedem aos exequentes a possibilidade de diligenciar meios para que o feito tenha regular tramitação, e não para que seja enviado ao arquivamento – onde só devem ficar as demandas que se caracterizem como de solução inviável.

Considero, exemplificativamente, que representa medida cômoda para o Judiciário determinar imediata suspensão da Execução Fiscal, motivada pelo simples retorno negativo da carta de citação, quando a praxe forense revela que, nestas hipóteses, o usual é dar vista dos autos ao credor (seja na Execução Comum, seja na Execução Fiscal), que poderá indicar o endereço do sócio-gerente para que a citação da empresa seja realizada no endereço dele. Em outro contexto, a certidão do oficial de Justiça que atesta o encerramento das atividades da empresa dá ensejo à presunção da dissolução irregular e, conseqüentemente, ao pedido de redirecionamento, sendo absolutamente precipitado determinar a suspensão do feito diante da não localização do devedor original.

Daí o motivo pelo qual mantenho a minha proposta de que a suspensão e ulterior arquivamento resulte da constatação de que o processo, no caso concreto, não mais se mostre como instrumento viável (“suspensão-crise”) para o adequado exercício da função substitutiva do Poder Judiciário, qual seja, a de viabilizar preferencialmente a satisfação da pretensão pelo meio segundo o qual esta deveria ser espontaneamente realizada.

Com as ponderações acima, esclareço: a) a menção à ausência de prequestionamento, no meu Voto-Vista, era atinente ao específico ponto versado na primeira tese proposta pelo Relator (“suspensão automática”), e não ao tema mais amplo, relacionado à prescrição intercorrente; e b) a discussão quanto ao significado da expressão “não localização do devedor e de seus bens”, ao contrário do que afirma o e. Ministro Mauro Campbell Marques, é relevantíssima, pois se trata de expressão constante da redação do art. 40 da Lei 6.830/1980, cuja interpretação constitui o objeto deste Recurso Especial.

Longe de deixar à subjetividade judicial ou fazendária o controle do termo inicial da suspensão, o critério por mim proposto, com a devida vênia, é objetivo: considero que o exaurimento das medidas tendentes à localização do devedor (cujo insucesso dá lugar à citação por edital) e de seus bens (o bloqueio universal previsto no art. 185-A do CTN, quando inexitoso) é o que há de melhor para evidenciar a total incapacidade de o Poder Judiciário e de a parte exequente terem no processo judicial um mecanismo para a pacificação social, razão pela qual nesse contexto seria incontroversa a constatação de “crise processual”, a justificar a aplicação do art. 40 da LEF.

Para finalizar, registro que o aditamento ao voto, feito pelo e. Ministro Relator, não cuidou de examinar outros dois pontos por mim apresentados e portanto mantidos: a) a efetivação da medida de constrição judicial implica suspensão, e não interrupção do prazo da prescrição intercorrente; e b) no caso concreto, houve efetiva constrição, durante a tramitação do feito (especificamente, em 6.7.2004), de bens por meio do Bacen Jud, havendo necessidade de disciplinar em que medida o seu posterior desfazimento, qualificado pela circunstância de total inexistência de intimação da Fazenda Pública (quanto a esse desfazimento da então positiva constrição judicial) repercutiu na suspensão (ou interrupção, na proposta do e. Ministro Relator) da contagem do prazo da prescrição intercorrente.

São esses os acréscimos que submeto à análise deste órgão colegiado.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: A razão deste voto-vogal é simplesmente reiterar aquilo que aqui já o foi dito em sessões anteriores com algumas pequenas observações derivadas do que colocado posteriormente nesta sessão.

Efetivamente, contrariamente ao que defende sua excelência o Sr. Min. Herman Benjamin, não foi proposta aqui qualquer “guinada” na jurisprudência do STJ. Ao contrário, o que se fez foi um exame minucioso do que até então vinha sendo decidido por este Superior Tribunal de Justiça e sua sistematização de modo a combinar todas as teses vigorantes em um único julgado repetitivo que sirva de norte para todos os órgãos do Poder Judiciário e todas as Procuradorias que fazem uso da execução fiscal como forma de recuperação de créditos.

Como já explicamos, a tese da suspensão automática *a partir da ciência da Fazenda Pública da não localização de bens*, além de decorrer diretamente da leitura da lei, tem inúmeros precedentes, notadamente aqueles que deram ensejo à Súmula n. 314/STJ: “Em execução fiscal, **não localizados bens** penhoráveis, **suspende-se** o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”.

De ver que no próprio *leading case* que originou a Súmula n. 314/STJ (EREsp n. 97.328/PR) **foi decretada a prescrição intercorrente contando-se de forma automática os prazos de suspensão e arquivamento, pois sequer houve despacho expresso de suspensão**. No meu entender, no estudo de um precedente não se pode olvidar dos pressupostos fáticos que o ensejaram e da situação fática gerada posteriormente, ou seja, após o seu julgamento. *Não houvesse a contagem automática*, o resultado do precedente seria outro e a Súmula n. 314/STJ sequer existiria, ou não existiria com essa redação que vincula diretamente a não localização à suspensão ([...] **não localizados bens** penhoráveis, **suspende-se** [...]).

Por tais motivos, **não** é o caso de modulação de efeitos. Seja porque a modulação exige a presença de uma jurisprudência pacificada anterior em sentido contrário ao que será decidido (o que, ao ver do e. Min. Herman Benjamin, inexistente, pois teria havido silêncio sobre a matéria), seja porque o que se está agora decidindo está na linha da jurisprudência pacificada anterior (o que é a minha compreensão, na linha da Súmula n. 314/STJ). Assim, a letra do art. 927, §§ 3º e 4º, da Lei n. 13.105/2015 (CPC/2015) que exige a presença de

alteração de posicionamento firmado em jurisprudência pacificada (dominante) ou Sumulada para haver modulação, *in litteris*:

Código de Processo Civil - 2015

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

[...]

§ 3º 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**.

§ 4º A **modificação de enunciado de súmula**, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da **segurança jurídica**, da **proteção da confiança** e da **isonomia**.

[...]

Como já apontamos, a compreensão de que o prazo de suspensão do art. 40, da LEF somente tem início mediante peticionamento da Fazenda Pública ou determinação expressa do Juiz *configura grave equívoco interpretativo responsável pelos inúmeros feitos executivos paralisados no Poder Judiciário ou Procuradorias, prolongando indevidamente o início da contagem do prazo da prescrição intercorrente que é ex lege (ordena o art. 40: “[...] o juiz suspenderá [...])*.

Outrossim, rememoro o contexto em que julgado o presente processo:

Não é demais lembrar que, de acordo com o Relatório Justiça em Números 2013, elaborado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça, dos 92,2 milhões de processos em tramitação no Poder Judiciário, 29,3 milhões são execuções fiscais, o que corresponde a 32% do total

de processos. São aproximadamente 25,6 milhões de execuções fiscais somente na Justiça Estadual, com taxa de congestionamento de 89%, superior a todas as outras classes. Na Justiça Federal tramitam mais de 3,5 milhões de execuções fiscais, com semelhante taxa de congestionamento. A exorbitante quantidade de execuções fiscais em trâmite nos diversos segmentos da Justiça é, hoje, uma das principais causas da morosidade sistêmica do Poder Judiciário, a prejudicar o andamento célere de outras classes processuais, na contramão do princípio constitucional da duração razoável do processo (*in*, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. (Ed.). Grupo de Trabalho (Portaria n. 155/2013): Política Nacional de Priorização do Primeiro Grau de Jurisdição. Brasília, 2013, pp. 66 *et seq.*).

Falar em modulação de efeitos em um caso de tamanha envergadura e com essas características fere de morte o objetivo deste julgamento sob o rito dos Recursos Repetitivos. Só neste STJ o sistema registra haver quase trinta mil processos aguardando o resultado deste julgamento, tendo em consideração também que já se iniciou há mais de 5 (cinco) anos com decisão de afetação exarada em 21 de agosto de 2012. Modular, significaria dizer que todos esses casos acumulados nesses 5 (cinco) anos, aqui e nas demais instâncias jurisdicionais, se submetiriam a um regramento que não se sabe qual é, posto que o próprio e. Min. Herman Benjamin aponta não haver tese alguma a respeito da suspensão automática (opinião da qual discordo, com vênias, é claro!). *Isso geraria insegurança jurídica, a mesma insegurança jurídica que o instituto da modulação busca evitar.* Outrossim, a aplicação do prazo de 6 (seis) anos a partir do julgamento do presente processo apenas iria postergar no tempo a decretação da prescrição em massa de processos que já se sabe, de antemão, que serão inexitosos a veicular créditos que já estão “podres”, posto que sem localização de bens ou devedores por mais de seis anos, sobrecarregando Judiciário e Procuradorias. Trata-se de medida de todo ineficiente, seja do ponto de vista jurisdicional, seja do ponto de vista de política judicial. Não há qualquer medida possível a ser tomada nos próximos 6 (seis) anos que não poderia ter sido tomada anteriormente na localização de bens ou devedores.

Aliás, a eficácia e a celeridade do rito das execuções fiscais depende da adoção de regras claras e que incentivem essa celeridade e eficiência. O tempo demonstrou que o entendimento de que o prazo de suspensão do art. 40, da LEF somente tem início mediante peticionamento da Fazenda Pública ou determinação expressa do Juiz é contraproducente ao feito executivo e ao Estado como um todo, transformando o Poder Judiciário e as Procuradorias em depósitos de processos inefetivos e produtores de burocracia sem sentido. O contribuinte não tolera mais tamanho descaso com os recursos Públicos.

De registro também que o papel do Poder Judiciário em um processo deve ser imparcial. Quem deve buscar a satisfação de seu título é a Fazenda Pública, tal o princípio da inércia. Nesse sentido, são totalmente impertinentes, com todas as vênias, quaisquer argumentos no sentido de que “o Poder Judiciário vem empreendendo para demonstrar sua experiência como órgão superavitário na relação entre arrecadação por ele viabilizada, em comparação com as despesas para seu custeio”. Essa visão de Administração Pública a considero totalmente enviesada. A uma, porque o Poder Judiciário não tem por função precípua arrecadar, essa atividade é típica das Fazendas Públicas através de Secretarias da Receita e Procuradorias. A duas, porque as despesas em questão como fator comparativo deveriam ser a do custeio de toda a máquina estatal de cobrança e não apenas a do Poder Judiciário. A três, porque em lugar nenhum do mundo o Poder Judiciário é superavitário, simplesmente porque não foi criado para tal fim. Seu papel em qualquer país é a distribuição da Justiça, dando segurança às transações, e não a criação de riqueza nova. *Em suma, a legitimidade do Poder Judiciário está em sua capacidade de produzir segurança social e não em sua capacidade de produzir superávit.*

Quanto à questão do prequestionamento do tema, registro novamente o que para mim é óbvio: *a prescrição intercorrente foi decretada na origem contando-se automaticamente os prazos. O recurso é da Fazenda Nacional que alegou não ter sido intimada dos procedimentos. O acórdão em sede de apelação manteve a sentença e invocou a aplicação do art. 40 e parágrafos da LEF, além de apontar a falta de demonstração de prejuízo por parte da Fazenda Pública pela falta de intimação da suspensão.* Tudo isso analisei em meu voto. Para espantar as dúvidas, transcrevo trecho do acórdão elucidativo quanto ao ponto (e-STJ fl. 177):

Enfim, quanto à *alegação de inobservância do rito previsto no art. 40 da Lei n. 6.830, de 1980*, resalto de início que esse dispositivo deve ser interpretado em consonância com o disposto no art. 174 do CTN, o qual limita o prazo de paralisação do processo em cinco anos, uma vez que a prescrição e a decadência tributária são matérias reservadas à lei complementar (art. 146, III, 'b', da Constituição Federal). Registro, ainda, que *a ausência de intimação da Fazenda quanto ao despacho que determina a suspensão da execução fiscal* (§ 1º), ou o *arquivamento* (§ 2º), bem como a falta de intimação para sua manifestação antes da *decisão que decreta a prescrição intercorrente* (§ 4º), não acarreta qualquer *prejuízo à exequente*, tendo em vista que pode alegar possíveis causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional a qualquer tempo, inclusive em razões de apelação, o que aqui não fez. Não havendo prejuízo demonstrado pela União, não há falar em nulidade.

*Os temas referentes às três intimações (suspensão, arquivamento e prescrição) e à ausência de prejuízo (rito do art. 40, da LEF) estão sim prequestionados, explícita e implicitamente. A Fazenda Nacional interpôs embargos de declaração alegando não ter sido intimada da suspensão do art. 40 da LEF - que foram apreciados no acórdão de e-STJ fl. 198/199 - e recurso especial por violação ao rito do art. 40, da LEF, dentre outras razões, também por entender incorreto o acórdão que “[...] considerou, como *dies a quo* da prescrição intercorrente, a data em que determinada **a suspensão** do processo por noventa dias (fl. 39), em flagrante ofensa aos termos do artigo 40 da Lei 6.830 [...] (e-STJ fl. 209).*

Houve prequestionamento de todas as teses. Dizer ao contrário, data vênua, é preciosismo que bloqueará a análise do tema em qualquer outro processo em sede de recurso especial, *diante da costumeira má instrução das execuções fiscais, que decorre justamente da ausência de devedor nos autos para amadurecer o contraditório e aclarar as questões envolvidas e também do volume de processos do tipo.*

Quanto às demais ponderações do Min. Herman Benjamin, para evitar redundâncias, as considero suficientemente enfrentadas no aditamento ao voto por mim já proferido anteriormente.

Ante o exposto e novamente rogando máximas vênias ao e. Min. Herman Benjamin, ***mantenho o voto nos termos do aditamento e afasto qualquer possibilidade de modulação de efeitos.***

É como voto.

2º Aditamento ao Voto

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial representativo da controvérsia onde se discute a forma de contagem do prazo da prescrição intercorrente prevista no art. 40, da Lei de Execuções Fiscais - LEF. A razão deste *segundo aditamento* ao voto é simplesmente acolher parte das teses muito bem apresentadas pela Min. Assusete Magalhães (as teses “4.1b”, “4.1c”, “4.3” e “4.4”) na sessão do dia 22.02.2018, e reiterar a divergência que temos em relação às teses “4.1” e “4.2” de meu voto, que faz oposição às teses “4.1.a” e “4.2” propostas pela Ministra.

Inicialmente, vou àquilo em que concordamos (teses “4.1b”, “4.1c”, “4.3” e “4.4”).

Resumidamente, disse eu em meu voto, interpretando o art. 40, da LEF, e a *prescrição intercorrente* nele prevista, que:

4.1) O prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente *na data da ciência da Fazenda Pública* a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido;

Na última sessão, ponderou a Min. Assusete Magalhães que a tese assim por mim proposta, ao iniciar a contagem diretamente da não localização do devedor, estava a ignorar a contagem do prazo da *prescrição ordinária* que tem início anteriormente na data de vencimento do crédito em cobrança e fim (tese “4.1.b”) com o marco interruptivo fixado na data da citação válida do devedor (para os casos de despacho ordenador da citação em dívida ativa tributária proferido antes da vigência da Lei Complementar n. 118/2005) ou (tese “4.1.c”) na data do despacho ordenador da citação (para os casos de despacho ordenador da citação em dívida ativa tributária proferido já na vigência da Lei Complementar n. 118/2005 e para todos os casos de dívida ativa não tributária). De registro que esses marcos interruptivos, segundo o recurso representativo da controvérsia REsp n. 1.120.295-SP (Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 12.5.2010), *retroagem à data do ajuizamento da execução fiscal*.

Assim, a Ministra Assusete Magalhães propôs as teses “4.1.b” e “4.1.c” abaixo, às quais adiro, sem prejuízo do raciocínio, apenas com a observação de que, segundo o recurso representativo da controvérsia REsp n. 1.120.295-SP (Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 12.5.2010), *a interrupção da prescrição ordinária, em todos os casos, retroage à data do ajuizamento da execução fiscal, de modo que não impactam na tese “4.1.”*. Seguem então as teses por ela propostas:

4.1.b) Em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa, de natureza tributária, cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes do início da vigência da Lei Complementar 118/2005, o prazo da prescrição ordinária, no período da redação original do inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN, interrompia-se pela citação válida do devedor (por carta, por oficial de justiça ou por edital). Nessa hipótese, depois da citação válida, ainda que editalícia, logo após a primeira tentativa infrutífera de localização do devedor ou de bens penhoráveis, o Juiz suspenderá o curso da execução.

4.1.c) Em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa não tributária, por força do que dispõe o § 2º do art. 8º da Lei 6.830/80, assim como em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa, de natureza tributária, cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar 118/2005, que conferiu nova redação ao inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN, a interrupção da prescrição ordinária opera-

se com o despacho de citação. Nessa hipótese, logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz suspenderá a execução.

Com efeito, não temos divergência quanto a isso. Assim, sugiro apenas uma redação mais “enxuta” a fim de evitar qualquer possível contradição com o recurso representativo da controvérsia REsp n. 1.120.295 - SP (Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 12.5.2010). Desse modo, assim proponho a redação dessas mesmas teses “4.1.b” e “4.1.c” as quais tomarão os números de “4.1.1.” e “4.1.2.”, como subitens da tese mais genérica “4.1.”, respectivamente:

4.1.1.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., nos casos de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes da vigência da Lei Complementar n. 118/2005), depois da citação válida, ainda que editalícia, *logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.*

4.1.2.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar n. 118/2005) e de qualquer dívida ativa de natureza não tributária, *logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.*

Outrossim, considero que as teses “4.1.b” e “4.1.c” (agora “4.1.1.” e “4.1.2.”) trazem o ganho de esclarecer expressamente a determinação legal que existe no art. 40, da LEF, para que os juízes da execução fiscal suspendam a execução logo após *a primeira* tentativa infrutífera de localização do devedor ou de bens penhoráveis. Isso de modo algum se incompatibiliza (ao contrário, complementa) a tese que propus de número “4.1”, acima, que fixa o termo inicial do prazo de suspensão também para os casos em que os juízes da execução fiscal deixam de suspender a execução logo após *a primeira* tentativa infrutífera de localização do devedor ou de bens penhoráveis, isto é, para os casos em que os próprios juízes deixam de atender ao comando legal de intimar a Fazenda Pública credora para informar, conjuntamente, a negativa de localização do devedor ou bens e a suspensão da execução fiscal. Sobre o tema, voltarei mais adiante.

Já a respeito da tese “4.3”, assim a redigi em meu voto:

4.3) A efetiva **construção patrimonial** é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, *não bastando para tal o mero peticionamento em juízo* requerendo

a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. **Os requerimentos feitos pelo exequente dentro do prazo de 6 (seis) anos deverão ser processados ainda que para além do aludido prazo pois, encontrados e penhorados os bens a qualquer tempo - mesmo depois do prazo de 6 (seis) anos, interrompe-se a prescrição intercorrente retroativamente na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera;**

A sugestão dada pela Min. Assusete Magalhães ao item “4.3”, que foi também outrora dada pelo Min. Herman Benjamin e posteriormente pelo Min. Og Fernandes, apenas troca a menção ao prazo de 6 (seis) anos (1 de suspensão + 5 de prescrição) por uma menção genérica adaptável aos diversos prazos prescricionais aos quais podem estar submetidos uma dívida.

Compreendo que essa sugestão se dá apenas no escopo de tornar o julgamento deste repetitivo o mais abrangente possível, abarcando também as hipóteses de créditos não tributários inscritos em dívida ativa e que podem ter prazos prescricionais diferentes do prazo tributário quinquenal. Assim, a adoção das alterações sugeridas à tese “4.3”, além de ser positiva, é decorrência lógica da adoção das teses “4.1.b” e “4.1.c” (agora “4.1.1.” e “4.1.2.”), que discriminam as hipóteses tributárias e não tributárias, muito embora o presente caso concreto se refira especificamente à dívida ativa tributária. Desse modo, incorporo integralmente a sugestão proposta pela Min. Assusete Magalhães ao meu voto, com o seguinte texto que incorpora também sugestão feita pelo Min. Og Fernandes, *in verbis*:

4.3.) A efetiva *constrição patrimonial* e a efetiva *citação* (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, *não bastando para tal o mero peticionamento em juízo*, requerendo, *v.g.*, a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. *Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, citados (ainda que por edital) os devedores e penhorados os bens, a qualquer tempo – mesmo depois de escoados os referidos prazos –, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera.*

Já a alteração sugerida pela Min. Assusete Magalhães à tese “4.4” de meu voto apenas adiciona ao texto a correlação entre os artigos 245, do CPC/1973 e 278, do CPC/2015 que tratam da preclusão para a alegação de nulidades relativas no processo. Meu texto original estava assim redigido, *verbo ad verbum*:

4.4) A *Fazenda Pública*, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245, do CPC), ao alegar a nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40, da LEF, *deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a do termo inicial - 4.1, onde o prejuízo é presumido)*, por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

Adoto agora a redação sugerida pela Min. Assusete para apresentar o seguinte texto:

4.4.) A *Fazenda Pública*, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, *deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial - 4.1., onde o prejuízo é presumido)*, por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

Considero prudente manter a menção ao CPC/1973 revogado, tendo em vista o imenso passivo sobre o qual serão aplicadas as teses provenientes deste repetitivo. Apenas registro que a redação da Min. Assusete faz menção a sua tese “4.1.a”, da qual discordo, posto que mantenho minha tese “4.1”, pelos motivos que já alinhavi em oportunidades anteriores e pelos que declinarei em seguida.

Posto isto, vamos às teses discordantes. Considero que o presente repetitivo possui três núcleos essenciais que necessitam de ser preservados, sob pena de não possuir qualquer eficácia material: 1º) a contagem da suspensão a partir da ciência/intimação da Fazenda Pública, *independentemente de o juiz ter expressamente determinado a suspensão*; 2º) a irrelevância das petições fazendárias infrutíferas; e 3º) a caracterização das nulidades nesse procedimento como relativas.

Subjacente a esses três núcleos, está a idéia de que o termo inicial e a contagem do prazo prescricional da prescrição intercorrente necessitam ser mais objetivos, com maior independência de providências do juiz e das partes. À toda evidência, *o grande problema que enfrentamos hoje nas execuções fiscais decorre justamente da falta de decisão expressa dos juízes determinando a suspensão do feito pelo art. 40, da LEF, o que acaba por submeter o início do prazo da prescrição intercorrente à subjetividade dos magistrados e procuradores.*

Poder-se-ia pensar, como o raciocina a Min. Assusete Magalhães, que este problema estaria contornado caso o repetitivo simplesmente determinasse que a decisão de suspensão devesse ser tomada “logo após a primeira tentativa

infrutífera de localização do devedor ou de bens penhoráveis” (teses “4.1.b” e “4.1.c”). Ocorre que essa determinação, 1º) além de não dar solução eficiente ao grande passivo de processos sobrestados em razão deste repetitivo onde não houve essa decisão expressa de suspensão “logo após a primeira tentativa infrutífera” ou onde sequer houve qualquer decisão de suspensão, muito embora intimada a Fazenda Pública do que ocorrido, 2º) também não dá solução eficiente e objetiva para os casos futuros onde os magistrados deixarem de cumprir o comando do repetitivo.

No primeiro caso, adotada a solução dada pela Min. Assusete Magalhães, os processos amontoados nas varas de execução fiscal há vários anos onde não houve decisão expressa de suspensão, *muito embora já intimada a Fazenda Pública da não localização de bens e devedores*, terão o início da contagem do prazo de suspensão condicionado a essa decisão judicial de suspensão que poderá vir ou não e não se sabe quando. *Ou seja, enquanto não houver decisão expressa de suspensão, os processos ficarão em uma espécie de “limbo judicial” onde não corre nem a suspensão e nem a prescrição intercorrente. Poderão ali se eternizar!* Para exemplo, no caso de crédito tributário, a contagem do prazo será bem superior à soma de 1 (um) ano de suspensão mais 5 (cinco) anos de prescrição, podendo atingir dezenas de anos ou até o infinito, a depender do zelo, condições e capacidade de trabalho de cara vara judicial, *criando evidente situação de desigualdade e insegurança jurídica que não cabe como resultado do julgamento de um repetitivo.*

No segundo caso, o de processos futuros onde desobedecido o comando do repetitivo para a decisão de suspensão pelo juiz “logo após a primeira tentativa infrutífera”, o problema se repete com um agravante. A situação do executado restará duvidosa e, certamente, quando vier aos autos ele irá recorrer questionando a ocorrência da prescrição tendo em vista a omissão do magistrado em decidir pela suspensão. *Assim, para os casos futuros, inauguraremos um novo caso repetitivo a ser decidido: qual o termo inicial da contagem do prazo da prescrição intercorrente quando o magistrado se omite em decidir pela suspensão logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens e devedores?*

O fato é que, se estamos determinando ao juiz da execução que dê a decisão de suspensão “logo após a primeira tentativa infrutífera”, qual a consequência que estipularemos para os casos onde tal decisão não é dada? Iremos beneficiar a Fazenda Pública, muito embora esta já esteja ciente de que não foram encontrados bens e devedores e de que a decisão de suspensão já deveria ter sido



dada? Iremos reconhecer o direito do devedor à prescrição decorrente do erro/omissão judicial?

Creio que a justiça está no reconhecimento do direito do devedor à prescrição. Além de a prescrição ser matéria de ordem pública cognoscível de ofício, Fazenda Pública já sabia que não foram encontrados bens e devedores, se não informou ao juiz que deveria ter decidido pela suspensão, agiu de má-fé. O Direito deve prestigiar a segurança jurídica. Daí porque *não faz sentido algum interpretarmos o texto do art. 40 da LEF como sendo a decisão judicial condicionante do início da suspensão sob pena de estarmos a oficializar justamente o grande problema que queremos solucionar com o repetitivo: a ideia de que o juiz controla o termo inicial do prazo de suspensão e, por conseguinte, controla o termo inicial do prazo da prescrição intercorrente.*

Por estas razões, dentre as outras já declinadas em minhas manifestações anteriores, mantenho as teses “4.1” e “4.2” de meu voto (adaptando esta última às teses “4.1.b” e “4.1.c” - agora “4.1.1.” e “4.1.2.”) para retirar a menção ao prazo quinquenal, e ao texto do art. 40, § 4º, da LEF) e rejeito as teses “4.1.a” e “4.2” propostas pela Ministra Assusete Magalhães.

Assim, incorporando as sugestões compatíveis feitas nas diversas sessões de julgamento do presente recurso especial, proponho as seguintes teses para os efeitos próprios do precedente repetitivo:

4.1.) O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início *automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública* a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, *sem prejuízo dessa contagem automática*, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução;

4.1.1.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., nos casos de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes da vigência da Lei Complementar n. 118/2005), depois da citação válida, ainda que editalícia, *logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens penhoráveis*, o Juiz declarará suspensa a execução.

4.1.2.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar n. 118/2005) e de qualquer dívida ativa de natureza não tributária, *logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis*, o Juiz declarará suspensa a execução.

4.2.) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, *findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável* (de acordo com a natureza do crédito exequendo) durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual o Juiz, *depois de ouvida a Fazenda Pública*, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato;

4.3.) A efetiva *construção patrimonial* e a efetiva *citação* (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, *não bastando para tal o mero peticionamento em juízo*, requerendo, *v.g.*, a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. *Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, citados (ainda que por edital) os devedores e penhorados os bens, a qualquer tempo – mesmo depois de escoados os referidos prazos –, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera.*

4.4.) A *Fazenda Pública*, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, *deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial - 4.1., onde o prejuízo é presumido)*, por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

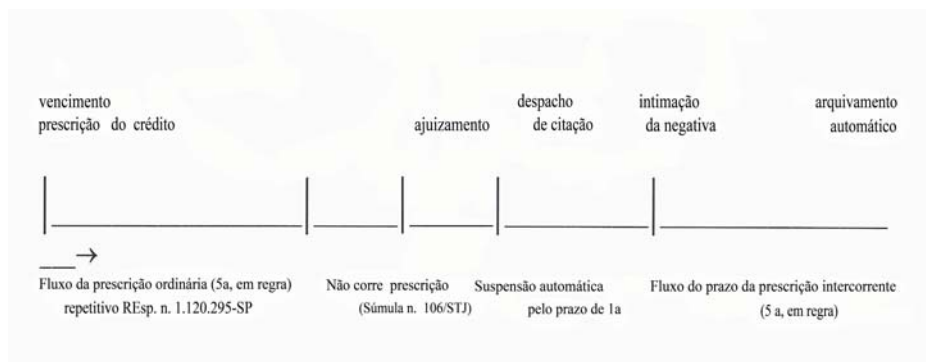
4.5.) O magistrado, ao reconhecer a prescrição intercorrente, deverá fundamentar o ato judicial por meio da *delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo*, inclusive quanto ao período em que a execução ficou suspensa.

A tese “4.5.” foi adicionada por sugestão do Min. Og Fernandes, para mais bem disciplinar a aplicação do repetitivo e a tese “4.1.” teve sua redação alterada para dela constar o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução, consoante a sugestão feita pela Min. Assusete Magalhães e a contribuição do Min. Og Fernandes no sentido de que o ato do Juiz que constata a suspensão é meramente declaratório.

Abaixo acrescento, para facilitar a objetivação das teses e a aplicação do repetitivo aos casos concretos, gráfico didaticamente concebido seguido de exemplos de aplicação das teses expostas acima.



Gráfico da sistemática de prescrição intercorrente



Exemplos de aplicação das teses.

- Se a *citação for negativa e não forem encontrados bens*, intimada a Fazenda Pública inicia-se automaticamente a suspensão de 1a. (havendo ou não decisão judicial nesse sentido), devendo a Fazenda Pública tomar as providências para a promover a citação por edital (se for o caso) dentro do prazo de suspensão somado ao prazo de prescrição intercorrente a fim de interromper o prazo de prescrição intercorrente se já iniciado, sendo que o prazo iniciará ou reiniciará com a citação por edital, conforme o caso. Posteriormente, deverá a Fazenda Pública tomar as providências para a promover a efetiva constrição patrimonial dentro do prazo de prescrição intercorrente iniciado ou reiniciado, a fim de o interromper de forma retroativa à data em que protocolada a petição que ensejou a providência que foi efetivada.

- Se a *citação for positiva - para o caso de despacho que ordenou a citação para a cobrança de dívida ativa de natureza tributária antes da vigência da LC n. 118/2005 - e não forem encontrados bens*, afasta-se o fluxo da prescrição ordinária (a interrupção da prescrição *pela citação* retroage à data da propositura da ação - repetitivo REsp n. 1.120.295-SP). Assim, intimada a Fazenda Pública de que não foram encontrados bens inicia-se automaticamente a suspensão de 1ª (havendo ou não decisão judicial nesse sentido), devendo a Fazenda Pública tomar as providências para a promover a efetiva constrição patrimonial dentro do prazo de suspensão somado ao prazo de prescrição intercorrente a fim de interromper o prazo de prescrição intercorrente de forma retroativa à data em que protocolada a petição que ensejou a providência que foi efetivada.

- Se a *citação for positiva - para o caso de despacho que ordenou a citação para a cobrança de dívida ativa de natureza tributária depois da vigência da LC*

n. 118/2005 e de qualquer dívida ativa de natureza não tributária - e não forem encontrados bens afasta-se o fluxo da prescrição ordinária (a interrupção da prescrição *pelo despacho que ordena a citação* retroage à data da propositura da ação - repetitivo REsp n. 1.120.295-SP). Assim, intimada a Fazenda Pública de que não foram encontrados bens inicia-se automaticamente a suspensão de 1ª (havendo ou não decisão judicial nesse sentido), devendo a Fazenda Pública tomar as providências para a promover a efetiva constrição patrimonial dentro do prazo de suspensão somado ao prazo de prescrição intercorrente a fim de interromper o prazo de prescrição intercorrente de forma retroativa à data em que protocolada a petição que ensejou a providência que foi efetivada.

- Em todos os casos acima *é dever do magistrado declarar o início do prazo de suspensão de 1a. no primeiro momento em que constatar que a citação foi negativa e/ou que não foram encontrados bens*, mas a ausência dessa declaração não impede o fluxo dos prazos.

Ante o exposto, *mantenho o voto com os acréscimos e modificações feitos no presente aditamento* às teses já admitidas em sessão.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.405.244-SP (2013/0322683-1)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Recorrente: Vinhos Salton S/A Indústria e Comércio e outro

Advogado: Ricardo Nussrala Haddad e outro(s) - SP131959B

Recorrido: Fazenda Nacional

Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PR000000O

EMENTA

Tributário. *Recurso especial repetitivo* (art. 543-C do CPC/1973 e art. 1.036 do CPC/2015). Afixação de selos de controle em produtos sujeitos à incidência de IPI: obrigação tributária acessória. Pagamento pelo fornecimento dos selos especiais: obrigação tributária principal,

da espécie *Taxa de Polícia*. Precedentes: REsp 1.448.096/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 14.10.2015; REsp 1.556.350/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 1º.12.2015; e RE 662.113/PR, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, DJe 12.2.2014. *Previsão veiculada em norma infralegal*. DL 1.437/1975. Ofensa à regra da estrita legalidade tributária. Art. 97, IV do CTN. Reconhecimento do indébito. Prescrição quinquenal da pretensão repetitória de tributos sujeitos a lançamento de ofício. Julgamento sujeito ao art. 543-C do Código Buzaid e art. 1.036 do Código Fux. Recurso especial dos particulares conhecido e parcialmente provido, para reconhecer o direito à repetição tributária, mas alcançando apenas o quinquênio anterior à propositura da ação correspondente.

1. A obrigação tributária acessória tem por escopo facilitar a fiscalização e permitir a cobrança do tributo, sem que represente a própria prestação pecuniária devida ao Ente Público.

2. Ao impor a determinados sujeitos passivos o dever de afixar selos especiais em seus produtos, o Ente Tributante atua nos moldes do art. 113, § 2º do CTN, pois se trata de obrigação de fazer, no interesse exclusivo do Fisco.

3. Por outro lado, não pode ser considerada acessória a obrigação de pagar pelo fornecimento dos selos especiais utilizados para tal controle, haja vista a tipificação dessa cobrança como taxa, a teor do art. 77, *caput* do CTN.

4. De fato, a diferença fundamental entre obrigação tributária principal e obrigação tributária acessória é a natureza da prestação devida ao Estado. Enquanto aquela (principal) consubstancia entrega de dinheiro, esta (acessória) tem natureza prestacional (fazer, não fazer ou tolerar).

5. Embora ao Fisco seja dado impor ao sujeito passivo certas obrigações acessórias por meio da legislação tributária – expressão que compreende não só as leis, mas, também, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes –, o mesmo não ocorre no âmbito das taxas, que devem obediência à regra da estrita legalidade tributária, nos termos do art. 97, IV do CTN.

6. O art. 3º do Decreto 1.437/1995, ao impor verdadeira taxa relativa à aquisição de selos de controle do IPI, incide em vício formal; a exação continua sendo tributo, a despeito de ser intitulada de ressarcimento prévio.

7. Conclui-se que, no entorno dos selos especiais de controle do IPI, *o dever de afixá-los* tem natureza de obrigação acessória, enquanto *o dever de adquiri-los* tem natureza de obrigação principal.

8. A partir de um prisma didático, convém classificar como *Taxas do Poder de Polícia* aquelas que têm origem, ensejo e justificativa no vigiar e punir, ou seja, na fiscalização, que é interesse eminentemente estatal, reservando a categoria das *taxas de serviço* para aquelas que se desenvolvem em função do interesse do usuário, ante a compreensão de que esse interesse é relevante para definir a atividade como serviço.

9. Na espécie, os valores exigidos à guisa de ressarcimento originam-se do exercício de poderes fiscalizatórios por parte da Administração Tributária, que impõe a aquisição dos selos como mecanismo para se assegurar do recolhimento do IPI, configurando-se a cobrança como tributo da espécie *Taxa de Poder de Polícia*.

10. Pontua-se que a questão ora discutida somente se refere à *inexigibilidade do ressarcimento do custo do selo de controle do IPI enquanto perdurou a previsão em norma infralegal (art. 3º do DL 1.437/1995), não alcançando, todavia, os fatos geradores ocorridos após a vigência da Lei 12.995/2014*, instituindo taxa pela utilização de selo de controle previsto no art. 46 da Lei 4.502/1964.

11. Em tempo, esclareça-se que, por se tratar de tributo sujeito a lançamento de ofício, é quinquenal a pretensão de reaver os valores pagos indevidamente, tendo como termo inicial a data de extinção do crédito tributário pelo pagamento, consoante se extrai da leitura combinada dos arts. 165, I e 168 I do CTN.

12. Recurso Especial de *Vinhos Salton S.A. Indústria e Comércio e Outro* conhecido e parcialmente provido. Na espécie, não se reconhece o direito à repetição de indébito tributário, senão somente no que se refere ao quinquênio anterior à propositura da ação.

13. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC/1973 (art. 1.036 do Código Fux, CPC/2015), fixando-se a tese da inexigibilidade

do ressarcimento de custos e demais encargos pelo fornecimento de selos de controle de IPI instituído pelo DL 1.437/1975, que, embora denominado ressarcimento prévio, é tributo da espécie Taxa de Poder de Polícia, de modo que há vício de forma na instituição desse tributo por norma infralegal, excluídos os fatos geradores ocorridos após a vigência da Lei 12.995/2014. Aqui se trata de observância à estrita legalidade tributária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, a sessão, por unanimidade, conhecer do Recurso Especial e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa (voto-vista proferido apenas em relação à tese), Gurgel de Faria e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedida a Sra. Ministra Regina Helena Costa relativamente ao julgamento do caso concreto, nos termos da questão de ordem suscitada na assentada de 9.5.2018.

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministros Francisco Falcão e a Sra. Ministra Assusete Magalhães.

Brasília (DF), 08 de agosto de 2018 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 13.11.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Recurso Especial interposto por *Vinhos Salton S.A. Indústria e Comércio e Outro* contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado:

Tributário. Selo de controle de IPI. Natureza jurídica. Obrigação acessória.

1. A aquisição de selo para controle do IPI tem natureza jurídica de obrigação acessória, por visar facilitar a fiscalização e arrecadação do tributo principal, conforme previsão contida no artigo 113, § 2º do CTN.

2. A cobrança pela confecção e fornecimento dos selos, nos moldes do Decreto-Lei 1.437/75, constitui ressarcimento aos cofres públicos do seu custo e não tem natureza jurídica de taxa ou preço público.

3. Por força art. 3º do Decreto-Lei 1.437/75, houve revogação do benefício da gratuidade prevista originariamente no art. 46 da Lei 4.502/64 e retirada a matéria do âmbito legal, atribuindo ao Ministro da Fazenda competência para regulamentá-la por meio de ato normativo próprio.

4. Por não se estar diante de obrigação de natureza tributária, mas acessória, não se verifica ofensa ao princípio da legalidade estrita insculpido no art. 150, I da Constituição Federal, nem tampouco revogação do Decreto-Lei 1.437/75, por força do artigo 25, inciso I do ADCT, sendo legítima a atribuição de competência prevista no artigo 3º do Decreto-Lei 1.437/75 (fls. 452).

2. Rejeitaram-se os Embargos de Declaração (fls. 472).

3. Em seu Apelo Nobre, fundado no art. 105, III, *a* da CF/88, os recorrentes alegam ofensa aos arts. 3º, 7º e 97, I, III e IV do CTN, argumentando que tem natureza de taxa (cuja instituição se sujeita à reserva de lei em sentido estrito) a exigência de ressarcimento do custo de selos destinados ao controle da produção de determinadas bebidas, para fins de incidência do IPI, revelando-se ilegal o art. 3º do DL 1.437/1975, que tratou a exação à maneira de mera obrigação acessória/instrumental.

4. Sustentam, ainda, haver dissídio entre o acórdão recorrido e dezenas de acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, notadamente aqueles proferidos nos autos do AgRg no RE 392.640/RS e do AgRg no AgRg no RE 423.625/RS, no que diz respeito à revogação do DL 1.497/1975 pelo art. 25 do ADCT/1988.

5. Em contrarrazões, preliminarmente, a *Fazenda Nacional* defende que o Apelo Nobre não deve superar o exame de admissibilidade, haja vista: (i) a ausência de indicação explícita do dispositivo da CF/1988 em que se fundamenta a interposição; e (ii) a ausência de prequestionamento das teses recursais. No mérito, assevera: (i) que a exação, objeto da controvérsia, deve ser compreendida como obrigação tributária acessória, não havendo falar em reserva de lei em sentido estrito; e (ii) que a taxa, sendo assim considerada a exigência, foi instituída pelo próprio DL 1.497/1975, e não por ato de Ministro de Estado, razão pela qual não se poderia considerar ofendida a regra da legalidade.

6. Na decisão que admitiu o Recurso Especial, a ilustre Vice-Presidente da Corte Regional, Desembargadora *Salette Nascimento*, identificou o Apelo Nobre,

ora sob exame, como representativo de uma multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, a teor do art. 543-C do CPC/1973 (fls. 548/549).

7. O Apelo foi admitido como Recurso Especial Repetitivo (fls. 631/634).

8. O MPF, em parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República *Wagner de Castro Mathias Netto*, manifestou-se pelo provimento do Recurso Especial, nos termos da seguinte ementa:

Recurso Especial. Tributário. Selo de controle de IPI. Natureza jurídica de tributo. Observância da legalidade estrita. Precedentes do STF. Pelo provimento (fls. 641).

9. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Inicialmente, afastam-se as objeções apresentadas pela *Fazenda Nacional* ao conhecimento do Apelo Nobre.

2. De fato, a simples ausência de indicação de quais alíneas do art. 105, III da CF/88 teriam fundamentado a interposição do Apelo Nobre não compromete, em medida alguma, a compreensão da controvérsia posta sob exame. Absolutamente, pretender descartar um ato processual qualquer por (suposto) defeito de repercussão prática ínfima, ou nenhuma, é medida atentatória contra o objetivo maior de efetividade da Jurisdição, consolidado na regra segundo a qual *pas de nullité sans grief*, mais ainda porque, no caso, a rigor, a recorrida sequer afirma que teria havido prejuízo.

3. A alegada ausência de prequestionamento das teses recursais também se revela de improcedência manifesta, haja vista que a instância de origem examinou todos os dispositivos que os recorrentes sustentam vulnerados, proferindo juízo explícito a respeito da classificação da exigência de ressarcimento do custo de selos destinados ao controle da produção de determinadas bebidas, para fins de incidência do IPI, como obrigação acessória/instrumental.

4. Superadas as preliminares – e adentrando no exame da natureza jurídica da exigência de ressarcimento do custo de selos destinados ao controle da produção de determinadas bebidas, para fins de incidência do IPI, como

obrigação acessória/instrumental –, convém registrar que não parece haver controvérsia sobre a classificação do dever de aposição dos selos como *obrigação acessória*, nos termos previstos no art. 113, § 2º do CTN. Conforme tão bem explicitado na autorizada lição do Professor LEANDRO PAULSEN, o conceito de obrigação tributária acessória, ou instrumental, pode ser assim sintetizado:

(...) Obrigação acessória é obrigação de fazer em sentido amplo (fazer, não fazer, tolerar), no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos (Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, Porto Alegre, Livraria do Advogado, ESMAFE, 2014, p. 999).

5. De fato, desde que observados os direitos e as garantias fundamentais, ao Fisco é dado impor ao sujeito passivo certas obrigações tributárias acessórias – por meio da legislação tributária, não necessariamente da lei, em sentido estrito –, que consistirão em prestações (obrigações) positivas (de fazer) ou negativas (de não fazer) previstas no interesse da arrecadação dos tributos.

6. Dentre as condutas a que podem se subordinar os Contribuintes, no interesse da Administração Tributária, encontra-se o dever de afixar selos confeccionados para facilitar a fiscalização do recolhimento do IPI sobre determinados produtos, a teor da autorização instituída pelo art. 46 da Lei 4.502/1964:

Art. 46 - O regulamento poderá determinar, ou autorizar que o Ministério da Fazenda, pelo seu órgão competente, determine a rotulagem, marcação ou numeração, pelos importadores, arrematantes, comerciantes ou repartições fazendárias, de produtos estrangeiros cujo controle entenda necessário, bem como prescrever, para estabelecimentos produtores e comerciantes de determinados produtos nacionais, sistema diferente de rotulagem, etiquetagem obrigatoriedade de numeração ou aplicação de selo especial que possibilite o seu controle quantitativo.

7. Essa previsão foi concretizada pelo art. 3º do DL 1.437/1975, depois revogado pela Lei 12.995/2014:

Art. 3º - O Ministro da Fazenda poderá determinar seja feito, mediante ressarcimento de custo e demais encargos, em relação aos produtos que indicar e pelos critérios que estabelecer, o fornecimento do selo especial a que se refere o artigo 46 da Lei número 4.502, de 30 de novembro de 1964, com os parágrafos que lhe foram acrescentados pela alteração 12ª do artigo 2º do Decreto-Lei 34, de 18 de novembro de 1966.

8. Densificando a regulamentação, advieram os arts. 223 e 237 do Decreto 4.544/2002, o art. 27 da Instrução Normativa 73/2001, da Secretaria da Receita Federal, os arts. 284 e 298 do Decreto 7.212/2010 e os arts. 25 a 27 da Instrução Normativa 1.432/2013, da Secretaria da Receita Federal:

Decreto 4.544/2002:

Art. 223 - Estão sujeitos ao selo de controle previsto no art. 46 da Lei 4.502, de 1964, segundo as normas constantes deste Regulamento e de atos complementares, os produtos relacionados em ato do Secretário da Receita Federal, que poderá restringir a exigência a casos específicos, bem assim dispensar ou vedar o uso do selo (Lei 4.502, de 1964, art. 46).

Art. 237 - O Ministro da Fazenda poderá determinar que o fornecimento do selo de controle aos usuários seja feito mediante ressarcimento de custos e demais encargos, em relação aos produtos ou espécies de produtos que indicar e segundo os critérios e condições que estabelecer (Decreto-Lei 1.437/1975, art. 3º)

Instrução Normativa 73/2001:

Art. 27. O selo de controle dos produtos de que trata esta Instrução Normativa será fornecido ao estabelecimento mediante ressarcimento prévio ao Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - FUNDAF, observados os valores de fornecimento vigentes na data do recolhimento.

Decreto 7.212/2010:

Art. 284. Estão sujeitos ao selo de controle previsto no art. 46 da Lei n. 4.502, de 1964, segundo as normas constantes deste Regulamento e de atos complementares, os produtos relacionados em ato da Secretaria da Receita Federal do Brasil, que poderá restringir a exigência a casos específicos, bem como dispensar ou vedar o uso do selo (Lei n. 4.502, de 1964, art. 46).

[...] Art. 298. O Ministro de Estado da Fazenda poderá determinar que o fornecimento do selo de controle aos usuários seja feito mediante ressarcimento de custos e demais encargos, em relação aos produtos ou espécies de produtos que indicar e segundo os critérios e condições que estabelecer (Decreto-Lei n. 1.437, de 17 de dezembro de 1975, art. 3º). {Grifos pela Fazenda Nacional}

Instrução Normativa 1.432/2013:

Art. 25. O selo de controle será fornecido ao estabelecimento mediante ressarcimento prévio ao Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento

das Atividades de Fiscalização (Fundaf), observados os valores de ressarcimento vigentes na data do recolhimento.

§ 1º O ressarcimento deverá ser realizado, por intermédio de Darf, em estabelecimento bancário integrante da rede arrecadadora de receitas federais.

§ 2º Os estabelecimentos poderão deduzir da Contribuição para o PIS/Pasep ou da Cofins, devidas em cada período de apuração, crédito presumido correspondente ao ressarcimento de que trata o caput, efetivamente pago.

Art. 26. O estabelecimento que houver efetuado recolhimento indevido do ressarcimento prévio de que trata o art. 25, terá direito à restituição do valor excedente mediante crédito.

§ 1º Para efeito do disposto no caput, o estabelecimento formulará requerimento ao titular da unidade da RFB fornecedora dos selos, instruído com uma via do Darf comprobatório do recolhimento indevido e a correspondente solicitação de fornecimento de selos de controle.

§ 2º Reconhecido o direito ao crédito, poderá o estabelecimento compensar o saldo credor na próxima requisição de selos que efetuar.

Subseção II Da Complementação de Valor do Ressarcimento ao Fundaf Art. 27. Eventuais diferenças verificadas no ressarcimento de selos de controle deverão ser recolhidas a crédito do Fundaf, nos termos do art. 25

9. Mister esclarecer que a diferença fundamental entre obrigação tributária principal e obrigação tributária acessória é a natureza da prestação devida ao Estado. Enquanto aquela (principal) consubstancia entrega de dinheiro, esta (acessória) tem natureza prestacional (fazer, não fazer, tolerar). Por sua clareza e precisão, confirmam-se os ensinamentos da Professora REGINA HELENA COSTA acerca do tema:

(...) O Código, assim, emprega o conceito de obrigação como gênero, a significar relação jurídica que pode assumir caráter patrimonial ou não patrimonial, de acordo com a natureza da prestação correspondente: na primeira hipótese, o objeto é o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária (obrigação principal); na segunda, um comportamento positivo ou negativo do sujeito passivo (obrigação acessória) (Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 192).

10. Isto não significa, todavia, que as obrigações acessórias não sejam economicamente aferíveis aos Contribuintes, implicando-lhes dispêndios; muito pelo contrário, consoante esclarece o Professor ROQUE ANTONIO CARRAZA:

(...) De regra, para cumprir seus deveres instrumentais, o contribuinte, ou o terceiro a ele ligado, precisa mobilizar pessoal, efetuar gastos (adquirindo livros, mandando imprimir notas fiscais etc.), dispor de espaço (para acondicionar as guias de recolhimento, para possibilitar, aos agentes do Fisco, o exame da documentação etc.), contratar mão-de-obra especializada (contadores, advogados, economistas etc.), e assim por diante. Tais providências demandam, indubitavelmente, tempo e dinheiro (Curso de Direito Constitucional Tributário. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 332).

11. É exatamente quanto a este aspecto que relevante e qualificada parte da doutrina e da jurisprudência, *data venia*, se confunde ao estudar situações similares à espécie. Muitos, como o recorrido e o Tribunal *ad quo*, defendem que o fato de as obrigações acessórias representarem gastos aos Contribuintes possibilita ao Estado criá-las, responsabilizar-se por seu implemento e, desde logo, cobrar por estes inevitáveis gastos, sem desnaturá-los. Olvida-se, entretanto, que, a partir do momento em que nasce o dever de pagar quantia ao Estado, de forma compulsória, tem vida a obrigação tributária principal.

12. O ponto nodal aqui é perceber que o Estado pode criar obrigações acessórias, as quais, invariavelmente, representam gastos aos sujeitos passivos; contudo, *estas despesas são secundárias à atuação estatal*. É dizer, quando o Poder Público prevê determinada obrigação acessória, ainda que gere custos marginais, *não está criando para o Contribuinte dever de entregar-lhe diretamente dinheiro*. A obrigação acessória tem por escopo permitir a exata cobrança do tributo, sem que represente a própria prestação pecuniária devida ao Ente Público ou a quem lhe faça as vezes.

13. Resta clara, então, a existência de duas obrigações tributárias distintas no entorno dos selos especiais de controle do IPI: (i) o dever de afixá-los, de natureza acessória; e (ii) o dever de adquiri-los – *ressarcindo previamente a Administração Tributária de despesas realizadas em razão do exercício do poder de polícia* –, de natureza principal.

14. Embora essa dicotomia não tenha sido reconhecida por acórdãos já antigos, que examinaram a controvérsia específica no âmbito da Primeira Turma, parece ter sido ela acolhida no julgamento de Recurso Especial em que se examinou questão deveras similar, com composição do Órgão próxima à atual:

Tributário. Sistema de Controle de Produção de Bebidas - SICOBE. Art. 58-T da Lei 10.833/03 (redação dada pela Lei 11.827/08). Obrigação acessória. Obrigação

de ressarcir os custos suportados pela Casa da Moeda com a fiscalização da atividade. Art. 28 da Lei 11.488/07. Obrigação tributária principal. Tributo. Taxa pelo exercício do poder de polícia. Fixação da alíquota e base de cálculo do ressarcimento por ato da Receita Federal. Ato declaratório do Executivo RFB 61/08. Violação ao art. 97, inciso IV do CTN, reserva legal. Proporcionalidade à capacidade produtiva imposta pela lei. Não observância pelo ato infralegal. Fixação de valor único. Afronta ao art. 28, § 4º da Lei 11.488/07. Prejudicada a multa pelo inadimplemento do ressarcimento. Recurso especial conhecido e provido.

1. O art. 58-T da Lei 10.833/03 (redação dada pela Lei 11.827/08) criou para as pessoas jurídicas que importam ou industrializam refrigerante, cerveja, água e refresco a obrigação de instalar equipamentos contadores de produção a fim de viabilizar a fiscalização da cobrança de PIS/COFINS e IPI. Ao regulamentar o dispositivo, a Instrução Normativa RFB 869/08 estabeleceu que o monitoramento da contagem seria feito por meio do Sistema de Controle de Produção de Bebidas (SICOBE).

2. O dever de adotar o SICOBE qualifica-se como obrigação acessória, de que cuida o art. 113, § 2º do CTN.

3. O art. 28, §§ 2º e 3º da Lei 11.488/07 impôs ao estabelecimento industrial o dever de ressarcir (entregar dinheiro) a Casa da Moeda do Brasil por possibilitar o funcionamento do SICOBE.

4. Avulta a necessidade de distinguir a natureza das duas obrigações tributárias distintas, circunscritas ao SICOBE: (i) o dever de implementá-lo, de natureza acessória; e (ii) o dever de ressarcir à Casa da Moeda do Brasil os custos ou despesas da fiscalização da atividade, de natureza principal. Precedente: REsp 1.069.924/PR, Rel. Min. *Eliana Calmon*, DJe 26.2.2009.

5. A diferença fundamental entre obrigação tributária principal e obrigação tributária acessória é a natureza da prestação devida ao Estado. Consoante ensina a Professora REGINA HELENA COSTA, Ministra do STJ, enquanto a primeira consubstancia entrega de dinheiro, a segunda tem natureza prestacional (fazer, não fazer, tolerar). Isto não significa, todavia, que das obrigações acessórias não resultem dispêndios aos contribuintes, muito pelo contrário.

6. Parte da doutrina e da jurisprudência defende que o fato de as obrigações acessórias implicarem gastos aos contribuintes possibilita ao Estado criá-las, responsabilizá-los por seu implemento e, desde logo, cobrar por estes inevitáveis gastos, sem desnaturá-las. Olvida-se, entretanto, que a partir do momento em que nasce o dever de pagar quantia ao Estado, de forma compulsória, tem vida a obrigação tributária principal.

7. Os arts. 58-T da Lei 10.833/03 c/c 28 da Lei 11.488/07 impuseram obrigação pecuniária compulsória, em moeda, fruto de ato lícito. Assim, a despeito de ter sido intitulada de ressarcimento, a cobrança se enquadra no conceito legal de tributo, nos termos do art. 3o. do CTN.

8. Os valores exigidos, à guisa de ressarcimento, originam-se do exercício de poderes fiscalizatórios por parte da Fazenda Nacional, para evitar que as empresas produtoras de bebidas incidam em evasão fiscal. Tais atos fiscalizatórios são ínsitos ao poder de polícia de que está investida a União Federal, cuja remuneração pode ser perpetrada por meio da chamada taxa de polícia. Até aqui, mal algum há na conduta do Estado, pois lhe é amplamente permitido criar novas taxas através de lei.

9. O vício surge na forma como se estabeleceu o valor da taxa, por meio do Ato Declaratório do Executivo RFB 61/08. É que o art. 97, inciso IV do CTN estatui que somente a lei pode estabelecer a fixação de alíquota e da base de cálculo dos tributos e o art. 28, § 4º da Lei 11.488/07 não previu o *quantum* deveria ser repassado à Casa da Moeda do Brasil, apenas atribuiu à Secretaria da Receita Federal do Brasil a competência para fazê-lo.

10. Ademais, o Ato Declaratório do Executivo RFB 61/08, quando definiu o valor cobrado a título de ressarcimento em número fixo por unidade de produto, não respeitou o contido no próprio dispositivo que lhe outorgou esta competência. O art. 28, § 4º da Lei 11.488/07 estabeleceu a premissa segundo a qual os valores do ressarcimento deveriam ser proporcionais à capacidade produtiva do estabelecimento industrial, mas a Secretaria da Receita Federal do Brasil não se preocupou com este importante aspecto, cobrando igual montante de todos os produtores, indistintamente.

11. Desta forma, há violação ao art. 97, IV do CTN e ao 28, § 4º da Lei 11.488/07, de modo a contaminar todo substrato vinculada ao ressarcimento, sobretudo a penalidade por seu inadimplemento.

12. Neste contexto, os questionamentos em torno da multa pelo não pagamento do ressarcimento restaram prejudicados com o entendimento que ora se firma da impossibilidade de cobrança do próprio ressarcimento, cuja alíquota e base de cálculo foram previstas em afronta ao art. 97, IV do CTN e 28, § 4º da Lei 11.488/07. Insubsistente a obrigação de ressarcir, fixada no Ato Declaratório do Executivo RFB 61/08, também o é a multa decorrente de seu fictício inadimplemento. Por conseguinte, prejudicado está o conhecimento do dissídio jurisprudencial quanto à possibilidade de ato infralegal ampliar o conteúdo de punição tributária.

13. Recurso Especial conhecido e provido (REsp 1.448.096/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 14.10.2015).

15. Trata-se, ademais, da mesma *ratio* que preponderou no âmbito do outro colegiado de Direito Público desta Corte:

Tributário. Processual Civil. Ausência de violação do art. 535 do CPC. Sistema de Controle de Produção de Bebidas - SICOBE. Obrigação de ressarcir os custos suportados pela Casa da Moeda com a instalação e a manutenção do sistema.

Obrigação tributária principal. Tributo. Taxa pelo exercício do poder de polícia. Fixação da alíquota e base de cálculo por ato infra-legal. Violação do art. 97, inciso IV do CTN. Proporcionalidade à capacidade produtiva imposta pela lei. Não observância. Violação do art. 28, § 4º da Lei 11.488/07.

1. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Insurge-se a ora recorrente contra o ressarcimento de valores devido pelas empresas fabricantes de bebidas frias (água, refrigerantes, cervejas) em decorrência da instalação do Sistema de Controle de Produção de Bebidas - SICOBE que foi desenvolvido de forma conjunta pela Receita Federal do Brasil e pela Casa da Moeda do Brasil para fiscalizar o volume de produção das referidas empresas e, assim, facilitar a cobrança de tributos (PIS/COFINS, PIS/COFINS Importação e IPI), sendo de utilização obrigatória por todos os fabricantes.

3. A obrigação de ressarcir os custos de instalação e manutenção desse sistema à Casa da Moeda do Brasil subsume-se perfeitamente ao conceito de tributo disposto no art. 3º do Código Tributário Nacional, segundo o qual: Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. Desse modo, apesar de intitulada como ressarcimento, a cobrança instituída pelos artigos 58-T da Lei 10.833/2003 e 28 da Lei 11.488/07 é tributo na modalidade taxa.

4. Tratando-se de taxa não poderia a sua alíquota e base de cálculo ser fixada por ato infra-legal, no caso o Ato Declaratório do Executivo RFB 61/2008, o que viola o art. 97, inciso IV do CTN.

5. O Ato Declaratório do Executivo RFB 61/2008 contraria a lei (art. 28, § 4º da Lei 11.488/2007) também quando estabelece um valor fixo de ressarcimento (R\$ 0,03 por embalagem) sem considerar a proporcionalidade entre o valor devido e capacidade produtiva de cada estabelecimento industrial.

6. Recurso Especial parcialmente provido (REsp 1.556.350/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 1º.12.2015).

16. No presente caso, a Lei remeteu a ato infralegal a instituição de prestação pecuniária compulsória, em moeda, que não constitui sanção de ato ilícito e é cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. Ora, essa obrigação consiste perfeitamente no que o art. 3º do CTN definiu como tributo: *toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada*. Assim, a despeito de ter sido intitulada de *ressarcimento*, a cobrança instituída pelo art. 3º do DL 1.437/1975, é, em verdade, tributo.

17. A teoria pentapartite apresenta cinco espécies no Sistema Tributário Nacional, a partir da nova ordem constitucional: impostos; taxas; contribuições de melhoria; empréstimos compulsórios e contribuições especiais. Diante deste rol, não resta dúvida de que a exação, sob análise, qualifica-se como taxa, que tem *como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao Contribuinte ou posto à sua disposição* (art. 77 do CTN). Destaca-se que o art. 4º do CTN estatui que a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la a denominação e demais características formais.

18. Resta perquirir, nesta senda, se essa taxa decorre do exercício do poder de polícia ou da prestação, ou disponibilização, de serviço público específico e divisível.

19. Nos autos do já mencionado REsp 1.448.096/PR – em que a 1ª Turma desta Corte debateu a natureza jurídica do ressarcimento devido à Casa da Moeda do Brasil pelos custos de integração, instalação e manutenção preventiva e corretiva de todos os equipamentos contadores de produção, nos estabelecimentos industriais envasadores de bebidas frias, a fim de viabilizar a fiscalização e cobrança do IPI, da contribuição ao PIS e da COFINS, no contexto do Sistema de Controle e Produção de Bebidas (SICOBEBE) –, prevaleceu o entendimento de que se estaria diante de *Taxa de Poder de Polícia*, e não de *Taxa de Serviço*.

20. Embora concordes quanto à natureza tributária do intitulado ressarcimento, os ilustres Ministros *Benedito Gonçalves* e *Regina Helena Costa*, naquela oportunidade, objetaram, mediante estudos profundos e conscienciosos, que se estaria diante de *Taxa de Serviço*, e não de *Taxa do Poder de Polícia*, haja vista que tal ressarcimento *não se referiria à fiscalização da atividade particular em si mesma, mas ao custo dos serviços executados para a operacionalização de tal sistema*.

21. A consciente adoção epistemológica da *lex parsimoniae*, da Navalha de Occam, porém, faz acreditar que talvez seja mais conveniente, também por um prisma didático, classificar como *Taxas do Poder de Polícia* aquelas que têm origem, ensejo e justificativa no *vigiar e punir*, na fiscalização, que é interesse eminentemente estatal, reservando a categoria das *taxas de serviço* para aquelas que se desenvolvem em função do interesse do usuário, ante a compreensão de que esse interesse é relevante para definir a atividade como *serviço*.

22. Com efeito, poder de polícia é conceituado pelo art. 78 do CTN como *atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse*

ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

23. Serviços públicos, por outro lado, têm a seguinte definição, segundo a Professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

(...) Toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público (Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 99).

24. Na espécie, os valores exigidos à guisa de ressarcimento originam-se do exercício de poderes fiscalizatórios por parte da Administração Tributária, que *impõe* a aquisição dos selos como mecanismo para se assegurar do recolhimento do IPI.

25. Nesse sentido se firmou a jurisprudência do STF:

(...) A finalidade da cobrança, como se vê na parte final do artigo 46, é de controle quantitativo, ou seja, está em debate o exercício de poderes fiscalizatórios por parte da administração fazendária. Daí a inequívoca incidência do artigo 77 do Código Tributário Nacional. O selo do IPI não gera nenhum proveito, nenhum benefício, ao contribuinte, razão pela qual o fornecimento dele não pode ser considerado serviço público. Ao contrário, é requisito de regularidade na prática de uma atividade privada (RE 662.113/PR, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, DJE 12.2.2014).

26. Na seara fiscal, por tautológico que seja, os mecanismos de controle servem aos interesses de quem controla (tributante), não aos interesses do controlado (tributado), que, em princípio, não tem interesse algum em ser alvo da fiscalização.

27. Absolutamente, se fosse do interesse do produtor de bebidas afixar selos em suas garrafas, ele naturalmente os adquiriria no mercado, escolhendo o estilo que mais lhe aprouvesse, pelo preço que conviesse, então remunerando um serviço de natureza obviamente privada; no caso de selos de controle, cuja aquisição é imposta pelo Estado, no interesse do Fisco e em detrimento e a despeito de qualquer interesse do produtor de bebidas, parece destoante designar isso de serviço, pois muito mais parece – talvez porque efetivamente seja – uma obrigação decorrente do exercício do poder de polícia.

28. Sem eufemismos, o fornecimento de selo de controle tanto não é serviço que o produtor (se não fosse obrigado a tanto) simplesmente não teria interesse em adquiri-lo no mercado; muito pelo contrário, é possível cogitar inclusive que seria financeiramente razoável despender recursos para se desobrigar dessa custosa regra.

29. É muito diferente o caso, por exemplo, de uma taxa de limpeza pública, clássica e corretamente definida como *taxa de serviço*, haja vista o efetivo interesse particular, não só estatal, de não acumular lixo nos arredores do imóvel do sujeito passivo. Aqui, sim, mostra-se autorizado categorizar como *taxa de serviço*, máxime porque, não fosse o Estado a prestar esse *serviço*, seria ele desempenhado, de todo modo, contratando-se terceiros ou por mão própria, como de resto se observa nas localidades em que não existe coleta estatal do lixo.

30. Com isso, reafirma-se a compreensão de que o ressarcimento sob análise é tributo da espécie *Taxa do Poder de Polícia*, de modo que há vício de forma na sua instituição por norma infralegal.

31. Em tempo, esclareça-se que os incisos I e II do art. 165 do CTN estabelecem que os valores decorrentes de tributos indevidamente pagos serão restituídos, seja qual for a modalidade de pagamento. É a seguinte a redação do referido dispositivo:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

32. E o prazo para o Contribuinte reaver os valores pagos indevidamente tem previsão expressa no art. 168 do CTN, que assim dispõe:

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário; (Vide art. 3 da LC 118, de 2005)

II - na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.

33. Note-se que, na hipótese de ressarcimento do custo para fornecimento de selo de controle de IPI, se está diante de tributo sujeito a *lançamento de ofício*, considerando que os dados essenciais para constituição do crédito são de conhecimento da própria Administração Pública, que realiza os cálculos relativos aos custos de confecção dos selos, cabendo ao Contribuinte tão somente o recolhimento do valor previamente fixado por ocasião de sua aquisição. Logo, a participação do Contribuinte é apenas secundária, já que esse não realiza qualquer atividade de antecipação, nem de verificação da ocorrência do fato gerador ou mesmo do cálculo do montante devido.

34. Dest'arte, por se tratar de tributo cujo lançamento se dá de ofício, o prazo quinquenal para se postular a restituição dos valores indevidamente recolhidos tem como termo inicial a data de extinção do crédito tributário pelo pagamento, momento em que exsurge o direito de ação contra a Fazenda Pública, consoante se extrai da leitura combinada dos arts. 165, I e 168 I do CTN, acima transcritos.

35. Inaplicável, à toda evidência, a tese exposta na petição inicial de que o prazo prescricional para se postular a repetição do indébito somente começaria a fluir a partir da data em que ocorra a homologação, expressa ou tácita, do lançamento antecipado, visto que, ao contrário do alegado pelos ora recorrentes, não se está diante de tributo submetido a lançamento por homologação, pois, como já exposto, no ressarcimento de custos de confecção do selo de IPI, o Contribuinte não declara a ocorrência do fato gerador, nem o montante a ser pago a título de tributo, para posterior homologação pelo Fisco.

36. Por fim, cumpre consignar que a questão ora discutida somente se refere à inexigibilidade do ressarcimento do custo do selo de controle do IPI enquanto perdurou a previsão em norma infralegal (art. 3º do DL 1.437/1975), não alcançando, todavia, os fatos geradores ocorridos após a vigência da Lei 12.995/2014, instituindo taxa pela utilização de selo de controle previsto no art. 46 da Lei 4.502/1964.

37. Ante o exposto, conhece-se do Recurso Especial interposto por *Vinhos Salton S.A. Indústria e Comércio e Outro* e dá-se-lhe parcial provimento, para declarar a inexigibilidade do ressarcimento de custos e demais encargos pelo fornecimento de selos de controle de IPI, instituído pelo DL 1.437/1975,

reconhecendo o direito à repetição do indébito desde o quinquênio anterior à propositura da ação.

38. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC/1973 (art. 1.036 do Código Fux, CPC/2015), fixando-se a tese da inexigibilidade do ressarcimento de custos e demais encargos pelo fornecimento de selos de controle de IPI, instituído pelo DL 1.437/1975, que, embora denominado ressarcimento prévio, é tributo da espécie Taxa de Poder de Polícia, de modo que há vício de forma na instituição desse tributo por norma infralegal, excluídos os fatos geradores ocorridos após a vigência da Lei 12.995/2014. Aqui se trata de observância à estrita legalidade tributária. É como voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Tributário. Recurso especial repetitivo (art. 543-C do CPC/1973 e art. 1.036 do CPC/2015). Selo de controle de IPI. Natureza jurídica de taxa. Art. 3º do Decreto-Lei 1.437/1975. Violação ao princípio da *legalidade*. Entendimento firmado pelo STF no RE 662.113/PR. Vício superado com a edição da Lei 12.995/2014.

1. Trata-se de Recurso Especial interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região que considerou que a aquisição de selo para controle do IPI tem natureza jurídica de obrigação acessória.

2. O eminente relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, proferiu percuciente voto, no qual conhece e dá parcial provimento ao Recurso Especial, bem como fixa a tese da inexigibilidade do ressarcimento de custos e demais encargos pelo fornecimento de selos de controle de IPI, instituído pelo Decreto-Lei 1.437/1975.

3. A falta de indicação do dispositivo constitucional que embasa a pretensão recursal não obsta o seu conhecimento quando, das razões do apelo nobre, é possível aferir que se veicula alegação de violação a dispositivos de lei federal (art. 105, II, “a”, da CF/1988).

4. Não se configura a alegada ausência de prequestionamento, uma vez que o Tribunal de origem debateu de forma expressa a questão jurídica ora posta, qual seja, a natureza jurídica da exação e a adequação da sua instituição pelo Decreto-Lei 1.437/1975 ao princípio da *legalidade*.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 662.113/PR, declarou inconstitucional o art. 3º do Decreto-Lei 1.437/1975, por afronta ao princípio *da legalidade*.

6. A Corte Constitucional entendeu que o selo do IPI possui natureza jurídica de *taxa*, havendo incompatibilidade entre o art. 3º do Decreto-Lei 1.437/1975 e os arts. 150, I, da Constituição Federal e 25, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

7. A Fazenda Nacional, por sua vez, reconheceu a natureza jurídica de taxa, considerando que a obrigatoriedade da selagem do vinho decorre do poder de polícia exercido pelo Estado. Ressalvou, porém, que o vício de legalidade do art. 3º do Decreto-Lei 1.437/1975 foi superado com a edição da Lei 12.995/2014, que em seu art. 13, I, atribuiu clara natureza jurídica tributária ao valor pago pelo selo de controle definido no art. 46 da Lei 4.502/1964.

8. O voto do ilustre relator trata de forma bastante acurada da controvérsia ora posta, ressaltando que “*a questão ora discutida somente se refere à inexigibilidade do ressarcimento do custo do selo de controle do IPI enquanto perdurou a previsão em norma infralegal (art. 3º do DL 1.437/1995), não alcançando, todavia, os fatos geradores ocorridos após a vigência da Lei 12.995/2014, que alterou a sistemática da selagem do vinho posto em circulação, instituindo taxa pela utilização de selo de controle previsto no art. 46 da Lei 4.502/1964*”.

9. Sugestão do seguinte acréscimo: “*inexigibilidade do ressarcimento de custos e demais encargos pelo fornecimento de selos de controle de IPI instituído pelo DL 1.437/1975, que, embora denominado ressarcimento prévio, é tributo da espécie Taxa de Poder de Polícia, de modo que há vício de forma na instituição desse tributo por norma infralegal, excluídos os fatos geradores ocorridos após a vigência da Lei 12.995/2014*”.

10. Acompanho o e. relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, para conhecer parcialmente do Recurso Especial e, nessa extensão, dar-lhe provimento. Quanto à tese de Recurso Especial Repetitivo fixada, também acompanho o eminente Relator, com o acréscimo proposto no item antecedente.

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Os autos foram recebidos neste Gabinete em 15.12.2017.

Trata-se de Recurso Especial (art. 105, III, “a”, da Constituição Federal) interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região assim ementado:

Tributário. Selo de controle de IPI. Natureza jurídica. Obrigação acessória.

1 A aquisição de selo para controle do IPI tem natureza jurídica de obrigação acessória, por visar facilitar a fiscalização e arrecadação do tributo principal, conforme previsão contida no artigo 113, § 2º, do CTN.

2. A cobrança pela confecção e fornecimento dos selos, nos moldes do Decreto-Lei 1.437/75, constitui ressarcimento aos cofres públicos do seu custo e não tem natureza jurídica de taxa ou preço público.

3. Por força art. 3º do Decreto-Lei n. 1.437/75, houve revogação do benefício da gratuidade prevista originariamente no art. 46 da Lei 4.502/64 e retirada a matéria do âmbito legal, atribuindo ao Ministro da Fazenda competência para regulamentá-la por meio de ato normativo próprio.

4. Por não se estar diante de obrigação de natureza tributária, mas acessória, não se verifica ofensa ao princípio da legalidade estrita insculpido no art. 150, I da Constituição Federal, nem tampouco revogação do Decreto-Lei n. 1.437/75, por força do artigo 25, inciso I do ADCT, sendo legítima a atribuição de competência prevista no artigo 3] do Decreto-Lei n. 1.437/75.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados.

A parte recorrente alega, em breve síntese, violação dos arts. 3º, 7º, 97, I, III e IV, do CTN. Sustenta que o ressarcimento de custos e demais encargos relativos ao selo de controle do IPI tem natureza jurídica de taxa, cuja instituição se sujeita à reserva de lei em sentido estrito, sendo ilegal e inconstitucional o art. 3º do Decreto-Lei 1.437/1975.

A Fazenda Nacional apresentou contrarrazões (fls. 525-535, e-STJ), alegando, em preliminar: a) não foi indicado o permissivo constitucional que autoriza a interposição do Recurso Especial; b) o acórdão recorrido não se manifestou expressamente sobre os arts. 3º, 7º, 97, I, III e IV, do CTN, configurando a ausência de prequestionamento.

No mérito, a recorrida pugna pelo não provimento do apelo nobre, afirmando que a aquisição dos selos de controle do IPI se trata, *“apenas, de mais um custo, dentre outros que se somam à atividade desenvolvida pelo industrial e que é repassado ao preço final do produto. A única diferença é que tal valor é devido ao Estado, por ser dele o monopólio na confecção dos selos, necessidade esta que se impõe diante das peculiaridades anteriormente espostas”*.

Aduz, ainda, que, mesmo que se reconheça a natureza jurídica de taxa, “*ela foi criada mediante instrumentos normativos de nível legal, não podendo se cogitar de violação ao princípio da legalidade (...)*”.

O apelo nobre foi admitido como recurso representativo da controvérsia, com fundamento no art. 543-C do CPC e art. 2º, § 1º, da Resolução STJ 8/2008 (fls. 631-634, e-STJ).

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do Recurso Especial, em manifestação assim ementada (fls. 641-644, e-STJ):

Recurso especial. Tributário. Selo de controle de IPI. Natureza jurídica de tributo. Observância da legalidade estrita. Precedentes do STF. Pelo provimento.

O eminente relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, proferiu percuciente voto, no qual conhece e dá parcial provimento ao Recurso Especial, bem como fixa a tese da inexigibilidade do ressarcimento de custos e demais encargos pelo fornecimento de selos de controle de IPI, instituído pelo Decreto-Lei 1.437/1975, *verbis*:

Tributário. *Recurso especial repetitivo* (art. 543-C do CPC/1973 e art. 1.036 do CPC/2015). Afixação de selos de controle em produtos sujeitos à incidência de IPI: obrigação tributária acessória. Pagamento pelo fornecimento dos selos especiais: obrigação tributária principal, da espécie *taxa de polícia*. Precedentes: REsp 1.448.096/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 14.10.2015; REsp 1.556.350/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 1º.12.2015; e RE 662.113/PR, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, DJe 12.2.2014. *Previsão veiculada em norma infralegal*. Ofensa à regra da estrita legalidade tributária. Art. 97, IV do CTN. Reconhecimento do indébito. Prescrição quinquenal da pretensão repetitória de tributos sujeitos a lançamento de ofício. Julgamento sujeito ao art. 543-C do Código Buzaid e art. 1.036 do Código Fux. Recurso especial dos particulares conhecido e parcialmente provido.

1. A obrigação tributária acessória tem por escopo facilitar a fiscalização e permitir a cobrança do tributo, sem que represente a própria prestação pecuniária devida ao Ente Público.

2. Ao impor a determinados sujeitos passivos o dever de afixar selos especiais em seus produtos, o Ente Tributante atua nos moldes do art. 113, § 2º do CTN, pois se trata de obrigação de fazer, no interesse exclusivo do Fisco.

3. Por outro lado, não pode ser considerada acessória a obrigação de pagar pelo fornecimento dos selos especiais utilizados para tal controle, haja vista a tipificação dessa cobrança como taxa, a teor do art. 77, *caput* do CTN.

4. De fato, a diferença fundamental entre obrigação tributária principal e obrigação tributária acessória é a natureza da prestação devida ao Estado. Enquanto aquela (principal) consubstancia entrega de dinheiro, esta (acessória) tem natureza prestacional (fazer, não fazer ou tolerar).

5. Embora ao Fisco seja dado impor ao sujeito passivo certas obrigações acessórias por meio da legislação tributária – expressão que compreende não só as leis, mas, também, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes –, o mesmo não ocorre no âmbito das taxas, que devem obediência à regra da estrita legalidade tributária, nos termos do art. 97, IV do CTN.

6. O art. 3º do DL 1.437/1995, ao impor verdadeira taxa relativa à aquisição de selos de controle do IPI, incide em vício formal; a exação continua sendo tributo, a despeito de ser intitulada de ressarcimento prévio.

7. Conclui-se que, no entorno dos selos especiais de controle do IPI, o *dever de afixá-los* tem natureza de obrigação acessória, enquanto o *dever de adquiri-los* tem natureza de obrigação principal.

8. A partir de um prisma didático, convém classificar como *Taxas do Poder de Polícia* aquelas que têm origem, ensejo e justificativa no vigiar e punir, ou seja, na fiscalização, que é interesse eminentemente estatal, reservando a categoria das *taxas de serviço* para aquelas que se desenvolvem em função do interesse do usuário, ante a compreensão de que esse interesse é relevante para definir a atividade como serviço.

9. Na espécie, os valores exigidos à guisa de ressarcimento originam-se do exercício de poderes fiscalizatórios por parte da Administração Tributária, que impõe a aquisição dos selos como mecanismo para se assegurar do recolhimento do IPI, configurando-se a cobrança como tributo da espécie *Taxa de Poder de Polícia*.

10. Pontua-se que a questão ora discutida somente se refere à *inexigibilidade do ressarcimento do custo do selo de controle do IPI enquanto perdurou a previsão em norma infralegal (art. 3º do DL 1.437/1995), não alcançando, todavia, os fatos geradores ocorridos após a vigência da Lei 12.995/2014, que alterou a sistemática da selagem do vinho posto em circulação, instituindo taxa pela utilização de selo de controle previsto no art. 46 da Lei 4.502/1964.*

11. Em tempo, esclareça-se que, por se tratar de tributo sujeito a lançamento de ofício, é quinquenal a pretensão de reaver os valores pagos indevidamente, tendo como termo inicial a data de extinção do crédito tributário pelo pagamento, consoante se extrai da leitura combinada dos arts. 165, I e 168 I do CTN.

12. Recurso Especial de *Vinhos Salton S.A. Indústria e Comércio e Outro* conhecido e parcialmente provido. Na espécie, não se reconhece o direito à repetição de indébito tributário, senão somente no que se refere ao quinquênio anterior à propositura da ação.

13. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC/1973 (art. 1.036 do Código Fux, CPC/2015), fixando-se a tese da inexigibilidade do ressarcimento de custos e demais encargos pelo fornecimento de selos de controle de IPI, instituído pelo DL 1.437/1975, que, embora denominado ressarcimento prévio, é tributo da espécie Taxa de Poder de Polícia, de modo que há vício de forma na instituição desse tributo por norma infralegal. Aqui se trata de observância à estrita legalidade tributária.

Pedi vista dos autos para melhor análise da controvérsia, uma vez que há precedentes do STJ no sentido de que a aquisição de selos para fiscalização a título de IPI configura despesa de ressarcimento e há outros julgados que atribuem a natureza jurídica de taxa a tal obrigação.

É o *relatório*.

Inicialmente, observo que não merecem acolhidas as preliminares levantadas pela Fazenda Nacional em suas contrarrazões. A falta de indicação do dispositivo constitucional que embasa a pretensão recursal não obsta o seu conhecimento quando, das razões do apelo nobre, é possível aferir que se veicula alegação de violação a dispositivos de lei federal (art. 105, II, “a”, da CF/1988).

Não se configura a alegada ausência de prequestionamento, visto que o Tribunal de origem debateu de forma expressa a questão jurídica ora posta, qual seja, a natureza jurídica da exação e a adequação da sua instituição pelo Decreto-Lei 1.437/1975 ao princípio *da legalidade*.

Passo à questão de mérito.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 662.113/PR, declarou inconstitucional o art. 3º do Decreto-Lei 1.437/1975, por afronta ao princípio *da legalidade, verbis*:

IPI. Selo de qualidade. Natureza. Lei n. 4.502/64 e Decreto-Lei n. 1.437/75. Princípio da legalidade. Delegação. Artigos 150, inciso I, e 25 da Carta Federal. Ante o princípio da legalidade estrita, surge inconstitucional o artigo 3º do Decreto-Lei n. 1.437/75 no que transferida a agente do Estado – Ministro da Fazenda – a definição do ressarcimento de custo e demais encargos relativos ao selo especial previsto, sob o ângulo da gratuidade, no artigo 46 da Lei n. 4.502/64. (RE 662.113/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 4.4.2014)

A Corte Constitucional entendeu que o selo do IPI possui natureza jurídica de *taxa*, havendo incompatibilidade entre o normativo acima referido e os arts. 150, I, da Constituição Federal e 25, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

[...]

Sendo o selo do IPI pré-condição para a circulação dos produtos alcançados pela regra do artigo 46 da Lei n. 4.502/1964, não há de se falar em preço público. A distinção entre preço público e a taxa tem lugar quando em discussão a contraprestação pelo usufruto de serviços públicos – até mesmo porque os primeiros são marcados pela voluntariedade, isso é, pela necessidade de que o usuário aquiesça com o pagamento –, não quando em causa o exercício de poder de polícia, sempre remunerado por taxa.

A finalidade da cobrança, como se vê na parte final do artigo 46, é de controle quantitativo, ou seja, está em debate o exercício de poderes fiscalizatórios por parte da administração fazendária. Daí a inequívoca incidência do artigo 77 do Código Tributário Nacional. O selo do IPI não gera nenhum proveito, nenhum benefício, ao contribuinte, razão pela qual o fornecimento dele não pode ser considerado serviço público. Ao contrário, é requisito de regularidade na prática de uma atividade privada.

O artigo 150, inciso I, da Carta de 1988 preconiza que a exigência de tributos só se revela possível mediante lei formal. O dispositivo mostra-se inequívoco:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

Vê-se, então, a incompatibilidade entre a norma e o disposto nos artigos 150, inciso I, da Carta Federal e 25, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Nesse sentido, são múltiplos os precedentes do Supremo: Recurso Extraordinário n. 400.719, relatora ministra Cármen Lúcia, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 440.833, relator ministro Ricardo Lewandowski, e Recurso Extraordinário n. 385.108, relator ministro Dias Toffoli.

[...]

A Fazenda Nacional (fls. 664-666, e-STJ), por sua vez, reconheceu a natureza jurídica de taxa, considerando que a obrigatoriedade da selagem do vinho decorre do poder de polícia exercido pelo Estado. Assim, afirma que “*não resta dúvida, também, quanto a necessidade de respeito ao princípio da legalidade tributária, no que a Fazenda Nacional reconhece como correta a decisão proferida pelo STF, que declarou a inconstitucionalidade do Decreto 1.437/75, que conferia ao Ministro de Estado da Fazenda a competência para a editar ato que trate da regulamentação da selagem da mercadoria*”.

A parte recorrida, porém, ressalva que o vício de legalidade do art. 3º do Decreto-Lei 1.437/1975 foi superado com a edição da Lei 12.995/2014, que em seu art. 13, I, atribuiu clara natureza jurídica tributária ao valor pago pelo selo de controle definido no art. 46 da Lei 4.502/1964.

Observo que o voto do ilustre Relator trata de forma bastante acurada da controvérsia ora posta, ressaltando que “a questão ora discutida somente se refere à **inexigibilidade do ressarcimento do custo do selo de controle do IPI enquanto perdurou a previsão em norma infralegal (art. 3º do DL 1.437/1995), não alcançando, todavia, os fatos geradores ocorridos após a vigência da Lei 12.995/2014, que alterou a sistemática da selagem do vinho posto em circulação, instituindo taxa pela utilização de selo de controle previsto no art. 46 da Lei 4.502/1964**”.

Assim, entendo que a ressalva também deve constar da tese firmada, com a sugestão do seguinte acréscimo: “inexigibilidade do ressarcimento de custos e demais encargos pelo fornecimento de selos de controle de IPI instituído pelo DL 1.437/1975, que, embora denominado ressarcimento prévio, é tributo da espécie Taxa de Poder de Polícia, de modo que há vício de forma na instituição desse tributo por norma infralegal, *excluídos os fatos geradores ocorridos após a vigência da Lei 12.995/2014*.”

Com essas considerações, acompanho o e. Relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, para *conhecer parcialmente do Recurso Especial e, nessa extensão, dar-lhe provimento. Quanto à tese de Recurso Especial Repetitivo fixada, também acompanho Vossa Excelência, com o acréscimo acima proposto*.

É o voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Trata-se de Recurso Especial interposto por **Vinhos Salton S/A Indústria e Comércio** e **Outro**, contra acórdão prolatado pela 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, em julgamento de apelação, assim ementado (fl. 452e):

Tributário. Selo de controle de IPI. Natureza jurídica. Obrigação acessória.

1 A aquisição de selo para controle do IPI tem natureza jurídica de obrigação acessória, por visar facilitar a fiscalização e arrecadação do tributo principal, conforme previsão contida no artigo 113, § 2º, do CTN.

2. A cobrança pela confecção e fornecimento dos selos, nos moldes do Decreto-Lei 1.437/75, constitui ressarcimento aos cofres públicos do seu custo e não tem natureza jurídica de taxa ou preço público.

3. Por força art. 3º do Decreto-Lei n. 1.437/75, houve revogação do benefício da gratuidade prevista originariamente no art. 46 da Lei 4.502/64 e retirada a

matéria do âmbito legal, atribuindo ao Ministro da Fazenda competência para regulamentá-la por meio de ato normativo próprio.

4. Por não se estar diante de obrigação de natureza tributária, mas acessória, não se verifica ofensa ao princípio da legalidade estrita insculpido no art. 150, I da Constituição Federal, nem tampouco revogação do Decreto-Lei n. 1.437/75, por força do artigo 25, inciso I do ADCT, sendo legítima a atribuição de competência prevista no artigo 3º do Decreto-Lei n. 1.437/75.

O presente feito foi encaminhado a esta Corte como recurso repetitivo, dando origem ao Tema n. 761, o qual consiste em “saber se o ressarcimento dos custos de aquisição dos selos de controle do IPI, instituído pelo art. 3º do Decreto-Lei 1.437/75, tem natureza tributária e não foi recepcionado pelo art. 25 do ADCT”.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 641/644, pelo provimento do recurso.

A Fazenda Nacional atravessou petição às fls. 664/666e, reconhecendo “correta a decisão proferida pelo STF, que declarou a inconstitucionalidade do Decreto-Lei 1.437/75, que conferia ao Ministro de Estado da Fazenda a competência para a editar ato que trate da regulamentação da selagem da mercadoria”, ressalvando que “em 18 de junho de 2014, foi editada a Lei 12.995/2014, que, no art. 13, trouxe alteração na sistemática da selagem do vinho posto em circulação. Pela norma inovadora, a natureza jurídica de taxa foi claramente atribuída ao valor pago pelo selo de controle definido no art. 46, da Lei 4.502/1964” (fl. 665e).

Alega que “a impropriedade do ato normativo que versava sobre o ressarcimento poderá ser reconhecida para o período anterior à Lei 12.995/2014, quando revogação da gratuidade do selo foi veiculado por norma infralegal, em que pese a sua natureza de tributo. Porém, uma vez sanada a instituição da taxa pela edição da competente lei, possível se falar em obrigatoriedade no recolhimento, sem qualquer previsão de ressarcimento expressamente regulamentada” (fl. 666e).

O Sr. Ministro Napoleão, Relator, na assentada de 13.12.2017, definiu o ressarcimento sob análise como “*tributo da espécie Taxa do Poder de Polícia*, de modo que há vício de forma na sua instituição por norma infralegal”, fixando-se a tese da “inexigibilidade do ressarcimento de custos e demais encargos pelo fornecimento de selos de controle de IPI, instituído pelo DL 1.437/1975, que, embora denominado ressarcimento prévio, é tributo da espécie Taxa do Poder

de Polícia, de modo que há vício de forma na instituição desse tributo por norma infralegal. Aqui se trata de observância da estrita legalidade tributária” (destaquei).

Pontua Sua Excelência, ademais, “que a questão ora discutida somente se refere à *inexigibilidade do ressarcimento do custo do selo de controle do IPI enquanto perdurou a previsão em norma infralegal (art. 3º do DL 1.437/1995), não alcançando, todavia, os fatos geradores ocorridos após a vigência da Lei 12.995/2014*, que alterou a sistemática da selagem do vinho posto em circulação, instituindo taxa pela utilização de selo de controle previsto no art. 46 da Lei 4.502/1964” (destaque do original).

O Sr. Ministro Herman Benjamin, após tomar vista dos autos, apresentou voto no sentido de acompanhar o Ministro Relator, entendendo, contudo, “que a ressalva também deve constar da tese firmada, com a sugestão do seguinte acréscimo: “*inexigibilidade do ressarcimento de custos e demais encargos pelo fornecimento de selos de controle de IPI instituído pelo DL 1.437/1975, que, embora denominado ressarcimento prévio, é tributo da espécie Taxa de Poder de Polícia, de modo que há vício de forma na instituição desse tributo por norma infralegal, excluídos os fatos geradores ocorridos após a vigência da Lei 12.995/2014*” (destaque do original).

Impedida de votar *no caso concreto*, manifestei interesse em proferir voto na tese do recurso repetitivo, tendo a 1ª Seção, em Questão de Ordem por mim suscitada, decidido, à unanimidade, não haver óbice para votar na fixação da tese em abstrato, restringindo o impedimento do julgador apenas à análise do caso concreto.

Solicitei vista antecipada dos autos para examiná-los com maior detença.

É o relatório. Passo a proferir o voto-vista.

Cinge-se a controvérsia em definir se o ressarcimento devido à Administração Tributária pelos custos de impressão do selo especial de controle do IPI, exigido para determinados produtos, com vista ao controle quantitativo de sua fabricação, possui natureza de tributo (obrigação tributária principal) – taxa mais especificamente – ou de obrigação tributária acessória, para efeito de decidir-se acerca da legitimidade da delegação conferida ao Ministro da Fazenda, por meio do art. 3º do Decreto-Lei n. 1.437/75, de determinar que tal custo e demais encargos podem ser feitos mediante ressarcimento.

Traço, inicialmente, algumas considerações sobre taxa e obrigação tributária acessória.

A taxa, prevista no art. 77 do CTN, é espécie de tributo que tem como fato gerador o exercício do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Sempre oportuno recordar a advertência contida no art. 4º, *caput* e inciso I, do CTN, segundo os quais são irrelevantes, para qualificar a natureza jurídica específica de um tributo, a denominação e demais características formais adotadas pela lei, importando, para esse fim, a situação fática ensejadora da respectiva obrigação.

Desse modo, a denominação de “ressarcimento”, por si só, não é suficiente para afastar a natureza tributária da exação.

Já o art. 113 do CTN, por sua vez, inaugura a disciplina da obrigação tributária, estatuidando:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente a penalidade pecuniária.

O § 2º desse dispositivo de lei prescreve o que vem a ser obrigação acessória: espécie do gênero obrigação tributária, é aquela que tem por objeto “as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos”. Na mesma linha, o art. 115 dispõe que “fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal”.

As obrigações acessórias constituem, portanto, condutas comissivas ou omissivas exigíveis dos contribuintes no intuito de assegurar o cumprimento da obrigação principal. Compreendem sempre um “fazer” ou “não fazer” voltados às atividades de controle e arrecadação tributária.

Tais deveres materializáveis em prestações diversas, podem consistir, exemplificadamente, tanto na própria apuração da quantia a ser paga a título de tributo, hipótese do chamado lançamento por homologação (art. 150 do CTN), como na expedição de notas fiscais, preenchimento de declarações, prestação de informações ou escrituração de livros.

A seu turno, o selo em exame tem sua origem na Lei n. 4.502/64, a qual, no seu art. 46, *caput* e §§ 1º e 2º, dispunha:

Art. 46. O regulamento poderá determinar, ou autorizar que o Ministério da Fazenda, pelo seu órgão competente, determine a rotulagem, marcação ou numeração, pelos importadores, arrematantes, comerciantes ou repartições fazendárias, de produtos estrangeiros cujo controle entenda necessário, bem como prescrever, para estabelecimentos produtores e comerciantes de determinados produtos nacionais, sistema diferente de rotulagem, etiquetagem obrigatoriedade de numeração ou aplicação de selo especial que possibilite o seu controle quantitativo.

§ 1º O selo especial de que trata este artigo será de emissão oficial e sua distribuição aos contribuintes será feita gratuitamente, mediante as cautelas e formalidades que o regulamento estabelecer.

§ 2º A falta de numeração do produto ou de aplicação do selo especial, ou o uso do selo impróprio ou aplicado em desacordo com as normas regulamentares, importará em considerar-se como não identificado, com o descrito nos documentos fiscais, o produto respectivo.

A distribuição do selo, inicialmente gratuita, passou a ser onerosa com a entrada em vigor do Decreto-Lei n. 1.437/75, o qual previu o pagamento pelo seu fornecimento a título de ressarcimento de custo, nos termos do art. 3º, *verbis*:

Art. 3º. O Ministro da Fazenda poderá determinar seja feito, mediante ressarcimento de custo e demais encargos, em relação aos produtos que indicar e pelos critérios que estabelecer, o fornecimento do selo especial a que se refere o artigo 46 da Lei número 4.502, de 30 de novembro de 1964, com os parágrafos que lhe foram acrescentados pela alteração 12ª do artigo 2º do Decreto-Lei n. 34, de 18 de novembro de 1966.

O regulamento do IPI, veiculado pelo Decreto n. 4.544/02, assim disciplina a questão, em seus arts. 223 e 237:

Art. 223. Estão sujeitos ao selo de controle previsto no art. 46 da Lei n. 4.502, de 1964, segundo as normas constantes deste Regulamento e de atos complementares, os produtos relacionados em ato do Secretário da Receita

Federal, que poderá restringir a exigência a casos específicos, bem assim dispensar ou vedar o uso do selo (Lei n. 4.502, de 1964, art. 46).

[...]

Art. 237. O Ministro da Fazenda poderá determinar que o fornecimento do selo de controle aos usuários seja feito mediante ressarcimento de custos e demais encargos, em relação aos produtos ou espécies de produtos que indicar e segundo os critérios e condições que estabelecer (Decreto-Lei n. 1.437, de 17 de dezembro de 1975, art. 3º).

No âmbito administrativo regulamentar, a Secretaria da Receita Federal, em atendimento ao disposto no Decreto n. 4.544/02, expediu a Instrução Normativa n. 504/05, que, no seu art. 27, estatui:

O selo de controle dos produtos de que trata esta instrução normativa será fornecido ao estabelecimento mediante ressarcimento prévio ao Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - FUNDAF, observados os valores de fornecimento vigentes na data do recolhimento.

Dessa moldura normativa, extrai-se que a impressão de selos fiscais não está associada a qualquer atividade administrativa de limitação ou disciplinamento de direitos, interesses ou liberdades, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição, não se enquadrando, portanto, no conceito constitucional de taxa de polícia ou de serviço.

Outrossim, o valor exigido do contribuinte para a aquisição de selos de controle tampouco configura preço público, uma vez que a aquisição é compulsória.

Sendo assim, a exação em foco representa mero ressarcimento de custos relacionados ao adimplemento da obrigação acessória.

De fato, trata-se de obrigação tributária acessória, a teor do art. 113, § 2º, do CTN, configurando um *facere* que visa auxiliar o cumprimento de obrigações tributárias principais pertinentes ao IPI.

A sua prestação consiste na remuneração pela despesa de impressão do selo especial de controle do IPI, correspondente ao pagamento de uma quantia em dinheiro equivalente ao custo desse serviço, realizado pelo Estado.

Tal hipótese não se enquadra nos contornos da regra-matriz de incidência da *taxa de serviço*, estampada no art. 145, II, *in fine*, da Constituição da República,

nem tampouco no conceito de tributo, legalmente definido no art. 3º do CTN, e disciplinada no plano infraconstitucional nos arts. 77 e 79 do mesmo diploma normativo.

O ressarcimento dos selos de controle, portanto, não deflui de obrigação tributária principal e não se caracteriza como preço público, mas representa os custos e demais encargos pela confecção e fornecimento dos selos de controle do IPI, porquanto fabricados com a utilização do patrimônio público.

Anoto que o objeto das obrigações acessórias, embora não possua conteúdo pecuniário, pode, eventualmente, acarretar despesa para o sujeito passivo.

A título de exemplificação, citem-se a obrigação de o contribuinte de IPI escriturar as entradas de insumos e as saídas do estabelecimento industrial, permitindo a fiscalização do creditamento decorrente do princípio da não-cumulatividade, bem como a da emissão de notas fiscais de entrada e saída de mercadorias pelo contribuinte de ICMS.

Indene de dúvida a natureza não tributária dos custos do cumprimento da obrigação acessória como a confecção de livros ou emissão de talonário.

Essa mesma natureza deve ser conferida ao custo da aquisição dos selos de controle do IPI. O fato de eles serem, necessariamente, fabricados pela Casa da Moeda e adquiridos diretamente da repartição fazendária, ao invés de adquiridos de particulares, não é determinante para transmutar a natureza da obrigação para taxa de polícia ou de serviço. O que determina a natureza jurídica da obrigação tributária – se principal ou acessória – é a prestação que consiste no seu objeto.

Em hipóteses idênticas, nas quais se discutiu a natureza jurídica do ressarcimento dos custos com a emissão de selos de controle do IPI, a mesma conclusão ora adotada foi alcançada por esta Corte, consoante extrai-se dos julgados assim ementados:

Processual Civil e Tributário. Selo de controle de IPI. Natureza jurídica. Obrigação acessória. Reflexo pecuniário no custo de produção. Inclusão na base de cálculo do ICMS.

[...]

2. A aquisição de selo para controle do IPI tem natureza jurídica de obrigação acessória, porquanto visa a facilitar a fiscalização e arrecadação do tributo principal, conforme previsão contida no artigo 113, § 2º, do CTN. A cobrança pela confecção e fornecimento dos selos, amparada pelo Decreto-Lei 1.437/75, nada

mais é do que o ressarcimento aos cofres públicos do seu custo, não configurando taxa ou preço público. Precedente: REsp 836.277, 1ª Turma, Min. Francisco Falcão, DJ de 20.09.07

[...]

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(REsp 732.617/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 14/04/2009, DJe 28/09/2009).

Tributário. Recurso especial. Violação do art. 535 do CPC não configurada. IPI. Selos de controle. Gratuidade. Lei 4.502/64. Revogação do benefício pelo Decreto-Lei 1.437/75. Obrigação acessória. Natureza de ressarcimento aos cofres públicos. Possibilidade de cobrança.

1. Os selos de controle do IPI fornecidos devem ser ressarcidos quanto aos custos e demais encargos decorrentes da sua emissão, constituindo receita originária da União, proveniente de produto fabricado por empresa pública - Casa da Moeda, com a utilização do patrimônio estatal, encerrando obrigação acessória, cuja finalidade precípua é facilitar a fiscalização e a arrecadação do imposto. (Precedente: REsp 836.277/PR, DJ 20.09.2007)

2. A natureza de taxa não se aplica ao referido ressarcimento, posto não configurar exercício do poder de polícia ou utilização de serviço público específico e divisível, nem de preço público, porquanto não decorre de obrigação assumida voluntariamente.

3. A Lei 4.502/64, em cujo art. 46 foi prevista originariamente a gratuidade de sua emissão, foi revogada com o advento do Decreto-Lei n. 1.437/75, que conjurou o benefício da gratuidade, tendo sido, concomitantemente, retirada a matéria do âmbito legal (em sentido estrito), atribuindo ao Ministro da Fazenda a competência para regulamentá-la através de ato normativo próprio, legitimado pelo art. 113 do CTN.

[...]

5. Recurso especial provido.

(REsp 881.528/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 06/05/2008, DJe 18/06/2008).

Não se desconhece que o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria, mediante controle difuso, a inconstitucionalidade do art. 3º do Decreto-Lei n. 1.437/75, reconhecendo a natureza jurídica de taxa do ressarcimento de custo e demais encargos relativos ao selo especial de controle de IPI, previsto no art. 46 da Lei n. 4.502/64, como estampa o julgado assim ementado:

IPI. Selo de qualidade. Natureza. Lei n. 4.502/64 e Decreto-Lei n. 1.437/75. Princípio da legalidade. Delegação. Artigos 150, inciso I, e 25 da Carta Federal.

Ante o princípio da legalidade estrita, surge inconstitucional o artigo 3º do Decreto-Lei n. 1.437/75 no que transferida a agente do Estado – Ministro da Fazenda – a definição do ressarcimento de custo e demais encargos relativos ao selo especial previsto, sob o ângulo da gratuidade, no artigo 46 da Lei n. 4.502/64.

(RE 662.113, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2014, Acórdão Eletrônico DJe-067 divulg 03/04/2014 public 04/04/2014).

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal não se manifestou definitivamente sobre a natureza jurídica da exação em tela, de forma vinculante, em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Desse modo, entendo estar autorizado a esta Corte apreciar a natureza jurídica do selo de controle do IPI, conforme estabelecido na lei infraconstitucional.

Aliás, registre-se que o Supremo Tribunal Federal já examinou a questão e não vislumbrou repercussão geral na controvérsia sobre a harmonia da delegação prevista no art. 3º do Decreto-Lei n. 1.437/75 com a Constituição da República, considerado o princípio da legalidade estrita, como o demonstra o julgado assim ementado:

Imposto sobre Produtos Industrializados. Selo de controle do imposto. Ressarcimento. Artigo 3º do Decreto-Lei n. 1.437/75. Ausência de recepção pela Carta de 1988. Declaração na origem.

Na dicção da ilustrada maioria, não possui repercussão geral controvérsia sobre a harmonia, ou não, com a Carta da República, da delegação contemplada no artigo 3º do Decreto-Lei n. 1.437/75, considerado o princípio da legalidade estrita.

(RE 559.994 RG, Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgado em 05/06/2008, DJe-157 divulg 21/08/2008 public 22/08/2008 Ement vol-02329-04 pp-00658 republicação: DJe-204 divulg 28/10/2009 public 29/10/2009).

Por fim, anoto que o Sr. Ministro Napoleão faz referências, em seu voto, ao julgado da 1ª Turma desta Corte proferido no REsp n. 1.448.096/PR, de sua relatoria, (DJe 14.10.2015), no qual se discutiu a natureza jurídica da obrigação criada para certas pessoas jurídicas que importam ou industrializam refrigerante, cerveja, água e refresco, de instalar equipamentos contadores de produção (vazão), a fim de viabilizar a fiscalização da cobrança de PIS/COFINS e IPI – Sistema de Controle de Produção de Bebidas (SICOBEBE) – e de ressarcir os custos pela instalação e manutenção desse sistema, à Casa da Moeda do Brasil.

De fato, naquele julgamento, acompanhei o Relator para reconhecer a natureza de taxa da exação, entendendo, todavia, que se trata de taxa de serviço, diversamente de Sua Excelência, que lhe imputava a natureza de taxa de polícia.

No ponto, peço licença para tecer brevíssimas considerações sobre o tema.

O art. 58-T da Lei n. 10.833/03, na redação dada pela Lei n. 11.827/08, estabelecia:

Art. 58-T. As pessoas jurídicas que industrializam os produtos de que trata o art. 58-A desta Lei ficam obrigadas a instalar equipamentos contadores de produção, que possibilitem, ainda, a identificação do tipo de produto, de embalagem e sua marca comercial, aplicando-se, no que couber, as disposições contidas nos arts. 27 a 30 da Lei 11.488, de 15 de junho de 2007.

§ 1º. A Secretaria da Receita Federal do Brasil estabelecerá a forma, limites, condições e prazos para a aplicação da obrigatoriedade de que trata o *caput* deste artigo, sem prejuízo do disposto no art. 36 da Medida Provisória 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.

§ 2º. As pessoas jurídicas de que trata o *caput* deste artigo poderão deduzir da Contribuição para o PIS/Pasep ou da Cofins, devidas em cada período de apuração, crédito presumido correspondente ao ressarcimento de que trata o § 3º do art. 28 da Lei 11.488, de 15 de junho de 2007, efetivamente pago no mesmo período.

Os §§ 2º e 3º do art. 28, da Lei n. 11.488/07, a seu turno, prescrevem:

Art. 28. Os equipamentos contadores de produção de que trata o art. 27 desta Lei deverão ser instalados em todas as linhas de produção existentes nos estabelecimentos industriais fabricantes de cigarros, em local correspondente ao da aplicação do selo de controle de que trata o art. 46 da Lei 4.502, de 30 de novembro de 1964.

§ 1º O selo de controle será confeccionado pela Casa da Moeda do Brasil e conterá dispositivos de segurança aprovados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil que possibilitem, ainda, a verificação de sua autenticidade no momento da aplicação no estabelecimento industrial fabricante de cigarros.

§ 2º Fica atribuída à Casa da Moeda do Brasil a responsabilidade pela integração, instalação e manutenção preventiva e corretiva de todos os equipamentos de que trata o art. 27 desta Lei nos estabelecimentos industriais fabricantes de cigarros, sob supervisão e acompanhamento da Secretaria da Receita Federal do Brasil e observância aos requisitos de segurança e controle fiscal por ela estabelecidos.

§ 3º Fica a cargo do estabelecimento industrial fabricante de cigarros o ressarcimento à Casa da Moeda do Brasil pela execução dos procedimentos de que

trata o § 2º deste artigo, bem como pela adequação necessária à instalação dos equipamentos de que trata o art. 27 desta Lei em cada linha de produção.

§ 4º Os valores do ressarcimento de que trata o § 3º deste artigo serão estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e deverão ser proporcionais à capacidade produtiva do estabelecimento industrial fabricante de cigarros, podendo ser deduzidos do valor correspondente ao ressarcimento de que trata o art. 3º do Decreto-Lei 1.437, de 17 de dezembro de 1975.

§ 5º Na hipótese de existência de saldo após a dedução de que trata o § 4º deste artigo, os valores remanescentes do ressarcimento de que trata o § 3º deste artigo poderão ser deduzidos da Contribuição para o PIS/Pasep ou da Cofins, devidas em cada período de apuração (destaquei).

A Instrução Normativa RFB n. 869/08, ao dispor sobre a instalação de equipamentos contadores de produção nos estabelecimentos industriais envasadores de bebidas de que trata o art. 58-T da Lei n. 10.833/03, estatui:

Art. 2º. O Sicobe será composto por equipamentos Contadores de produção, bem como de aparelhos para o controle, registro, gravação e transmissão dos quantitativos medidos à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).

§ 1º. Os equipamentos de que trata o *caput* possibilitarão, ainda, a identificação do tipo de produto, embalagem e sua respectiva marca comercial.

§ 2º. Os produtos controlados também deverão ser marcados pelo Sicobe, em cada unidade, em lugar visível, conforme for mais apropriado ao tipo de embalagem, por processo de impressão com tinta de segurança indelével, com códigos que possibilitem identificar a legítima origem, a diferenciação da produção ilegal e a comercialização de contrafações.

§ 3º. Os procedimentos de integração, instalação e manutenção preventiva e corretiva de todos os equipamentos que compõem o Sicobe nos estabelecimentos industriais envasadores das bebidas de que trata o art. 1º serão realizados pela Casa da Moeda do Brasil (CMB).

Ainda, a Secretaria da Receita Federal do Brasil editou o Ato Declaratório Executivo n. 61/08, assim expresso:

Art. 1º. *O valor a ser ressarcido à Casa da Moeda do Brasil, em observância ao disposto no art. 58-T, § 2º, da Lei n. 10.833, de 2003, com a redação dada pela Lei n. 11.827, de 2008, é de R\$ 0,03 (três centavos de real) por unidade de produto controlado pelo Sistema de Controle de Produção de Bebidas (Sicobe).*

Art. 2º. O ressarcimento de que trata o art. 1º deverá ser efetuado pelos estabelecimentos industriais envasadores de bebidas, obrigados à utilização do

Sicobe, de acordo com o disposto no art. 11 da Instrução Normativa RFB n. 869, de 2008 (destaquei).

Dessa moldura normativa, flagra-se uma obrigação tributária de natureza acessória e consubstanciada no dever de adotar o SICOBE – a teor do art. 113, § 2º, do CTN –, para auxiliar a fiscalização do cumprimento de obrigações tributárias principais, vale dizer, as pertinentes ao IPI, à contribuição ao PIS e à COFINS.

Contudo, a outra prestação, consistente na remuneração obrigatória das atividades de integrar, instalar e efetuar a manutenção preventiva e corretiva de todos os equipamentos contadores de produção de bebidas – as quais são realizadas pela Casa da Moeda do Brasil, empresa pública federal – não pode ser equiparada a mero ressarcimento dos custos da obrigação acessória.

Tal prestação, em verdade, corresponde ao pagamento compulsório de uma quantia em dinheiro equivalente ao custo desses serviços, realizados pelo Poder Público.

Diferentemente da obrigação de remuneração pelos custos de impressão do selo especial de controle do IPI, tal hipótese remete, inexoravelmente, aos contornos da regra-matriz de incidência da *taxa de serviço*, estampada no art. 145, II, *in fine*, da Constituição da República e ao conceito de tributo, legalmente definido no art. 3º do CTN, e desdobrado nos arts. 77 e 79 do Código Tributário Nacional.

Observe-se emergir dos §§ 2º e 3º do art. 28, da Lei n. 11.488/07, referente ao SICOBE, o desenho da hipótese de incidência de *taxa de serviço*: prestação pecuniária compulsória destinada a remunerar a *prestação de serviço público* – assim entendida a realização de atividade material de interesse coletivo, de incumbência do Poder Público, sob regime jurídico de direito administrativo – serviço esse *específico e divisível*.

Portanto, não vislumbro identidade entre as naturezas jurídicas do selo do IPI e do SICOBE, a justificar a aplicação da orientação adotada em relação a este.

Com efeito, o SICOBE é específico e envolve uma série de custos que o selo do IPI não abrange. Conquanto se trate de serviços voltados à implementação de sistema de controle pela administração tributária, com o objetivo de fiscalizar a cobrança e arrecadação nos estabelecimentos industriais envasadores das bebidas mencionadas, o ressarcimento devido à Casa da Moeda do Brasil não

se refere à fiscalização da atividade particular em si mesma, mas ao custo dos serviços executados para a operacionalização do sistema.

Dessarte, afastada a natureza de taxa da exigência em tela e não se caracterizando como preço público, está-se diante de mero ressarcimento de custos e demais encargos pelo fornecimento dos selos de controle do IPI, atrelado à obrigação tributária acessória de sua utilização, constituindo receita originária da União, proveniente de produto fabricado por empresa pública (Casa da Moeda), com a utilização do patrimônio estatal.

Sendo assim, impõe-se seja tal exigência criada por lei, como corolário do princípio geral da legalidade, previsto no art. 5º, II, da Constituição da República.

Nessa linha, aliás, já se manifestou este Superior Tribunal:

Tributário. Imposto de Renda Pessoa Jurídica. Consolidação de balancetes mensais na declaração anual de ajuste. Criação de dever instrumental por instrução normativa. Possibilidade. Ausência de violação do princípio da legalidade tributária. Complementação do sentido da norma legal.

[...]

5. É cediço que, nos termos do art. 113, § 2º, do CTN, em torno das relações jurídico-tributárias relacionadas ao tributo em si, exsurtem outras, de conteúdo extra-patrimonial, consubstanciadas em um dever de fazer, não-fazer ou tolerar. São os denominados deveres instrumentais ou obrigações acessórias, inerentes à regulamentação das questões operacionais relativas à tributação, razão pela qual sua regulação foi legada à “legislação tributária” em sentido lato, podendo ser disciplinados por meio de decretos e de normas complementares, *sempre vinculados à lei da qual dependem*.

8. Recurso especial provido.

(REsp 724.779/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 12/09/2006, DJ 20/11/2006, p. 278 - destaquei).

Isto posto, abstenho-me de votar no caso concreto e, na fixação abstrata da tese do recurso repetitivo, acompanho o Sr. Relator, com os acréscimos efetuados pelo Ministro Herman Benjamin, pela conclusão, divergindo apenas quanto à natureza jurídica do ressarcimento de custos e demais encargos pelo fornecimento de selos de controle de IPI.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.648.305-RS (2017/0009005-5)

Relatora: Ministra Assusete Magalhães

Relatora para o acórdão: Ministra Regina Helena Costa

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social

Recorrido: Irma Perine

Advogado: Luiz Alfredo Ost e outro(s) - RS014829

Interes.: Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP) - “Amicus Curiae”

Advogado: Gisele Lemos Kravchychyn e outro(s) - SC018200

EMENTA

Previdenciário e Processual Civil. Recurso especial repetitivo. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Aposentadoria por invalidez. “Auxílio-acompanhante”. Adicional de 25% (vinte e cinco por cento) previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91. Necessidade de assistência permanente de terceiro. Comprovação. Extensão a outras espécies de aposentadoria. Possibilidade. Princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia. Garantia dos direitos sociais. Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Nova Iorque, 2007). Interpretação jurisprudencial de acordo com princípios constitucionais. Fato gerador. Benefício de caráter assistencial, personalíssimo e intransferível. Desnecessidade de prévia fonte de custeio. Tese firmada sob o rito dos recursos especiais repetitivos. Art. 1.036 e seguintes do CPC/2015. Recurso especial do INSS improvido.

I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II – Cinge-se a controvérsia à possibilidade de extensão do “auxílio-acompanhante”, previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91 aos segurados aposentados por invalidez, às demais espécies de aposentadoria do Regime Geral da Previdência Social – RGPS.

III – O “auxílio-acompanhante” consiste no pagamento do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do benefício ao segurado aposentado por invalidez, que necessite de assistência permanente de terceiro para a realização de suas atividades e cuidados habituais, no intuito de diminuir o risco social consubstanciado no indispensável amparo ao segurado, podendo, inclusive, sobrepujar o teto de pagamento dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

IV – Tal benefício possui caráter assistencial porquanto: a) o fato gerador é a necessidade de assistência permanente de outra pessoa a qual pode estar presente no momento do requerimento administrativo da aposentadoria por invalidez ou ser-lhe superveniente; b) sua concessão pode ter ou não relação com a moléstia que deu causa à concessão do benefício originário; e c) o pagamento do adicional cessará com a morte do aposentado, não sendo incorporado ao valor da pensão por morte, circunstância própria dos benefícios assistenciais que, pela ausência de contribuição, são personalíssimos e, portanto, intransferíveis aos dependentes.

V – A pretensão em análise encontra respaldo nos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, bem como na garantia dos direitos sociais, contemplados, respectivamente, nos arts. 1º, III, 5º, *caput*, e 6º, da Constituição da República.

VI – O Estado brasileiro é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova Iorque, de 2007, admitida com *status* de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição da República. Promulgada pelo Decreto n. 6.949/09, a Convenção, em seu art. 1º, ostenta o propósito de “(...) *promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente*”, garantindo, ainda, em seus arts. 5º e 28, tratamento isonômico e proteção da pessoa com deficiência, inclusive na seara previdenciária.

VII – A 1ª Seção desta Corte, em mais de uma oportunidade, prestigiou os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia com vista a iluminar e desvendar a adequada interpretação de dispositivos legais (REsp n. 1.355.052/SP, Rel. Min. Benedito

Gonçalves, DJe de 05.11.2015 e do REsp n. 1.411.258/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 21.02.2018, ambos submetidos ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973).

VIII – A aplicação do benefício às demais modalidades de aposentadoria independe da prévia indicação da fonte de custeio porquanto o “auxílio-acompanhante” não consta no rol do art. 18 da Lei n. 8.213/91, o qual elenca os benefícios e serviços devidos aos segurados do Regime Geral de Previdência Social e seus dependentes.

IX – Diante de tal quadro, impõe-se a extensão do “auxílio-acompanhante” a todos os aposentados que, inválidos, comprovem a necessidade de ajuda permanente de outra pessoa, independentemente do fato gerador da aposentadoria.

X – Tese jurídica firmada: “*Comprovadas a invalidez e a necessidade de assistência permanente de terceiro, é devido o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, a todos os aposentados pelo RGPS, independentemente da modalidade de aposentadoria.*”

XI – Recurso julgado sob a sistemática dos recursos especiais representativos de controvérsia (art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e art. 256-N e seguintes do RISTJ).

XII – Recurso Especial do INSS improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, por maioria, vencidos a Sra. Ministra Relatora e os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Gurgel de Faria e Francisco Falcão, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Regina Helena Costa, que lavrará o acórdão. Votaram com a Sra. Ministra Regina Helena Costa os Srs. Ministros Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes e Benedito Gonçalves.

Brasília (DF), 22 de agosto de 2018 (data do julgamento).

Ministra Regina Helena Costa, Relatora

DJe 26.9.2018

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Recurso Especial, fundamentado na alínea **a** do permissivo constitucional, interposto pelo *Instituto Nacional do Seguro Social*, em 19/09/2016, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, publicado na vigência do CPC/2015, que rejeitou os Embargos de Declaração, opostos ao *decisum* assim ementado:

Previdenciário. Adicional de 25%. Art. 45 da Lei 8.213/91. Extensão demais benefícios. Princípio da isonomia. Consectários. Lei 11.960/2009. Custas. Honorários.

1. *A possibilidade de acréscimo, nos termos do art. 45 da Lei n. 8.213/91, do adicional de 25% ao valor percebido pela segurada, em caso de ela necessitar de assistência permanente de outra pessoa, é prevista regularmente para beneficiários da aposentadoria por invalidez, podendo ser estendida aos demais casos de aposentadoria em face do princípio da isonomia. In casu, face as provas contidas nos autos, resta evidenciado que a autora necessita do auxílio permanente de terceiros, razão pela qual faz jus ao adicional.*

2. Declarada pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pela Lei n. 11.960/2009, os juros moratórios devem ser equivalentes aos índices de juros aplicáveis à caderneta de poupança (STJ, REsp 1.270.439/PR, 1ª Seção, Relator Ministro Castro Meira, 26/06/2013). No que tange à correção monetária, permanece a aplicação da TR, como estabelecido naquela lei, e demais índices oficiais consagrados pela jurisprudência.

3. Havendo o feito tramitado perante a Justiça Estadual do Rio Grande do Sul, o INSS está isento do pagamento de custas, consoante o disposto no art. 11 da Lei Estadual n. 8.121/85, na redação dada pela Lei n. 13.471, de 23 de junho de 2010.

4. Os honorários advocatícios são devidos pelo INSS no percentual de 10% sobre o valor das parcelas vencidas até a data da sentença de procedência ou do acórdão que reforma a sentença de improcedência, nos termos da Súmula n. 111 do Superior Tribunal de Justiça e Súmula n. 76 deste TRF (fl. 147e).

Sustenta o recorrente, inicialmente, violação ao art. 1.022 do CPC/2015, pois o Tribunal *a quo* rejeitou os Embargos de Declaração, sem apreciar ponto omissis no acórdão, qual seja, “a questão referente à interpretação do artigo 45 da LB de acordo com o disposto no artigo 1º da mesma lei, o qual salienta o caráter contributivo e não assistencial dos benefícios e adicionais nela previstos” (fl. 167e).

Alega, quanto ao mais, citando precedentes dos cinco Tribunais Regionais Federais, favoráveis à sua tese, violação aos arts. 1º e 45 da Lei 8.213/91, sob a seguinte argumentação:

A decisão recorrida assegurou o pagamento do adicional de 25% sobre o benefício da parte autora, previsto para os aposentados por invalidez que necessitem de assistência permanente de outra pessoa, embora o autor receba outra espécie de aposentadoria, ao argumento de que solução diversa seria discriminatória por se tratar de valor de caráter assistencial.

Não é esta a solução mais adequada.

O acórdão recorrido adotou uma interpretação equivocada da Lei de Benefícios, pois tomou o artigo 45 como item apartado e independente desta lei no qual está inserido.

Interpretou o dispositivo legal sem atentar para o primeiro artigo da LB, que dispõe expressamente:

Art. 1º A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários (...)

De acordo com o artigo 1º, portanto, é mediante contribuição que os benefícios e seus adicionais que estão previstos na LB são devidos aos segurados.

*Não há nada de caráter assistencial no adicional de 25% do artigo 45, pois ele integra o texto da Lei 8.213/91, cujo artigo 1º, que é norma orientadora para interpretar todos os demais artigos da mesma lei, dispõe que ele é devido **mediante contribuição**.*

Ao deixar de considerar o mencionado artigo 1º da LB, o acórdão ignorou uma regra básica de hermenêutica dos textos jurídicos, segundo a qual, assim como o ordenamento jurídico na sua totalidade exige que se interprete as leis que o compõem de modo sistemático, de modo a assegurar a sua unidade e coerência, também as leis devem ter seus artigos interpretados de acordo com o todo de que fazem parte. Se não tivesse omitido isso, não concluiria erroneamente que o artigo 45 da LB tem caráter assistencial, pois ele faz parte de uma lei previdenciária.

Como já referido anteriormente pela Autarquia neste processo, tal avaliação hermenêutica não é novidade, pois vem sendo repetida desde que os romanos começaram a estudar Direito. Carlos Maximiliano nos informa isso, citando Celso em sua obra clássica:

(...)

Enfim, o acórdão ora embargado, ao não fazer uma interpretação sistemática mais apurada das normas que citou, negou vigência exatamente ao artigo 45 da LB que supostamente estaria aplicando ao caso concreto.

Merece reforma, portanto, a decisão recorrida (fls. 168/169e).

Afirma que “os demais tribunais federais no país que já examinaram questões semelhantes se posicionaram contra a extensão do adicional, tal como vinha entendendo o próprio Tribunal cujo acórdão ora se impugna” (fls. 169/170e), na linha dos precedentes que indica.

Por fim, “uma vez demonstrada contrariedade à Lei Federal - artigos 1º e 45 da Lei 8.213/91 - o INSS requer seja o recurso conhecido e provido, a fim de que haja a reforma da decisão, declarando-se indevido o adicional pleiteado. Se assim não entender a C. Turma, o INSS requer a anulação da decisão que rejeitou os embargos de declaração, por afronta ao artigo 1.022, do CPC, para que o Tribunal Regional profira outra, suprindo a omissão sobre a matéria federal que embasa a tese do recorrente” (fl. 173e).

Sem contrarrazões (fl. 189e), o Tribunal de origem – “considerando a multiplicidade de recursos especiais existentes nesta Corte Regional sobre a controvérsia (discute-se a possibilidade da concessão do acréscimo de 25%, previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, sobre o valor do benefício em caso de o segurado necessitar de assistência permanente de outra pessoa, independentemente da espécie de aposentadoria,)” – selecionou, com fundamento no art. 1.036, § 1º, do CPC/2015, o presente Recurso Especial como representativo da controvérsia, na forma da decisão de fls. 190/191e.

O Ministério Público Federal, na forma do parecer de fls. 204/208e, subscrito pelo Subprocurador-Geral da República, *Moacir Guimarães Morais Filho*, “opina pela admissibilidade do recurso representativo da controvérsia, a fim de que seja improvido o recurso especial”.

O Presidente da Comissão Gestora de Precedentes, Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*, a fls. 211/214e, determinou o encaminhamento destes autos a esta Relatora, para pronunciamento a respeito de possível prevenção deste recurso ao PUIL 236/RS, de minha relatoria – no qual foi admitido Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei sobre a mesma matéria, no âmbito do Juizado Especial Federal –, e, a fl. 224e, aceitei a prevenção.

A Primeira Seção do STJ, por unanimidade, na sessão do dia 09/08/2017, afetou o presente Recurso Especial ao rito do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 256-I do RISTJ, incluído pela Emenda Regimental 24, de 28/09/2016), nos termos do acórdão de fls. 232/241e, que restou assim ementado:

Previdenciário e Processual Civil. Proposta de afetação de recurso especial. Rito dos recursos especiais repetitivos. Arts. 1.036, *caput* e § 1º, 1.037 e 1.038

do CPC/2015 c/c art. 256-I do RISTJ, na redação da Emenda Regimental 24, de 28/09/2016. *Adicional de 25%, previsto no art. 45 da Lei 8.213/91. Possibilidade de concessão (ou não) a todo segurado que necessitar de assistência permanente de outra pessoa, independentemente da espécie de aposentadoria.*

I. *Delimitação da controvérsia, para fins de afetação da matéria ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 1.036, caput e § 1º, do CPC/2015: “Aferir a possibilidade da concessão do acréscimo de 25%, previsto no art. 45 da Lei 8.213/91, sobre o valor do benefício, em caso de o segurado necessitar de assistência permanente de outra pessoa, independentemente da espécie de aposentadoria”.*

II. Recurso Especial afetado ao rito do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 256-I do RISTJ, na redação da Ementa Regimental 24, de 28/09/2016) (fl. 232e).

O Ministério Público Federal, a fls. 253/256e, em parecer lavrado pelo Subprocurador-Geral da República, Dr. *Moacir Guimarães Morais Filho*, opina “pelo não conhecimento e improvemento do Recurso Especial”.

O *Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário - IBDP*, a fls. 260/322e, requereu a sua admissão no feito como *amicus curiae*, pedido que foi atendido (fls. 325e), para que ingresse, nessa condição, nos presentes autos e nos do REsp 1.720.805/RJ – também afetado sob o regime dos recursos repetitivos, para julgamento conjunto –, recebendo-se a referida petição, na qual sustenta a possibilidade de concessão do adicional em tela, independentemente de se tratar de aposentadoria por invalidez, como manifestação escrita, em ambos os feitos.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Relatora): Trata-se, na origem, de ação ajuizada pela ora recorrida, beneficiária de aposentadoria por idade rural, em face do INSS, objetivando a concessão do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei 8.213/91, ao seu benefício, por necessitar de assistência permanente de outra pessoa, com pagamento retroativo à data do requerimento administrativo, em 13/11/2013.

A parte autora, conforme a inicial de fls. 3/8e, é beneficiária de aposentadoria por idade, na condição de rurícola, e, em razão de necessitar de assistência permanente de outra pessoa, ingressou com requerimento administrativo, pleiteando a incorporação, ao seu benefício, do referido adicional de 25% (vinte e cinco por cento).

O pedido foi indeferido, na via administrativa, porquanto o INSS somente aplica o adicional para a aposentadoria por invalidez, na forma do art. 45 da Lei 8.213/91.

Contudo, segundo entende a parte autora, “o fato do acréscimo de 25% ser garantido apenas para os aposentados por invalidez, fere princípios constitucionais, o primeiro, o da isonomia, consagrado pela Constituição Federal de 1998. Não há razão para somente os aposentados por invalidez terem direito a tal vantagem. O aposentado rural por idade, por exemplo, como é o presente caso, por muitas vezes são acometidos de algumas doenças que o debilitam durante os anos e, conseqüentemente, necessitam do auxílio de outra pessoa, razão que o faz desembolsar valores para o pagamento dos serviços prestados por esta. No presente caso, a autora está acamada, sem condições de gerir sua pessoa e muito menos da proceder na sua alimentação e higiene sem o auxílio de terceiros (cf. atestado médico anexo) após estar aposentada por idade, lhe causando assim e nesse norte gastos suplementares para sua manutenção, notadamente como já mencionado, na contratação de terceiros para lhe auxiliar, haja vista não possuir as mínimas condições de auto gerir-se, de se locomover, alimentar, higiene, medicar-se, etc, etc. Conforme mostrado, o dispositivo é manifestamente contrário ao princípio da isonomia insculpido no *caput* do art. 5º da Carta Maior (...) o artigo 45 da Lei n. 8.213/91 infringe, também, os princípios da uniformidade e equivalência dos benefícios da seguridade social (...). No que tange ao segundo requisito, comprovado está que a autora encontra-se na atualidade acometida de doença grave, e que a impossibilita de auto gerir-se, conforme evidenciado pelos documentos ora juntados e como decididamente restará comprovado no decorrer da instrução do feito, necessitando da assistência permanente de outra pessoa em virtude da gravidade de sua doença, fazendo jus ao acréscimo de 25% sobre seu benefício, de acordo com o art. 45 da já citada lei e das teses ora sustentadas. Afirma a demandante, portanto, preencher os requisitos que autorizam a concessão do benefício pleiteado, insuscetível de reabilitação, necessitando de acompanhamento de terceiros para a realização de suas atividades habituais e para auto gerir-se, de modo que demanda apoio contínuo de outrem” (fls. 5/6e).

O Juízo de 1º Grau julgou improcedente o pedido (fls. 102/109e), destacando que “o benefício percebido pelo autor é diverso do benefício de aposentadoria por invalidez. Logo, entendo que não faz jus ao acréscimo pleiteado, sob pena de ofensa ao disposto no art. 195, § 5º, ambos da Constituição Federal” (fl. 106e).

A parte autora apelou (fls. 110/117e), arguindo, primeiramente, cerceamento de defesa – pelo indeferimento do pedido de produção de prova pericial médica –, e, no mais, reiterando os fundamentos apresentados na petição inicial (fls. 114/115e).

O Tribunal de origem deu provimento à Apelação da autora, para julgar procedente a ação, na forma do acórdão de fls. 135/147e, assim ementado:

Previdenciário. Adicional de 25%. Art. 45 da Lei 8.213/91. Extensão demais benefícios. Princípio da isonomia. Consectários. Lei 11.960/2009. Custas. Honorários.

1. A possibilidade de acréscimo, nos termos do art. 45 da Lei n. 8.213/91, do adicional de 25% ao valor percebido pela segurada, em caso de ela necessitar de assistência permanente de outra pessoa, é prevista regularmente para beneficiários da aposentadoria por invalidez, podendo ser estendida aos demais casos de aposentadoria em face do princípio da isonomia. In casu, face as provas contidas nos autos, resta evidenciado que a autora necessita do auxílio permanente de terceiros, razão pela qual faz jus ao adicional.

2. Declarada pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pela Lei n. 11.960/2009, os juros moratórios devem ser equivalentes aos índices de juros aplicáveis à caderneta de poupança (STJ, REsp 1.270.439/PR, 1ª Seção, Relator Ministro Castro Meira, 26/06/2013). No que tange à correção monetária, permanece a aplicação da TR, como estabelecido naquela lei, e demais índices oficiais consagrados pela jurisprudência.

3. Havendo o feito tramitado perante a Justiça Estadual do Rio Grande do Sul, o INSS está isento do pagamento de custas, consoante o disposto no art. 11 da Lei Estadual n. 8.121/85, na redação dada pela Lei n. 13.471, de 23 de junho de 2010.

4. Os honorários advocatícios são devidos pelo INSS no percentual de 10% sobre o valor das parcelas vencidas até a data da sentença de procedência ou do acórdão que reforma a sentença de improcedência, nos termos da Súmula n. 111 do Superior Tribunal de Justiça e Súmula n. 76 deste TRF (fl. 147e).

Opostos Embargos de Declaração, pelo INSS, foram eles rejeitados, nesses termos:

Previdenciário. Embargos de declaração. Art. 1.022 do CPC de 2015. Omissão, obscuridade ou contradição. Correção de erro material. Prequestionamento implícito. Art. 1.025 do CPC/2015.

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, admite a jurisprudência emprestar-lhes efeitos infringentes.

2. Não se enquadrando em qualquer das hipóteses de cabimento legalmente previstas, devem ser rejeitados os declaratório.

3. 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) (fl. 160e).

Inconformado, o INSS interpôs o presente Recurso Especial, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, afetado, pela Primeira Seção do STJ, ao rito dos julgamentos repetitivos (fls. 232/241e).

Com o advento do CPC/2015, o rito de processo e julgamento dos recursos especiais repetitivos foi estabelecido nos arts. 1.036 a 1.041 do referido diploma normativo.

No âmbito do Regimento Interno desta Corte, o tema está regulado nos arts. 104-A e 256 a 256-X do RISTJ.

Em consonância com o disposto no art. 1.036, § 5º, do CPC/2015 e no art. 256, *caput*, do RISTJ, previu-se a necessidade de afetação de dois ou mais recursos representativos da controvérsia, exigência cumprida, no caso, em razão de também ter sido afetado o REsp 1.720.805/RJ, que cuida do mesmo tema.

O presente recurso é apto, consoante previsto no art. 1.036, § 6º, do CPC/2015 e no art. 256, § 1º, do RISTJ.

Fundamentos relevantes da questão jurídica discutida (art. 984, § 2º, c/c o art. 1.038, § 3º, do CPC/2015 e art. 104-A, I, do RISTJ)

A controvérsia ora em apreciação cinge-se à análise da possibilidade de estender o pagamento do adicional de 25%, previsto no art. 45 da Lei 8.213/91 para a aposentadoria por invalidez, a outras espécies de aposentadoria.

Segundo defende o INSS, recorrente, a concessão do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), para benefício previdenciário fora dos limites legais, afronta os arts. 1º e 45 da Lei 8.213/91, porquanto o aludido adicional tem caráter previdenciário – não assistencial – e a sua concessão está restrita aos segurados beneficiários de aposentadoria por invalidez.

O Tribunal de origem deu provimento à Apelação da autora – que percebe aposentadoria por idade rural –, concedendo-lhe o direito do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) sobre a aposentadoria por idade, não obstante o art. 45 da Lei 8.213/91 preveja tal acréscimo apenas para a aposentadoria por invalidez, com a seguinte fundamentação:

A controvérsia restringe-se à possibilidade de concessão do acréscimo de 25%, previsto no art. 45, caput, da Lei de Benefícios, no benefício de aposentadoria por idade.

O art. 45 da Lei 8.213/91 estatui:

O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento).

Discute-se se há ofensa à igualdade na ausência de previsão do acréscimo monetário a benefício decorrente de aposentadoria por idade. *O princípio da igualdade impõe que se dê idêntico tratamento a indivíduos e situações semelhantes, exigindo um ônus de justificação para a imposição de tratamento diferenciado.* Todo juízo de igualdade implica a eleição de um aspecto da realidade comparada. A norma jurídica deve, de modo justo, eleger qual o aspecto da realidade justifica tratamento igual e qual outro pode, eventualmente, justificar tratamento desigual. Assim, por exemplo, homens e mulheres merecem tratamento igual quanto à não-discriminação na remuneração pelo exercício de mesma atividade (aqui a desigualdade fática parcial - sexo - não justifica tratamento diferenciado), e merecem tratamento desigual quanto à licença- gestante (agora, a desigualdade fática justifica o tratamento desigual).

Na hipótese sub judice, apresenta-se situação onde há igualdade quanto (a) à condição de segurado aposentado da Previdência Social e (b) à condição de invalidez e a necessidade de auxílio de terceiros.

Nos contornos em que discutida a matéria, a desigualdade parcial encontrada na legislação, que enseja valor de benefício diverso, é a origem do benefício de aposentadoria. Aqueles aposentados por invalidez percebem adicional; os demais, não. Qual a razão do tratamento diferenciado? Tal discrimen tem fundamento racional que justifique a disparidade? Tal diferenciação está conforme o sistema jurídico vigente? No debate jurisprudencial, invoca-se que a aposentadoria por invalidez é, via de regra, imprevisível; aduz-se, ademais, que pode haver diferença de renda (na aposentadoria por invalidez, ela será de 100%, ao passo que nas demais pode haver variações). Como já foi dito, *ausentes razões que justifiquem o tratamento diferenciado, é obrigatório igual tratamento.* Essa a síntese do mandamento normativo da igualdade. *Privilegiar determinada*

prestação a pessoa em condição de invalidez em virtude da espécie de benefício outorgado na proteção previdenciária é, s.m.j., desarrazoado.

O motivo que justifica a proteção securitária como um todo é o risco social, fundamento de todo sistema de seguridade social. Os benefícios, previdenciários e assistenciais, informam-se, em sua gênese constitucional, configuração legislativa e concretização administrativa, pela mesma razão.

Se o sistema jurídico considera a necessidade decorrente da invalidez como pressuposto de benefício, daí extraindo regimes jurídicos e os respectivos direitos subjetivos (acréscimo de 25% para quem necessita auxílio de terceiros), não pode desconsiderar tal elemento pelo mero fato de tratar-se de outra espécie de benefício; isto porque o *discrimen* não é o tipo de benefício, mas a invalidez, sob pena de atuação em desconformidade com a finalidade constitucional de toda a seguridade social e, com a razão de ser dos benefícios, sejam eles quais forem.

A propósito, assim consta da fundamentação da Rd 4.374/PE, em que o STF alterou a interpretação da anterior ADI, em que afirmada a constitucionalidade do requisito econômico de 1/4 do salário mínimo per capita para a concessão de BPC, "...o legislador deve tratar a matéria de forma sistemática. Isso significa dizer que todos os benefícios da seguridade social (assistenciais e previdenciários) devem compor um sistema consistente e coerente. Como isso, podem-se evitar incongruências na concessão de benefícios, cuja consequência mais óbvia é o tratamento anti-isonômico entre os diversos beneficiários das políticas governamentais de assistência social." Saliente-se: "todos os benefícios da seguridade social (assistenciais e previdenciários) devem compor um sistema consistente e coerente." *Diante desse quadro normativo evidente a lacuna legislativa, a ensejar o uso da analogia como técnica calcada numa interpretação finalística e sistemática do direito da seguridade social, afastando exclusão, discriminação ou tratamento privilegiado no âmbito do sistema legal securitário.*

Tomando como premissas (a) o fundamento constitucional da seguridade social, suas finalidades e princípios, (b) o princípio da igualdade e a proibição de discriminação entre segurados aposentados que experimentam invalidez e necessitam de cuidados de terceiros, (c) o sistema jurídico previdenciário infraconstitucional e (d) a relevância por ele atribuída ao fenômeno da invalidez como risco social protegido, conclui-se que se trata de lacuna legal, a ser suprida pela aplicação de igual direito ao caso concreto.

Exemplificam a solução por analogia os seguintes julgados:

(...)

Valendo-se da analogia em matéria securitária, exemplificativamente, decidiu o STJ:

Administrativo. Militar inativo Auxílio-invalidez Termo inicial. Omissão da lei Analogia.

- As leis de natureza social devem ser interpretadas e aplicadas de modo teleológico, buscando, inclusive, luzes na analogia, de modo a atingir os seus elevados fins.

- Em face do silêncio da Lei n. 5.787/72 no tocante ao termo inicial do auxílio invalidez devido ao militar julgado definitivamente incapaz para o serviço, é razoável a decisão que defere o benefício a partir do requerimento administrativo, aplicando-se, por analogia, a legislação previdenciária.

- Recurso especial não conhecido. (REsp 271.845/SP, Rel. Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, julgado em 17/04/2001, DJ 13/08/2001, p. 304)

Neste tribunal, também aplicando o critério da analogia e suprimindo lacuna legal:

(...)

Na hipótese vertente, a autora é aposentada por idade. A requerente (95 anos de idade), representada por seu procurador, juntou documentos, entre os quais o atestado médico, de fls. 12, datado de 09/11/2013, no qual o Dr. José Luiz Costa, médico cirurgião, consignou que a ora recorrente é totalmente dependente de terceiros para as atividades diárias, como higiene, alimentação, etc...

Portanto, trata-se de pessoa com alto grau de invalidez e que necessita de cuidados permanentes de terceiros. *Incontroversa, assim, a necessidade de auxílio permanente. Ao demais, como explicitou o MPF, em relação ao pedido de produção de prova pericial, "entendo-a desnecessária, uma vez que o fato de a autora depender de auxílio de terceiro não foi contestado pela ré. Assim, a controvérsia refere-se unicamente a matéria de direito, comportando o feito julgamento antecipado." (fls. 30-verso).*

Saliento que, *com 95 anos de idade, nas condições mencionadas supra, fica claro que a autora necessita do auxílio permanente de terceiros, sendo desnecessária a realização da perícia judicial, a fim de verificar tal situação, razão pela qual faz jus ao adicional de 25% estabelecido no artigo 45 da Lei n. 8.213/9.*

É, pois, de se deferir o acréscimo pleiteado desde a época em que o adicional foi requerido na via administrativa (13/11/2013 - fls. 15), haja vista que as provas constantes dos autos evidenciam que, à ocasião, a necessidade permanente de auxílio de terceiros já se fazia presente.

Reformado, no ponto, o julgado para deferir o acréscimo de 25%, previsto no art. 45, caput, da Lei de Benefícios, sobre benefício de aposentadoria por idade, desde a data em que requerido administrativamente (fls. 136/140e).

Fundamentos determinantes do julgado (art. 984, § 2º, c/c o art. 1.038, § 3º, do CPC/2015 e art. 104-A, II, do RISTJ)

A pretensão de estender, indistintamente, o pagamento do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) ao benefício, para alcançar todos os segurados que,

após a aposentadoria, vierem a necessitar da assistência permanente de terceiros – independentemente da espécie de aposentadoria (por idade, especial e por tempo de contribuição) –, não pode prosperar, por ausência de previsão legal, porquanto, na forma do art. 45 da Lei 8.213/91, o referido acréscimo somente é devido para o benefício de aposentadoria por invalidez, nesses termos:

Art. 45. O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento).

Parágrafo único. O acréscimo de que trata este artigo:

- a) será devido ainda que o valor da aposentadoria atinja o limite máximo legal;*
- b) será recalculado quando o benefício que lhe deu origem for reajustado;*
- c) cessará com a morte do aposentado, não sendo incorporável ao valor da pensão.*

Essa conclusão encontra amparo na doutrina:

*Ao segurado portador de grande invalidez, ou seja, aquele que, além da incapacidade laborativa total e permanente, necessita da assistência contínua de outra pessoa para a realização das atividades do dia-a-dia, tais como alimentação, locomoção e higienização, é garantido o **adicional ou acréscimo de 25%** sobre o valor da aposentadoria por invalidez. O acréscimo de 25% será devido ainda que o valor da aposentadoria alcance o teto previdenciário, sendo recalculado quando o benefício que lhe deu origem for reajustado, cessando com a morte do aposentado, não se incorporando ao valor da pensão.*

A situação que autoriza o acréscimo de 25% pode ocorrer de forma superveniente à concessão da aposentadoria por invalidez, não havendo exigência de que ocorra de forma concomitante.

O acréscimo de 25% somente é aplicável no caso de aposentadoria por invalidez, não havendo permissivo legal ou interpretação admissível que permita estendê-lo a outras espécies de benefícios (MIRANDA, Jedíael Galvão. Direito da seguridade social: direito previdenciário, infortunistica, assistência social e saúde. In: Benefícios em espécie. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. cap. 10, p. 181/182).

Em que pese a existência de entendimento doutrinário em sentido contrário, o posicionamento acima exposto tem prevalecido, conforme apontam Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior, na obra “COMENTÁRIOS À LEI DE BENEFÍCIOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL”:

Tem sido ajuizadas demandas que - fundamentalmente apoiadas no princípio da isonomia e apoiadas na necessidade interpretar a Lei de Benefícios de forma

sistemática - postulam a extensão do adicional previsto no art. 45 para outras aposentadorias. Afinal, é possível a concessão do referido acréscimo mesmo que a necessidade da ajuda permanente de outra pessoa ocorra em momento posterior à concessão do benefício. Argumenta-se que uma interpretação restritiva do dispositivo legal, extraindo comando normativo que contemple apenas aqueles que estão aposentados por invalidez, importaria em inegável afronta ao direito de proteção da dignidade da pessoa humana e das pessoas portadoras de deficiência.

A questão é controversa. Majoritariamente, a jurisprudência entende não ser possível a extensão do art. 45 para outras aposentadorias, ao argumento de que o acolhimento de tal pedido não dependeria apenas de declaração de inconstitucionalidade parcial da norma com redução de texto, mas sim decorreria de extensão do direito nela previsto a situações diversas. Assim, o reconhecimento do direito à vantagem para os casos de aposentadoria por tempo de serviço ou contribuição, não adviria de mera interpretação extensiva, mas sim de processo de integração, mediante analogia. A analogia seria utilizada para reconhecer direito no caso de situação que o legislador claramente não contemplou. Além disso, argumenta-se que há motivo fático que justifica a discriminação porque a aposentadoria por invalidez é algo não esperado, não se espera a incapacidade, não se pode prevê-la, ao contrário das outras aposentadorias que são relativamente previsíveis (a idade é certa; o tempo de contribuição também é certo). Assim, a lei poderia discriminar, tratando de forma privilegiada apenas quem tenha se aposentado por invalidez, e não todo e qualquer benefício previdenciário ou toda e qualquer aposentadoria.

O STJ, pela sua Primeira Turma, decidiu neste sentido. Cabe destacar, contudo, que já houve decisão reconhecendo a possibilidade de sua concessão em situação excepcional (ROCHA, Daniel Machado da., BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Comentários à lei de benefícios da previdência social. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 293/298).

A pretendida extensão implicaria na criação de um novo benefício, híbrido – em substituição da atividade legislativa –, na medida em que combinaria as características e os requisitos de outras espécies de aposentadoria (por idade, especial e por tempo de contribuição) com vantagem exclusiva da aposentadoria por invalidez, qual seja, o adicional de 25% (vinte e cinco por cento), autorizando, inclusive, como decorrência, para todos esses casos, que o valor devido ultrapasse o teto de pagamento de benefícios do Regime Geral de Previdência Social, tal como previsto no art. 45, parágrafo único, **a**, da Lei 8.213/91 – hipótese que contempla exclusivamente a aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa –, sem a correspondente fonte de custeio, conforme exige o art. 195, § 5º, da Constituição da República:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

(...)

§ 5º *Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.*

A ampliação e a extensão da norma, para alcançar outras espécies de aposentadoria, e, assim, reconhecer o direito de o segurado, aposentado por idade, por aposentadoria especial ou por tempo de contribuição, receber o adicional de 25% (vinte e cinco por cento), sem previsão legal e sem fonte de custeio, ultrapassa o limite imposto ao magistrado pelo princípio da separação dos poderes, haja vista não poder o juiz, no exercício da função jurisdicional, invadir a esfera legislativa, para estender vantagem que, na forma da lei, não existe para as demais espécies de aposentadoria. Observe-se que a necessidade de auxílio de terceiro, na maioria das vezes, decorre do avanço da idade, e, mesmo assim, por opção do legislador, o art. 45 da Lei 8.213/91 limitou o acréscimo à aposentadoria por invalidez.

Esse posicionamento encontra eco, *mutatis mutandis*, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – que limitou a atuação jurisdicional em casos análogos, nos quais se buscava a outorga de vantagem não prevista em lei, sob o fundamento de isonomia –, na forma da Súmula Vinculante 37:

Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.

Referido verbete resultou de conversão da antiga Súmula 339/STF (“Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”), que, embora fosse do mesmo teor, não possuía o efeito vinculante, e, quando do debate para aprovação da proposta de edição da Súmula Vinculante 37, destacou o então Presidente do STF, Ministro *Ricardo Lewandowski*:

(...) Bem examinados os autos, entendo que esta proposta de edição de súmula vinculante preenche todos os requisitos para sua aprovação. Com efeito, a vedação ao reajuste de vencimentos de servidores públicos, a título de isonomia salarial, por meio de decisões judiciais é entendimento há muito consolidado por este Plenário em verbete não vinculante, que vem sendo aplicado, segundo informa a Secretaria de Documentação, em inúmeros julgados do Pleno e das Turmas desta Casa.

Cito, a título de exemplo, os seguintes acórdãos que bem demonstram essa utilização sistemática do verbete sumular ora em exame:

Servidor público. Isonomia. Artigo 39, § 1º, da Constituição Federal. *Súmula 339 do STF.*

- *Esta Corte, como demonstram os precedentes invocados no parecer da Procuradoria-Geral da República, tem entendido que continua em vigor, em face da atual Constituição, a súmula 339 ("Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia"), porquanto o § 1º do artigo 39 da Carta Magna é preceito dirigido ao legislador, a quem compete concretizar o princípio da isonomia, considerando especificamente os casos de atribuições iguais ou assemelhadas, não cabendo ao Poder Judiciário substituir-se ao legislador. Contra lei que viola o princípio da isonomia é cabível, no âmbito do controle concentrado, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que, se procedente, dará margem a que dessa declaração seja dada ciência ao Poder Legislativo para que aplique, por lei, o referido princípio constitucional; já na esfera do controle difuso, vício dessa natureza só pode conduzir à declaração de inconstitucionalidade da norma que infringiu esse princípio, o que, eliminando o benefício dado a um cargo quando deveria abranger também outros com atribuições iguais ou assemelhadas, impede a sua extensão a estes.*

Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido.

Recurso extraordinário conhecido e provido (RE 173.252/SP, Rel. Min. Moreira Alves, *Plenário* – grifos meus).

Mandado de segurança. *Reajuste de vencimentos* concedido aos servidores militares. *Pretendida extensão jurisdicional desse reajuste a servidores civis.* Princípio da legalidade e atividade estatal. *Subsistência da Súmula 339/STF.* Remuneração dos servidores públicos e princípio da reserva de lei formal. Inconstitucionalidade por omissão parcial da lei. Exclusão de benefício e ofensa ao princípio da isonomia. Doutrina. Inadequação do mandado de segurança. Recurso ordinário não provido.

(...)

- *O Poder Judiciário, que não dispõe de função legislativa, não pode conceder a servidores civis, sob fundamento de isonomia, extensão de vantagens pecuniárias que foram exclusivamente outorgadas por lei aos servidores militares.*

A Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal - que consagra, na jurisprudência desta Corte, uma específica projeção do princípio da separação de poderes - foi recebida pela Carta Política de 1988. Reveste-se, em consequência, de plena eficácia e de integral aplicabilidade sob a vigente ordem constitucional.

(...)

A extensão jurisdicional, em favor dos servidores preteridos, do benefício pecuniário que lhes foi indevidamente negado pelo legislador encontra obstáculo no princípio da separação de poderes. A disciplina jurídica da remuneração devida aos agentes públicos em geral está sujeita ao princípio da reserva legal absoluta. Esse postulado constitucional submete ao domínio normativo da lei formal a veiculação das regras pertinentes ao instituto do estipêndio funcional.

O princípio da divisão funcional do poder impede que, estando em plena vigência o ato legislativo, venham os Tribunais a ampliar-lhe o conteúdo normativo e a estender a sua eficácia jurídica a situações subjetivas nele não previstas, ainda que a pretexto de tornar efetiva a cláusula isonômica inscrita na Constituição (RMS 21.662/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma – grifos meus).

Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Servidor público. *Vantagem pecuniária individual. Reajuste. Lei 10.698/2003. Interpretação da legislação infraconstitucional. Ofensa indireta. Impossibilidade de aumento de vencimentos de servidores públicos pelo Poder Judiciário sob o fundamento da isonomia (Súmula 339 do STF). Agravo improvido.*

(...)

II - *O acórdão recorrido está em harmonia com a jurisprudência predominante deste Tribunal firmada no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob o fundamento da isonomia (Súmula 339 do STF). Precedentes.*

III - *Agravo regimental improvido (RE 711.344-AgR/PB, de minha relatoria, Segunda Turma – grifos meus).*

Recentemente a orientação jurisprudencial condensada na Súmula 339-STF ganhou ainda mais força, após o julgamento de mérito, sob a sistemática da repercussão geral, do RE 592.317/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, ocasião em que este Plenário, reafirmando o referido enunciado, asseverou “que a jurisprudência do STF seria pacífica no sentido de que o aumento de vencimentos de servidores dependeria de lei e não poderia ser efetuado apenas com base no princípio da isonomia” (Informativo STF 756).

(...) O Relator do feito, Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, reiterou a necessidade de que a Súmula 339 desta Corte fosse logo convertida em súmula vinculante. Percebe-se, assim, que o tema albergado pelo enunciado sob encaminhamento revela-se atual e dotado de potencial efeito de multiplicação, porquanto tem se mostrado cada vez mais frequente a necessidade de rememorar às diferentes instâncias judiciais que não cabe ao Poder Judiciário, que não tem

função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento da isonomia.

Isso posto, voto pela aprovação do verbete vinculante com a seguinte redação:

Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia (DJe de 24/10/2014).

No caso ora em debate, embora não se trate de aumento de vencimento de servidor público, referido entendimento do STF, consubstanciado na Súmula Vinculante 37, é aplicável, por analogia, haja vista que o magistrado não está investido de função legislativa, para, com fundamento na isonomia, criar vantagem não prevista em lei, ou seja, no caso específico, conceder o adicional de 25% (vinte e cinco por cento), previsto apenas para a aposentadoria por invalidez, a outras espécies de aposentaria (por idade, especial e por tempo de contribuição).

Em reforço, vale acrescentar que o STF, no julgamento de matéria previdenciária, considerou inviável o recálculo do valor da aposentadoria, mediante a chamada “desaposentação”, tendo concluído que apenas mediante lei é possível fixar critérios para que os benefícios sejam recalculados, com base em novas contribuições decorrentes da permanência ou da volta do trabalhador ao mercado de trabalho, após concessão da aposentadoria, na forma da tese firmada no Recurso Extraordinário 661.256/SC, em regime de repercussão geral (Tema 503) – tese que também se aplica, analogicamente, ao caso ora em julgamento – no sentido de que “no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’ (...)”. O acórdão restou assim ementado:

Constitucional. Previdenciário. Parágrafo 2º do art. 18 da Lei 8.213/91. Desaposentação. Renúncia a anterior benefício de aposentadoria. Utilização do tempo de serviço/contribuição que fundamentou a prestação previdenciária originária. Obtenção de benefício mais vantajoso. Julgamento em conjunto dos RE n. 661.256/SC (em que reconhecida a repercussão geral) e 827.833/SC. Recursos extraordinários providos.

1. Nos RE n. 661.256 e 827.833, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, interpostos pelo INSS e pela União, pugna-se pela reforma dos julgados dos Tribunais de origem, que reconheceram o direito de segurados à renúncia à aposentadoria, para, aproveitando-se das contribuições vertidas após a concessão desse benefício pelo RGPS, obter junto ao INSS regime de benefício posterior, mais vantajoso.

2. A Constituição de 1988 desenhou um sistema previdenciário de teor solidário e distributivo. inexistindo inconstitucionalidade na aludida norma do art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91, a qual veda aos aposentados que permaneçam em atividade, ou a essa retornem, o recebimento de qualquer prestação adicional em razão disso, exceto salário-família e reabilitação profissional.

3. *Fixada a seguinte tese de repercussão geral no RE n. 661.256/SC: “[n]o âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91”.*

4. Providos ambos os recursos extraordinários (RE n. 661.256/SC e 827.833/SC) (STF, RE 661.256/SC, Rel. Ministro Roberto Barroso, Rel. p/ acórdão Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe de 28/09/2017).

O aludido julgamento do STF, sob o regime da repercussão geral, implicou na revisão do entendimento até então adotado nesta Corte, podendo-se citar, nessa linha, entre muitos outros, os seguintes precedentes, que adotaram a tese firmada pela Corte Suprema, no sentido de que “no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias”: STJ, AgRg no REsp 1.309.449/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 13/03/2018; REsp 1.244.067/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 09/03/2018; EDcl no AgRg no REsp 1.317.639/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 02/03/2018; REsp 1.707.184/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 19/12/2017; EDcl no AgRg no REsp 1.343.320/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 14/12/2017.

*No julgamento do aludido RE 661.256/SC, sob o regime da repercussão geral, destacou o Ministro **Edson Fachin**, além de outros Ministros, a necessidade de observância, pelo Judiciário, do princípio da reserva legal, para a majoração ou extensão de benefício previdenciário – tal como na hipótese em julgamento –, in verbis:*

Ao Poder Judiciário não é reconhecida a possibilidade de majoração de benefício previdenciário sem que se observe o princípio da reserva legal, tal como disposto na Constituição para o regramento dessa espécie de prestação social.

Como assentou o e. Ministro Celso de Mello no julgamento do RE 567.360-ED, “essa orientação – que consagra a advertência de que o princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício da atividade jurisdicional do Estado (RTJ 184/1.170-1.172) - acha-se consubstanciada em inúmeros julgamentos proferidos no âmbito do Supremo Tribunal Federal (RTJ 189/747 – RTJ 190/685-686 – RTJ 195/635, v.g.)”.

No exercício da eleição dos critérios pelos quais se dará a proteção aos riscos escolhidos pela Constituição Federal no inciso I do artigo 201, o legislador reconheceu que o objetivo do Constituinte no que tange à proteção ao risco social da idade avançada foi devidamente protegido quando o trabalhador exerce o direito à aposentadoria após o preenchimento dos requisitos legais previstos na legislação.

(...)

Por essa razão, não acompanho a solução intermediária de cunho aditivo, por entender que a Corte Constitucional não tem legitimidade para suprir ou suplantar a atuação legislativa na seara da proteção aos riscos previdenciários.

Esse entendimento encontra assento no julgamento realizado pelo STF nos RREE 415.454 e 416.827, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, e nos acórdãos a seguir transcritos:

(...)

Recurso extraordinário. Embargos de declaração recebidos como recurso de agravo. Revisão de benefícios previdenciários. Inaplicabilidade da Lei n. 9.032/95 a benefícios concedidos antes de sua vigência. Ausência de autorização, nesse diploma legislativo, de sua aplicação retroativa. Inexistência, ainda, na lei, de cláusula indicativa da fonte de custeio total correspondente à majoração do benefício previdenciário. Atuação do Poder Judiciário como legislador positivo. Vedação. Recurso de agravo improvido. (...) - A majoração de benefícios previdenciários, além de submetida ao postulado da contrapartida (CF, art. 195, § 5º), também depende, para efeito de sua legítima adequação ao texto da Constituição da República, da observância do princípio da reserva de lei formal, cuja incidência traduz limitação ao exercício da atividade jurisdicional do Estado. Precedentes. - Não se revela constitucionalmente possível, ao Poder Judiciário, sob fundamento de isonomia, estender, em sede jurisdicional, majoração de benefício previdenciário, quando inexistente, na lei, a indicação da correspondente fonte de custeio total, sob pena de o Tribunal, se assim proceder, atuar na anômala condição de legislador positivo, transgredindo, desse modo, o princípio da separação de poderes. Precedentes. - A Lei n. 9.032/95, por não veicular qualquer cláusula autorizadora de sua aplicação retroativa, torna impertinente a invocação da Súmula 654/STF. (RE 567.360 ED, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, Processo Eletrônico DJe-148 divulg 06/08/2009 public 07/08/2009)

No mesmo sentido: RE 499.157, Segunda Turma, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 29.05.07.

Em síntese, compreendo que caberá legislador ordinário, no exercício da sua competência legislativa e na ponderação com os demais princípios que regem a seguridade social e a previdência social, como a preservação do equilíbrio financeiro

e atuarial, dispor sobre a possibilidade de revisão de cálculo de benefício já concedido, mediante aproveitamento de contribuições posteriores, ou seja, sobre a possibilidade da desaposentação.

*Discorrendo sobre a necessidade de observância do princípio da reserva de lei formal e do postulado da contrapartida (art. 195, § 5º, da CF/88) para a majoração de benefícios previdenciários, ponderou o Ministro **Gilmar Mendes**, no aludido julgamento do RE 661.256/SC, sob o regime da repercussão geral – entendimento que se ajusta, analogicamente, à controvérsia dos presentes autos – in verbis:*

De fato, quando o Plenário do STF analisou o tema relativo à pensão por morte, no âmbito do RE 597.389 QO-RG, de minha relatoria, assim me pronunciei a respeito:

A Corte ainda assentou o entendimento de que a majoração de benefícios previdenciários, além de submetida ao postulado da contrapartida (CF, art. 195, § 5º), também depende, para sua legítima adequação ao texto da Constituição da República, da observância o princípio da reserva da lei formal, cuja incidência traduz limitação ao exercício da atividade jurisdicional do Estado.

Por isso, não se revela constitucionalmente possível, ao Poder Judiciário, sob o fundamento de isonomia, estender, em sede jurisdicional, majoração de benefício previdenciário, quando inexistente, na lei, a indicação de correspondente fonte de custeio total, sob pena de o Tribunal, se assim proceder, atuar em legítima condição de legislador positivo, o que contraria o art. 2º da Constituição Federal. (RE 597.389 QO-RG, de minha relatoria, DJe 21.8.2009)

Isso foi muito enfatizado naquele caso, para evitar que houvesse efeito retroativo na concessão. Mas essa não é uma vedação que se aplica tão somente ao legislador. Esse é um vetor hermenêutico que se aplica também ao intérprete. Se não se pode, pela via legislativa, criar benefício sem fonte de custeio, quid em relação à criação por via de esforço hermenêutico. Sendo assim, também não se pode pela via jurisprudencial. Sem dúvida nenhuma, a mim me parece que aqui, de fato, há um vetor hermenêutico que vale para o sistema como um todo (...). Aquilo que se impõe ao legislador também se impõe ao tribunal enquanto intérprete.

(...)

Em outras palavras: a hipótese de determinada matéria não ter sido intencionalmente regulada pelo legislador não permite que se fale, necessariamente, em lacunas.

A Constituição Federal dispõe que o legislador infraconstitucional deve organizar a seguridade social com base nos objetivos e princípios que especifica, no art.

194, parágrafo único, entre eles o da seletividade na prestação de benefícios e serviços (inciso III).

Tal significa que o legislador infraconstitucional – observando, inclusive, a necessidade de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Social, de caráter contributivo (art. 201 da CF/88) e o princípio da seletividade na prestação de benefícios previdenciários (art. 194, parágrafo único, III, da CF/88) – pode eleger as regras e critérios a serem observados para a cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada, priorizando a proteção de determinadas carências sociais e destinando tal proteção de forma diferenciada, tal como ocorreu no art. 45 da Lei 8.213/91.

Sobre o princípio da seletividade na prestação de benefícios previdenciários, vale transcrever fundamentação do Ministro *Edson Fachin*, no julgamento do aludido RE 661.256/SC:

Já o princípio da seletividade “possibilita a ponderação de critérios de atendimento pela necessidade”, autorizando que “prestações específicas de saúde, previdência e assistência social podem ser destinadas de forma diferenciada” (TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito Previdenciário. 16ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015, pp. 4-5).

Para Luiz Claudio Flores da Cunha, o “princípio da seletividade é aquele que propicia ao legislador uma espécie de mandato específico, com o fim de estudar as maiores carências sociais em matéria de seguridade social, e que ao mesmo tempo oportuniza que essas sejam priorizadas em relação às demais” (Princípios de Direito Previdenciário na Constituição da República de 1988. in Direito Previdenciário – Aspectos Materiais, Processuais e Penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 39).

Nesse contexto, o legislador constitucional, ao tratar especificamente da Previdência Social, dispôs no artigo 201, inciso I, os riscos que necessariamente devem estar cobertos pelo regime geral, mas no caput desse dispositivo atribuiu ao legislador infraconstitucional a responsabilidade de eleger os critérios pelos quais os riscos seriam protegidos.

Assim, dentro do espaço de conformação da legislação infraconstitucional, o legislador, com base em estudo do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, elegeu, na Lei 8.213/91, que dispôs sobre o Plano de Benefícios da Previdência Social, as regras e critérios a serem observados para a cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada.

A aposentadoria por invalidez, conforme dispõe o art. 42 da Lei 8.213/91, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade

que lhe garanta a subsistência, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida.

Na forma do art. 45 e parágrafo único, **a**, da Lei 8.213/91, o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) à renda mensal do benefício – quando o segurado necessitar de assistência permanente, de outra pessoa, acréscimo que será devido ainda que o valor da aposentadoria ultrapasse o limite máximo para pagamento dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social – é restrito à aposentadoria por invalidez.

É previsível que o segurado que se aposenta espontaneamente, por idade ou por aposentadoria especial ou por tempo de contribuição, possa vir, posteriormente, inclusive em decorrência de decrepitude, própria do avanço natural da idade, a necessitar do auxílio de terceiro.

Todavia, conquanto previsível tal necessidade de auxílio de terceiro ao segurado, após a concessão de aposentadoria por idade, especial ou por tempo de contribuição, o legislador, levando em conta o princípio da seletividade na concessão de benefícios previdenciários, priorizou a aposentadoria por invalidez para a concessão do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) ao segurado que, seja na concessão do aludido benefício, seja posteriormente, necessite da assistência permanente de outra pessoa, não o estendendo a outras espécies de aposentadoria.

Há, na hipótese, razoável motivo justificador do tratamento diferenciado, ditado, inclusive, pelo princípio da seletividade na prestação dos benefícios (art. 194, parágrafo único, III, da CF/88). Com efeito, a aposentadoria por invalidez cobre um risco imprevisível para o segurado, que se vê totalmente incapaz para o trabalho e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, amenizando o benefício as necessidades advindas da incapacidade para o trabalho, valor supremo da Ordem Social (art. 193 da CF/88). No caso do segurado aposentado por invalidez, o grau de dependência, em relação ao auxílio permanente de terceiro, é diretamente decorrente da doença motivadora do benefício, tal não se dando nas demais espécies de aposentadoria (por idade, especial e por tempo de contribuição).

Como destacou o Ministro *Mauro Campbell Marques*, ao julgar a controvérsia *sub judice*, “se fosse da vontade do Legislador acrescer 25% a todo e qualquer benefício previdenciário concedido a segurado que necessitasse dessa assistência, incluiria a norma em capítulo distinto e geral. Todavia, incluiu esse direito na Subseção I da Seção V, dedicada exclusivamente à aposentadoria por invalidez” (REsp 1.505.366/RS, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, Segunda Turma, DJe de 04/05/2016).

De acordo com a jurisprudência do STJ, não procede a alegação de que o adicional de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei 8.213/91, teria natureza assistencial, independentemente de contribuição à Seguridade Social, na forma do art. 203 da CF/88.

*Com efeito, o referido art. 45 está inserido na Lei de Benefícios da Previdência Social – Lei 8.213/91 – e tem como base o custeio prévio ao pagamento do seguro social. A Lei 8.742/93 – posterior à Lei 8.213/91 –, que dispôs sobre a organização da Assistência Social, também não previu o pagamento de qualquer adicional aos seus destinatários (art. 2º). Nesse sentido: STJ, REsp 1.505.366/RS, Rel. Ministro **Mauro Campbell Marques**, Segunda Turma, DJe de 04/05/2016; REsp 1.654.272/RS, Rel. Ministro **Gurgel de Faria**, DJe de 03/04/2017.*

Ademais, o art. 1º da Lei 8.742/93 – Lei Orgânica da Assistência Social –, regulamentando o art. 203 da CF/88, prevê a assistência social, de caráter não contributivo, para prover os mínimos sociais, mediante “a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família” (art. 203, V, da CF/88 e arts. 1º e 2º, I, e, da Lei 8.742/93).

Aquele que já goza de aposentadoria por invalidez, por idade, especial ou por tempo de contribuição já está amparado pela Previdência Social, não se enquadrando nas hipóteses de benefício assistencial da Lei 8.742/93.

A jurisprudência desta Corte firmou-se pela impossibilidade de concessão do adicional de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei 8.213/91, a outras espécies espontâneas de aposentadoria, limitando o benefício à aposentadoria por invalidez:

Previdenciário. Adicional de 25%. Art. 45 da Lei 8.213/1991. Incidência em benefício diverso do de aposentadoria por invalidez. Impossibilidade.

1. Hipótese em que a Corte de origem asseverou que “deve-se compreender que o adicional de que trata o art. 45 da Lei 8.213/91 tem como pressuposto de concessão o fato de o segurado se encontrar incapacitado de modo total e permanente, necessitando ainda de assistência contínua de outra pessoa, independentemente da espécie da aposentadoria de que seja titular”.

2. No entanto, verifica-se que o posicionamento alcançado pela instância de origem não encontra guarida na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que “O art. 45 da Lei n. 8.213/1991 estabelece a incidência do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) às aposentadorias por invalidez, sendo temerária a extensão a outros tipos de aposentadoria (especial, por idade, tempo de contribuição), sem qualquer previsão legal, sobretudo na hipótese de o Legislador expressamente

determinar os destinatários da norma” (REsp 1.243.183/RS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/3/2016, DJe 28/3/2016).

3. Recurso Especial provido (STJ, REsp 1.643.043/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 07/03/2017, com trânsito em julgado).

Previdenciário e Processual Civil. Violação ao art. 535 do CPC. Não ocorrência. *Adicional de 25% (vinte e cinco por cento) de que trata o art. 45 da Lei 8.213/91. Incidência em benefício diverso da aposentadoria por invalidez. Impossibilidade.*

1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem dirime, fundamentadamente, as questões que lhe são submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

2. O art. 45 da Lei n. 8.213/91, ao tratar do adicional de 25% (vinte e cinco por cento), restringiu sua incidência ao benefício da aposentadoria por invalidez, na hipótese de o segurado necessitar de assistência permanente de outra pessoa, cujo acréscimo, entretanto, não poderá ser estendido a outras espécies de benefícios.

3. Recurso especial provido (STJ, REsp 1.533.402/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 14/09/2015, com trânsito em julgado).

Previdenciário. *Aposentadoria por idade. Incapacidade superveniente à concessão de aposentadoria espontânea. Adicional de 25%. Artigo 45 da Lei 8.213/91. Extensão para outros tipos de aposentadoria. Descabimento.*

1. O art. 45 da Lei 8.213/91, ao tratar do adicional em tela, restringiu a sua concessão ao benefício de aposentadoria por invalidez. Assim, não obstante o percentual de 25% se destinar ao segurado que necessite de assistência permanente de outra pessoa, apenas terá lugar quando o beneficiário ostentar a qualidade de titular de aposentadoria por invalidez.

2. Agravo Interno não provido (STJ, AgInt no REsp 1.601.279/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 06/03/2017, com trânsito em julgado)

Previdenciário. Recurso especial. *Adicional de grande invalidez. Artigo 45 da Lei 8.213/1991. Extensão para outros tipos de aposentadoria. Não cabimento.* Recurso especial provido.

1. O presente caso enfrenta a tese do cabimento do adicional de grande invalidez, previsto no artigo 45 da Lei 8.213/1991, a outros tipos de aposentadoria, além da aposentadoria por invalidez.

2. O acréscimo de 25%, denominado adicional de grande invalidez, a ser concedido em favor do segurado que necessite de assistência permanente de outra pessoa, é exclusivo da aposentadoria por invalidez. Prevalência do princípio da contrapartida.

3. A aposentadoria por invalidez, conforme reza o artigo 42 da Lei 8.213/1991, é o benefício previdenciário concedido ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida. Ameniza as necessidades advindas da incapacidade para o trabalho, valor supremo da Ordem Social.

4. *O acréscimo de 25%, denominado adicional de grande invalidez, a ser concedido em favor do segurado que necessite de assistência permanente de outra pessoa, nos termos do artigo 45 da Lei 8.213/1991, é exclusivo da aposentadoria por invalidez, não podendo ser estendido aos demais benefícios previdenciários.*

5. Recurso especial conhecido e provido (STJ, REsp 1.505.366/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 04/05/2016, com trânsito em julgado).

Previdenciário. Recurso especial. *Aposentadoria por tempo de serviço. Necessidade de assistência permanente de outra pessoa. Adicional de 25%. Art. 45 da Lei n. 8.213/1991. Impossibilidade. Ausência de previsão legal. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Recurso conhecido em parte e, nessa extensão, desprovido.*

1. *O art. 45 da Lei n. 8.213/1991 estabelece a incidência do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) às aposentadorias por invalidez, sendo temerária a extensão a outros tipos de aposentadoria (especial, por idade, tempo de contribuição), sem qualquer previsão legal, sobretudo na hipótese de o Legislador expressamente determinar os destinatários da norma.*

2. Para a comprovação da alegada divergência jurisprudencial, deve a recorrente provar o dissenso por meio de certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório, oficial ou credenciado, em que tiver sido publicada a decisão divergente, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos em confronto, nos termos dos arts. 541, parágrafo único, do CPC, e 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

3. Hipótese em que os acórdãos confrontados não conferem interpretação discrepante a um mesmo dispositivo de lei federal, nem sobre uma mesma base fática, uma vez que o aresto paradigma colacionado trata de direito à aposentadoria com proventos integrais, relativo à enfermidade acometida a servidor público regido pela Lei 8.112/1990.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido (STJ, REsp 1.243.183/RS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 28/03/2016, com trânsito em julgado).

No mesmo sentido as seguintes decisões monocráticas, *inter plures*: STJ, REsp 1.576.350/RS, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, DJe de 08/03/2016;

REsp 1.614.879/RS, Rel. Ministro *Humberto Martins*, DJe de 08/08/2016; REsp 1.633.719/PR, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, DJe de 26/10/2016; REsp 1.636.204/RS, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, DJe de 23/11/2016; AREsp 1.021.186/SP, Rel. Ministro *Sérgio Kukina*, DJe de 30/11/2016; REsp 1.623.741/SP, Rel. Ministra *Regina Helena Costa*, DJe de 16/06/2017; REsp 1.654.272/RS, Rel. Ministro *Gurgel de Faria*, DJe de 03/04/2017; REsp 1.699.219/RJ, Rel. Ministro *Og Fernandes*, DJe de 20/10/2017.

Transcrevo, a propósito, os fundamentos de voto proferido pelo Ministro *Mauro Campbell Marques*, que, de modo percuciente e exaustivo, examina a controvérsia ora em julgamento, concluindo pela impossibilidade da extensão do aludido adicional de 25% (vinte e cinco por cento) a outras espécies de aposentadoria, que não a decorrente de invalidez, *in verbis*:

O presente caso enfrenta a tese do direito ao adicional de grande invalidez à aposentadoria por invalidez, previsto no artigo 45 da Lei 8.213/1991, que assim dispõe *in verbis*:

(...)

O Anexo I do Regulamento da Previdência Social, Decreto 3.048/1999, contém a relação das situações em que o aposentado por invalidez terá direito à majoração de vinte e cinco por cento prevista no artigo 45, a saber:

- 1- Cegueira total;
- 2- perda de nove dedos das mãos ou superior a esta;
- 3- paralisia dos dois membros superiores ou inferiores;
- 4- perda dos membros inferiores, acima dos pés, quando a prótese for impossível;
- 5- perda de uma das mãos e de dois pés, ainda que a prótese seja possível;
- 6- perda de um membro superior e outro inferior, quando a prótese for impossível;
- 7- alteração das faculdades mentais com grave perturbação da vida orgânica e social;
- 8- doença que exija permanência contínua no leito;
- 9- incapacidade permanente para as atividades da vida diária.

A aposentadoria por invalidez, conforme reza o artigo 42 da Lei 8.213/1991, é o benefício previdenciário concedido ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida.

O acréscimo de 25%, denominado adicional de grande invalidez, a ser concedido em favor do segurado que necessite de assistência permanente de outra pessoa, nos termos do artigo 45 supratranscrito, que poderá extrapolar o teto de pagamento dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social, é restrito à aposentadoria por invalidez.

Se fosse da vontade do Legislador acrescentar 25% a todo e qualquer benefício previdenciário concedido a segurado que necessitasse dessa assistência, incluiria a norma em capítulo distinto e geral. Todavia, incluiu esse direito na Subseção I da Seção V, dedicada exclusivamente à aposentadoria por invalidez.

Poder-se-ia construir uma tese advinda de uma interpretação extensiva, ampliativa, para estender o adicional a todas as aposentadorias, como se pretende no presente caso. Todavia, não se pode perder de vista a norma contida no § 5º do artigo 195 da Constituição Federal, o qual assevera que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total. O referido dispositivo constitucional é norma da espécie princípio, denominado contrapartida.

O princípio da contrapartida, também denominado princípio da precedência da fonte de custeio, delimita o atuar do agente público, pois não cabe a criação de um benefício sem a respectiva fonte de custeio.

Acerca da contrapartida, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari elucidam que tal princípio tem íntima ligação com o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, de modo que somente possa ocorrer aumento de despesa para o fundo previdenciário quando exista também, em proporção adequada, receita que venha a cobrir os gastos decorrentes da alteração legislativa.

Os ilustres doutrinadores alertam que a observância desse princípio é de fundamental importância para que a Previdência Social pública se mantenha em condições de conceder as prestações previstas, sob pena de, em curto espaço de tempo, estarem os segurados definitivamente sujeitos à privatização de tal atividade, em face da incapacidade do Poder Público em gerar mais receita para cobertura de déficits. (Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, in Manual de Direito Previdenciário, 16ª Edição, Editora Forense, página 93)

Deveras, a razão essencial para se conceder qualquer benefício é o beneficiário estar em estado de necessidade social, objetivamente prevista pelo sistema previdenciário. Na lição de Miguel Horvath Júnior, em seu Direito Previdenciário publicado pela editora Quartier Latin, 3ª edição, página 67, a função da regra da contrapartida é proporcionar proteção ao sistema de previdência social, atuando como instrumento garantidor do equilíbrio contábil do sistema. Assim, para que se crie ou majore benefícios deve ser estabelecida sua fonte de custeio.

Destarte, acerca da argumentação de que necessária a observância do princípio da isonomia, para que se estenda o adicional de grande invalidez às outras aposentadorias concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social, seja por

idade, especial ou por tempo de serviço/contribuição, entendo que deve prevalecer o princípio da contrapartida, sob pena de comprometer o equilíbrio atuarial e financeiro do Regime.

A ausência de previsão legal compromete o orçamento, fragilizando a cobertura de benefícios já previstos e com contrapartida financeira. Asseverar, por outro lado, que esse adicional de 25% pertence ao orçamento da assistência social, não encontra previsão legal. O dispositivo está inserido na Lei da Previdência Social e tem como base o custeio prévio ao pagamento do seguro social.

Vale ressaltar que a Primeira Turma do STJ já se manifestou no sentido da impossibilidade de se estender o adicional previsto exclusivamente para os segurados em gozo de aposentadoria por invalidez aos segurados titulares de outros benefícios previdenciários.

(...)

Ainda, oportuno mencionar que este Relator trouxe à Segunda Turma, em tempo pretérito, o tema da grande invalidez. Refiro-me ao precedente que se firmou à unanimidade: REsp 1.475.512/MG. Nesse caso, havia peculiaridade, qual seja, o segurado, embora aposentado por tempo de serviço, voltou ao mercado de trabalho, quando sofreu acidente do trabalho, perdendo as duas pernas. Nesse caso, o trabalhador teve o direito em converter a aposentadoria por tempo em aposentadoria por invalidez.

Confira-se a ementa:

Previdenciário. Recurso especial. Adicional de grande invalidez. Artigo 45 da Lei 8.213/1991. Extensão para outros tipos de aposentadoria. Não cabimento. Caso concreto: situação fática diferenciada reconhecida pelo Tribunal de origem. Transformação da aposentadoria por tempo em aposentadoria por invalidez. Segurado que embora aposentado retornou ao mercado de trabalho e em acidente do trabalho se tornou incapaz. Incidência do adicional. Cabimento. Recurso especial conhecido e não provido.

1. O presente caso enfrenta a tese do cabimento do adicional de grande invalidez, previsto no artigo 45 da Lei 8.213/1991, a outros tipos de aposentadoria, além da aposentadoria por invalidez.

2. O acréscimo de 25%, denominado adicional de grande invalidez, a ser concedido em favor do segurado que necessite de assistência permanente de outra pessoa, é exclusivo da aposentadoria por invalidez. Prevalência do princípio da contrapartida.

3. A aposentadoria por invalidez, conforme reza o artigo 42 da Lei 8.213/1991, é o benefício previdenciário concedido ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta

a subsistência, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida. *Ameniza as necessidades advindas da incapacidade para o trabalho, valor supremo da Ordem Social.*

4. *No presente caso, o autor, aposentado por tempo de serviço, retornou ao mercado de trabalho, quando então sofreu acidente do trabalho, perdendo as duas pernas, momento em que requereu junto ao INSS a transformação da aposentadoria por tempo em aposentadoria por invalidez com o adicional de 25%. Requerimento indeferido sob o fundamento de que a aposentadoria era por tempo e não por invalidez.*

5. *A situação fática diferenciada autoriza a transformação da aposentadoria por tempo em aposentadoria por invalidez, com o adicional de 25%, desde o requerimento administrativo, pois, estando em atividade, o trabalhador segurado sofreu acidente do trabalho que lhe causou absoluta incapacidade.*

6. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp 1.475.512/MG, Segunda Turma, de minha Relatoria, DJe 18/12/2015)

Deve ser feita menção, ainda, ao precedente da Primeira Turma, cuja Relatoria final fora atribuída à Ministra Regina Helena Costa, em que se reconheceu o direito ao adicional de grande invalidez à segurado em gozo de auxílio-doença, mas que fazia jus à aposentadoria por invalidez, desde o início de sua incapacidade. Assim, o adicional se restringiu ao benefício aposentadoria por invalidez.

A ementa do referido julgado da Primeira Turma foi assim redigida:

Previdenciário. Art. 45 da Lei n. 8.213/91. Adicional de 25% (vinte e cinco por cento). Violação ao art. 535 do CPC. Inocorrência. Situação fática diferenciada reconhecida pelo Tribunal de origem. Invalidez e necessidade de assistência de terceiro. Dignidade da pessoa humana. Equívoco na concessão de auxílio-doença. Possibilidade de incidência.

(...)

II - *O Tribunal a quo concluiu, após análise dos laudos periciais, pela existência de incapacidade e necessidade de auxílio permanente de terceira pessoa desde o equivocado requerimento e deferimento de auxílio-doença.*

III - *A situação fática diferenciada e o princípio da dignidade da pessoa humana autorizam a concessão do adicional de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, durante o período de percepção de benefício diverso, que desde o início deveria ser o de aposentadoria por invalidez.*

IV - Recurso especial improvido.

(REsp 1.448.664/RS, Primeira Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, Relatora para o acórdão a Ministra Regina Helena Costa, DJe 2/6/2015)

Acrescente-se, ilustrativamente, precedente da Quinta Turma, que, muito embora não detenha mais a competência regimental para o direito previdenciário, enfrentou o tema, em processos remanescentes, limitando o adicional de 25% ao benefício aposentadoria por invalidez.

(...)

Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento (STJ, REsp 1.505.366/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 04/05/2016).

Cumpra observar que a Primeira Seção do STJ, recentemente, no julgamento do Recurso Especial 1.411.258/RS, sob o rito dos feitos repetitivos, reconheceu o direito do menor sob guarda à pensão por morte de seu guardião, mesmo após a inovação legislativa introduzida pela Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97, que alterou o § 2º do art. 16 da Lei 8.213/91, na sua redação original, excluindo o menor sob guarda judicial como dependente do segurado instituidor da pensão.

Porém, naquele caso, o direito do menor estava assegurado pelo art. 33, § 3º, da Lei 8.069/90, não havendo falar, assim, em ausência de previsão legislativa. Diante desse quadro, aquela hipótese é absolutamente diversa desta ora em exame.

Conclui-se, de todo o exposto, pela impossibilidade de estender o adicional de 25% (vinte e cinco por cento) – previsto no art. 45 da Lei 8.213/91 apenas para o aposentado por invalidez que necessitar de auxílio permanente de outra pessoa – a outras espécies de aposentadoria.

Tese jurídica firmada (art. 104-A, III, do RISTJ)

Para cumprimento do requisito legal e regimental, firma-se a seguinte tese:

O acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei 8.213/91 para a aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa, não pode ser estendido a outras espécies de aposentadoria, por ausência de previsão legal.

Solução dada ao caso concreto (art. 104-A, IV, do RISTJ)

Firmada a tese jurídica, resta o exame do caso concreto.

Inicialmente, ao contrário do que defende o MPF, a fls. 253/256e, não há falar, na espécie, em incidência da Súmula 7/STJ, como óbice ao conhecimento

do Recurso Especial, porquanto o contorno fático já foi delineado, pela instância ordinária, restando incontroversa nos autos a condição da parte autora – aposentada por idade, como rurícola, na qualidade de segurada especial –, acometida por invalidez superveniente à aposentação, a exigir o auxílio de terceiro (fl. 14e).

Além disso, o INSS interpôs Recurso Extraordinário – que foi admitido, na origem (fl. 192e) –, de modo que eventual enfoque constitucional acerca do tema debatido será discutido, se for o caso, na via própria.

Quanto à apontada violação ao art. 1.022 do CPC/2015, a parte recorrente alega que “não foi apreciada pelo E. Tribunal Regional Federal da 4 Região a questão referente à interpretação do artigo 45 da LB de acordo com o disposto no artigo 1º da mesma lei, o qual salienta o caráter contributivo e não assistencial dos benefícios e adicionais nela previstos” (fl. 167e).

Verifica-se, porém, que o acórdão recorrido não incorreu em omissão – como ora alega a parte recorrente –, uma vez que o voto condutor do julgado apreciou, fundamentadamente, todas as questões necessárias à solução da lide, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida pelo agravante. Nesse sentido, confira-se o seguinte excerto, extraído do julgamento da Apelação, interposta pela parte autora (fls. 135/147e).

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 ao art. 1.022 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 1.669.441/PE, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Segunda Turma, DJe de 30/06/2017).

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, REsp 801.101/MG, Rel. Ministra *Denise Arruda*, Primeira Turma, DJe de 23/04/2008. A propósito:

Processual Civil e Previdenciário. Recurso especial. Enunciado Administrativo 3/STJ. Violação ao artigo 1.022 do CPC/2015. Não ocorrência. Reajuste de benefício previdenciário. Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003. Acórdão de índole eminentemente constitucional. Competência do Supremo Tribunal Federal. Multa do artigo 1.021, § 4º, do CPC/2015. Exclusão. Inadmissibilidade ou improcedência do agravo interno interposto na origem. Não verificação. Oposição de embargos

de declaração. Imposição de multa. Exclusão. Propósito de prequestionamento. Súmula 98/STJ. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido.

1. *O acórdão recorrido apreciou fundamentadamente a controvérsia dos autos, decidindo, apenas, de forma contrária à pretensão do recorrente, não havendo, portanto, omissão ensejadora de oposição de embargos de declaração, pelo que, deve ser rejeitada a alegação de violação ao artigo 1.022 do CPC/2015.*

(...)

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido (STJ, REsp 1.672.822/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 30/06/2017).

Processual Civil. Violação do art. 1.022 do CPC/2015 não configurada. Reajuste de benefício previdenciário. Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003. Acórdão recorrido que decide com fundamento exclusivamente constitucional. Competência do STF. Embargos protelatórios. Violação ao art. 1.026, § 2º, do CPC/2015. Multa afastada.

1. *Inicialmente, quanto à alegação de violação ao artigo 1.022 do CPC/2015, cumpre asseverar que o acórdão recorrido manifestou-se de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia. A tutela jurisdicional foi prestada de forma eficaz, não havendo razão para a anulação do acórdão proferido em Embargos de Declaração apenas pelo fato de a Corte ter decidido de forma contrária à pretensão do recorrente.*

2. Quanto à questão de fundo, isto é, a revisão do benefício previdenciário observando os valores dos tetos estabelecidos nas Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003, o recurso não merece que dela se conheça. Com efeito, verifica-se que o acórdão recorrido negou provimento à apelação com fundamento em precedentes do Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, dada a natureza estritamente constitucional do decidido pelo Tribunal de origem, refoge à competência desta Corte Superior de Justiça a análise da questão, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

3. A irresignação merece acolhida em relação à alegada ofensa ao art. 1.026, § 2º, do CPC/2015 nos termos da Súmula 98 do STJ, *in verbis*: “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”. No caso dos autos, os Embargos de Declaração ofertados na origem tiveram tal propósito, de maneira que deve ser excluída a multa fixada com base no supracitado dispositivo legal.

4. Recurso Especial parcialmente provido (STJ, REsp 1.669.867/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 30/06/2017).

Portanto, ao contrário do pretende fazer crer a parte recorrente, não há que se falar em negativa de prestação jurisdicional.

No mais, como relatado, trata-se de ação ajuizada pela parte ora recorrida, beneficiária de aposentadoria por idade, na condição de rurícola, objetivando a concessão do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei 8.213/91, ao seu benefício, por necessitar de assistência permanente de outra pessoa, com o pagamento retroativo à data do indeferimento na via administrativa, em 13/11/2013.

O Juízo de 1º Grau julgou o pedido improcedente, conforme a sentença de fls. 102/109e, destacando que “o acréscimo postulado pela parte autora está previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91 (...) no entanto, a parte autora informa na inicial que percebe ‘Benefício por idade, número 07/098.618.841-0’ (...) logo, entendendo que não faz jus ao acréscimo pleiteado, sob pena de ofensa ao disposto no art. 195, § 5º, ambos da Constituição Federal” (fl. 106e).

O Tribunal de origem, porém, reformou a sentença, “tomando como premissas (a) o fundamento constitucional da seguridade social, suas finalidades e princípios, (b) o princípio da igualdade e a proibição de discriminação entre segurados aposentados que experimentam invalidez e necessitam de cuidados de terceiros, (c) *o sistema jurídico previdenciário infraconstitucional* e (d) *a relevância por ele atribuída ao fenômeno da invalidez como risco social protegido, conclui-se que se trata de lacuna legal, a ser suprida pela aplicação de igual direito ao caso concreto*”. A partir dessas premissas, e utilizando-se da analogia, para suprir lacuna legal, considerou que, na espécie, “trata-se de pessoa com alto grau de invalidez e que necessita de cuidados permanentes de terceiros”, para, ao final, “deferir o acréscimo de 25%, previsto no art. 45, *caput*, da Lei de Benefícios, sobre benefício de aposentadoria por idade, desde a data em que requerido administrativamente”, nos termos do acórdão de fls. 135/147e.

Entretanto, o acórdão do Tribunal *a quo*, objeto do Recurso Especial do INSS, diverge da jurisprudência do STJ e da tese firmada no presente recurso repetitivo, merecendo, assim, ser reformado, para julgar improcedente o pedido de concessão e pagamento do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), por ausência de previsão legal, haja vista que a parte autora é beneficiária de aposentadoria por idade, como rurícola.

Ante o exposto, conheço do Recurso Especial do INSS e lhe dou provimento, para julgar improcedente o pedido de concessão e pagamento do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) à aposentadoria por idade da parte autora, ora recorrida.

Condeno a parte recorrida ao pagamento de custas e honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.500,00, observando-se, no caso, o art. 98, § 3º, do CPC/2015, por ser beneficiária da gratuidade de justiça (fl. 19e).

Conclusão

Em face do exposto, proponho seja firmada a tese “*O acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei 8.213/91, para a aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa, não pode ser estendido a outras espécies de aposentadoria, por ausência de previsão legal*”, conhecendo-se e dando-se provimento ao Recurso Especial do INSS, para julgar improcedente o pedido de concessão e pagamento do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) à aposentadoria por idade da parte autora, ora recorrida.

Condeno a recorrida ao pagamento das custas e de honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), observando-se, no caso, o art. 98, § 3º, do CPC/2015, por ser beneficiária da gratuidade de justiça.

É como voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Trata-se, na origem, de ação ajuizada pela Recorrida, beneficiária de aposentadoria por idade rural em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, objetivando a concessão do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, por necessitar de assistência permanente de outra pessoa, com pagamento retroativo à data em que foi requerido administrativamente.

O Juízo de 1º Grau julgou improcedente o pedido, nos seguintes termos (fls. 102/109e):

A demanda não merece agasalho e a solução do feito é por demais singela.

A parte autora requer o pagamento de adicional de 25% (vinte e cinco por cento), por necessitar do permanente auxílio de terceiros para a realização das tarefas diárias básicas de sobrevivência.

O fundamento do pedido, apesar de nobre, não encontra amparo na legislação vigente.

Com efeito, o acréscimo postulado pela parte autora está previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, *in verbis*:

Art. 45. O valor da **aposentadoria por invalidez** do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento); (grifei!)

No entanto, a parte autora informa na inicial que percebe “Benefício de Aposentadoria por Idade, número 07/098.618.481-0”.

E por todos sabido que “tem direito a aposentadoria por idade os trabalhadores rurais a partir dos 60 anos para os homens e a partir dos 55 anos de idade para as mulheres, desde que cumprida a carência exigida²”.

Como facilmente se vê, o benefício percebido pelo autor é diverso do benefício de aposentadoria por invalidez³. Logo, entendo que não faz jus ao acréscimo pleiteado, sob pena de ofensa ao disposto no art. 195, § 5º, ambos da Constituição Federal:

§ 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

O tribunal de origem reformou a sentença para condenar o INSS ao pagamento do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, sobre o benefício de aposentadoria por idade, desde a data em que requerido administrativamente, consoante ementa que transcrevo (fls. 135/147e):

Previdenciário. Adicional de 25%. Art. 45 da Lei 8.213/91. Extensão demais benefícios. Princípio da isonomia. Consectários. Lei 11.960/2009. Custas. Honorários.

1. *A possibilidade de acréscimo, nos termos do art. 45 da Lei n. 8.213/91, do adicional de 25% ao valor percebido pela segurada, em caso de ela necessitar de assistência permanente de outra pessoa, é prevista regularmente para beneficiários da aposentadoria por invalidez, podendo ser estendida aos demais casos de aposentadoria em face do princípio da isonomia. In casu, face as provas contidas nos autos, resta evidenciado que a autora necessita do auxílio permanente de terceiros, razão pela qual faz jus ao adicional.*

2. Declarada pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pela Lei n. 11.960/2009, os juros moratórios devem ser equivalentes aos índices de juros aplicáveis à caderneta de poupança (STJ, REsp 1.270.439/PR, 1ª Seção, Relator Ministro Castro Meira, 26/06/2013). No que tange à correção monetária, permanece a aplicação da TR, como estabelecido naquela lei, e demais índices oficiais consagrados pela jurisprudência.

3. Havendo o feito tramitado perante a Justiça Estadual do Rio Grande do Sul, o INSS está isento do pagamento de custas, consoante o disposto no art. 11 da Lei Estadual n. 8.121/85, na redação dada pela Lei n. 13.471, de 23 de junho de 2010.

4. Os honorários advocatícios são devidos pelo INSS no percentual de 10% sobre o valor das parcelas vencidas até a data da sentença de procedência ou do acórdão que reforma a sentença de improcedência, nos termos da Súmula n. 111 do Superior Tribunal de Justiça e Súmula n. 76 deste TRF (destaques meus).

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 153/162e).

Com amparo no art. 105, III, *a*, da Constituição da República aponta-se ofensa aos dispositivos a seguir relacionados, alegando-se, em síntese, que:

I. Art. 1.022 do Código de Processo Civil – “especificamente, não foi apreciada pelo E. Tribunal Regional Federal da 4 Região a questão referente à interpretação do artigo 45 da LB de acordo com o disposto no artigo 1º da mesma lei, o qual salienta o caráter contributivo e não assistencial dos benefícios e adicionais nela previstos.” (fl. 167e); e

II. Arts. 1º e 45, da Lei n. 8.213/91 – o adicional de 25% (vinte e cinco por cento) não possui caráter assistencial, pois é devido ao segurado mediante contribuição à Previdência Social, logo não pode ser estendido às demais espécies de aposentadoria.

Sem contrarrazões (fl. 189e), o recurso foi admitido como representativo da controvérsia (fls. 190/191e).

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 204/208e, pelo desprovimento do recurso especial.

À fl. 325e, a Sra. Ministra Relatora admitiu, como *amicus curiae*, o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário - IBDP.

Solicitei vista dos autos para examiná-los com maior detença.

É o relatório.

Por primeiro, consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

I. Admissibilidade do recurso especial

Consigno que as questões federais debatidas encontram-se satisfatoriamente prequestionadas. Ademais, o Recurso Especial acha-se hígido

para julgamento, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade e ausentes questões prejudiciais a serem examinadas.

Convém assinalar, outrossim, que o exame da pretensão veiculada no Recurso Especial não demanda reexame fático-probatório, uma vez que todos os aspectos factuais e processuais estão clara e suficientemente delineados no acórdão recorrido.

Do mesmo modo, anote-se que o acórdão impugnado dirimiu a controvérsia baseada em fundamentos infraconstitucionais.

II. Mérito Recursal

Cinge-se a presente controvérsia à possibilidade de extensão do chamado “auxílio-acompanhante”, concedido ao segurado aposentado por invalidez, nos termos do art. 45 da Lei n. 8.213/91, às demais espécies de aposentadoria, *v.g.*, à aposentadoria por idade rural, como busca a Recorrida.

O benefício de aposentadoria por invalidez, cujo fundamento constitucional repousa no art. 201, I, da Constituição da República, é disciplinado pelo art. 42 da Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei n. 8.213/91), nos seguintes termos:

Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, *for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência*, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

§ 1º A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança.

§ 2º A doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão (destaque meu).

Por sua vez, o art. 45 da Lei n. 8.213/91 garante o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) ao segurado aposentado por invalidez que necessite de assistência permanente de terceiro para a realização de suas atividades e cuidados habituais.

In verbis:

Art. 45. O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento).

Parágrafo único. O acréscimo de que trata este artigo:

- a) será devido ainda que o valor da aposentadoria atinja o limite máximo legal;
- b) será recalculado quando o benefício que lhe deu origem for reajustado;
- c) cessará com a morte do aposentado, não sendo incorporável ao valor da pensão (destaque meu).

O Decreto n. 3.048/99, que regulamenta a Lei n. 8.213/91, apresenta, em seu anexo I, um rol exemplificativo das situações nas quais o aposentado por invalidez fará jus à majoração de 25% (vinte e cinco por cento) no valor do seu benefício, a saber:

- 1 - Cegueira total;
- 2 - Perda de nove dedos das mãos ou superior a esta;
- 3 - Paralisia dos dois membros superiores ou inferiores;
- 4 - Perda dos membros inferiores, acima dos pés, quando a prótese for impossível;
- 5 - Perda de uma das mãos e de dois pés, ainda que a prótese seja possível;
- 6 - Perda de um membro superior e outro inferior, quando a prótese for impossível;
- 7 - Alteração das faculdades mentais com grave perturbação da vida orgânica e social;
- 8 - Doença que exija permanência contínua no leito; e
- 9 - Incapacidade permanente para as atividades da vida diária.

Sobre a concessão desse acréscimo a outras hipóteses de aposentadoria, distintas daquela devida por invalidez, já encampei, em outras ocasiões, a orientação desta Corte segundo a qual tal adicional é devido tão somente ao segurado aposentado por invalidez, mediante a comprovação da permanente necessidade de assistência por outrem.

Entretanto, após profunda reflexão sobre o tema e detido estudo acerca das espécies de benefícios previdenciários, conclui que a melhor exegese do art. 45 da Lei

n. 8.213/91 autoriza o alcance do “auxílio-acompanhante” às demais modalidades de aposentadoria previstas no Regime Geral de Previdência Social, uma vez comprovadas a invalidez e a necessidade de ajuda permanente de outra pessoa para atividades cotidianas, tais como higiene ou alimentação.

Sob o prisma da dignidade da pessoa humana, do tratamento isonômico e da garantia dos direitos sociais, previstos, respectivamente, nos arts. 1º, III, 5º, *caput*, e 6º, da Constituição da República, tanto o aposentado por invalidez, quanto o aposentado por idade, tempo de contribuição ou especial, são segurados que podem, igualmente, encontrar-se na condição de inválidos, a ponto de necessitar da assistência permanente de terceiro.

Sublinhe-se, ademais, que o Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova Iorque, de 2007, admitida com *status* de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição da República.

Promulgada pelo Decreto n. 6.949/09, a Convenção, em seu art. 1º, ostenta o propósito de “(...) *promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente*”, garantindo, ainda, em seus arts. 5º e 28, tratamento isonômico e proteção da pessoa com deficiência, inclusive na seara previdenciária:

Artigo 5

Igualdade e não-discriminação

1. Os Estados Partes reconhecem que *todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei.*

(...)

Artigo 28

Padrão de vida e proteção social adequados

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência a um padrão adequado de vida para si e para suas famílias, inclusive alimentação, vestuário e moradia adequados, bem como à melhoria contínua de suas condições de vida, e tomarão as providências necessárias para salvaguardar e promover a realização desse direito sem discriminação baseada na deficiência.

2. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como:

(...)

e) *Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria* (destaques meus).

Colha-se, por oportuno, a lição do doutrinador e magistrado federal José Antonio Savaris que, interpretando o art. 45 da Lei n. 8.213/91, à luz dos princípios e garantias constitucionais, concluiu pela possibilidade de extensão do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) a todas as espécies de aposentadoria:

Imagine-se a situação hipotética de dois segurados aposentados que igualmente se encontram severamente incapacitados e absolutamente dependentes da assistência de outra pessoa para o exercício das atividades cotidianas básicas, como higienizar-se, alimentar-se, deambular etc, sendo o primeiro titular de aposentadoria por invalidez e o segundo de uma aposentadoria por idade. *Nessa situação, o segurado titular de aposentadoria por invalidez - benefício que pressupõe período contributivo (carência) menor, averbe-se - fará jus ao adicional de 25%, entretanto o segurado aposentado por idade, exposto exatamente ao mesmo risco social de grave repercussão, não poderia receber aludido acréscimo destinado a suprir a despesa extraordinária, tendo comprometida a suficiência da prestação previdenciária de sua titularidade, o que viola o princípio da dignidade humana.*

Note-se que estaríamos diante de segurados que se encontram afetados por idêntica contingência social, incapacidade total e permanente e necessidade de assistência permanente de outra pessoa, mas discriminaríamos, com a não concessão do adicional, àquele aposentado por idade. Ocorre que o dado formal (a espécie do benefício de titularidade do segurado) não é a variável a ser considerada, mas o dado substancial, qual seja, a incapacidade severa que faz depender de outra pessoa e, por conseguinte, de ter recursos adicionais para fazer frente a este grave risco social.

Trata-se, *mutatis mutandis*, de dar aplicabilidade à mesma *ratio decidendi* daquela adotada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 589.963-PR, ocasião em que foi declarada a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso). Nesse significativo precedente, a Suprema Corte reconheceu a omissão parcial inconstitucional do aludido dispositivo legal, ante a “inexistência de justificativa plausível para a discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo”.

Em suma, a interpretação restritiva do art. 45 da Lei implica interpretação que viola, a um só tempo, o princípio da vedação da proteção insuficiente de direito fundamental (Rcl 4.374, Rei. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 18.04.2013 DJ

04.09.2013), e o princípio da isonomia (RE 580.963, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 18.04.2013, DJ 14.11.2013).

Por essas razões, operando-se interpretação conforme à Constituição, deve-se compreender que o adicional de que trata o art. 45 da Lei 8.213/91 tem como pressuposto de concessão o fato de o segurado se encontrar incapacitado de modo total e permanente, necessitando ainda de assistência contínua de outra pessoa, independentemente da aposentadoria de que seja titular

(Direito Processual Previdenciário, 6ª ed. rev., atual. e ampl., Curitiba, Alteridade Editora, 2016, pp. 739, destaques meus).

Nesse trilhar, anoto doutrina da lavra do magistrado Daniel Machado da Rocha no sentido de uma interpretação do art. 45 da Lei n. 8.213/91 de acordo com as diretrizes da mencionada Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência:

Neste ponto, pensamos que o entendimento da TNU é o mais adequado, quando o sistema previdenciário é examinado na sua totalidade. Com efeito o direito ao referido adicional já estaria amparado pelo inciso I do artigo 5º da CF/88. Ademais, o aposentado pelo regime geral de previdência social, consoante deixa claro o inciso I do art. 15 da LBPS, continua mantendo a condição de segurado. Inicialmente, poderia argumentar-se que o § 2º do art. 18 da LBPS limita as prestações que o segurado aposentado faz jus, o que reforçaria a necessidade de interpretar restritivamente o art. 45 da LBPS. Entretanto, as diretrizes da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - acolhida formalmente no ordenamento jurídico nacional pelo Decreto n. 6.949/09, observando o rito de maioria qualificada e votação em dois turnos, previsto no § 3º do art. 5º da CF/88 - irradiam uma nova luz sobre a interpretação que deve ser conferida ao referido enunciado.

O estado de invalidez, ocorrido após a aposentadoria programável, atribui ao indivíduo a condição de pessoa com deficiência. A tutela dos direitos fundamentais da pessoa com deficiência deve atentar para as diferentes facetas da vida em sociedade, incluindo as limitações graves decorrentes da invalidez. Nessa perspectiva, convém atentar para o fato de que a CDPD não se limita a meras previsões genéricas. No artigo 28 restou assentado que os Estados-Partes deverão adotar medidas adequadas para salvaguardar a realização dos seus direitos tais como as previstas nas alíneas do número 2 do art. 28 da CDPD:

(...)

Em suma, o adicional previsto no artigo em comento, tem como pressuposto de concessão o fato de o segurado se encontrar incapacitado de modo total e permanente, necessitando ainda de assistência contínua de outra pessoa, independentemente da espécie da aposentadoria de que seja titular (Comentários à

Lei de Benefícios da Previdência Social, 16ª ed. rev., atual e ampl., São Paulo, Atlas, 2018, pp. 320/321, destaques meus).

No âmbito jurisprudencial, destaca-se o precedente firmado pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência no qual foi admitida a concessão desse adicional, também conhecido como “grande invalidez”, a segurado não aposentado por invalidez, mas que, de igual modo, necessitava de assistência permanente de terceira pessoa:

Pedido de uniformização nacional interposto pela parte autora. *Tema afetado como representativo da controvérsia. Previdenciário. Adicional de 25% previsto no art. 45 da Lei 8.213/91. Extensão à aposentadoria por idade e por tempo de contribuição. Cabimento. Aplicação ao caso concreto. Questão de Ordem 20. Provimento parcial do incidente. Retorno à TR de origem para adoção da tese e consequente adequação.*

1. Trata-se de Incidente de Uniformização suscitado por particular pretendendo a reforma de acórdão oriundo de Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul que, mantendo a sentença, rejeitou pedido de concessão do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91 para o benefício de aposentadoria por idade.

2. O aresto combatido considerou que, sendo a parte-autora titular de aposentadoria por idade, não há amparo legal à concessão do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, a não ser para aquele expressamente mencionado no dispositivo legal (aposentadoria por invalidez).

(...)

16. Entretanto, *aplicando-se o princípio da isonomia e se utilizando de uma análise sistêmica da norma, conclui-se que referido percentual, na verdade, é um adicional previsto para assistir aqueles segurados aposentados que necessitam de auxílio de terceira pessoa para a prática dos atos da vida diária.* O seu objetivo é dar cobertura econômica ao auxílio de um terceiro contratado ou familiar para apoiar o segurado nos atos diários que necessite de guarida, quando sua condição de saúde não suporte a realização de forma autônoma.

17. *O que se pretende com esse adicional é prestar auxílio a quem necessita de ajuda de terceiros, não importando se a invalidez é decorrente de fato anterior ou posterior à aposentadoria. A aplicação da interpretação restritiva do dispositivo legal, dela extraíndo comando normativo que contemple apenas aqueles que adquiriram a invalidez antes de aperfeiçoado o direito à aposentadoria por idade ou tempo de contribuição, por exemplo, importaria em inegável afronta ao direito de proteção da dignidade da pessoa humana e das pessoas portadoras de deficiência.*

18. Ademais, como não há na legislação fonte de custeio específico para esse adicional, entende-se que o mesmo se reveste de natureza assistencial. Assim, a sua concessão não gera ofensa ao art. 195, § 5º da CF, ainda mais quando se considera que aos aposentados por invalidez é devido o adicional mesmo sem o prévio custeamento do acréscimo, de modo que a questão do prévio custeio, não sendo óbice à concessão do adicional aos aposentados por invalidez, também não o deve ser quanto aos demais aposentados.

19. Sobre este ponto, importante registrar que o Estado brasileiro é signatário e um dos principais artífices da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgado pelo Decreto Presidencial n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, após aprovação pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição, detendo, portanto, força de emenda constitucional.

20. A referida Convenção, que tem por propósito “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”; reconhece expressamente a “necessidade de promover e proteger os direitos humanos de todas as pessoas com deficiência, inclusive daquelas que requerem maior apoio”; em flagrante busca de minorar as diferenças existentes nos mais diversos ramos da atuação humana em detrimento dos portadores de deficiência, revelando-se inadmissível, portanto, que a lei brasileira estabeleça situação de discriminação entre os próprios portadores de deficiência, ainda mais num campo de extremada sensibilidade social quanto o é o da previdência social.

21. Em seu artigo 5.1, o Diploma Internacional estabelece que “Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei”. Por sua vez, o art. 28.2.e, estabelece que os “Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como: Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria”.

22. Temos, portanto, comandos normativos, internalizados com força de norma constitucional, que impõem ao art. 45 da Lei n. 8.213/91 uma interpretação à luz de seus princípios, da qual penso ser consectário lógico encampar sob o mesmo amparo previdenciário o segurado aposentado por idade/tempo de contribuição que se encontra em idêntica condição de deficiência.

23. Assim, o elemento norteador para a concessão do adicional deve ser o evento “invalidez” associado à “necessidade do auxílio permanente de outra pessoa”, independentemente de tais fatos, incertos e imprevisíveis, terem se dado quando o segurado já se encontrava em gozo de aposentadoria por idade.

24. Ora, o detentor de aposentadoria não deixa de permanecer ao amparo da norma previdenciária. É o que dispõe o art. 15, inciso I, da Lei n. 8.213/91 (Mantém

a qualidade de segurado, independentemente de contribuições: I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício). Conceder a cobertura previdenciária ao aposentado por idade ou tempo de contribuição quando do advento de incapacidade qualificada que lhe exija o auxílio permanente de outra pessoa afigura-se nos encontrar respaldo também naquele dispositivo legal.

25. Logo, não se apresenta justo nem razoável restringir a concessão do adicional apenas ao segurado que restou acometido de invalidez antes de ter completado o tempo para aposentadoria por idade ou contribuição e negá-lo justamente a quem, em regra, mais contribuiu para o sistema previdenciário.

26. Seria de uma desigualdade sem justo discrimen negar o adicional ao segurado inválido, que comprovadamente carece do auxílio de terceiro, apenas pelo fato de ele já se encontrar aposentado ao tempo da instalação da grande invalidez.

27. Aponte-se, ainda, que aqui não se está extrapolando os limites da competência e atribuição do Poder Judiciário, mas apenas interpretando sistematicamente a legislação, bem como à luz dos comandos normativos de proteção à pessoa portadora de deficiência, inclusive nas suas lacunas e imprecisões, condições a que está sujeita toda e qualquer atividade humana.

28. Neste sentido, entendo que a indicação pelo art. 45 da Lei n. 8.213/91 do cabimento do adicional ao aposentado por invalidez, antes de ser interpretada como vedação à extensão do acréscimo aos demais tipos de aposentadoria, pela ausência de menção aos demais benefícios, deve ser entendida como decorrente do fato de ser o adicional devido em condições de incapacidade, usualmente associada à aposentadoria por invalidez, porém, não exclusivamente, tal como na hipótese em que a invalidez se instale após a concessão do benefício por idade ou por tempo de contribuição.

29. Segurados que se encontram na mesma situação de invalidez e necessidade não podem ser tratados de maneira distinta pelo legislador (caráter relativo da liberdade de conformação do legislador ADPF-MC 45/DF), sob pena de se incorrer em inconstitucionalidade por omissão parcial, em sua feição horizontal (Sarlet, Marinoni, Mitidiero, Curso de Direito Constitucional, RT, 1ª Ed. p. 793), onde se tutela, por força de uma mesma condição de invalidez, apenas parcela dos segurados.

30. A mesma essência de entendimento foi aplicada pelo STF quando do julgamento do RE 589.963-PR, no qual foi declarada a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 34, parágrafo único, da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), onde se reconheceu a inconstitucionalidade parcial por omissão do legislador, ante a “inexistência de justificativa plausível para a discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo”. Neste caso, entendeu a Suprema Corte que o legislador não poderia ter autorizado,

para fins de percepção de benefício assistencial, a desconsideração da renda mínima assistencial de outro idoso, deixando de fora do comando normativo a desconsideração da renda mínima assistencial de pessoa deficiente ou de idoso detentor de benefício previdenciário também de um salário mínimo. Reconheceu, portanto, a situação de omissão legislativa inconstitucional, ao se deixar de fora do amparo normativo pessoas que se encontram em idêntica condição de proteção constitucional ou legal.

31. Pela mesma razão, não se deve interpretar o art. 45 da Lei n. 8.213/91 e entender que sua norma de proteção social ampara exclusivamente o segurado cuja invalidez já se encontrava instalada ao tempo da concessão do benefício, exatamente por ter sido a razão de sua concessão. Tal restrição hermenêutica implicaria em flagrante inconstitucionalidade por omissão do dispositivo legal, assim como incorreu o parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso, ao tratar de maneira diferenciada pessoas que devem se encontrar dentro do mesmo espectro protetivo da norma, sendo ainda de se invocar o princípio da proibição da proteção insuficiente (ARE 745.745 AgR, Relator(a): Min. *Celso de Mello*, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, Processo Eletrônico DJe-250 divulg 18/12/2014 public 19/12/2014).

32. Na esteira da doutrina pátria, “a interpretação restritiva do art. 45 da Lei n. 8.213/91 implica interpretação que viola, a um só tempo, o princípio da vedação da proteção insuficiente de direito fundamental (Rcl 4.374, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 18/04/2013, DJ 04/09/2013), e o princípio da isonomia (RE 580.963, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 18/04/2013, DJ 14/11/2013). Por essas razões, operando-se interpretação conforme à Constituição, deve-se compreender que o adicional de que trata o art. 45 da Lei n. 8.213/91 tem como pressuposto de concessão o fato de o segurado se encontrar incapacitado de modo total e permanente, necessitando ainda da assistência contínua de outra pessoa, independentemente da espécie de aposentadoria de que seja titular” (Savaris, *Direito Previdenciário, Problemas e Jurisprudência, Alteridade*, 2ª Ed. p. 134). No mesmo sentido: Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário, Gen*, 17ª Ed.

33. Nesse mesmo sentido, torno a valer-me da Excelsa Corte, que, no recente julgamento do RE 778.889, sob o rito da Repercussão Geral, deu-lhe provimento para “reconhecer o direito da recorrente ao prazo remanescente da licença parental, a fim de que o tempo total de fruição do benefício, computado o período já gozado, seja de 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença, previstos no art. 7º, XVIII, da Constituição Federal, acrescidos dos 60 dias de prorrogação, tal como permitido pela legislação, fixando a seguinte tese: ‘Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada’”.

34. Na oportunidade, analisando a diferenciação legal existente no serviço público federal, quanto à duração da licença-maternidade entre a mãe-gestante e a mãe-adoptante, prevista na Lei n. 8.112/90, a Suprema Corte a considerou “ilegítima”, apontando, após considerações de várias ordens (quanto ao histórico próprio das crianças adotadas, sua maior suscetibilidade à doença, dificuldades na adaptação à nova família, autonomia da mulher, etc.), que “não existe fundamento constitucional para a desequiparação da mãe gestante e da mãe adotante, sequer do adotado mais velho e mais novo”, fugindo da mera literalidade do dispositivo legal e assentando o julgamento na norma jurídico-valorativa que está subjacente no texto legal.

35. No referido recurso extraordinário, o STF reconheceu a natureza constitucional da questão quanto ao estabelecimento de prazo diferenciado para a licença-maternidade concedida às gestantes e às adotantes, questão esta semelhante a dos presentes autos, quanto ao tratamento diferenciado conferido a aposentados que se encontram em uma mesma situação de invalidez.

36. Note-se que o caso posto sob a análise da Corte Suprema, em suma, versou sobre situações fáticas distintas (maternidade biológica e por adoção), tendo, diante de tal distinção fática, o STF decidido pelo direito constitucional da adotante a ter tratamento legal igualitário ao dispensado à mãe-gestante, levando em consideração dificuldades próprias dos filhos adotados, a necessidade de estímulo à adoção e aspectos culturais que oneram a mulher na maternidade adotiva.

37. Portanto, interpretando-se o julgado do STF (ainda não publicado, mas noticiado no seu Informativo n. 817), conclui-se que a Excelsa Corte entendeu por rejeitar a possibilidade de tratamento diferenciado estabelecido pelo legislador quanto às licenças-maternidade destinadas à gestante e à adotante.

38. Trazendo o raciocínio para o caso dos presentes autos, entendo que com maior força descabe o tratamento diferenciado entre o aposentado por invalidez e aquele que, após aposentar-se por tempo de contribuição ou idade, tornou-se inválido, necessitando de ajuda de terceiro.

39. Aqui, além de superar a mera literalidade da lei, como no caso do julgamento proferido pelo STF, em que se buscou a sua exegese sob o prisma isonômico, trata-se de hipótese em que há a mesma situação fática: ambos (tanto o originalmente aposentado por invalidez quanto o aposentado por idade ou tempo de contribuição) são segurados que estão inválidos e precisando da assistência permanente de terceiro.

40. *Ora, está-se falando de segurados que se encontram na mesma situação fática de aposentação e dependência da assistência permanente de terceiro, donde o tratamento diferenciado quanto à concessão do adicional centra-se não no cotejo de situações materiais atuais, mas, sim, da superavaliação da classificação formal do benefício concedido ao segurado.*

41. Neste sentido, ou seja, no de que não se deve supervalorizar a situação fática existente à época da concessão do benefício, tome-se o exemplo da possibilidade da concessão *a posteriori* do adicional se, supervenientemente, o aposentado por invalidez passar a depender da assistência de outra pessoa.

42. Isso porque, para a concessão do acréscimo de 25% em favor do aposentado por invalidez, não se exige que a necessidade de assistência permanente de outra pessoa já esteja instalada quando da concessão da aposentadoria, podendo ser requerida e concedida se tal necessidade surgir em momento posterior à concessão do benefício.

43. Logo, não encontro razão plausível para se conceder o adicional ao aposentado inválido que somente passou a depender de assistência de terceiro após a concessão do benefício e negar ao aposentado que apenas supervenientemente ficou inválido, precisando da ajuda de terceiro.

44. Ressalto apenas que a questão fática (incapacidade e necessidade de assistência de terceiros) não foi enfrentada pelo julgado recorrido, de modo que, implicando o provimento do presente incidente, quanto à matéria de direito, na necessidade de reexame da matéria de fato, devem os autos retonar à TR de origem para reapreciação das provas (conforme a Questão de Ordem n. 20/TNU).

45. Incidente conhecido e provido, em parte, para firmar a tese de que é extensível às demais aposentadorias concedidas sob o regime geral da Previdência Social, que não só a por invalidez, o adicional de 25% previsto no art. 45 da Lei 8.213/91, uma vez comprova a incapacidade do aposentado e a necessidade de ser assistido por terceiro. (PEDILEF 50008904920144047133, Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal, Relator Juiz Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, DOU 20/05/2016, destaques meus).

Assinale-se que os Tribunais Regionais Federais da 2ª e da 3ª Regiões, por sua vez, têm acompanhado a posição firmada pela TNU, como o demonstram os seguintes julgados:

Apelação cível. Direito Previdenciário. Acréscimo de 25% do art. 45 da Lei n. 8.213/91 (grande invalidez). *Comprovação da necessidade de assistência permanente de outra pessoa. Extensão às demais aposentadorias. Atrasados desde o requerimento administrativo. Juros de mora e correção monetária. Adoção do posicionamento do STF (RE n. 870.947). Honorários advocatícios. Sistemática do CPC de 2015.*

I - Tanto a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais, quanto os Tribunais Regionais Federais, *em observância ao princípio constitucional da isonomia, têm interpretado extensivamente o artigo art. 45 da Lei 8.213/91, assegurando aos beneficiários de aposentadoria por tempo de contribuição e por idade, que necessitem de assistência permanente de outra pessoa (grande invalidez), o direito ao acréscimo de 25% no benefício previdenciário.*

II - Comprovada a invalidez e a necessidade de assistência permanente de terceiro, faz jus a autora ao acréscimo pleiteado em seu benefício previdenciário, desde a data do requerimento administrativo, 12/04/2014, e não desde a data da concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, 11/01/2008, até porque não se comprovou a invalidez desde então.

III - Quanto aos juros de mora e à correção monetária, após a vigência da Lei n. 11.960/2009, deverão incidir consoante o disposto na nova redação dada ao artigo 1º-F da Lei 9.494/1997. A partir da publicação do acórdão do Recurso Extraordinário n. 870.947, os juros de mora e a correção monetária deverão seguir os parâmetros estabelecidos no julgado do STF, proferido em sede de repercussão geral (tema 810), salvo se houver, nele próprio, determinação diversa, e que deverá, então, ser seguida.

IV - Tendo em vista que a autora decaiu de parte mínima do pedido e que o acórdão é ilícido, o INSS deve arcar com a totalidade dos honorários advocatícios, cujo percentual deve ser fixado quando da liquidação do julgado, de acordo com o art. 85, § 4º, II, c/c art. 86, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015, observada a Súmula n. 111 do STJ.

V - Apelação parcialmente provida, para condenar o INSS a implantar na aposentadoria por tempo de contribuição da autora o acréscimo de 25% previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, desde a data do requerimento administrativo, bem como a pagar-lhe as parcelas atrasadas, acrescidas de juros de, desde a citação, e de correção monetária, de acordo com o posicionamento do STF.

(TRF-2 - Apelação Cível 0012136-69.2014.4.02.5101 (2014.51.01.012136-2) - 1ª Turma Especializada - Relator Des. Federal Antonio Ivan Athié, publicado no e-DJF2R 11/12/2017, destaques meus).

Previdenciário. Art. 5º, *caput*, da CF. Art. 45, da Lei n. 8.213/91. Acréscimo de 25%. Necessidade de assistência permanente de outra pessoa. Princípio da isonomia. Preservação da dignidade da pessoa humana.

1. Da interpretação conjunta do Art. 5º, *caput*, da CF e do Art. 45, *caput*, da Lei n. 8.213/91, infere-se que o percentual de 25% é um adicional dirigido para assistir aqueles que necessitam de assistência permanente de terceira pessoa para a prática dos atos da vida diária. Esse é o espírito de ambas as Leis.

2. Dar à norma infraconstitucional uma interpretação restritiva, significa contemplar somente a aquele que adquiriu a invalidez antes de adquirido o direito à aposentadoria por idade ou tempo de contribuição, o que acarreta a vulneração ao direito de proteção da dignidade da pessoa humana e das pessoas portadoras de deficiência. Privá-lo desse adicional não se afigura justo nem razoável com aqueles que mais contribuíram para o sistema previdenciário.

3. O Estado brasileiro é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com deficiência, promulgado pelo Decreto Presidencial n. 6.949/09,

após aprovação pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n. 186/08, equivalente à emenda constitucional. Tal convenção reconhece a “necessidade de promover e proteger os direitos humanos de todas as pessoas com deficiência, inclusive daquelas que requerem maior apoio”, com o escopo de minorar as diferenças e impedir que sobrevenha lei brasileira que estabeleça discriminação entre os próprios portadores de deficiência, mormente no campo da Previdência Social.

4. O Art. 28.2 da referida Convenção dispõe que os “Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como: Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria”.

5. O segurado aposentado por idade ou por tempo de contribuição que se encontra em idêntica condição de deficiência daqueles aposentados por invalidez, e que necessite de assistência permanente de terceiro tem direito ao acréscimo de 25%.

6. É vedado criar tratamentos diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas, e, por isso torna-se inaceitável a utilização do discrimen “aposentadoria por invalidez”.

7. Laudo pericial conclusivo pela necessidade de ajuda de terceiros para os atos da vida diária.

8. Faz jus ao acréscimo de 25% o beneficiário de aposentadoria por idade ou por tempo de contribuição, quando comprovada a incapacidade total e permanente que gere a necessidade de contar com a assistência permanente de outra pessoa.

9. A correção monetária, que incide sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências, e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observando-se a aplicação do IPCA-E conforme decisão do e. STF, em regime de julgamento de recursos repetitivos no RE 870.947, e o decidido também por aquela Corte quando do julgamento da questão de ordem nas ADIs 4.357 e 4.425.

10. Os juros de mora incidirão até a data da expedição do precatório/RPV, conforme decidido em 19.04.2017 pelo Pleno do e. Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 579.431, com repercussão geral reconhecida. A partir de então deve ser observada a Súmula Vinculante n. 17.

11. Os honorários advocatícios devem observar as disposições contidas no inciso II, do § 4º, do Art. 85, do CPC, e a Súmula 111, do e. STJ.

12. A autarquia previdenciária está isenta das custas e emolumentos, nos termos do Art. 4º, I, da Lei 9.289/96, do Art. 24-A da Lei 9.028/95, com a redação dada pelo Art. 3º da MP 2.180-35/01, e do Art. 8º, § 1º, da Lei 8.620/93.

13. Remessa oficial, havida como submetida, e apelação providas em parte.

(TRF 3ª Região, Décima Turma, Ap - Apelação Cível - 2253002 - 0002417-28.2015.4.03.6127, Rel. Desembargador Federal Baptista Pereira, julgado em 17/04/2018, e-DJF3 Judicial 1 Data: 26/04/2018, destaques meus).

Neste passo, cabe recordar que, no âmbito da 1ª Seção desta Corte, as mesmas diretrizes interpretativas, fundadas na primazia da dignidade da pessoa humana e na isonomia, foram adotadas no julgamento do REsp n. 1.355.052/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 05.11.2015 e do REsp n. 1.411.258/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 21.02.2018, ambos submetidos ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973.

No primeiro recurso apontado (REsp n. 1.355.052/SP), o Sr. Relator, Ministro Benedito Gonçalves, assim fundamentou seu voto, acompanhado por unanimidade por esta 1ª Seção:

Com efeito, a proteção ao idoso e ao deficiente, por meio de concessão de benefício assistencial, vem insculpida no inciso V do artigo 203 da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

[...]

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

A regra matriz constitucional não traz distinção entre essas duas classes de vulneráveis sociais.

O artigo 34 do Estatuto do Idoso, por sua vez, dispõe:

Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS.

Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do *caput* não será computado para os fins do cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a LOAS.

(...)

Ora, não há distinção constitucional entre vulneráveis (idosos e deficientes) e não há norma na Lei Orgânica da Assistência Social a garantir às pessoas com deficiência o mesmo amparo que o parágrafo único do artigo 34 da Lei n. 10.741/03 garante aos idosos.

(...)

Não é o caso de se compor a renda da família do deficiente que requer o benefício da LOAS com o benefício previdenciário do idoso, no valor de um salário mínimo, para só então observar a miserabilidade ou necessidade da família. A questão é de exclusão inicial desse valor do cálculo, e não a sua inclusão para só depois aferir a existência do estado de miserabilidade ou necessidade do núcleo familiar.

Desse modo, à luz dos princípios da isonomia e da dignidade humana, faz-se necessário aplicar a analogia a fim de que o parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso integre também o sistema de proteção à pessoa com deficiência para assegurar que o benefício previdenciário, no valor de um salário mínimo, recebido por idoso que faça parte do núcleo familiar não componha renda per capita prevista no § 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/93, que, aliás, foi declarada inconstitucional, incidenter tantum, por omissão, sem declaração da sua nulidade, no julgamento do RE n. 567.985/MT, sob o rito do artigo 543-B do CPC (DJ 03/10/2013).

Entendimento diverso, no sentido de que os proventos ou a pensão recebida por idoso, no valor de um salário mínimo, deve compor a renda da família da pessoa com deficiência, além de conduzir à manutenção de sua desproteção social, implicará sacrifício socioeconômico do próprio idoso que compõe o núcleo familiar, o que resultaria em colocá-lo ou em reinseri-lo também no rol dos juridicamente vulneráveis (destaques meus).

Desse modo, esta 1ª Seção, interpretando o art. 34, parágrafo único, da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), à luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia, firmou entendimento no sentido de afastar, do cômputo da *renda per capita*, prevista no art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93, o benefício previdenciário ou assistencial, no valor de um salário mínimo, recebido por idoso que faça parte do núcleo familiar, quando do requerimento de benefício assistencial feito por deficiente.

No segundo precedente indicado (REsp n. 1.411.258/RS), em situação diversa, mas cujas razões de decidir também podem ser invocadas ao caso em tela, a 1ª Seção, procedendo a uma interpretação sistemática dos princípios constitucionais e do Estatuto da Criança e do Adolescente, concluiu que “a alteração do art. 16, § 2º da Lei 8.213/91, pela Lei 9.528/97, ao retirar o menor sob guarda da condição de dependente previdenciário natural ou legal do Segurado do INSS, não elimina o substrato fático da dependência econômica do menor e representa, do ponto de vista ideológico, um retrocesso normativo incompatível com as diretrizes constitucionais de isonomia e de ampla e prioritária proteção à criança e ao adolescente.”

Esta a ementa do julgado:

Direito Previdenciário e Humanitário. Recurso especial representativo da controvérsia. Processamento nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução 08/STJ. Direito do menor sob guarda à pensão por morte do seu mantenedor. Embora a Lei 9.528/97 o tenha excluído do rol dos dependentes previdenciários naturais ou legais dos segurados do INSS. Proibição de retrocesso. Diretrizes constitucionais de isonomia, prioridade absoluta e proteção integral à criança e ao adolescente (art. 227 da CF). Aplicação prioritária ou preferencial do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), por ser específica, para assegurar a máxima efetividade do preceito constitucional de proteção. Parecer do MPF pelo não conhecimento do recurso, a teor da Súmula 126/STJ. Recurso especial conhecido, porém desprovido.

1. A não interposição de Recurso Extraordinário somente tem a força de impedir o conhecimento de Recurso Especial quando (e se) a matéria decidida no acórdão recorrido apresenta dupla fundamentação, devendo a de nível constitucional referir imediata e diretamente infringência à preceito constitucional explícito; em tema de concessão de pensão por morte a menor sob guarda, tal infringência não se verifica, tanto que o colendo STF já decidiu que, nestas hipóteses, a violação à Constituição Federal, nesses casos, é meramente reflexa. A propósito, os seguintes julgados, dentre outros: ARE 804.434/PI, Rel. Min. *Dias Toffoli*, DJe 19.3.2015; ARE 718.191/BA, Rel. Min. *Luiz Fux*, DJe 17.9.2014; RE 634.487/MG, Rel. Min. *Rosa Weber*, DJe 1.8.2014; ARE 763.778/RS, Rel. Min. *Carmen Lúcia*, DJe 24.10.2013; não se apresenta razoável afrontar essa orientação do STF, porquanto se trata, neste caso, de questão claramente infraconstitucional.

2. Dessa forma, apesar da manifestação ministerial em sentido contrário, entende-se possível, em princípio, conhecer-se do mérito do pedido recursal do INSS, afastando-se a incidência da Súmula 126/STJ, porquanto, no presente caso, o recurso deve ser analisado e julgado, uma vez que se trata de matéria de inquestionável relevância jurídica, capaz de produzir precedente da mais destacada importância, apesar de não interposto o Recurso Extraordinário.

3. Quanto ao mérito, verifica-se que, nos termos do art. 227 da CF, foi imposto não só à família, mas também à sociedade e ao Estado o dever de, solidariamente, assegurar à criança e ao adolescente os direitos fundamentais com absoluta prioridade. Além disso, foi imposto ao legislador ordinário a obrigação de garantir ao menor os direitos previdenciários e trabalhistas, bem como o estímulo do Poder Público ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.

4. *A alteração do art. 16, § 2º da Lei 8.213/91, pela Lei 9.528/97, ao retirar o menor sob guarda da condição de dependente previdenciário natural ou legal do Segurado do INSS, não elimina o substrato fático da dependência econômica do menor e representa, do ponto de vista ideológico, um retrocesso normativo incompatível com*

as diretrizes constitucionais de isonomia e de ampla e prioritária proteção à criança e ao adolescente.

5. *Nesse cenário, a jurisprudência desta Corte Superior tem avançado na matéria, passando a reconhecer ao menor sob guarda a condição de dependente do seu mantenedor, para fins previdenciários.* Precedentes: MS 20.589/DF, Rel. Min. Raul Araújo, Corte Especial, DJe 2.2.2016; AgRg no AREsp 59.461/MG, Rel. Min. Olindo Menezes, DJe 20.11.2015; AgRg no REsp 1.548.012/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 20.11.2015; AgRg no REsp 1.550.168/SE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 22.10.2015; REsp 1.339.645/MT, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 4.5.2015.

6. *Não se deve perder de vista o sentido finalístico do Direito Previdenciário e Social, cuja teleologia se traduz no esforço de integração dos excluídos nos benefícios da civilização e da cidadania, de forma a proteger as pessoas necessitadas e hipossuficientes, que se encontram em situações sociais adversas; se assim não for, a promessa constitucional de proteção a tais pessoas se esvai em palavras sonoras que não chegam a produzir qualquer alteração no panorama jurídico.*

7. *Deve-se proteger, com absoluta prioridade, os destinatários da pensão por morte de Segurado do INSS, no momento do infortúnio decorrente do seu falecimento, justamente quando se vêem desamparados, expostos a riscos que fazem periclitar a sua vida, a sua saúde, a sua alimentação, a sua educação, o seu lazer, a sua profissionalização, a sua cultura, a sua dignidade, o seu respeito individual, a sua liberdade e a sua convivência familiar e comunitária, combatendo-se, com pertinácia, qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, caput da Carta Magna).*

8. *Considerando que os direitos fundamentais devem ter, na máxima medida possível, eficácia direta e imediata, impõe-se priorizar a solução ao caso concreto de forma que se dê a maior concretude ao direito. In casu, diante da Lei Geral da Previdência Social que apenas se tornou silente ao tratar do menor sob guarda e diante de norma específica que lhe estende a pensão por morte (Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 33, § 3º), cumpre reconhecer a eficácia protetiva desta última lei, inclusive por estar em perfeita consonância com os preceitos constitucionais e a sua interpretação inclusiva.*

9. *Em consequência, fixa-se a seguinte tese, nos termos do art. 543-C do CPC/1973: O menor sob guarda tem direito à concessão do benefício de pensão por morte do seu mantenedor, comprovada a sua dependência econômica, nos termos do art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que o óbito do instituidor da pensão seja posterior à vigência da Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97. Funda-se essa conclusão na qualidade de lei especial do Estatuto da Criança e do Adolescente (8.069/90), frente à legislação previdenciária.*

10. *Recurso Especial do INSS desprovido.*

(REsp 1.411.258/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 11/10/2017, DJe 21/02/2018, destaques meus).

De ambos os julgados invocados, extrai-se que esta 1ª Seção, em mais de uma oportunidade, prestigiou os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia com vista a iluminar e desvendar a adequada interpretação de dispositivos legais.

Posto isso, ao instituir a possibilidade de acréscimo pecuniário de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do benefício, o qual pode vir, inclusive, a sobrepujar o teto de pagamento dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, o legislador ordinário não se orientou apenas pelo fato gerador da aposentadoria por invalidez, mas, precipuamente, pela proteção do risco social consubstanciado no indispensável amparo ao segurado, atribuindo-lhe o auxílio de terceira pessoa, buscando, assim, diminuir o impacto financeiro sobre o valor de seus proventos com a contratação de assistência permanente.

Ora, o aposentado por invalidez que recebe, por exemplo, o valor de R\$ 5.645,80 (cinco mil, seiscentos e quarenta e cinco reais e oitenta centavos), teto máximo dos benefícios pagos pelo INSS atualmente, tem direito ao adicional, nos termos da alínea *a*, parágrafo único, art. 45, da Lei n. 8.213/91.

Por outro lado, os segurados aposentados que percebem valores inferiores ao teto, na sua grande maioria, apenas 1 (um) salário-mínimo (R\$ 954,00 – novecentos e cinquenta e quatro reais – valor de 01.01.2018), e que, ao tornaram-se inválidos, precisem de auxílio permanente de outra pessoa, são obrigados a direcionar parte dessa renda mínima para suprir tal necessidade.

O segurado que recebe aposentadoria por tempo de contribuição, por idade ou especial acometido de limitações físicas e/ou mentais e que recebe 1 (um) salário-mínimo, encontra-se em situação de risco social da mesma maneira que o aposentado por invalidez, porém com a circunstância agravante de que, como não recebe o adicional de “grande invalidez”, terá que custear as despesas extras com a contratação de ajuda de terceiro, o que, por óbvio, será feito em detrimento de outras necessidades básicas como alimentação e moradia, e, em última análise, do chamado “mínimo existencial”, um dos principais efeitos da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, ressalte-se que a norma em comento não exige que a ajuda de outra pessoa seja imprescindível desde o início da percepção do benefício, revelando que, na hipótese de o segurado ter se aposentado por invalidez e, apenas posteriormente, passar a necessitar desse socorro, o adicional será aplicável.

Logo, em caso de invalidez superveniente do segurado aposentado com fundamento em outro fato gerador, o indivíduo tornar-se-á pessoa portadora de deficiência, devendo ser, igualmente, contemplado com o adicional do art. 45 da Lei n. 8.213/91, caso seja imprescindível o auxílio de outra pessoa.

Na esteira dos precedentes desta 1ª Seção antes apontados e partindo-se da premissa de que as normas que regulam os benefícios e serviços da Previdência Social devem ser interpretadas em harmonia com a Constituição da República e com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, impõe-se a extensão do adicional em tela a todos os aposentados inválidos que necessitem de ajuda permanente de outra pessoa, independentemente do fato gerador da aposentadoria, como já consagrado pela Turma Nacional de Uniformização.

Por fim, com a devida vênia da Sra. Relatora, entendo não prosperar o argumento de necessidade de prévia fonte de custeio para a aplicação do benefício às demais modalidades de aposentadoria, ante o evidente *caráter assistencial* do adicional de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, o qual, sublinhe-se, *não consta do rol de benefícios e serviços devidos aos segurados do Regime Geral de Previdência Social e seus dependentes, in verbis*:

Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

I - quanto ao segurado:

- a) aposentadoria por invalidez;
- b) aposentadoria por idade;
- c) aposentadoria por tempo de contribuição; (Redação dada pela Lei Complementar n. 123, de 2006)
- d) aposentadoria especial;
- e) auxílio-doença;
- f) salário-família;
- g) salário-maternidade;
- h) auxílio-acidente;
- i) (Revogada pela Lei n. 8.870, de 1994)

II - quanto ao dependente:

- a) pensão por morte;

b) auxílio-reclusão;

III - quanto ao segurado e dependente:

a) (Revogada pela Lei n. 9.032, de 1995)

b) serviço social;

c) reabilitação profissional.

§ 1º Somente poderão beneficiar-se do auxílio-acidente os segurados incluídos nos incisos I, II, VI e VII do art. 11 desta Lei. (Redação dada pela Lei Complementar n. 150, de 2015)

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado. (Redação dada pela Lei n. 9.528, de 1997)

§ 3º O segurado contribuinte individual, que trabalhe por conta própria, sem relação de trabalho com empresa ou equiparado, e o segurado facultativo que contribuam na forma do § 2º do art. 21 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, não farão jus à aposentadoria por tempo de contribuição. (Incluído pela Lei Complementar n. 123, de 2006)

Remarque-se que o fato gerador do adicional em exame é a necessidade de assistência permanente de outra pessoa, a qual pode estar presente ou não no momento do requerimento administrativo da aposentadoria por invalidez, bem como sua concessão pode ter ou não relação com a moléstia que deu causa à concessão do benefício originário, o que reforça seu caráter assistencial.

Da mesma maneira, consoante a alínea *c*, do parágrafo único, do art. 45 da Lei n. 8.213/91, o pagamento do adicional cessará com a morte do aposentado, não sendo incorporado ao valor da pensão por morte, circunstância própria dos benefícios assistenciais que, pela ausência de contribuição prévia, são personalíssimos e, portanto, intransferíveis aos dependentes.

Devido à sua natureza assistencial, outrossim, não há previsão legal de fonte de custeio específica para o “auxílio-acompanhante” recebido pelos aposentados por invalidez; dessarte, não há falar, igualmente, em fonte específica para às demais modalidades de aposentadoria, porquanto tal benefício é garantido pelo Estado, independentemente de contribuição à Seguridade Social, nos termos do art. 203 da Constituição da República.

Essa a doutrina de André Luiz Moro Bittencourt sobre o tema:

Embora o artigo 45 do Plano de Benefícios traga somente a possibilidade de implementação de adicional ao aposentado por invalidez, vale ressaltar que, independente do tipo do benefício concedido (aposentadoria por invalidez, idade, tempo de contribuição), o risco social envolvido é o mesmo. Em todos eles haverá a necessidade do acompanhamento permanente de um terceiro, seja contratado, seja um elemento do núcleo familiar, etc.

Partindo do risco social envolvido e chegando ainda à interpretação da lei conforme a Constituição e o fim social a que se destina, percebe-se que o regramento infraconstitucional acabou restringindo um direito consagrado pela Carta Maior.

Ao verificar a natureza jurídica do adicional da aposentadoria por invalidez, percebe-se que não existe fonte de custeio para ele. Nenhum contribuinte da previdência é chamado ao pagamento de contribuição adicional, para cobrir o risco envolvido neste específico caso de necessidade permanente da ajuda de terceira pessoa para o aposentado por invalidez.

Conclui-se, assim, que o adicional tem natureza jurídica de benefício assistencial e não previdenciário. Sendo assistencial, é regulamentado pelo artigo 203 da Constituição Federal, destinado, então, a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade, devendo ainda proteger a família, a velhice, entre outros fatores (Manual dos benefícios por incapacidade laboral e deficiência, 2ª ed. rev., atual. e ampl., Curitiba, Alteridade Editora, 2018, pp. 196/197, destaques meus).

Cabe frisar que a Turma Nacional de Uniformização, no julgamento do Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal - PEDILEF n. 5000890-49.2014.4.04.7133/RS (Tema 124), cuja ementa transcrevi no início deste voto, afastou qualquer possibilidade de ofensa ao art. 195, § 5º, da Constituição da República diante da evidente *natureza assistencial do adicional*:

(...)

18. Ademais, como não há na legislação fonte de custeio específico para esse adicional, entende-se que o mesmo se reveste de natureza assistencial. Assim, a sua concessão não gera ofensa ao art. 195, § 5º da CF, ainda mais quando se considera que aos aposentados por invalidez é devido o adicional mesmo sem o prévio custeamento do acréscimo, de modo que a questão do prévio custeio, não sendo óbice à concessão do adicional aos aposentados por invalidez, também não o deve ser quanto aos demais aposentados (destaques meus).

(...)

De todo o exposto, impõe-se a extensão do adicional de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, ao segurado que necessitar de

assistência permanente de outra pessoa, em decorrência de invalidez ocasionada por doença ou deficiência física, independentemente da modalidade de aposentadoria a ele concedida.

Conclusão:

Proponho seja firmada pela 1ª Seção, sob o rito do art. 1.036 do Código de Processo Civil de 2015, a seguinte tese: *Comprovadas a invalidez e a necessidade de assistência permanente de terceiro, é devido o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, a todos os aposentados pelo RGPS, independentemente da modalidade de aposentadoria.*

Adequação ao caso concreto:

Isto posto, peço licença para divergir da Sra. Ministra Relatora para **negar provimento** ao Recurso Especial do INSS.

Em consequência, majoro os honorários advocatícios anteriormente fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data do acórdão - fls. 135/147e - para 12% (doze por cento) sobre a mesma base de cálculo, nos termos do art. 85, §§ 11º e 3º, do Código de Processo Civil de 2015.

É o voto.

ESCLARECIMENTOS

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Senhor Presidente, quero, nessa oportunidade, cumprimentar a Ministra *Regina Helena Costa*, pelo alentado, profundo e brilhante voto de Sua Excelência, mas quero também fazer considerações a respeito de três fatos e fundamentos que Sua Excelência trouxe, em seu voto, e sobre os quais não me manifestei, em meu voto, como Relatora.

O primeiro, é que Sua Excelência fundamenta seu voto em julgado da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, que entendeu, com base no princípio da isonomia, extensível esse adicional de 25% (vinte e cinco por cento) – que o art. 45 da Lei 8.213/91 prevê apenas para a aposentadoria por invalidez – a outras espécies de aposentadoria, isto é, à aposentadoria por idade, por tempo de serviço e especial.

Quero esclarecer – como o Ministro *Mauro Campbell Marques* começou a informar – que contra esse julgado da TNU foi ajuizado, no STJ, pelo INSS,

o Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei 236, do Rio Grande do Sul. Naquela oportunidade, requereu o INSS liminar, para suspender aquele julgado. Na ocasião, o INSS invocou inúmeros precedentes colegiados do STJ, em sentido contrário à tese firmada pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, concluindo tais precedentes no sentido de que o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei 8.213/91, está limitado à aposentadoria por invalidez, pelo que entendi presente a plausibilidade do direito. No aludido PUIL 236/RS, afirmou o INSS que “há inúmeros processos discutindo esta matéria nos Juizados Especiais. O INSS estima que o impacto de concessões de adicional de grande invalidez fora dos casos de aposentadoria por invalidez para benefícios concedidos entre 2015 e 2017 seja da ordem de R\$ 456.509.000,00 no ano de 2017”.

O aludido PUIL 236/RS foi-me distribuído, e entendi presente a plausibilidade do direito invocado, em face de inúmeros precedentes colegiados sobre o assunto, no STJ, em sentido contrário à tese fixada pela TNU. É certo que não há precedente desta Seção, mas há inúmeros precedentes colegiados, de ambas as Turmas do STJ, negando essa extensão do adicional de 25% (vinte e cinco por cento), previsto para a aposentadoria por invalidez, a outras espécies de aposentadoria. Entendi também presente o receio de dano de difícil reparação, pelo que deferi, com fundamento nos arts. 14, §§ 5º e 6º, da Lei 10.259/2001 e 2º, I, da Resolução 10/2007, do STJ, a medida liminar requerida, para determinar a suspensão dos processos nos quais tenha sido estabelecida a mesma controvérsia. Assim, esse julgamento da TNU está suspenso, por força dessa medida liminar, deferida em 22/02/2017.

Determinei que se processasse o PUIL, mas depois, como houve a afetação do presente processo como repetitivo, estou aguardando o julgamento deste repetitivo, para que, então, se possa dar uma solução definitiva àquele PUIL.

No meu voto, cito precedentes do Supremo Tribunal Federal, vários deles em matéria previdenciária, entendendo que não é possível estender benefícios previdenciários com fundamento no princípio da isonomia. No aludido voto, proferido no presente julgamento, registro que o posicionamento que adoto – no sentido de não se poder estender benefício previdenciário com base no princípio da isonomia – “encontra eco, *mutatis mutandis*, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na forma da Súmula Vinculante 37 (‘Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia’), e também no julgamento do Recurso

Extraordinário 661.256/SC, em regime de repercussão geral (Tema 503), no qual restou inviabilizado o recálculo do valor da aposentadoria, mediante a chamada ‘desaposentação’, concluindo a Suprema Corte no sentido de que, ‘no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’ (...)’ (STF, RE 661.256/SC, Rel. Ministro Roberto Barroso, Rel. p/ acórdão Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe de 28/09/2017). No mesmo sentido: ‘Não se revela constitucionalmente possível, ao Poder Judiciário, sob fundamento de isonomia, estender, em sede jurisdicional, majoração de benefício previdenciário, quando inexistente, na lei, a indicação da correspondente fonte de custeio total, sob pena de o Tribunal, se assim proceder, atuar na anômala condição de legislador positivo, transgredindo, desse modo, o princípio da separação de poderes. Precedentes’ (STF, RE 567.360/MG ED, Rel. Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 07/08/2009). Na mesma direção: STF, RE 597.389 QO-RG/SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 21/08/2009”.

Cito também, no meu voto, um precedente do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no RE 597.389, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no qual se discutia se nova disposição legal, que majorava o cálculo da pensão previdenciária, aplicava-se a pensões concedidas antes da vigência da novel legislação.

Pois bem, naquela ocasião, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, acompanhado pelo Supremo Tribunal Federal, assim se fundamentou, em entendimento que se ajusta, analogicamente, à hipótese dos autos:

A Corte ainda assentou o entendimento de que a majoração de benefícios previdenciários, além de submetida ao postulado da contrapartida (CF, art. 195, § 5º), também depende, para sua legítima adequação ao texto da Constituição da República, da observância o princípio da reserva da lei formal, cuja incidência traduz limitação ao exercício da atividade jurisdicional do Estado.

Por isso, não se revela constitucionalmente possível, ao Poder Judiciário, sob o fundamento de isonomia, estender, em sede jurisdicional, majoração de benefício previdenciário, quando inexistente, na lei, a indicação de correspondente fonte de custeio total, sob pena de o Tribunal, se assim proceder, atuar em legítima condição de legislador positivo, o que contraria o art. 2º da Constituição Federal. (RE 597.389 QO-RG, de minha relatoria, DJe 21.8.2009)

Isso foi muito enfatizado naquele caso, para evitar que houvesse efeito retroativo na concessão. Mas essa não é uma vedação que se aplica tão somente

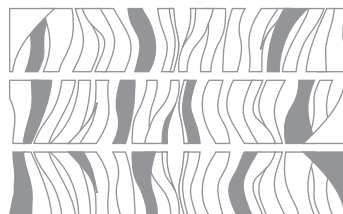
ao legislador. Esse é um vetor hermenêutico que se aplica também ao intérprete. Se não se pode, pela via legislativa, criar benefício sem fonte de custeio, quid em relação à criação por via de esforço hermenêutico. Sendo assim, também não se pode pela via jurisprudencial. Sem dúvida nenhuma, a mim me parece que aqui, de fato, há um vetor hermenêutico que vale para o sistema como um todo (...). Aquilo que se impõe ao legislador também se impõe ao tribunal enquanto intérprete.

A segunda observação que desejo fazer é que, no voto-vista da Ministra *Regina Helena Costa*, fez-se também alusão a julgamento da Primeira Seção – que justificaria a posição defendida por Sua Excelência –, no qual esta Seção deliberou que seria possível conceder a pensão por morte ao menor sob guarda, mesmo tendo a Lei 8.213/91 sido alterada, suprimindo, no seu art. 16, o menor sob guarda como dependente do segurado. Naquele recurso repetitivo pedi vista do processo e acompanhei o brilhante voto do Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, mas, naquela ocasião, não se concedia o benefício de pensão ao menor sob guarda sob o fundamento da isonomia. Concedeu-se o benefício, com base num dispositivo expresso do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90 –, que em seu art. 33, § 3º, dispõe que “a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários”.

Por último, uma derradeira observação. Invocou a Ministra *Regina Helena Costa* – como se se tratasse de situação análoga, a inspirar o presente julgamento – um repetitivo desta Primeira Seção, relativo a critério para aferição de renda familiar *per capita*, para fins de concessão de benefício assistencial a deficiente. O que se decidiu, naquele repetitivo, foi tão somente que o fato de alguém, do núcleo familiar, perceber um benefício de um salário-mínimo, não afastaria o direito do deficiente de receber o benefício assistencial. Essa situação, penso eu, com a mais respeitosa vênua, não se adequa ao presente caso. Em primeiro lugar, porque, naquele caso, o benefício era assistencial, e, como benefício assistencial, independe ele de prévio custeio. Já esse adicional de 25% (vinte e cinco por cento) está previsto na Lei 8.213/91, que dispõe sobre o regime de benefícios da Previdência Social, e, como tal, na forma da Constituição Federal, exige fonte de custeio total. Destaco que a Constituição Federal prevê o benefício assistencial para garantir aquele *mínimo social*, o mínimo de subsistência, para quem não tem qualquer renda. No caso em julgamento, destaco que quem já percebe aposentadoria por idade, especial ou por tempo de contribuição, já percebe uma renda, um benefício. A própria Lei da Assistência Social – que é posterior à Lei de Benefícios da Previdência Social – não prevê este adicional de 25% (vinte e

cinco por cento) como assistencial. Se a própria LOAS não prevê este acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) para outras espécies de aposentadoria, conclui-se que não é ele assistencial, à míngua de previsão legal, na própria LOAS (Lei 8.742/93), que é posterior à Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei 8.213/91).

Peço escusas à Seção, por me estender, mas quis fazer essas três observações, mencionadas no voto-vista da eminente Ministra *Regina Helena Costa*, porque delas não cuidei, no meu voto, como Relatora.



Primeira Turma

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 309.867-ES (2013/0064947-3)

Relator: Ministro Gurgel de Faria

Agravante: Tracomal Terraplenagem e Construções Machado Ltda - em
Recuperação Judicial

Advogado: Izaias Babilone e outro(s) - ES010671

Agravado: Município de Vitória

Procurador: Rubem Francisco de Jesus e outro(s) - ES006440

EMENTA

Administrativo. Licitação. Empresa em recuperação judicial. Participação. Possibilidade. Certidão de falência ou concordata. Interpretação extensiva. Descabimento. Aptidão econômico-financeira. Comprovação. Outros meios. Necessidade.

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

2. Conquanto a Lei n. 11.101/2005 tenha substituído a figura da concordata pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, o art. 31 da Lei n. 8.666/1993 não teve o texto alterado para se amoldar à nova sistemática, tampouco foi derogado.

3. À luz do princípio da legalidade, “é vedado à Administração levar a termo interpretação extensiva ou restritiva de direitos, quando a lei assim não o dispuser de forma expressa” (AgRg no RMS 44.099/ES, Rel. Min. *Benedito Gonçalves*, *Primeira Turma*, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016).

4. Inexistindo autorização legislativa, incabível a automática inabilitação de empresas submetidas à Lei n. 11.101/2005 unicamente pela não apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, principalmente considerando o disposto no art. 52, I, daquele

normativo, que prevê a possibilidade de contratação com o poder público, o que, em regra geral, pressupõe a participação prévia em licitação.

5. O escopo primordial da Lei n. 11.101/2005, nos termos do art. 47, 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.

6. A interpretação sistemática dos dispositivos das Leis n. 8.666/1993 e n. 11.101/2005 leva à conclusão de que é possível uma ponderação equilibrada dos princípios nelas contidos, pois a preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica atendem também, em última análise, ao interesse da coletividade, uma vez que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores.

7. A exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial deve ser relativizada a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar do certame, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica.

8. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do agravo para dar provimento ao recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de junho de 2018 (data do julgamento).

Ministro Gurgel de Faria, Relator

DJe 8.8.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Trata-se de agravo interposto pela *Tracomal Terraplanagem e Construções Machado Ltda.* contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que não admitiu recurso especial fundado nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional e que desafia acórdão assim ementado (e-STJ fls. 349/350):

Direito Administrativo e Falimentar. Apelação cível. Licitação. Exigência de apresentação de certidão negativa de falência e recuperação judicial. Previsão legal e editalícia. Prevalência do interesse público. Inabilitação do candidato. Recurso improvido.

1) No procedimento licitatório, a fase de habilitação econômico-financeira tem por finalidade arrecadar dados que façam presumir que o licitante tem capacidade para satisfazer os encargos econômicos decorrentes do contrato.

2) Os documentos exigidos pelo art. 31 da Lei n. 8.666/93, bem como pelo instrumento convocatório, devem ser devidamente atendidos pelos licitantes, haja vista que a Administração Pública, ao realizar o certame, deve estabelecer exigências que garantam que o vencedor terá condições econômicas para suportar os gastos - às vezes, bem elevados - do objeto do futuro contrato administrativo.

3) Tratando-se de obras de grande expressão econômica e responsabilidade técnica, legitima-se a exigência inserida no Edital Convocatório para apresentação de certidão negativa de falência ou recuperação judicial, pois a contratação de empresa nessas condições jurídicas, que atravessam graves dificuldades econômico-financeiras, poderá colocar em risco o cumprimento das obrigações.

4) O inciso II do art. 31 da Lei de Licitações deve ser interpretado de forma a contemplar também os casos de recuperação judicial, haja vista que tal instituto, assim como a antiga concordata, tem por fim conceder benefícios àquelas empresas que, embora não estejam formalmente falidas, atravessam graves dificuldades econômicas, colocando em risco o empreendimento empresarial.

5) Recurso improvido.

Embargos de declaração desprovidos (e-STJ fls. 373/380).

No especial obstaculizado, a ora agravante, além de divergência jurisprudencial, apontou violação dos arts. 31, II, da Lei n. 8.666/1993, 47 e 52, II, da Lei n. 11.101/2005, 2º, § 1º, do Decreto-Lei n. 4.657/1942 e 535, II, do CPC/1973.

Alegou que inexistia previsão legal que condicione a participação em licitações à apresentação de certidão negativa de recuperação judicial e que a lei exige apenas a apresentação de certidão negativa de falência e concordata.

Defendeu não ser possível a interpretação extensiva do art. 31, II, da Lei de Licitações para abranger as empresas em recuperação judicial e que o referido dispositivo teria sido derogado pelo art. 52, II, da Lei de Falências, o qual prevê expressamente a possibilidade de essas empresas contratarem com o Poder Público.

Por fim, sustentou que a incapacidade econômica-financeira da empresa não pode ser presumida pelo fato de estar submetida a plano de recuperação (e-STJ fls. 384/413).

Depois de contra-arrazoado, o apelo nobre recebeu juízo negativo de admissibilidade pelo Tribunal de origem (e-STJ fls. 426/440), o que ensejou a interposição do presente agravo (e-STJ fls. 443/472).

Contraminuta foi apresentada às e-STJ fls. 475/477.

Parecer ministerial às e-STJ fls. 488/492.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria (Relator): Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo n. 2).

Considerado isso, o recurso deve ser conhecido, pois a matéria é unicamente de direito e encontra-se devidamente prequestionada.

Trata-se, na origem, de mandado de segurança impetrado contra ato coator que decidiu pela impossibilidade de empresa de participar de procedimentos licitatórios, sob o fundamento de que ela se encontra em recuperação judicial.

In casu, a ora agravante consignou, em suas razões, que teve o plano recuperatório aprovado em assembleia geral de credores e homologado pelo Juízo da Vara de Falências e Concordata de Vitória/ES e que a obrigação

vem sendo rigorosamente cumprida, ressaltando que o juízo universal expede mensalmente certidão para atestar a plena capacidade econômico-financeira da recuperanda (e-STJ fls. 405/406).

Não obstante, a Corte estadual denegou a ordem pleiteada, com fundamento no princípio da vinculação ao instrumento convocatório, nos termos da seguinte fundamentação (e-STJ fls. 353/355):

No caso, as concorrências n. 018/10 e n. 024/10 objetivam a contratação de empresa para execução das obras e serviços de implantação e melhorias do sistema de drenagem urbana do bairro Jardim Camburi, e a implantação de galeria de águas pluviais Bacia Cândido Portinari na Rua José Cassiano e Manoel Pinheiro, em Vitória.

À evidência, tratando-se de obras de grande expressão econômica e responsabilidade técnica, legitima-se a exigência inserida no item 3.6.1.3 a dos Editais Convocatórios, pois a contratação de empresa em recuperação judicial, ou seja, que atravessa graves dificuldades econômico-financeiras, poderá colocar em risco o cumprimento das obrigações.

(...)

Para finalizar, ressalte-se que não merece prosperar a alegação de que o inciso II do art. 31 da Lei de Licitações não abarca os casos de recuperação judicial, pois tal instituto, assim como a antiga concordata, tem por fim conceder benefícios àquelas empresas que, embora não estejam formalmente falidas, atravessam graves dificuldades econômicas, colocando em risco o empreendimento empresarial.

Ademais, não há que se falar em derrogação tácita do referido dispositivo pelo inciso II do art. 52 da Lei 11.101/05, na medida em que tal matéria não restou especificamente regulamentada pela norma posterior, sendo legal a exigência da certidão negativa de pedido de falência, concordata ou recuperação judicial.

A controvérsia gira em torno da possibilidade de empresa em recuperação judicial participar de licitações, ante a exigência de apresentação de certidão negativa, nos termos do art. 31, II, da Lei n. 8.666/1993, *in verbis*:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

(...)

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

Como pontuado no julgamento do AgRg na MC 23.499/RS, cujo acórdão foi relatado pelo em. Min. *Mauro Campbell Marques*, esta Corte Superior de Justiça não possui posicionamento específico quanto ao tema.

Nesse ponto, conquanto a Lei n. 11.101/2005 tenha substituído a figura da concordata pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, o art. 31 da Lei n. 8.666/1993 não teve o texto alterado para se amoldar à nova sistemática, tampouco foi derogado, conforme consignado no acórdão recorrido, daí surgindo a discussão sobre o assunto.

Há, na doutrina, quem entenda que os efeitos da concordata sobre a contratação administrativa devem ser aplicados à recuperação judicial, porquanto haveria a presunção de insolvência da empresa em crise. Desse modo, empresas em procedimento recuperatório não poderiam participar de certames públicos. Nesse sentido, é a lição de Marçal Justen Filho (*in* “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”. 16ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014; pág. 638).

Em sentido diverso, existe corrente doutrinária, à qual me alinho, no sentido de que, se a Lei de Licitações não foi alterada para substituir certidão negativa de concordata por certidão negativa de recuperação judicial, não poderia a Administração passar a exigir tal documento como condição de habilitação, haja vista a ausência de autorização legislativa (NIEBUHR, Joel de Menezes *in* “Licitação Pública e Contrato Administrativo”. 4ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2015; pág. 447). Assim, as empresas submetidas à recuperação judicial estariam dispensadas da apresentação da referida certidão.

Vale lembrar que norma restritiva, como é o caso do art. 31 da Lei n. 8.666/1993, não admite interpretação que amplie o seu sentido, de modo que, à luz do princípio da legalidade, “é vedado à Administração levar a termo interpretação extensiva ou restritiva de direitos, quando a lei assim não o dispuser de forma expressa” (AgRg no RMS 44.099/ES, Rel. Min. *Benedito Gonçalves*, Primeira Turma, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016).

Entendo, portanto, incabível a automática inabilitação de empresas em recuperação judicial unicamente pela não apresentação de certidão negativa, principalmente considerando que a Lei n. 11.101, de 09/02/2005, em seu art. 52, I, prevê a possibilidade de elas contratarem com o Poder Público, o que, em regra geral, pressupõe a participação prévia em licitação.

Ultrapassado esse ponto, há de se ter em mente que a licitação pública se norteia, entre outros princípios, pelo da indisponibilidade do interesse público,

segundo o qual a Administração Pública deve sempre zelar pelos interesses da coletividade, dos quais não pode dispor em detrimento de interesses privados.

Também não se deve olvidar a exigência contida no art. 27, III, da Lei n. 8.666/1993 de demonstração da qualificação econômico-financeira como condicionante para a participação no certame.

De outro lado, o escopo primordial da Lei n. 11.101/2005, nos termos do art. 47, 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, a sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Diferentemente da concordata, cujo objetivo precípua era o de assegurar a proteção dos credores e a recuperação de seus créditos, a nova lei falimentar busca a proteção da empresa que se encontre em dificuldades econômicas.

Como bem observa Celso Marcelo de Oliveira, “a preocupação com o papel social que a empresa exerce na sociedade é a base que justifica todos os esforços no sentido de dar à empresa uma oportunidade de recuperação” (*in* “Comentários à nova Lei de Falências”. São Paulo: Ed. IOB Thomson, 2005; pág. 224).

A interpretação sistemática dos dispositivos das Leis n. 8.666/1993 e n. 11.101/2005 leva à conclusão de que é possível uma ponderação equilibrada entre os princípios nelas imbuídos, pois a preservação da empresa, a sua função social e o estímulo à atividade econômica atendem também, em última análise, ao interesse da coletividade, uma vez que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores.

Com efeito, penso que negar à pessoa jurídica em crise econômico-financeira o direito de participar de licitações públicas, única e exclusivamente pela ausência de entrega da certidão negativa de recuperação judicial, vai de encontro ao sentido atribuído pelo legislador ao instituto recuperacional.

É necessário que se adotem providências a fim de avaliar se a empresa recuperanda participante do certame, caso seja vencedora, tem condições de suportar os custos da execução do contrato. Significa dizer, é preciso aferir se a empresa sujeita ao regime da Lei n. 11.101/2005 possui aptidão econômica e financeira.

Daí se infere que a dispensa de apresentação de certidão negativa não exime a empresa em recuperação judicial de comprovar a sua capacidade econômica para poder participar da licitação.

Sobre o tema, a Advocacia Geral da União já se manifestou em sentido favorável à participação, por meio do Parecer n. 45/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, no qual ponderou que as fases do processamento da recuperação judicial ocasionam situações processuais distintas: na fase postulatória, a empresa faz o pedido ao juízo falimentar, que pode deferir-lo ou não; já na fase deliberativa, o juiz defere a recuperação judicial, após a aprovação do plano submetido à assembleia geral de credores, ou ausência de objeção a ele.

Na primeira fase, a empresa requerente confessa seu estado de insolvência sem, contudo, comprovar a aptidão econômico-financeira, a qual apenas se dará com a aprovação e a homologação do plano de recuperação, nos termos do art. 58 da Lei n. 11.101/2005.

Assim, como bem pontuou a AGU em seu respeitável parecer, a apresentação de certidão positiva de recuperação não implica a imediata inabilitação, cabendo ao pregoeiro ou à comissão de licitação diligenciar a fim de avaliar a real situação de capacidade econômico-financeira da empresa licitante.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, embora não esteja consolidada, vem se orientando no sentido de viabilizar procedimentos que auxiliem a pessoa jurídica em processo de recuperação judicial, conforme decidido no já mencionado AgRg na MC 23.499/RS, assim ementado:

Agravo regimental em medida cautelar. Liminar deferida para conferir efeito suspensivo ao recurso especial admitido. Licitações e contratos. Necessidade de empresa em recuperação judicial apresentar certidão prevista no art. 31, II, da Lei 8.666/93. Questão inédita. Atividade empresarial. Renda totalmente obtida por contratos com entes públicos. *Periculum in mora* inverso evidenciado. Questão inédita. Inexistência dos requisitos ensejadores do deferimento da medida. Agravo regimental provido. Liminar cassada. Extinção da medida cautelar sem julgamento de mérito.

1. A jurisprudência pacífica desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a concessão de provimento liminar em medidas cautelares reclama a satisfação cumulativa dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. O primeiro consubstancia-se no fato de o direito alegado no recurso ser plausível e encontrar amparo em entendimentos deste Superior Tribunal e o segundo remonta-se à possibilidade de perecimento do direito caso a medida não seja deferida.

2. O Tribunal de origem exarou decisão no sentido de permitir que a agravante, pessoa jurídica em recuperação judicial, continuasse a participar de licitações públicas, “sem apresentação da certidão negativa de recuperação judicial” salientando, para tanto, que essa “possui todas as certidões negativas ínsitas no art. 31 da Lei n. 8.666/93, sendo certo que, por estar em recuperação judicial, não

seria capaz de apresentar apenas a certidão negativa de falência ou concordata.”

3. Quanto ao *fumus boni iuris* - possibilidade de empresa em recuperação judicial ser dispensada de apresentação da certidão ínsita no inciso II, do art. 31, da Lei n. 8.666/93, considerando os fins do instituto elencados no art. 47 da Lei n. 11.101/2005 - para fins de participação em certames, verifica-se que esta Corte Superior de Justiça não possui posicionamento específico quanto ao tema.

4. Nos feitos que contam como parte pessoas jurídicas em processo de recuperação judicial, a jurisprudência do STJ tem-se orientado no sentido de se viabilizar procedimentos aptos a auxiliar a empresa nessa fase. A propósito, cita-se o REsp 1.187.404/MT - feito no qual foi relativizada a obrigatoriedade de apresentação de documentos, por parte de empresas sujeitas à Lei n. 11.101/2005, para fins obtenção de parcelamento tributário. Restou consignado que: “em uma exegese teleológica da nova Lei de Falências, visando conferir operacionalidade à recuperação judicial, é desnecessário comprovação de regularidade tributária, nos termos do art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e do art. 191-A do CTN, diante da inexistência de lei específica a disciplinar o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária de empresas em recuperação judicial. (REsp 1.187.404/MT, Rel. Ministro **Luis Felipe Salomão**.)

5. O fato de o pleito deduzido no especial não encontrar amparo em qualquer precedente desta Corte, somando à tese adotada, em situações similares, no sentido de relativizar as exigências documentais, previstas em lei, para que empresas em recuperação judicial possam lograr êxito em seu plano recuperatório, afastam, da espécie, o *fumus boni iuris*.

6. Não resta evidenciada a alegação de ser o provimento assegurado pela instância *a quo* genérico com efeito *erga omnes*. O Tribunal *a quo* não autorizou a recorrida a participar sumariamente de toda e qualquer licitação sem apresentação de quaisquer documentos previstos na lei de regência. Afastou a apresentação de uma certidão: a certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica.

7. O *periculum in mora* não foi demonstrado, pois o agravado não foi capaz de demonstrar o perecimento de seu direito. Aliás, ao contrário, visualiza-se na espécie, possível ocorrência de *periculum in mora* inverso, pois, tendo a agravante focado sua atividade empresarial em contratos com os entes públicos, constituindo-se em 100% de sua fonte de receitas, a subsistência da liminar em tela poderá comprometer a sua existência.

8. Agravo regimental provido, cassando a liminar anteriormente deferida e julgando extinta, sem julgamento de mérito, a presente Medida Cautelar.

(AgRg na MC 23.499/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18/12/2014, DJe 19/12/2014) (Grifos acrescidos).

Dessa forma, seguindo a tendência do que vem sendo decidido por esta Corte, concluo que a exigência de apresentação de certidão negativa de

recuperação judicial deve ser relativizada a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar do certame, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua capacidade econômica.

Por fim, considerando o decurso do tempo, observo que caberá ao juízo da execução verificar o andamento do procedimento licitatório para dar efetividade ao provimento jurisdicional ora reconhecido.

Ante o exposto, com base no art. 253, parágrafo único, II, “c”, do RISTJ, *conheço* do agravo e *dou provimento* ao recurso especial para reconhecer o direito de a empresa recuperanda participar do certame, afastando a obrigatoriedade de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial como condição para sua habilitação.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.492.832-DF (2012/0088932-1)

Relator: Ministro Gurgel de Faria

Recorrente: Manufatura de Brinquedos Estrela S/A

Advogados: Marcus Vinicius Vita Ferreira - DF019214

Arnoldo Wald Filho e outro(s) - DF001496A

José Arnaldo da Fonseca - DF000303

Advogada: Jackeline Couto Canhedo - DF033135

Recorrido: União

EMENTA

Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Imposto de Importação. Alteração de alíquotas. Divergência jurisprudencial. Demonstração. Ausência. Indústria nacional. Impacto econômico-financeiro. Risco da atividade. Direito à manutenção do *status quo ante*. Inexistência.

1. É inviável o conhecimento do recurso especial pela alínea “c” do permissivo constitucional quando a divergência não é demonstrada nos termos exigidos pela legislação de regência.

2. Não se verifica o dever do Estado de indenizar eventuais prejuízos financeiros do setor privado decorrentes da alteração de política econômico-tributária, no caso de o ente público não ter se comprometido, formal e previamente, por meio de determinado planejamento específico.

3. Com finalidade extrafiscal, a Portaria MF n. 492, de 14 de setembro de 1994, ao diminuir para 20% a alíquota do imposto de importação para os produtos nela relacionados, fê-lo em conformidade com o art. 3º da Lei n. 3.244/1957 e com o DL n. 2.162/1984, razão pela qual não há falar em quebra do princípio da confiança.

4. O impacto econômico-financeiro sobre a produção e a comercialização de mercadorias pelas sociedades empresárias causado pela alteração da alíquota de tributos decorre do risco da atividade próprio da álea econômica de cada ramo produtivo.

5. Inexistência de direito subjetivo da recorrente, quanto à manutenção da alíquota do imposto de importação (*status quo ante*), apto a ensejar o dever de indenizar.

6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Benedito Gonçalves, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Sérgio Kukina, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves (voto-vista) e Regina Helena Costa (voto-vista) (por outros fundamentos) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de setembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Gurgel de Faria, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Trata-se de recurso especial interposto por *Manufatura de Brinquedos Estrela S.A.* contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, cuja ementa é a seguinte (e-STJ fl. 445):

Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Redução de alíquota do imposto de importação. Alegação de prejuízo anormal e especial nos anos de 1995 e 1996. Ausência, todavia, de direito subjetivo à permanência de determinada política econômica.

1. A possibilidade de alteração da alíquota do imposto de importação por ato do poder público, nos termos do art. 153, § 1º, da Constituição, sendo instrumento de política econômica, não gera direito a indenização por se caracterizar como ato legislativo, com efeito geral e abstrato.

2. É inerente à política econômica a possibilidade de alteração para atender a circunstâncias internas e externas assim como é inerente ao risco empresarial a necessidade de adaptação a tais mudanças. Não há direito subjetivo à manutenção de determinada política econômica, desde que estabelecida genericamente e sem compromisso de sua permanência por determinado prazo.

3. Não havendo afronta ao princípio da boa-fé ou quebra de confiança a legitimar a expectativa sólida no sentido de manutenção das alíquotas do imposto de importação, não se configura responsabilidade civil do Estado pelos prejuízos resultantes da queda dos níveis de venda dos produtos nacionais.

4. Embargos infringentes improvidos.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados sem acréscimo à fundamentação do acórdão embargado (e-STJ fls. 458/461).

A recorrente alega a ocorrência de divergência jurisprudencial – no que se refere ao direito de produção de prova pericial, quando requerido na inicial, antes do julgamento de mérito – e violação dos arts. 535 do CPC/1973 e 43 do Código Civil, por entender que a edição da Portaria n. 492/1994, do Ministério da Fazenda, que alterou a alíquota do imposto de importação de brinquedos, porque lhe causou prejuízos financeiros, gera o dever de indenizar por parte da União.

Sustenta, ainda, que a referida portaria é ato administrativo individual plúrimo e que sua regular eficácia produziu efeitos negativos concretos na indústria de brinquedos, como reconhecido na Portaria Interministerial MICT/MF n. 21/1996, de tal sorte que, ainda que lícita tal norma, deve a União indenizar os danos ocasionados pela redução da alíquota do imposto de importação.

Aduz, ainda, que (e-STJ fls. 467 *et seq*):

[...] a responsabilidade civil objetiva, inculpada no art. 43 do Código Civil, independe da constitucionalidade ou inconstitucionalidade, da legalidade ou ilegalidade do ato impugnado, bastando que haja o dano e o nexo causal. No caso dos autos, ambas as circunstâncias foram reconhecidas pela União e pelo Judiciário, havendo-se apenas a necessidade de se reconhecer o óbvio: a Portaria n. 492 do Ministério da Fazenda é um ato individual e plúrimo, pois arrola sujeitos específicos, não podendo nunca se convolar em um ato com eficácia geral e abstrata.

[...]

66. - Como se depreende do presente recurso, nunca foi objeto de discussão a possibilidade, ou não, de alteração da política econômica por parte do Estado, mas sim o dever de indenizar decorrente de ato específico que, mesmo que lícito, rompe com o princípio da igualdade e gera danos, já incontroversamente reconhecidos a terceiros, ferindo o artigo 43 do Código Civil.

Contrarrrazões apresentadas pela *União Federal*, nas quais pede, preliminarmente, o não conhecimento do recurso e, no mérito, seu desprovimento (e-STJ fls. 545/565).

Embora, inicialmente, o especial tenha sido inadmitido ao fundamento de que seria necessário o reexame de provas para a análise da pretensão recursal (e-STJ fls. 587/588), a Desembargadora Federal Marga Tessler, convocada do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, reconsiderando decisão do em. Min. Francisco Falcão (e-STJ fls. 656/650), determinou o julgamento colegiado do feito (e-STJ fl. 676).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria (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).

Isso considerado, importa mencionar, desde logo, que *não é viável o conhecimento do recurso especial pela alínea “c” do permissivo constitucional,*

porquanto a parte recorrente não indica qual dispositivo legal que estaria sendo objeto de divergência.

Há muito é pacífico, no âmbito desta Corte Superior, o entendimento pelo não conhecimento do recurso especial quando a divergência não é demonstrada nos termos exigidos pela legislação de regência. A respeito, confirmam-se: AgRg no REsp 1.465.080/SC, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 10/02/2016; AgRg no AgRg no AREsp 374.102/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 31/10/2014; REsp 1.406.222/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/03/2014.

“A admissibilidade do recurso especial exige a clara indicação dos dispositivos supostamente violados, bem como em que medida teria o acórdão recorrido afrontado cada um dos artigos atacados ou a eles dado interpretação divergente da adotada por outro tribunal” (REsp 1.114.407/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 18/12/2009).

Nesse mesmo sentido:

Processo Civil e Administrativo. Embargos de divergência. Divergência notória. Não demonstração. Fundamento suficiente para manter o acórdão recorrido. Ausência de impugnação.

1. Três foram os motivos para o não conhecimento do recurso especial interposto pela alínea “c” do permissivo constitucional: a) inexistência de dissídio notório em torno do *quantum* indenizatório fixado em razão dos danos morais; b) simples transcrição de ementas não serve para comprovar divergência; c) não indicação do dispositivo legal para configuração do dissídio jurisprudencial.

2. Para demonstração da existência de similitude das questões de direito examinadas nos acórdãos confrontados, é imprescindível a indicação do dispositivo de lei tido por violado quer recurso tenha sido interposto pela alínea “a” ou pela “c” do permissivo constitucional. “Sem a expressa indicação do dispositivo de lei federal nas razões do recurso especial, a admissão deste pela alínea “c” do permissivo constitucional importará na aplicação, nesta Instância Especial, sem a necessária mitigação, dos princípios *jura novit curia* e da *mihi factum dabo tibi ius*, impondo aos em. Ministros deste Eg. Tribunal o ônus de, em primeiro lugar, de ofício, identificarem na petição recursal o dispositivo de lei federal acerca do qual supostamente houve divergência jurisprudencial.” (AgRg no REsp 1.346.588/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Corte Especial, julgado em 18/12/2013, DJe 17/03/2014.).

3. Ademais, é firme a orientação no sentido de que “a existência de fundamento não impugnado suficiente para manter o acórdão recorrido implica o reconhecimento da ausência de utilidade dos embargos de divergência” (AgRg

nos EREsp 1.151.603/DF, Rel. Ministro *Og Fernandes, Corte Especial*, julgado em 19/11/2014, DJe 11/12/2014).

Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EAREsp 75.689/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 17/06/2015, DJe 04/08/2015).

Ademais, quanto à alegada divergência, ainda que possível fosse relevar esse óbice, o especial não poderia ser conhecido em razão do que enuncia a Súmula 7 do STJ, tendo em vista que, no voto condutor do acórdão que negou provimento ao agravo retido, decidiu-se pela desnecessidade da realização da prova pericial porque “a aferição do alegado prejuízo pode ser feita mediante a prova documental juntada aos autos, ficando a realização da prova pericial para a apuração do *quantum debeatur*, no caso de condenação” (e-STJ fl. 322).

Sobre a incidência da Súmula 7 deste Tribunal, *vide*: REsp 1.671.550/RS, Rel. Ministro *Herman Benjamin, Segunda Turma*, julgado em 27/06/2017, DJe 30/06/2017; AgRg no AREsp 610.262/RJ, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves, Primeira Turma*, DJe 05/03/2015; AgRg no AREsp 485.540/RS, Rel. Ministro *Sérgio Kukina, Primeira Turma*, DJe 15/08/2014.

Quanto à alínea “a” do permissivo constitucional, necessário observar, previamente, o que está consignado no voto condutor do acórdão recorrido (e-STJ fls. 436 e seguintes):

A Embargante ingressou com ação de indenização por danos materiais em face da União alegando que sofreu prejuízos com a implementação da Portaria n. 492, de 14 de setembro de 1994, do Ministério da Fazenda, que reduziu as alíquotas do Imposto de importação de uma série de produtos, entre os quais os brinquedos em geral. Alega que a partir edição da Portaria as empresas nacionais foram massacradas por importação selvagem de brinquedos baratos e de má qualidade, especialmente da China e de outros Países da Ásia, daí resultando que as empresas brasileiras fabricantes de brinquedos sofreram pesados prejuízos, situação que se agravou com a sobrevalorização da moeda nacional em face do dólar.

Sustenta que o dano foi causado pela política de redução tarifária, o que foi constatado pelo Poder Público que reconheceu a existência dos prejuízos e determinou fossem adotadas salvaguardas a partir de 19 de dezembro de 1996.

O requerimento de perícia foi indeferido, tendo sido interposto agravo retido (fls. 186/193).

Na sentença de fls. 172 o pedido foi acolhido tendo a União sido condenada a “indenizar a Autora pelas perdas e danos por ela sofridos a partir da

implementação da Portaria n. 492 do Ministério da Fazenda, de 14 de setembro de 1994, a serem apurados em regular liquidação de sentença, acrescido de juros moratórios, nos termos da Súmula n. 54 do STJ, e correção monetária, a partir do efetivo prejuízo” (fls. 199/206).

Interposta apelação pela União foi suscitada prejudicial de prescrição sob fundamento de que a redução das tarifas foi fixada na verdade pela Portaria MEFP n. 58, de 31 de janeiro de 1991, para produzir efeitos a partir de 1994. Sustenta que as reduções tarifárias tiveram o objetivo de adequar o modelo de desenvolvimento econômico nacional ao princípio da livre concorrência, nos termos do art. 170 da Constituição, e que a Portaria n. 492/94 teve vigência apenas no período de 15 de setembro a 31 de dezembro de 1994, pelo que se conclui que não há nexo causal entre o prejuízo alegado e a redução tarifária. Sustenta, ainda, que a responsabilidade civil decorrente de atos legislativos somente pode ser admitida mediante a comprovação de culpa manifesta pela sua expedição de maneira lesiva e ilegítima.

A Sexta Turma, por maioria, negou provimento ao agravo retido e deu provimento à apelação e à remessa oficial. Prevaleceu o voto proferido pelo ilustre Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro entendendo que embora a questão não seja exclusivamente de direito, a aferição do prejuízo pode ser feita pela prova documental juntada aos autos, sendo a prova pericial necessária para a apuração do *quantum debeat*, no caso de condenação.

Prosseguindo, afastou a prejudicial de prescrição. No mérito propriamente dito, considerou o ilustre Relator que, “no caso, o ato que, segundo a autora-apelada, teria causado o prejuízo reclamado, é a Portaria n. 492, de 14 de setembro de 1994, do Ministério da Fazenda, que reduziu para 20% (vinte por cento) a alíquota do imposto de importação de diversos produtos, entre os quais brinquedos. Essa Portaria, apesar de consubstanciar, materialmente, ato administrativo, tem natureza legislativa, pelo seu caráter normativo e por sua eficácia abstrata e geral”. Citou, entre outras, a lição de Hely Lopes Meirelles, segundo a qual, “para os atos administrativos, já vimos que a regra constitucional é a responsabilidade objetiva da Administração. Mas quanto aos atos legislativos e judiciais, a Fazenda Pública só responde mediante comprovação de culpa manifesta na sua expedição, de maneira ilegítima e lesiva. Essa distinção resulta do próprio texto constitucional, que só se refere aos agentes administrativos (servidores), sem aludir aos agentes políticos (parlamentares e magistrados), que não são servidores da Administração Pública, mas sim membros de Poderes de Estado”. Ressaltou que: a) “a autora, ora apelada, postula indenização, em decorrência de alteração da política tarifária, cuja abrangência é geral, não alcançando, apenas, determinada pessoa ou grupo de pessoas”; b) a Portaria n. 492 “atingiu um vasto espectro de atividades, e não apenas o setor de brinquedos, a embasar o pedido indenizatório que, como visto, somente se justificaria se configurada a hipótese de ato normativo de efeito concreto”; c) não é relevante “a circunstância de haver o Governo Federal, por meio da Portaria Interministerial n. 21, de 19 de dezembro de 1996, estabelecido

salvaguardas para o setor da indústria de brinquedos, com a majoração de alíquotas de importação, pelo reconhecimento da ocorrência de prejuízos, já que ditas salvaguardas visam, exatamente, à recuperação da atividade atingida pela diminuição das alíquotas do imposto de importação”; d) “para a configuração da obrigação de indenizar, exige a jurisprudência a ocorrência de um dano especial e extraordinário, que seja suportado pelo terceiro, o que, no caso, não restou demonstrado”.

Foi acompanhado pela Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, à consideração de que “a responsabilidade civil objetiva do Estado por ato lícito – no caso, sem dúvida, é um ato lícito, porque a União agiu dentro do seu poder constitucional e legal de alterar as alíquotas de importação – só deve existir caso esse ato cause um prejuízo concreto, determinado, específico e anormal, sofrido por uma determinada pessoa ou grupo de pessoas em benefício da coletividade”. Argumentou, especialmente, que “qualquer aumento ou diminuição de alíquota vai necessariamente causar vantagens para um lado da economia e desvantagens para o outro lado da economia. Isso deve ser medido, aferido, estudado, decidido pelos órgãos técnicos do Poder Executivo, não havendo, a meu ver, respaldo constitucional e legal para o Poder Judiciário arbitrar valores de alíquotas, sob pena de sempre haver uma indenização para um lado ou para o outro dos interessados afetados. Seria impossível, a meu ver, administrar a política de comércio exterior se se pudesse praticamente alegar um direito adquirido à alíquota anterior, sob pena de prejuízo no caso das empresas fabricantes ou de empresas nacionais importadoras”.

Divergiu o Desembargador Federal Souza Prudente, entendendo que deve ser dado provimento ao agravo retido uma vez que a questão é predominantemente fática a reclamar a produção de perícia contábil para definição do efetivo prejuízo e de sua relação de causalidade com a ingerência do Estado no setor. No mérito, sustentou o ilustre Desembargador que: a) segundo lição de Maria Zanella Di pietro, o Estado deve responder por danos causados por leis ou atos gerais que atinjam pessoas determinadas, mesmo que se trate de normas constitucionais; b) “o próprio Governo, em face da vigência da Portaria n. 492/94, admitiu a ocorrência de gravame a um certo grupo de pessoas rompendo-se, assim, o princípio da igualdade de todos perante os ônus e encargos sociais”; c) pouco importa a licitude ou ilicitude do ato que causou os prejuízos; d) afigura-se irrelevante que no período de 1995 a 1996 não vigorava mais a Portaria n. 492/94 e sim a Tarifa Externa Comum do Mercosul uma vez que foram comprovados os prejuízos e o nexos de causalidade; e) a indenização deve compreender os danos emergentes e os lucros cessantes, estes fixados tendo em vista os fatores objetivos e elementos concretos constantes dos autos.

[...]

O voto vencedor bem demonstrou que a doutrina e a jurisprudência são firmes no sentido de que, *cuidando-se de ato de caráter legislativo, a responsabilidade pela*

indenização somente se configura mediante a comprovação de culpa manifesta em sua expedição, de maneira ilegítima e lesiva, com produção de dano especial e extraordinário ao particular.

Estabelece a Constituição no art. 153, § 1º, que é facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos ali indicados, entre eles o de importação. Afasta-se o princípio da legalidade estrita e da anterioridade tributária em vista de um valor maior que é o de permitir a regulamentação do comércio exterior, como instrumento de política econômica. Reconhece-se que Poder Executivo necessita de instrumento ágil para isso. Embora não se possa dizer que seja ato político, *não há negar que a alteração de alíquotas, no caso, como ato de política econômica, envolve discricionariedade no mais alto grau, posto que a possibilidade foi autorizada na própria Constituição.*

No atual estágio de desenvolvimento do modelo capitalista, é inerente à política econômica a possibilidade de mudanças para adaptação às circunstâncias internas e externas ou mesmo para interferir nelas, assim como é inerente ao risco empresarial a necessidade de adaptação a tais mudanças.

Certamente que não há direito subjetivo à manutenção de determinada política econômica, desde que estabelecida genericamente e sem compromisso, ao menos tácito, de sua permanência por determinado prazo. O direito das empresas, na espécie, é apenas de participação democrática na formulação da política. Implementado e executado que seja certo plano governamental, não há, em princípio, direito a indenização por eventuais prejuízos que tenha causado a determinada empresa ou a determinado setor. Nem haveria como isolar período específico para calcular prejuízos, uma vez que podem ser compensados por resultados de políticas em sentido contrário, em outros tempos.

Em relação ao direito à indenização por atos de planejamento do Poder Público, a doutrina encaminha-se no sentido de que só surge a responsabilidade quando há promessa firme do Estado de manutenção de determinada política, causadora, por isso, de expectativas sólidas. Da matéria tratou com percuciência o Prof. Almiro do Couto e Silva, em artigo intitulado "Responsabilidade do Estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento" (Revista de Direito Público, São Paulo, n. 63, jul-set/1982, p. 29-36). Argumenta o autor que se compreende "que ao Poder Público seja dado, a qualquer momento modificar seus planos. A relação que se estabelece entre o Estado e o particular, em razão da lei que aprovou plano econômico, não é de natureza contratual. Não tem, portanto, o particular, direito subjetivo público a exigir do Estado mantenha o plano. Assim a eventual alteração que sobrevier não encontrará barreira no princípio constitucional que impede tenha a lei efeito retroativo, pela razão fácil de que inexistente, em tais hipóteses, como se disse, direito adquirido".

Reconhece o autor que a obrigação de indenizar pode surgir quando a modificação causa prejuízo aos particulares e desmente promessas firmemente feitas pelo Poder Público. Acrescenta que *"a frustração de expectativas*

é, pois, algo ineliminável na atividade estatal. Há situações, contudo, em que o Estado incentiva de forma tão nítida e positiva os indivíduos a um determinado comportamento, mediante promessas concretas de vantagens e benefícios, que a violação dessas promessas implica infringência ao princípio da boa fé, cabendo ao Estado indenizar os danos decorrentes da confiança. Por certo isso não acontece nos planos meramente informativos, nos quais o Poder Público simplesmente coleta dados ou faz prognósticos e projeções, cabendo ao particular assumir os riscos pela adoção de alguns dos caminhos antevistos pelo plano, mas sim naqueles de caráter incitativo, em cuja implantação ou execução o Estado se compromete firmemente a propiciar benefícios de qualquer natureza, inclusive de índole fiscal. (...) Decisivo para concluir-se se os atos do Estado geram mera expectativa ou se deram causa a direito subjetivo é saber se as promessas foram realmente firmes, precisas e concretas (...) Cuidando-se de aplicação de princípio genérico, como é o da boa fé, que não comporta incidência imediata, não é possível ultrapassar, como diretriz para sua realização concreta, os limites estabelecidos pelos requisitos ainda muito abstratos de que a responsabilidade do Estado só surge em razão de promessas firmes e feitas de forma clara e precisa pelo Estado".

O princípio da confiança legítima vem consagrado no direito alemão e baseia-se no critério das esperanças fundadas em promessas firmes feitas pelo Estado, as quais devem ser respeitadas mesmo que ainda não constituam direito subjetivo ou adquirido ou, caso não o sejam, devem ser reparadas as conseqüências, anormais e especiais, de sua abrupta frustração.

No caso, houve simples alteração da política de comércio exterior desenvolvida pelo Poder Executivo que, dentro de fenômeno denominado "globalização", resultou em levantamento de barreiras alfandegárias no Brasil, como em quase todo o mundo. Se na década de 1980 o País experimentou forte tendência protecionista em relação à política industrial e comercial, o certo é que o fenômeno da abertura ao comércio exterior já estava sendo discutido em todo o mundo e no Brasil, no final da década, constituiu praticamente programa do novo governo eleito após a abertura política. Não havia assim, promessa alguma em relação à manutenção das políticas protecionistas. Ao contrário, todo o cenário mostrava que havia mudanças a caminho.

No caso, como se vê da defesa da União, a abertura do comércio exterior se iniciou ainda em 1991, com a Portaria n. 58/91, que estabeleceu prazo para a produção de efeitos a partir de 1994 (fls.). A redução das alíquotas, aliás, não alcançou somente os brinquedos, abrangendo também vários outros produtos. O ato ganhou, assim, foros de generalidade.

Se alguns setores ou empresas foram mais severamente atingidos pelo ato, isso se deve a inúmeros fatores, não necessariamente relacionados com a atuação do Poder Público.

A atuação no cenário econômico exige, sem dúvida, agilidade empresarial para adequação aos novos desafios, não sendo por outro motivo que as empresas

mais modernas realizam grandes investimentos em planejamento a longo prazo. Se o cenário era de mudança para a abertura do comércio exterior, a empresa que não tivesse realizado planejamento adequado para se adaptar ao novo modelo e para alcançar novos mercados não poderia realmente pretender manter seus níveis de vendas.

Assim, não se pode dizer que o Poder Público tenha rompido promessa firme no sentido de manter o sistema protecionista. Nem se pode dizer também que a Embargante tenha sido surpreendida com a abertura do comércio exterior mediante redução das alíquotas do imposto de importação. Em síntese, não houve afronta ao princípio da boa-fé ou quebra de confiança a legitimar a indenização pelos eventuais prejuízos suportados pelas empresas pelo que não se configura responsabilidade civil do Estado pelos prejuízos resultantes da queda dos níveis de venda dos produtos nacionais.

A todo momento, como bem destacou a Desembargadora Maria Isabel Gallotti Rodrigues, as necessidades da condução da política econômica recomendarão a adoção de medidas pelo Poder Executivo. Elevam-se as taxas de juros. Modificam-se as regras de câmbio. Elevam-se as alíquotas dos impostos e das contribuições. Revogam-se isenções. Tudo isso pode ocasionar prejuízo para os particulares.

Esses são os riscos da atividade empresarial.

A sociedade não se comprometeu, pelo pacto constituinte, a indenizar prejuízos decorrentes de decisões genéricas adotadas na condução da política econômica. O Poder Público não é segurador universal.

O fato de ter sido admitida a existência de prejuízos em relação à indústria de brinquedos, com a necessidade de se adotar salvaguardas, também não deve impressionar já que o que se reconheceu foi somente a necessidade de alteração na política de abertura da economia uma vez que as empresas não conseguiram acompanhar as mudanças. Em nenhum momento, entretanto, admitiu-se a responsabilidade pela reparação desses prejuízos.

Acrescento estas ligeiras considerações ao voto do ilustre Relator da apelação, seguido pelo voto-vogal da Desembargadora Maria Isabel Gallotti Rodrigues, de modo que nego provimento aos embargos infringentes. (Grifos acrescidos).

Considerado o teor da fundamentação supra e do art. 43 do Código Civil (“as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”), verifica-se que *a matéria está prequestionada e que não há necessidade de reexame de fatos e provas para o julgamento do recurso, na medida em que a pretensão, nesse momento, limita-se à declaração do direito à indenização, ficando o cálculo do quantum debeatur para a fase de liquidação, como decidido no agravo retido pelo TRF1.*

De consequência, porque a tese de violação do art. 535 do CPC/1973 é arguida, subsidiariamente, para a eventualidade de decisão pela ausência de prequestionamento, fica prejudicado o recurso, quanto ao ponto.

No que se refere ao direito à indenização em razão de prejuízos ocasionados pela alteração da alíquota de tributo, a pretensão não pode prosperar.

O art. 37, § 6º, da Constituição Federal impõe:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Em sintonia com a norma constitucional, o art. 43 do Código Civil estabelece:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Não há, pois, controvérsia sobre o dever do Estado de indenizar na hipótese de seus atos ocasionarem prejuízos. É a responsabilidade objetiva decorrente do risco administrativo.

Todavia, não se verifica o dever do Estado de indenizar eventuais prejuízos financeiros do setor privado decorrentes da alteração de política econômico-tributária, no caso de o ente público não ter se comprometido, formal e previamente, por meio de planejamento específico.

Como se sabe, a alteração de alíquotas de tributos é decisão política condicionada aos requisitos constitucionais e a finalidade desse ato estatal é variável, conforme o interesse perseguido pelo Estado em determinado momento.

No campo doutrinário, a em. Ministra Regina Helena Costa leciona (*in* Curso de Direito Tributário: Constituição e Código de Direito Tributário Nacional – 2ª Edição – São Paulo: Saraiva, 2012):

[...] a fiscalidade traduz a exigência de tributos com o objetivo de abastecimento dos cofres públicos, sem que outros interesses interfiram no direcionamento da atividade impositiva. Significa olhar para o tributo, simplesmente, como ferramenta de arrecadação, maio de geração de receita. É a noção mais corrente quando se pensa em tributação.

A extrafiscalidade, por sua vez, consiste no emprego de instrumentos tributários para o atingimento de finalidades não arrecadatórias, mas, sim, incentivadoras ou inibitórias de comportamentos, com vista à realização de outros valores, constitucionalmente contemplados.

O conteúdo potencial da extrafiscalidade é extremamente amplo, por quanto a Constituição da República contempla um número muito grande de valores e objetivos a que subordina o estado brasileiro (ex.: arts. 1º, 3º, 170, 193, 194, 196, 201, 205, 215 etc.)

Outrossim, vários instrumentos podem ser empregados para imprimir caráter extrafiscal a determinado tributo, tais com as técnicas de progressividade e de regressividade, a seletividade de alíquotas e a concessão de isenção e de outros incentivos fiscais.

A extrafiscalidade aproxima-se da noção de poder de polícia ou de polícia administrativa, conceituada como a atividade estatal consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse coletivo, e que repousa no princípio da supremacia do interesse coletivo sobre o individual, visando impedir a adoção de condutas individuais contrastantes com o interesse público. Assim, tanto a polícia administrativa quanto a extrafiscalidade, por meio de instrumentos distintos, definidos em lei, buscam moldar as condutas particulares, para que se afinem aos objetivos do interesse público.

A atividade tributante, assim, revela, simultaneamente, os aspectos fiscais e extrafiscais, podendo vislumbrar-se, em cada imposição fiscal, a predominância de um ou outro. (Grifos acrescidos).

Nitidamente com finalidade extrafiscal, a Portaria MF n. 492, de 14 de setembro de 1994, alterou para *vinte por cento* a alíquota do imposto de importação para os produtos nela relacionados, expondo sua motivação: “os níveis tarifários dos produtos relacionados eram inadequados ao cumprimento dos objetivos da Tarifa Aduaneira do Brasil”.

E a alteração encontra respaldo na Lei n. 3.244/1957, a qual, no que interessa, dispõe:

Art. 2º - O Imposto sobre a Importação será cobrado na forma estabelecida por esta Lei e pela Tarifa Aduaneira do Brasil, por meio de alíquota “ad valorem” ou específica, ou pela conjugação de ambas.

[...]

Art. 3º - Poderá ser alterada dentro dos limites máximo e mínimo do respectivo capítulo, a alíquota relativa a produto:

a) cujo nível tarifário venha a se revelar insuficiente ou excessivo ao adequado cumprimento dos objetivos da Tarifa;

- b) cuja produção interna for de interesse fundamental estimular;
- c) que haja obtido registro de similar;
- d) de país que dificultar a exportação brasileira para seu mercado, ouvido previamente o Ministério das Relações Exteriores;
- e) de país que desvalorizar sua moeda ou conceder subsídio à exportação, de forma a frustrar os objetivos da Tarifa.

§ 1º - Nas hipóteses dos itens "a", "b" e "c" a alteração da alíquota, em cada caso, não poderá ultrapassar, para mais ou para menos, a 30% (trinta por cento) "ad valorem". (Vide Decreto-Lei n. 1.169, de 1971) (Vide Decreto-Lei n. 2.162, de 1984) (Vide Lei n. 8.085, de 1990)

§ 2º - Na ocorrência de "dumping", a alíquota poderá ser elevada até o limite capaz de neutralizá-lo.

Observe-se que a possibilidade de a União alterar a alíquota do imposto de importação, para mais ou para menos, além de exercício regular de sua competência tributária constitucional, é de conhecimento público desde 14/08/1957, data de publicação da lei no Diário Oficial da União. E, especificamente, quanto à possibilidade de redução para a alíquota de 20%, desde o DL n. 2.162/1984, publicado aos 20/09/1984.

Ora, se a ninguém é dado alegar o desconhecimento da lei, não pode o setor privado alcançado pela redução de alíquota sustentar a quebra do princípio da confiança e, com isso, pretender indenização porque o Estado Brasileiro atuou, legitimamente, na regulação do mercado, exercendo competência privativa sua.

Em tese, somente nos casos em que o Estado se compromete, por ato formal, a incentivar, no campo fiscal, determinado ramo do setor privado, por certo período, é que se poderia invocar a quebra da confiança na modificação de política fiscal.

Embora fato alheio ao processo, não se pode ignorar que, à época da alteração da alíquota, em 1994, o Brasil utilizou-se de diversos mecanismos para a abertura do mercado ao comércio exterior.

Essa situação notoriamente trouxe dificuldades a diversas sociedades empresariais cujos parques industriais não estavam adaptados à ampla concorrência, em especial, com a dos produtos importados. Mas a falta de investimentos do setor privado não é culpa do Estado: ainda que este tenha mecanismos para incentivá-los, a implementação não é obrigatória, cabendo ao empresário a decisão.

Ou seja, o impacto econômico-financeiro sobre a produção e a comercialização de mercadorias pelas sociedades empresárias causado pela alteração da alíquota de tributos decorre do risco da atividade próprio da álea econômica de cada ramo produtivo.

De outro lado, a aplicação de medida de salvaguardas em favor da indústria doméstica não revela confissão do Estado de que sua política fiscal, por si, foi equivocada e trouxe prejuízos ao mercado. Não. Trata-se tão somente de ato de regulação e defesa do mercado que pode ser feito a qualquer momento, quando preenchidos os requisitos para tanto, não revelando, por isso, ilicitude ou abuso de direito na alteração das alíquotas do imposto de importação.

Não observo, portanto, que a alteração de alíquota do imposto de importação tenha violado algum direito subjetivo da recorrente, quanto à manutenção do *status quo ante*, apto a ensejar o dever de indenizar.

Ante o exposto, *conheço, em parte*, do recurso especial e, nessa extensão, *nego-lhe provimento*.

É como voto.

ADITAMENTO AO VOTO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Nobres colegas, após ouvir atentamente a discussão que se instaurou, na sessão do dia 10/10/2017, mormente sobre as salvaguardas implementadas pela Portaria Interministerial MICT/MF n. 21/1996, senti a necessidade de um maior esclarecimento a respeito do porquê desse ato, em meu entender, não influenciar, favoravelmente, a pretensão da recorrente.

A autora alega que a redução da alíquota do imposto de importação por meio da Portaria MF n. 492/1994 teria violado direito seu, ocasionando, em síntese, prejuízos no mercado de brinquedo nos anos de 1995 e 1996.

Entende que, independente de culpa ou ilicitude no ato, a União, à luz da teoria do risco administrativo, deve indenizá-la, por quebra do princípio da confiança e porque a redução da alíquota não observou os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Trabalha a tese de que a instituição de salvaguardas seria o reconhecimento, pelo Governo Federal, do erro cometido pela alteração da política econômica que resultou na alteração da alíquota.

Na inicial, aduz (e-STJ fls. 12):

39. Houve o *dano*. Ele foi comprovado pelos documentos ora anexados, e as próprias autoridades reconheceram a existência de prejuízo grave aos fabricantes nacionais de brinquedos, dos quais a autora é a maior de todos.

40. Houve a *atuação* da União, abaixando violentamente as tarifas de importação, num momento de câmbio sobrevalorizado.

41. Está presente o *nexo de causalidade*, evidenciado pelos fatos acima narrados, pelos documentos anexados, e pelo próprio *reconhecimento da União na Portaria Interministerial n. 21* (ainda que, na mesma, seja o nexo mitigado pelas alegações de redução da competitividade da indústria nacional, esquecendo-se as autoridades de que estas dificuldades competitivas foram criadas pela própria política econômica e cambial).

No voto disponibilizado na assentada de 10/10/2017, externei, de forma concisa, que não se verifica o dever do Estado de indenizar eventuais prejuízos financeiros do setor privado decorrentes da alteração de política econômico-tributária, no caso de o ente público não ter se comprometido, formal e previamente, por meio de determinado planejamento específico, pois a alteração de alíquotas de tributos é decisão política condicionada aos requisitos constitucionais e a finalidade desse ato estatal é variável, conforme o interesse perseguido pelo Estado em determinado momento.

Assim, consignei que a Portaria MF n. 492/1994, por meio da qual fora reduzida, com finalidade extrafiscal, a alíquota do imposto de importação *não caracterizaria violação a direito subjetivo da fabricante de brinquedos*, mormente porque não violado o princípio da confiança (já que a lei já previa a possibilidade da alteração da alíquota) e porque a instituição de salvaguardas não representaria reconhecimento ou confissão de política econômica equivocada.

A possibilidade de a União alterar a alíquota do imposto de importação, para mais ou para menos, além de *exercício regular de sua competência tributária constitucional*, é de conhecimento público desde 14/08/1957, data de publicação da lei no Diário Oficial da União. E, especificamente, quanto à possibilidade de redução para a alíquota de 20%, desde o DL n. 2.162/1984, publicado aos 20/09/1984.

Como afirmado no voto originário, não há, pois, como entender que a redução de alíquota do imposto de importação pudesse dar ensejo à indenização, pois, além de ser exercício da *competência tributária constitucional, decorrente da própria soberania* do Estado Democrático de Direito, *não implicou quebra do princípio da confiança*, pois *não existia qualquer compromisso formal* do Estado, no que se refere à manutenção de medidas protetivas às indústrias nacionais, especialmente, no caso, a de fabricação de brinquedos.

Em outras palavras, a fabricante de brinquedos *não tinha, à época, direito subjetivo* à manutenção de um determinado arcabouço fiscal, muito menos à manutenção de uma alíquota de imposto de importação no momento de abertura do Brasil ao mercado externo (opção política também decorrente da soberania do Estado).

Como se sabe, para a configuração do direito à indenização decorrente da responsabilidade civil do Estado, seja subjetiva ou objetiva, essa última no caso dos autos, a par de perquirir a existência do ato estatal, do nexo de causalidade e do dano correspondente, é fundamental identificar qual o direito subjetivo estaria sendo lesionado, como exigem o art. 159 do Código Civil de 1916, vigente à época do ajuizamento da ação, e o art. 186 do Código Civil de 2002.

Nessa linha, os danos experimentados pela fabricante não decorreram de violação a direito subjetivo seu, mas da *ineficiência, à época, de seu parque industrial para a competição internacional*, não havendo, de outro lado, obrigação de a União reparar o dano sofrido, uma vez que a decisão política pela alteração de alíquotas de impostos ou da política econômica, em determinados momentos, é prerrogativa exclusiva sua, decorrente da soberania do Estado Democrático de Direito.

Nesses termos, inexistente direito subjetivo possível de violação, *é inoportuna a discussão sobre a existência de nexo causal entre a redução da alíquota e eventuais prejuízos financeiros da recorrente*, pois o impacto econômico-financeiro correlato decorre do risco da atividade, próprio da álea econômica de cada ramo produtivo.

Reafirmado o posicionamento defendido no voto então disponibilizado aos eminentes colegas, *pela inexistência de direito subjetivo* da recorrente, cumpre reforçar a afirmação de que a aplicação de medida de salvaguardas em favor da indústria doméstica não revela confissão do Estado de que sua política fiscal, por si, fora equivocada e trouxe prejuízos ao mercado.

Primeiramente, importa destacar que a redução da alíquota do imposto de importação para 20%, ainda que, à época, o câmbio estivesse sobrevalorizado, não permite a conclusão de que o Estado, inadvertidamente e de forma desproporcional, teria ampliado as dificuldades competitivas da fabricante, tanto é assim que a barreira aduaneira, por meio da, ainda alta, alíquota do imposto de importação, continuou vigendo.

Feita essa prévia ponderação, convém esclarecer que, ainda em maio de 1995, foi editado o Decreto n. 1.488/1995, regulamentador das “normas que

disciplinam os procedimentos administrativos relativos à aplicação de medidas de salvaguarda”.

No que interessa mencionar, o Ministro da Indústria e o Ministro da Fazenda, em ato conjunto (art. 2º), por *portaria interministerial*, podem determinar a aplicação de medidas de salvaguarda após *prévia investigação* (art. 2º, § 1º), no caso de as importações de determinado produto, em termos absolutos ou em relação à produção nacional, causarem prejuízo grave à indústria doméstica (art. 1º).

A solicitação para a aplicação de medidas de salvaguardas pode ser feita pelas sociedades empresárias ou pelas *respectivas associações*, entre outras instituições (art. 3º), e as decisões a respeito, após parecer da Secretaria de Comércio Exterior – SECEX (art. 2º, § 2º), devem conter “*análise detalhada do caso e demonstração da relevância dos fatores examinados*” (§ 5º do art. 3º).

A propósito do parecer, convém registrar que ele é determinante para as decisões de aplicação das salvaguardas (art. 2º, § 2º) e que, “ao emitir o parecer, com vistas à determinação de prejuízo grave ou de ameaça real de prejuízo grave, a SECEX levará em consideração os efeitos dessas importações sobre a indústria doméstica em questão, *refletidas em alterações de variáveis econômicas* pertinentes como produção, produtividade, utilização da capacidade, estoques, parcela de mercado, exportações, salários, níveis de emprego, preços internos, lucros e investimentos, ainda que nenhum desses fatores, de maneira isolada ou em conjunto com outros fatores, se constitua, necessariamente, ainda que critério decisivo”.

Especificamente quanto à investigação, nos termos expressos do art. 7º desse decreto, o processo investigativo deve levar em conta “*todos os fatores objetivos e quantificáveis relacionados à situação da indústria doméstica afetada*, particularmente os seguintes: I - o volume e a taxa de *crescimento das importações* do produto, em termos absolutos e relativos; II - a parcela do mercado interno absorvida por importações crescentes; III - o preço das importações, sobretudo para determinar se houve subcotação significativa em relação ao preço do produto doméstico similar; IV - o conseqüente impacto sobre a indústria doméstica dos produtos similares ou diretamente concorrentes, *evidenciado pelas alterações de fatores econômicos* tais como: produção, capacidade utilizada, estoques, vendas, participação no mercado, preços (quedas ou sua não elevação, que poderia ter ocorrido na ausência de importações), lucros e perdas, rendimento de capital investido, fluxo de caixa e emprego; V - *outros fatores* que, embora não

relacionados com a evolução das importações, *possuam relação de causalidade* com o prejuízo ou ameaça de prejuízo à indústria doméstica em causa”.

Oportuno destacar que os §§ 1º e 2º do art. 7º dispõem, respectivamente: § 1º: “a determinação de prejuízo grave ou de ameaça de prejuízo grave *será baseada em provas objetivas*, que demonstrem a existência de *nexo causal entre o aumento das importações do produto de que se trata e o alegado prejuízo grave* ou ameaça de prejuízo grave”; e § 2º: “*existindo outros fatores, distintos dos aumentos das importações que, concomitantemente, estejam causando ameaça de prejuízo ou prejuízo grave à indústria doméstica em questão, este prejuízo grave não será atribuído ao aumento das importações.*”

Esse registro é relevante para a *demonstração do equívoco da tese autoral*, no sentido de que a Portaria Interministerial n. 21/1996 seria o reconhecimento da União de que a redução da alíquota para os brinquedos teria lhe causado prejuízos.

Com efeito, extrai-se desse diploma que a implementação de medidas de salvaguardas, ao contrário do que alega a autora-recorrente, não pode ser considerada uma forma de reconhecimento de política econômica equivocada, mas, ao contrário, *um mecanismo de preservação de setores domésticos* da economia, que poderiam ou podem ser afetados pela abertura do mercado ou por qualquer outro fato econômico relevante, inclusive, deve-se mencionar, em razão da deficiência competitiva de determinados ramos industriais.

Deve-se notar, ainda, que a *análise detalhada e específica* dos diversos fatores decisivos para a aplicação das medidas de salvaguardas é própria do órgão responsável pelo processo administrativo investigativo e não confissão de erros.

Aliás, essa é a motivação da Portaria Interministerial n. 21, de 19 de dezembro de 1995 (e-STJ fls. 122/126 ou, ainda, através do link: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=174&data=30/12/1996> Acesso em: 13/10/2017):

Dessa forma, o aumento das importações decorreu não apenas de maior exposição da indústria à concorrência internacional em função da queda da alíquota ‘ad valorem’ do imposto de importação, *mas também pela perda de competitividade internacional da indústria doméstica.*

[...]

Do compromisso de ajuste

[...]

O grupo, após examinar a dinâmica de concorrência internacional do setor, concluiu pela viabilidade do ajuste competitivo.

Foi firmado compromisso de ajuste, individualmente, por 28 empresas do setor de brinquedos, representando cerca de 73% da produção nacional, o qual contém ações destinadas ao aumento da capacitação produtiva, à inovação de produtos, ao treinamento de recursos humanos e à capacitação de vendas, bem como à realização de investimentos, com metas semestrais, no período de 1997 a 1999.

As autoridades governamentais efetuarão o monitoramento semestral do compromisso de ajuste, durante toda a vigência da medida de salvaguarda.

H. da aplicação de medida de salvaguarda

O Dec. n. 1.488/95, em seu art. 1º, prevê a possibilidade de serem aplicadas medidas de salvaguarda a um produto se, de uma investigação, resultar a constatação de que as importações desse produto aumentaram em tais quantidades, seja em termos absolutos, seja em proporção à produção nacional, e em tais condições que causem ou ameacem causar prejuízo grave à indústria doméstica de bens similares ou diretamente concorrentes. Ademais, em seu art. 80 estabelece que as medidas deverão ser aplicadas na extensão necessária para prevenir ou reparar o prejuízo e facilitar o ajustamento.

[...]

A análise conduzida pela SECEX constatou a existência de prejuízo grave à indústria doméstica decorrente do aumento das importações no ano de 1995.

A avaliação do compromisso de ajuste indicou que, dadas as condições de competitividade do setor de brinquedos em nível internacional e as características da indústria doméstica, a implementação do plano de ajuste apresentado pelo setor, a ser acompanhada sistematicamente pelas autoridades governamentais, viabilizará o aumento da competitividade da indústria doméstica.

Foram reunidas, portanto, as condições suficientes para a aplicação de medidas de salvaguarda, resolvem:

Art. 1º Aplicar medida de salvaguarda, sob a forma de elevação da alíquota do imposto de importação, por meio de adicional à Tarifa Externa Comum - TEC, sobre as importações de brinquedos acabados a seguir relacionados [...]

Como se pode observar, do processo administrativo do qual resultou a conclusão pelas salvaguardas, a autora-recorrente apresentou apenas parcela das investigações que eram favoráveis à sua tese pela indenização, ignorando a conjectura completa considerada pelo órgão técnico, a qual aponta a ineficiência das indústrias brasileiras para a competição internacional.

Nesse cenário, com esses esclarecimentos, *reforço a fundamentação pela negativa de provimento do recurso especial*, pois, ao lado da inexistência de direito subjetivo possível de violação, não há reconhecimento do Estado de que sua política fiscal tenha sido equivocada, pois a aplicação de medida de salvaguarda em favor da indústria doméstica não revela tal confissão.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Solicitei vista dos autos para examiná-los com maior detença.

Manufatura de Brinquedos Estrela S/A interpôs Recurso Especial contra acórdão prolatado, por unanimidade, pela Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em julgamento de embargos infringentes, assim ementado (fl. 445e):

Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Redução de alíquota do imposto de importação. Alegação de prejuízo anormal e especial nos anos de 1995 e 1996. Ausência, todavia, de direito subjetivo à permanência de determinada política econômica.

1. A possibilidade de alteração da alíquota do imposto de importação por ato do poder público, nos termos do art. 153, § 1º, da Constituição, sendo instrumento de política econômica, não gera direito a indenização por se caracterizar como ato legislativo, com efeito geral e abstrato.

2. É inerente à política econômica a possibilidade de alteração para atender a circunstâncias internas e externas assim como é inerente ao risco empresarial a necessidade de adaptação a tais mudanças. Não há direito subjetivo à manutenção de determinada política econômica, desde que estabelecida genericamente e sem compromisso de sua permanência por determinado prazo.

3. Não havendo afronta ao princípio da boa-fé ou quebra de confiança a legitimar a expectativa sólida no sentido de manutenção das alíquotas do imposto de importação, não se configura responsabilidade civil do Estado pelos prejuízos resultantes da queda dos níveis de venda dos produtos nacionais.

4. Embargos infringentes improvidos.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 458/461e).

Na origem, trata-se de ação de indenização mediante a qual se objetiva a condenação da União “[...] a indenizar amplamente a autora pelas perdas e danos por ela sofridas a partir da implementação da Portaria n. 492 do

Ministério da Fazenda, de 14 de setembro de 1994, que acarretou a invasão do mercado brasileiro de brinquedos por produtos estrangeiros, em níveis nunca antes vistos, afetando negativamente os resultados de todas empresas nacionais” (fl. 18e).

A sentença julgou procedente o pedido (fls. 233/240e), tendo sido reformada em segundo grau, conforme apontado.

A empresa, no seu recurso especial, interposto com amparo no art. 105, III, *a e c*, da Constituição da República, aponta, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos dispositivos a seguir relacionados, nos seguintes termos:

I. Art. 43 do Código Civil – “[...] o argumento de que a alteração das alíquotas é autorizada pela Constituição está, portanto, totalmente fora do contexto da discussão travada nos autos, tendo em vista que o pedido da Recorrente, Estrela, está calcado na responsabilidade objetiva do estado, haja vista a constatação de um dano específico sofrido, que faz exsurgir, nos termos do artigo 43 do Código Civil, a obrigação de indenizar, independentemente de culpa ou de inconstitucionalidade. [...] Como se depreende do presente recurso, nunca foi objeto de discussão a possibilidade, ou não, de alteração da política econômica por parte do Estado, mas sim o dever de indenizar decorrente de ato específico que, mesmo que lícito, rompe com o princípio da igualdade e gera danos, já incontroversamente reconhecidos a terceiros, ferindo o artigo 43 do Código Civil. E isso ocorre por que a Portaria 492 quebrou as salvaguardas existentes no mercado de brinquedos no Brasil e expôs a Recorrente, traída pela Administração, que rompeu com os deveres de previsibilidade e de segurança, a uma repentina e predatória concorrência com os manufaturados importados, trazidos a um custo menor, graças à noticiada exploração de mão-de-obra de trabalho, ao desrespeito de normas ambientais e a uma menor tributação no País de origem, que impedem a competição por parte das empresas brasileiras. Isso nada tem a ver com a possibilidade, ou não, de adaptação decorrente das atividades empresariais” (fls. 480e e 485e); e

II. Art. 535, II, do CPC/73 – “[...] na eventualidade de não se reconhecer ter sido perfeitamente atendido o requisito do prequestionamento quanto ao dispositivo legal objeto do presente recurso (artigo 43 do Código Civil), cuja incidência foi devidamente suscitada em embargos infringentes e reiterada em sede de embargos de declaração, requer seja decretada a nulidade do acórdão dos embargos, em violação ao art. 535, II, do CPC” (fl. 494e).

Defende a Recorrente, outrossim, a existência de dissenso jurisprudencial relativamente ao indeferimento da produção de prova pericial para quantificar o prejuízo alegado.

Postula, ao final, o provimento do recurso especial para que lhe seja reconhecido “[...] o direito à indenização por danos materiais decorrentes da abrupta mudança da política aduaneira adotada pelo Governo Federal na Portaria 492, de 14.09.94, do Ministério da Fazenda para o setor de brinquedos” (fl. 495e).

Com contrarrazões (fls. 545/565e), o recurso especial foi inadmitido (fl. 587e), tendo sido apresentado Agravo, posteriormente convertido em Recurso Especial (fl. 676e).

Distribuídos os autos por sucessão ao Ministro Gurgel de Faria, Sua Excelência, na assentada de 10.10.2017, proferiu judicioso voto conhecendo em parte do recurso especial, e, nessa extensão, deu-lhe provimento, essencialmente, nos seguintes termos: *i)* não caracterização da divergência jurisprudencial apontada; *ii)* ausência de ofensa ao art. 535 do CPC/73; *iii)* “[...] não se verifica o dever do Estado de indenizar eventuais prejuízos financeiros do setor privado decorrentes da alteração de política econômico-tributária, no caso de o ente público não ter se comprometido, formal e previamente, por meio de planejamento específico”; *iv)* “[...] a possibilidade de a União alterar a alíquota do imposto de importação, para mais ou para menos, além de exercício regular de sua competência tributária constitucional, é de conhecimento público desde 14/08/1957, data de publicação da lei no Diário Oficial da União. E, especificamente, quanto à possibilidade de redução para a alíquota de 20%, desde o DL n. 2.162/1984, publicado aos 20/09/1984”; e *v)* “[...] o impacto econômico-financeiro sobre a produção e a comercialização de mercadorias pelas sociedades empresárias causado pela alteração da alíquota de tributos decorre do risco da atividade próprio da álea econômica de cada ramo produtivo”.

Na ocasião, o Ministro Benedito Gonçalves acompanhou o Relator, dele divergindo os Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Sérgio Kukina.

Anote-se que o Ministro Gurgel de Faria aditou o voto originalmente proferido para registrar que a Portaria Interministerial MICT/MF n. 21/96 não abona a tese sustentada pela empresa, fundamentalmente porque “[...] extrai-se desse diploma que a implementação de medidas de salvaguardas, ao contrário do que alega a autora-recorrente, não pode ser considerada uma

forma de reconhecimento de política econômica equivocada, mas, ao contrário, *um mecanismo de preservação de setores domésticos* da economia, que poderiam ou podem ser afetados pela abertura do mercado ou por qualquer outro fato econômico relevante, inclusive, deve-se mencionar, em razão da deficiência competitiva de determinados ramos industriais”, acrescentado, ademais, que “[...] do processo administrativo do qual resultou a conclusão pelas salvaguardas, a autora-recorrente apresentou apenas parcela das investigações que eram favoráveis à sua tese pela indenização, ignorando a conjectura completa considerada pelo órgão técnico, a qual aponta a ineficiência das indústrias brasileiras para a competição internacional” (destaque no original).

É o relatório. Passo a proferir o voto-vista.

Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

Inicialmente, consigne-se que o recurso especial encontra-se hígido para julgamento, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade e ausentes questões prejudiciais a serem examinadas.

A matéria, por sua vez, encontra-se satisfatoriamente prequestionada, prejudicando, portanto, o exame de eventual violação ao art. 535, II, do CPC/73, da forma trazida nas razões recursais.

O Recurso Especial, outrossim, não pode ser conhecido com fundamento na alínea *c*, do permissivo constitucional, pois a parte recorrente deixou de indicar os dispositivos legais que teriam sido interpretados de forma divergente pelos acórdãos confrontados, o que caracteriza deficiência na fundamentação recursal e atrai, por analogia, a incidência da orientação contida na Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “é inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”, consoante precedente da Corte Especial deste Superior Tribunal:

Administrativo. Processual Civil. Servidor público. Concurso público. Agravo regimental no recurso especial. Inépcia da petição inicial. Não ocorrência. Dissídio jurisprudencial. Dispositivo legal. Indicação. Ausência. Súmula 284/STF. Agravo não provido.

[...]

3. Nos termos do art. 105, III, “c”, da Constituição Federal, é cabível a interposição de recurso especial quanto o acórdão recorrido “der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

4. “Para que se caracterize o dissídio, faz-se necessária a demonstração analítica da existência de posições divergentes sobre a mesma questão de direito” (AgRg no Ag 512.399/RJ, Rel. Min. *Eliana Calmon*, Segunda Turma, DJ 8/3/04).

5. *Para demonstração da existência de similitude das questões de direito examinadas nos acórdãos confrontados “[é] imprescindível a indicação expressa do dispositivo de lei tido por violado para o conhecimento do recurso especial, quer tenha sido interposto pela alínea a quer pela c”* (AgRg nos EREsp 382.756/SC, Rel. Min. *Laurita Vaz*, Corte Especial, DJe 17/12/09).

6. Sem a expressa indicação do dispositivo de lei federal nas razões do recurso especial, a admissão deste pela alínea “c” do permissivo constitucional importará na aplicação, nesta Instância Especial, sem a necessária mitigação, dos princípios *jura novit curia* e da *mihi factum dabo tibi ius*, impondo aos em. Ministros deste Eg. Tribunal o ônus de, em primeiro lugar, de ofício, identificarem na petição recursal o dispositivo de lei federal acerca do qual supostamente houve divergência jurisprudencial.

7. A mitigação do mencionado pressuposto de admissibilidade do recurso especial iria de encontro aos princípios da ampla defesa e do contraditório, pois criaria para a parte recorrida dificuldades em apresentar suas contrarrazões, na medida em que não lhe seria possível identificar de forma clara, precisa e com a devida antecipação qual a tese insculpida no recurso especial.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.346.588/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Corte Especial, julgado em 18/12/2013, DJe 17/03/2014 - destaquei).

Admitido o recurso com fundamento na alínea *a* do art. 105, III, da Constituição da República, no mérito, controverte-se acerca da possibilidade de reconhecer, ou não, direito à indenização material em decorrência de política fiscal de importação alegadamente lesiva às atividades da empresa recorrente, atuante no ramo da fabricação de brinquedos.

I - A controvérsia

Por primeiro, destaco que se trata de tema ainda não apreciado por esta Turma e, creio, pelo próprio Superior Tribunal de Justiça.

O ineditismo da tese trazida à apreciação neste recurso especial diz com a análise da existência de responsabilidade do Estado por prejuízos causados à

empresa em decorrência da diminuição da alíquota do Imposto de Importação em relação a determinado setor industrial.

II - O Imposto de Importação

O Imposto de Importação, de competência da União e cuja instituição é autorizada no art. 153, I, da Constituição da República, constitui um dos tributos que incidem sobre o comércio exterior, isto é, sobre negócios jurídicos de compra e venda de bens e serviços realizados entre pessoas situadas em diferentes países.

Tal imposto apresenta atributos próprios. Em primeiro lugar, destaque-se sua conotação nitidamente *extrafiscal* ou *regulatória*. A extrafiscalidade, é cediço, consiste na utilização de instrumentos tributários visando o atingimento de finalidades outras que não a meramente arrecadatória – objetivos sociais, econômicos, etc. Significa que, por meio de expedientes tributários, o Estado interfere na conduta das pessoas, incentivando ou inibindo comportamentos, à vista do interesse público.

O objetivo maior da exação em tela não é gerar receita, mas, sim, proteger a indústria nacional, uma vez que sua incidência onera o produto estrangeiro, tornando-o mais caro e, portanto, menos competitivo com o produto nacional.

Assim é porque o art. 150, § 1º, da Constituição da República, excepciona o Imposto de Importação da observância da anterioridade da lei tributária, tanto em relação à anterioridade genérica (art. 150, III, *b*) quanto em relação à anterioridade especial (art. 150, III, *c*). Isso significa que o aumento do imposto pode ser exigido no mesmo exercício financeiro em que publicada a lei que o estabeleceu, e independentemente do aguardo do lapso de noventa dias, o que o torna um instrumento ágil de regulação do comércio exterior.

Esse regime jurídico especial também vem estampado no art. 153, § 1º, que autoriza o Poder Executivo a alterar-lhe as alíquotas, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei.

Desse modo, o Poder Executivo, dentro dos parâmetros legalmente fixados, pode proceder às alterações que, à vista do interesse público, se fizerem necessárias. A rigor, cuida-se de autêntica *discricionabilidade administrativa*, atribuída em nível constitucional, para que seja escolhida, em cada hipótese, a alternativa de alíquota mais adequada à satisfação do interesse público.

III - A responsabilidade do Estado, o dano indenizável e suas características

A Constituição de 1988 consagra a responsabilidade civil da Administração Pública, nos seguintes termos:

Art. 37. [...]

§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Esse dispositivo contempla a responsabilidade objetiva do Estado, na modalidade risco administrativo, pelos danos causados por atuação de seus agentes, vale dizer, por conduta comissiva destes na prestação de serviço público, prescindindo, neste caso, da sindicância dos elementos subjetivos, é dizer, a culpa ou o dolo.

Segue-se, portanto, que a norma constitucional não exige de responsabilidade o atuar estatal que, conquanto lícito, isto é, fruto de atuação consoante a ordem jurídica, acarrete danos a terceiros. Nessa hipótese, todavia, a reparabilidade do dano estará condicionada a que o ato lesivo ostente as características da *anormalidade* e da *especificidade/especialidade*, conforme acentua a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Somente se pode aceitar como pressuposto da responsabilidade objetiva a prática de ato antijurídico se este, mesmo sendo lícito, for entendido como ato causador de dano *anormal* e *específico* a determinadas pessoas, rompendo o princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais. Por outras palavras, ato antijurídico, para fins de responsabilidade objetiva do Estado, é *ato ilícito* e *ato lícito que cause dano anormal e específico*.

(*Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 29ª ed. p. 797 - destaques do original).

Nesses casos, adverte Yussef Cahali, com apoio em Amaro Cavalcanti, que “o objeto da lesão deve ser um direito individual, na verdadeira significação desse vocábulo; um simples interesse, ou mesmo o chamado direito em expectativa, embora realmente prejudicado por atos da Administração Pública, não pode constituir o objeto em questão” (*Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 5ª ed. p. 67).

Aliás, acolhendo essa diretriz doutrinária, esta Corte assentou:

Responsabilidade civil do Estado. Afastamento cautelar de magistrada. Art. 27, § 3º, da LOMAN. Ato administrativo comissivo. Responsabilidade objetiva. Ato anulado por falta de motivação. Dever de indenizar. Dano anormal. Inexistência. Dissídio jurisprudencial não demonstrado.

1. O afastamento cautelar da magistrada foi determinado pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em sessão na qual decidiu pela instauração do processo administrativo disciplinar fundado no art. 27 da LOMAN. Conquanto o ato de afastamento de magistrado tenha inegável cunho decisório, com feição jurisdicional, não se confunde com o ato judicial propriamente dito. Trata-se de ato administrativo comissivo praticado por órgão estatal, devendo eventual dano por ele causado ser analisado sob o enfoque da responsabilidade objetiva, o que exclui a culpa dentre os elementos configuradores do dever de indenizar.

2. *O Estado tem obrigação de reparar tanto o dano decorrente de ação lícita, quanto ilícita. O que muda são as características para que o dano seja tomado como ressarcível.*

3. Os danos decorrentes de atividade ilícita são sempre antijurídicos e devem reunir somente duas características para serem reparados, serem certos e não eventuais e atingirem situação legítima, capaz de traduzir um direito, ou ao menos um interesse legítimo. *Já os danos oriundos de atividade lícita demandam outras duas características para serem suscetíveis de reparação, serem **anormais**, inexigíveis em razão do interesse comum, e serem **especiais**, atingindo pessoa determinada ou grupo de pessoas.*

4. A existência de dano ressarcível não restou demonstrada, na espécie.

5. O conhecimento da divergência jurisprudencial pressupõe demonstração, mediante a realização do devido cotejo analítico, da existência de similitude das circunstâncias fáticas e do direito aplicado nos acórdãos recorrido e paradigmas, nos moldes dos arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.

(REsp 1.357.824/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 12/11/2013, DJe 20/11/2013 - destaquei).

Mais recentemente, ratificando tal entendimento: “a responsabilidade objetiva do Estado em decorrência de atos comissivos *lícitos* depende da configuração de violação a direito pelo ato estatal, de que resulte dano real, *específico e anormal*, a justificar o dever de reparação” (REsp 1.590.142/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., julgado em 18.10.2016, DJe 25.10.2016 - destaquei).

IV - O caso concreto

No caso em tela, não há discussão quanto à modalidade de responsabilidade estatal que envolve a pretensão deduzida – *objetiva* – uma vez que não há que se questionar a existência de elemento subjetivo do agente público – e por *ato comissivo lícito* – porquanto legítimo o ato praticado, fundamentado no art. 153, § 1º, da Constituição da República.

É certo que toda diminuição de alíquota de Imposto de Importação repercutirá, com maior ou menor intensidade, na indústria nacional, mas é preciso destacar que tal se dá em regime de livre concorrência e que eventuais prejuízos precisam ser qualificados como *especiais e anormais*, excedentes, portanto, dos riscos inerentes à atividade empresarial.

Portanto, não descarto a possibilidade de reconhecimento de responsabilidade estatal por dano decorrente de medida de natureza tributária, desde que satisfeitos tais requisitos.

No entanto, não é o que ocorre no caso em análise.

Com efeito, a Portaria do Ministério da Fazenda n. 492, de 14 de setembro de 1994, alterou, para 20% (vinte por cento), as alíquotas *ad valorem* do Imposto sobre a Importação incidente sobre *dezenas de produtos dos mais diversos*, tais como (art. 1º): massas alimentícias, bolachas e biscoitos para animais, nafta solvente, óleo diesel, óleos lubrificantes a granel, gasolina, múltiplas substâncias químicas, tecidos, máquinas, ferramentas, fornos de micro-ondas, microfones, fones de ouvido, monitores de vídeo, ônibus, caminhões, motocicletas, outros tipos de veículos automotores, bicicletas – e, também, brinquedos (fls. 81/88e).

Extrai-se, assim, facilmente, que *muitos setores da indústria nacional foram atingidos por tal medida*, o que, a toda evidência, afasta a *especialidade* exigida pelo dano passível de ser indenizado pelo Estado.

A par disso, a anormalidade do dano, igualmente, não restou demonstrada. A própria análise produzida pela “Avale S/C Ltda”, em documento que instrui a inicial, aponta que a variação das alíquotas do Imposto de Importação de brinquedos, em razão da edição da indicada portaria ministerial, foi de 30% (trinta por cento) para 20% (vinte por cento) e, mesmo assim, não em relação a todos os tipos de brinquedos, pois em relação a alguns já se aplicava a mesma alíquota de 20% (vinte por cento) (fl. 99e).

Essa constatação é extraída, também, da evolução das alíquotas do setor, de 1991 até 1995, divulgada em ato oficial da Secretaria de Comércio Exterior, por intermédio da Circular n. 33, de 17 de junho de 1996 (fl. 112e).

Ainda que, anteriormente ao período de setembro de 1994 e posteriormente a 1996 – com a edição da Portaria Interministerial n. 21 – se tenha aplicado alíquotas do Imposto de Importação maiores às importações de brinquedos, tal realidade não é suficiente, a meu ver, para configurar a necessária anormalidade do dano passível de ser indenizado pela União, uma vez que, como exposto, tais variações são inerentes à natureza extrafiscal da imposição tributária de que se trata, autêntico instrumento regulador do comércio exterior, no contexto de livre concorrência.

V - Conclusão

Isto posto, acompanho o Senhor Relator na matéria preliminar, bem como para *negar provimento* ao recurso especial, conquanto por fundamentos diversos, nos termos expostos.

É o voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Processual Civil. Responsabilidade objetiva do Estado. Redução de alíquota do imposto de importação. Alegação de prejuízo grave nos anos de 1995 e 1996. Dever de indenizar. Não ocorrência. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, não provido, acompanhando o Relator Ministro Gurgel de Faria.

Trata-se de recurso especial interposto por *Manufatura de Brinquedos Estrela S/A* contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, no julgamento de embargos infringentes, negou o pleito da recorrente, conforme acórdão assim ementado (fl. 445):

Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Redução de alíquota do imposto de importação. Alegação de prejuízo anormal e especial nos anos de 1995 e 1996. Ausência, todavia, de direito subjetivo à permanência de determinada política econômica.

1. A possibilidade de alteração da alíquota do imposto de importação por ato do poder público, nos termos do art. 153, § 1º, da Constituição, sendo instrumento

de política econômica, não gera direito a indenização por se caracterizar como ato legislativo, com efeito geral e abstrato.

2. É inerente à política econômica a possibilidade de alteração para atender a circunstâncias internas e externas assim como é inerente ao risco empresarial a necessidade de adaptação a tais mudanças. Não há direito subjetivo à manutenção de determinada política econômica, desde que estabelecida genericamente e sem compromisso de sua permanência por determinado prazo.

3. Não havendo afronta ao princípio da boa-fé ou quebra de confiança a legitimar a expectativa sólida no sentido de manutenção das alíquotas do imposto de importação, não se configura responsabilidade civil do Estado pelos prejuízos resultantes da queda dos níveis de venda dos produtos nacionais.

4. Embargos infringentes improvidos.

Em suas razões, a parte recorrente aponta, além de divergência, ofensa aos arts. 535 do CPC/1973 e 43 do Código Civil. Para tanto, sustenta, em síntese, que tem direito à indenização por danos materiais decorrentes da abrupta mudança da política aduaneira adotada pelo governo federal para o setor de brinquedos na Portaria 492, de 14/09/1994, do Ministério da Fazenda, a qual “quebrou as salvaguardas existentes no mercado de brinquedos no Brasil e expôs a Recorrente, traída pela Administração, que rompeu com os deveres de previsibilidade e de segurança, a uma repentina e predatória concorrência com os manufaturados importados, trazidos a um custo menor, graças à noticiada exploração de mão-de-obra de trabalho, ao desrespeito de normas ambientais e a uma menor tributação no País de origem, que impedem a competição por parte das empresas brasileiras” (fl.

O Ministro Gurgel de Faria, relator, na assentada de 10/10/2017, proferiu voto tendo por base a seguinte fundamentação:

I. Não se conhece do recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional quando a parte recorrente não indica o dispositivo legal objeto de divergência;

II. A matéria relativa ao direito à indenização está devidamente prequestionada e tendo sido arguida, subsidiariamente, a violação ao art. 535 do CPC/1973 está prejudicado o recurso no ponto;

III. Não se verifica o dever do Estado de indenizar eventuais prejuízos financeiros do setor privado decorrentes da alteração de política econômico-tributária, no caso de o ente público não ter se comprometido, formal e previamente, por meio de planejamento específico. A alteração de alíquotas de tributos é decisão política condicionada aos requisitos constitucionais e a finalidade desse ato estatal é variável, conforme o interesse perseguido pelo Estado em determinado momento;

IV. Somente nos casos em que o Estado se compromete, por ato formal, a incentivar, no campo fiscal, determinado ramo do setor privado, é que se poderia invocar a quebra da confiança na modificação de política fiscal.

V. O impacto econômico-financeiro sobre a produção e a comercialização de mercadorias pelas sociedades empresárias causado pela alteração da alíquota de tributos decorre do risco da atividade próprio da área econômica de cada ramo produtivo.

Nesse contexto, conheceu parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, negou-lhe provimento. A princípio, votei no sentido de acompanhar o Ministro relator.

Após o voto do Relator, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho proferiu voto no sentido de conhecer em parte do recurso e, nessa extensão, dar-lhe provimento, para proclamar o direito da recorrente à indenização pelos prejuízos que se apurarem em liquidação de sentença pela metodologia da liquidação por artigos. Afirmou sua Excelência que o referido ato configurou derrubada de todas as barreiras protecionistas da indústria nacional, trazendo prejuízo para a empresa brasileira que, com essa política econômica equivocada, ficou sujeita à concorrência desleal de empresas alienígenas. Afirmou, ainda, que a extrafiscalidade não pode significar uma política de sucateamento ou de quebra da indústria nacional em benefício de produtos estrangeiros, ainda que sejam mais baratos, como parecem ser o caso.

Na sequência, o Ministro Sérgio Kukina, afirmando que a própria autoridade governamental reconheceu o prejuízo que ocasionou com o seu comportamento no âmbito tributário, acompanhou a divergência inaugurada pelo Ministro Napoleão.

Na sessão de julgamento de 7/12/2017, a Ministra Regina Helena Costa proferiu voto vista acompanhando o Relator na preliminar bem como para negar provimento ao recurso especial, todavia por fundamentos diversos:

É certo que toda diminuição de alíquota de Imposto de Importação repercutirá, com maior ou menor intensidade, na indústria nacional, mas é preciso destacar que tal se dá em regime de livre concorrência e que eventuais prejuízos precisam ser qualificados como especiais e anormais, excedentes, portanto, dos riscos inerentes à atividade empresarial.

Portanto, não descarto a possibilidade de reconhecimento de responsabilidade estatal por dano decorrente de medida de natureza tributária, desde que satisfeitos tais requisitos

Com efeito, a Portaria do Ministério da Fazenda n. 492, de 14 de setembro de 1994, alterou, para 20% (vinte por cento), as alíquotas *ad valorem* do Imposto sobre a Importação incidente sobre *dezenas de produtos dos mais diversos*, tais como (art. 1º): massas alimentícias, bolachas e biscoitos para animais, nafta solvente, óleo diesel, óleos lubrificantes a granel, gasolina, múltiplas substâncias químicas, tecidos, máquinas, ferramentas, fornos de micro-ondas, microfones, fones de ouvido, monitores de vídeo, ônibus, caminhões, motocicletas, outros tipos de veículos automotores, bicicletas – e, também, brinquedos (fls. 81/88e).

Extraí-se, assim, facilmente, que *muitos setores da indústria nacional foram atingidos por tal medida*, o que, a toda evidência, afasta a *especialidade* exigida pelo dano passível de ser indenizado pelo Estado.

A par disso, a anormalidade do dano, igualmente, não restou demonstrada. A própria análise produzida pela “Avale S/C Ltda”, em documento que instrui a inicial, aponta que a variação das alíquotas do Imposto de Importação de brinquedos, em razão da edição da indicada portaria ministerial, foi de 30% (trinta por cento) para 20% (vinte por cento) e, mesmo assim, não em relação a todos os tipos de brinquedos, pois em relação a alguns já se aplicava a mesma alíquota de 20% (vinte por cento) (fl. 99e).

Essa constatação é extraída, também, da evolução das alíquotas do setor, de 1991 até 1995, divulgada em ato oficial da Secretaria de Comércio Exterior, por intermédio da Circular n. 33, de 17 de junho de 1996 (fl. 112e).

Ainda que, anteriormente ao período de setembro de 1994 e posteriormente a 1996 – com a edição da Portaria Interministerial n. 21 – se tenha aplicado alíquotas do Imposto de Importação maiores às importações de brinquedos, tal realidade não é suficiente, a meu ver, para configurar a necessária anormalidade do dano passível de ser indenizado pela União, uma vez que, como exposto, tais variações são inerentes à natureza extrafiscal da imposição tributária de que se trata, autêntico instrumento regulador do comércio exterior, no contexto de livre concorrência.

Pedi vista dos autos.

É o relatório.

Como se nota, a controvérsia posta em juízo cinge-se em definir se a redução da alíquota do imposto de importação para diversos produtos, dentre os quais os do setor de brinquedos em geral, por meio da Portaria 492/1994 do Ministério da Fazenda, teria violado direito da parte recorrente, ocasionando-lhe prejuízos, do qual decorreria o correspondente direito à indenização.

Inicialmente, como ressaltado pelo eminente relator, a matéria está devidamente *prequestionada e não há necessidade de reexame de fatos e provas*

para o julgamento do recurso, visto que a pretensão, neste momento, limita-se à declaração do direito à indenização, ficando o cálculo do quantum debeatur para a fase de liquidação. Como a alegação de violação do art. 535 do CPC/1973 foi arguida, subsidiariamente, para a eventualidade de decisão pela ausência de prequestionamento, fica prejudicado o recurso, quanto ao ponto.

Também não merece conhecimento o recurso pela alínea *c* do permissivo constitucional, pois a parte recorrente deixou de indicar os dispositivos legais que teriam sido interpretados de forma divergente pelos acórdãos confrontados, o que caracteriza deficiência na fundamentação recursal e atrai, por analogia, a incidência da orientação contida na Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal.

Sumariando os fatos, tem-se que:

Com a edição da Portaria n. 492/1994, pelo então Ministro da Fazenda, foi reduzida a alíquota do imposto de importação para uma série de produtos, dentre os quais estavam os brinquedos em geral;

Por meio da Portaria Interministerial MICT/MF n. 09, de 21 de junho de 1996, foi iniciado procedimento legal de investigação oficial quanto à necessidade de adoção de medidas de salvaguarda sobre as importações de brinquedos, do qual resultou a edição, em 19 de dezembro de 1996, da Portaria Interministerial MICT/MF n. 21, reconhecendo a “existência de prejuízo grave à indústria doméstica causado pelo aumento das importações brasileiras do produto objeto desta Portaria”. Na sequência foi determinada a adoção de salvaguardas, criando um adicional de tarifa alfandegária sobre a importação de brinquedos.

Na linha do que concluiu o relator, Ministro Gurgel de Faria, também entendo que o recurso não merece provimento.

Conforme se observa, e foi ressaltado no acórdão recorrido, no caso, não se analisa a responsabilidade do Estado com enfoque em regime contratual ou sobre tabelamento de preços, mas em virtude de alteração alíquota do imposto de importação relativamente à uma empresa no exercício regular de sua atividade empresarial em regime normal de competição no mercado.

Extrafiscalidade

As transformações por que passou o Estado nos últimos séculos, ultrapassada a concepção liberal de Estado, trouxeram-lhe novas funções,

além da garantidora e repressiva. O Estado surgiu como produtor de serviços, regulamentador da economia e produtor de mercadorias. “Com Isso, foi sendo montado um complexo instrumento jurídico que lhe permitiu, de um lado, organizar sua própria máquina assistencial, de serviços de produção e, de outro, criar um imenso sistema de estímulos e subsídios” (Ferraz Júnior, Tercio Sampaio, Crédito-prêmio de IPI e incentivo fiscal setorial: da inaplicabilidade do art. 41 do ADCT da CF/1988. *In*: Crédito-prêmio de IPI: estudos e pareceres III / Paulo de Barros Carvalho ... [et al.]. - Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2005. P. 35). Nessa reconfiguração, é que se entende a atuação do Estado sobre o domínio econômico.

As formas de atuação do Estado na economia, conforme doutrina Eros Roberto Grau (*In* A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica) / Eros Roberto Grau. São Paulo: Malheiros, 2018), podem ser classificadas em duas formas e em quatro modalidades possíveis.

Quanto à forma, ela pode ocorrer “no” domínio econômico ou “sobre” o domínio econômico. No que diz respeito à atuação “no” domínio econômico, o Estado atua no campo da atividade econômica como se agente econômico fosse, desempenhando ações como um partícipe do mercado. Já no que diz à atuação “sobre” o domínio econômico, o Estado atua no campo da atividade econômica enquanto regulador, alterando as variáveis do próprio mercado, hipótese dos autos.

A intervenção “sobre” o domínio econômico, por sua vez, pode se ocorrer por direção ou por indução. No primeiro caso, o Estado estabelece normas de comportamento compulsórias, imperativas, aos agentes que exercem uma atividade econômica; no segundo, o Estado manipula os instrumentos de intervenção de acordo com regras que regem o funcionamento do mercado, levando os agentes econômicos, por meio de legislação em sentido amplo, a exercer uma determinada atividade ou a optarem por determinado comportamento em detrimento de outro.

Nesse último caso, de indução, é que se enquadra a dimensão extrafiscal da tributação, a qual se distingue da fiscalidade porque o Estado pretende intervir na vida econômica e social dos indivíduos, extrapolando a iniciativa meramente arrecadatória, ou seja, objetiva intervir nos setores econômico e social.

Com efeito, o imposto de importação foi concebido como elemento atuante de política comercial orientada para o desenvolvimento econômico e a União, pautando-se dentro dos parâmetros constitucional e legal (Lei 3.244/1957), pode alterar suas alíquotas para mais ou para menos.

No ponto, é oportuna a advertência feita pelo Ministro Gurgel de Faria:

A possibilidade de a União alterar a alíquota do imposto de importação, para mais ou para menos, além de *exercício regular de sua competência tributária* constitucional, é de conhecimento público desde 14/08/1957, data de publicação da lei no Diário Oficial da União. E, especificamente, quanto à possibilidade de redução para a alíquota de 20%, desde o DL n. 2.162/1984, publicado aos 20/09/1984

Responsabilidade civil do Estado, princípio da proteção da confiança e os atos de planejamento do Poder Público

Na espécie, é relevante ainda considerar o princípio da proteção da confiança.

Conforme doutrina de Almiro do Couto e Silva (“Responsabilidade do Estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento” - *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 63, jul-set/1982, p. 29-36), o Estado deve manter um padrão de conduta frente aos cidadãos, não comprometendo as expectativas legítimas nela depositada pela sociedade, ao incentivar determinadas situações mediante promessas concretas de vantagens, inclusive de índole fiscal, visto que a violação dessas promessas implica infringência ao princípio da boa fé e o consequente direito à indenização.

Há que se considerar, contudo, que esse princípio não é absoluto, há mudanças inerentes à conduta objetivada pelos órgãos estatais que não representam quebra da confiança, visto que, além de a expectativa não ter sido realmente gerada, o Estado não pode ficar imobilizado a ponto de ser impedido de promover alterações que o interesse público exige.

No caso em análise, não se observa que houve promessa do Estado de manutenção de determinada política econômica. À época o governo federal promovia uma abertura da política do comércio exterior que “já estava sendo discutido em todo o mundo e no Brasil, no final da década, constituiu praticamente programa do novo governo eleito após a abertura política. Não havia assim, promessa alguma em relação à manutenção das políticas protecionistas. Ao contrário, todo o cenário mostrava que havia mudanças a caminho” (acórdão recorrido, fl. 442).

Nesse ponto, destaca-se ainda o seguinte excerto do voto condutor do acórdão recorrido, que teve por base doutrina de Almiro do Couto e Silva, proferido no julgamento dos embargos infringentes (fls.)

Em relação ao direito à indenização por atos de planejamento do Poder Público, a doutrina encaminha-se no sentido de que só surge a responsabilidade quando há promessa firme do Estado de manutenção de determinada política, causadora, por isso, de expectativas sólidas

O princípio da *confiança legítima* vem consagrado no direito alemão e baseia-se no critério das *esperanças fundadas* em promessas firmes feitas pelo Estado, as quais devem ser respeitadas mesmo que ainda não constituam direito subjetivo ou adquirido ou, caso não o sejam, devem ser reparadas as conseqüências, anormais e especiais, de sua abrupta frustração.

No caso, houve simples alteração da política de comércio exterior desenvolvida pelo Poder Executivo que, dentro de fenômeno denominado “globalização”, resultou em levantamento de barreiras alfandegárias no Brasil, como em quase todo o mundo. Se na década de 1980 o País experimentou forte tendência protecionista em relação à política industrial e comercial, o certo é que o fenômeno da abertura ao comércio exterior já estava sendo discutido em todo o mundo e no Brasil, no final da década, constituiu praticamente programa do novo governo eleito após a abertura política. Não havia assim, promessa alguma em relação à manutenção das políticas protecionistas. Ao contrário, todo o cenário mostrava que havia mudanças a caminho.

No caso, como se vê da defesa da União, a abertura do comércio exterior se iniciou ainda em 1991, com a Portaria n. 58/91, que estabeleceu prazo para produção de efeitos a partir de 1994 (fls.). A redução das alíquotas, aliás, não alcançou somente os brinquedos, abrangendo também vários outros produtos. O ato ganhou, assim, foros de generalidade.

Como se percebe, não houve violação ao princípio da proteção da confiança. As modificações promovida pelo governo federal, em verdade, estão compreendidas dentro do risco normal da atividade empresarial.

A propósito, ressaltou o Ministro Gurgel de Faria, “é inoportuna a discussão sobre a existência de nexos causal entre a redução da alíquota e eventuais prejuízos financeiros da recorrente, pois o impacto econômico-financeiro correlato decorre do risco da atividade, próprio da álea econômica de cada ramo produtivo”

Confira-se:

Como afirmado no voto originário, não há, pois, como entender que a redução de alíquota do imposto de importação pudesse dar ensejo à indenização, pois, além de ser exercício da *competência tributária constitucional*, decorrente da *própria soberania* do Estado Democrático de Direito, não implicou quebra do *princípio da confiança*, pois não existia qualquer compromisso formal do Estado,

no que se refere à manutenção de medidas protetivas às indústrias nacionais, especialmente, no caso, a de fabricação de brinquedos.

Em outras palavras, a fabricante de brinquedos *não tinha, à época, direito subjetivo* à manutenção de um determinado arcabouço fiscal, muito menos à manutenção de uma alíquota de imposto de importação no momento de abertura do Brasil ao mercado externo (opção política também decorrente da soberania do Estado).

Como se sabe, para a configuração do direito à indenização decorrente da responsabilidade civil do Estado, seja subjetiva ou objetiva, essa última no caso dos autos, a par de perquirir a existência do ato estatal, do nexa de causalidade e do dano correspondente, é fundamental identificar qual o direito subjetivo estaria sendo lesionado, como exigem o art. 159 do Código Civil de 1916, vigente à época do ajuizamento da ação, e o art. 186 do Código Civil de 2002.

Nessa linha, os danos experimentados pela fabricante não decorreram de violação a direito subjetivo seu, mas da *ineficiência, à época, de seu parque industrial para a competição internacional*, não havendo, de outro lado, obrigação de a União reparar o dano sofrido, uma vez que a decisão política pela alteração de alíquotas de impostos ou da política econômica, em determinados momentos, é prerrogativa exclusiva sua, decorrente da soberania do Estado Democrático de Direito.

Nesses termos, inexistente direito subjetivo possível de violação, *é inoportuna a discussão sobre a existência de nexa causal entre a redução da alíquota e eventuais prejuízos financeiros da recorrente*, pois o impacto econômico-financeiro correlato decorre do risco da atividade, próprio da área econômica de cada ramo produtivo.

Ressalte-se, por relevante, que o Estado tem o poder de interferir e dirigir a ordem econômica segundo os seus interesses ou da coletividade, o que representa ato da soberania econômica do Estado, as decisões genéricas adotadas na condução da política econômica não são aptas a gerar direito à indenização.

Medidas de salvaguarda

Por fim, no que diz respeito à aplicação de medidas de salvaguarda pela Portaria Interministerial n. 21/1996, não há como reconhecer que tenha representado uma confissão de que a política fiscal adotada foi equivocada e trouxe prejuízos à recorrente.

Nesse normativo, ficou reconhecido que *o aumento das importações decorreu não apenas da maior exposição da indústria à concorrência internacional, em função da queda da alíquota “ad valorem” do imposto de importação, mas também pela perda de competitividade internacional da indústria doméstica.*

Foi firmado um compromisso de ajuste por 28 empresas do setor de brinquedos, contendo ações destinadas ao aumento da capacitação produtiva, à inovação de produtos, ao treinamento de recursos humanos e à capacitação de vendas, bem como à realização de investimentos, com metas semestrais, no período de 1997 a 1999.

Como se percebe, os danos que a recorrente alega ter sofrido estão ligados à ineficiência de seu parque industrial para acompanhar a competição no mercado internacional.

Nessa linha, confira-se, mais uma vez, o seguinte excerto do voto do Ministro Gurgel de Faria:

[...] convém esclarecer que, ainda em maio de 1995, foi editado o Decreto n. 1.488/1995, regulamentador das “normas que disciplinam os procedimentos administrativos relativos à aplicação de medidas de salvaguarda”.

[...]

Esse registro é relevante para a *demonstração do equívoco da tese autoral*, no sentido de que a Portaria Interministerial n. 21/1996 seria o reconhecimento da União de que a redução da alíquota para os brinquedos teria lhe causado prejuízos.

Com efeito, extrai-se desse diploma que a implementação de medidas de salvaguardas, ao contrário do que alega a autora-recorrente, não pode ser considerada uma forma de reconhecimento de política econômica equivocada, mas, ao contrário, *um mecanismo de preservação de setores domésticos* da economia, que poderiam ou podem ser afetados pela abertura do mercado ou por qualquer outro fato econômico relevante, inclusive, deve-se mencionar, em razão da deficiência competitiva de determinados ramos industriais.

Deve-se notar, ainda, que a *análise detalhada e específica* dos diversos fatores decisivos para a aplicação das medidas de salvaguardas é própria do órgão responsável pelo processo administrativo investigativo e não confissão de erros.

Aliás, essa é a motivação da Portaria Interministerial n. 21, de 19 de dezembro de 1995 (e-STJ fls. 122/126 ou, ainda, através do link: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=174&data=30/12/1996> Acesso em: 13/10/2017):

Dessa forma, o aumento das importações decorreu não apenas de maior exposição da indústria à concorrência internacional em função da queda da alíquota ‘ad valorem’ do imposto de importação, *mas também pela perda de competitividade internacional da indústria doméstica.*

[...]

Do compromisso de ajuste

[...]

O grupo, após examinar a dinâmica de concorrência internacional do setor, concluiu pela viabilidade do ajuste competitivo.

Foi firmado compromisso de ajuste, individualmente, por 28 empresas do setor de brinquedos, representando cerca de 73% da produção nacional, o qual contém ações destinadas ao aumento da capacitação produtiva, à inovação de produtos, ao treinamento de recursos humanos e à capacitação de vendas, bem como à realização de investimentos, com metas semestrais, no período de 1997 a 1999.

As autoridades governamentais efetuarão o monitoramento semestral do compromisso de ajuste, durante toda a vigência da medida de salvaguarda.

H. da aplicação de medida de salvaguarda

O Dec. n. 1.488/95, em seu art. 1º, prevê a possibilidade de serem aplicadas medidas de salvaguarda a um produto se, de uma investigação, resultar a constatação de que as importações desse produto aumentaram em tais quantidades, seja em termos absolutos, seja em proporção à produção nacional, e em tais condições que causem ou ameacem causar prejuízo grave à indústria doméstica de bens similares ou diretamente concorrentes. Ademais, em seu art. 80 estabelece que as medidas deverão ser aplicadas na extensão necessária para prevenir ou reparar o prejuízo e facilitar o ajustamento.

[...]

A análise conduzida pela SECEX constatou a existência de prejuízo grave à indústria doméstica decorrente do aumento das importações no ano de 1995.

A avaliação do compromisso de ajuste indicou que, dadas as condições de competitividade do setor de brinquedos em nível internacional e as características da indústria doméstica, a implementação do plano de ajuste apresentado pelo setor, a ser acompanhada sistematicamente pelas autoridades governamentais, viabilizará o aumento da competitividade da indústria doméstica.

Foram reunidas, portanto, as condições suficientes para a aplicação de medidas de salvaguarda, resolvem:

Art. 1º Aplicar medida de salvaguarda, sob a forma de elevação da alíquota do imposto de importação, por meio de adicional à Tarifa Externa Comum - TEC, sobre as importações de brinquedos acabados a seguir relacionados [...]

Como se pode observar, do processo administrativo do qual resultou a conclusão pelas salvaguardas, a autora-recorrente apresentou apenas parcela das investigações que eram favoráveis à sua tese pela indenização, ignorando a conjectura completa considerada pelo órgão técnico, a qual aponta a ineficiência das indústrias brasileiras para a competição internacional.

Com essas considerações, acompanho o eminente Ministro Relator para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.565.166-PR (2015/0280295-9)

Relatora: Ministra Regina Helena Costa

Recorrente: José Marcos de Almeida Formighieri

Advogado: Auracyr Azevedo de Moura Cordeiro e outro(s) - PR005133

Advogada: Ana Paula Swiech - PR043737

Recorrido: Estado do Paraná

Procurador: Eunice Fumagalli Martins e Scheer e outro(s) - PR010501

Recorrido: Assembleia Legislativa do Estado do Paraná

Advogados: Rogério Distefano - PR004952

Emanuel de Andrade Barbosa - PR033069

EMENTA

Administrativo. Recurso especial. Código de Processo Civil de 1973. Aplicabilidade. Servidor público estadual. Pretensão de reintegração ao cargo público, cujo afastamento foi motivado por perseguição política. Violação de direitos fundamentais. Prisão e tortura perpetrados durante o regime militar. Imprescritibilidade da ação. Recurso especial provido.

I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data

da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II – Trata-se, na origem, de ação ordinária proposta por ex-servidor da Assembleia Legislativa do Paraná buscando sua reintegração ao cargo anteriormente ocupado, além dos efeitos financeiros e funcionais, com fundamento no art. 8º do ADCT e na Lei n. 10.559/02, sob a alegação de que seu desligamento ocorreu em razão de perseguição política, perpetrada na época da ditadura militar.

III – A Constituição da República não prevê lapso prescricional ao direito de agir quando se trata de defender o direito inalienável à dignidade humana, sobretudo quando violada durante o período do regime de exceção.

IV – Este Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de ser imprescritível a reparação de danos, material e/ou moral, decorrentes de violação de direitos fundamentais perpetrada durante o regime militar, período de supressão das liberdades públicas.

V – A 1ª Seção desta Corte, ao julgar EREsp 816.209/RJ, de Relatoria da Ministra Eliana Calmon, afastou expressamente a tese de que a imprescritibilidade, nesse tipo de ação, alcançaria apenas os pleitos por dano moral, invocando exatamente a natureza fundamental do direito protegido para estender a imprescritibilidade também às ações por danos patrimoniais, o que deve ocorrer, do mesmo modo, em relação aos pleitos de reintegração a cargo público.

VI – O retorno ao serviço público, nessa perspectiva, corresponde a reparação intimamente ligada ao princípio da dignidade humana, porquanto o trabalho representa uma das expressões mais relevantes do ser humano, sem o qual o indivíduo é privado do exercício amplo dos demais direitos constitucionalmente garantidos.

VII – A imprescritibilidade da ação que visa reparar danos provocados pelos atos de exceção não implica no afastamento da prescrição quinquenal sobre as parcelas eventualmente devidas ao Autor. Não se deve confundir imprescritibilidade da ação de reintegração com imprescritibilidade dos efeitos patrimoniais e funcionais dela decorrentes, sob pena de prestigiar a inércia do Autor, o qual poderia ter buscado seu direito desde a publicação da Constituição da República.

VIII – Recurso especial provido.

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 unanimidade, dar provimento ao recurso especial, para, afastada a prescrição, nos termos da fundamentação, determinar o retorno dos autos ao tribunal de origem para que prossiga no julgamento da demanda, como entender de direito, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Assistiu ao julgamento o Dr. Arnaldo Versiani Leite Soares, pela parte recorrente: José Marcos de Almeida Formighieri.

Brasília (DF), 26 de junho de 2018 (data do julgamento).

Ministra Regina Helena Costa, Relatora

DJe 2.8.2018

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Trata-se de Recurso Especial interposto por *José Marcos de Almeida Formighieri*, contra acórdão prolatado, por unanimidade, pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná no julgamento de apelação, assim ementado (fls. 875/884e):

Apelação cível. Ex-preso político. Pedido de reintegração aos quadros da Assembléia Legislativa do Estado. Ausência da condição de “anistiado”. Prazo prescricional. Renúncia tácita da Administração com a Lei Federal 10.559/02. Prazo de 5 anos do Decreto Federal 20.910/32 que se inicia a partir da citada lei. Demanda ajuizada em 2011. Prescrição verificada. Precedentes do STJ. Sentença mantida. Recurso não provido.

Reiniciou-se o prazo prescricional para pedidos de reintegração de ex-servidores públicos anistiados em 13/11/2002, com a edição da Lei Federal n. 10.559/02.

Assim, os pedidos com tal finalidade ajuizados após 12/11/2007 estão prescritos, máxime no caso em tela em que o autor da demanda não obteve o reconhecimento da condição de anistiado.

Com amparo no art. 105, III, *a e c*, da Constituição da República, além de divergência jurisprudencial, aponta-se ofensa aos arts. 1º do Decreto 20.910/32 e 6º, § 6º, da Lei n. 10.559/2002, alegando-se, em síntese, que são imprescritíveis as ações de indenização decorrentes de perseguição, tortura e prisão, praticadas durante o regime militar, por motivos políticos.

Com contrarrazões (fls. 976/1.001e), o recurso foi admitido (fls. 1.007/1.009e).

Negado seguimento ao recurso especial em razão do óbice da Súmula 283/STF (fls. 1.018/1.021e), foi interposto agravo interno, provido pelo colegiado para que seja analisado o mérito do apelo nobre.

O recorrente peticionou às fls. 1.062/1.064 informando o surgimento de fato novo, consistente na declaração de anistiado político pelo Ministério da Justiça, conforme publicação no Diário Oficial de 23 de março de 2018, além de requerer o prosseguimento do feito para reconhecer a imprescritibilidade de sua pretensão.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa (Relatora): Por primeiro, consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

Trata-se, na origem, de ação ordinária proposta por ex-servidor da Assembleia Legislativa do Paraná buscando sua reintegração ao cargo anteriormente ocupado, além dos efeitos financeiros e funcionais, com fundamento no art. 8º do ADCT e na Lei n. 10.559/02, sob a alegação de que seu desligamento ocorreu em razão de perseguição política, perpetrada na época da ditadura militar.

O processo foi extinto com fundamento na prescrição, em 1º grau, aplicando-se as disposições do Decreto n. 20.910/32 (fl. 796/800e), o que foi mantido pelo tribunal de origem, sob o fundamento de ser inaplicável a imprescritibilidade defendida, porquanto o Autor não teve reconhecida, pela União Federal, a condição de anistiado político.

No recurso especial, alega-se ofensa aos arts. 1º do Decreto n. 20.910/32 e 6º, § 6º, da Lei n. 10.559/2002, sob o argumento de que são imprescritíveis as ações de indenização decorrentes de perseguição, tortura e prisão, praticadas durante o regime militar, por motivos políticos.

Assiste razão ao Recorrente.

De início, vale registrar que o fundamento acolhido pela Corte de origem para afastar a imprescritibilidade do direito – qual seja, de que o Autor não havia sido reconhecido pela Comissão de Anistia como anistiado político – não mais subsiste, porquanto tal condição foi declarada pelo Ministério da Justiça, conforme publicação no Diário Oficial de 23 de março de 2018 (fl. 1.064e).

Outrossim, a Constituição da República não prevê lapso prescricional para o exercício do direito de agir quando se trata de defender o direito inalienável à dignidade humana, sobretudo quando violados durante o período do regime de exceção.

É certo que a prescrição representa a regra, devendo o seu afastamento apoiar-se em previsão normativa, como ocorre na imprescritibilidade de ações de reparação dos danos causados ao patrimônio público, norma prevista no art. 37, § 5º, da Constituição da República.

Contudo, já reconheceu a 1ª Seção deste Tribunal Superior que “o direito ao pedido de reparação de danos patrimoniais decorrentes da prática de tortura, dentro da logicidade hermenêutica, também está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial a afirmação dos povos, independentemente de estar expresso ou não em texto legal” (EREsp 816.209/RJ, 1ª Seção, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 10.11.2009).

Com efeito, esta Corte orienta-se no sentido de reconhecer a imprescritibilidade da reparação de danos, moral e/ou material, decorrentes de violação de direitos fundamentais perpetrada durante o regime militar, período de supressão das liberdades públicas, como espelha o julgado assim ementado:

Processual Civil. Administrativo. Indenização. Reparação de danos materiais e morais. Regime militar. Dissidente político preso na época do regime militar. Tortura. Dano moral. Fato notório. Nexo causal. Não incidência da prescrição quinquenal - Art. 1º Decreto 20.910/1932. Imprescritibilidade.

1. A dignidade da pessoa humana, valor erigido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, experimenta os mais expressivos atentados quando engendradas a tortura e a morte, máxime por delito de opinião.

2. Sob esse ângulo, dispõe a Constituição Federal: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;” “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes; (...) III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;”

3. Destarte, o egrégio STF assentou que: “...o delito de tortura - por comportar formas múltiplas de execução - caracteriza-se pela infligência de tormentos e suplícios que exasperam, na dimensão física, moral ou psíquica em que se projetam os seus efeitos, o sofrimento da vítima por atos de desnecessária, abusiva e inaceitável crueldade. - A norma inscrita no art. 233 da Lei n. 8.069/90, ao definir o crime de tortura contra a criança e o adolescente, ajusta-se, com extrema fidelidade, ao princípio constitucional da tipicidade dos delitos (CF, art. 5º, XXXIX). A *tortura como prática inaceitável de ofensa à dignidade da pessoa*. A simples referência normativa à tortura, constante da descrição típica consubstanciada no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, o gesto ominoso de ofensa à dignidade da pessoa humana. A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete - enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva - um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo.” (HC 70.389/SP, Rel. p. Acórdão Min. Celso de Mello, DJ 10/08/2001)

4. À luz das cláusulas pétreas constitucionais, é juridicamente sustentável assentar que a proteção da dignidade da pessoa humana perdura enquanto subsiste a República Federativa, posto seu fundamento.

5. Consectariamente, não há falar em prescrição da ação que visa implementar um dos pilares da República, máxime porque a Constituição não estipulou lapso prescricional ao direito de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade.

6. Outrossim, a Lei 9.140/95, que criou as ações correspondentes às violações à dignidade humana, perpetradas em período de supressão das liberdades públicas, previu a ação condenatória no art. 14, sem estipular-lhe prazo prescricional, por isso que a *lex specialis* convive com a *lex generalis*, sendo incabível qualquer aplicação analógica do Código Civil no afã de superar a reparação de atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana, como sói ser a dignidade retratada no respeito à integridade física do ser humano.

7. Ação ordinária proposta com objetivo de reconhecimento de danos materiais e morais, em face do Estado, pela prática de atos ilegítimos decorrentes

de perseguições políticas perpetradas por ocasião do golpe militar de 1964, que culminaram na prisão do pai dos autores, bem como na sua tortura, cujas consequências alega irreparáveis.

8. A prova inequívoca da perseguição política à vítima e de imposição, por via oblíqua, de sobrevivência clandestina, atentando contra a dignidade da pessoa humana.

9. A indenização pretendida tem amparo constitucional no art. 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Precedentes.

10. Adjuntem-se à lei interna, as inúmeras convenções internacionais firmadas pelo Brasil, a começar pela Declaração Universal da ONU, e demais convenções específicas sobre a tortura, tais como a Convenção contra a Tortura adotada pela Assembleia Geral da ONU, a Convenção Interamericana contra a Tortura, concluída em Cartagena, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

11. A dignidade humana desprezada, *in casu*, decorreu do fato de ter sido o autor torturado revelando flagrante violação a um dos mais singulares direitos humanos, os quais, segundo os tratadistas, são inatos, universais, absolutos, inalienáveis e imprescritíveis.

12. A exigibilidade a qualquer tempo dos consectários às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1º que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

13. A Constituição federal funda-se na premissa de que a dignidade da pessoa humana é inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual.

14. O egrégio STJ, em oportunidades ímpares de criação jurisprudencial, vaticinou: “Recurso especial. Indenização por danos morais e materiais. Prisão, tortura e morte do pai e marido das recorridas. Regime militar. Alegada prescrição. Inocorrência. Lei n. 9.140/95. Reconhecimento oficial do falecimento, pela Comissão Especial de Desaparecidos Políticos, em 1996. *Dies a quo* para a contagem do prazo prescricional.

A Lei n. 9.140, de 04.12.95, reabriu o prazo para investigação, e conseqüente reconhecimento de mortes decorrentes de perseguição política no período de 2 de setembro de 1961 a 05 de outubro de 1998, para possibilitar tanto os registros de óbito dessas pessoas como as indenizações para reparar os danos causados pelo Estado às pessoas perseguidas, ou ao seu cônjuge, companheiro ou companheira, descendentes, ascendentes ou colaterais até o quarto grau.

omissis ...em se tratando de lesão à integridade física, deve-se entender que esse direito é imprescritível, pois não há confundir-lo com seus efeitos patrimoniais reflexos e dependentes.

“O dano noticiado, caso seja provado, atinge o mais consagrado direito da cidadania: o de respeito pelo Estado à vida e de respeito à dignidade humana. O delito de tortura é hediondo. A imprescritibilidade deve ser a regra quando se busca indenização por danos morais consequentes da sua prática” (REsp n. 379.414/PR, Rel. Min. José Delgado, *in* DJ de 17.02.2003).

Recurso especial não conhecido.” (REsp 449.000/PE, 2ª T., Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 3/06/2003)

15. Recurso especial provido para afastar *in casu* a aplicação da norma inserta no art. 1º do Decreto n. 20.910/32, determinando o retorno dos autos à instância de origem, para que dê prosseguimento ao feito.

(REsp 1.165.986/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/11/2010, DJe 04/02/2011).

Na mesma linha, os seguintes julgados: AgRg no REsp 1.128.042/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 23.08.2013; AgRg no Ag 1.337.260/PR, Primeira Turma, Min. Benedito Gonçalves, DJe 13.09.2011; REsp 890.930/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 14.06.2007; AgRg no REsp 1424680/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 09.04.2014; AgRg no AREsp 302.979/PR, Segunda Turma, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 05.06.2013; AgRg no Ag 1.392.493/RJ, Segunda Turma, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 01.07.2011; AgRg no REsp 893.725/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 08.05.2009.

No caso, trata-se de ação buscando a reintegração ao cargo público, cujo prazo prescricional deve seguir o mesmo regramento das ações indenizatórias, porquanto a causa de pedir também decorre da violação de direitos fundamentais perpetrada durante o regime militar.

Vale salientar que a 1ª Seção desta Corte, ao julgar o já citado EREsp 816.209/RJ, de Relatoria da Ministra Eliana Calmon, afastou expressamente a tese de que a imprescritibilidade, nesse tipo de ação, alcançaria apenas os pleitos por dano moral, invocando exatamente a natureza fundamental do direito protegido para estender a imprescritibilidade também às ações por danos patrimoniais, o que deve ocorrer, do mesmo modo, em relação aos pleitos de reintegração a cargo público.

De fato, o retorno ao serviço público, nessa perspectiva, corresponde a reparação intimamente ligada ao princípio da dignidade humana, porquanto

o trabalho representa uma das expressões mais relevantes do ser humano, sem o qual o indivíduo é privado do exercício amplo dos demais direitos constitucionalmente garantidos.

José Afonso da Silva ensina que importante lição sobre o tema:

O art. 6º define o trabalho como direito social, mas nem ele nem o art. 7º trazem norma expressa conferindo o direito ao trabalho. Este, porém, ressaí do conjunto de normas da Constituição sobre o trabalho. Assim, no art. 1º, IV, se declara que a República Federativa do Brasil tem como fundamento, entre outros, os valores sociais do trabalho; o art. 170 estatui que a ordem econômica funda-se na valorização do trabalho; e o art. 193 dispõe que a ordem social tem como base o primado do trabalho. *Tudo isso tem o sentido de reconhecer o direito social ao trabalho, como condição da efetividade da existência digna (fim da ordem econômica) e, pois, da dignidade da pessoa humana, fundamento, também, da República Federativa do Brasil.* E aqui se encontram o direito individual ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, à orientação e formação profissionais, à livre escolha do trabalho, assim como o direito à relação de emprego (art. 7º, I) e o seguro desemprego, que visam, todos, entre outros, à melhoria das condições sociais dos trabalhadores. (Curso de Direito Constitucional Positivo, 38ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 292, destaque meu)

Alexandre de Moraes, ao analisar o direito ao trabalho frente ao princípio da dignidade humana, leciona que “é através do trabalho que o homem garante sua subsistência e o crescimento do país, prevendo a Constituição, em diversas passagens, a liberdade, o respeito, e a dignidade ao trabalhador (por exemplo: CF, arts. 5º, XIII; 6º; 7º; 194/204)” (*Direitos Humanos Fundamentais*, 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2016, p. 49).

Diante desse quadro, a compreensão que melhor enaltece as balizas centrais da Constituição da República aponta no sentido de não incidir a prescrição para as pretensões de reintegração a cargo público quando o afastamento foi motivado pelos atos de exceção praticados durante o regime militar, como na espécie, em que restou reconhecido pelo Ministério da Justiça ao declarar o Recorrente como anistiado político (fls. 1.062/1.064e).

Vale ressaltar, contudo, que a imprescritibilidade da ação que visa reparar danos provocados pelos atos de exceção não implica o afastamento da prescrição quinquenal sobre as parcelas eventualmente devidas ao Autor.

Não se deve confundir imprescritibilidade da ação de reintegração com imprescritibilidade dos efeitos patrimoniais e funcionais dela decorrentes, sob

pena de prestigiar a inércia do Autor, o qual poderia ter buscado seu direito desde a publicação da Constituição da República.

Essa compreensão, inclusive, restou estampada no art. 6º, § 6º, da Lei n. 10.559/02, *in verbis*:

Art. 6º O valor da prestação mensal, permanente e continuada, será igual ao da remuneração que o anistiado político receberia se na ativa estivesse, considerada a graduação a que teria direito, obedecidos os prazos para promoção previstos nas leis e regulamentos vigentes, e asseguradas as promoções ao oficialato, independentemente de requisitos e condições, respeitadas as características e peculiaridades dos regimes jurídicos dos servidores públicos civis e dos militares, e, se necessário, considerando-se os seus paradigmas.

(...)

§ 6º Os valores apurados nos termos deste artigo poderão gerar efeitos financeiros a partir de 5 de outubro de 1988, considerando-se para início da retroatividade e da prescrição quinquenal a data do protocolo da petição ou requerimento inicial de anistia, de acordo com os arts. 1º e 4º do Decreto n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932.

Assim, são imprescritíveis as ações de reintegração a cargo público decorrentes de perseguição, tortura e prisão, praticadas durante o regime militar, por motivos políticos, ficando, contudo, eventuais efeitos retroativos, sujeitos à prescrição quinquenal.

Isto posto, *dou provimento* ao recurso especial, para, afastada a prescrição, nos termos da fundamentação, determinar o retorno dos autos ao tribunal de origem para que prossiga no julgamento da demanda, como entender de direito.

É o voto.

RECURSO ORDINÁRIO N. 179-RJ (2017/0018246-6)

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Recorrente: Município do Rio de Janeiro

Procurador: Andre Leal Faoro e outro(s) - RJ051671

Recorrido: República Argelina Democrática e Popular

Advogado: Maria da Conceição Maia Awwad e outro(s) - DF010075

EMENTA

Tributário. Processual Civil. Recurso ordinário. Art. 105, II, *c*, da CF/88. Execução fiscal ajuizada por Município em face de Estado estrangeiro. Taxa de Coleta Domiciliar de Lixo (TCDL). Imunidade de jurisdição. Ausência de renúncia. Precedentes do STJ e do STF.

1. Tanto o STJ quanto o STF se orientam no sentido de que os Estados estrangeiros gozam de imunidade de jurisdição em matéria tributária, salvo expressa renúncia. Precedentes: *STJ - RO 185/RJ*, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2017 e *RO 142/RJ*, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 24/11/2016; *STF - ACO 623 AgR*, Rel. Ministro Edson Fachin, Primeira Turma, DJe 24/11/2015.

2. Na espécie, não tendo havido renúncia expressa da República da Argélia no tocante à imunidade da jurisdição executória, correta a sentença recorrida que extinguiu a execução fiscal.

3. Recurso ordinário a que se nega provimento.

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, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa (Presidente), Gurgel de Faria, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de agosto de 2018 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 28.8.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Trata-se de recurso ordinário interposto pelo *Município do Rio de Janeiro*, desafiando sentença proferida pelo juízo da Sexta Vara de Execução Fiscal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, que

julgou extinta a execução fiscal que visava cobrar valores referentes à Taxa de Coleta Domiciliar de Lixo (TCDL), sob o fundamento de que não teria havido renúncia expressa da República da Argélia quanto à imunidade da jurisdição executória.

A parte recorrente, em suas razões, sustenta que: (I) o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria da imunidade relativa, pela qual apenas os atos de império estariam acobertados pela imunidade; (II) “o ato da utilização efetiva dos serviços públicos específicos municipais, gerador da cobrança das taxas e a propriedade de imóvel no território municipal, não se encontra situado na categoria de atos de império” (fl. 162); (III) “A própria Convenção de Viena excetua as taxas cobradas em pagamento de serviços específicos prestados da imunidade tributária” (fl. 163); (IV) “configura-se legítima a cobrança da TCDL em relação ao imóvel de propriedade da República Argeliana, por enquadrar-se na exceção à isenção tributária dos Estados Estrangeiros, conforme Convenção citada anteriormente” (fl. 164).

Não houve contrarrazões (fl. 168).

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar, restituiu os autos sem apreciação do mérito da causa (fls. 176/180).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): A controvérsia diz com a possibilidade de a parte recorrente, o Município do Rio de Janeiro, interpor o recurso ordinário previsto no art. 105, II, *c*, da CF/88, em face de sentença que julgou extinta a execução fiscal que visava cobrar valores referentes à Taxa de Coleta Domiciliar de Lixo (TCDL), sob o fundamento de que não teria havido renúncia expressa da República da Argélia quanto à imunidade da jurisdição executória.

Sobre o tema, as Turmas que compõem a Primeira Seção orientam-se no sentido de que os Estados estrangeiros gozam de imunidade de jurisdição em matéria tributária, salvo expressa renúncia.

Confirmam-se os julgados:

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal de Município contra Estado estrangeiro. Convenções de Viena de 1961 e de 1963. Taxa de Coleta de Lixo

e Limpeza Pública (TCLLP) e Taxa de Iluminação Pública (TIP). Imunidade de jurisdição. Condenação ao pagamento de honorários advocatícios. Ausência de interesse recursal.

1. Encontra-se pacificado na jurisprudência do STJ o entendimento de que os Estados estrangeiros possuem imunidade tributária e de jurisdição, segundo os preceitos das Convenções de Viena de 1961 (art. 23) e de 1963 (art. 32), que concedem isenção sobre impostos e taxas, ressalvadas aquelas decorrentes da prestação de serviços individualizados e específicos que lhes sejam prestados (RO 102/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 1º/7/2010; RO 45/RJ, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 28/11/2005, p. 240; EDcl no RO 43/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 14.4.2008).

2. Não bastasse isso, a Taxa de Coleta de Lixo e Limpeza Pública (TCLLP) e a Taxa de Iluminação Pública (TIP) do Município do Rio de Janeiro foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes: AI 487.088/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 18/06/2004; RE n. 233.332-6/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 10/03/1999 e RE n. 256.588-1/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 16/04/2004.

3. Quanto à exclusão da condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, não está caracterizado o interesse processual, pois o órgão julgador das instâncias de origem acolheu os Embargos de Declaração para dispensar o pagamento da verba honorária, ao argumento de que não se instaurou a triangularização da relação processual.

4. Recurso Ordinário parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(RO 185/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2017)

Processual Civil e Tributário. Recurso ordinário. Execução fiscal. IPTU, Taxa de Coleta de Lixo e Limpeza Pública e Taxa de Iluminação Pública. Estado estrangeiro. Imunidade absoluta em matéria tributária.

1. O Estado estrangeiro goza de imunidade de jurisdição do Estado em matéria tributária. Precedentes do STF e do STJ.

2. Prevalece no STF a orientação de que, “salvo renúncia, é absoluta a imunidade do Estado estrangeiro à jurisdição executória” (ACO 543 AgR, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 24.11.2006). Por essa razão, como decidido pelo Ministro Gilmar Mendes, Relator da ACO 645, se a existência da demanda for comunicada ao estado estrangeiro, e este não renunciar expressamente à imunidade de jurisdição, o processo deve ser extinto sem resolução de mérito.

3. *In casu*, o estado estrangeiro foi citado para defender-se no feito executivo e, via exceção de pré-executividade, sustentou a inexigibilidade do débito cobrado em face da imunidade de jurisdição, de modo que não há como subsistir a execução fiscal.

4. Recurso ordinário não provido.

(RO 142/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 24/11/2016)

Essa linha de compreensão decorre do entendimento sufragado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, que só ressalva a imunidade tributária se o Estado estrangeiro a ela expressamente renunciar. Nesse sentido:

Agravo regimental em ação cível originária. Execução fiscal promovida pela União contra Estado estrangeiro. Imunidade de execução. Convenções de Viena de 1961 e 1963.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de se reconhecer a imunidade absoluta do Estado estrangeiro relativamente a processos de execução fiscal, salvo expressa renúncia, em observância às Convenções de Viena de 1961 e 1963.

2. Precedentes.

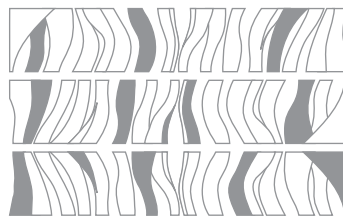
3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(ACO 623 AgR, Relator(a): Min. Edson Fachin, Primeira Turma, julgado em 10/11/2015, Acórdão Eletrônico DJe-236 divulg 23/11/2015 public 24/11/2015)

Na espécie, não tendo havido renúncia expressa da República da Argélia no tocante à imunidade da jurisdição executória, correta a sentença recorrida que extinguiu a execução fiscal.

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso ordinário.

É o voto.



Segunda Turma

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 667.867-SP (2015/0041944-0)

Relator: Ministro Og Fernandes

Agravante: Ministério Público Federal

Agravado: Fertimport S/A

Advogados: Lea Cristina Freschet Sammarco e outro(s) - SP041225

Marcus Vinicius de Lucena Sammarco - SP139612

EMENTA

Direito Ambiental. Agravo em recurso especial. Responsabilidade civil. Inexistência de dissídio. Não há similitude entre os julgados. Princípio da insignificância. Inaplicável em sede de responsabilidade civil ambiental. Derramamento de óleo. Poluição. Degradação ambiental.

1. Não há falar em dissídio pretoriano, tendo em vista que inexistente similitude apta a ensejar a divergência. Ambos os julgados foram decididos com base nas peculiaridades fáticas da espécie.

2. O princípio da insignificância não possui substrato teórico apto a viabilizar a sua incidência na esfera da responsabilidade civil ambiental. Toda conduta de degradação ambiental lesiona o bem jurídico tutelado, pois a defesa de nossas biotas perpassa pela prevenção e preservação, logo, por mais que o dano seja ínfimo (baixa destruição da biota), a lesão à educação socioambiental afasta o requisito da mínima lesividade da conduta.

3. O bem ambiental é imensurável, não tem valor patrimonial, trata-se de um bem difuso, essencial à coletividade. Dessa forma, a violação da norma ambiental e do equilíbrio sistêmico não comporta a ideia de inexpressividade da conduta para aplicação do princípio da insignificância, pois o interesse protegido envolve toda a sociedade e, em nome do bem-estar desta, é que deve ser aplicada.

4. Em qualquer quantidade que seja derramamento de óleo é poluição, seja por inobservância dos padrões ambientais (inteligência do art. 3º, III, “e”, da Lei n. 6.938/1981, c/c o art. 17 da Lei n. 9.966/2000), seja por conclusão lógica dos princípios da solidariedade,

dimensão ecológica da dignidade humana, prevenção, educação ambiental e preservação das gerações futuras.

5. Reconhecido o dano e o nexo causal caberia ao Tribunal *a quo*, ante as circunstâncias fáticas do caso concreto, lastreado na razoabilidade e proporcionalidade, tangenciar a lesividade da conduta e arbitrar um valor justo as peculiaridades da causa.

6. Recurso especial provido para reconhecer a inaplicabilidade do princípio da insignificância em matéria de responsabilidade civil ambiental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães, Francisco Falcão (Presidente) e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 23.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de agravo em recurso especial manejado contra decisão que negou seguimento ao apelo nobre sob os seguintes fundamentos (e-STJ, fls. 781-782):

Recurso tempestivo, além de estarem preenchidos os requisitos genéricos do art. 541 do CPC. Devidamente atendidos os requisitos do esgotamento das vias ordinárias e do prequestionamento.

O Superior Tribunal de Justiça entende aplicável o princípio da insignificância aos danos ambientais de pequena monta, conforme ilustra a seguinte ementa:

Agravo regimental em recurso especial Crime contra o meio ambiente. Art. 34 da Lei n. 9.605/1998. Pesca em período proibido. Atipicidade material.

Ausência de efetiva lesão ao bem protegido pela norma. Irrelevância penal da conduta. Princípio da insignificância. Aplicação.

1. Esta Corte Superior, em precedentes de ambas as Turmas que compõem a sua Terceira Seção, tem admitido a aplicação do princípio da insignificância quando demonstrada, a partir do exame do caso concreto, a ínfima lesividade ao bem ambiental tutelado pela norma. Precedentes.

2. Muito embora a tutela penal ambiental objetive proteger bem jurídico de indiscutível valor social, sabido que toda intervenção estatal deverá ocorrer com estrita observância dos postulados fundamentais do Direito Penal, notadamente dos princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima.

3. A aplicação do princípio da insignificância (ou a admissão da ocorrência de um crime de bagatela) reflete o entendimento de que o Direito Penal deve intervir somente nos casos em que a conduta ocasionar lesão jurídica de certa gravidade, permitindo a afirmação da atipicidade material nos casos de perturbações jurídicas mínimas ou leves, consideradas também em razão do grau de afetação da ordem social que ocasionem.

4. Na espécie, ainda que a conduta do apenado atenda tanto à tipicidade formal (pois constatada a subsunção do fato à norma incriminadora) quanto à subjetiva, haja vista que comprovado o dolo do agente, não há como reconhecer presente a tipicidade material, na medida em que o comportamento atribuído não se mostrou suficiente para desestabilizar o ecossistema.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ - Quinta Turma - AgRg no REsp 1263500/SC - Relator Ministro Jorge Mussi - j. 12.08.2014)

De outra parte, a controvérsia em torno da existência do dano ambiental e seu dimensionamento para efeito de aplicação de sanções ao respectivo autor é questão de ordem fática, que implica o revolvimento do quadro probatório, vedado pela Súmula 07 do Superior Tribunal de Justiça.

Contraminuta apresentadas às e-STJ, fls. 826-835.

O recorrente, na peça de agravo em recurso especial, pondera que a questão fática foi totalmente delimitada pelo aresto combatido, restando incontroverso o derramamento de óleo e, conseqüentemente, a existência do dano ambiental. Logo, o debate consiste eminentemente em matéria de direito – possibilidade da aplicação do princípio da insignificância na seara da indenização por dano ambiental.

Ademais, impugnou de maneira específica os fundamentos da decisão de admissibilidade do recurso especial (e-STJ, fls. 787-806), razão pela qual conheço e dou provimento ao agravo, passando a julgar o recurso especial.

Trata-se de recurso especial manejado pelo Ministério Público Federal, com fulcro no art. 105, III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado (e-STJ, fls. 614-615):

Processual Civil. Ação civil pública. Danos ambientais. Vazamento de óleo de navio internacional. Legitimidade do agente marítimo. Lei n. 9.966/00. Desnecessidade de prova pericial. Existência de dano. Derramamento de 10 litros de óleo. Insignificância. Improcedência do pedido.

I - Conquanto não traga a questão como matéria preliminar, diz a ré, Fertimport S/A, que não pode ser responsabilizada pelo vazamento de óleo do navio “Samos Sky”, de bandeira liberiana. Acontece que o agente marítimo, como representante da empresa armadora estrangeira na localidade, torna-se responsável pelos danos ambientais decorrentes do vazamento de óleo, nos termos do artigo 25, § 1º, I, da Lei n. 9.966/00. Precedente: TRF 3ª Região, AC n. 02054726819984036104, 6ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, j. 19.04.2012, e-DJF3 26.04.2012.

II - Incontroverso que houve vazamento de óleo do navio, fato demonstrado pelos inúmeros documentos acostados aos autos, tais como: Relatório de Inspeção (fls. 23), Comunicação Inicial de Incidente (fls. 24), Registro Diário de Ocorrências (fls. 21/30), Planilha de Dados e Informações da Capitania dos Portos (fls. 29/41), depoimentos testemunhais colhidos em juízo (fls. 210/215), dentre outros.

III - O documento elaborado pela Capitania dos Portos de São Paulo anota que “De acordo com o Laudo n. 1341/2002/CBx-S da Companhia de Tecnologia de Saneamento Básico - CETESB, em 08/11/2002, por volta das 14:00h, em diligência no armazém 13 deste Porto, foi constatado um vazamento de óleo, na saída do duto do tanque de lastro do navio “Samos Sky”, localizada na aleta de boreste. O fluxo de saída do óleo não era constante, porém brotava em pequenas bolhas. Foi constatado ainda, que os responsáveis pelo navio conseguiram estancar o vazamento e o produto derramado, estimado em 10 (dez) litros, sendo removido através de procedimentos de contenção e recolhimento desenvolvidos pela CODESP. O óleo derramado ficou contido nas proximidades do navio, não sendo verificado a presença deste em áreas de mangue e ou praias próximas, assim como, não houve grandes danos a biota marinha. Conclui-se que o impacto ambiental decorrente deste vazamento de pequenas proporções, face à quantidade de litros derramados, foi pontual e restringiu-se ao local do certame” (fls. 35/36).

IV - A prova pericial foi indeferida por ser desnecessária. Contra esta decisão não foi interposto o recurso adequado, operando-se a preclusão.

V - Ao contrário do entendimento firmado em sentença, o dano é concreto, porém, insignificante. De acordo com a Lei n. 6.938/81, para que o derramamento de óleo seja poluente é preciso que prejudique a saúde, a segurança e o bem-estar da população, crie condições adversas às atividades sociais e econômicas, afete desfavoravelmente a biota, afete as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente ou lance matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

VI - No caso em apreço foi atestado que “o óleo derramado ficou contido nas proximidades do navio, não sendo verificada a sua presença em áreas de mangue e/ou praias próximas, assim como, não houve mortandade de organismos, tais como peixes, crustáceos e outros” (fls. 54/55).

VII - A quantidade de óleo derramado (10 litros) revelou-se insignificante para a aplicação de sanção civil à ré, em que pese a empresa ter sido multada no âmbito administrativo em R\$ 47.719,63 (quarenta e sete mil setecentos e dezenove reais e sessenta e três centavos).

VIII - Configuram-se requisitos para a incidência do princípio da insignificância a mínima ofensividade da conduta e a inexpressividade da lesão jurídica provocada, levando-se em conta as circunstâncias do caso concreto. Tais requisitos encontram-se presentes na hipótese, porquanto além da pouca quantidade de óleo derramado, a conduta positiva dos responsáveis pelo navio evitou o espalhamento da substância e possibilitou o seu recolhimento e remoção, não chegando a afetar áreas de mangue e nem de praias próximas e tampouco afetando a biota marinha.

IX - Precedentes desta E. Corte.

X - Apelações improvidas.

O recorrente afirma que o Tribunal *a quo*, ao aplicar o princípio da insignificância, sob o fundamento de que o derramamento de ínfima quantidade de óleo não é poluente, divergiu de julgado desta Segunda Turma – REsp 1.367.923/RJ – cuja tese jurídica é a de que “a degradação ao meio ambiente dá ensejo ao dano moral coletivo em vista da ameaça de danos à sociedade” (e-STJ, fl. 698).

Pondera que o entendimento externado no aresto combatido mitiga o real alcance da responsabilidade civil ambiental. Dessa forma, deve ser reformado para garantir o amplo alcance de importante instituto.

Alega, no recurso especial, que o aresto impugnado negou vigência, inicialmente, à previsão do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981, pois aplicou

o princípio da insignificância – fruto de estudo de política criminal – na esfera reparatória da responsabilidade ambiental. Nesse sentido, assevera que “a aplicação do princípio da insignificância na seara da indenização por dano ambiental mostra-se absolutamente desarrazoada, tendo em vista que o bem juridicamente tutelado é de extrema relevância e os titulares são indeterminados [...]” (e-STJ, fl. 689).

Aduz, ainda, que, apesar de um pequeno vazamento não ser crítico por si só, quando computado o acumulado dos sucessivos pequenos vazamentos o prejuízo é somatizado adquirindo proporções descomunais.

Sustenta, também, que a decisão violou a previsão do art. 3º, III, da Lei n. 6.938/1981, porquanto o derramamento de qualquer quantidade caracteriza poluição na inteligência do referido diploma legal.

Argumenta, em síntese, que “a poluição do estuário por dez litros de óleo é dotada de ofensividade, periculosidade social, reprovabilidade e expressiva lesão jurídica ao meio ambiente tutelado, não ensejando sequer a hipotética aplicação do princípio [da insignificância] em comento” (e-STJ, fl. 693).

Salienta que a incidência do princípio da insignificância na espécie vulnera outros princípios de igual estatura: princípio da restauração, da recuperação e da reparação do meio ambiente.

Assevera que o aresto impugnado vulnerou o disposto nos art. 17 da Lei n. 9.966/2000, pois, ao reconhecer o dano e o nexo de causalidade, o Tribunal *a quo* deveria ter reconhecido também a indenização, em razão da responsabilidade objetiva.

Pleiteia o provimento do recurso para que o aresto impugnado seja reformado, a fim de reconhecer a inaplicabilidade do princípio da insignificância na espécie. Essa é a interpretação lógico-sistêmica do pedido, entendimento cristalino na petição recursal (e-STJ, fls. 688-701):

Cinge-se o presente recurso à análise da aplicação do princípio da insignificância na seara dos direitos difusos indisponíveis. É imperioso ressaltar a preponderância da Constituição Federal e da Política Nacional do Meio Ambiente sobre tal construção doutrinária em matéria ambiental. [...]

Veja-se portanto, que, a *contrario sensu*, ***a aplicação do princípio da insignificância, na seara da indenização por dano ambiental, mostra-se absolutamente desarrazoada***, tendo em vista que o bem juridicamente tutelado, é de extrema relevância” e os titulares são indeterminados, compreendendo também as futuras gerações conforme, expressa redação da Constituição Federal de 1988 [...]

Contrarrazões apresentadas às e-STJ, fls. 747-761.

Parecer do Ministério Público Federal (e-STJ, fls. 860-861) pelo conhecimento e provimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): O acórdão proferido na origem foi publicado na vigência do CPC/1973, razão pela qual os requisitos de admissibilidade do apelo nobre devem seguir a sistemática processual correspondente, nos termos do Enunciado administrativo n. 2/STJ, com o seguinte teor:

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.

I – Da divergência pretoriana

O recorrente sustenta que o acórdão questionado divergiu do entendimento adotado pela Segunda Turma nos autos do REsp 1.367.923/RJ, cuja ementa segue transcrita:

Administrativo e Processual Civil. Violação do art. 535 do CPC. Omissão inexistente. Ação civil pública. Dano ambiental. Condenação a dano extrapatrimonial ou dano moral coletivo. Possibilidade. Princípio *in dubio pro natura*.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. A Segunda Turma recentemente pronunciou-se no sentido de que, ainda que de forma reflexa, a degradação ao meio ambiente dá ensejo ao dano moral coletivo.

3. Haveria contra sensu jurídico na admissão de ressarcimento por lesão a dano moral individual sem que se pudesse dar à coletividade o mesmo tratamento, afinal, se a honra de cada um dos indivíduos deste mesmo grupo é afetada, os danos são passíveis de indenização.

4. As normas ambientais devem atender aos fins sociais a que se destinam, ou seja, necessária a interpretação e a integração de acordo com o princípio hermenêutico *in dubio pro natura*.

Recurso especial improvido.

(REsp 1.367.923/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 27/8/2013, DJe 6/9/2013)

Afirma que, no acórdão recorrido, se decidiu pela tese de que o vazamento de óleo só é poluente quando implicar prejuízo à saúde, à segurança e ao bem-estar da população. Sustenta dissídio com o julgado supracitado, pois a Segunda Turma considerou que qualquer degradação ao meio ambiente enseja, por si só, dano moral coletivo em vista da ameaça de danos à sociedade.

Inicialmente, destaco que, o apelo nobre, não merece conhecimento no tocante ao dissídio jurisprudencial alegado.

O provimento do recurso especial pela alínea “c” do permissivo constitucional pressupõe uma mesma situação fática com solução jurídica diversa, nesse aspecto os fatos devem guardar similitude e apenas a subsunção normativa é que diverge em ambas as decisões.

Ocorre que, na espécie, o aresto impugnado trata do reconhecimento de dano ambiental em razão do derramamento de 10 litros de óleo e, conseqüentemente, a aplicação do princípio da insignificância. Entretanto, o paradigma colacionado refere-se ao armazenamento inadequado de produtos fibrocimento (amianto) e, conseqüentemente, a possibilidade de condenar o responsável pela degradação ao pagamento de indenização relativa a dano extrapatrimonial ou a dano moral coletivo.

Observa-se, da leitura das ementas, observa-se que, tanto no contexto fático como no mérito propriamente dito, os elementos centrais diferem nos dois julgados.

Nesse toar:

Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Submissão à regra prevista no Enunciado Administrativo 3/STJ. Execução fiscal. Fraude à execução. Especial eficácia vinculativa do acórdão proferido no REsp 1.141.990/PR. Divergência jurisprudencial. Ausência de cotejo analítico.

1. A Primeira Seção/STJ, ao apreciar o REsp 1.141.990/PR (Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 19.11.2010), aplicando a sistemática prevista no art. 543-C do CPC/1973, pacificou entendimento no sentido de que: 1) “A lei especial prevalece sobre a lei

geral (*lex specialis derogat lex generalis*), por isso que a Súmula n. 375 do Egrégio STJ não se aplica às execuções fiscais”; 2) “a alienação efetivada antes da entrada em vigor da LC n. 118/2005 (09.06.2005) presumia-se em fraude à execução se o negócio jurídico sucedesse a citação válida do devedor; posteriormente à 09.06.2005, consideram-se fraudulentas as alienações efetuadas pelo devedor fiscal após a inscrição do crédito tributário na dívida ativa”; 3) “a diferença de tratamento entre a fraude civil e a fraude fiscal justifica-se pelo fato de que, na primeira hipótese, afronta-se interesse privado, ao passo que, na segunda, interesse público, porquanto o recolhimento dos tributos serve à satisfação das necessidades coletivas”.

2. “Para a admissibilidade do recurso especial, na hipótese da alínea ‘c’ do permissivo constitucional, é imprescindível a indicação das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, mediante o cotejo dos fundamentos da decisão recorrida com o acórdão paradigma, a fim de demonstrar a divergência jurisprudencial existente (arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ)” (AgRg no AREsp 733.241/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20/8/2015, DJe 28/8/2015).

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1.158.378/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 20/2/2018, DJe 26/2/2018)

Dessa forma, não se conhece do recurso especial pelo dissídio jurisprudencial quando houver substancial diferença entre a cognição exercida no paradigma e a cognição exercida na hipótese, justamente porque são distintas as premissas fáticas em que se assentam os julgados sob comparação.

II – Da responsabilidade ambiental

O recorrente pleiteia a declaração de inaplicabilidade do princípio da insignificância em matéria ambiental. De forma específica, aduz que o referido princípio destoa da teleologia normativa insculpida no art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981.

Nesse aspecto, pondera, em razão da responsabilidade objetiva, uma vez reconhecido o dano e o nexo causal torna-se imperioso o arbitramento da indenização.

Na realidade dos autos, bem delimitada no aresto combatido, cuida-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em conjunto com o Ministério Público Federal objetivando o ressarcimento do dano ambiental causado pelo navio graneleiro “Samos Sky” de bandeira

liberiana, propriedade da Pulse Transport Corporation e cujo agenciamento marítimo deu-se por meio da ré Fertimport S.A., que se encontrava atracado ao Cais do Armazém 13 no Porto de Santos.

Ocorre que o supracitado navio, no dia 8/11/2002, por volta das 12:30h, sofreu um vazamento de óleo bunker no estuário de Santos.

O Juízo de piso julgou a sentença como improcedente, tendo em vista que, apesar do vazamento, não houve dano concreto ao meio ambiente. O Tribunal de origem, em apelação, reconheceu a existência concreta do dano ao meio ambiente, porém, considerou que a ínfima quantidade de óleo derramado não implica poluição, tendo em vista a ausência de prejuízo à saúde, à segurança e ao bem estar da população.

Dessa forma, o aresto impugnado considerou que “a quantidade de óleo derramado (10 litros) revelou-se insignificante para aplicação da sanção civil à ré” (e-STJ, fl. 610).

É o que depreende-se do seguinte excerto (e-STJ, fls. 608-609 e 612):

Na hipótese, como acima dito, **o derramamento de óleo é fato incontroverso**. O documento elaborado pela Capitania dos Portos de São Paulo.

[...]

Diante disso, ao contrário do que entendeu a zelosa magistrada, **o caso em apreço não versa sobre dano hipotético, potencial, mas sim de dano concreto, efetivo**.

[...]

Porém, **a par da existência do dano**, não se pode deixar de observar a ínfima quantidade de óleo derramado e a inexistência de organismos biológicos afetados, o que leva à aplicação do princípio da insignificância.

[...]

Não desconheço a existência de corrente doutrinária e jurisprudencial no sentido de que se mostra inaplicável o princípio da insignificância em matéria de dano ambiental por força da indisponibilidade do bem jurídico tutelado, porém, reconheço que, no caso concreto, aduzido bem mostra-se de pequena ou nenhuma relevância.

Na espécie o derramamento de óleo é fato incontroverso assim como o dano fica caracterizado como concreto. Nesse aspecto, tanto a conduta mencionada como o efetivo dano decorrente desta conduta foram explicitamente reconhecidos pelo aresto impugnado.

Na jurisprudência do STJ, “a responsabilidade civil pelo dano ambiental, qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios poluidor-pagador, da reparação *in integrum*, da prioridade da reparação *in natura* e do favor *debilis*” (REsp 1.454.281/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 9/9/2016).

Assim, em questões ambientais, deve haver a preponderância dos princípios da precaução e do poluidor pagador, insculpidos em nosso ordenamento jurídico, de modo a preservar a teleologia constitucional – art. 225 da Carta Maior – de que todos temos direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Dessa forma, há de considerar-se que a responsabilização civil ambiental é objetiva, pois fundada na teoria do risco integral. Logo, a consubstanciação do dano na conduta por meio do nexos causal é fator preponderante que decorre do risco da atividade – o perigo incutido no exercício econômico. Assim sendo, reconhecido o dano e o nexos causal com a conduta gravosa, a responsabilidade é inescusável, não incidindo causa excludente.

A propósito, colaciono o recurso repetitivo norteador da matéria:

Responsabilidade civil por dano ambiental. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Danos decorrentes do rompimento de barragem. Acidente ambiental ocorrido, em janeiro de 2007, nos Municípios de Miraf e Muriaé, Estado de Minas Gerais. Teoria do risco integral. Nexos de causalidade.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil:

a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexos de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar;

[...]

2. No caso concreto, recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1.374.284/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 27/8/2014, DJe 5/9/2014)

Entretanto, conforme depreende-se dos autos, o aresto combatido foi prolatado com substrato teórico distinto. A responsabilidade civil ambiental foi afastada, não em função do reconhecimento de uma excludente, mas em razão da baixa relevância da conduta gravosa, desqualificada como ação apta a produzir dano ambiental.

A teoria da mínima significância da conduta, amplamente reconhecida na esfera penal, fulmina a tipicidade da conduta. Ocorre que o famigerado princípio da insignificância alberga o entendimento consequencialista cujo pressuposto é que, sendo o direito penal a *ultima ratio*, determinada conduta, apesar de ser formalmente ilícita, é materialmente incapaz de atingir o bem jurídico tutelado.

Cumprе estabelecer se a supracitada teoria encontra guarita na seara da responsabilidade civil ambiental.

III – Da incidência do princípio da insignificância como elemento apto a descaracterizar a responsabilidade civil ambiental

Não se olvidou na espécie a reiterada aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais, onde o magistrado ao realizar a subsunção da norma penal ao caso concreto percebe que não se mostram presentes os vetores de conduta minimamente ofensiva. Dessa forma, em razão da ausência de periculosidade do agente e do reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, concluiu-se que a lesão ao bem jurídico foi inexpressiva.

Para verificar a compatibilidade dos institutos – responsabilidade civil ambiental e princípio da insignificância –, em simples técnica de adequação, podemos buscar uma aplicação dos critérios aptos a viabilizar a aplicação principiológica.

Quando transportamos os critérios supracitados para o caso fático percebemos que a conduta foi minimamente ofensiva, pois o derramamento isolado de 10 litros de óleo é menos ofensivo do que um vazamento de grandes quantidades. Logo, resta preenchido o primeiro requisito.

No tocante à periculosidade do agente, o exercício hermenêutico exige uma análise das peculiaridades fáticas – em específico quanto à conduta reiterada e demais aspectos subjetivos inculcados no espectro fático-probatório. Ocorre que a referida análise é inviável por força do verbete sumular número 7 do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

Nesse aspecto, limitado pelo contexto fático-probatório exalado no aresto combatido, resta considerar preenchido o segundo requisito.

Entretanto, no que atine o terceiro requisito, conduta minimamente ofensiva, há de se considerar que os valores tutelados pela norma não têm caráter patrimonial e visando, exclusivamente, a conservação da biota e a educação socioambiental.

Não se olvidou que parcela da doutrina considera possível aplicar o princípio da insignificância a bens jurídicos distintos do patrimônio. Porém, no presente caso, cumpre estabelecer se a conduta realmente é minimamente ofensiva a conservação da biota e a educação socioambiental. E adiante desde logo que não é.

No tocante à conservação da biota, um pequeno vazamento, mesmo não sendo extensivo, produz um mínimo efeito direto na biota. Ademais, os efeitos indiretos, decorrentes da negligência em reprimir, podem provocar um comportamento sistêmico de mitigação dos riscos da atividade – nitidamente prejudiciais à conservação da biota. Mesmo os derramamentos mais modestos – até porque são mais frequentes – contribuem muito para a deterioração da biota, fazendo-se necessária a coibição e a prevenção de todo tipo de ação/omissão degradante ao meio ambiente, mesmo as mais singulares, como a narrada nos autos. Em igual sentido, sob o prisma da educação socioambiental, é impossível considerar a conduta como minimamente ofensiva.

É imperioso frisar que pequenas práticas contra o meio ambiente embora pareçam irrelevantes, se reiteradas ou em conjunto com outras, poderão conduzir a danos irreparáveis e incalculáveis, em médio e longo prazo.

Assim, a tutela ao meio ambiente tem caráter preventivo e punitivo, a fim de evitar danos futuros em face de um resultado imprevisível.

O bem ambiental é imensurável, não tem valor patrimonial, trata-se de um bem difuso, essencial à coletividade. Dessa forma, a violação da norma ambiental e do equilíbrio sistêmico não comporta a ideia de inexpressividade da conduta para aplicação do princípio da insignificância, pois o interesse protegido envolve toda a sociedade e em nome do bem-estar desta é que deve ser aplicada.

Logo, o princípio da insignificância é inaplicável à responsabilidade civil ambiental, uma vez que o bem jurídico tutelado é essencial à vida, à saúde de todos, de maneira que os possíveis danos ambientais, ainda que aparentam ser de pequena monta, podem causar consequências graves e nem sempre previsíveis.

Ora, impossível outro entendimento, tendo em vista que, na atividade em questão, é necessária a aplicação do princípio da prevenção, o conhecimento sobre os riscos que uma determinada atividade comporta, atribuindo um dever de vigilância e prevenção para evitar possíveis danos ao meio ambiente.

A propósito:

Processo Civil. Direito Ambiental. Ação civil pública para tutela do meio ambiente. Obrigações de fazer, de não fazer e de pagar quantia. Possibilidade de cumulação de pedidos Art. 3º da Lei 7.347/85. Interpretação sistemática. Art. 225, § 3º, da CF/88, arts. 2º e 4º da Lei 6.938/81, art. 25, IV, da Lei 8.625/93 e art. 83 do CDC. Princípios da prevenção, do poluidor-pagador e da reparação integral.

1. A Lei n. 7.347/85, em seu art. 5º, autoriza a propositura de ações civis públicas por associações que incluam entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

2. O sistema jurídico de proteção ao meio ambiente, disciplinado em normas constitucionais (CF, art. 225, § 3º) e infraconstitucionais (Lei 6.938/81, arts. 2º e 4º), está fundado, entre outros, nos princípios da prevenção, do poluidor-pagador e da reparação integral.

3. Deveras, decorrem para os destinatários (Estado e comunidade), deveres e obrigações de variada natureza, comportando prestações pessoais, positivas e negativas (fazer e não fazer), bem como de pagar quantia (indenização dos danos insuscetíveis de recomposição *in natura*), prestações essas que não se excluem, mas, pelo contrário, se cumulam, se for o caso.

[...]

(REsp 625.249/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15/8/2006, DJ 31/8/2006, p. 203)

Aplica-se esse princípio, quando o perigo é certo e quando existem elementos seguros para afirmar que uma determinada atividade é efetivamente perigosa. Na prática, o princípio da prevenção tem como objetivo impedir a ocorrência de danos ao meio ambiente, por meio da imposição de medidas acautelatórias, de atividades consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras.

Logo, a aplicação do princípio da insignificância ao caso acaba por negar vigência a outros princípios de estatura constitucional e infraconstitucional.

IV – Da efetiva caracterização da atividade poluidora

Cingi-se dos autos uma importante questão conceitual – a caracterização da atividade como poluidora –, depreendendo do aresto (e-STJ, fl. 609):

Para que o derramamento de óleo seja poluente e preciso que prejudique a saúde, a segurança e o bem-estar da população, crie condições adversas às atividades sociais e econômicas, afete desfavoravelmente a biota, afete as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente ou lance matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

Conforme o excerto supracitado, o Tribunal *a quo* não considera que um derramamento de pequena quantidade de óleo produz efeitos deletérios aos bens jurídicos afetados pela poluição, por esta razão afastou da conduta o caráter poluente.

Compreendo que a comprovação do vazamento de óleo, mesmo de pequena monta, importa prejuízo *in re ipsa*, pois, conforme supracitado, além de afetar a biota também implica a degradação ambiental, desconsiderando os padrões ambientais estabelecidos.

Nesse aspecto, sempre é bom lembrar as palavras do ilustre Professor e Ministro Luis Roberto Barroso, em obra intitulada “*Proteção do meio ambiente na Constituição Federal Brasileira*”, publicada na Revista Trimestral de Direito Público, edição n. 2, São Paulo:

No país da da malária, da seca, da miséria absoluta, dos menores de rua, do drama fundiário, dos sem-terra, por certo, existe espaço para mais uma preocupação moderna: a degradação ambiental. (BAROSSO, p. 59, 1993)

A preocupação com a degradação ambiental obriga o hermeneuta a realizar uma exegese que contemple pormenorizadamente a axiologia consubstanciada na norma.

É o que se colhe, também, da abalizada doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet, *Direito Constitucional Ambiental*, Ed. Revista dos Tribunais, 5ª edição:

Em outras palavras, pode-se dizer que, no compasso da evolução histórica dos direitos fundamentais, passou-se da perspectiva do indivíduo à da espécie humana, considerada inclusive em perspectiva futura, através da proteção jurídica dos interesses das futuras gerações. Assim como, das liberdades individuais migrou-se à solidariedade planetária. E, assim como os direitos liberais tem o seu alicerce normativo no princípio da liberdade e os direitos sociais são formatados sob a égide do princípio da igualdade, os direitos ditos de terceira dimensão, como é o caso do direito ambiental, encontrariam – segundo importante doutrina – o seu suporte normativo-axiológico no princípio (e dever) da solidariedade. (SARLET, p. 55, 2017)

Portanto, em observância à dimensão intergeracional do princípio (dever) da solidariedade, torna-se necessário consubstanciar as responsabilidades e deveres das gerações contemporâneas – geração de viventes –, de forma a resguardar as condições mínimas de existências para as pessoas que habitarão o planeta, devendo-se voltar o olhar para o futuro do nosso povo.

O reconhecimento da necessidade de preservação para as futuras gerações amplia a dimensão temporal do conceito de dignidade humana para as existências humanas futuras. Cuida-se da dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana.

Atualmente, pelas razões já referidas, pode-se dizer que os valores ecológicos tomaram assento definitivo no conteúdo do princípio da dignidade humana. Portanto, consolidou-se a formatação de uma dimensão ecológica da dignidade humana, que abrange a ideia em torno de um bem-estar ambiental – assim como o bem-estar social – indispensável a uma vida digna, saudável e segura.

Ademais, a dignidade humana é um conceito em permanente processo de reconstrução, quanto ao sentido do seu alcance, o que implica sua permanente abertura aos desafios postos pela vida social, econômica, política, cultural e ambiental, ainda mais em virtude do impacto da sociedade tecnológica e da informação.

Não se pode conceber uma vida digna sem um ambiente natural saudável e equilibrado.

Na espécie, considerar que um derramamento de óleo – independente da quantidade – não configura poluição ou degradação ambiental, implica distorção da regra disposta no art. 3º, III, da Lei n. 6.938/1981, assim como vilipêndio de todo o ordenamento jurídico ambiental.

Derramamento de óleo é poluição. Seja por inobservância dos padrões ambientais (inteligência do art. 3º, III, “e”, da Lei n. 6.938/1981, c/c o art. 17 da Lei n. 9.966/2000) seja por conclusão lógica na estrita observância dos princípios da solidariedade, dimensão ecológica da dignidade humana, prevenção, educação ambiental e preservação das gerações futuras.

Dificuldade maior reside no cômputo do valor hábil a prevenir e reparar o dano ocasionado.

De fato, averba Fábio Feldann, *apud* na colenda obra do doutrinador e Ministro Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, intitulada “*Dano ambiental: preservação, reparação e repressão*”, Revista dos Tribunais:

[...] não podem a humanidade e o próprio direito contentar-se em reparar e reprimir o dano ambiental. A degradação ambiental, como regra, é irreparável. Como reparar o desaparecimento de uma espécie? Como trazer de volta uma floresta de séculos que sucumbiu a violência do corte raso? Como purificar um lençóis freáticos contaminados por agrotóxicos. (FELDANN, p. 5, 1993)

Com efeito, muitos danos ambientais são compensáveis, mas, sob a ótica da ciência e da técnica, irreparáveis.

Nesse aspecto, caberia ao Tribunal *a quo*, ante as circunstâncias fáticas do caso concreto, lastreado na razoabilidade e proporcionalidade, tangenciar a lesividade da conduta e arbitrar um valor justo às peculiaridades da causa. Porém, independente da extensão, o reconhecimento do dano ambiental e do nexu causal com a conduta impõe categoricamente o arbitramento de uma indenização.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial, para reformar o acórdão recorrido, a fim de reconhecer a inaplicabilidade do princípio da insignificância em matéria de responsabilidade civil ambiental.

É como voto.

**AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 964.974-GO
(2016/0209721-4)**

Relator: Ministro Francisco Falcão

Agravante: Ministério Público do Estado de Goiás

Agravado: Wellington Martins Borges - ME

Advogado: José Jesus Garcia Santana e outro(s)

Agravado: CNV Servicos Ltda - ME

Advogado: Anna Paula Silva Mantana - Curador Especial - GO023054

Agravado: Silvano Batista da Silva

Advogada: Alzira Maria Marra e outro(s) - GO011537

Interes.: Município de Catalão

EMENTA

Administrativo. Ato de improbidade. Arts. 10 e 11 da Lei n. 8.429/92. Descumprimento de leis orçamentárias. Retenção de recursos públicos. Configuração do ato de improbidade. Acórdão em confronto com a jurisprudência desta Corte. Inexigibilidade de dolo específico. Dolo genérico. Presença de elemento subjetivo. Demais alegações. Afastamento pela Corte *a quo* com base na insuficiência probatória. Pretensão de reexame fático-probatório. Incidência do Enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

I - Sustenta-se, em síntese, que ex-vereador do Município de Catalão-GO foi eleito Presidente da Câmara Municipal de Catalão e, durante sua gestão 2001/2002, violou, nas contas relativas ao ano de 2001, o disposto no art. 29-A, inciso I, da Constituição Federal ao ultrapassar o limite constitucional de 8% do duodécimo, acima do permitido.

II - Alega-se que foram realizadas despesas desnecessárias como a locação de veículos de quatro empresas e contrato de divulgação de material em mídia impressa local, desembolsos ilegais e lesivos ao erário público municipal.

III - Como a decisão recorrida foi publicada sob a égide da legislação processual civil anterior, observam-se — em relação ao cabimento, processamento e pressupostos de admissibilidade dos recursos — as regras do Código de Processo Civil de 1973, diante do fenômeno da ultra-atividade e do Enunciado Administrativo n. 2 do Superior Tribunal de Justiça.

IV - O Ministério Público do Estado de Goiás alega que o então Presidente da Câmara Municipal de Catalão, apesar de contar com um duodécimo de R\$ 1.626.832,58 (um milhão, seiscentos e vinte e seis mil, oitocentos e trinta e dois reais e cinquenta e oito centavos), empenhou despesas no valor de R\$1.801.031,20 (um milhão, oitocentos e um mil, trinta e um reais e vinte centavos), ultrapassando o limite constitucional de 8% em R\$174.198,62 (cento e setenta e quatro mil, cento e noventa e oito reais e sessenta e dois centavos).

V - Sustentou, ainda, o Ministério Público Estadual que o ex-Presidente da Câmara Municipal reteve indevidamente recursos

públicos, conforme o seguinte trecho da petição inicial: “03. Interposto Recurso Ordinário pelo primeiro requerido contra o Acórdão n. 06089/02, o TCM negou provimento ao recurso conforme Acórdão 06536/02 de fls. 26/27 da Representação 147/2002. Além de gastar além do permitido, impende registrar que o primeiro requerido reteve na conta bancária da Câmara Municipal de Catalão, indevidamente, receitas no valor de R\$ 125.747,75 pertencentes ao Município de Catalão e não ao Poder Legislativo. Logo, as retenções de IRRF no valor de R\$ 113.551,39 e as indenizações e restituições decorrentes de alienação de bens R\$ 12.196,36 deveriam ter sido recolhidas à tesouraria do Município face ao disposto no artigo 56 da Lei n. 4.320/64”.

VI - O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso especial do Ministério Público Estadual.

VII - Relativamente à caracterização do ato como improbo, a Corte *a quo*, em ratificação dos fundamentos da sentença, assim consignou: “Mas, em que pese as assertivas do autor a inobservância ao limite constitucional imposto (art. 29-A, I), que no caso representa gasto de R\$122.689,91, não configura improbidade administrativa”.

VIII - O acórdão contraria a jurisprudência desta Corte quanto à configuração do ato de improbidade nos casos de descumprimento das leis orçamentárias.

IX - A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000) determina, no art. 73, que as infrações aos seus dispositivos serão punidas segundo a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992; e demais normas da legislação pertinente.

X - Também prevê a Lei de Responsabilidade Fiscal restrições às operações financeiras, exigindo a observância dos procedimentos estabelecidos por ela. Tais exigências reforçam as previsões contidas nos incisos VI e IX do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, que enunciam constituir ato de improbidade: “realizar operações financeiras sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea” e “ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento”.

XI - O exame das contas constitui tarefa nobre, complexa e abrangente atribuída aos Tribunais de Contas pela Constituição

Federal e legislação correlata, seja por sua singular relevância, por permitir à sociedade o conhecimento do resultado das atividades públicas, seja pela amplitude e profundidade da atividade realizada pelo Tribunal de Contas, que contribui para o aprimoramento da gestão pública.

XII - Em voto vista proferido no REsp 1.199.004/SC, o Exmo. Ministro Mauro Campbell Marques deixa clara a configuração de ato de improbidade no desrespeito pelos agentes políticos das exigências legais orçamentárias. É o que se confere do seguinte trecho: “É possível a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa na hipótese de prefeito ordenar o reembolso de despesas médicas aos moradores do município sem autorização legal e sem critérios técnicos e objetivos para definir o valor a ser pago a cada beneficiário, pois está caracterizado ao menos o dolo eventual na conduta de utilizar verba pública sem observância dos dispositivos constitucionais e legais que disciplinam o orçamento e despesas públicas, com violação dos princípios que regem a Administração Pública (Voto Vista do Exmo. Ministro Mauro Campbell Marques no REsp 1.199.004/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 2/9/2010, DJe 25/10/2010). No mesmo sentido: REsp 723.494/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 1º/9/2009, DJe 8/9/2009).

XIII - Tal conduta não implicaria responsabilidade civil e administrativa se o requerido, ex-Presidente da Câmara Municipal, tivesse agido com observância estrita dos princípios regedores da Administração Pública, notadamente, a legalidade, eficiência, impessoalidade e moralidade. Ao contrário, o que se verificou foi o descaso com as normas financeiras em vigor e a irresponsabilidade fiscal, enfim a improbidade administrativa.

XIV - Quanto ao dolo do ex-Presidente da Câmara Municipal de Catalão, relativamente às acusações, de extrapolação do limite orçamentário e retenção de recursos, a Corte de origem considerou a inexistência de dolo em sua conduta, mas sim, que tratava-se de “inabilidade e despreparo na gestão da coisa pública”. Assim, apesar de reconhecer que foi extrapolado o limite de despesas previsto na Constituição Federal, a Corte *a quo* afastou a existência de dolo na

conduta. É o que se percebe do seguinte trecho do acórdão em que são ratificados os fundamentos da sentença: “Na hipótese vertente, embora extrapolado o limite estabelecido no art. 29-A, I, da Constituição Federal, o que sem dúvida ocasionou certo desequilíbrio nas contas públicas do Poder Legislativo, não se vislumbra o elemento subjetivo, o dolo ou a necessária má-fé a revelar a presença de um comportamento desonesto a exigir a aplicação das severas sanções previstas na Lei n. 8.249/92. Por óbvio a conduta [...] traduz inabilidade e despreparo na gestão da coisa pública, todavia, ao que consta, as despesas foram comprovadas, sequer havendo acusação de enriquecimento ilícito, i.e., de auferimento ilícito ou qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida; ou ainda prova irrefutável de lesão ao erário, sobretudo porque não comprovada a desnecessidade das despesas realizadas reputadas de antieconômicas; inexistindo, como visto, ofensa aos princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvada pela má intenção ao extrapolar o limite de gastos. Nesses termos, em consonância com a linha de orientação exposta e mormente do confronto entre a imputação feita pelo autor e as provas produzidas, a inobservância do limite constitucional previsto no art. 29-A, I, não tem o condão de, por si só, caracterizar improbidade administrativa”.

XV - O acórdão contraria a jurisprudência desta Corte que é no sentido de que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/1992 requer a demonstração de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico. Nesse sentido: REsp 1.352.535/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 19/4/2018, DJe 25/4/2018; REsp 1.714.972/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 10/4/2018, DJe 25/5/2018.

XVI - O dolo que se exige para a configuração de improbidade administrativa é a simples vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica – ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria –, sendo despidendo perquirir acerca de finalidades específicas. (AgRg no REsp 1.539.929/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 2/8/2016). No mesmo sentido:

REsp 1.528.102/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 2/5/2017, DJe 12/5/2017). Nesse sentido: AgInt no AREsp 1.209.815/MT, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 5/6/2018, DJe 8/6/2018; REsp 1.352.535/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 19/4/2018, DJe 25/4/2018).

XVII - Fica caracterizada, assim, a existência de ato de improbidade, seja pela ofensa aos princípios administrativos, como diante do descumprimento do previsto no art. 10, VI, da Lei de Improbidade.

XVIII - Relativamente à acusação de desvios nos serviços de locação de veículos e de veiculação de publicidade, a Corte de origem, analisando o contexto fático-probatório dos autos, assim fundamentou a absolvição dos acusados (fl. 1.235): “[...] não existindo provas robustas de que os serviços não foram prestados; de enriquecimento ilícito ou auferimento de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida, ou, ainda, de lesão ao erário e ofensa aos princípios constitucionais da Administração Pública, aliada a um comportamento desonesto, sejam das aludidas empresas, [...] não se justifica a imposição das sanções previstas na Lei n. 8.249/92, com espeque no artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil”. [...] “Ademais, também, não há falar-se em enriquecimento sem justa causa ou prejuízo ao erário, requisitos indispensáveis ao ajuizamento da ação em epígrafe, mormente o fato de que houve a efetiva prestação de serviços por parte das empresas”.

XIX - Quanto a essas acusações, é inviável a reanálise nesta Corte, porquanto implicaria reexame fático-probatório, vedado pelo enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

XX - Assim, configurada a ofensa aos princípios administrativos e presente o elemento subjetivo, deve ser provido o recurso especial para condenar o ex-Presidente da Câmara Municipal de Catalão/GO pela prática do ato ímprobo tipificado nos arts 10, IX, e 11, *caput*, da Lei n. 8.429/1992. Determina-se o retorno dos autos ao egrégio Tribunal de origem para que sejam fixadas as penas, assim como as verbas de sucumbência.

XXI - Agravo interno provido.

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 agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a). Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de junho de 2018 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe 22.6.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo interno interposto contra monocrática que decidiu ação civil pública de responsabilidade por ato de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público do Estado Goiás em desfavor de Silvano Batista da Silva, Wellington Martins Borges - MB Automóveis e CVN Serviços Ltda. À causa foi arbitrado o valor de R\$ 284.417,66 (duzentos e oitenta e quatro mil, quatrocentos e dezessete reais e sessenta e seis centavos).

Sustenta-se, em síntese, que Silvano Batista da Silva, ex-vereador do Município de Catalã-GO, foi eleito Presidente da Câmara Municipal de Catalão e, durante sua gestão 2001/2002, violou o disposto no art. 29-A, inciso I, da Constituição Federal ao ultrapassar o limite constitucional de 8% do duodécimo, gastando R\$ 122.689,91 (cento e vinte e dois mil, seiscentos e oitenta e nove reais e noventa e um centavos), acima do permitido.

Foram realizadas despesas desnecessárias como a locação de veículos de quatro empresas (Wellington Martins Borges, Lokalider Locadora de Automóveis, Brasil Automóveis e Verônica Veículos) e contrato de divulgação de material no “Jornal Ipameri em Notícias” com a Empresa CVN Serviços Ltda., desembolsos ilegais e lesivos ao erário público municipal.

Julgaram-se improcedentes os pedidos formulados em sede de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, extinguindo o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973 (fls. 1.121-1.129).

A decisão foi mantida integralmente pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (fls. 1.218-1.239), nos termos assim ementados:

Ementa: Apelação cível. Ação civil de responsabilidade por atos de improbidade administrativa. Gastos acima do duodécimo. Danos ao erário (art. 10 da Lei n. 8.429/02). Ofensa aos princípios da administração pública (art. 11 da Lei n. 8.429/02). Não ocorrência. Ausência de dolo e culpa. Não comprovação do prejuízo. Mera irregularidade. Inexistência de atos ímprobos. 1. Por improbidade administrativa tem-se a prática de ato municiado pela corrupção administrativa, onde os princípios ínsitos à Administração Pública são violados pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da coletividade. 2. Mera irregularidade resultante de falha administrativa não configura, por si só, prática de ato de improbidade por parte de ex-presidente de Câmara Municipal, mormente se tal ato não resultou em qualquer lesividade ao patrimônio público nem enriquecimento ilícito de qualquer das partes envolvidas. 3. A infração ao artigo 10 e seus incisos, da Lei 8.429/92, somente se caracteriza mediante dano ao erário que enseje perda patrimonial, por conduta dolosa ou culposa. Por outro lado, para caracterizar a infração ao artigo 11, independe de prova do dano ao erário ou ao patrimônio público, mas exige a prova do dolo, ou seja, para configurar-se como ato de improbidade, exige conduta comissiva ou omissiva dolosa, não havendo espaço para a responsabilidade objetiva. 4. A regra processual que versa sobre a distribuição dos ônus da prova imputa ao Autor o dever de produzir as provas necessárias à constituição do direito alegado (artigo 333, inciso I, do CPC). Nessa senda, não comprovadas suas alegações, a improcedência do pedido inicial é medida que se impõe. Apelação conhecida e desprovida.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 1.280-1.291), nos termos assim ementados:

Ementa: Embargos de declaração na apelação cível. Ação civil de responsabilidade por atos de improbidade administrativa. Gastos acima do duodécimo. Danos ao erário (art. 10 da Lei n. 8.429/02). Ofensa aos princípios da administração pública (art. 11 da Lei n. 8.429/02). Não ocorrência. Ausência de dolo e culpa. Não comprovação do prejuízo. Mera irregularidade. Inexistência de atos ímprobos. Impossibilidade de rediscussão da matéria decidida. Ausência dos vícios especificados no artigo 535 e incisos do Código de Processo Civil. Prequestionamento. 1. A infração ao artigo 10 e seus incisos, da Lei 8.429/92, somente se caracteriza mediante dano ao erário que enseje perda patrimonial, por conduta dolosa ou culposa. Por outro lado, para caracterizar a infração ao artigo 11, independe de prova do dano ao erário ou ao patrimônio público, mas exige a prova do dolo, ou seja, exige conduta comissiva ou omissiva dolosa, não havendo espaço para a responsabilidade objetiva. 2. Mera irregularidade resultante de falha administrativa não configura, por si só, prática de ato de improbidade, mormente se tal ato não resultou

em qualquer lesividade ao patrimônio público, nem enriquecimento ilícito de qualquer das partes envolvidas. Nessa senda, não comprovadas suas alegações, a improcedência do pedido inicial era medida que se impunha. 3. Ausentes todas as hipóteses contidas no artigo 535 do Código de Processo Civil, e vislumbrando-se, tão somente, a intenção de rediscutir a matéria, impõe-se a rejeição dos embargos de declaração, ainda que opostos com fins de prequestionamento, circunstância em que igualmente se faz necessária à verificação daqueles requisitos. *Embargos de declaração conhecidos e rejeitados.*

O Ministério Público do Estado de Goiás interpôs o presente recurso especial, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, na forma dos arts. 541 e seguintes do Código de Processo Civil de 1973 e arts. 255 e seguintes do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (fls. 1.298-1.311). Sustenta a violação aos preceitos normativos contidos nos arts. 10 e 11 da Lei n. 8.429/92.

Em resumo, alega o recorrente que: a) as condutas realizadas pelo agente público em questão lesaram o erário público; b) os atos praticados não constituem mera irregularidade; c) os atos ímprobos demonstram-se ilegais e danosos ao patrimônio público municipal; d) inexistente necessidade de comprovação do elemento subjetivo específico, má-fé do agente, para caracterização do ato de improbidade administrativa, sendo suficiente a demonstração do dolo genérico, ou seja, a vontade livre e consciente na prática dos atos; e) o entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça aponta que é dispensável a verificação de desonestidade ou ofensa voluntária aos princípios da Administração Pública; f) conforme art. 11 da Lei n. 8.429/92, não é necessária a reiteração da conduta danosa, demonstração de má-fé, enriquecimento ilícito ou objetivo de lesão ao erário público; g) exigir prova do *animus* do agente não é razoável, pois equivale a buscar a confissão dos objetivos do réu.

Em juízo de admissibilidade, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás inadmitiu o recurso especial (fls. 1.318-1.321).

Adveio a interposição de agravo (fls. 1.329-1.340), a fim de possibilitar a subida do recurso especial.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento agravo, para que o recurso especial fosse conhecido e provido (fls. 1.355-1.362), em parecer assim ementado:

Agravo em recurso especial. Improbidade administrativa. I – Fatos incontroversos, devidamente delineados no acórdão recorrido. Não incidência da Súmula 07/STJ. II – Configuração dos atos de improbidade. Lesão ao erário e violação aos princípios

da administração pública. III – Art. 10 da Lei n. 8.429/1992. Suficiência da culpa. IV – Ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração pública. Art. 11 da Lei n. 8.429/1992. Suficiência do dolo genérico de realizar a conduta. Doutrina. Precedentes. V – Parecer pelo provimento do agravo, para que o recurso especial seja igualmente conhecido e provido.

A decisão recorrida tem o seguinte dispositivo: “Ante o exposto, com fundamento nos artigos 34, XVIII, *a*, e 255, § 4º, I, ambos do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, não conheço dos presentes recursos”.

Interposto agravo interno, a parte agravante traz argumentos contrários aos fundamentos da decisão recorrida.

A parte agravada foi intimada para apresentar impugnação ao recurso.

É relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): O agravo interno merece parcial provimento.

O Ministério Público do Estado de Goiás ajuizou ação de improbidade com as seguintes alegações:

O Réu, Silvano Batista da Silva, então Presidente da Câmara Municipal de Catalão, apesar de contar com um duodécimo de R\$1.626.832,58 (um milhão, seiscentos e vinte e seis mil, oitocentos e trinta e dois reais e cinquenta e oito centavos), empenhou despesas no valor de R\$1.801.031,20 (um milhão, oitocentos e um mil, trinta e um reais e vinte centavos), ultrapassando o limite constitucional de 8% (oito por cento) em R\$174.198,62 (cento e setenta e quatro mil, cento e noventa e oito reais e sessenta e dois centavos); efetuou gastos excessivos, além de desnecessários mediante locação de veículos de Wellington Martins Borges (MB Automóveis), ora 2º Apelado, que, ainda, ostentava situação fiscal irregular; fez despesas com publicidade para divulgação de material no Jornal Ipameri em Notícia, mediante emissão de notas fiscais pela CVIM Serviços Ltda., ora 3ª Apelada, sediada em Minas Gerais, cujo objeto social, é outro que não a exploração publicitária; apropriou-se de valores e recursos decorrentes de indenização, alienação de bens e retenção de IRRF (Imposto sobre a Renda Retido na Fonte) devidos ao Município de Catalão.

Sustentou ainda o Ministério Público do Estado de Goiás que o ex-Presidente da Câmara Municipal reteve indevidamente recursos públicos, conforme o seguinte trecho da petição inicial:

03. Interposto Recurso Ordinário pelo primeiro requerido contra o Acórdão n. 06089/02, o TCM negou provimento ao recurso conforme Acórdão 06536/02 de fls. 26/27 da Representação 147/2002. Além de gastar além do permitido, impende registrar que o primeiro requerido reteve na conta bancária da Câmara Municipal de Catalão, indevidamente, receitas no valor de R\$ 125.747,75 pertencentes ao Município de Catalão e não ao Poder Legislativo. Logo, as retenções de IRRF no valor de R\$ 113.551,39 e as indenizações e restituições decorrentes de alienação de bens R\$ 12.196,36 deveriam ter sido recolhidas à tesouraria do Município face ao disposto no artigo 56 da Lei n. 4.320/64.

Relativamente à caracterização do ato como improbo, a Corte *a quo*, em ratificação dos fundamentos da sentença, assim consignou:

Mas, em que pese as assertivas do autor a inobservância ao limite constitucional imposto (art. 29-A, I), que no caso representa gasto de R\$122.689,91, não configura improbidade administrativa.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000) determina, no art. 73, que as infrações aos seus dispositivos serão punidas segundo a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992; e demais normas da legislação pertinente.

Também prevê a Lei de Responsabilidade Fiscal restrições às operações financeiras, exigindo a observância dos procedimentos estabelecidos por ela. Tal exigência reforça as previsões contidas nos incisos VI e IX do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, que enunciam constituir ato de improbidade: “realizar operações financeiras sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea” e “ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento”.

Colhe-se do Acórdão proferido pelo Tribunal de Contas Municipal, que decidiu pela irregularidade das Contas relativas ao ano de 2001, o afastamento da infringência ao § 1º do art. 29-A da Constituição Federal e a configuração da ofensa ao art. 29-A, I, da Constituição Federal (fls. 25-26):

2)- os gastos da Câmara não se portaram dentro do limite, estabelecido no Inciso I do art. 29-A da C.F. (8%), vez que o duodécimo de direito (R\$1.626.832,58) foi ultrapassado com as despesas realizadas no exercício de 2001 (R\$ 1.801.031,20), tendo sido pagas despesas de exercícios anteriores (R\$ 1.286,82) que não cobrem a diferença, havendo, portanto, infringência ao disposto no art. 29-A. Inciso I da Constituição Federal:

3)- os gastos com folha de pagamento (R\$ 1.130.705,16) não ultrapassaram o limite de 70% do duodécimo, estabelecido no art. 29-A, § 1º da C.F. (R\$ 1.138.782,80), estando, portanto, dentro do limite estabelecido.

Assim sendo, considerando que na análise das contas foi constatada falha de natureza grave, relativa ao descumprimento pelo Presidente da Câmara, do disposto no art. 29-A, I da Constituição Federal, quando efetuou despesas acima do limite estabelecido, conforme Quadro e itens supracitados;

O exame das contas constitui tarefa nobre, complexa e abrangente atribuída aos Tribunais de Contas pela Constituição Federal e legislação correlata, seja por sua singular relevância, por permitir à sociedade o conhecimento do resultado das atividades públicas, seja pela amplitude e profundidade da atividade realizada pelo Tribunal de Contas, que contribui para o aprimoramento da gestão pública.

Em voto vista proferido no REsp 1.199.004/SC, o Exmo. Ministro Mauro Campbell Marques deixa clara a configuração de ato de improbidade no desrespeito pelos agentes políticos das exigências legais orçamentárias. É o que se confere do seguinte trecho:

É possível a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa na hipótese de prefeito ordenar o reembolso de despesas médicas aos moradores do município sem autorização legal e sem critérios técnicos e objetivos para definir o valor a ser pago a cada beneficiário, pois está caracterizado ao menos o dolo eventual na conduta de utilizar verba pública sem observância dos dispositivos constitucionais e legais que disciplinam o orçamento e despesas públicas, com violação dos princípios que regem a Administração Pública.

(Voto Vista do Exmo. Ministro Mauro Campbell Marques no REsp 1.199.004/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 2/9/2010, DJe 25/10/2010).

No mesmo sentido:

Administrativo. Ação civil pública. Improbidade. Majoração ilegal da remuneração e posterior transformação em ajuda de custo sem prestação de contas. Dano ao erário. Obrigação de ressarcir o combalido cofre municipal. Restabelecimento das sanções cominadas na sentença.

1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra prefeito, vice-prefeito e vereadores do Município de Baependi/MG, eleitos para a legislatura de 1997/2000, imputando-lhes improbidade pelas seguintes condutas: a) edição das Leis 2.047/1998 e 2.048/1999, fixando seus subsídios para a mesma legislatura – em contrariedade aos arts. 29, V, e 37, XI, da Constituição –, sobretudo porque baseados em

dispositivo da EC 19/98 não regulamentado; e b) edição, num segundo momento, da Lei 2.064/1999, que suspendeu as leis antes mencionadas e transformou em ajuda de custo os valores majorados às suas remunerações, independentemente de comprovação de despesas, com vigência até a regulamentação pendente.

2. O Juízo de 1º grau julgou procedente o pedido e declarou a inconstitucionalidade incidental e a nulidade das leis municipais, condenando os réus a devolverem os valores indevidamente recebidos, além de cominar as sanções previstas na Lei 8.429/1992.

3. A Corte de origem deu parcial provimento às Apelações dos réus para excluir a) a condenação ao ressarcimento e b) a cominação de sanções.

4. A despeito de ter reconhecido que as leis municipais em referência foram editadas em contrariedade à orientação do Tribunal de Contas do Estado e aos princípios da impessoalidade e da moralidade, o acórdão recorrido afastou integral e amplamente todas as consequências da improbidade por não ter vislumbrado má-fé e expressividade nos valores envolvidos.

5. O entendimento de que inexistiu má-fé é irrelevante *in casu*, pois a configuração dos atos de improbidade por dano ao Erário e o dever de ressarcimento decorrem de conduta dolosa ou culposa, de acordo com os arts. 5º e 10 da Lei 8.429/1992. Precedentes do STJ.

6. A edição de leis que implementaram o aumento indevido nas próprias remunerações, posteriormente camuflado em ajuda de custo desvinculada de prestação de contas, enquadra a conduta dos responsáveis – tenham agido com dolo ou culpa – no art. 10 da Lei 8.429/1992, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário, sujeitando-os às sanções previstas no art. 12, II, da mesma lei.

7. No próprio acórdão consta que havia manifestações do Tribunal de Contas e do STF em sentido contrário à conduta por eles adotadas.

8. A ausência de exorbitância das quantias pagas não afasta a configuração da improbidade nem torna legítima sua incorporação ao patrimônio dos recorridos. Módicos ou não, os valores indevidamente recebidos devem ser devolvidos aos cofres públicos. Precedente do STJ.

9. Cabe lembrar que o valor da majoração excedeu os insuficientes recursos existentes, à época, para ações sociais básicas.

10. A condenação imposta pelo juízo de 1º grau foi afastada à míngua de fundamento jurídico válido, devendo ser restabelecida a sentença em parte, apenas com readequação da multa civil, por ter sido aplicada além do limite previsto no art. 12, II, da supracitada lei.

11. Diante do quadro fático delineado pela instância ordinária (transformação do inconstitucional aumento em ajuda de custo desvinculada de prestação de contas, em montante que ultrapassou a remuneração dos vereadores e quase alcançou a do então prefeito, em contraste com o insuficiente orçamento

existente à época para a realização de ações sociais), é razoável fixar a multa em duas vezes o valor do dano.

12. O ressarcimento ao Erário do valor da majoração indevidamente auferida pelos recorridos impõe-se como dívida decorrente do prejuízo causado, independentemente das sanções propriamente ditas.

13. Recurso Especial parcialmente provido.

(REsp 723.494/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 1º/9/2009, DJe 8/9/2009).

Tal conduta não implicaria responsabilidade civil e administrativa se o requerido tivesse agido com observância estrita dos princípios regedores da Administração Pública, notadamente, a legalidade, eficiência, impessoalidade e moralidade.

Ao contrário, o que se verificou foi o descaso com as normas financeiras em vigor e a irresponsabilidade fiscal, enfim a improbidade administrativa.

Quanto ao dolo do acusado Silvano Batista da Silva, relativamente às acusações de extrapolação do limite orçamentário e retenção de recursos, a Corte de origem considerou a inexistência de dolo em sua conduta, mas sim que se tratava de “inabilidade e despreparo na gestão da coisa pública”. Assim, apesar de reconhecer que foi extrapolado o limite de despesas previsto na Constituição Federal, a Corte *a quo* afastou a existência de dolo na conduta. É o que se percebe do seguinte trecho do acórdão em que são ratificados os fundamentos da sentença:

Na hipótese vertente, embora extrapolado o limite estabelecido no art. 29-A, I, da Constituição Federal, o que sem dúvida ocasionou certo desequilíbrio nas contas públicas do Poder Legislativo, não se vislumbra o elemento subjetivo, o dolo ou a necessária má-fé a revelar a presença de um comportamento desonesto a exigir a aplicação das severas sanções previstas na Lei n. 8.249/92.

Por óbvio a conduta de Silvano traduz inabilidade e despreparo na gestão da coisa pública, todavia, ao que consta, as despesas foram comprovadas, sequer havendo acusação de enriquecimento ilícito, i.e., de auferimento ilícito ou qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida; ou ainda prova irrefutável de lesão ao erário, sobretudo porque não comprovada a desnecessidade das despesas realizadas reputadas de antieconômicas; inexistindo, como visto, ofensa aos princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvada pela má intenção ao extrapolar o limite de gastos.

Nesses termos, em consonância com a linha de orientação exposta e mormente do confronto entre a imputação feita pelo autor e as provas produzidas, a

inobservância do limite constitucional previsto no art. 29-A, I, não tem o condão de, por si só, caracterizar improbidade administrativa.

O acórdão contraria a jurisprudência desta Corte que é no sentido de que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/1992 requer a demonstração de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico. Nesse sentido:

Administrativo. Processual Civil. Recurso especial. Ação de improbidade administrativa. Arts. 10, VIII, e 11 da Lei 8.429/1992. Improbidade por violação de princípios. Dolo genérico. Exigência. Acórdão em conformidade com a jurisprudência do STJ. Dispensa de licitação, ocorrência. Fundamento não impugnado. Súmula 283/STF. Conclusão adotada pela Corte *a quo*. Revisão. Impossibilidade. Súmula 7/STJ.

1. A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/1992 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não precisa ser específico, sendo bastante o dolo genérico.

[...]

5. Recurso especial não conhecido.

(REsp 1.352.535/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 19/4/2018, DJe 25/4/2018).

Processual Civil e Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Ilegalidade em procedimentos licitatórios. Art. 11 da Lei n. 8.429/92. Necessidade de dolo genérico no elemento subjetivo do tipo. Revisão da dosimetria das penas. Impossibilidade reexame de matéria fático-probatória. Súmula 7/STJ. Cerceamento de defesa. Súmula 7/STJ.

1. O entendimento do STJ é de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas prescrições da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciada pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10.

2. O Superior Tribunal de Justiça entende que o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico.

3. O Tribunal de origem foi categórico em afirmar a presença do elemento subjetivo, ao consignar que “a improbidade está bem configurada no quadro do art. 11, *caput*, da mesma Lei de Improbidade Administrativa, observada a caracterização do dolo, da má-fé e da deslealdade já apontada”.

[...]

7. Recurso Especial parcialmente conhecido e nessa parte não provido.

(REsp 1.714.972/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 10/4/2018, DJe 25/5/2018).

O dolo que se exige para a configuração de improbidade administrativa é a simples vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica – ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria –, sendo despiciendo perquirir acerca de finalidades específicas (AgRg no REsp 1.539.929/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 2/8/2016). No mesmo sentido: REsp 1.528.102/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 2/5/2017, DJe 12/5/2017). Nesse sentido:

Administrativo. Improbidade administrativa. Agravo interno no agravo em recurso especial. Promoção pessoal. Propaganda supostamente institucional. Vinculação à imagem do prefeito. Lesão ao erário caracterizada. Súmula 7/STJ. Dolo genérico evidenciado. Súmula 83/STJ.

1. Na hipótese vertente, o Tribunal de origem afirmou expressamente que, não obstante a veiculação de propaganda institucional, na qual se buscava aparentemente informar e orientar a população municipal, o que se verifica é que houve exagerada menção à figura do Prefeito, com a clara intenção de vincular a sua pessoa a obras e serviços prestados no Município. Assim, considerando erário municipal foi utilizado com a finalidade de patrocinar a confecção de publicidade cujo escopo era, em verdade, realizar indevida promoção pessoal do réu, não há como se afastar a existência de lesão aos cofres públicos.

2. Nesse contexto, a alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ.

3. No tocante à controvérsia em torno do elemento anímico e motivador da conduta do agente para a prática de ato de improbidade, este Tribunal tem reiteradamente se manifestado no sentido de que “o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico” (REsp 951.389/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 4/5/2011).

4. “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida” (Súmula 83/STJ).

5. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 1.209.815/MT, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 5/6/2018, DJe 8/6/2018).

Administrativo. Processual Civil. Recurso especial. Ação de improbidade administrativa. Arts. 10, VIII, e 11 da Lei 8.429/1992. Improbidade por violação de princípios. Dolo genérico. Exigência. Acórdão em conformidade com a jurisprudência do STJ. Dispensa de licitação, ocorrência. Fundamento não impugnado. Súmula 283/STF. Conclusão adotada pela Corte *a quo*. Revisão. Impossibilidade. Súmula 7/STJ.

1. A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/1992 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não precisa ser específico, sendo bastante o dolo genérico.

2. Não merece prosperar o recurso especial quando a peça recursal não refuta determinados fundamentos do acórdão recorrido, suficientes para a sua manutenção, o que atrai a incidência do enunciado da 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”).

3. No caso, no que tange à alegada violação do art. 10, VIII, da LIA, a parte recorrente não impugnou, no recurso especial, a fundamentação do acórdão combatido no sentido do não perfazimento do ato ímprobo, eis que a dispensa da licitação se fundou em situação emergencial, decorrente de enchente no ano de 1998, e na insuficiência do quadro de servidores, ante a recente emancipação do Município, fundamentos autônomos e suficientes para a manutenção do aresto recorrido.

4. Nesse contexto, eventual modificação da situação fática assentada no acórdão do TJRJ importaria em reexame de prova, o que se revela inviável em recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

5. Recurso especial não conhecido.

(REsp 1.352.535/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 19/4/2018, DJe 25/4/2018).

Fica caracterizada, assim, a existência de ato de improbidade do Sr. Silvano Batista da Silva, ex-Presidente da Câmara Municipal de Catalão/GO, seja pela ofensa aos princípios administrativos, como diante do descumprimento do previsto no art. 10, VI, da Lei de Improbidade.

Relativamente à acusação de desvios nos serviços de locação de veículos e de veiculação de publicidade, a Corte de origem, analisando o contexto fático-probatório dos autos, assim fundamentou a absolvição dos acusados (1.235):

[...] não existindo provas robustas de que os serviços não foram prestados; de enriquecimento ilícito ou auferimento de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida, ou, ainda, de lesão ao erário e ofensa aos princípios constitucionais da Administração Pública, aliada a um comportamento desonesto, sejam das aludidas empresas, Wellington Martins Borges MB Automóveis e CVN Serviços Ltda., ou de Silvano Batista da Silva, então Presidente da Câmara Municipal de Catalão, não se justifica a imposição das sanções previstas na Lei n. 8.249/92, com espeque no artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil:

[...]

Ademais, também, não há falar-se em enriquecimento sem justa causa ou prejuízo ao erário, requisitos indispensáveis ao ajuizamento da ação em epígrafe, mormente o fato de que houve a efetiva prestação de serviços por parte das empresas, Wellington Martins Borges MB Automóveis e CVN Serviços Ltda.

Quanto a esses pontos, é inviável a reanálise da suficiência da prova dos autos nesta Corte, porquanto implicaria reexame fático-probatório vedado pelo enunciado n. 7 da Súmula do STJ. Nesse sentido:

Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Enunciado Administrativo n. 3/STJ. Improbidade administrativa. Contratação de empresa de revista especializada em seguro rural sem prévia licitação. Suficiência das evidências coletadas durante a instrução processual. Acórdão baseado no conjunto fático e probatório constante dos autos. Impossibilidade na via recursal eleita. Súmula 7/STJ.

1. Não é possível na via do recurso especial modificar o entendimento do Tribunal de origem que, apoiado no conjunto fático-probatório, sem adentrar no mérito do ato, concluiu pela efetiva prática de improbidade administrativa decorrente da indevida realização de licitação mediante procedimento de inexigibilidade.

2. No caso em concreto, foi com base no conjunto fático e probatório constante dos autos que o acórdão recorrido concluiu que houve “provas suficientes da contratação de serviço de publicidade e divulgação, sem o devido procedimento administrativo, pagamentos irregulares, seja por indevidos, seja por não previstos contratualmente, do descaso com a coisa pública, patente a ocorrência de ato de improbidade administrativa”. Não é possível a revisão de tais fundamentos na via recursal eleita, tendo em vista a incidência da Súmula 7/STJ.

3. O referido enunciado sumular incide também quanto à alegada ofensa ao art. 333, I, do CPC/73. Isso porque nos termos da orientação jurisprudencial deste Sodalício, a análise quanto à suficiência das evidências colhidas durante a instrução processual demandaria o reexame de todo o contexto fático-probatório dos autos.

Precedentes.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1.705.432/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 8/5/2018, DJe 11/5/2018).

Administrativo e Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Improbidade administrativa. Arts. 10 e 11 da Lei 8.429/92. Alegada desproporcionalidade da pena aplicada. Súmula 282/STF. Razões do agravo que não impugnam, especificamente, a decisão agravada. Súmula 182/STJ. Acórdão do Tribunal de origem que, à luz das provas dos autos, concluiu pela configuração do ato ímprobo e pela presença de dano ao erário. Alegada ofensa ao art. 333 do CPC/73. Impossibilidade de revisão, em sede de recurso especial. Súmula 7/STJ. Agravo interno parcialmente conhecido, e, nessa parte, improvido.

I. Agravo interno aviado contra decisão publicada em 22/05/2017, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra *decisum* publicado na vigência do CPC/73.

II. Na origem, trata-se de ação civil pública, proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do ora agravante e outros, imputando-lhes a prática de atos de improbidade administrativa, consistentes em desvio de verbas públicas, dano ao Erário, emissão e pagamento de nota fiscal falsa e violação aos princípios da Administração Pública.

III. Interposto Agravo interno com razões que não impugnam, especificamente, os fundamentos da decisão agravada - mormente quanto à incidência da Súmula 282/STF, aplicada em relação à alegação de desproporcionalidade da sanção imposta ao recorrente -, não prospera o inconformismo, quanto ao ponto, em face da Súmula 182 desta Corte.

IV. Na forma da jurisprudência do STJ, "não há como aferir eventual ofensa ao art. 333 do CPC/1973 (art. 373 do CPC/2015) sem que se verifique o conjunto probatório dos presentes autos. A pretensão de simples reexame de provas, além de escapar da função constitucional deste Tribunal, encontra óbice na Súmula 7 do STJ, cuja incidência é indubitosa no caso sob exame" (STJ, REsp 1.602.794/TO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 30/06/2017). Em igual sentido: STJ, AgInt no REsp 1.651.346/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 21/06/2017; AgInt no REsp 1.613.555/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 17/08/2017.

V. No caso, tendo as instâncias ordinárias concluído, em face das provas dos autos, pela configuração do ato ímprobo e pela presença de dano ao Erário, o acolhimento da irresignação posta nas razões do Recurso Especial, quanto à alegada ofensa ao art. 333 do CPC/73, exigiria o exame do acervo fático-probatório constante do processo, providência vedada, a teor do óbice previsto na Súmula 7/STJ.

VI. Agravo interno parcialmente conhecido, e, nessa parte, improvido.

(AgInt no AREsp 733.076/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 10/10/2017, DJe 23/10/2017).

Assim, configurada a ofensa aos princípios administrativos e presente o elemento subjetivo, deve ser provido o recurso especial para condenar o ex-Presidente da Câmara Municipal de Catalão/GO pela prática do ato ímprobo tipificado nos arts. 10, IX e 11, *caput*, da Lei n. 8.429/1992. Determino o retorno dos autos ao egrégio Tribunal de origem para que sejam fixadas as penas, assim como as verbas de sucumbência.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo interno, nos termos da fundamentação.

É o voto.

**AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL N. 1.419.098-MS
(2013/0383794-8)**

Relatora: Ministra Assusete Magalhães

Agravante: Jovelino Ferreira da Cruz

Advogado: Arlindo Murilo Muniz - MS012145

Agravado: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Ação civil pública. Ocupação e edificação em área de preservação permanente, nas proximidades do Rio Ivinhema/MS. Supressão da vegetação. Concessão de licença administrativa. Ilegalidade. Inaplicabilidade da teoria do fato consumado, em matéria de direito ambiental. Dever de reparação do agente causador do dano ambiental. Precedentes do STJ, em casos idênticos. Agravo interno improvido.

I. Agravo interno aviado contra decisão publicada em 05/12/2017, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra *decisum* publicado na vigência do CPC/73.

II. Na origem, trata-se de ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, com o objetivo

de obter a condenação do ora agravante em obrigação de fazer, consistente em desocupar, demolir e remover todas as construções, cercas e demais intervenções realizadas em área de preservação permanente, localizada nas proximidades do Rio Ivinhema/MS, bem como em reflorestar toda a área degradada e pagar indenização pelos danos ambientais. A sentença julgou a ação procedente, em parte, negando a indenização postulada, por entender que “não pode a ação civil pública ter por objeto a condenação em dinheiro e, concomitantemente, a obrigação de fazer e de não fazer”, em face do art. 3º da Lei 7.347/85.

III. O Tribunal de origem, apesar de reconhecer a existência de edificações, em área de preservação permanente, com supressão da vegetação, em afronta à legislação ambiental, reformou a sentença, para julgar improcedente a ação, sob o fundamento de que a situação encontra-se consolidada, em razão de prévia licença concedida pelo Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul - IMASUL, sendo, assim, descabida a aplicação das medidas de desocupação, demolição de edificações e reflorestamento da área, determinadas pela sentença, sob pena de ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. O Recurso Especial do Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul postula o restabelecimento da sentença.

IV. O STJ, em casos idênticos, firmou entendimento no sentido de que, em tema de Direito Ambiental, não se admite a incidência da teoria do fato consumado. Nesse contexto, devidamente constatada a edificação, em área de preservação permanente, a concessão de licenciamento ambiental, por si só, não afasta a responsabilidade pela reparação do dano causado ao meio ambiente, mormente quando reconhecida a ilegalidade do aludido ato administrativo, como na hipótese. Nesse sentido: STJ, REsp 1.394.025/MS, Rel. Ministra *Eliana Calmon*, Segunda Turma, DJe de 18/10/2013; REsp 1.362.456/MS, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, Segunda Turma, DJe de 28/06/2013.

V. Na forma da jurisprudência, “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 1.434.797/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/05/2016, DJe 07/06/2016)” (STJ, AgInt no AgInt no AREsp 850.994/SP, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques, Segunda Turma*, DJe de 19/12/2016). Ademais, as exceções legais, previstas nos arts. 61-A a 65 do Código Florestal (Lei 12.651/2012), não se aplicam para a pretensão de manutenção de casas de veraneio, como na hipótese. Nesse sentido: STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.447.071/MS, Rel. Ministro *Herman Benjamin, Segunda Turma*, DJe de 02/02/2017; AgInt nos EDcl no REsp 1.468.747/MS, Rel. Ministro *Herman Benjamin, Segunda Turma*, DJe de 06/03/2017; AgRg nos EDcl no REsp 1.381.341/MS, Rel. Ministro *Humberto Martins, Segunda Turma*, DJe de 25/05/2016.

VI. Estando o acórdão recorrido em dissonância com o entendimento atual e dominante desta Corte, deve ser mantida a decisão ora agravada, que deu provimento ao Recurso Especial do Ministério Público de Mato Grosso do Sul, para restabelecer a sentença, que julgara parcialmente procedente a presente Ação Civil Pública.

VII. Agravo interno 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, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão (Presidente), Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 15 de maio de 2018 (data do julgamento).

Ministra Assusete Magalhães, Relatora

DJe 21.5.2018

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Agravo interno, interposto por *Jovelino Ferreira da Cruz*, em 25/01/2018, contra decisão de minha lavra, publicada em 05/12/2017, que dera provimento ao Recurso Especial do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, assim fundamentada, *in verbis*:

Trata-se de Recurso Especial, interposto pelo *Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul*, em 04/03/2013, com base nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, assim ementado:

Apelação cível. Ação civil pública ambiental. Preliminares. Não conhecimento do recurso por ausência de preparo. Afastada. Não conhecimento do recurso por intempestividade. Nulidade da sentença por ausência de interesse de agir e por deficiência do relatório. Nulidade do processo pela necessidade de litisconsórcio e pela existência de litispendência. Afastadas. Mérito. Ocupação e edificação em Área de Preservação Permanente (APP). Margens do Rio Ivinhema. Existência de autorização do órgão competente. IMASUL. Possibilidade. Matéria ambiental. Competência da União, dos Estados e dos Municípios. Direito de propriedade. Impossibilidade de adoção de medidas extremas. Observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Sentença reformada. Recurso provido.

Se a justiça gratuita foi indeferida em sede de agravo de instrumento, tal questão fica restrita ao âmbito de admissibilidade deste recurso. Seus efeitos não podem ser estendidos aos autos da ação principal, especialmente se na contestação o beneficiário requereu a gratuidade e essa foi concedida na sentença.

Nos termos do artigo 177, do CPC, os atos processuais devem ser realizados nos prazos prescritos em lei ou no prazo assinalado pelo magistrado, sob pena de preclusão, razão pela qual evidencia-se a tempestividade do recurso de apelação.

Nos casos em que a alegação de ausência de interesse de agir estiver ligada à matéria de fundo do processo, sua apreciação deve ser feita juntamente com o mérito.

A ausência de relatório enseja a declaração de nulidade da sentença, mas a sua elaboração de forma sucinta não macula o *decisum*.

Ainda que preenchidos os requisitos que autorizariam a propositura de uma única ação em face de todos os réus, tal medida não é recomendável

nos casos em que o excesso de demandados causar tumulto processual, inviabilizando o exercício da jurisdição, comprometendo a rápida solução do litígio.

Para que haja litispendência não é suficiente que haja a repetição da ação, sendo de fundamental importância haver uma tríplice identidade: mesmas partes, mesmo pedido e mesma causa de pedir.

Área de preservação permanente pode ser entendida como aquela merecedora da mais alta escala de proteção ambiental, cujo conceito foi trazido pelo artigo 1º, da Lei n. 4.771/65.

A proteção ao meio ambiente se insere no âmbito da competência comum dos entes federados, com fulcro no artigo 23, VI, da Constituição Federal. Também, compete à União e aos Estados legislar concorrentemente sobre florestas, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais e proteção do meio ambiente, como estabelece o artigo 24, VI, da Carta Superior.

O IMASUL – Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul possui competência para concessão de licenciamento ambiental e realização de controle de obras, empreendimentos e atividades efetivas ou potencialmente poluidoras ou modificadoras do meio ambiente, nos termos do artigo 2º, do Decreto Estadual n. 12.725/2009 e Decreto Estadual n. 12.673/2009.

A situação já consolidada de ocupação da área de preservação permanente não atenta contra a ordem jurídica, eis que respaldada em autorização da ordem competente, motivo pelo qual descabe a adoção das severas medidas de desocupação, demolição ou remoção das edificações e reflorestamento da área, uma vez que fere os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Recurso provido (fls. 1.178/1.179e)

Opostos Embargos de Declaração, por ambas as partes, foram acolhidos os da parte ora recorrida, para correção de erro material, bem como os do Ministério Público Estadual, sem efeitos modificativos, nos seguintes termos:

Embargos de declaração em apelação cível. Requisitos de admissibilidade, do recurso. Demonstração de erro material na indicação do ano de publicação do Decreto n. 12.673/2009. Embargos acolhidos.

I - Os embargos de declaração constituem recurso rígido que exige a presença dos pressupostos processuais de cabimento para o seu acolhimento, nos termos do que dispõe o artigo 535 do Código de Processo Civil.

II - *Deve ser corrigido o equívoco na indicação do ano do Decreto n. 12.673/2009, o qual caracteriza mero erro material.*

III - Embargos acolhidos.

Embargos de declaração em apelação cível. Omissão caracterizada. Suspensão da Licença de Operação n. 12/2008 e do TAC celebrado entre o IMASUL e a Associação dos Proprietários das Casas de Veraneio do Vale do Rio Ivinhema. Impossibilidade de atingir aqueles que já haviam realizado edificações ou benfeitorias. Embargos acolhidos sem modificação do julgado.

I - *A suspensão e/ou ilegalidade da Licença de Operação n. 12/2008 e de quaisquer outros atos administrativos não pode prejudicar àqueles que, apoiados na sua validade e legalidade, realizaram benfeitorias ou edificações em área de preservação ambiental.*

II - Os embargos de declaração não constituem meio hábil para o prequestionamento que deve ser feito no recurso de apelação, nas contrarrazões ou no recurso adesivo.

III - Embargos acolhidos sem modificação do julgado (fl. 1.233e).

Alega-se, nas razões do Recurso Especial, além de dissídio jurisprudencial, ofensa aos arts. 535, II, do CPC/73, 3º, II, VIII, IX, 4º, I, 8º e 9º, da Lei 12.651/2012, 1º, § 2º, II, IV e V, 2º, **a**, 3, 4º, § 7º, da Lei 4.771/65, 3º, IV, 4º, VIII, e 14, § 1º, 18 da Lei 6.938/81, e 3º, *caput* e parágrafo único, V, da Lei 6.766/79.

Argúi, preliminarmente, a prevenção do Ministro Relator, nos termos do art. 71 do RISTJ.

No mérito, aponta contrariedade aos arts. 1º, § 2º, II, IV e V, e 2º, **a**, 3, da Lei 4.771, de 15/09/1965 (que correspondem aos arts. 3º, II, e 4º, I, **c**, da Lei 12.651/2012 - Novo Código Florestal), que conceituam Área de Preservação Permanente.

Aduz que o art. 3º, parágrafo único, V, da Lei 6.766/79 (Lei do Parcelamento do Solo Urbano) impede a edificação sobre tais áreas, além de os arts. 3º, IV, 4º, VII, e 14, § 1º, da Lei 6.938/81 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente) imponem ao poluidor o dever de recuperar a degradação.

Ressalta que, conforme previsto no art. 4º da Lei 4.771/65 (que correspondem aos arts. 8º e 9º da Lei 12.651/2012), a supressão de vegetação em área de preservação permanente é permitida no caso de utilidade pública ou de interesse social, cujas hipóteses encontram-se previstas no art. 1º, § 2º, da Lei 4.771/65 (que correspondem aos arts. 2º e 3º, VIII e IX, da Lei 12.651/2012).

Defende a irrenunciabilidade, a inalienabilidade e a imprescritibilidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, razão pela qual a área

de preservação permanente constitui espaço territorial constitucionalmente protegido (CF, art. 225, § 1º, III).

Acrescenta que, reconhecida, pelo acórdão, a invalidade da Licença de Operação que teria autorizado a exploração por parte do recorrido, há expresse dever de reparação dos danos, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81 (Lei de Política do Meio Ambiente).

Requer, ao final, seja o presente recurso conhecido e, ao final, provido, para reformar o acórdão recorrido, reconhecendo-se a ilegalidade da exploração perpetrada em área de preservação permanente e restabelecendo-se a sentença proferida em 1ª Instância que julgou procedentes, em parte, os pedidos formulados na Ação Civil Pública.

Em sede de contrarrazões (fls. 1.902/1.927e), a parte recorrida defende a manutenção do acórdão impugnado.

O Recurso Especial foi admitido pelo Tribunal de origem (fls. 2.039/2.042e).

A fls. 2.111/2.112e, o recorrido, Jovelino Ferreira da Cruz, defende a existência de prevenção do Ministro Benedito Gonçalves, em razão da distribuição do Recurso Especial 1.239.044/MS.

A fl. 2.130e, o Ministro Benedito Gonçalves, em atenção ao despacho de fl. 2.116e, afastou a alegação de prevenção.

Na origem, trata-se de Ação Civil Pública Ambiental, ajuizada pela parte ora recorrente, com o objetivo de obter a condenação da recorrida em obrigação de fazer, consistente em desocupar, demolir e remover todas as construções, cercas e demais intervenções realizadas em área de preservação permanente, bem como reflorestar toda a área degradada.

Julgada parcialmente procedente a demanda, recorreu o réu, tendo sido reformada a sentença pelo Tribunal local, para julgar improcedente a Ação Civil Pública Ambiental.

Daí a interposição do presente Recurso Especial.

Rejeita-se, de plano, a arguição de prevenção do Ministro Benedito Gonçalves, Relator do REsp 1.239.044/MS, uma vez que o referido Recurso Especial foi interposto na Ação Civil Pública 017.08.003445-1 – proposta pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul contra Amauri Sérgio Sanches, José Valmir Ferreira da Cruz, Instituto de Meio Ambiente do Mato Grosso do Sul - IMASUL e APROPRIO - Associação de Proprietários de Rancho do Rio Ivinhema –, de forma a evidenciar que se tratam de processos distintos, não se amoldando às hipóteses previstas no art. 71 do Regimento Interno do STJ, conforme entendimento, inclusive, de Sua Excelência, como se vê a fl. 2.130e.

O Tribunal de origem não se manifestou acerca do teor do art. 3º, caput e parágrafo único, V, da Lei 6.766/79. Por essa razão, à falta do indispensável prequestionamento, não pode ser conhecido o Recurso Especial no ponto,

incidindo o teor da Súmula 211 do STJ (“Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição dos embargos declaratórios, não foi apreciado pelo Tribunal *a quo*”).

No que diz respeito à indicada ofensa aos artigos 1º, § 2º, II, IV e V, e 2º, a, 3, e 4º, § 7º, da Lei 4.771, de 15/09/1965, cumpre destacar a aplicabilidade dos mencionados dispositivos legais ao caso dos autos, apesar da entrada em vigor da Lei 12.651/2012, uma vez que, ajuizada a presente ação em 30/06/2008 (fl. 2e), adota-se o entendimento desta Corte no sentido da “inaplicabilidade de norma ambiental superveniente de cunho material aos processos em curso, seja para proteger o ato jurídico perfeito, os direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, seja para evitar a redução do patamar de proteção de ecossistemas frágeis sem as necessárias compensações ambientais” (STJ, AgRg no REsp 1.367.968/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 12/03/2014).

Acerca da controvérsia, constata-se que o Tribunal de origem, concluiu que, apesar de a ré promover edificações em Área de Preservação Permanente, com supressão da vegetação, em afronta à legislação ambiental, a situação se encontrava consolidada, em razão de prévia licença concedida pelo Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul - IMASUL, sendo, assim, descabida a aplicação das medidas de desocupação, demolição de edificações e reflorestamento da área, determinadas pela sentença, sob pena de ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, conforme se depreende do excerto a seguir:

Consta dos autos que o(a) recorrente é possuidor(a)/proprietário(a) de uma área cuja construção se estende sobre faixa de preservação ambiental às margens do Rio Ivinhema, o que estaria afrontando às leis de preservação ambiental, frente a degradação do meio ambiente.

(...)

Diante destas considerações, verifica-se que a questão posta à apreciação cinge-se em saber a ocupação das terras que margeiam o Rio Ivinhema está em desacordo com a legislação ambiental de modo a justificar a desocupação, a demolição e a remoção das edificações e o reflorestamento da área supostamente degradada e que seria de preservação permanente.

Áreas de preservação permanente pode ser entendida como aquela área merecedora da mais alta escala de proteção ambiental. Seu conceito foi trazido pelo artigo 1º, da Lei n. 4.771/65:

Art. 1º As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.

(...)

§ 2º Para os efeitos deste Código, entende-se por:

(...)

II - área de preservação permanente: área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;.

Nestas áreas de preservação permanente, não se admite sequer a exploração limitada dos recursos sem que haja a intervenção dos órgãos ambientais, justamente por ser reconhecida a possibilidade de haver desequilíbrio irreparável ao ecossistema.

Não se pode negar a importância da mata ciliar que consiste na formação vegetal situada às margens de rios, nascentes, córregos e lagos. As terras próximas a estas reservas fluviais devem ser plantadas, pois a vegetação reduz a erosão e o assoreamento, contribuindo para a limpeza dos rios e lagos e na formação de áreas propícias para a reprodução das espécies vegetais e animais, garantindo a biodiversidade.

Assim, a delimitação do uso de uma faixa das terras visa à proteção dos recursos hídricos, da biodiversidade, da fauna e da flora.

Quanto à demarcação da área de preservação permanente a Lei n. 4.771/65 estabeleceu algumas medidas, nos seguintes termos:

Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será:

1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;

2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;

3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;

4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;

5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros.

Transportando estes conceitos para o caso dos autos e *considerando que o Rio Ivinhema possui cerca de 200 (duzentos) metros de largura, conclui-se que a área de preservação permanente a ser respeitada é de 100 (cem) metros. Nesta faixa, seria impossível a exploração, edificação ou qualquer outra intervenção humana desprovida de autorização dos órgãos de proteção ambiental.*

Ocorre que a proteção ao meio ambiente se insere no âmbito da competência comum dos entes federados, com fulcro no artigo 23, VI, da Constituição Federal. Também, compete à União e aos Estados legislar, concorrentemente, sobre florestas, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais e proteção do meio ambiente, como estabelece o artigo 24, VI, da Carta Superior.

(...)

No caso dos proprietários de terras às margens do Rio Ivinhema, constata-se que a exploração e as edificações em áreas de preservação permanente decorreram de prévia licença concedida pelo IMASUL.

Note-se que a *APRORIO*, atuando em prol dos interesses de seus associados, ingressou com um requerimento administrativo que gerou o processo de n. 23/102730/2006, autuado em 19.06.2006, tendo por escopo solicitar a autorização ambiental para regularização das casas de veraneio. Referido pedido foi concedido nos termos da Licença de Operação n. 012/2008, ocasião em que foram anotadas algumas obrigações a serem cumpridas por parte da Associação, como, por exemplo, “operar de acordo com o projeto técnico apresentado ao IMASUL/SEMAC/MS” e “apresentar trimestralmente ao IMASUL/SEMAC/MS Relatório Técnico referente à operação do SCA, juntamente com ART do técnico responsável”.

Todavia, referida licença não fez qualquer menção com relação à área que poderia ser explorada e edificada. Não se pode negar que o debate aqui travado envolve restrições ao direito de propriedade, direito fundamental do cidadão, motivo pelo qual eventual restrição deveria estar expressa, sob pena de ofensa ao artigo 5º, II, da Carta Magna.

Evidencia-se que o (a) recorrente promoveu algumas edificações em área de preservação permanente causando a supressão da vegetação local, o que, em tese, estaria contrariando a legislação ambiental. Porém, no caso, há expressa autorização do órgão competente para a utilização da área de preservação permanente o que imprime contornos de legalidade à situação.

Ademais, o resultado pretendido pelo Ministério Público não é o mais adequado. Isto porque, é notório que o processo de regeneração ambiental é demasiadamente lento, havendo situações em que sequer mostra-se possível.

Fato é que a situação já consolidada não atenta contra a ordem jurídica, eis que respaldada em autorização do órgão competente, motivo pelo qual descabe a adoção das severas medidas de desocupação, demolição ou remoção das edificações e reflorestamento da área.

Atente-se que a legislação em vigor não traz vedação absoluta no sentido de que o proprietário faça uso da área de preservação permanente, até porque, neste caso, restaria evidenciada hipótese de desapropriação.

Tal margem de intervenção humana em áreas de proteção permanente se encontra ponderada no Código Florestal, que trata sobre a possibilidade de supressão eventual da vegetação nessas localidades desde que com baixo impacto ambiental, *verbis*:

Art. 4º. A supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto.

(...)

§ 3º O órgão ambiental competente poderá autorizar a supressão eventual e de baixo impacto ambiental, assim definido em regulamento, da vegetação em área de preservação permanente.

Nessa ordem de idéias, fica resguarda a prática de atividades de interesse social que não descaracterizem a cobertura vegetal e não prejudiquem a função ambiental da área.

Logo, as medidas adotadas na sentença proferida em primeira instância deixaram de observar aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Inclusive, não se pode deixar de observar que o IBAMA não indicou qualquer óbice concreto às edificações constantes da área objeto de discussão, limitando-se em apresentar o relatório de vistoria em que recomendou que “qualquer medida que não seja a recuperação da área total degradada através da demolição das casas e recomposição da mata ciliar suprimida, além de não mitigar os impactos ambientais, constituirá em estímulo para que se continue construindo aparatos de lazer em áreas de preservação permanente, em total prejuízo ao meio ambiente e, por conseqüência à sociedade”.

Desse modo, não deve subsistir a sentença de parcial procedência que, como dito alhures, impôs medidas extremas aos proprietários de terras localizadas às margens do Rio Ivinhema.

Ante o exposto, dou provimento aos presentes recursos para o fim de reformar a sentença recorrida, julgando improcedentes os pedidos formulados na exordial (fls. 1.196/1.200e).

Do exposto, depreende-se que as edificações ocorreram em Área de Preservação Permanente, por se situarem às margens do Rio Ivinhema, que, segundo o acórdão, “possui cerca de 200 (duzentos) metros de largura”, concluindo-se “que a área de preservação permanente a ser respeitada é de 100 (cem) metros”, conforme determina o art. 2º, a, 3, da Lei 4.771, de 15/09/1965.

De outra parte, o art. 4º da Lei 4.771/1965 estabelece a possibilidade de supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente em duas hipóteses excepcionais: em caso de utilidade pública ou interesse social, “devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto”.

In casu, conforme restou assentado no acórdão, no Loteamento em tela foram construídas casas de veraneio, destinadas, portanto, ao lazer de seus possuidores/proprietários.

Ora, descaracterizado, pelo acórdão, a utilidade pública ou o interesse social para supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente, notadamente da mata ciliar do Rio Ivinhema, de natureza protetora dos mananciais, porquanto o referido Loteamento destina-se, exclusivamente, ao lazer dos possuidores/proprietários de suas frações, deduz-se que o aresto recorrido afrontou o disposto nos arts. 1º, § 2º, II, IV e V, e 2º, a, 3, e 4º, § 7º, da Lei 4.771, de 15/09/1965.

Registre-se que, com o advento do novo Código Florestal (Lei 12.651/2012, foram estabelecidas as possibilidades de consolidação das atividades antrópicas em Áreas de Preservação Permanente, de acordo com o disposto em seus arts. 61-A a 65, dentre as quais não se encontra inserida a hipótese dos presentes autos, que cuida de Ranchos de lazer.

Além disso, constata-se que o Tribunal a quo, conquanto reconheça a edificação em Área de Preservação Permanente, afirma que “fato é que a situação já consolidada não atenta contra a ordem jurídica, eis que respaldada em autorização do órgão competente, motivo pelo qual descabe a adoção das severas medidas de desocupação, demolição ou remoção das edificações e reflorestamento da área” (fl. 1.199e).

Todavia, inadmissível é a aplicação da Teoria do Fato Consumado em Direito Ambiental, devido à importância do bem jurídico tutelado, de responsabilidade intergeracional.

Cabe ressaltar que tal entendimento encontra ressonância na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido da impossibilidade da aplicação da Teoria do Fato Consumado em Direito Ambiental, como se vê da seguinte ementa:

Ementa: Agravo regimental no recurso extraordinário. *Direito Ambiental.* Mandado de segurança. Ausência de licença ambiental. Matéria infraconstitucional. Reexame de fatos e provas. *Inaplicabilidade da teoria do fato consumado.*

1. A competência do IBAMA para fiscalizar eventuais infrações ambientais está disciplinada em lei infraconstitucional (Lei 9.605/98), eventual violação à Constituição é indireta, o que não desafia o apelo extremo. Precedentes: AI 662.168, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 23/11/2010, e o RE 567.681-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe de 08/05/2009.

2. *In casu*, o Tribunal de origem asseverou não ter a recorrente trazido prova pré-constituída da desnecessidade de licenciamento ambiental; para dissentir-se desse entendimento seria necessário o reexame fatos e provas, providência vedada nesta instância mercê o óbice da Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal, *verbis*: "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário."

3. *A teoria do fato consumado não pode ser invocada para conceder direito inexistente sob a alegação de consolidação da situação fática pelo decurso do tempo. Esse é o entendimento consolidado por ambas as turmas desta Suprema Corte. Precedentes: RE 275.159, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 11.10.2001; RMS 23.593-DF, Rel. Min. **Moreira Alves**, Primeira Turma, DJ de 02/02/01; e RMS 23.544-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 21.6.2002.*

4. *Agravo regimental a que se nega provimento (STF, RE 609.748 AgR/RJ Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 13/09/2011).*

A jurisprudência do STJ orienta-se no mesmo sentido:

Processual Civil e Ambiental. Natureza jurídica dos manguezais e marismas. Terrenos de marinha. Área de Preservação Permanente. Aterro ilegal de lixo. Dano ambiental. Responsabilidade civil objetiva. Obrigação *propter rem*. Nexo de causalidade. Ausência de prequestionamento. Papel do juiz na implementação da legislação ambiental. Ativismo judicial. Mudanças climáticas. Desafetação ou desclassificação jurídica tácita. Súmula 282/STF. Violação do art. 397 do CPC não configurada. Art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981.

1. Como regra, não viola o art. 397 do CPC a decisão que indefere a juntada de documentos que não se referem a fatos novos ou não foram apresentados no momento processual oportuno, ou seja, logo após a intimação da parte para se manifestar sobre o laudo pericial por ela impugnado.

2. Por séculos prevaleceu entre nós a concepção cultural distorcida que enxergava nos manguezais *lato sensu* (= manguezais *stricto sensu* e marismas) o modelo consumado do feio, do fétido e do insalubre, uma modalidade de patinho-feio dos ecossistemas ou antítese do Jardim do Éden.

3. Ecossistema-transição entre o ambiente marinho, fluvial e terrestre, os manguezais foram menosprezados, popular e juridicamente, e por isso mesmo considerados terra improdutiva e de ninguém, associados à procriação de mosquitos transmissores de doenças graves, como a malária e a febre amarela. Um ambiente desprezível, tanto que ocupado pela população mais humilde, na forma de palafitas, e sinônimo de pobreza, sujeira e párias sociais (como zonas de prostituição e outras atividades ilícitas).

4. Dar cabo dos manguezais, sobretudo os urbanos em época de epidemias, era favor prestado pelos particulares e dever do Estado, percepção incorporada tanto no sentimento do povo como em leis sanitárias promulgadas nos vários níveis de governo.

5. Benfeitor-modernizador, o adversário do manguezal era incentivado pela Administração e contava com a leniência do Judiciário, pois ninguém haveria de obstaculizar a ação de quem era socialmente abraçado como exemplo do empreendedor a serviço da urbanização civilizadora e do saneamento purificador do corpo e do espírito.

6. Destruir manguezal impunha-se como recuperação e cura de uma anomalia da Natureza, convertendo a aberração natural – pela humanização, saneamento e expurgo de suas características ecológicas – no Jardim do Éden de que nunca fizera parte.

7. No Brasil, ao contrário de outros países, o juiz não cria obrigações de proteção do meio ambiente. Elas jorram da lei, após terem passado pelo crivo do Poder Legislativo. Daí não precisarmos de juizes ativistas, pois o ativismo é da lei e do texto constitucional. Felizmente nosso Judiciário não é assombrado por um oceano de lacunas ou um festival de meias-palavras legislativas. Se lacuna existe, não é por falta de lei, nem mesmo por defeito na lei; é por ausência ou deficiência de implementação administrativa e judicial dos inequívocos deveres ambientais estabelecidos pelo legislador.

8. A legislação brasileira atual reflete a transformação científica, ética, política e jurídica que reposicionou os manguezais, levando-os da condição de risco à saúde pública ao patamar de ecossistema criticamente ameaçado. Objetivando resguardar suas funções ecológicas, econômicas e sociais, o legislador atribuiu-lhes o regime jurídico de Área de Preservação Permanente.

9. É dever de todos, proprietários ou não, zelar pela preservação dos manguezais, necessidade cada vez maior, sobretudo em época de mudanças climáticas e aumento do nível do mar. Destruí-los para uso econômico direto, sob o permanente incentivo do lucro fácil e de benefícios de curto prazo, drená-los ou aterrjá-los para a especulação imobiliária ou exploração do solo, ou transformá-los em depósito de lixo caracterizam ofensa grave ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao bem-estar

da coletividade, comportamento que deve ser pronta e energicamente coibido e apenado pela Administração e pelo Judiciário.

10. Na forma do art. 225, *caput*, da Constituição de 1988, o manguezal é bem de uso comum do povo, marcado pela imprescritibilidade e inalienabilidade. Logo, o resultado de aterramento, drenagem e degradação ilegais de manguezal não se equipara ao instituto do acrescido a terreno de marinha, previsto no art. 20, inciso VII, do texto constitucional.

11. *É incompatível com o Direito brasileiro a chamada desafetação ou desclassificação jurídica tácita em razão do fato consumado.*

12. As obrigações ambientais derivadas do depósito ilegal de lixo ou resíduos no solo são de natureza *propter rem*, o que significa dizer que aderem ao título e se transferem ao futuro proprietário, prescindindo-se de debate sobre a boa ou má-fé do adquirente, pois não se está no âmbito da responsabilidade subjetiva, baseada em culpa.

13. Para o fim de apuração do nexos de causalidade no dano ambiental, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem.

14. Constatado o nexos causal entre a ação e a omissão das recorrentes com o dano ambiental em questão, surge, objetivamente, o dever de promover a recuperação da área afetada e indenizar eventuais danos remanescentes, na forma do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81.

15. Descabe ao STJ rever o entendimento do Tribunal de origem, lastreado na prova dos autos, de que a responsabilidade dos recorrentes ficou configurada, tanto na forma comissiva (aterro), quanto na omissiva (deixar de impedir depósito de lixo na área). Óbice da Súmula 7/STJ.

16. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido (STJ, REsp 650.728/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 02/12/2009).

Além disso, cumpre ressaltar que a 2ª Turma do STJ, ao examinar casos análogos ao dos autos, posicionou-se no sentido da inexistência de direito adquirido e da impossibilidade de aplicação da Teoria do Fato Consumado em Direito Ambiental, da ausência de limitação ao direito de propriedade por restrições administrativas ambientais, bem como pela necessidade de reparação do dano causado ao meio ambiente, litteris:

Ambiental. Administrativo. Recurso especial. Supressão de área de preservação permanente fora das hipóteses restritivamente traçadas na legislação ambiental. Inviabilidade. Ausência de licença ambiental prévia válida. Normas ambientais. Limitação administrativa. Não ocorrência

de supressão do direito de propriedade. Dever de reparação do agente causador do dano ambiental. Pressupostos presentes no caso em concreto. Recurso especial provido.

1. *Na origem, trata-se de ação civil pública ambiental interposta pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul em face da parte ora recorrida cujo objeto é a ilegalidade da supressão da área de preservação permanente em face da construção de imóvel na margem do Rio Ivinhema/MS. Antes de se adentrar ao mérito, cumpre fazer, então, a análise das questões preliminares suscitadas em contrarrazões do recurso especial.*

2. *Preliminares de perda de objeto em virtude da revogação do antigo Código Florestal e alegação de conexão com outro processo de relatoria do Exmo. Sr. Ministro Benedito Gonçalves rejeitadas.*

3. *Do mérito: 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). Além disso, em se tratando de área de preservação permanente, a sua supressão deve respeitar as hipóteses autorizativas taxativamente previstas em Lei, tendo em vista a magnitude dos interesses envolvidos de proteção do meio ambiente. Precedentes do STF (no âmbito da ADI n. 3.540/DF - medida cautelar) e do STJ (REsp 176.753/SC, Rel. Ministro **Herman Benjamin, Segunda Turma**, julgado em 7.2.2008, DJe 11.11.09).*

4. *No caso em concreto, da análise do acórdão ora recorrido exsurge a presença dos seguintes elementos que se tornaram incontroversos para a análise ora realizada, quais sejam: (a) houve a construção de empreendimento em área de preservação permanente, a qual, segundo expressamente afirmado pelo acórdão recorrido, causou a supressão da vegetação local; (b) esta conduta foi praticada sem autorização válida, vez que a Licença de Operação n. 12/2008 teria sido expedida em desacordo com a legislação ambiental pertinente; e, (c) ainda com a nulidade da Portaria, tal circunstância não pode não afetar àqueles que já haviam realizado edificações na área em questão.*

5. *Note-se que a análise destas premissas não implicam no revolvimento do conjunto fático e probatório constante dos autos, uma vez que, tão somente, foi realizada reavaliação da prova, o que é permitido na via recursal sem que haja a incidência da Súmula 7/STJ. Neste sentido, o seguintes precedente: REsp 1.264.894/PR, Rel. Ministro **Humberto Martins, Segunda Turma**, julgado em 01/09/2011, DJe 09/09/2011.*

6. *Diferentemente do que entendeu o acórdão ora recorrido, não há como legitimar a conduta da parte ora recorrida tendo em vista a ausência de*

previsão legal autorizativa para tanto. A justificativa utilizada pelo Tribunal a quo para determinar a manutenção da parte recorrida na localidade - inviabilidade de se prejudicar àqueles que apoiado na sua validade ou legalidade realizaram benfeitorias ou edificações na localidade - também não encontra respaldo na ordem jurídica vigente.

7. Isso porque, sendo a licença espécie de ato administrativo autorizativo submetido ao regime jurídico administrativo, a sua nulidade implica que dela não pode advir efeitos válidos e tampouco a consolidação de qualquer direito adquirido (desde que não ultrapassado o prazo previsto no art. 54 da Lei n. 9.784/99, caso o beneficiário esteja de boa fé). Vale dizer, declarada a sua nulidade, a situação fática deve retornar ao estado ex ante, sem prejuízo de eventual reparação civil do lesado caso presentes os pressupostos necessários para tal. Essa circunstância se torna ainda mais acentuada tendo em vista o bem jurídico tutelado no caso em tela, que é o meio ambiente, e a obrigação assumida pelo Estado brasileiro em diversos compromissos internacionais de garantir o uso sustentável dos recursos naturais em favor das presentes e futuras gerações.

8. Além do mais, as restrições impostas ao exercício de atividades econômicas bem como de ocupação em áreas de preservação permanente seguem o regime jurídico das limitações administrativas, espécie de intervenção do Estado na propriedade que promove restrições nos poderes advindos do seu domínio exercido sobre a coisa, e não a sua supressão. Assim, em tese, fica afastada a justificativa utilizada pelo Tribunal a quo de que tal medida acarretaria na perda da propriedade por meio de desapropriação, sendo que, caso tal fato jurídico de fato ocorra, o ordenamento dispõe de meios hábeis a tutelar eventuais interesses legítimos por parte do titular do direito de propriedade.

9. Quanto ao pedido de indenização formulado para parte ora recorrente, foi reconhecida a prática de ato ilícito pela parte ora recorrida em face do meio ambiente, é de se observar que os elementos da responsabilidade civil por dano ambiental bem como as medidas de reparação dos danos ambientais causados pela parte ora recorrida foram estabelecidos na sentença proferida pelo Juízo de 1º grau, devendo a mesma ser restaurada em sua integralidade, nos termos requeridos pela parte ora recorrente.

10. Recurso especial provido, com a determinação de que sejam extraídas cópias dos presentes autos e a remessa delas ao Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul para apuração de eventual prática de ato de improbidade administrativa ambiental (STJ, REsp 1.362.456/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 28/06/2013).

Ambiental e Processual Civil. Ação civil pública. Ocupação e edificação em Área de Preservação Permanente-APP. Casas de veraneio. Margens do

Rio Ivinhema/MS. Supressão de mata ciliar. Descabimento. Art. 8º da Lei 12.651/2012. Não enquadramento. Direito adquirido ao poluidor. Fato consumado. Descabimento. Desapropriação não configurada. Limitação administrativa. Dano ambiental e nexo de causalidade configurados. Ausência de prequestionamento. Súmula 211/STJ.

1. *Descabida a supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente - APP que não se enquadra nas hipóteses previstas no art. 8º do Código Florestal (utilidade pública, interesse social e baixo impacto ambiental).*

2. *Conquanto não se possa conferir ao direito fundamental do meio ambiente equilibrado a característica de direito absoluto, certo é que ele se insere entre os direitos indisponíveis, devendo-se acentuar a imprescritibilidade de sua reparação, e a sua inalienabilidade, já que se trata de bem de uso comum do povo (art. 225, caput, da CF/1988).*

3. *Em tema de direito ambiental, não se cogita em direito adquirido à devastação, nem se admite a incidência da teoria do fato consumado. Precedentes do STJ e STF.*

4. *A proteção legal às áreas de preservação permanente não importa em vedação absoluta ao direito de propriedade e, por consequência, não resulta em hipótese de desapropriação, mas configura mera limitação administrativa. Precedente do STJ.*

5. *Violado o art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981, pois o Tribunal de origem reconheceu a ocorrência do dano ambiental e o nexo causal (ligação entre a sua ocorrência e a fonte poluidora), mas afastou o dever de promover a recuperação da área afetada e indenizar eventuais danos remanescentes.*

6. *Em que pese ao loteamento em questão haver sido concedido licenciamento ambiental, tal fato, por si só, não elide a responsabilidade pela reparação do dano causado ao meio ambiente, uma vez afastada a legalidade da autorização administrativa.*

7. *É inadmissível o recurso especial quanto a questão não decidida pelo Tribunal de origem, por falta de prequestionamento (Súmula 211/STJ).*

8. *Recurso especial parcialmente conhecido e provido (STJ, REsp 1.394.025/MS, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe de 18/10/2013).*

Direito Administrativo. Ambiental. Processual Civil. Recurso especial. Prevenção não constatada. Ação civil pública. Edificação. Área de proteção permanente. Proximidade do leito do rio. Verificação. Atividade. Impacto. Casas de veraneio. Impossibilidade. Alegação. Fato consumado. Matéria ambiental. Inexistência. Aquisição. Direito de poluir. Jurisprudência. STJ. Casos idênticos. Não verificada exceção legal do art. 61-A da Lei 12.651/12. Divergência jurisprudencial. Ausência de cotejo analítico. Alegação de dispositivos constitucionais. Competência do STF.

1. “O juiz tem a faculdade, e não a obrigação, de reconhecer a conexão entre duas ou mais demandas à luz da matéria controvertida, quando concluir pela necessidade de julgamento simultâneo para evitar a prolação de decisões conflitantes em litígios semelhantes” (REsp 1.496.867/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 7/5/2015, DJe 14/5/2015.).

2. Cuida-se de ação civil pública promovida pelo Ministério Público com o objetivo de condenar o recorrido: (a) a desocupar, demolir e remover as edificações erguidas em área de preservação permanente localizada a menos de cem metros do Rio Ivinhema; (b) a abster-se de promover qualquer intervenção ou atividade na área de preservação permanente; (c) a reflorestar toda a área degradada situada nos limites do lote descrito na petição inicial; (d) a pagar indenização por danos ambientais em valor a ser arbitrado pelo juízo.

3. Constatou-se nos autos que houve a realização de edificações (casas de veraneio), inclusive com estradas de acesso, dentro de uma Área de Preservação Permanente, assim como a supressão quase total da vegetação local. Constatado tal fato, deve-se proceder, nos termos da sentença, às medidas necessárias para restabelecer à referida área.

4. As exceções legais a esse entendimento encontram-se previstas nos arts. 61-A a 65 do Código Florestal, nas quais decerto não se insere a pretensão de manutenção de casas de veraneio.

5. Não pode ser conhecido o presente recurso quando a recorrente não realiza o necessário cotejo analítico, bem como não apresenta, adequadamente, o dissídio jurisprudencial. Apesar da transcrição de ementa, não foram demonstradas as circunstâncias identificadoras da divergência entre o caso confrontado e o aresto paradigma.

6. Não cabe ao STJ examinar na via especial, ainda que a título de prequestionamento, eventual violação de dispositivo constitucional, por ser de competência reservada pela Constituição da República ao Supremo Tribunal Federal.

Agravo regimental improvido (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1.381.341/MS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 25/05/2016)

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, *dou provimento* ao Recurso Especial, para restabelecer a sentença de fls. 938/949e. Tendo em vista as razões aqui expostas, em relação a alegação de prevenção do Min. Benedito Gonçalves, resta prejudicada a análise da petição de fls. 2.111/2.112e (fls. 2.138/1.154e)

Inconformada, sustenta a parte agravante que:

Da perda do objeto em razão da vigência do novo código florestal

Ilustres Ministros, com à entrada em vigor da Lei n. 12.651/2012, trouxe nova regulamentação quanto à ocupação da área de preservação permanente, autorizando a manutenção do Agravante na área ocupada, permitindo a ele a recuperação de cinco metros da APP, sem a necessidade de desocupação total.

No caso concreto, observa-se a mesma situação, adição do código florestal, ao modificar o tratamento da APP, levou a perda de objeto da ação civil pública movida pelo MPE. O legislador autorizou a continuidade da ocupação, bastando para tanto a recomposição da faixa marginal de 5 metros, sem que seja mais obrigatória a demolição, conforme leitura do § 1º do artigo 61-A:

(...)

Ademais, dado que a tanto a lei primitiva como lei atual permite a sua manutenção na área, assumindo inclusive o caráter de disposição transitória, numa interpretação constitucional, não pode o Agravante ser obrigada a deixar a sua residência e nem a demoli-la.

A Sexta Turma deste Tribunal Superior já teve oportunidade de se manifestar quanto a perda do objeto da ação quando da superveniência de norma que dá tratamento diferenciado a caso idêntico tratado na norma revogada como no caso em apreço.

No AgRg no REsp n. 887.890-ES de relatoria da Ministra Jane Silva (Des. Convocada do TJMG) assevera que “a superveniência da lei complementar estadual 399/2007 que tornou par o numero de vagas de desembargadores destinados ao quinto constitucional, no Estado do Espírito Santo, esvaziou a discussão acerca da ampliação dos critérios de alternância entre o Ministério Público e a OAB, tendo em vista que cada qual agora conta com 3 (três) vagas na aludida corte. Inviável, ainda, a alegação de que, em face da estabilização da demanda, não seria possível o reconhecimento da prejudicialidade do recurso.”

(...)

A *ratio* do art. 493, do NCPC/2015, tutela o princípio de que a sentença deve refletir o estado de fato no momento do julgamento da ação e não da sua propositura. Daí deve-se admitir que novos fatos sejam levados em conta pelo julgador quando do proferimento da sentença.

Por isso que a mesma regra deve ter aplicação em sede recursal, quando ocorridos após a prolação da sentença. É que a regra coaduna-se com o princípio da economia processual, já que torna desnecessária a propositura de nova ação para discutir a controvérsia que, a despeito de superveniente, pode ser debatida na ação em curso.

Diante do exposto, evidenciado a perda do objeto pretendido pelo MP, razão pela qual, requer seja acolhido presente agravo, e determinando a extinção do feito com fundamento no inciso IV do artigo 485 2 do NCPC/2015, em razão da perda do objeto, devido a superveniência da Lei n. 12.651, de 2012.

Da existência de divergência jurisprudencial Excelências, data vênia máxima, existe divergência nos julgamentos das turmas deste Egrégio Superior Tribunal de processos conexos, e com isso vem tratando dos iguais como desiguais em virtude de decisões contraditórias sobre o mesmo objeto que tem atingindo de forma diversa as partes.

O julgamento do agravo em recurso especial n. 359.139/MS, que trata de caso idêntico, foi decidido pela Segunda Turma sendo Relator o Ministro Humberto Martins, na qual decidiu pelo improvimento do recurso do ora agravado, em julgado assim ementado:

(...)

Ora Excelências, tal entendimento da ilustre relatora vai em confronto com decisão desta Egrégia Segunda Turma já transitada em julgado, e julgar de forma diferente causaria enormes transtornos à uma situação já consolidada, visto que, outros moradores da região que também foram alvo de ações civis públicas pelo MPE, terão suas edificações demolidas, como a do Agravante caso seja dado seguimento ao Recurso Especial, permanecendo apenas o proprietário da área do julgado ementado citado, que já tem seu direito protegido pelo manto da coisa julgada.

Tal discrepância desestabiliza a confiabilidade na justiça pública, não bastasse ainda torna inócua a decisão vergastada visto que se o objetivo é desocupar a área consolidada e ocupada, tão desiderato não será alcançado visto que o referido beneficiário permanecerá lá em detrimento da ora Agravante que terá sua residência demolida que inclusive fica ao lado da do Sr. Carlos Fiordelice que está protegido pelo manto da coisa julgada.

Impende salientar que o novo código Florestal em seu art. 3º relegou aos integrantes do SISNAMA legislar sobre as atividades consideradas de baixo impacto ambiental atribuições que lhe confere no art. 24, IV, VIII, §§ 2º e 3º e da CF além do o art. 93, parágrafo único, inciso II da Constituição Estadual e, considerando a necessidade de revisão dos procedimentos e critérios utilizados no licenciamento ambiental, visando à melhoria contínua e ao desenvolvimento sustentável, considerando que a Resolução CONAMA 237/97 em seu art. 2º § 2º faculta ao órgão ambiental definir os critérios de exigibilidade, o detalhamento e a complementação das atividades sujeitas ao licenciamento ambiental, considerando o disposto no artigo 7º da Instrução Normativa n. 04, de 08 de setembro de 2009 do Ministério do Meio Ambiente que disciplina o uso indireto dos espaços protegidos, a exemplo das Áreas de Preservação Permanente e às áreas de Reserva legal das propriedades rurais; e considerando ainda, os Princípios que norteiam a Administração Pública, dispostos no art. 37 da Constituição Federal;

(...)

Diante do exposto, devendo, com a devida vênia, ter a apreciação do colegiado, obstando o seguimento do recurso em razão de incidência na súmula

7 e Súmula 280 do STF que ao ver o Agravante se mostra muito mais razoável (fls. 2.161/2.172e).

Por fim, requer “1. Seja recebido o presente Agravo Regimental; 2. Seja oferecido prazo para o exercício do direito de retratação pelo ilustre relator; 3. Em caso de remoto desacolhimento da preliminar arguida requer seja negado provimento ao recurso especial interposto pelo MPE, em razão da incidência da Súmula 280 do STF, Súmula 7 do STJ, ante a incidência de aplicabilidade do art. 3º, X, alínea k e art. 61 ‘A’ da *Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012* regulamentada pela resolução 02/2012 da secretaria de meio ambiente de Mato Grosso do Sul. 4. Requer ainda seja prequestionado os art. 24, IV, VIII, §§ 2º e 3º e da Constituição Federal” (fl. 2.172e).

Intimada (fl. 2.187e), a parte agravada deixou transcorrer *in albis* o prazo para manifestação (fl. 2.190e).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Relatora): Não obstante os combativos argumentos da parte agravante, as razões deduzidas neste Agravo interno não são aptas a desconstituir os fundamentos da decisão atacada, que merece ser mantida.

Na origem, trata-se de ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, com o objetivo de obter a condenação da parte ora agravante em obrigação de fazer, consistente em desocupar, demolir e remover todas as construções, cercas e demais intervenções realizadas em área de preservação permanente, localizada nas proximidades do Rio Ivinhema/MS, bem como em reflorestar toda a área degradada e pagar indenização por danos ambientais.

Em 1º Grau, a demanda foi julgada parcialmente procedente, negando o Juízo a indenização postulada, por entender que “não pode a ação civil pública ter por objeto a condenação em dinheiro e, concomitantemente, a obrigação de fazer e de não fazer”, em face do art. 3º da Lei 7.347/85 (fls. 938/949e).

Na ocasião, o Juízo de 1º Grau concluiu que “a licença expedida pelo IMASUL não aproveita à parte ré, eis que concedida sem observância à legislação ambiental pertinente, tornando-se passível de controle judicial e cassação

por afronta ao princípio da legalidade, mediante provocação do Ministério Público, que, por razões óbvias, não está jungido a um Termo de Ajustamento de Conduta do qual não participou, firmado entre a APRORIO e o IMASUL” (fl. 942e). Acrescentou que, “não por acaso, o próprio IMASUL, de ofício, determinou a suspensão da licença ambiental anteriormente concedida, bem como do respectivo Termo de Ajustamento de Conduta, baseando sua decisão no princípios das legalidade, da isonomia, e da auto-tutela administrativa, razão pela qual o argumento da parte requerida baseado na concessão da licença em questão não se reveste de qualquer relevância. Ressalte-se, por oportuno, que a solução da questão ora posta sob o crivo do Poder Judiciário prescinde da constatação pericial dos danos ambientais causados às margens do Rio Ivinhema, bastando a constatação, já existente nos autos, de que o imóvel em questão foi edificado em área de preservação permanente e sem autorização ambiental válida expedida pelo órgão ambiental competente” (fl. 945e).

O Tribunal de origem, por sua vez, deu provimento ao apelo da parte ré, para julgar improcedente a ação, *in verbis*:

Consta dos autos que o(a) recorrente é possuidor(a)/proprietário(a) de uma área cuja construção se estende sobre faixa de preservação ambiental às margens do Rio Ivinhema, o que estaria afrontando às leis de preservação ambiental, frente a degradação do meio ambiente.

Por esta razão, o órgão ministerial ajuizou a presente ação objetivando e (a) a desocupação da área de preservação permanente (APP) e a não utilização da edificação levantada ou mantida nas margens do Rio Ivinhema; (b) a paralisação de toda e qualquer atividade antrópica ali empreendida; (c) a interrupção da devastação da vegetação local, e a vedação da introdução de novas espécies de vegetais; (d) a demolição ou remoção de todas as edificações; (e) o reflorestamento da área em que se encontra o rancho demandado; (f) a condenação do(a) recorrente ao pagamento de indenização quantificada em perícia ou arbitrada pelo juiz.

O magistrado de primeira instância julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na exordial, determinando: (a) a demolição e remoção de todas as edificações existentes no lote descrito na inicial; (b) a abstenção de promoção de qualquer intervenção ou atividade na área de preservação permanente, sob pena de pagamento de multa de 40 salários mínimos e (c) o reflorestamento da área degradada, mediante projeto de recuperação da área degradada a ser elaborado pelo órgão ambiental competente.

Diante destas considerações, verifica-se que a questão posta à apreciação cinge-se em saber a ocupação das terras que margeiam o Rio Ivinhema está em desacordo com a legislação ambiental de modo a justificar a desocupação, a demolição e a

remoção das edificações e o reflorestamento da área supostamente degradada e que seria de preservação permanente.

Áreas de preservação permanente podem ser entendidas como aquela área merecedora da mais alta escala de proteção ambiental. Seu conceito já era trazido pelo artigo 1º, da Lei n. 4.771/65:

(...)

Nestas áreas de preservação permanente, não se admite sequer a exploração limitada dos recursos sem que haja a intervenção dos órgãos ambientais, justamente por ser reconhecida a possibilidade de haver desequilíbrio irreparável ao ecossistema.

Não se pode negar a importância da mata ciliar que consiste na formação vegetal situada às margens de rios, nascentes, córregos e lagos. As terras próximas a estas reservas fluviais devem ser plantadas, pois a vegetação reduz a erosão e o assoreamento, contribuindo para a limpeza dos rios e lagos e na formação de áreas propícias para a reprodução das espécies vegetais e animais, garantindo a biodiversidade.

Assim, a delimitação do uso de uma faixa das terras visa à proteção dos recursos hídricos, da biodiversidade, da fauna e da flora.

(...)

Transportando estes conceitos para o caso dos autos e considerando que o Rio Ivinhema possui cerca de 200 (duzentos) metros de largura, conclui-se que a área de preservação permanente a ser respeitada é de 100 (cem) metros. Nesta faixa, seria impossível a exploração, edificação ou qualquer outra intervenção humana desprovida de autorização dos órgãos de proteção ambiental.

Ocorre que a proteção ao meio ambiente se insere no âmbito da competência comum dos entes federados, com fulcro no artigo 23, VI, da Constituição Federal. Também, compete à União e aos Estados legislar, concorrentemente, sobre florestas, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais e proteção do meio ambiente, como estabelece o artigo 24, VI, da Carta Superior.

(...)

No caso dos proprietários de terras às margens do Rio Ivinhema, constata-se que a exploração e as edificações em áreas de preservação permanente foram executadas com respaldo em prévia licença concedida pelo IMASUL.

Note-se que a APRORIO, atuando em prol dos interesses de seus associados, ingressou com um requerimento administrativo que gerou o processo de n. 23/102730/2006, autuado em 19.06.2006, tendo por escopo solicitar a autorização ambiental para regularização das casas de veraneio. Referido pedido foi concedido nos termos da Licença de Operação n. 012/2008, ocasião em que foram anotadas algumas obrigações a serem cumpridas por parte da Associação, como, por exemplo, “operar de acordo com o projeto técnico apresentado ao IMASUL/SEMAC/MS” e “apresentar trimestralmente ao IMASUL/SEMAC/MS Relatório

Técnico referente à operação do SCA, juntamente com ART do técnico responsável”.

Todavia, referida licença não fez qualquer menção com relação à área que poderia ser explorada e edificada. Não se pode negar que o debate aqui travado envolve restrições ao direito de propriedade, direito fundamental do cidadão, motivo pelo qual eventual restrição deveria estar expressa, sob pena de ofensa ao artigo 50, II, da Carta Magna.

Evidencia-se que o (a) recorrente promoveu algumas edificações em área de preservação permanente causando a supressão da vegetação local, o que, em tese, estaria contrariando a legislação ambiental. Porém, no caso, há expressa autorização do órgão competente para a utilização da área de preservação permanente o que imprimiu contornos de legalidade à situação.

Ademais, o resultado pretendido pelo Ministério Público não é o mais adequado. Isto porque, é notório que o processo de regeneração ambiental é demasiadamente lento, havendo situações em que sequer mostra-se possível.

Fato é que a situação já consolidada não atenta contra a ordem jurídica, eis que respaldada em autorização do órgão competente, motivo pelo qual descabe a adoção das severas medidas de desocupação, demolição ou remoção das edificações e reflorestamento da área.

(...)

Nessa ordem de idéias, fica resguarda a prática de atividades de interesse social que não descaracterizem a cobertura vegetal e não prejudiquem a função e ambiental da área.

Logo, as medidas adotadas na sentença proferida em primeira instância deixaram de observar aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Inclusive, não se pode deixar de observar que o IBAMA não indicou qualquer óbice concreto às edificações constantes da área objeto de discussão, limitando-se em apresentar o relatório de vistoria em que recomendou que “qualquer medida que não seja a recuperação da área total degradada através da demolição das casas e recomposição da mata ciliar suprimida, além de não mitigar os impactos ambientais, constituirá em estímulo para que se continue construindo aparatos de lazer em áreas de preservação permanente, em total prejuízo ao meio ambiente e, por consequência à sociedade”.

Desse modo, não deve subsistir a sentença de parcial procedência que, como dito alhures, impôs medidas extremas aos proprietários de terras localizadas às margens do Rio Ivinhema.

Ante o exposto, dou provimento aos presentes recursos para o fim de reformar a sentença recorrida, julgando improcedentes os pedidos formulados na exordial (fls. 1.196/1.200e).

Por ocasião do julgamento dos Embargos Declaratórios, o Tribunal de origem assim se manifestou:

Analisando os autos, constata-se que realmente houve equívoco na indicação do ano do Decreto n. 12.673, eis que constou 2008 quando deveria ser 2009.

Ante o exposto, acolho os embargos opostos para corrigir erro material, consistente na indicação errônea do ano da publicação do Decreto n. 12.673/2009.

Passo, então, à análise dos embargos opostos pelo *Ministério Público Estadual*

O embargante sustenta que existe omissão no acórdão, já que o acórdão não se pronunciou acerca do "fato de que a Licença de Operação n. 1212008 e o Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o IMASUL e a Associação dos Proprietários das Casas de Veraneio do Vale do Rio Ivinhema foram suspensos, de ofício, pela autoridade competente (Diretor-Presidente do IMASUL) em virtude da constatação de que referida licença foi expedida em total desacordo com a legislação ambiental pertinente"

Repisa que o acórdão não poderia se furtar à discussão envolvendo a legalidade da referida licença, especialmente porque este foi o ponto nodal da sentença vergastada.

Destaca que houve omissão quanto à análise da legalidade da Licença de Operação n.0 12/2008 face à Lei n. 4.771/65 (artigo 1º, § 2º, 11, IV e V; artigo 2º, alínea 'a', n. 3, e artigo 4º, § 7º), à Lei n. 6.766/79 (artigo 3º, parágrafo único, inciso V), à Lei n. 6.938/81 (artigo 14, § 1º) e à Constituição Federal (artigo 225, § 1º, I, III, IV e VIII e § 3º).

Prequestiona toda a matéria debatida nos autos.

Os embargos não devem ser acolhidos.

Como já dito anteriormente, a omissão é a preterição no comando estatal, evidenciando uma lacuna no julgado. Por sua vez, a contradição mostra-se presente quando houver colisão de dois pensamentos que se repelem. Finalmente, a obscuridade é falta de clareza no raciocínio, nos fundamentos ou na conclusão constantes do acórdão.

No caso dos autos, não estão presentes os vícios apontados pelo embargante. Assim, E forçoso reconhecer o desvio da finalidade do recurso interposto (e, via de conseqüência, a imposição da rejeição dos embargos), uma vez que não se vislumbra qualquer omissão, obscuridade ou contradição. E de se frisar que todas as questões discutidas no recurso de apelação e nas contra-razões foram enfrentadas de forma clara e objetiva.

Com efeito, o que se constata é que o embargante está manifestando seu inconformismo com a convicção jurídica assentada no acórdão, situação esta que extrapola os limites dos embargos de declaração.

Por outro vértice, cumpre esclarecer que os embargos de declaração não constituem meio hábil para o prequestionamento. E cediço que o momento próprio e único para pré-questionar os temas federais, matéria constitucional ou qualquer outra, seria no recurso de apelação, nas contra-razões ou no recurso adesivo.

Em face do exposto, rejeito os embargos de declaração por não restar caracterizada nenhuma das hipóteses elencadas no artigo 535 do CPC (fls. 2.187/2.195e).

Da leitura dos excertos transcritos, verifica-se que o Tribunal de origem, apesar de reconhecer a existência de edificações, em área de preservação permanente, com supressão da vegetação, em afronta à legislação ambiental, reformou a sentença, para julgar improcedente a ação, sob o fundamento de que a situação encontra-se consolidada, em razão de prévia licença concedida pelo Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul - IMASUL, sendo, assim, descabida a aplicação das medidas de desocupação, demolição de edificações e reflorestamento da área, determinadas pela sentença, sob pena de ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Contudo, o STJ, em casos idênticos, firmou entendimento no sentido de que, em tema de Direito Ambiental, não se admite a incidência da teoria do fato consumado. Nesse contexto, devidamente constatada a edificação, em área de preservação permanente, a concessão de licenciamento ambiental, por si só, não afasta a responsabilidade pela reparação do dano causado ao meio ambiente, mormente quando reconhecida a ilegalidade do aludido ato administrativo, como na hipótese (fls. 943e e 945e).

Confirmam-se:

Ambiental e Processual Civil. *Ação civil pública. Ocupação e edificação em Área de Preservação Permanente-APP. Casas de veraneio. Margens do Rio Ivinhema/MS. Supressão de mata ciliar. Descabimento. Art. 8º da Lei 12.651/2012. Não enquadramento. Direito adquirido ao poluidor. Fato consumado. Descabimento. Desapropriação não configurada. Limitação administrativa. Dano ambiental e nexos de causalidade configurados. Ausência de prequestionamento. Súmula 211/STJ.*

1. Descabida a supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente - APP que não se enquadra nas hipóteses previstas no art. 8º do Código Florestal (utilidade pública, interesse social e baixo impacto ambiental).

2. Conquanto não se possa conferir ao direito fundamental do meio ambiente equilibrado a característica de direito absoluto, certo é que ele se insere entre os direitos indisponíveis, devendo-se acentuar a imprescritibilidade de sua

reparação, e a sua inalienabilidade, já que se trata de bem de uso comum do povo (art. 225, *caput*, da CF/1988).

3. *Em tema de direito ambiental, não se cogita em direito adquirido à devastação, nem se admite a incidência da teoria do fato consumado. Precedentes do STJ e STF.*

4. A proteção legal às áreas de preservação permanente não importa em vedação absoluta ao direito de propriedade e, por consequência, não resulta em hipótese de desapropriação, mas configura mera limitação administrativa. Precedente do STJ.

5. *Violado o art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981, pois o Tribunal de origem reconheceu a ocorrência do dano ambiental e o nexo causal (ligação entre a sua ocorrência e a fonte poluidora), mas afastou o dever de promover a recuperação da área afetada e indenizar eventuais danos remanescentes.*

6. *Em que pese ao loteamento em questão haver sido concedido licenciamento ambiental, tal fato, por si só, não elide a responsabilidade pela reparação do dano causado ao meio ambiente, uma vez afastada a legalidade da autorização administrativa.*

7. É inadmissível o recurso especial quanto a questão não decidida pelo Tribunal de origem, por falta de prequestionamento (Súmula 211/STJ).

8. Recurso especial parcialmente conhecido e provido (STJ, REsp 1.394.025/MS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 18/10/2013).

Ambiental. Administrativo. Recurso especial. Supressão de área de preservação permanente fora das hipóteses restritivamente traçadas na legislação ambiental. Inviabilidade. Ausência de licença ambiental prévia válida. Normas ambientais. Limitação administrativa. Não ocorrência de supressão do direito de propriedade. Dever de reparação do agente causador do dano ambiental. Pressupostos presentes no caso em concreto. Recurso especial provido.

1. *Na origem, trata-se de ação civil pública ambiental interposta pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul em face da parte ora recorrida cujo objeto é a ilegalidade da supressão da área de preservação permanente em face da construção de imóvel na margem do Rio Ivinhema/MS. Antes de se adentrar ao mérito, cumpre fazer, então, a análise das questões preliminares suscitadas em contrarrazões do recurso especial.*

2. *Preliminares de perda de objeto em virtude da revogação do antigo Código Florestal e alegação de conexão com outro processo de relatoria do Exmo. Sr. Ministro Benedito Gonçalves rejeitadas.*

3. Do mérito: 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). Além disso, em se tratando de área de preservação permanente, a sua supressão deve respeitar as hipóteses autorizativas taxativamente previstas em Lei, tendo em vista a magnitude dos interesses envolvidos de proteção do meio ambiente. Precedentes do STF (no âmbito da ADI n. 3.540/DF - medida cautelar) e do STJ (REsp 176.753/SC, Rel. Ministro *Herman Benjamim*, Segunda Turma, julgado em 7.2.2008, DJe 11.11.09).

4. *No caso em concreto, da análise do acórdão ora recorrido exsurge a presença dos seguintes elementos que se tornaram incontroversos para a análise ora realizada, quais sejam: (a) houve a construção de empreendimento em área de preservação permanente, a qual, segundo expressamente afirmado pelo acórdão recorrido, causou a supressão da vegetação local; (b) esta conduta foi praticada sem autorização válida, vez que a Licença de Operação n. 12/2008 teria sido expedida em desacordo com a legislação ambiental pertinente; e, (c) ainda com a nulidade da Portaria, tal circunstância não pode não afetar àqueles que já haviam realizado edificações na área em questão.*

5. Note-se que a análise destas premissas não implicam no revolvimento do conjunto fático e probatório constante dos autos, uma vez que, tão somente, foi realizada reavaliação da prova, o que é permitido na via recursal sem que haja a incidência da Súmula 7/STJ. Neste sentido, o seguinte precedente: REsp 1.264.894/PR, Rel. Ministro *Humberto Martins*, Segunda Turma, julgado em 01/09/2011, DJe 09/09/2011.

6. *Diferentemente do que entendeu o acórdão ora recorrido, não há como legitimar a conduta da parte ora recorrida tendo em vista a ausência de previsão legal autorizativa para tanto. A justificativa utilizada pelo Tribunal a quo para determinar a manutenção da parte recorrida na localidade - inviabilidade de se prejudicar àqueles que apoiado na sua validade ou legalidade realizaram benfeitorias ou edificações na localidade - também não encontra respaldo na ordem jurídica vigente.*

7. *Isso porque, sendo a licença espécie de ato administrativo autorizativo submetido ao regime jurídico administrativo, a sua nulidade implica que dela não pode advir efeitos válidos e tampouco a consolidação de qualquer direito adquirido (desde que não ultrapassado o prazo previsto no art. 54 da Lei n. 9.784/99, caso o beneficiário esteja de boa fé). Vale dizer, declarada a sua nulidade, a situação fática deve retornar ao estado ex ante, sem prejuízo de eventual reparação civil do lesado caso presentes os pressupostos necessários para tal. Essa circunstância se torna ainda mais acentuada tendo em vista o bem jurídico tutelado no caso em tela, que é o meio ambiente, e a obrigação assumida pelo Estado brasileiro em diversos compromissos internacionais de garantir o uso sustentável dos recursos naturais em favor das presentes e futuras gerações.*

8. Além do mais, as restrições impostas ao exercício de atividades econômicas bem como de ocupação em áreas de preservação permanente seguem o regime jurídico das limitações administrativas, espécie de intervenção do Estado na

propriedade que promove restrições nos poderes advindos do seu domínio exercido sobre a coisa, e não a sua supressão. Assim, em tese, fica afastada a justificativa utilizada pelo Tribunal *a quo* de que tal medida acarretaria na perda da propriedade por meio de desapropriação, sendo que, caso tal fato jurídico de fato ocorra, o ordenamento dispõe de meios hábeis a tutelar eventuais interesses legítimos por parte do titular do direito de propriedade.

9. Quanto ao pedido de indenização formulado para parte ora recorrente, foi reconhecida a prática de ato ilícito pela parte ora recorrida em face do meio ambiente, é de se observar que os elementos da responsabilidade civil por dano ambiental bem como as medidas de reparação dos danos ambientais causados pela parte ora recorrida foram estabelecidos na sentença proferida pelo Juízo de 1º grau, devendo a mesma ser restaurada em sua integralidade, nos termos requeridos pela parte ora recorrente.

10. Recurso especial provido, com a determinação de que sejam extraídas cópias dos presentes autos e a remessa delas ao Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul para apuração de eventual prática de ato de improbidade administrativa ambiental (STJ, REsp 1.362.456/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 28/06/2013).

Nas razões do Agravo interno, a parte agravante defende a perda de objeto da ação, sob a tese de que o novo Código Florestal (Lei 12.651/2012) “trouxe nova regulamentação quanto à ocupação da área de preservação permanente, autorizando a manutenção da Agravante na área ocupada, permitindo a ele a recuperação de cinco metros da APP, sem a necessidade de desocupação total” (fl. 2.161e). Acrescenta que “o legislador autorizou a continuidade da ocupação, bastando para tanto a recomposição da faixa marginal de 5 metros, sem que seja mais obrigatória a demolição, conforme leitura do § 1º do artigo 61-A” (fl. 2.161e).

Sobre o tema, esta Corte registra precedentes no sentido de que “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 1.434.797/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/05/2016, DJe 07/06/2016)” (STJ, AgInt no AgInt no AREsp 850.994/SP, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, Segunda Turma, DJe de 19/12/2016).

Ademais, as exceções legais, previstas nos arts. 61-A a 65 do Código Florestal (Lei 12.651/2012), ao contrário do que pretende fazer crer a parte agravante, não se aplicam para a pretensão de manutenção de casas de veraneio, como na hipótese (fl. 1.198e).

Confirmam-se os seguintes precedentes, em casos idênticos, que refletem o entendimento atual e dominante desta Corte:

Processual Civil. Ação civil pública ambiental. Ocupação e edificação em Área de Preservação Permanente (APP). Margens do Rio Ivinhema/MS. Impossibilidade. Alegação. Fato consumado. Matéria ambiental. Não verificada exceção legal do art. 61-A do Código Florestal. Alínea 'c'. Não demonstração da divergência.

1. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que o juiz tem a faculdade, e não a obrigação, de reconhecer a conexão entre duas ou mais demandas à luz da matéria controvertida, quando concluir pela necessidade de julgamento simultâneo para evitar a prolação de decisões conflitantes em litígios semelhantes. Nesse sentido: REsp 1.496.867/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 14.5.2015, e AgRg nos EDcl no REsp 1.381.341/MS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25.5.2016.

2. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul com o objetivo de condenar o recorrido: (a) a desocupar, demolir e remover as edificações erguidas em área de preservação permanente localizada a menos de cem metros do Rio Ivinhema; (b) a abster-se de promover qualquer intervenção ou atividade na área de preservação permanente; (c) a reflorestar toda a área degradada situada nos limites do lote descrito na petição inicial e (d) a pagar indenização por danos ambientais em valor a ser arbitrado pelo juízo.

3. *Em tema de direito ambiental, não se admite a incidência da teoria do fato consumado. Precedentes do STJ e STF.*

4. *Verificou-se nos autos que houve a realização de edificações (casas de veraneio) dentro de Área de Preservação Permanente, assim como a supressão quase total da vegetação local. Constatado tal fato, deve-se proceder, nos termos da sentença, às medidas necessárias para restabelecer a referida área.*

5. *Cumprе salientar que as exceções legais a esse entendimento encontram-se previstas nos arts. 61-A a 65 do Código Florestal, nas quais decerto não se insere a pretensão de manutenção de casas de veraneio. A propósito: AgRg nos EDcl no REsp 1.381.341/MS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25.5.2016; e REsp 1.362.456/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28.6.2013.*

6. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos

confrontados, com indicação da similitude fático-jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial com base na alínea 'c' do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

7. Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional em Recurso Especial, mesmo que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.

8. Agravo Interno não provido (STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.447.071/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 02/02/2017).

Processual Civil. Ação civil pública ambiental. Ocupação e edificação em Área de Preservação Permanente (APP). Margens do Rio Ivinhema/MS. Impossibilidade. Alegação. Fato consumado. Matéria ambiental. Não verificada exceção legal do art. 61-A do Código Florestal. Alínea 'c'. Não demonstração da divergência.

1. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que o juiz tem a faculdade, e não a obrigação, de reconhecer a conexão entre duas ou mais demandas à luz da matéria controvertida, quando concluir pela necessidade de julgamento simultâneo para evitar a prolação de decisões conflitantes em litígios semelhantes. Nesse sentido: REsp 1.496.867/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 14.5.2015, e AgRg nos EDcl no REsp 1.381.341/MS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25.5.2016.

2. *Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul com o objetivo de condenar o recorrente: (a) a desocupar, demolir e remover as edificações erguidas em área de preservação permanente localizada a menos de cem metros do Rio Ivinhema; (b) a abster-se de promover qualquer intervenção ou atividade na área de preservação permanente; (c) a reflorestar toda a área degradada situada nos limites do lote descrito na petição inicial e (d) a pagar indenização por danos ambientais em valor a ser arbitrado pelo juízo.*

3. *Em tema de direito ambiental, não se admite a incidência da teoria do fato consumado. Precedentes do STJ e STF.*

4. *Verificou-se nos autos que houve a realização de edificações (casas de veraneio) dentro de uma Área de Preservação Permanente, assim como a supressão quase total da vegetação local. Constatado tal fato, deve-se proceder, nos termos da sentença, às medidas necessárias para restabelecer à referida área.*

5. *Cumprе salientar que as exceções legais a esse entendimento encontram-se previstas nos arts. 61-A a 65 do Código Florestal, nas quais decerto não se insere a pretensão de manutenção de casas de veraneio. A propósito: AgRg nos EDcl no REsp*

1.381.341/MS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25.5.2016; e REsp 1.362.456/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28.6.2013.

6. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fático-jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial com base na alínea 'c' do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

7. Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional em Recurso Especial, mesmo que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.

8. Agravo Interno não provido (STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.468.747/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 06/03/2017).

Direito Administrativo. Ambiental. Processual Civil. Recurso especial. Prevenção não constatada. Ação civil pública. *Edificação. Área de proteção permanente. Proximidade do leito do rio. Verificação. Atividade. Impacto. Casas de veraneio. Impossibilidade. Alegação. Fato consumado. Matéria ambiental. Inexistência. Aquisição. Direito de poluir. Jurisprudência. STJ. Casos idênticos. Não verificada exceção legal do art. 61-A da Lei 12.651/12. Divergência jurisprudencial. Ausência de cotejo analítico. Alegação de dispositivos constitucionais. Competência do STF.*

1. "O juiz tem a faculdade, e não a obrigação, de reconhecer a conexão entre duas ou mais demandas à luz da matéria controvertida, quando concluir pela necessidade de julgamento simultâneo para evitar a proliferação de decisões conflitantes em litígios semelhantes" (REsp 1.496.867/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 7/5/2015, DJe 14/5/2015.).

2. *Cuida-se de ação civil pública promovida pelo Ministério Público com o objetivo de condenar o recorrido: (a) a desocupar, demolir e remover as edificações erguidas em área de preservação permanente localizada a menos de cem metros do Rio Ivinhema; (b) a abster-se de promover qualquer intervenção ou atividade na área de preservação permanente; (c) a reflorestar toda a área degradada situada nos limites do lote descrito na petição inicial; (d) a pagar indenização por danos ambientais em valor a ser arbitrado pelo juízo.*

3. *Constatou-se nos autos que houve a realização de edificações (casas de veraneio), inclusive com estradas de acesso, dentro de uma Área de Preservação Permanente, assim como a supressão quase total da vegetação local. Constatado tal fato, deve-se proceder, nos termos da sentença, às medidas necessárias para restabelecer à referida área.*

4. As exceções legais a esse entendimento encontram-se previstas nos arts. 61-A a 65 do Código Florestal, nas quais decerto não se insere a pretensão de manutenção de casas de veraneio.

5. Não pode ser conhecido o presente recurso quando a recorrente não realiza o necessário cotejo analítico, bem como não apresenta, adequadamente, o dissídio jurisprudencial. Apesar da transcrição de ementa, não foram demonstradas as circunstâncias identificadoras da divergência entre o caso confrontado e o aresto paradigma.

6. Não cabe ao STJ examinar na via especial, ainda que a título de prequestionamento, eventual violação de dispositivo constitucional, por ser de competência reservada pela Constituição da República ao Supremo Tribunal Federal.

Agravo regimental improvido (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1.381.341/MS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 25/05/2016).

Por oportuno, registre-se, quanto à alegação de “divergência nos julgamentos das turmas deste Egrégio Superior Tribunal” (fl. 2.163e), que “o agravo interno não se presta à análise de alegação de divergência de entendimento entre as Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte” (STJ, AgInt no REsp 1.571.249/RS, Rel. Ministro *Og Fernandes*, Segunda Turma, DJe de 23/02/2017).

Ressalte-se que, tratando-se de matéria de direito, cujos fatos estão devidamente delineados no acórdão de 2º Grau, revela-se inaplicável o óbice da Súmula 7/STJ, no caso concreto. Da mesma forma, inaplicável a Súmula 280/STF, no caso, pois o cerne da questão diz respeito a ofensa a dispositivos legais do Código Florestal de 1965, não havendo necessidade de interpretação do direito local.

Portanto, estando o acórdão recorrido em dissonância com o entendimento atual e dominante desta Corte, deve ser mantida a decisão ora agravada, que deu provimento ao Recurso Especial do Ministério Público de Mato Grosso do Sul, para restabelecer a sentença, que julgara parcialmente procedente a presente Ação Civil Pública.

Quanto ao pedido de prequestionamento do art. 24, IV, VIII, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal, registre-se que “não compete a este eg. STJ se manifestar explicitamente sobre dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento” (STJ, AgInt no REsp 1.622.131/SC, Rel. Ministro *Felix Fischer*, Quinta Turma, DJe de 21/10/2016). Confira-se, ainda: STJ, AgInt no REsp 1.547.436/RS, Rel. Ministro *Og Fernandes*, Segunda Turma, DJe de 11/10/2016.

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo interno.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.657.075-PE (2017/0044695-1)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: União

Recorrido: Maria de Fatima da Nobrega Torres

Recorrido: Lenilson Rodrigues Torres

Advogado: Fábio da Costa e Silva de Matos Paiva - PE032176

Interes.: Agência Nacional de Vigilância Sanitária

EMENTA

Administrativo. Embargos de declaração. Art. 1.022 do CPC/2015. Súmula n. 284/STF. Direito à saúde. Obrigação de fazer. Menor portadora de paralisia cerebral grave. Uso do Canabidiol (CBD). Indisponibilidade na rede pública. Importação realizada pelos pais. Obstáculo. Legitimidade passiva da União. Registro Anvisa. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 282/STF. Inaplicabilidade no caso.

I - A recorrente afirma, em linhas gerais, que o acórdão recorrido incorreu em omissão ao deixar de se pronunciar sobre questões invocadas nos declaratórios, sem desenvolver argumentos para demonstrar a suposta mácula. Incidência da Súmula n. 284/STF no tocante à apontada violação do art. 1.022 do CPC/2015.

II - Na origem, trata-se de ação ajuizada pelos pais de menor que sofre de paralisia cerebral com quadro grave, que após vários tratamentos infrutíferos, tiveram notícias sobre a utilização do canabidiol, associado ao tratamento para epilepsia, com melhora eficaz nos sintomas da doença.

III - Diante da indisponibilidade de tal medicamento na rede pública, os próprios pais providenciaram a importação, pugnando para que a União e Anvisa se abstivessem de “destruir, devolver ou de alguma outra forma fazer com que o canabidiol” não chegasse ao destino.

IV - Legitimidade passiva da União, diante do pedido específico relacionado à importação, e também em decorrência do entendimento jurisprudencial firmado no sentido da responsabilidade solidária relativa às demandas que envolvam tratamento médico.

V - Ausência de prequestionamento quanto ao art. 19-T da Lei n. 8.080/90, sobre eventual necessidade de registro do medicamento na Anvisa.

VI - Apenas para argumentar, quanto à necessidade de registro na Anvisa, por não se tratar de fornecimento de medicamento, mas apenas de autorização para a importação, não se aplica o entendimento firmado no tema 106 deste Superior Tribunal de Justiça, decorrente do REsp. 1.657.156 e 1.102.457, julgados sob a sistemática de recursos repetitivos.

VI - Recurso 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 e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a). Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). Layla Kaboudi, pela parte recorrente: União

Brasília (DF), 14 de agosto de 2018 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Lenilson Rodrigues Torres e outra ajuizaram ação contra a União e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, narrando que são pais de menor portadora de paralisia cerebral forma tetraparética/distônica, com retardo mental grave e quadro de epilepsia intratável, com vida inteiramente dependente.

Registram que, após várias tentativas com diversos tratamentos, sem nenhum sucesso e com diversos efeitos colaterais, tiveram notícias sobre o tratamento para epilepsia com o uso associado do canabidiol – CBD, com melhora eficaz nos graves sintomas da enfermidade.

Em razão da indisponibilidade de tal medicamento na rede pública ou privada, os autores resolveram importá-lo, por conta própria. Todavia, diante da proibição da importação e comercialização em território brasileiro, ajuizaram a ação originária.

Após o deferimento da tutela antecipatória, o pedido foi julgado procedente em primeira instância (fls. 155-160), decisão essa mantida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos termos assim ementados (fls. 283-284):

Constitucional. Processo Civil. Falta de interesse de agir. Prévio requerimento administrativo. Dispensabilidade. Direito fundamental à saúde. Importação de medicamento sem registro na Anvisa. Cannabidiol. Menor incapaz. Tratamento de paralisia cerebral e epilepsia intratável.

1. Apelações interpostas pela União e pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, em face da sentença que julgou procedente o pedido, determinando aos promovidos que autorizem a importação do medicamento “Cannabidiol” pelos Autores, para tratamento em menor incapaz, portadora de Paralisia Cerebral, forma Tetraparética/Distônica, com Retardo Mental Grave e quadro de Epilepsia Intratável.

2. O princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF/88) torna dispensável o prévio esgotamento da instância administrativa para utilização da via judicial, especialmente em demandas de caráter urgente, como o fornecimento de medicamentos.

3. Configurada a ineficácia dos tratamentos tradicionais, por meio de exaustivos relatórios médicos, mostra-se cabível a concessão de provimento judicial para fins de importação de medicamento sem registro na ANVISA, como o “Cannabidiol”, com a devida prescrição médica, no intuito de resguardar o direito constitucional à saúde. Apelações e Remessa Necessária improvidas.

Os embargos de declaração opostos pela União foram providos, sem a atribuição de efeitos infringentes (fls. 323).

No presente recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, a União aponta, inicialmente, a violação dos arts. 489, § 1º, IV e 1.022, II, do CPC/2015, pois o acórdão teria sido omissivo na apreciação de dispositivos legais essenciais ao deslinde da controvérsia.

Entende, ainda, terem sido afrontados os arts. 6º, 7º e 8º da Lei n. 9.782/99 e 485 do CPC/2015, sustentando ser parte ilegítima para compor o polo passivo da presente demanda, que objetiva a autorização para a importação de fármaco à base de canabidiol. Isso porque, incumbiria tão somente à Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa o registro de medicamentos e a autorização de sua importação, não sendo possível a condenação de um ente público ao fornecimento de medicamento experimental, que carece de registro na referida agência.

Por fim, indica violação do art. 19-T da Lei n. 8.080/90, pois o registro na Anvisa é condição para que o próprio sistema público de saúde possa fornecer o medicamento, não sendo possível condenar o Estado ao fornecimento de medicação experimental.

Não foram ofertadas contrarrazões (fl. 355).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 371-376).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Inicialmente, em relação à alegada violação dos arts. 489, § 1º, IV, e 1.022, II, do CPC/15, verifica-se que a recorrente limitou-se a afirmar, em linhas gerais, que o acórdão recorrido incorreu em omissão ao deixar de se pronunciar acerca das questões apresentadas nos embargos de declaração, o fazendo de forma genérica, sem desenvolver argumentos para demonstrar especificamente a suposta mácula.

Nesse panorama, a apresentação genérica de ofensa aos aludidos artigos atrai o comando da Súmula n. 284/STF, inviabilizando o conhecimento dessa parcela recursal.

Sobre o assunto, confirmam-se:

Administrativo. Redirecionamento de execução fiscal de natureza não tributária. Dissolução irregular não comprovada. Reexame de provas. Súmula n. 7/STJ. Impossibilidade. Violação do art. 535 do CPC/73. Alegação genérica. Súmula n. 284/STF.

I - Não se conhece do recurso especial com alegação genérica de violação do art. 535 do Código de Processo Civil de 1973. Incidência do enunciado n. 284 da Súmula do STF. Necessidade de reexame de fatos e provas para modificar o entendimento do Tribunal de origem quanto à regularidade da dissolução da sociedade empresária.

Incidência do enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

II - Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 962.465/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 6/4/2017, DJe 19/4/2017).

Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. CSLL. Majoração de alíquota. Violação do art. 535 do CPC/73. Alegações genéricas. Súmula 284/STF. Ausência de prequestionamento. Súmula 211/STJ.

1. A genérica alegação de ofensa ao art. 535 do CPC, sem a demonstração exata dos pontos pelos quais o acórdão se fez omissivo, contraditório ou obscuro, atrai o óbice da Súmula 284 do STF.

2. É vedada a análise das questões que não foram objeto de efetivo debate pela Corte de origem, estando ausente o requisito do prequestionamento. Incidência da Súmula 211/STJ.

3. Quanto à elevação da alíquota da CSLL, o aresto recorrido está em conformidade com a jurisprudência deste Tribunal Superior, que considera que a Instrução Normativa n. 81/99 não desbordou dos limites da MP 1.807/99.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 446.627/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 6/4/2017, DJe 17/4/2017).

Ademais, ao contrário do que afirma a recorrente, os embargos por ela opostos foram acolhidos, mas sem os pretendidos efeitos infringentes. Observa-se assim, de forma clara, não se tratar de hipótese de qualquer omissão, mas, sim, de inconformismo direto com o resultado do acórdão, que foi contrário aos seus interesses.

No que concerne à suposta violação dos arts. 6º, 7º e 8º da Lei n. 9.782/99, há de se ter em mente que tais dispositivos limitam-se a definir a finalidade institucional e as competências da Anvisa, não inibindo, de forma alguma, a legitimidade da União para figurar no polo passivo da presente ação, que

não trata de fornecimento de medicamento pelo poder público, mas sim de autorização de importação.

Como se observa da exordial, à fl. 13, o pedido formulado pelos autores, ora recorridos, foi restrito aos seguintes termos (g.n.):

[...] a procedência do pedido para o fim de se confirmar a tutela antecipada requerida, ordenando-se à *União* e à *Agência Nacional de Vigilância Sanitária* que *se abstenham de destruir, devolver ou de alguma outra forma fazer com que cannabidiol importado em favor de Marília Nóbrega Torres não chegue ao seu destino quando da sua Importação*, sempre que solicitado por escrito por Médico que acompanhe o tratamento de *Marília*; [...]

Por sua vez, a sentença de fls. 155-160 bem delimitou a controvérsia ao afirmar que, por se tratar de medicamento importado, legítima a presença da União no polo passivo da demanda, a fim de que “não oponha obstáculo ao seu ingresso no território nacional”.

Ratificado pelo acórdão recorrido, esse entendimento encontra-se em consonância com a jurisprudência consolidada desta Corte, no sentido de que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem legitimidade passiva em demandas que objetivem o acesso aos medicamentos e aos tratamentos médicos.

Nesse sentido, destacam-se os seguintes precedentes:

Processual Civil. Administrativo. Agravo interno no recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Violação aos arts. 127, 129, III, e 198 da Constituição da República. Impossibilidade de análise em sede de recurso especial. Competência do STF. Alegação genérica de ofensa a dispositivo de lei federal. Deficiência de fundamentação. Incidência, por analogia, da Súmula n. 284/STF. Ação civil pública. Tratamento de saúde. Direito individual indisponível. Legitimidade ativa do Ministério Público. Responsabilidade solidária entre os entes federativos. Legitimidade passiva da União. Falta de previsão orçamentária. Impedimento ao provimento da ação. Inexistência. Efetivação de direito fundamental. Precedentes desta Corte. Incidência da Súmula n. 83/STJ. Argumentos insuficientes para desconstituir a decisão atacada. Aplicação de multa. Art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015. Descabimento.

[...]

V - Esta Corte tem orientação consolidada no sentido de que o funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sendo qualquer deles, em conjunto ou isoladamente, parte legítima para figurar no polo passivo de demanda que objetive a garantia de acesso a medicamentos ou a realização de tratamento médico.

[...]

X - Agravo Interno improvido.

(AgInt no REsp 1.234.968/SC, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 7/11/2017, DJe 21/11/2017).

Administrativo e Processual Civil. Recurso especial. Assistência médico-hospitalar. Tratamento fora do domicílio - TFD. Responsabilidade solidária dos entes federativos. Conclusão do acórdão. Fatos e provas. Juízo de valor. Revisão. Súmula 7/STJ.

1. É assente o entendimento de que a Saúde Pública consubstancia direito fundamental do homem e dever do Poder Público, expressão que abarca a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, todos em conjunto.

2. O Superior Tribunal de Justiça, em reiterados precedentes, tem decidido que o funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária dos entes federados, de forma que qualquer deles tem legitimidade para figurar no polo passivo de demanda que objetive o acesso a medicamentos.

3. Outrossim, se o Tribunal de origem, soberano na análise probatória, decidiu ser o recorrido o detentor do direito ao tratamento fora do domicílio (TFD), não cabe ao STJ adentrar esse mérito, tendo em vista o óbice da Súmula 7/STJ.

4. Recurso Especial de que não se conhece.

(REsp 1.689.944/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/10/2017, DJe 23/10/2017).

A matéria, inclusive, já foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 855.178. Na ocasião, após o reconhecimento da repercussão geral da matéria, a Suprema Corte reafirmou a sua jurisprudência para consolidar a tese de que “o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente” (Tema n. 793/STF).

Nesse contexto, não se mostra razoável a conclusão de que a garantia de acesso aos medicamentos, inclusive pelo meio de importação direta, deva ficar restrita ao ente público responsável pelo registro. Tal qual ocorre no caso em análise, por vezes, o acesso aos fármacos e insumos não é obstado por questões financeiras, mas sim por entraves burocráticos e administrativos que prejudicam a efetividade do direito fundamental à saúde.

Desse modo, mormente por se tratar de um processo de importação, é legítima a presença da União no polo passivo da presente demanda, a fim

de que, conforme bem acentuado pelo Juízo de primeiro grau, “não oponha obstáculo” ao ingresso do medicamento em território nacional, ou impeça que ele chegue ao seu destino.

Por fim, sobre a alegada violação do art. 19-T da Lei n. 8.080/90, verifica-se que o acórdão recorrido não analisou seu conteúdo, nem mesmo quando opostos embargos de declaração, até porque, conforme consignado, a ação não diz respeito ao fornecimento de medicamentos às expensas do Estado, pelo que carece o recurso do indispensável requisito do prequestionamento. Incidência dos enunciados sumulares n. 282 e 356 do STF, *in verbis*:

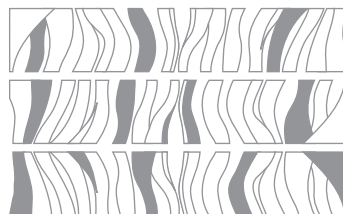
Súmula 282: É inadmissível o Recurso Extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

Súmula 356. O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

Finalmente, apenas para argumentar, quanto à necessidade de registro na Anvisa, por não se tratar de fornecimento de medicamento, mas apenas de autorização para a importação, não se aplica o entendimento firmado no tema 106 deste Superior Tribunal de Justiça, decorrente do REsp. 1.657.156 e 1.102.457, julgados sob a sistemática de recursos repetitivos.

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso e, nessa parte, nego-lhe provimento.

É o voto.



Segunda Seção

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 1.280.825-RJ
(2011/0190397-7)**

Relatora: Ministra Nancy Andrichi
Embargante: Clube de Investimento dos Empregados da Vale Investvale
Advogado: Carlos Mário da Silva Velloso Filho e outro(s) - DF006534
Advogados: Anna Maria da Trindade dos Reis e outro(s) - DF006811
Sérgio Carvalho - DF005306
Mônica Goes de Andrade Mendes de Almeida - RJ064037
Oswaldo Luiz Franco Rego - RJ108607
Carlos Gustavo Rodrigues Reis - RJ099663
Marcos Vinicius Santos Menezes e outro(s) - RJ122908
Advogados: Gabriela Dourado - DF031721
Renata Fernandes Hanones Carpaneda - DF039487
Embargante: Francisco Valadares Póvoa
Advogados: Maria Aparecida Miranda Terrigno - RJ059297
Carlos Fabiano Terrigno - RJ116141
Flavia Maria Terrigno Santana - RJ179070
Embargado: Assoc Aposentados, Pensionistas, Empregados Ativos e
Ex-Empregados da Companhia Vale do Rio Doce, Suas
Empreiteiras, Controladas e Coligadas - Apevale
Advogados: Alde da Costa Santos Júnior e outro(s) - DF007447
Carolina Furtado de Mendonça Teixeira de Macedo e outro(s)
- RJ152408

EMENTA

Embargos de divergência em recurso especial. Responsabilidade civil. Prescrição da pretensão. Inadimplemento contratual. Prazo decenal. Interpretação sistemática. Regimes jurídicos distintos. Unificação. Impossibilidade. Isonomia. Ofensa. Ausência.

1. Ação ajuizada em 14/08/2007. Embargos de divergência em recurso especial opostos em 24/08/2017 e atribuído a este gabinete em 13/10/2017.

2. O propósito recursal consiste em determinar qual o prazo de prescrição aplicável às hipóteses de pretensão fundamentadas em inadimplemento contratual, especificamente, se nessas hipóteses o período é trienal (art. 206, § 3, V, do CC/2002) ou decenal (art. 205 do CC/2002).

3. Quanto à alegada divergência sobre o art. 200 do CC/2002, aplica-se a Súmula 168/STJ (“Não cabem embargos de divergência quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”).

4. O instituto da prescrição tem por finalidade conferir certeza às relações jurídicas, na busca de estabilidade, porquanto não seria possível suportar uma perpétua situação de insegurança.

5. Nas controvérsias relacionadas à responsabilidade contratual, aplica-se a regra geral (art. 205 CC/02) que prevê dez anos de prazo prescricional e, quando se tratar de responsabilidade extracontratual, aplica-se o disposto no art. 206, § 3º, V, do CC/02, com prazo de três anos.

6. Para o efeito da incidência do prazo prescricional, o termo “reparação civil” não abrange a composição da toda e qualquer consequência negativa, patrimonial ou extrapatrimonial, do descumprimento de um dever jurídico, mas, de modo geral, designa indenização por perdas e danos, estando associada às hipóteses de responsabilidade civil, ou seja, tem por antecedente o ato ilícito.

7. Por observância à lógica e à coerência, o mesmo prazo prescricional de dez anos deve ser aplicado a todas as pretensões do credor nas hipóteses de inadimplemento contratual, incluindo o da reparação de perdas e danos por ele causados.

8. Há muitas diferenças de ordem fática, de bens jurídicos protegidos e regimes jurídicos aplicáveis entre responsabilidade contratual e extracontratual que largamente justificam o tratamento distinto atribuído pelo legislador pátrio, sem qualquer ofensa ao princípio da isonomia.

9. Embargos de divergência parcialmente conhecidos e, nessa parte, não providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Villas Bôas Cueva abrindo divergência parcial e não conhecendo dos embargos de divergência, a Seção, por maioria, preliminarmente, conheceu parcialmente dos embargos de divergência, vencidos os Srs. Ministros Villas Bôas Cueva, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira quanto ao conhecimento. No mérito, a Seção, por maioria, negou provimento aos embargos de divergência para manter o acórdão embargado que aplicou a prescrição decenal, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Vencidos, no mérito, os Srs. Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro. Na preliminar de conhecimento, votaram com a Sra. Ministra Relatora os Srs. Ministros Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF da 5ª Região). No mérito, votaram com a Sra. Ministra Relatora os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF da 5ª Região). Impedido o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão. Consignados pedidos de preferência pela embargante Clube de Investimento dos Empregados da Vale - Investvale, representada pela Dra. Joana D'arc Amaral Bortone, e pela embargada Apevale, representada pelo Dr. Alde da Costa Santos Júnior.

Brasília (DF), 27 de junho de 2018 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Presidente

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJe 2.8.2018

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de embargos de divergência em recurso especial interpostos por *Clube de Investimento dos Empregados da Vale - Investvale* e *Francisco Valadares Póvoa*, contra acórdão da Quarta Turma do STJ, o qual deu parcial provimento ao recurso especial interposto pela primeira embargante e negou provimento àquele interposto pelo segundo embargante.

Ação: de indenização por danos materiais, ajuizada pela *Apevale - Associação dos Aposentados, Pensionistas, Empregados Ativos e Ex-Empregados da Companhia Vale do Rio Doce, Suas Empreiteiras, Controladas e Coligadas*, em razão dos prejuízos causados pelas embargantes na administração fraudulenta dos investimentos realizados no capital social da então *Companhia Vale do Rio Doce - CVRD*.

Sentença: julgou procedente o pedido, *in verbis*:

Ante o exposto, julgo procedente em parte o pedido. Em conseqüência, conde no os reus a indenizar os prejuízos sofridos pelos cotistas associados à autora, consubstanciados na diferença entre o valor da cota do Investvale no dia seguinte ao desbloqueio (14/11/2003) e o valor efetivamente recebido por cada cotista nas respectivas datas de alienações. Ocorridas a partir de 17/12/2002 (quando as ações da Valepar foram objeto de negociações entre o Investvale e o Bradespar, tornando, inequívoco o desbloqueio), multiplicada pelo número de cotas alienadas, a ser apurado em liquidação de sentença, acrescidos de juros legais e correção monetária pela UFIR-RJ, ambos a partir do dia 14/11/2003. (e-STJ fls. 3.205-3.206)

Embargos de declaração: opostos contra a sentença pelos embargantes, foram rejeitados.

Acórdão: ambos os embargantes e o embargado interpuseram apelação contra a sentença, em cujo julgamento o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso da embargada e negou provimento aos recursos das embargantes, conforme ementa abaixo (e-STJ fls. 3.623-3.626):

Apelação Cível. Reparação de danos. Clube de Investimentos dos Empregados da Vale - InvestVale.

Preliminares. Rejeição.

Prescrição. Termo inicial. Ciência inequívoca da lesão.

Mérito (1): Cotas. Alienação. Preço. Fixação arbitrária e artificial. Inobservância das regras estatutárias do clube de investimentos. Indevida contabilização de ativos, nas circunstâncias do caso concreto.

Mérito (2): Cotas. Alienação. Elementos para decisão. Informação relevante. Dever de informar. Omissão. Lesão aos cotistas. Dever de reparar. Integral procedência do pedido. Reforma da sentença.

1. À luz dos princípios constitucionais da razoável duração do processo e de sua célere tramitação (CF, art. 5º, LXXVIII- I), o julgamento antecipado 'da lide, quando desnecessária ou inútil a produção de outras provas, não é mera faculdade do juiz, mas providência que se lhe impõe. Deve o réu acostar, ainda

com a peça de resposta, todos os documentos necessários à prova de suas alegações, somente admitida a juntada posterior quando supervenientes os fatos ou os próprios documentos (CPC, arts. 396 e 397). Com maior razão assim se deve proceder, quando os fatos discutidos em juízo foram já questionados à exaustão no âmbito administrativo, sobejando à parte ré oportunidades de coligir os documentos que entendesse úteis à sua defesa.

2. Na representação processual de que trata o art. 50, inciso XXI, da Constituição Federal, é a própria entidade associativa, e não os associados por ela representados, que figura no polo ativo da demanda. Exegese diversa malferiria de morte o dispositivo constitucional, por torná-lo inútil.

3. Meras diferenças aritméticas no montante a que cada representado faria jus, na hipótese de procedência do pedido condenatório, não demanda a individualização do pedido em relação a cada um deles, tratando-se de matéria passível de esclarecimento em eventual fase de liquidação. Na tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, a sentença condenatória é, por natureza, genérica e ilíquida.

4. O termo inicial do prazo prescricional da pretensão de reparação de dano (ou, caso se queira, ressarcimento de enriquecimento sem causa) é a data em que o titular do direito tem condições de tomar plena ciência da lesão, mesmo que sofrida em data pretérita. Precedentes do STJ.

5. Circunstâncias inerentes à volatilidade do mercado financeiro, ou advindas dos efeitos da Lei da Oferta e da Demanda, não são justificativa suficiente para autorizar a Administração do Clube de Investimentos a definir valores das cotas ao arrepio do critério estabelecido no respectivo Estatuto Social, ao qual incumbe exclusivamente definir as regras atinentes à aquisição, resgate e critério para cálculo das cotas (art. 40, incs. II e VI, da Instrução n. 40/84 da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, que regula a constituição e o funcionamento dos Clubes de Investimentos). O administrador profissional e probo não pode ignorar que uma determinada companhia fechada, conquanto (por definição) não tenha suas ações negociadas em bolsa de valores, pode ter seu patrimônio seguramente estimado por simples correlação com a cotação das ações de companhia aberta controlada pela referida companhia fechada, constituída tão-só para esse específico propósito. A juridicidade do uso do critério do custo de aquisição para contabilização de ativos financeiros não deve ser avaliada *in abstracto*, mas sim no cotejo das circunstâncias do caso concreto, que fornecem um sem-número de ocasiões em que esse parâmetro foi desprezado pelo Clube de Investimentos, em favor do critério do valor de mercado (adotado pelo Estatuto Social). É basilar o princípio jurídico que veda o comportamento contraditório, máxime quando dele resultam danos a terceiros, como no caso resultaram aos cotistas do InvestVale que resgataram suas cotas, ou as transferiram por intermédio do clube, a valores artificialmente baixos.

6. Como consectário do dever geral de boa-fé, o administrador de clube de investimentos está obrigado a informar aos condôminos fatos relevantes para a administração do patrimônio comum, sobretudo quando essa informação puder jogar peso significativo na tomada de decisão, pelo cotista, a respeito da alienação ou não de suas cotas. Exegese do art. 4º, incisos VI e IV, alínea "c", c/c art. 2º, inciso V, da Lei n. 6.385, de 1976 (Lei de Mercados de Capitais), e do art. 14, inciso IV, da Instrução CVM n. 40/84, que forçam à conclusão da aplicabilidade extensiva, aos clubes de investimentos, do art. 6º, *caput* e § único, da Instrução CVM n. 358/ 2002.

7. São por definição relevantes os fatos que possam implicar brusca oscilação na cotação, preço ou valor de ações ou quaisquer outros valores mobiliários, e cuja divulgação possa ter influência decisiva na tomada de decisão pela alienação ou não desses ativos ou de outros a eles referenciados, por seus titulares.

8. Os administradores do clube de investimentos respondem civilmente pelos danos causados aos condôminos pela omissão de fatos relevantes, quando comprovada sua culpa no descumprimento do dever de informar. A sucessiva omissão de informações relevantes, da qual resultou evidente vantagem pecuniária aos administradores, extingue a dúvida quanto à configuração da responsabilidade subjetiva dos mesmos, deixando margem apenas, se tanto, à indagação sobre a existência ou não de dolo - de todo irrelevante para efeitos de jurisdição civil.

9. Na sentença condenatória, não sendo ré a Fazenda Pública nem sendo pequeno ou inestimável o valor da causa, os honorários de sucumbência devem forçosamente incidir sobre o valor da condenação (CPC, art. 20, § 3º).

10. Parcial provimento do primeiro recurso.

11. Desprovimento do segundo e terceiro recursos.

Embargos de declaração: ambos os embargantes e o embargado opuseram embargos de declaração contra o acórdão, os quais parcialmente acolhidos pelo TJ/RJ, *in verbis*:

Embargos de declaração. Contradição. Julgamento *extra petita*. Omissão. Incidência de correção monetária e juros moratórios, e respectivos *dies a quo*. Impositivo pronunciamento integrativo-retificador. Pretensão a novo julgamento. Impossibilidade. Escopo limitado da espécie recursal. Provimento parcial dos recursos.

1. Tratando-se de demanda ajuizada por associação na defesa dos interesses de seus associados, expressa e individualmente autorizada por eles a tal providência, incabível a prolação de sentença com efeitos *erga omnes*, impondo-se a retificação do dispositivo para, expungindo-lhe o erro de redação, evitar possível interpretação que importe em desconexão entre a sentença e o pedido.

2. Correção monetária que deve incidir desde a data do inadimplemento da obrigação, sob pena de enriquecimento sem causa do devedor, considerada a natureza jurídica de erro repositivo inflacionário.

3. Juros moratórios devidos apenas desde a citação, quando constituído em mora o devedor, levando-se em conta a natureza eminentemente contratual da relação.

4. Em nosso sistema, no âmbito do Processo Civil, a nulidade de ato processual deve ser expressamente prevista na lei (arts. 243 e 244 do CPC), e ainda assim, só deve ser declarada - com prejuízo para os atos já praticados - quando dela advier prejuízo a alguma das partes (art. 249, § 10, do CPC). O art. 31 da Lei nº 6.385/76, que é posterior ao Código de Processo Civil, ao dispor da intervenção da Comissão de Valores Mobiliários nos processos judiciais que envolvam matéria de sua competência, não acoimou de nulos os processos em que assim não se procedesse. Sendo assim, precluiu no tempo, para a parte interessada, a faculdade de argüir a alegada nulidade, nos termos do art. 245, *caput*, do Código de Processo Civil.

5. No sistema do Código de Processo Civil, os embargos declaratórios são especificamente destinados à reparação de gravame resultante de obscuridade, omissão ou contradição, não determinadas por erro material manifesto. São aptos a simples pronunciamento integrativo-retificador, não se inovando além dos limites da simples declaração, para, indevidamente, se corrigirem eventuais erros in iudicando ou in procedendo.

Parcial provimento dos recursos.

Recursos especiais: os embargantes alegaram ofensa aos arts. 127, 128, 295, 332, 333, 396, 397, 460, 535 e 536 do CPC/73; aos arts. 123, 124, 125, 188, 189 e 927 do CC/2002; ao art. 82 do CDC; aos arts. 2º, 4º e 31 da Lei 6.385/76; ao art. 6º da Instrução CVM n. 358/02 e ao art. 14 da Instrução CVM n. 40/84. Alegaram cerceamento de defesa, por ter o tribunal de origem julgado desnecessária a prova documental e oral postulada. Asseverou-se a ausência de legitimidade ativa da embargada, sob o fundamento de que nem todos os associados da apelada fazem jus ao direito pleiteado. Quanto à prescrição, afirmaram que o início do prazo prescricional não pode depender de fatos exógenos à relação de direito material, mas da lesão ao direito inerente ao conceito de prescrição. Sustentaram, ainda, a existência de dissídio jurisprudencial.

A Quarta Turma do STJ deu parcial provimento ao recurso especial interposto pela primeira embargante (*Investvale*) e negou provimento àquele interposto pelo segundo embargante (*Francisco*), em julgamento assim ementado (e-STJ fls. 4.707-4.708):

Civil e Processual. Recurso especial. Alegação de ofensa ao art. 535 do CPC/73. Inexistência. Cerceamento de defesa. Súmula 7/STJ. Ausência de intimação da CVM. Dissídio não demonstrado e fundamento inatacado. Prescrição. Marco inicial. Doutrina objetiva. Data da lesão. Prazo. Ilícito contratual (art. 205 do Código Civil). Precedentes. Sentença penal condenatória. Art. 200 do Código Civil. Mérito. Reexame de matéria contratual e fática da lide. Súmulas 5 e 7 do STJ.

1. Inexistente a alegada ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil se o tribunal se pronuncia detalhadamente sobre a questão jurídica posta em debate, revelando-se o recurso integrativo mera tentativa de rediscussão da causa e reforma do julgado.

2. Inviável o recurso especial quanto ao suposto cerceamento de defesa e à necessidade de dilação probatória, eis que a análise das razões de impugnação impõe reexame da matéria fática da lide, vedado nos termos do enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

3. Inviável o recurso que deixa de fazer impugnação específica ao fundamento do acórdão recorrido, nos termos da Súmula 283 do STF.

4. O Código Civil de 2002, assim como o fazia o de 1916, adota orientação de cunho objetivo, estabelecendo a data da lesão de direito, a partir de quando a ação pode ser ajuizada, como regra geral para o início da prescrição, excepcionando os demais casos em dispositivos especiais. Assim, não se deve adotar a ciência do dano como o termo inicial do prazo se a hipótese concreta não se enquadra nas exceções. Precedentes.

5. O prazo de prescrição de pretensão fundamentada em ilícito contratual, não havendo regra especial para o contrato em causa, é o previsto no art. 205 do Código Civil. Precedentes.

6. Não corre o prazo de prescrição no tocante à parte do pedido indenizatório cuja causa de pedir é conduta em persecução no juízo criminal (Código Civil, art. 200). Precedentes.

7. Impossível a reforma do acórdão recorrido quanto ao mérito da lide se a fundamentação do acórdão recorrido e as alegações do recurso especial estão embasadas na interpretação de elementos circunstanciais e cláusulas contratuais, eis que incide a vedação das Súmulas 5 e 7 do STJ.

8. Recurso especial de Clube de Investimentos dos Empregados da Vale - *Investvale* conhecido em parte e, na parte conhecida, provido em parte para declarar a prescrição da pretensão relativa ao pedido 46.a da inicial unicamente para as operações realizadas anteriormente a 27.8.1997.

9. Recurso especial de Francisco Valadares Póvoa conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido.

Embargos de declaração: a Quarta Turma do STJ rejeitou os embargos de declaração opostos pelos embargantes e acolheu os opostos pelo embargado, com efeitos infringentes, nos termos da ementa abaixo:

Processual Civil. Embargos de declaração no recurso especial. Omissão. Art. 2.028 do Código Civil. Ocorrência. Prescrição. Início. Vigência da nova lei. Princípio da irretroatividade. Acolhimento.

1. O acórdão foi omisso quanto à aplicação do art. 2.028 do Código Civil e seus efeitos diante do marco inicial da prescrição.

2. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no caso de redução de prazo de prescrição, se na data da entrada em vigor do Código Civil de 2002 ainda não havia decorrido mais da metade do tempo previsto na lei revogada, aplica-se o novo prazo, a contar da entrada em vigor do referido diploma, isto é, 11.1.2003. Precedentes.

3. Embargos de declaração acolhidos, com excepcional atribuição de efeitos infringentes. (e-STJ fl. 4.856)

Embargos de divergência: pugnam pelo reconhecimento do dissídio e pelo provimento dos embargos, a fim de que prevaleça a solução adotada em julgados paradigmas (e-STJ fls. 4.866-5.262). Para essa finalidade, os embargantes trouxeram à colação sete julgados paradigmas. Divididos da seguinte forma:

(i) quatro com relação à divergência do prazo de prescrição:

“O termo “reparação civil”, constante do art. 206, § 3º, V, do CC/2002, deve ser interpretado de maneira ampla, alcançando tanto a responsabilidade contratual (arts. 389 a 405) como a extracontratual (arts. 927 a 954), ainda que decorrente de dano exclusivamente moral (art. 186, parte final), e o abuso de direito (art. 187). Assim, a prescrição das pretensões dessa natureza originadas sob a égide do novo paradigma do Código Civil de 2002 deve observar o prazo comum de três anos. Ficam ressalvadas as pretensões cujos prazos prescricionais estão estabelecidos em disposições legais especiais”.

(REsp 1.281.594/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 22/11/2016, DJe 28/11/2016)

Independentemente do seu *nomen juris*, a natureza da pretensão deduzida em ação baseada na garantia da evicção é tipicamente de reparação civil decorrente de inadimplemento contratual, a qual se submete ao prazo prescricional de três anos, previsto no art. 206, § 3º, V, do CC/02.

(REsp 1.577.229/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08/11/2016, DJe 14/11/2016)

Para os efeitos do julgamento do recurso especial repetitivo, fixa-se a seguinte tese: Na vigência dos contratos de plano ou de seguro de assistência à saúde, a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste nele prevista prescreve em 20 anos (art. 177 do CC/1916) ou em 3 anos (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002), observada a regra de transição do art. 2.028 do CC/2002.

(REsp 1.361.182/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 10/08/2016, DJe 19/09/2016)

Para os efeitos do julgamento do recurso especial repetitivo, fixa-se a seguinte tese: Na vigência dos contratos de plano ou de seguro de assistência à saúde, a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste nele prevista prescreve em 20 anos (art. 177 do CC/1916) ou em 3 anos (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002), observada a regra de transição do art. 2.028 do CC/2002.

(REsp 1.360.969/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 10/08/2016, DJe 19/09/2016)

(ii) três com relação à aplicação do art. 200 do CC/2002:

A eventual apuração no âmbito criminal do fato que ensejou o falecimento do irmão do ora recorrente, no caso um atropelamento em via pública, não era questão prejudicial ao ingresso de pedido reparatório na esfera civil. Ademais, uma vez afastada a discussão acerca da culpabilidade pelo fato ou, pelo contrário, no caso de sua admissão, tal circunstância não retira o fundamento da reparação civil. Dessa forma, há, na espécie, evidente independência entre as Instâncias civil e criminal, afastando-se, por conseguinte, a possibilidade da existência de decisões conflitantes, bem como a incidência do art. 200 do Código Civil.

(REsp 1.131.125/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 03/05/2011, DJe 18/05/2011)

Determina o dispositivo legal que “quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva”. Como se vê, há de haver uma relação de subordinação necessária entre o fato a ser provado na ação penal e o desenvolvimento regular da ação cível.

(AgRg no REsp 1.320.528/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 14/08/2012, DJe 04/09/2012)

Civil. Sentença. Coisa julgada. A sentença só faz coisa julgada em relação às partes entre as quais é proferida, de modo que a sentença penal condenatória do preposto não pode, no âmbito cível, ser oposta ao preponente. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 268.018/SP, Rel. Ari Pargendler, Terceira Turma, j. 07/04/2003, DJ 23/06/2003)

Admissibilidade: em decisão às fls. 5.328-5.329 (e-STJ), os embargos de divergência foram admitidos, nos termos do art. 1.043, I, do CPC/2015, combinado com art. 266 do RISTJ. A embargada impugnou os embargos às fls. 5.285/5.326 (e-STJ).

Parecer do MPF: o parecer de lavra do Subprocurador-Geral da República, Dr. Antônio Carlos Martins Soares, opinou pelo conhecimento e não provimento dos embargos de divergência, *in verbis*:

Direito Civil. Responsabilidade civil. Ação de indenização contra clube de investimentos. Embargos de divergência no recurso especial. Controvérsia configurada. Manutenção da prescrição decenal, aplicação do art. 205 CC/02. Incidência também do art. 200 CC/02. Não corre a prescrição quando a causa de pedir indenizatória coincide com os termos da denúncia. Embargos de divergência no recurso especial conhecido e no mérito não provido.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andri ghi (Relatora): O propósito recursal consiste em determinar qual o prazo de prescrição aplicável às hipóteses de pretensão fundamentadas em inadimplemento contratual, especificamente, se nessas hipóteses o período é trienal (art. 206, § 3, V, do CC/2002) ou decenal (art. 205 do CC/2002). Além disso, o recurso em julgamento também envolve a discussão a respeito da interrupção do prazo prescricional quando envolver fato que deva ser apurado em juízo criminal, nos termos do art. 200 do CC/2002.

I - Delimitação da controvérsia

Conforme relatado no acórdão embargado, na hipótese dos autos, o embargante *Investvale* foi criado para que os empregados e aposentados do

grupo de empresas da CVRD adquirissem as ações ofertadas no mercado quando da privatização da companhia.

Após obtenção de empréstimo, em 20/05/1997, o embargante *Investvale* adquiriu as ações ofertadas da CVRD e da *Valepar*, *holding* destinada ao controle daquela companhia. Enquanto perdurasse o financiamento, cuja quitação estava programada para o ano de 2009, as ações não poderiam ser comercializadas no mercado, mas unicamente entre os cotistas ou então entre o cotista e o próprio clube, por meio de operação de resgate.

No entanto, a partir de 15/05/1997, em afronta ao estatuto social e ao mandato, os embargantes *Investvale* e *Francisco* passaram a divulgar valores muito inferiores ao real valor das cotas transferidas ou resgatadas, não prestando qualquer informação sobre o preço pelo qual as cotas tinham sido efetivamente vendidas.

Trata-se, na origem, de indenização por valores pagos a menor em violação às regras do estatuto do embargante, configurando-se uma hipótese de responsabilidade por inadimplemento contratual.

Considerando que a Quarta Turma do STJ aplicou à hipótese o prazo decenal de prescrição, nos termos do art. 205 do CC/2002, e, em relação ao embargante *Francisco*, afirmou incidente a causa de interrupção prescricional prevista no art. 200 do CC/2002.

Para facilitar o presente julgamento, primeiro será abordado somente a questão afeta ao prazo prescricional (arts. 205 ou 206 do CC/2002) e, posteriormente, a alegação de divergência quanto à causa interruptiva (art. 200 do CC/2002).

II – Do prazo prescricional por ilícito contratual

II.1 – Da admissibilidade dos embargos

Conforme relatado acima, os embargantes *Investvale* e *Francisco* apresentaram quatro acórdãos paradigma com relação à divergência do prazo de prescrição. Veja-se abaixo o cotejamento entre o acórdão embargado e os apontados como paradigma:

<i>Embargado</i>	<i>Paradigma</i>
<p>5. O prazo de prescrição de pretensão fundamentada em ilícito contratual, não havendo regra especial para o contrato em causa, é o previsto no art. 205 do Código Civil. Precedentes.</p>	<p>“O termo “reparação civil”, constante do art. 206, § 3º, V, do CC/2002, deve ser interpretado de maneira ampla, alcançando tanto a responsabilidade contratual (arts. 389 a 405) como a extracontratual (arts. 927 a 954), ainda que decorrente de dano exclusivamente moral (art. 186, parte final), e o abuso de direito (art. 187). Assim, a prescrição das pretensões dessa natureza originadas sob a égide do novo paradigma do Código Civil de 2002 deve observar o prazo comum de três anos. Ficam ressalvadas as pretensões cujos prazos prescricionais estão estabelecidos em disposições legais especiais”. (REsp 1.281.594/SP, Terceira Turma, DJe 28/11/2016)</p>
	<p>Independentemente do seu <i>nomen juris</i>, a natureza da pretensão deduzida em ação baseada na garantia da evicção é tipicamente de reparação civil decorrente de inadimplemento contratual, a qual se submete ao prazo prescricional de três anos, previsto no art. 206, § 3º, V, do CC/02. (REsp 1.577.229/MG, Terceira Turma, DJe 14/11/2016)</p>

	Para os efeitos do julgamento do recurso especial repetitivo, fixa-se a seguinte tese: Na vigência dos contratos de plano ou de seguro de assistência à saúde, a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste nele prevista prescreve em 20 anos (art. 177 do CC/1916) ou em 3 anos (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002), observada a regra de transição do art. 2.028 do CC/2002. (REsp 1.361.182/RS, Segunda Seção, DJe 19/09/2016)
	Para os efeitos do julgamento do recurso especial repetitivo, fixa-se a seguinte tese: Na vigência dos contratos de plano ou de seguro de assistência à saúde, a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste nele prevista prescreve em 20 anos (art. 177 do CC/1916) ou em 3 anos (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002), observada a regra de transição do art. 2.028 do CC/2002. (REsp 1.360.969/RS, Segunda Seção, DJe 19/09/2016)

Apesar de abordagem tipos contratuais distintos entre si, todos os julgados acima abordam a questão jurídica de fundo, qual seja, o prazo prescricional para a pretensão fundamentada em inadimplemento contratual, o que permite a admissibilidade dos embargos de divergência.

Quanto ao fato de os acórdãos paradigmas serem posteriores ao julgamento embargado, apesar de naquela oportunidade se tratar da aplicação de tese de recurso especial repetitivo, a Corte Especial do STJ entendeu que, na hipótese de a alteração de jurisprudência ocorrer enquanto não esgotado o prazo para a interposição dos embargos de divergência, esse recurso poderá ser admitido

(EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg nos EREsp 1.019.717/RS, julgado em 20/09/2017, DJe 27/11/2017).

II.2 – Da prescrição: uma introdução

Considerando os efeitos jurídicos da passagem do tempo, ponderou-se que o Direito estabiliza o passado e confere previsibilidade ao futuro por meio de diversos institutos (prescrição, decadência, perdão, anistia, irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada).

Como é cediço, o instituto da prescrição tem por finalidade conferir certeza às relações jurídicas, na busca de estabilidade, porquanto não seria possível suportar uma perpétua situação de insegurança: “*se perpétuo ou reservado indefinidamente o direito de reclamar, desapareceria a estabilidade de toda a espécie de relações*” (RIZZARDO, Arnaldo. Parte geral do Código Civil. 2. ed. Forense, 2003, p. 593). Nas palavras de Pontes de Miranda:

“violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem aos arts. 205 e 206”. O início do prazo coincide com o momento da ofensa ao direito, conta-se da data em que surge a pretensão e, destarte, a lei aplicável é a lei em vigor nessa data: “Sabe-se qual o momento de que se há contar o prazo prescricional, verificando-se quando nasceu a pretensão, ou ação” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. 2. ed. Borsoi, t. VI, § 699, item.2, p. 283).

Na hipótese dos autos, como expresso no acórdão embargado, a controvérsia envolve a indenização de danos causados decorrentes do descumprimento do estatuto social do clube de investimentos, o que ocasionou prejuízos aos investidores das ações da CVRD e *Valepar* e, portanto, é uma situação de responsabilidade por inadimplemento contratual.

II.3 – Da jurisprudência deste STJ

Embora se tenha prontamente reconhecido a aplicação do prazo prescricional de três anos à pretensão fundada na responsabilidade extracontratual, sobreveio dúvida a respeito da possibilidade de igualmente fazê-la incidir sobre a pretensão indenizatória fundada no inadimplemento contratual.

Desde a entrada em vigor do CC/02, essa mesma controvérsia analisada por este Superior Tribunal de Justiça algumas vezes, a fim de ser conferida a interpretação uniforme aos art. 205 e 206, § 3º, V, do CC/02.

Iniciando em 2006, a Terceira Turma deste STJ entendeu pela aplicação do prazo trienal, sob a égide do CC/02, a uma controvérsia relativa a um contrato de mandato, conforme a ementa transcrita abaixo:

I - Recurso especial. Cautelar de exibição de documentos. Subscrição de ações. Pretensão principal. Prescrição declarada na cautelar. Possibilidade.

1. É lícito ao juiz, na cautelar preparatória, desde que provocado para tanto, declarar a prescrição ou a decadência da pretensão principal (Art. 810 do CPC).

II - Art. 287, II, 'g', da Lei 6.404/76 não aplicável.

1. O amplíssimo Art. 267, II, 'g', da Lei 6.404/76, só tem aplicação quando o acionista demanda contra a companhia buscando a satisfação de direito ou a exoneração de um dever que contraiu por sua condição de acionista. Nessa situação específica - em que a condição das partes é determinante para a persecução do direito reclamado - o prazo de prescrição será trienal, independentemente do fundamento da demanda.

III - Pretensão de reparação de dano, decorrente de ato ilícito. Descumprimento contratual. Prazo prescricional vintenário (art. 177 do Código Bevilácqua). Regra de transição. Art. 2.028 do novo Código Civil. Prazo prescricional trienal (art. 206, § 3º, V, do novo Código Civil).

1. A pretensão de reparação civil, decorrente de descumprimento contratual - como é a de subscrição correta de ações - tem seu prazo prescricional regulado pelo Art. 177 do Código Bevilácqua.

2. Pela regra de transição estabelecida no Art. 2.028 do novo Código Civil, "serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada".

3. É da entrada em vigor da lei nova que começa a fluir o prazo prescricional mais curto nela previsto.

IV - Prescrição. Interrupção pelo despacho que determinou a citação na cautelar.

1. A prescrição ocorre quando o titular do direito não exerce, no prazo legal, ação tendente a proteger tal direito. A inércia é o requisito essencial da prescrição.

2. O despacho do juiz que determina a citação na ação cautelar preparatória tem o condão de interromper o prazo prescricional referente à pretensão principal a ser futuramente exercida (Art. 202, I, do novo Código Civil).

(REsp 822.914/RS, *Terceira Turma*, julgado em 01/06/2006, DJ 19/06/2006, p. 139)

No ano de 2008, a Segunda Seção deste STJ apreciou a mesma controvérsia jurídica, afirmando que o prazo prescricional seria de 10 (dez) anos. Neste

juízo, fixou-se o Tema 44 dos Recursos Especiais Repetitivos, ao afirmar que “*A prescrição incidente nas ações que visem à subscrição complementar de ações rege-se pelo prazo vintenário ou decenário, conforme as regras do anterior ou do atual Código Civil*”. Veja-se a ementa do mencionado julgamento:

Comercial e Processual Civil. Telecom. CRT. Contrato de participação financeira. Complementação de ações. Diferença. Prescrição. Direito pessoal. Dividendos. Arts. 177 do CC/1916, 205 e 2.028 do CC/2002. Valor patrimonial da ação. Apuração. Critério. Balancete do mês da integralização. Recurso especial repetitivo. Lei n. 11.672/2008. Resolução/STJ n. 8, de 07.08.2008. Aplicação.

I. Nas demandas em que se discute o direito à complementação de ações em face do descumprimento de contrato de participação financeira firmado com sociedade anônima, a pretensão é de natureza pessoal e prescreve nos prazos previstos no artigo 177 do Código Civil revogado e artigos 205 e 2.028 do Novo Código Civil.

II. A complementação buscada pelos adquirentes de linha telefônica mediante contrato de participação financeira, deve tomar como referência o valor patrimonial da ação apurado com base no balancete do mês da respectiva integralização (REsp n. 975.834/RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, unânime, DJU de 26.11.2007).

III. Julgamento afetado à 2ª Seção com base no procedimento da Lei n. 11.672/2008 e Resolução n. 8/2008 (Lei de Recursos Repetitivos).

IV. Recurso especial conhecido em parte e provido.

(REsp 1.033.241/RS, Segunda Seção, julgado em 22/10/2008, DJe 05/11/2008)

Por sua vez, a Quinta Turma decidiu-se pela aplicação do prazo trienal, nos termos do art. 206, § 3º, V, do CC/02, em uma lide que versava sobre contrato de locação, *in verbis*:

Direito Civil. Locação. Agravo regimental no agravo de instrumento. Devolução do imóvel sem condições de uso imediato. Ação de reparação de danos por ilícito contratual. Prescrição trienal. Ocorrência. Art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002. Aplicabilidade. Precedente do STJ. Agravo improvido.

1. Configura-se ação de reparação de dano por ato ilícito contratual aquela em que o locador visa cobrar do ex-locatário despesas referentes a danos causados no imóvel locado. Precedente do STJ.

2. Nas ações de reparação de dano por ilícito contratual, o prazo prescricional é de 3 (três) anos, nos termos do art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002.

3. Hipótese em que a ação foi ajuizada quando já ultrapassados mais de 3 (três) anos da devolução do imóvel locado, o que importa na prescrição do próprio fundo de direito pleiteado na inicial.

4. Agravo improvido.

(AgRg no Ag 1.085.156/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 03/03/2009, DJe 30/03/2009)

Entre os anos de 2008 e 2011, esta Corte Superior apreciou um conjunto de sete recursos, todos no sentido da aplicação do prazo decenal para a responsabilidade contratual, quais sejam: REsp 616.069/MA (Quarta Turma, j. 26/02/2008, DJe 14/04/2008); REsp 1.121.243/PR (Quarta Turma, j. 25/08/2009, DJe 05/10/2009); REsp 1.222.423/SP (Quarta Turma, j. 15/09/2011, DJe 01/02/2012); REsp 1.276.311/RS (Quarta Turma, j. 20/09/2011, DJe 17/10/2011); REsp 1.150.711/MG (Quarta Turma, j. 06/12/2011, DJe 15/03/2012); AgRg no REsp 1.057.248/PR (Terceira Turma, j. 26/04/2011, DJe 04/05/2011); e AgRg no AREsp 14.637/RS (Quarta Turma, j. 27/09/2011, DJe 05/10/2011).

Analisando-se o período de 2013 até o primeiro semestre de 2016, é possível encontrar mais quatorze recursos julgados por este STJ que abordam a questão da prescrição de responsabilidade contratual. Com exceção de recursos que não impugnavam o julgamento relativo à prescrição dos Tribunais de origem, é possível afirmar que todos os julgamentos deste Superior Tribunal de Justiça decidiam pela aplicação da prescrição decenal para as hipóteses de responsabilidade contratual.

Abaixo segue a relação dos julgamentos por este Superior Tribunal de Justiça que afirmam expressamente ser incidente a prescrição decenal às hipóteses de responsabilidade contratual, entre 2013 e 2016: AgRg no Ag 1.401.863/PR (Quarta Turma, j. 12/11/2013, DJe 19/11/2013); AgRg no AREsp 426.951/PR (Quarta Turma, j. 03/12/2013, DJe 10/12/2013); REsp 1.326.445/PR, (Terceira Turma, j. 04/02/2014, DJe 17/02/2014); REsp 1.159.317/SP (Terceira Turma, j. 11/03/2014, DJe 18/03/2014); AgRg no AREsp 477.387/DF (Quarta Turma, j. 21/10/2014, DJe 13/11/2014); AgRg no REsp 1.436.833/RS (Terceira Turma, j. 27/05/2014, DJe 09/06/2014); AgRg no REsp 1.485.344/SP (Terceira Turma, julgado em 05/02/2015, DJe 13/02/2015); AgRg no REsp 1.516.891/RS (Segunda Turma, j. 28/04/2015, DJe 06/05/2015); AgRg no Ag 1.327.784/ES (Quarta Turma, j. 27/08/2013, DJe 06/09/2013); AgRg no REsp 1.317.745/SP (Terceira Turma, j. 06/05/2014, DJe 14/05/2014); AgRg no REsp 1.411.828/RJ (Terceira Turma, j. 07/08/2014, DJe 19/08/2014); AgRg no AREsp 783.719/SP (Quarta Turma, j. 10/03/2016, DJe 17/03/2016); e AgInt no REsp 1.112.357/SP (Primeira Turma, j. 14/06/2016, DJe 23/06/2016).

No segundo semestre de 2016, contudo, após praticamente uma década de jurisprudência firmada no sentido de aplicar o prazo decenal à responsabilidade contratual, no julgamento do REsp 1.281.594/SP (Terceira Turma, DJe 28/11/2016), esta Turma entendeu que o prazo prescricional deve ser o mesmo, três anos, tanto para responsabilidade contratual para a extracontratual, conforme ementa abaixo:

Recurso especial. Processual Civil. Civil. Ausência de violação do art. 535 do CPC/1973. Prescrição. Pretensão fundada em responsabilidade civil contratual. Prazo trienal. Unificação do prazo prescricional para a reparação civil advinda de responsabilidade contratual e extracontratual. Termo inicial. Pretensões indenizatórias decorrentes do mesmo fato gerador: rescisão unilateral do contrato. Data considerada para fins de contagem do lapso prescricional trienal. Recurso improvido.

1. Decidida integralmente a lide posta em juízo, com expressa e coerente indicação dos fundamentos em que se firmou a formação do livre convencimento motivado, não se cogita violação do art. 535 do CPC/1973, ainda que rejeitados os embargos de declaração opostos.

2. O termo “reparação civil”, constante do art. 206, § 3º, V, do CC/2002, deve ser interpretado de maneira ampla, alcançando tanto a responsabilidade contratual (arts. 389 a 405) como a extracontratual (arts. 927 a 954), ainda que decorrente de dano exclusivamente moral (art. 186, parte final), e o abuso de direito (art. 187). Assim, a prescrição das pretensões dessa natureza originadas sob a égide do novo paradigma do Código Civil de 2002 deve observar o prazo comum de três anos. Ficam ressalvadas as pretensões cujos prazos prescricionais estão estabelecidos em disposições legais especiais.

3. Na V Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, realizada em novembro de 2011, foi editado o Enunciado n. 419, segundo o qual “o prazo prescricional de três anos para a pretensão de reparação civil aplica-se tanto à responsabilidade contratual quanto à responsabilidade extracontratual”.

4. Decorrendo todos os pedidos indenizatórios formulados na petição inicial da rescisão unilateral do contrato celebrado entre as partes, é da data desta rescisão que deve ser iniciada a contagem do prazo prescricional trienal.

5. Recurso especial improvido.

(REsp 1.281.594/SP, Terceira Turma, DJe 28/11/2016)

Neste julgamento, em resumo, esta Turma entendeu que: (i) o termo “reparação civil” é abrangente o bastante para se referir igualmente à responsabilidade contratual e à extracontratual; (ii) o prazo trienal é mais

adequado às regras regentes da responsabilidade contratual; e (iii) que o princípio da isonomia impõe a utilização do prazo trienal também para a responsabilidade contratual.

II.4 – *Considerações sobre os elementos da prescrição*

Considerando a relevância da controvérsia em julgamento e as diferentes orientações jurisprudenciais deste Superior Tribunal de Justiça, o recurso em julgamento impõe a este STJ nova reflexão e aprofundamento sobre o tema. Passa-se, desse modo, a analisar os elementos essenciais para a correta interpretação da prescrição por inadimplemento contratual.

a. Do elemento normativo-literal

Para se determinar o correto prazo prescricional nas hipóteses de responsabilidade contratual, deve-se perquirir, em primeiro lugar, sobre o elemento normativo-literal do dispositivo legal. Nesse sentido, questiona-se a designação “reparação civil” também poderia ser utilizada para se referir a situações de danos gerados a partir do inadimplemento contratual. Para esse mister, é necessário analisar as ocorrências desse termo no CC/02.

A primeira ocorrência é no art. 932, em que expande os responsáveis pela reparação civil por danos cometidos por terceiros, por exemplo, de forma que os pais são responsáveis pelos filhos, o tutor, pelos pupilos, o empregador, pelos empregados, etc. Outra ocorrência é no art. 942, em que se estabelece a solidariedade pela reparação em situações de coautoria. Ademais, no art. 943 dispõe que o direito de exigir a reparação é transmissível por meio de herança. Por fim, o *caput* do art. 953 afirma que “*a indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido*”.

Repare-se que todas essas ocorrências do uso da expressão “reparação civil” estão contidas no Título IX, do Livro I, da Parte Especial do CC/02, que versa sobre responsabilidade civil *extracontratual*.

Nas hipóteses em que o CC/02 se refere à inadimplemento contratual, tal como o Título IV do Livro I da Parte Especial (arts. 389 a 405), não há menção à expressão “reparação civil”. Da mesma forma no CC/16, o qual não continha a esse termo nos arts. 955 a 963 e 1056 a 1061, os quais dispunham sobre inadimplemento contratual. Dessa forma, partindo-se de uma interpretação literal do texto normativo, compreende-se que o termo “reparação civil” foi

utilizado pelo legislador *apenas* quando pretendeu se referir à responsabilidade extracontratual.

Como afirmam os doutrinadores Judith MARTINS-COSTA e Cristiano ZANETTI (**Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos**. RT, vol. 979/2017, maio/2017, p. 215-241), a expressão em comento não pode se referir às situações de inadimplemento contratual, mesmo com a tendência normativa de redução de prazos prescricionais, pois “*a tendência à redução dos prazos previstos no diploma anterior não permite desconsiderar o dado normativo que o intérprete tem diante dos olhos e que, nos códigos brasileiros, nunca foi empregado para disciplinar a responsabilidade contratual. Maiores ou menores, os prazos prescricionais a se observar são sempre fixados pelo legislador*”.

Humberto THEODORO JR. também interpreta o conceito de “reparação civil” de maneira restritiva, apesar de sua aparente amplitude, para abarcar *apenas* os casos de reparação civil dos danos *ex delicto*, afirma que, com a intenção de reduzir prazos prescricionais, o Código vigente incluiu o prazo da reparação civil no rol das submetidas ao prazo de três anos, independentemente se se cuide de ato ilícito doloso ou culposo, ou de danos materiais ou morais: “a prescrição civil é uma só” (Comentários ao novo Código Civil. Forense, 2003, vol. 3, t. II, item 389, p. 328). Ainda nas palavras desse doutrinador, o CC/02 ao mencionar o termo “reparação civil”:

está cogitando da obrigação que nasce do ato ilícito *stricto sensu*. Não se aplica, portanto, às hipóteses de violação do contrato, já que as perdas e danos, em tal conjuntura, se apresentam com função “secundária”. O regime principal é o do contrato, ao qual deve aderir o dever de indenizar como acessório, cabendo-lhe função própria do plano sancionatório. Enquanto não prescrita a pretensão principal (a referente à obrigação contratual) não pode prescrever a respectiva sanção (a obrigação pelas perdas e danos) (...) Esta é a interpretação que prevalece no direito italiano (Código Civil, art. 2.947), onde se inspirou o Código brasileiro para criar uma prescrição reduzida para a pretensão de reparação do dano (Comentários ao novo Código Civil. Forense, 2003, vol. 3, t. II, item 303, p. 333)

Cumprido mencionar que esta mesma Turma já havia se manifestado no sentido da compreensão restritiva, no julgamento do REsp 1.159.317/SP, associando o termo “reparação civil” ao princípio do “*a ninguém ofender*” (em latim, *neminem laedere*) e, portanto, à responsabilidade extracontratual, *in verbis*:

18.- A expressão “reparação civil”, contida no art. 206, § 3º, V, tem acepção bastante ampla, mas, de modo geral, designa indenização por perdas e danos,

estando associada, necessariamente, às hipóteses de responsabilidade civil, ou seja, tem por antecedente o ato ilícito. A pretensão de cobrança fundada em reparação civil deve, portanto, decorrer de danos sofridos em razão de ato ilícito (em sentido estrito) praticado, estando associada ao princípio do *neminem laedere* que serve de lastro para toda a doutrina da responsabilidade civil. (REsp 1.159.317/SP (Terceira Turma, j. 11/03/2014, DJe 18/03/2014)

Em conclusão, para o efeito da incidência do prazo prescricional, o termo “reparação civil” não abrange a composição da *toda e qualquer consequência negativa, patrimonial ou extrapatrimonial, do descumprimento de um dever jurídico*, mas *apenas* as consequências danosas do ato ou conduta ilícitos em sentido estrito e, portanto, *apenas para as hipóteses de responsabilidade civil extracontratual*.

b. Do elemento lógico-sistemático

Obviamente, o elemento literal não encerra toda a interpretação de uma norma jurídica, sem considerar o contexto normativo em que se encontra inserida. Assim, o conteúdo literal é apenas o ponto de partida da interpretação jurídica, impondo ao intérprete a consideração de seu elemento lógico-sistemático. Como nos alerta o Professor Juarez FREITAS, “*qualquer norma singular só se esclarece plenamente na totalidade das normas, dos valores e dos princípios*” (**A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 15) e, dessa forma, apenas por meio de uma interpretação sistemática do direito é possível atribuir a melhor significação às normas, de forma a garantir sua integridade e coerência lógica.

Quando se visualiza o ciclo de vida dos contratos, percebe-se que a esmagadora maioria deles se encerra pelo adimplemento das prestações acertadas e a consequente extinção do liame jurídico entre as partes.

Nas hipóteses de inadimplemento contratual, contudo, a regra geral é a execução específica. Assim, ao credor é permitido exigir do devedor o exato cumprimento daquilo que foi avençado. Se houver mora, além da execução específica da prestação, o credor pode pleitear eventuais perdas e danos decorrentes da inobservância do tempo ou modo contratados (arts. 389, 394 e 395 do CC/02). Na hipótese de inadimplemento definitivo (art. 475 do CC/02), o credor poderá escolher entre a execução pelo equivalente ou, observados os pressupostos necessários, a resolução da relação jurídica contratual. Em ambas alternativas, poderá requerer, ainda, o pagamento de perdas e danos eventualmente causadas pelo devedor.

Há, desse modo, três pretensões potenciais por parte do credor, quando se verifica o inadimplemento contratual, todas interligadas pelos mesmos contornos fáticos e pelos mesmos fundamentos jurídicos, sem qualquer distinção evidente no texto normativo. Tal situação exige do intérprete a aplicação das mesmas regras para as três pretensões. Nas palavras de Judith MARTINS-COSTA e Cristiano ZANETTI (**Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos**. RT, vol. 979/2017, maio/2017, p. 215-241):

sendo o dever de indenizar pelo inadimplemento substitutivo ao cumprimento contratual (consistindo no “segundo momento” da relação obrigacional) participa, ontológica e funcionalmente, do mesmo fenômeno, razão pela qual, logicamente, há de ser seguido o mesmo prazo previsto para as ações de cumprimento do negócio, isto é, dez anos.

Considerando a logicidade e a integridade da legislação civil, por questão de coerência, é necessário que o credor esteja sujeito ao mesmo prazo para exercer as três pretensões que a lei põe à sua disposição como possíveis reações ao inadimplemento.

Não parece haver sentido jurídico nem lógica a afirmação segundo a qual o credor tem um prazo para: (i) exigir o cumprimento da prestação; e (ii) outro para reclamar o pagamento das perdas e danos que lhe são devidos em razão do mesmo descumprimento. Se, em uma determinada situação que não ocorreu a prescrição, o contratante ainda pode exigir o cumprimento integral do objeto contratado (ou a execução pelo equivalente), carece de lógica negar-lhe a possibilidade de pleitear a indenização dos danos originados pelo mesmo descumprimento.

Nesse sentido, o art. 205 do CC/02 mantém a integridade lógica e sistemática da legislação civil. Assim, quando houver mora, o credor poderá exigir tanto a execução específica como o pagamento por perdas e danos, pelo prazo de dez anos. Da mesma forma, diante do inadimplemento definitivo, o credor poderá exigir a execução pelo equivalente ou a resolução contratual e, em ambos os casos, o pagamento de indenização que lhe for devida, igualmente pelo prazo de dez anos. Como afirma a doutrina, o objetivo da interpretação sistemática do direito é “*em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos*” (Juarez FREITAS. *Op. cit.*, p. 54).

Nesse contexto, visando a preservação da coerência do CC/02 e para lhe atribuir a melhor significação e evitar antinomias, a melhor interpretação sistemática dos dispositivos normativos em julgamento mostra-se aquela que atribui *a mesma regra prescricional para as consequências negativas originadas do mesmo fato e com mesmos fundamentos jurídicos*. Em resumo, para as mesmas causas, as mesmas consequências devem ser observadas. Nas palavras da doutrina civilista:

A preservação da coerência do ordenamento jurídico exige que, como regra, o credor tenha à disposição o mesmo prazo para exercer os distintos direitos que possui diante do descumprimento, a saber, a execução específica, a execução pelo equivalente ou a resolução, somadas, em todas as hipóteses, às perdas e danos decorrentes do inadimplemento. O raciocínio em sentido diverso priva de lógica e de coerência o ordenamento e, portanto, não encontra abrigo entre nós. (Judith MARTINS-COSTA e Cristiano ZANETTI. *Op. cit.* p. 215-241)

Por observância à lógica e à coerência, portanto, o mesmo prazo prescricional de dez anos deve ser aplicado a todas as pretensões do credor nas hipóteses de inadimplemento contratual, incluindo o da reparação de perdas e danos por ele causados.

c. Do elemento de igualdade

Deve-se estar atento à correlação entre fato e valor como pressupostos de aplicação da norma, considerando a filosofia subjacente à elaboração do CC/02. Trata-se, nesse ponto, de avaliar a observância do princípio da isonomia na aplicação do prazo prescricional por inadimplemento contratual. Em outras palavras, cumpre analisar se, para os mesmos fatos e valores, não se estaria atribuindo regras distintas.

Para esse mister, vale mencionar o magistério de BANDEIRA DE MELLO, segundo o qual “*a lei não pode ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos*”. Para o jurista, são três os justos critérios para análise das situações de igualdade, acrescido posteriormente por um quarto:

1. A diferenciação não pode tornar-se fator de desigualação ou de obtenção de vantagem desproporcional para uma das partes
2. Deve existir uma correlação lógica abstrata existente entre o fator de discriminação e a disparidade com o tratamento diferenciado.
3. Na implementação de uma igualdade material os valores constitucionais precisam ser respeitados.
4. O vínculo de correlação precisa

ser pertinente em função dos interesses constitucionalmente assegurados. A razão da desigualação precisa, pois, ser valiosa para o bem público. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed., 14 tir., São Paulo: Malheiros, 2006. p. 21).

No direito privado brasileiro, a responsabilidade extracontratual é historicamente tratada de modo distinto daquela contratual, por um motivo muito simples: são fontes de obrigações muito diferentes, com fundamentos jurídicos diversos. Essa diferença fática e jurídica impõe o tratamento distinto do prazo prescricional, pois a violação a direito absoluto e o inadimplemento de um direito de crédito não se confundem nem na tradição jurídica pátria, nem na natureza das coisas.

Trata-se da teoria dualista ou clássica das fontes de obrigações do direito civil, cuja origem reside no Direito Romano e foi se perpetuando no ordenamento jurídico brasileiro. A diferença é muito mais que uma designação jurídica, têm fundamento nos fatos, nos valores e nas normas aplicáveis a cada situação.

Apesar do surgimento de teses unitaristas, principalmente após a publicação do CDC, tal distinção foi mantida no CC/02, justificada nos diferentes fundamentos fáticos e axiológicos e, especialmente, nos distintos regimes jurídicos aplicáveis a cada espécie de responsabilidade civil. Como afirmam MARTINS-COSTAS e ZANETTI, “*a existência de um dever comum – reparar o dano causado – não implica a igualdade de fundamentos fáticos, valores a tutelar e regime jurídico a seguir*”. Com efeito, é possível encontrar muitas distinções de regime jurídico entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, inclusive com relação: à capacidade das partes, quanto à prova do prejuízo; à avaliação da culpa entre os sujeitos envolvidos no dano; aos diferentes graus de culpa para a imputação do dever de indenizar: ao termo inicial para a fixação do ressarcimento: e, por fim, à possibilidade de prefixação do dano e de limitar ou excluir a responsabilidade, pois somente a responsabilidade contratual permite fixar, limitar ou mesmo excluir o dever de indenizar.

Analisando as *diferenças fáticas* entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, há uma sensível diferença quanto ao grau de proximidade entre as partes contratuais nas suas relações sociais.

No contrato, que é sempre voluntário, há o maior grau de proximidade entre as partes contratuais, que se aproximam e planejam em conjunto o futuro de suas relações patrimoniais. Nessas hipóteses, o contrato pode ser precedido de longa fase negocial, e podem se protrair longamente no tempo.

De outro lado, na responsabilidade extracontratual, os sujeitos encontram-se no grau máximo de distanciamento. Em realidade, nessas circunstâncias, as partes entram em contato pelo mero fato de viverem em sociedade, sem qualquer negociação ou aproximação prévias.

Também há uma relevante diferença quanto aos *bens jurídicos tutelados* por cada espécie de responsabilidade civil. Na responsabilidade civil extracontratual, protegem-se bens jurídicos gerais, absolutos, derivados do comando de não ofender ninguém (*neminem laedere*). A relação jurídica entre vítima e ofensor é pontual, surge com o dano e apenas em razão dele, encerrando-se assim que ocorre a reparação. Seu fundamento é a “*reprovação ética à injusta violação de direitos alheios derivada de uma falta de diligência lato sensu compreendida*” (MARTINS-COSTA e ZANETTI. *Op. cit.*).

Porém, quando se trata de responsabilidade por inadimplemento contratual, há previamente uma *relação entre as partes* que se protraí no tempo, normalmente precedidas de aproximação e negociação, que ajustam exatamente o escopo do relacionamento entre elas. Essas relações não ocorrem por acaso, ou pelo mero “viver em sociedade”, mas derivam de um negócio jurídico. Normalmente, há um mínimo de confiança entre as partes, e o dever de indenizar da *responsabilidade contratual* encontra seu fundamento na *garantia da confiança legítima entre elas*.

A invocação ao princípio da isonomia insculpido no art. 5º, *caput*, da CF, para reduzir a três anos o prazo prescricional de responsabilidade por inadimplemento contratual, acaba em realidade ferindo o próprio preceito que exige, de um lado, o tratamento idêntico a situações semelhantes e, de outro, o tratamento diferenciado para hipóteses que são distintas. Igualou-se inadimplemento contratual com inadimplemento absoluto, que são institutos muito distintos.

Para essa finalidade, cumpre mencionar novamente a lição de BANDEIRA DE MELLO quanto ao conteúdo jurídico do princípio da igualdade ou isonomia, em especial quanto ao fator de discriminação operados pela legislação, afirma-se que:

Sob este segmento [isonomia e fator de discriminação], colocaremos em pauta dois requisitos, a saber: a) a lei não pode erigir em critério diferencial um traço tão específico que singularize no presente e definitivamente, de modo absoluto,

um sujeito a ser colhido pelo regime peculiar; b) o traço diferencial adotado, necessariamente há de residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada; ou seja: elemento algum que não exista nelas mesmas poderá servir de base para assujeitá-las a regimes diferentes. (Celso Antônio Bandeira de MELLO. **O Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 11ª tir., 2003, p. 23)

Como demonstrado acima, há muitas diferenças de ordem fática, de bens jurídicos protegidos e regimes jurídicos aplicáveis entre responsabilidade contratual e extracontratual que *largamente justificam o tratamento distinto atribuído pelo legislador civil pátrio*, sem qualquer ofensa ao princípio da isonomia.

Assim, a distinção dos prazos comporta crítica, mas diz respeito somente a uma possível alteração legislativa, como admite Sérgio Cavalieri Filho, que afirma expressamente que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a tese dualista ou clássica (**Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 9ª ed., 2010, p. 16), a qual também é adotada em muitos países, como a Itália, Espanha e Portugal.

Do ponto de vista pragmático, também se mostra adequada a distinção dos prazos. Em contratos mais duradouros, sempre é viável e mais provável que as partes se componham de alguma maneira, de forma a evitar longas e dispendiosas disputas judiciais, o que é improvável de ocorrer na responsabilidade extracontratual.

Por fim, como afirmado no acórdão embargado, não é aplicável o prazo prescricional previsto no art. 206, § 3º, IV, do CC/2002, pois tal dispositivo incide apenas sobre as hipóteses de enriquecimento sem causa. E, nos termos do CC/2002, o enriquecimento sem causa como instituto de aplicação subsidiária, ao dispor expressamente que “*não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido*”.

III – Da interrupção da prescrição (art. 200 do CC/2002)

Com relação à alegada dissonância na interpretação do art. 200 do CC/2002, os embargantes apresentaram três acórdãos paradigmas. Conforme o cotejamento abaixo:

Embargado	Paradigma
6. Não corre o prazo de prescrição no tocante à parte do pedido indenizatório cuja causa de pedir é conduta em persecução no juízo criminal (Código Civil, art. 200). Precedentes.	A eventual apuração no âmbito criminal do fato que ensejou o falecimento do irmão do ora recorrente, no caso um atropelamento em via pública, não era questão prejudicial ao ingresso de pedido reparatório na esfera civil. Ademais, uma vez afastada a discussão acerca da culpabilidade pelo fato ou, pelo contrário, no caso de sua admissão, tal circunstância não retira o fundamento da reparação civil. Dessa forma, há, na espécie, evidente independência entre as Instâncias civil e criminal, afastando-se, por conseguinte, a possibilidade da existência de decisões conflitantes, bem como a incidência do art. 200 do Código Civil. (REsp 1.131.125/RJ, Terceira Turma, DJe 18/05/2011)
	Determina o dispositivo legal que “quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva”. Como se vê, há de haver uma relação de subordinação necessária entre o fato a ser provado na ação penal e o desenvolvimento regular da ação cível. (AgRg no REsp 1.320.528/SP, Terceira Turma, DJe 04/09/2012)
	CIVIL. SENTENÇA. COISA JULGADA. A sentença só faz coisa julgada em relação às partes entre as quais é proferida, de modo que a sentença penal condenatória do preposto não pode, no âmbito cível, ser oposta ao preponente. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 268.018/SP, Terceira Turma, DJ 23/06/2003)

Os julgamentos acima, contudo, não guardam similitude fática com o acórdão embargado, pois na hipótese houve o oferecimento de denúncia, com instauração de processo criminal e prolação de sentença condenatória, enquanto que, nos paradigmas apontados, não ocorreu o ajuizamento da ação penal.

Além disso, o julgamento embargado apresenta entendimento que está em conformidade com a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica nos seguintes julgados: AgRg no AREsp 580.041/DF (Terceira Turma, j. 15/12/2015, DJe 03/02/2016); AgRg no AREsp 631.181/SP (Terceira Turma, j. 24/11/2015, DJe 07/12/2015); e no REsp 1.704.525/AP (Terceira Turma, j. 12/12/2017, DJe 18/12/2017), cuja ementa segue abaixo:

Civil e Processo Civil. Responsabilidade civil. Dano moral. Injúria religiosa e racial. Ação penal. Causa impeditiva da prescrição. Art. 200 do CC/2002. Ocorrência.

1. Ação ajuizada em 29/05/2013. Recurso Especial interposto em 20/05/2015 e atribuído a este Gabinete em 25/08/2016.

2. O propósito recursal consiste em determinar a legalidade na decretação da prescrição da pretensão de reparação dos danos morais suportados pelas recorrentes, considerando que o mesmo evento danoso pode ser compreendido como um fato típico e, portanto, crime, o que interromperia o prazo prescricional, nos termos do disposto no art. 200 do CC/2002.

3. O comando do art. 200 do CC/02 incide quando houver relação de prejudicialidade entre as esferas cível e penal, isto é, quando a conduta originar-se de fato também a ser apurado no juízo criminal, sendo fundamental a existência de ação penal em curso ou ao menos inquérito policial em trâmite.

4. Não é possível afastar a aplicação do art. 200 do CC/2002 em hipóteses que envolvam, além do pedido de indenização, discussões relacionadas à existência de responsabilidade solidária entre o autor da ofensa e aquele que consta no polo passivo da controvérsia, em razão da relação de preposto.

5. Recurso especial conhecido e provido.

Assim, aplica-se – quanto à suposta divergência sobre a interpretação do art. 200 do CC/2002 – a Súmula 168/STJ, segundo a qual “*não cabem embargos de divergência quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado*”.

Pelo exposto, seja pela ausência de similitude fática seja pela aplicação da Súmula 168/STJ, não se conhece dos embargos de divergência quanto ao art. 200 do CC/2002.

IV – Da conclusão

Em conclusão, pode-se afirmar que o instituto da prescrição tem por finalidade conferir certeza às relações jurídicas, na busca de estabilidade, porquanto não seria possível suportar uma perpétua situação de insegurança.

Com exceção de recursos que não impugnavam o julgamento relativo à prescrição dos Tribunais de origem, é possível afirmar que os julgamentos do STJ, até o segundo semestre de 2016, decidiam pela aplicação da prescrição decenal para as hipóteses de responsabilidade por inadimplemento contratual.

Na qualidade de *razões de decidir*, pode-se mencionar que, para o efeito da incidência do prazo prescricional, o termo “reparação civil” abrange apenas as consequências danosas do ato ou conduta ilícitos em sentido estrito e, portanto, apenas para as hipóteses de responsabilidade civil extracontratual.

Em cumprimento à logicidade, coerência e integridade da legislação civil, é necessário que o credor se sujeite ao mesmo prazo para exercer as três pretensões que a lei disponibiliza para se insurgir contra o inadimplemento.

Não há sentido jurídico nem lógica a afirmação segundo a qual o credor tem um prazo para: (i) exigir o cumprimento da prestação; e (ii) outro para reclamar o pagamento das perdas e danos que lhe são devidos em razão do mesmo descumprimento. Nesse sentido, o art. 205 do CC/02 mantém a integridade lógica e sistemática da legislação civil.

Como *argumento de reforço*, podemos mencionar que, no direito privado brasileiro, a responsabilidade extracontratual é historicamente tratada de modo distinto daquela contratual, por um motivo muito simples: são fontes de obrigações muito diferentes, com fundamentos jurídicos distintos.

Sem qualquer ofensa ao princípio da isonomia, há muitas diferenças de ordem fática, de bens jurídicos protegidos e regimes jurídicos aplicáveis entre responsabilidade contratual e extracontratual que largamente justificam o tratamento distinto atribuído pelo legislador pátrio.

Forte nessas razões, *conheço parcialmente* dos embargos de divergência e *nego-lhes provimento*, para manter o acórdão embargado que aplicou a prescrição decenal porque fundada em pretensão por inadimplemento contratual (art. 205 do CC/2002).

VOTO-VISTA VENCIDO (PRELIMINAR)

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Pedi vista dos autos para uma melhor compreensão da controvérsia e, em especial, para aferir se estão preenchidos, no caso, os pressupostos de admissibilidade da estreita via recursal dos embargos de divergência.

Cuida-se de dois embargos de divergência opostos, respectivamente, por *Clube de Investimento dos Empregados da Vale - Investvale* (e-STJ fls. 4.866/5.262) e *Francisco Valadares Póvoa* (e-STJ fls. 4.866/4.919) ao acórdão da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça que, dando parcial provimento ao recurso especial do primeiro e negando provimento ao recurso especial do segundo embargante, restou assim ementado:

Civil e Processual. Recurso especial. Alegação de ofensa ao art. 535 do CPC/73. Inexistência. Cerceamento de defesa. Súmula 7/STJ. Ausência de intimação da CVM. Dissídio não demonstrado e fundamento inatacado. Prescrição. Marco inicial. Doutrina objetiva. Data da lesão. Prazo. Ilícito contratual (art. 205 do Código Civil). Precedentes. Sentença penal condenatória. Art. 200 do Código Civil. Mérito. Reexame de matéria contratual e fática da lide. Súmulas 5 e 7 do STJ.

1. Inexistente a alegada ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil se o tribunal se pronuncia detalhadamente sobre a questão jurídica posta em debate, revelando-se o recurso integrativo mera tentativa de rediscussão da causa e reforma do julgado.

2. Inviável o recurso especial quanto ao suposto cerceamento de defesa e à necessidade de dilação probatória, eis que a análise das razões de impugnação impõe reexame da matéria fática da lide, vedado nos termos do enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

3. Inviável o recurso que deixa de fazer impugnação específica ao fundamento do acórdão recorrido, nos termos da Súmula 283 do STF.

4. O Código Civil de 2002, assim como o fazia o de 1916, adota orientação de cunho objetivo, estabelecendo a data da lesão de direito, a partir de quando a ação pode ser ajuizada, como regra geral para o início da prescrição, excepcionando os demais casos em dispositivos especiais. Assim, não se deve adotar a ciência do dano como o termo inicial do prazo se a hipótese concreta não se enquadra nas exceções. Precedentes.

5. O prazo de prescrição de pretensão fundamentada em ilícito contratual, não havendo regra especial para o contrato em causa, é o previsto no art. 205 do Código Civil. Precedentes.

6. Não corre o prazo de prescrição no tocante à parte do pedido indenizatório cuja causa de pedir é conduta em persecução no juízo criminal (Código Civil, art. 200). Precedentes.

7. Impossível a reforma do acórdão recorrido quanto ao mérito da lide se a fundamentação do acórdão recorrido e as alegações do recurso especial estão embasadas na interpretação de elementos circunstanciais e cláusulas contratuais, eis que incide a vedação das Súmulas 5 e 7 do STJ.

8. Recurso especial de Clube de Investimentos dos Empregados da Vale - *Investvale* conhecido em parte e, na parte conhecida, provido em parte para declarar a prescrição da pretensão relativa ao pedido 46.a da inicial unicamente para as operações realizadas anteriormente a 27.8.1997.

9. Recurso especial de Francisco Valadares Póvoa conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido (e-STJ fls. 4.707/4.708 - grifou-se).

No recurso que ora apresenta à Segunda Seção (e-STJ fls. 4.866/5.262), o primeiro embargante - *Clube de Investimento dos Empregados da Vale - Investvale* - afirma que o acórdão embargado espousa orientação divergente da que prevaleceu em precedentes da Terceira Turma a respeito de duas questões específicas, a saber: (i) o prazo de prescrição da pretensão deduzida na hipótese vertente e (ii) a aplicabilidade da regra inserta no art. 200 do Código Civil.

A respeito do primeiro dissenso suscitado, afirma o embargante que a Quarta Turma, no aresto embargado, assentou “ser decenal a prescrição da pretensão indenizatória lastreada em ilícito contratual (CC, art. 205)” (e-STJ fl. 4.877), tendo reservado apenas à responsabilidade civil extracontratual o prazo prescricional trienal relativo à pretensão de reparação civil de que trata o art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil, e que tal orientação discrepa da solução esposada pela Terceira Turma e pela Segunda Seção em casos análogos, nos quais se teria reconhecido que a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002, o prazo prescricional das pretensões indenizatórias teria sido unificado (em três anos), pelo que o termo “reparação civil”, constante do mencionado art. 206, § 3º, V, desse diploma legal, deveria ser interpretado de maneira ampla, alcançando tanto a responsabilidade contratual quanto a responsabilidade extracontratual.

Nesse aspecto, apontou como paradigmas acórdãos da Terceira Turma que foram prolatados quando do julgamento dos REsps n. 1.281.594/SP e 1.577.229/MG bem como arestos da Segunda Seção exarados no julgamento do REsp n. 1.360.969/RS (pela sistemática dos recursos repetitivos) e do EREsp n. 1.351.420/RS.

Eis as ementas dos mencionados julgados:

Recurso especial. Processual Civil. Civil. Ausência de violação do art. 535 do CPC/1973. Prescrição. Pretensão fundada em responsabilidade civil contratual. Prazo trienal. Unificação do prazo prescricional para a reparação civil advinda de responsabilidade contratual e extracontratual. Termo inicial. Pretensões indenizatórias decorrentes do mesmo fato gerador: rescisão unilateral do contrato. Data considerada para fins de contagem do lapso prescricional trienal. Recurso improvido.

1. Decidida integralmente a lide posta em juízo, com expressa e coerente indicação dos fundamentos em que se firmou a formação do livre convencimento motivado, não se cogita violação do art. 535 do CPC/1973, ainda que rejeitados os embargos de declaração opostos.

2. O termo “reparação civil”, constante do art. 206, § 3º, V, do CC/2002, deve ser interpretado de maneira ampla, alcançando tanto a responsabilidade contratual (arts. 389 a 405) como a extracontratual (arts. 927 a 954), ainda que decorrente de dano exclusivamente moral (art. 186, parte final), e o abuso de direito (art. 187). Assim, a prescrição das pretensões dessa natureza originadas sob a égide do novo paradigma do Código Civil de 2002 deve observar o prazo comum de três anos. Ficam ressalvadas as pretensões cujos prazos prescricionais estão estabelecidos em disposições legais especiais.

3. Na V Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, realizada em novembro de 2011, foi editado o Enunciado n. 419, segundo o qual “o prazo prescricional de três anos para a pretensão de reparação civil aplica-se tanto à responsabilidade contratual quanto à responsabilidade extracontratual”.

4. Decorrendo todos os pedidos indenizatórios formulados na petição inicial da rescisão unilateral do contrato celebrado entre as partes, é da data desta rescisão que deve ser iniciada a contagem do prazo prescricional trienal.

5. Recurso especial improvido.

(REsp n. 1.281.594/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 22/11/2016, DJe de 28/11/2016 - grifou-se).

Civil e Processo Civil. Recurso especial. Ação reparatória com base na garantia da evicção. Interesse de agir configurado. Prazo prescricional trienal. Dever de indenizar. Honorários advocatícios. Revisão. Impossibilidade.

1. Ação de ressarcimento pela evicção ajuizada em 09/12/2009, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 08/06/2015 e concluso ao Gabinete em 25/08/2016.

2. Discute-se a existência de interesse de agir do recorrido; o prazo prescricional aplicável à pretensão de ressarcimento pela evicção; a configuração do dever de indenizar; e a proporcionalidade dos honorários advocatícios arbitrados.

3. A análise quanto à eventual existência de crédito a ser compensado entre as partes não prescinde do reexame do conjunto fático-probatório, vedado pela súmula 7 do STJ, e não afasta o interesse de agir do adquirente de ter reconhecida a evicção e o direito de reparação dela consequente.

4. *Independentemente do seu nomen juris, a natureza da pretensão deduzida em ação baseada na garantia da evicção é tipicamente de reparação civil decorrente de inadimplemento contratual, a qual se submete ao prazo prescricional de três anos, previsto no art. 206, § 3º, V, do CC/02.*

5. Reconhecida a evicção, exsurge, nos termos dos arts. 447 e seguintes do CC/02, o dever de indenizar, ainda que o adquirente não tenha exercido a posse do bem, já que teve frustrada pelo alienante sua legítima expectativa de obter a transmissão plena do direito.

6. Alterar o decidido no acórdão impugnado, no que se refere ao valor fixado para honorários advocatícios, exige o reexame de fatos e provas, vedado em recurso especial pela Súmula 7 do STJ.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(REsp n. 1.577.229/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 8/11/2016, DJe de 14/11/2016 - grifou-se).

1. Recurso especial representativo de controvérsia. Civil. Contrato de plano ou seguro de assistência à saúde. Pretensão de nulidade de cláusula de reajuste. Alegado caráter abusivo. Cumulação com pretensão de restituição dos valores pagos indevidamente. Efeito financeiro do provimento judicial. Ação ajuizada ainda na vigência do contrato. Natureza continuativa da relação jurídica. Decadência. Afastamento. Prazo prescricional trienal. Art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002. Pretensão fundada no enriquecimento sem causa. 2. Caso concreto: entendimento do Tribunal *a quo* converge com a tese firmada no repetitivo. Prescrição trienal. Enriquecimento sem causa. Pedido de reconhecimento da prescrição ânua prevista no art. 206, § 1º, II do CC/2002. Afastamento. Recurso especial a que se nega provimento.

1. Em se tratando de ação em que o autor, ainda durante a vigência do contrato, pretende, no âmbito de relação de trato sucessivo, o reconhecimento do caráter abusivo de cláusula contratual com a consequente restituição dos valores pagos indevidamente, torna-se despicienda a discussão acerca de ser caso de nulidade absoluta do negócio jurídico - com provimento jurisdicional de natureza declaratória pura, o que levaria à imprescritibilidade da pretensão - ou de nulidade relativa - com provimento jurisdicional de natureza constitutiva negativa, o que atrairia os prazos de decadência, cujo início da contagem, contudo, dependeria da conclusão do contrato (CC/2002, art. 179). Isso porque a pretensão última desse tipo de demanda, partindo-se da premissa de ser a cláusula contratual abusiva ou ilegal, é de natureza condenatória, fundada no ressarcimento de pagamento indevido, sendo, pois, alcançável pela prescrição. Então, estando o

contrato ainda em curso, esta pretensão condenatória, prescritível, é que deve nortear a análise do prazo aplicável para a perseguição dos efeitos financeiros decorrentes da invalidade do contrato.

2. Nas relações jurídicas de trato sucessivo, quando não estiver sendo negado o próprio fundo de direito, pode o contratante, durante a vigência do contrato, a qualquer tempo, requerer a revisão de cláusula contratual que considere abusiva ou ilegal, seja com base em nulidade absoluta ou relativa. Porém, sua pretensão condenatória de repetição do indébito terá que se sujeitar à prescrição das parcelas vencidas no período anterior à data da propositura da ação, conforme o prazo prescricional aplicável.

3. *Cuidando-se de pretensão de nulidade de cláusula de reajuste prevista em contrato de plano ou seguro de assistência à saúde ainda vigente, com a consequente repetição do indébito, a ação ajuizada está fundada no enriquecimento sem causa e, por isso, o prazo prescricional é o trienal de que trata o art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002.*

4. É da invalidade, no todo ou em parte, do negócio jurídico, que nasce para o contratante lesado o direito de obter a restituição dos valores pagos a maior, porquanto o reconhecimento do caráter ilegal ou abusivo do contrato tem como consequência lógica a perda da causa que legitimava o pagamento efetuado. A partir daí fica caracterizado o enriquecimento sem causa, derivado de pagamento indevido a gerar o direito à repetição do indébito (arts. 182, 876 e 884 do Código Civil de 2002).

5. A doutrina moderna aponta pelo menos três teorias para explicar o enriquecimento sem causa: a) a teoria unitária da deslocação patrimonial; b) a teoria da ilicitude; e c) a teoria da divisão do instituto. Nesta última, basicamente, reconhecidas as origens distintas das anteriores, a estruturação do instituto é apresentada de maneira mais bem elaborada, abarcando o termo causa de forma ampla, subdividido, porém, em categorias mais comuns (não exaustivas), a partir dos variados significados que o vocábulo poderia fornecer, tais como o enriquecimento por prestação, por intervenção, resultante de despesas efetuadas por outrem, por desconsideração de patrimônio ou por outras causas.

6. No Brasil, antes mesmo do advento do Código Civil de 2002, em que há expressa previsão do instituto (arts. 884 a 886), doutrina e jurisprudência já admitiam o enriquecimento sem causa como fonte de obrigação, diante da vedação do locupletamento ilícito.

7. O art. 884 do Código Civil de 2002 adota a doutrina da divisão do instituto, admitindo, com isso, interpretação mais ampla a albergar o termo causa tanto no sentido de atribuição patrimonial (simples deslocamento patrimonial), como no sentido negocial (de origem contratual, por exemplo), cuja ausência, na modalidade de enriquecimento por prestação, demandaria um exame subjetivo, a partir da não obtenção da finalidade almejada com a prestação, hipótese que mais se adequa à prestação decorrente de cláusula indigitada nula (ausência de causa jurídica lícita).

8. *Tanto os atos unilaterais de vontade (promessa de recompensa, arts. 854 e ss.; gestão de negócios, arts. 861 e ss.; pagamento indevido, arts. 876 e ss.; e o próprio enriquecimento sem causa, art. 884 e ss.) como os negociais, conforme o caso, comportam o ajuizamento de ação fundada no enriquecimento sem causa, cuja pretensão está abarcada pelo prazo prescricional trienal previsto no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002.*

9. A pretensão de repetição do indébito somente se refere às prestações pagas a maior no período de três anos compreendidos no interregno anterior à data do ajuizamento da ação (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002; art. 219, *caput* e § 1º, CPC/1973; art. 240, § 1º, do CPC/2015).

10. Para os efeitos do julgamento do recurso especial repetitivo, fixa-se a seguinte tese: Na vigência dos contratos de plano ou de seguro de assistência à saúde, a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste nele prevista prescreve em 20 anos (art. 177 do CC/1916) ou em 3 anos (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002), observada a regra de transição do art. 2.028 do CC/2002.

11. Caso concreto: Recurso especial interposto por Unimed Nordeste RS Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos Ltda. a que se nega provimento.

(REsp n. 1.360.969/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 10/8/2016, DJe 19/9/2016 - grifou-se).

Embargos de divergência em recurso especial. Plano de saúde. Faixa etária. Mudança. Reajuste. Caráter abusivo da cláusula. Pretensão de restituição dos valores pagos indevidamente. Efeito financeiro do provimento judicial. Enriquecimento sem causa. Provimento jurisdicional. Natureza condenatória. Prazo. Prescrição trienal. Art. 206, § 3º, IV, do CC/2002. Acórdão embargado que converge com a jurisprudência firmada pela Segunda Seção no julgamento de recursos especiais repetitivos. Incidência da Súmula 168/STJ. Embargos de divergência não providos.

1. A Segunda Seção desta Corte, na sessão de 10 de agosto de 2016, concluindo o julgamento de recursos especiais repetitivos (REsps 1.361.182/RS e 1.360.969/RS), firmou a seguinte tese: Na vigência dos contratos de plano ou de seguro de assistência à saúde, a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste nele prevista prescreve em 20 anos (art. 177 do CC/1916) ou em 3 anos (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002), observada a regra de transição do art. 2.028 do CC/2002.

2. *Cuidando-se de pretensão de nulidade de cláusula de reajuste prevista em contrato de plano ou seguro de assistência à saúde ainda vigente, com a consequente repetição do indébito, a ação ajuizada está fundada no enriquecimento sem causa e, por isso, o prazo prescricional é o trienal de que trata o art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002.*

3. A pretensão de repetição do indébito somente se refere às prestações pagas a maior no período de três anos compreendidos no interregno anterior à data do ajuizamento da ação (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002; art. 219, *caput* e § 1º, CPC/1973; art. 240, § 1º, do CPC/2015).

4. No caso dos autos, o acórdão embargado decidiu a controvérsia em conformidade com a orientação firmada nesta Segunda Seção no julgamento dos referidos recursos especiais repetitivos, entendendo aplicável o prazo prescricional trienal previsto no aludido art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002, para a pretensão de restituição dos valores pagos indevidamente em decorrência de alegada cláusula abusiva constante de contrato de plano de saúde que determina reajuste das mensalidades de acordo com a mudança de faixa etária.

5. Incide, na espécie, o enunciado 168 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.”

6. Embargos de divergência a que se nega provimento.

(REsp n. 1.351.420/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 24/8/2016, DJe de 2/9/2016 - grifou-se).

No tocante à segunda questão controvertida, o primeiro embargante destaca que a Quarta Turma concluiu que, na hipótese vertente, o prazo prescricional, quando da propositura da ação que deu origem física aos autos, nem sequer teria se iniciado, haja vista a incidência do art. 200 do Código Civil de 2002, por estar em curso ação penal promovida para apurar se os atos de seus prepostos, ensejadores da ação civil em tela, seriam merecedores de sanção na esfera criminal.

Sustenta que o acórdão embargado “adotou a tese de que a prescrição não corre quando a causa de pedir da pretensão indenizatória coincidir com os termos de denúncia penal, o que se estenderia ao empregador, responsável pelos atos dos seus prepostos” (e-STJ fl. 4.904), e que tal orientação discreparia daquela que teria prevalecido no julgamento, pela Terceira Turma, do AgRg no REsp n. 1.320.528/SP, do REsp n. 268.018/SP e do REsp n. 1.131.125/RJ, no sentido de que a mera existência de uma ação penal não seria suficiente para suspender o curso do prazo prescricional da ação civil conexa, sendo imprescindível para tanto a existência de uma relação de subordinação necessária entre o fato a ser provado na ação penal e o desenvolvimento regular da ação cível.

Os julgados suprarreferidos, que são apontados pelo embargante como paradigmas, receberam as seguintes ementas:

Direito Civil e Processual Civil. Prescrição. Causas interruptivas e suspensivas. Ação penal conexa.

1.- De acordo com o artigo 200 do Código Civil, a mera existência de uma ação penal não é suficiente para suspender o curso do prazo prescricional da ação civil conexa.

2.- Determina o dispositivo legal que “quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva”. Como se vê, há de haver uma relação de subordinação necessária entre o fato a ser provado na ação penal e o desenvolvimento regular da ação cível.

3.- Como se sabe, não se exige, de ordinário, para a propositura de uma ação civil de indenização por danos decorrentes de atropelamento a prévia propositura de uma ação penal contra o causador do dano até porque as responsabilidades civil e penal são, em princípio independentes. Não há, em princípio, portanto, nenhum fato que deva ser provado exclusivamente na ação penal, condicionado a propositura ou o prosseguimento da ação civil capaz de lhe obstar o fluxo do prazo prescricional.

4.- Agravo Regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp n. 1.320.528/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 14/8/2012, DJe de 4/9/2012).

Civil. Sentença. Coisa julgada. A sentença só faz coisa julgada em relação às partes entre as quais é proferida, de modo que a sentença penal condenatória do preposto não pode, no âmbito cível, ser oposta ao preponente. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 268.018/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 7/4/2003, DJ de 23/6/2003).

Recurso especial. Responsabilidade civil. Atropelamento com morte. Reparação de danos. Prescrição trienal. Incidência do art. 206, § 3º, V, do Código Civil. Regra de transição do art. 2.028 do Código Civil. Aplicação. Artigo 200 do Código Civil. Inaplicabilidade. Questão prejudicial. Inexistência. Prévia discussão no juízo civil da questão subjacente. Divergência jurisprudencial. Ausência de fundamentação. Incidência da Súmula 284/STF. Recurso especial improvido.

I - É de se aplicar a prescrição trienal prevista no artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil de 2002, isso porque, conforme assentou a jurisprudência desta Corte Superior, se não houver o transcurso de mais de metade do prazo prescricional da lei anterior, impõe-se a incidência das disposições do Novo Código Civil. Ocorrência, na espécie.

II - O falecimento do irmão do ora recorrente ocorreu em 16 de junho de 2000 e a presente ação foi distribuída em junho de 2007. Assim, o início da contagem do prazo trienal ocorreu a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002,

vale dizer, 11 de janeiro de 2003 e a prescrição da presente ação operou-se em 11/01/2006.

III - A eventual apuração no âmbito criminal do fato que ensejou o falecimento do irmão do ora recorrente, no caso um atropelamento em via pública, não era questão prejudicial ao ingresso de pedido reparatório na esfera civil. Ademais, uma vez afastada a discussão acerca da culpabilidade pelo fato ou, pelo contrário, no caso de sua admissão, tal circunstância não retira o fundamento da reparação civil. Dessa forma, há, na espécie, evidente independência entre as Instâncias civil e criminal, afastando-se, por conseguinte, a possibilidade da existência de decisões conflitantes, bem como a incidência do art. 200 do Código Civil.

IV - A ausência de qualquer fundamentação relativa ao alegado dissenso jurisprudencial impõe, para a hipótese, a incidência da Súmula 284/STF.

V - Recurso especial improvido.

(REsp n. 1.131.125/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 3/5/2011, DJe de 18/5/2011 - grifou-se)

Ao final, o primeiro embargante pugna pelo conhecimento e provimento de seus embargos de divergência para que, desconstituindo o acórdão embargado, a Segunda Seção proclame que:

(a) a reparação civil decorrente de responsabilidade contratual ou extracontratual se sujeita à prescrição trienal, nos termos do art. 206, § 3º, V, do CC, julgando-se prescrita a pretensão contida no item 46.a da inicial;

(b) a coincidência da causa de pedir de pretensão indenizatória fundada em inadimplemento contratual com os termos de uma denúncia penal é insuficiente para obstar o curso do prazo prescricional trienal (CC, art. 206, § 3º, V), sendo indispensável, para a incidência do art. 200 do CC, seja a solução criminal determinante para o resultado do processo cível, julgando-se, assim, prescrita a pretensão contida no item 46.b da inicial; e

(c) a condenação criminal do empregado não acarreta a automática responsabilização do empregador. Assim, quando a reparação civil não configurar ação civil *ex delicto*, inviável cogitar-se da suspensão do prazo prescricional contra terceiro que não foi parte no processo penal, julgando-se, também por esse motivo, prescrita a pretensão contida no item 46.b da inicial (e-STJ fl. 4.920).

O segundo embargante - *Francisco Valadares Póvoa* -, por seu turno, aponta a existência de dissídio jurisprudencial apenas no tocante ao prazo prescricional da pretensão deduzida na hipótese vertente, tecendo, nesse particular, considerações que vão ao encontro daquelas externadas no recurso do primeiro embargante, ou seja, com o propósito de ver prevalecer a orientação de que,

com o advento do Código Civil de 2002, o prazo prescricional das pretensões indenizatórias teria sido unificado (em três anos) por seu art. 206, § 3º, V, sendo irrelevante para tanto o fato de estar fundada tal pretensão na responsabilidade contratual ou extracontratual da parte demandada.

Em suas razões (e-STJ fls. 4.866/4.919), tal e qual fez o primeiro embargante, indica os acórdãos resultantes dos julgamentos dos REspS n. 1.281.594/SP e 1.577.229/MG como paradigmas para fins de comprovação da divergência jurisprudencial que alega existir, pugnano, por fim, pela prevalência da orientação de que “a reparação civil decorrente da responsabilidade contratual ou extracontratual se sujeita à prescrição trienal” (e-STJ fl. 4.918).

Após a apresentação de impugnação pelo embargada - *Associação dos Aposentados, Pensionistas, Empregados Ativos e Ex-Empregados da Companhia Vale do Rio Doce, Suas Empreiteiras e Controladas e Coligadas (Apevale)* -, a relatora do feito, Ministra Nancy Andrighi, proferiu decisão monocrática admitindo ambos os recursos (e-STJ fls. 5.328/5.326).

O Ministério Público Federal emitiu parecer opinando pelo conhecimento e não provimento dos embargos (e-STJ fls. 5.332/5.341).

Levado o feito a julgamento pela egrégia Segunda Seção, em 9/5/2018, após a prolação do voto da relatora, Ministra Nancy Andrighi, conhecendo em parte e negando provimento aos embargos de divergência, pedi vista dos autos antecipadamente e agora apresento meu voto.

É o relatório.

No voto que apresentou a esta Seção, a relatora do feito concluiu que o recurso apresentado pelo primeiro embargante não se faz merecedor de conhecimento no tocante à alegação de dissonância entre o aresto recorrido e os acórdãos paradigmas da Terceira Turma a respeito da interpretação do art. 200 do Código Civil.

Nesse particular, tenho por irrepreensível a conclusão de Sua Excelência.

Com efeito, os paradigmas apontados pelo *Clube de Investimento dos Empregados da Vale (Investvale)* na tentativa de demonstrar a existência de divergência jurisprudencial entre as Turmas integrantes da Segunda Seção quanto à aplicabilidade ou não da regra inserta no art. 200 do Código Civil resultaram do julgamento de demandas que não apresentam similitude fática com o aresto ora hostilizado.

Além disso, como bem consignado pela ilustre relatora, o acórdão embargado esposou orientação que se encontra em perfeita sintonia com a jurisprudência desta Corte Superior a respeito do tema em debate, como se pode facilmente extrair dos seguintes precedentes, que revelam ser inafastável, pelo menos nesse ponto específico, a incidência da Súmula n. 168/STJ no caso em apreço:

Civil e Processo Civil. Responsabilidade civil. Dano moral. Injúria religiosa e racial. Ação penal. Causa impeditiva da prescrição. Art. 200 do CC/2002. Ocorrência.

1. Ação ajuizada em 29/05/2013. Recurso Especial interposto em 20/05/2015 e atribuído a este Gabinete em 25/08/2016.

2. O propósito recursal consiste em determinar a legalidade na decretação da prescrição da pretensão de reparação dos danos morais suportados pelas recorrentes, considerando que o mesmo evento danoso pode ser compreendido como um fato típico e, portanto, crime, o que interromperia o prazo prescricional, nos termos do disposto no art. 200 do CC/2002.

3. *O comando do art. 200 do CC/02 incide quando houver relação de prejudicialidade entre as esferas cível e penal, isto é, quando a conduta originar-se de fato também a ser apurado no juízo criminal, sendo fundamental a existência de ação penal em curso ou ao menos inquérito policial em trâmite.*

4. *Não é possível afastar a aplicação do art. 200 do CC/2002 em hipóteses que envolvam, além do pedido de indenização, discussões relacionadas à existência de responsabilidade solidária entre o autor da ofensa e aquele que consta no polo passivo da controvérsia, em razão da relação de preposto.*

5. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 1.704.525/AP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/12/2017, DJe de 18/12/2017 - grifou-se).

Recurso especial. Ação de indenização por danos morais. Acidente automobilístico. Prescrição. Não ocorrência. Instauração de inquérito penal. Art. 200 do CC/2002. Incidência. Prazos prescricionais do CC/2002. Art. 2.028 do CC/2002. Violação do princípio *tempus regit actum*. Inexistência. Divergência jurisprudencial. Não configuração. Ausência de similitude fática.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o art. 200 do CC/2002 somente é afastado quando, nas instâncias ordinárias, ficou consignada a inexistência de relação de prejudicialidade entre as searas cível e criminal ou quando não houve a instauração de inquérito policial ou de ação penal.

2. Em se tratando de responsabilidade civil *ex delicto*, o exercício do direito subjetivo da vítima à reparação dos danos sofridos somente se torna plenamente

viável quando não pairam dúvidas acerca do contexto em que foi praticado o ato ilícito, sobretudo no que diz respeito à definição cabal da autoria, que é objeto de apuração concomitante no âmbito criminal.

3. Desde que haja a efetiva instauração do inquérito penal ou da ação penal, o lesado pode optar por ajuizar a ação reparatória cível antecipadamente, ante o princípio da independência das instâncias (art. 935 do CC/2002), ou por aguardar a resolução da questão no âmbito criminal, hipótese em que o início do prazo prescricional é postergado, nos termos do art. 200 do CC/2002.

4. *A incidência do prazo prescricional previsto no CC/2002, por força da interpretação sistemática do seu art. 2.028, significa a aplicação do regime do diploma corrente, o que inclui a quantificação numérica do lapso prescricional em dias, meses ou anos, bem como sua forma de contagem, seu termo inicial ou suas causas suspensivas e interruptivas.*

5. *Inexiste violação de ato jurídico perfeito ou do princípio “tempus regit actum” em decorrência da aplicação da lei nova, haja vista que a incidência do art. 200 do CC/2002 posterga o próprio início do prazo prescricional e, antes que este tenha decorrido por inteiro, o prescribente possui mera expectativa de direito à prescrição, não direito adquirido.*

6. A divergência jurisprudencial com fundamento na alínea “c” do permissivo constitucional, nos termos do Código de Processo Civil de 1973 e do Regimento Interno desta Corte, exige comprovação e demonstração da similitude fática entre os casos apontados, o que não ocorreu na hipótese.

7. Rever as conclusões do acórdão recorrido acerca da existência de relação de prejudicialidade concreta entre o inquérito penal arquivado na origem e o exercício da pretensão reparatória do autor demandaria o exame de matéria fático-probatória que sequer consta dos autos, o que é vedado em recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

8. Recurso especial não provido.

(REsp 1.631.870/SE, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 10/10/2017, DJe 24/10/2017 - grifou-se)

Peço vênia à relatora, porém, para divergir da conclusão de que seriam merecedores conhecimento os embargos de divergência no tocante à outra questão suscitada, ou seja, àquela relativa à determinação do *prazo prescricional* da pretensão que deu origem aos presentes autos.

Isso porque, pelo que se pode extrair da leitura dos acórdãos apontados pelos embargantes como paradigmas (REsps n. 1.281.594/SP, 1.360.969/RS e 1.577.229/MG e EREsp n. 1.351.420/RS), *nenhum deles apresenta circunstâncias fáticas capazes de identificá-los ou, ao menos, de assemelhá-los com o caso contrastado,*

o que por si só inviabiliza, consoante entendimento sedimentado desta Corte Superior, a interposição dos presentes embargos.

Nessa esteira:

Agravo interno. Embargos de divergência em agravo em recurso especial. Ausência de similitude. Acórdão embargado em que não se discute o mérito do recurso especial.

1. *Para o cabimento dos embargos de divergência, é necessária a demonstração da similitude fática dos casos comparados* (CPC/1973, art. 546, inc. I, reproduzido no CPC/2015, art. 1.043, I e Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, art. 266, *caput*).

2. Não cabem embargos de divergência em agravo quando não discutido o mérito do recurso especial.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt nos EAREsp 726.029/SC, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 14/3/2018, DJe de 20/3/2018 - grifou-se).

Processual Civil. Agravo interno nos embargos de divergência. Cotejo analítico entre acórdãos paradigma e embargado. Ausência. Similitude fática. Não demonstrada. Harmonia entre o acórdão embargado e a jurisprudência do STJ. Súmula 168/STJ. Não cabimento.

1. *Os embargos não podem ser conhecidos pela divergência se o embargante não providencia o devido cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas*, nos termos do disposto no artigo 266, § 4º, do RISTJ.

2. Não cabem embargos de divergência quando o acórdão embargado encontra-se no mesmo sentido da jurisprudência deste Tribunal. Súmula 168/STJ.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt nos EAREsp n. 709.091/RJ, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Segunda Seção, julgado em 14/3/2018, DJe de 19/3/2018 - grifou-se).

Impõe-se destacar, nesse particular, que na ação ora em apreço, que foi ajuizada pela *Apevale*, ora primeira embargada, contra os dois embargantes (o Clube de Investimentos *Investvale* e Francisco Valadares Póvoa, Presidente do Conselho de Administração do primeiro embargante à época dos fatos), postulou-se por espécie de compensação material de seus associados, cotistas da *Apevale*, por suposta prática fraudulenta e por ato omissivo que teriam sido praticados por seu preposto.

Na inicial, a autora da demanda, na qualidade de representante processual de seus associados, esclareceu que o *Investvale* foi constituído ao final do ano 1994 com o propósito de assegurar a efetiva participação de empregados e ex-empregados aposentados na administração da Companhia Vale do Rio Doce - CVRD após seu processo de privatização. Anotou que para a subscrição e integralização das cotas do *Investvale* somaram-se contribuições pessoais dos empregados e aposentados (no valor simbólico de R\$ 1,00 - um real) e um empréstimo do BNDES (de quase 180 milhões de reais), em garantia do qual permaneceriam caucionadas as ações da Companhia CVRD, correspondentes a tal soma, e bloqueadas as respectivas cotas do clube de investimentos.

Afirmou, ainda, que, em razão de sucessivas permutas de ações com o BNDES, o *Investvale* veio a adquirir, em dois lotes (julho de 1997 e junho de 2002), mais de 12 milhões de ações da Valepar S.A., *holding* controladora da CVRD, que passaram a constituir o principal patrimônio do Clube, e mais, que em dezembro de 2002, o *Investvale* firmou contrato de opção de compra e venda com a sociedade de participações Bradespar S.A. visando à futura venda das ações da Valepar S.A., que acabou sendo efetivada à BNDESPar, em novembro de 2003, *tendo o valor da transação suplantado, de longe, o saldo devedor do clube com o banco público, importando no desbloqueio antecipado de suas cotas, antes previsto apenas para 2009, e implicando tal fato sua grande e imediata valorização.*

A causa de pedir da ação em tela está relacionada com supostas práticas fraudulentas que teriam sido adotadas pelos requeridos em momento anterior a esse desbloqueio antecipado das cotas e sua conseqüente valorização e que, na visão da autora, teriam trazido significativos prejuízos a seus associados.

Isso porque, no dizer da autora, o *Investvale* teria passado a incentivar e mediar, desde 1997, a transferência de cotas entre cotistas e o próprio resgate das cotas do clube de investimentos, oferecendo-se para pagar aos cotistas valores consideravelmente menores do que valor real de cada cota, fixando arbitrariamente preços para transferência e resgate (o que estaria em desacordo com norma estatutária) e mantendo o valor patrimonial oficial das cotas em patamar artificial, pois deixava de levar em consideração o valor de mercado do principal ativo do clube de investimentos (as ações da Valepar S.A.), consignando apenas o seu custo de aquisição.

Além disso, acrescentou a autora, o maior dano ainda foi provocado aos seus associados pela ocultação por parte dos requeridos das negociações que se travavam para venda dessas ações, visto que se tivessem sido anteriormente

reveladas, dariam a todos a plena ciência de que a quitação do empréstimo com o BNDES, e o consequente desbloqueio das cotas do clube de investimentos, eram iminentes, desestimulando assim que a transferência e o resgate de cotas estranhamente incentivados pelo *Investvale* se dessem com tamanho deságio.

Resumidamente, *a pretensão compensatória articulada na petição inicial está fundada na alegação de que as práticas narradas consubstanciaram manobra ardilosa da diretoria do Investvale, pois seus diretores, enquanto omitiam a valorização do principal ativo do clube de investimentos e incentivavam os cotistas a transferirem, venderem e resgatarem suas cotas a preços artificialmente baixos, adquiriam eles próprios quantidades consideráveis de cotas, com vistas à valorização futura.*

Essa narrativa é suficiente para demonstrar que as bases fáticas da ação ora em exame se revelam completamente distintas daquelas que deram ensejo aos julgados ora apontados pelos embargantes como paradigmas, motivo pelo qual não é possível afirmar que, ao concluir pela aplicação do prazo prescricional decenal na hipótese vertente, diante da nítida complexidade da pretensão deduzida na inicial, teria a Quarta Turma adotado entendimento discrepante do que prevaleceu na Terceira Turma e na Segunda Seção quando do julgamento de demandas completamente distintas e nas quais era nítido o caráter de reparação de danos de cada uma das respectivas pretensões ali articuladas.

A propósito, cumpre anotar que, no tocante ao primeiro aresto paradigma, resultante do julgamento do *REsp n. 1.281.594/SP*, a Terceira Turma estava diante de típica ação indenizatória promovida por concessionária/distribuidora em desfavor de fabricante de veículos automotores de via terrestre, com amparo em disposições da Lei Ferrari (Lei n. 6.729/1979), por suposto inadimplemento de obrigações contratuais.

No caso do *REsp n. 1.577.229/MG*, do qual extraído o segundo aresto indicado pelos embargantes, cuidava-se de ação ordinária de ressarcimento, em que a parte autora pretendia ser compensada com valores que entendia lhe serem devidos em virtude da evicção de bem imóvel adquirido da parte demandada.

E, por fim, tanto o acórdão proferido no julgamento do *REsp n. 1.360.969/RS* quanto o prolatado no julgamento do *EREsp n. 1.351.420/RS* foram extraídos de ações promovidas por particulares, em desfavor de empresas administradoras de planos privados de saúde, com o propósito de serem reconhecida, com base nas disposições do Estatuto do Idoso, a nulidade de cláusulas contratuais de reajustamento de preços em virtude alteração de faixa etária do segurado, bem como determinada a restituição de valores pagos a tal título.

Nesses dois últimos casos, impõe-se ainda destacar, não foi nem sequer travada discussão a respeito da interpretação do inciso V do § 3º do art. 206 do Código Civil de 2002 (que é o objeto central dos presentes embargos de divergência), visto que a Segunda Seção entendeu que os casos ali retratados diziam respeito à pretensão de coibir enriquecimento sem causa das partes demandadas, o que implicou a incidência do prazo prescricional trienal por força de diferente inciso do mencionado dispositivo legal (art. 206, § 3º, inciso IV, do Código Civil de 2002).

Desse modo, a despeito de reconhecer a importância da uniformização da jurisprudência da Corte a respeito do prazo prescricional da pretensão de reparação de danos advindos do inadimplemento de obrigação ou da prática de ilícito contratual, tenho que os recursos ora em exame não se revelam apropriados para tanto, pois não preenchem os requisitos mínimos de admissibilidade recursal.

Ante o exposto, divergindo parcialmente da relatora, não conheço dos embargos de divergência do *Clube de Investimento dos Empregados da Vale - Investvale* (e-STJ fls. 4.866/5.262) e de *Francisco Valadares Póvoa* (e-STJ fls. 4.866/4.919)

É o voto.

VOTO-VISTA VENCIDO (MÉRITO)

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Reconhecida, pela maioria dos votos, a admissibilidade dos embargos de divergência no que diz respeito ao prazo prescricional da pretensão de reparação de danos advindos da prática de ilícito de natureza contratual, impõe-se o exame da questão, com vistas a uniformizar a orientação das Turmas julgadoras integrantes da Segunda Seção sobre o tema.

Cinge-se a controvérsia a definir se, tal e qual o sustentado pelos ora embargantes, o prazo prescricional para pretensões de cunho indenizatório fundadas em responsabilidade contratual é o trienal (por força do que expressamente dispõe o art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil de 2002) ou, se ao revés, essas pretensões prescrevem em 10 (dez) anos, conforme decidido pela Quarta Turma no aresto ora hostilizado (com amparo no art. 205 desse mesmo diploma legal).

A questão posta, como consabido, é objeto de dissenso tanto em âmbito doutrinário quanto jurisprudencial, o que restou muito bem delineado no laborioso voto apresentado pela relatora do feito, Ministra Nancy Andrighi, que ali também expôs, de modo claro, os motivos que a levaram a perfilhar a orientação pela não incidência, no caso em apreço, da norma inserta no art. 206, § 3º, inciso V, do CC/2002, reconhecendo, assim, o acerto do acórdão embargado ao concluir que “o prazo da prescrição de pretensão fundada em ilícito contratual, não havendo regra especial para o contrato em causa, é o previsto no art. 205 do Código Civil” (e-STJ fl. 4.707).

Renovo o pedido de vênia à relatora para dela, quanto ao mérito propriamente dito do recurso, mais uma vez dissentir.

Isso porque, sendo incontroverso que a pretensão articulada pela associação ora embargada tem natureza *indenizatória*, o prazo prescricional aplicável à hipótese vertente, que, sob a égide do Código Civil de 1916 era vintenário, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, passou a ser de *três anos*, por força do que expressamente estabelece seu art. 206, § 3º, inciso V:

Art. 206. Prescreve:

(...)

§ 3º Em três anos:

(...)

V - a pretensão de reparação civil.

Pelo que se extrai da literalidade da norma, o legislador pátrio unificou o prazo prescricional da pretensão de *reparação civil*, de modo que hoje *é completamente desinfluyente distinguir se a ação reparatória está fundada em responsabilidade contratual ou extracontratual*, mesmo porque não se revela razoável admitir interpretação restritiva de norma que, por sua própria redação, evidencia o propósito de ser abrangente.

Além disso, a disposição inserta no art. 205 do Código Civil de que “a prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”, deixa evidente que esse prazo decenário é residual, aplicando-se de forma excepcional, apenas quando verificada a inexistência de previsão legal específica.

Abandonou, portanto, o legislador, a antiga opção de estabelecer prazos gerais de prescrição determináveis em virtude de versarem as demandas a respeito de direitos de natureza real ou pessoal.

A respeito da correta interpretação das disposições insertas nos arts. 205 e 206, § 3º, inciso V, do Código Civil de 2002, oportuna é a lição de Youssef Said Cahali:

A regra do art. 206, § 3º, V, não encontra correspondência no Código Civil anterior, porque a matéria estava sujeita à prescrição vintenária das ações pessoais (art. 177). O dispositivo tem em vista as ações pessoais para as quais, no antigo Código Civil, a prescrição era vintenária. Ou também a ação de indenização por danos materiais, consequente de acidente de trânsito, quando se entendia que “a ofensa ao direito de propriedade, nos termos do art. 178. § 10, IX, prescreve em cinco anos, contados da data em que se deu a ofensa ou dano, quer se trate de lesão oriunda de delito ou de ofensa à propriedade material. Não se cuida aqui de reparação de dano pessoal, mas sim material, contra a coisa”.

*O Código não faz qualquer distinção quanto à origem ou natureza da pretensão reparatória, **compreendendo, portanto, qualquer dano a ser indenizado, por ofensa à pessoa ou aos seus bens.** Não se reproduziu o an. 178, § 10, IX, do Código revogado, que discriminava a prescrição quinquenal para a ação por ofensa ou dano causado ao direito de propriedade, quando já então se ressaltava que a citada prescrição especial “não abrangia a generalidade dos casos de responsabilidade civil”.*

O triênio aqui previsto não prevalece se houver estipulação diversa em lei especial: ‘A norma do art. 206, § 3º, V, do CC, que fixa em três anos o prazo de prescrição para o exercício da pretensão de reparação civil, é geral e, destarte, subsidiária, não podendo ser aplicada quando há regra especial definindo outro lapso para que se opere o fenômeno extintivo. Nesse passo, versando a lide relação de consumo, o prazo de prescrição para o ajuizamento da pretensão reparatória é de cinco anos, a que se refere o art. 27 da lei especial (Código do Consumidor), que prevalece sobre a geral (Prescrição e decadência, 2ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, págs. 172/173 - grifou-se).

A intenção de unificar o prazo prescricional das pretensões de cunho reparatório revela-se ainda mais nítida pelo fato de também se ter estabelecido, no inciso IV do próprio § 3º do art. 206 do Código Civil vigente, ser trienal o prazo prescricional da pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa.

Afinal, é bastante usual a propositura de demandas de caráter indenizatório em que não se pode definir, com exatidão, se a pretensão ali articulada deve ser tida como de reparação civil por dano (ou risco de dano) efetivamente suportado pelo autor ou de ressarcimento deste por enriquecimento ilícito da parte adversa. Situação esta que criaria a esdrúxula possibilidade, caso fossem distintos os prazos previstos para que fossem deduzidas cada uma dessas

pretensões, de que o lapso prescricional aplicável fosse determinado a partir da nomenclatura emprestada pelo autor ao seu pedido inicial.

Merecem destaque, nessa esteira, as elucidativas considerações externadas pelo Ministro Marco Aurélio Bellize em artigo jurídico a respeito do tema:

(...) Como se verifica, o Código Civil atual, além de preceituar novas pretensões com prazo de exercício específico (anteriormente não contempladas), não mais adota a distinção entre ações pessoais e reais, para a fixação do prazo residual, agora de dez anos.

Não obstante, para situações já reguladas pelo Código Civil de 2002, é possível identificar, na jurisprudência dos Tribunais pátrios, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, a adoção de tal critério previsto na legislação anterior, como visto, in totum superado, para regular as pretensões advindas de uma relação contratual. Na verdade, o único fundamento utilizado em tais decisões, a fim de justificar a aplicação do prazo residual decenal, previsto no art. 205, para pretensões oriundas de relações contratuais, é o fato de a correlata ação versar sobre um direito pessoal.

Não há, todavia, mais suporte legal a autorizar a aplicação do prazo geral, tal como se verificava no sistema anterior, simplesmente porque a demanda versa sobre direito pessoal. Afinal, as ações (condenatórias) sujeitas à prescrição referem-se à pretensão de obter uma prestação, decorrente da violação do direito do autor, no que se inserem, indistintamente, todos os direitos pessoais e reais. No atual sistema, há que analisar, inicialmente, se a pretensão está especificada no rol do art. 206 ou, ainda, nas demais leis especiais, para, apenas subsidiariamente, ter incidência o prazo decenário, constante do art. 205.

Pode-se, nessas linhas gerais, assentar que, tratando-se de ação de reparação civil, seja ela por responsabilidade contratual (inadimplemento) ou extracontratual (risco ou dano), a correlata pretensão deve ficar adstrita ao marco prescricional trienal disposto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, tema que será pontualmente retomado.

Ainda vinculado às premissas superadas pela legislação civil anterior, verifica-se, também, uma verdadeira dispersão de conclusões quanto ao prazo prescricional a ser aplicado, a depender simplesmente da nomenclatura atribuída à ação no momento de seu ajuizamento, de todo irrelevante para o fim em comento.

A evidenciar o despropósito de tal parâmetro, o prazo prescricional das pretensões deduzidas em juízo estaria sujeito a variações de um a dez anos simplesmente pelo fato de o autor denominar a ação ora de enriquecimento sem causa (ou locupletamento ilícito), ora de responsabilidade ou reparação civil, ora de repetição de indébito (ou devolução de valores cobrados indevidamente, ou ressarcimento por cobrança indevida), ora revisional de contrato, ora de cobrança

(Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência; Coord. Luis Felipe Salomão, Flávio Tartuce, São Paulo, Ed. Atlas, págs. 126/127 - grifou-se).

Não há falar também em incongruência resultante do fato de serem distintos os prazos prescricionais da pretensão de adimplemento (art. 206, § 5º, inciso I, do CC/2002 - de cinco anos) e de reparação civil decorrente do inadimplemento da obrigação contratual (art. 206, § 3º, inciso I, do CC/2002 - de três anos).

Tal distinção se justifica em virtude da própria complexidade negocial que tratativas com vistas ao adimplemento tardio costuma apresentar e que não se apresentam quando o credor opta por demandar em juízo, de imediato, a própria reparação dos prejuízos que eventualmente tenha suportado em virtude do inadimplemento contratual.

Nesse aspecto, oportuna é a lição de Gustavo Tepedino, materializada em parecer do nobre professor a respeito do tema objeto dos embargos de divergência ora em apreço (prazo prescricional aplicável à reparação civil por inadimplemento contratual), mas que foi emitido resposta à consulta que versava especificamente sobre a pretensão de usuários do serviço de telefonia à complementação de ações que lhes teriam sido subscritas com valor patrimonial apurado indevidamente. Ao se referir especificamente ao art. 206, § 3º, inciso V, do CC/2002, o mencionado parecerista afirma:

(...) Conforme observado em outra sede, o dispositivo tem incidência tanto na responsabilidade contratual como na extracontratual, haja vista a dicção ampla do preceito.

(...).

Com efeito, não há qualquer razão para que a vítima de ilícito contratual, decorrente da violação a dever assumido negocialmente pela contraparte, venha a receber, no que tange ao prazo prescricional, tratamento diferenciado daquele que se reserva a quem sofre danos decorrentes de ato ilícito de natureza extracontratual.

Na presente hipótese, tendo os usuários alegadamente deixado de receber o número de ações que a sociedade de telefonia se obrigara a lhes entregar, não há dúvida que o prazo prescricional incidente sobre a sua pretensão reparatória é aquele de três anos, estabelecido no art. 206, § 3º, V, do CC/2002. Aliás, o STJ ao apreciar hipótese semelhante, em que desconsiderou a qualidade de acionista do litigante em face da companhia, já entendeu aplicável o prazo do art. 206, § 3º, V, do CC/2002:

“Aqui, o autor não litiga como acionista. Litiga como contratante, em busca de reparação de ato ilícito (suposto descumprimento do contrato). O fato de o autor ser acionista da companhia ré não o diferencia de qualquer outro que, tendo firmado com ela um contrato qualquer, não seja acionista. Ser acionistas não é, no caso, condição determinante para a persecução do direito reclamado. A pretensão do autor - relembre-se - é de reparação de dano, causado por suposto inadimplemento contratual imputado à ré. A prescrição era, portanto, vintenária (Art. 177 do Código Bevilácqua), até a entrada em vigor do novo Código Civil (em 11.01.2003). A partir de então, passou a ser trienal (Art. 206, § 3º, V, do Código Civil/2002)” (STJ, REsp 822.914 (JRP\2006\1612), 3ª T., j. 01.06.2006, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 19.06.2006).

3. Inaplicabilidade do prazo previsto para o adimplemento da prestação quando caracterizado o inadimplemento

Mostra-se inaplicável à espécie o prazo geral de dez anos, estatuído no art. 205 do CC/2002. Isto porque tal prazo não corresponde, na codificação atual, a um prazo genérico para ações pessoais, como ocorria com o prazo vintenário do art. 177 do CC/1916, ao qual se tem associado algumas vezes, por equívoco, o art. 205 do CC/2002. Trata-se, ao revés de prazo residual, cuja incidência meramente subsidiária foi expressamente registrada no próprio dispositivo:

“Art. 205. A prescrição corre em 10 (dez) anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”.

No sistema atual, cuidando-se de obrigações contratuais o codificador estipula dois prazos prescricionais distintos. Para a pretensão relativa ao adimplemento das obrigações contratualmente assumidas prevalece o prazo de cinco anos fixados pelo art. 206, § 5º, I, do CC/2002 (...).

Na hipótese de inadimplemento, como visto no item anterior, aplica-se o prazo prescricional trienal de que trata o art. 206, § 3º, V, do CC/2002.

(...).

Nos termos do art. 313 do CC/2002, o credor pode enjeitar o recebimento do objeto da prestação, se o considera inadequado ou diverso do pactuado, ainda que o devedor pretenda lhe entregar objeto mais valioso:

“Art. 313. O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa”.

No momento da entrega do objeto da prestação, portanto, tratando-se de obrigação de dar, tem-se por caracterizado o adimplemento ou, na hipótese de a prestação ser considerada inadequada, o inadimplemento. Se o devedor não entrega a prestação, ou se propõe a adequá-la à quantidade ou qualidade exigida pelo credor, mantém-se vivo o interesse útil do crédito, preservando-se a fase do

adimplemento. Quando, ao revés, dá-se a entrega (e o recebimento) da prestação, esgota-se, aí, a prestação atribuída ao devedor e, portanto, de duas uma: ou bem a prestação foi efetuada nos termos do contrato, ou houve inadimplemento *tout court*.

Diante do sistema assim delineado, o legislador oferece prazo prescricional diferenciado para a pretensão de adimplemento (5 anos, e não 10 ex vi do mencionado art. 206, § 5º, I, do CC/2002) e para a pretensão decorrente do inadimplemento (3 anos, consoante o disposto no art. 206, § 3º, V, do CC/2002), justamente em razão da diversidade das circunstâncias de ambos os cenários. No caso do adimplemento, a existência de relação contratual em curso poderá tornar mais complexa ou trabalhosa a cobrança. A pretensão do credor associa-se à forma como o devedor, interpretando o contrato, pretende cumprir a prestação, o que muitas vezes é postergado pela dinâmica das negociações com vistas ao adimplemento.

Na hipótese de inadimplemento, ao reverso, o prazo prescricional é deliberadamente reduzido porque o credor pode avaliar, desde o recebimento da prestação, se considera ou não adequadamente satisfeito seu crédito. Recebeu o objeto da prestação quando poderia enjeitá-lo. Nada impede que vá ao Judiciário imediatamente requerer perdas e danos, sendo certo que, segundo a dicção do art. 389 do CC/2002, o inadimplemento se torna imediatamente caracterizado com o não cumprimento da prestação pelo devedor nos termos avençados (Soluções Práticas de Direito, vol. 1, págs. 565/572, Nov/2011, DTR\2012\421 - grifou-se).

No mesmo sentido das considerações até aqui externadas, são valiosas as conclusões lançadas por Paula Greco Bandeira em artigo que praticamente exauriu a matéria em debate e que a articulista intitulou de “*A prescrição na Responsabilidade Civil Contratual em Debate*”:

(...) O Código Civil de 2002 reduziu drasticamente os prazos prescricionais, incluindo-se aí o prazo prescricional para a reparação civil. Antes compreendida como pretensão de natureza pessoal, atraindo a incidência do prazo prescricional geral de 20 anos, a pretensão de responsabilização civil ganhou previsão específica no atual diploma, dispondo o legislador, no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, que se aplica o prazo prescricional de três anos para a “pretensão de reparação civil”.

A linguagem abrangente do dispositivo vem suscitando controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca de sua aplicação, entendendo grande parte da doutrina e da jurisprudência que o prazo prescricional aplicável à reparação civil contratual é o de 10 anos, ao passo que a pretensão de responsabilidade civil extracontratual prescreveria em três anos.

Entretanto, referida distinção, como se viu, não encontra respaldo no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. O prazo prescricional para a reparação civil há de incidir de modo uniforme às relações jurídicas contratuais e extracontratuais, seja pela determinação expressa do art. 206, § 3º, V, do Código Civil; seja pela imperiosa necessidade de coerência sistêmica, diante do prazo máximo de cinco anos do Código de Defesa do Consumidor, destinado à proteção dos vulneráveis; seja pela inevitabilidade de se dispensar tratamento unitário à responsabilidade contratual e extracontratual, permitindo o alinhamento com o prazo previsto para o enriquecimento sem causa, que poderá decorrer do mesmo substrato fático. Em definitivo, impõe-se o mesmo prazo prescricional de três anos para a responsabilidade civil aquiliana e extracontratual e em respeito ao princípio da isonomia (Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, n. 70, Jan-Fev/2016; Coord. Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, pág. 97).

Impõe-se destacar, por fim, que a orientação aqui esposada é aquela que, sob a ótica desse julgador, se encontra mais alinhada não só à majoritária posição da doutrina especializada como também à jurisprudência dominante desta Corte Superior, como que se pode inferir do inteiro teor dos seguintes arestos, que ora são citados apenas à título exemplificativo: *REsp n. 822.914/RS*, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, DJ de 19/6/2006; *AgRg no Ag n. 1.085.156/RJ*, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe de 30/03/2009; *REsp n. 1.546.424/RJ*, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe de 2/10/2017; *REsp n. 1.632.842/RS*, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 12/9/2017, DJe 15/9/2017; *REsp n. 1.589.598/MS*, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe de 22/6/2017; *REsp n. 1.281.594/SP*, Rel. Min. Marco Auréli Bellizze, Terceira Turma, julgado em 22/11/2016, DJe de 28/11/2016 e *REsp n. 1.577.229/MG*, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 14/11/2016.

Ante o exposto, divergindo mais uma vez da relatora, dou parcial provimento aos embargos de divergência do *Clube de Investimento dos Empregados da Vale - Investvale* (e-STJ fls. 4.866/5.262) e integral provimento aos embargos de divergência de *Francisco Valadares Póvoa* (e-STJ fls. 4.866/4.919), para o fim de, reformando o acórdão ora embargado, reconhecer que a pretensão de reparação civil articulada na inicial prescreve em 3 (três) anos, a teor do que dispõe o art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil de 2002.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.108.058-DF (2008/0277416-2)

Relator: Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região)

Relatora para o acórdão: Ministra Maria Isabel Gallotti

Recorrente: Clayton Vaz Cardoso Cintra Lima

Advogado: Sebastião Moraes da Cunha - DF015123

Recorrido: BRB Credito Financiamento e Investimento S A

Advogado: Adelson Jacinto dos Santos - DF019126

Interes.: Federação Brasileira de Bancos - “Amicus Curiae”

Advogados: Flavio Maia Fernandes dos Santos e outro(s) - SP270686

Diego Martinez Nagato e outro(s) - SP357595

Interes.: Instituto Brasileiro de Política e Dir. do Consumidor - “Amicus Curiae”

Advogado: Simone Maria Silva Magalhães - DF024194

EMENTA

Civil e Processual. Recurso especial. Ação de consignação em pagamento. Contrato bancário. Improcedência. Finalidade de extinção da obrigação. Necessidade de depósito integral da dívida e encargos respectivos. Mora ou recusa injustificada do credor. Demonstração. Obrigatoriedade. Efeito liberatório parcial. Não cabimento. Código Civil, arts. 334 a 339. CPC de 1973, arts. 890 a 893, 896, 897 e 899. Recurso representativo de controvérsia. CPC de 2015.

1. “A consignação em pagamento visa exonerar o devedor de sua obrigação, mediante o depósito da quantia ou da coisa devida, e só poderá ter força de pagamento se concorrerem ‘em relação às pessoas, ao objeto, modo e tempo, todos os requisitos sem os quais não é válido o pagamento’ (artigo 336 do NCC)”. (Quarta Turma, REsp 1.194.264/PR, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, unânime, DJe de 4.3.2011).

2. O depósito de quantia insuficiente para a liquidação integral da dívida não conduz à liberação do devedor, que permanece em mora, ensejando a improcedência da consignatória.

3. Tese para os efeitos dos arts. 927 e 1.036 a 1.041 do CPC:

- “*Em ação consignatória, a insuficiência do depósito realizado pelo devedor conduz ao julgamento de improcedência do pedido, pois o pagamento parcial da dívida não extingue o vínculo obrigacional*”.

4. Recurso especial a que se nega provimento, no caso concreto.

ACÓRDÃO

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrighi acompanhando a divergência e propondo alteração na tese repetitiva, mudança acatada pela Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti, que abriu a divergência, a Segunda Seção, por maioria, negou provimento ao recurso especial.

Para os efeitos repetitivos, restou fixada a seguinte tese: “Em ação consignatória, a insuficiência do depósito realizado pelo devedor conduz ao julgamento de improcedência do pedido, pois o pagamento parcial da dívida não extingue o vínculo obrigacional”.

Vencido o Sr. Ministro Lázaro Guimarães (Relator).

Lavrará o acórdão a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti. Votaram com a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Luis Felipe Salomão, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Brasília (DF), 10 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora p/ acórdão

DJe 23.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região): Trata-se de recurso especial interposto por *Clayton Vaz Cardoso Cintra Lima* manejado frente a acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, assentando que, “sendo insuficiente a importância depositada, deve

o pleito de consignação em pagamento ser julgado improcedente, não havendo que se falar em extinção do vínculo obrigacional, mesmo que parcial” (na fl. 208).

O aresto impugnado está assim ementado:

Civil. Revisão de contrato e consignatória. Nulidade de cláusulas. Decreto 22.626/33. Inexistência de abusividade dos juros. Tabela *Price*. Legalidade. Medida Provisória 2.170-36 sem aplicabilidade. Capitalização de juros não demonstrada. Alteração unilateral do contrato. Impossibilidade. Prevalência do princípio *pacta sunt servanda*.

1. A pretensão em sugerir a alteração unilateral do contrato, para fazer inserir um reajuste sequer pactuado pelas partes, deve ser indeferida.

2. As disposições do Decreto n. 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional”. (Súmula 596/STF).

3. Desde que livremente pactuados, considera-se lícita a cobrança de juros acima do limite legal, bem como a Emenda Constitucional 40/2003, que revogou o parágrafo 30 do art. 192 da Carta Magna.

4. No que se refere à capitalização de juros, não se desincumbiu o Apelante de fazer qualquer prova de sua ocorrência.

5. A adoção da Tabela *Price*, por suas características, não implica cobrança de juros sobre juros, não esbarrando em qualquer restrição legal.

6. Válida se mostra a cobrança da comissão de permanência, desde que não cumulada com qualquer outro encargo, ou qualquer outra quantia que compense o atraso no pagamento, ou com juros remuneratórios.

7. Não restando comprovados os vícios, as cláusulas financeiras do mútuo pactuado não comportam a intercessão judicial sobre o seu conteúdo e a desconsideração do que ficara pactuado.

8. Sentença mantida. *Recursos da Revisional e da Consignatória desprovidos*. Unânime. (na fl. 198)

Na petição recursal, o recorrente alega a existência de violação aos seguintes dispositivos legais:

a) arts. 6º, V, e 51, IV e § 1º, III, do CDC, afirmando ser ilegal a utilização da Tabela *Price*, pois implica a cobrança de juros capitalizados mensalmente, sem que haja autorização legal para tal cobrança no contrato de mútuo revisado;

b) art. 6º, VIII, do CDC, alegando ser cabível a inversão do ônus da prova, de modo a exigir do credor a comprovação da não ocorrência da capitalização mensal de juros;

c) arts. 6º, V, e 51, § 1º, II e III, do CDC, salientando serem abusivos os juros remuneratórios cobrados; e

d) arts. 335, V, do Código Civil e 899, § 2º, do CPC/1973, aduzindo que “é perfeitamente cabível a ação de consignação em pagamento, quanto houver litígio sobre o seu objeto” e que, no caso de insuficiência do depósito ofertado, “garante-se o reconhecimento da parcial quitação da dívida, já que o restante do débito pode ser objeto de execução nos próprios autos da ação consignatória, tanto é assim, que essa Corte Superior de Justiça já firmou entendimento no sentido ora pugnado”.

O recurso especial foi admitido pelo Tribunal de origem sob o regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08, sob a alegação de que “cabe dar curso ao apelo fundado no apontado malferimento aos artigos 335, inciso V, do Código Civil, 890 e 899, § 20, todos do Código de Processo Civil. Com efeito, a tese sustentada pela recorrente, devidamente prequestionada, encerra discussão de cunho estritamente jurídico, dispensando o exame de fatos e provas constantes dos autos, razões pelas quais deve o inconformismo ser submetido à autorizada apreciação da Corte Superior” (nas fls. 216/219).

Certificou o Tribunal recorrido que “no dia 27/08/2008 foi interposto, por *Clayton Vaz Cardoso Cintra Lima*, Recurso Especial aos acórdãos de fls. 174/185 destes autos (*ação de consignação*) e de fls. 150/162 dos autos em apenso (*ação revisional*). Certifico, ainda, que foi apresentada uma via do referido recurso para os dois processos e juntada no APC 1-101306-5”, autuado nesta Corte como Recurso Especial n. 1.176.639/DF, conexo ao presente (na fl. 211).

Dessarte, a ocorrência inusual levou a Corte de origem a equívoco no processamento do presente recurso, o que resultou na admissão deste recurso especial sem a juntada da respectiva petição recursal e na admissão do outro recurso, o REsp 1.176.639/DF, cujo acórdão não enfrentou o tema em destaque.

Logo, como o recorrente, e a presente afetação, não podem ser prejudicados por falha do serviço cartorário do Tribunal de origem, foi determinada a extração de cópia da petição inicial do recurso especial juntada no REsp 1.176.639/DF para que seja anexada aos presentes autos, porquanto idênticas.

Nessa quadra, recomenda-se a limitação do presente julgamento ao tema da afetação, porquanto as demais questões (inversão do ônus da prova, juros remuneratórios e tabela *Price*) já foram decididas no idêntico e conexo Recurso Especial n. 1.176.639/DF.

Em prosseguimento, verificando-se que, realmente, o recurso especial traz controvérsia repetitiva, de caráter multitudinário, com inúmeros recursos em tramitação nesta Corte ou sobrestados na origem, versando sobre o tema dos “efeitos da insuficiência do depósito ofertado na ação de consignação em pagamento”, a eg. Segunda Seção desta Corte, na assentada do dia 14 de dezembro de 2016, com fundamento nos arts. 1.036 a 1.041 do Código de Processo Civil e art. 56 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, ratificou a admissibilidade do presente recurso como representativo de controvérsia repetitiva (nas fls. 273/278).

A Defensoria Pública da União, o Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon), o Instituto Brasileiro de Direito Civil - IBDCivil, a Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN e o Banco Central do Brasil - BACEN foram admitidos como *amici curiae* (nas fls. 280/282).

A *Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN* manifesta-se defendendo que, “nas hipóteses em que o valor depositado pelo consignante for insuficiente, será o caso de parcial procedência do pedido, havendo extinção parcial da obrigação, ou seja, extinção em relação à parte que foi efetivamente depositada” e que, “em relação aos eventuais encargos moratórios, estes somente incidirão sobre a parcela não adimplida” (na fl. 303)

O *Banco Central do Brasil - BACEN*, por sua vez, assegura que esta Corte “possui entendimento segundo o qual, na ação de consignação em pagamento, a insuficiência do depósito não conduz à improcedência do pedido, mas sim à extinção parcial da obrigação, até o montante da importância consignada” (na fl. 352).

O *Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - BRASILCON*, por seu turno, argumenta que “mostra-se incontroverso que o depósito parcial realizado pelo consumidor deve ter seu cunho satisfativo reconhecido, como decorrência lógica do disposto nos artigos 544 e 545 do Código de Processo Civil” (na fl. 362).

O *Ministério Público Federal*, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República *Dr. Antônio Carlos Alpino Bigonha*, opina pelo conhecimento e provimento do recurso especial para assentar a tese de que “a insuficiência do depósito na ação de consignação em pagamento não conduz à improcedência do pedido, mas ao julgamento de parcial procedência, tendo em vista a extinção parcial da dívida, abatendo-se do saldo devedor o montante já depositado em juízo” (na fl. 448).

É o relatório, quanto ao que se reputou mais relevante.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região) (Relator): O Código de Processo Civil positivou no direito processual brasileiro o *Microsistema de Precedentes Obrigatórios* (art. 927), do qual fazem parte o *incidente de assunção de competência*, o *incidente de resolução de demandas repetitivas* e o *julgamento de casos repetitivos em sede de Recurso Especial* (art. 928), este último já previsto no art. 543-C do CPC anterior.

Destaca-se que, nos moldes do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, “os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência e de recursos especiais repetitivos bem como os enunciados de súmulas do Superior Tribunal de Justiça constituem, segundo o art. 927 do Código de Processo Civil, *precedentes qualificados* de estrita observância pelos Juízes e Tribunais” (art. 121-A).

Assim, a nova legislação, reconhecendo que os Tribunais devem “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (CPC, art. 926), insere, de maneira mais incisiva, na estrutura clássica do processo civil brasileiro a Teoria dos Precedentes (*Stare Decisis*), de modo a promover a proporcionalidade, a razoabilidade e a eficiência da aplicação do ordenamento jurídico (CPC, art. 8º).

No específico caso do julgamento de Recurso Especial Repetitivo, o rito é o previsto nos arts. 1.036 a 1.041 do CPC (art. 543-C do CPC/1973), devendo ser realizado “sempre que houver multiplicidade de recursos (...) especiais com fundamento em idêntica questão “ (art. 1.036), “de direito material ou processual” (art. 928), sendo que “o conteúdo do acórdão abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida” (art. 1.038, § 3º).

No caso dos autos, a controvérsia apresenta-se de forma multitudinária, em inúmeras ações que, submetidas a diversos Tribunais pátrios, aguardam julgamento que consolide, concentradamente, o entendimento acerca do tema afetado, sendo, pois, a hipótese prevista nos arts. 1.036 a 1.041 do CPC.

- Discussão da tese

O tema encontra-se pacificado na jurisprudência desta Corte, no sentido de que, na ação de consignação em pagamento, a insuficiência do depósito não conduz à improcedência do pedido, mas sim à extinção parcial da obrigação, até o montante da importância consignada, acarretando o reconhecimento da sucumbência recíproca.

Confirmam-se os seguintes precedentes, a título de exemplo:

Agravo regimental no agravo (art. 544 do CPC/73). Ação de consignação em pagamento. Decisão monocrática que conheceu do agravo para negar seguimento ao próprio recurso especial. Insurgência do réu.

1. A insuficiência do depósito não enseja a improcedência do pedido de consignação em pagamento, podendo haver posterior complementação.

2. Na hipótese, houve efetiva controvérsia acerca da necessidade de complementação do depósito em razão de a parte credora ter procedido à rescisão unilateral do contrato de compra e venda e procedido à devolução do sinal para terceiro, pessoa distinta do comprador, motivo pelo qual o acréscimo referente ao sinal fora realizado após a deliberação do juízo acerca do valor controvertido.

2.1 O só fato do autor complementar o depósito feito em ação de consignação em pagamento não lhe impõe os encargos da sucumbência, desde que seja vitorioso na contenda. Precedentes. Incidência da Súmula 83/STJ.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 231.373/CE, *Rel. Ministro Marco Buzzi*, Quarta Turma, julgado em 06/06/2017, DJe de 12/06/2017)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação de consignação em pagamento. Análise do conteúdo do dispositivo impugnado. Menção expressa. Desnecessidade. Depósitos insuficientes. Quitação parcial da obrigação. Ônus sucumbenciais. Sucumbência recíproca. Agravo não provido.

1. O prequestionamento não exige que haja menção expressa dos dispositivos infraconstitucionais tidos como violados, sendo necessário apenas que, no aresto recorrido, a questão tenha sido discutida e decidida fundamentadamente. No caso dos autos, em que pese o acórdão recorrido não tenha expressamente citado os dispositivos legais em relação aos quais a recorrente alega ausência de prequestionamento, tratou da matéria nele prevista, qual seja, resultado da ação consignatória quando o valor depositado não é integral.

2. *Na ação de consignação em pagamento, a insuficiência do depósito não conduz à improcedência do pedido, mas sim à extinção parcial da obrigação, até o montante da importância consignada. Ademais, na hipótese de procedência parcial dos pedidos, os ônus de sucumbência devem ser suportados por ambas as partes.*

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 609.219/RS, *Rel. Ministro Raul Araújo*, Quarta Turma, julgado em 11/10/2016, DJe de 04/11/2016)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ações conexas de consignação em pagamento e de cobrança. Cota condominial. Injusta recusa

do credor. Depósito insuficiente. Procedência parcial. Sucumbência recíproca. Decaimento mínimo.

1. A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que havendo injusta recusa do credor, de um lado, e depósito insuficiente pelo devedor, de outro, a hipótese é de acolhimento parcial do pedido de consignação no montante depositado, o que caracteriza a sucumbência recíproca.

2. Caso em que foi declarada injusta a recusa do condomínio por cobrança abusiva de encargos e apurada diferença mínima do valor devido com o depósito efetuado pela condômina, o que enseja a aplicação do parágrafo único do art. 21 do CPC.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 98.619/SP, Rel. Ministra **Maria Isabel Gallotti**, Quarta Turma, DJe de 18/09/2014)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ação de consignação em pagamento. Depósitos insuficientes. Quitação parcial da obrigação. Ônus sucumbenciais. Sucumbência recíproca. Súmula 83/STJ. Recurso não provido.

1. Não se verifica ofensa ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem se manifesta de forma motivada para a solução da lide e declina os fundamentos jurídicos que embasaram sua decisão, não configurando omissão ou pronunciamento judicial contrário à pretensão do recorrente.

2. Na ação de consignação em pagamento, a insuficiência do depósito não conduz à improcedência do pedido, mas sim à extinção parcial da obrigação, até o montante da importância consignada. Na hipótese de procedência parcial dos pedidos, os ônus de sucumbência devem ser suportados por ambas as partes. Incidência da Súmula 83/STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 735.436/DF, Rel. Ministro **Luis Felipe Salomão**, Quarta Turma, DJe de 25/09/2015)

Agravo regimental no recurso especial. Civil e Processual Civil. Ação de consignação em pagamento. Reconhecimento da ausência de irregularidades em assembléia condominial consentânea com as normas da convenção de condomínio. Enunciados 5 e 7/STJ. Depósitos insuficientes. Quitação parcial da obrigação. Cabimento. Ausência de indicação do valor devido. Desnecessidade. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.406.105/RS, Rel. Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino**, Terceira Turma, DJe de 25/06/2014)

Processual Civil. Agravo. Recurso especial. Ação de consignação em pagamento. Depósitos insuficientes. Quitação parcial da obrigação. Ônus sucumbenciais.

- Na ação de consignação em pagamento, a insuficiência do depósito não conduz à improcedência do pedido, mas sim à extinção parcial da obrigação, até o montante da importância consignada.

- Na hipótese de procedência parcial dos pedidos, os ônus de sucumbência devem ser suportados por ambas as partes.

- Agravo não provido.

(AgRg nos EDcl no REsp 1.223.520/MS, Rel. Ministra **Nancy Andrighi**, Terceira Turma, DJe de 15/10/2012)

Destaca-se que, na análise dos dispositivos do Código Civil e do Código de Processo Civil incidentes à espécie, não se depreende vedação, sequer implícita, à adoção dessa solução racionalizadora da atividade jurisdicional.

Aos revés, o § 2º do art. 545 do Código de Processo Civil expressamente prevê que “a sentença que concluir pela insuficiência do depósito *determinará, sempre que possível, o montante devido e valerá como título executivo*, facultado ao credor promover-lhe o cumprimento nos mesmos autos, após liquidação, se necessária” (grifou-se).

Essa possibilidade, que já era igualmente prevista no Código de Processo Civil revogado, foi salientada pelo eminente Ministro *Ruy Rosado de Aguiar*, no julgamento do REsp 94.425/SP, nos seguintes moldes:

O art. 899 do CPC, com a redação dada pela Lei 8.951/94, nos casos de insuficiência do depósito efetuado em ação consignatória, prevê que o juiz determinará, sempre que possível, o montante devido, que valerá como título executivo, podendo a execução ser promovida nos próprios autos.

Trata-se de uma feliz inovação do legislador da reforma, que veio dar maior eficácia à ação consignatória e resolver o impasse decorrente do reconhecimento da insuficiência do depósito, cuja sentença não solucionava a situação do devedor, que via rejeitado o seu pedido e continuava inadimplente sabe-se lá de qual quantia, e não auxiliava o credor, que permanecia com o crédito insatisfeito.

Pela regra atual, a insuficiência do depósito autoriza a liberação parcial do devedor e permite ao credor levantar o numerário oferecido. Com isso, transforma a ação consignatória na via a mais adequada para a definição dos créditos - e digo mais adequada porque nela já há pagamentos e quitações, satisfazendo, mais do que qualquer outra, os interesses dos contratantes. *Além disso, culmina por entregar ao credor um título executivo e permite que, sem novo processo, obtenha a sua execução.* Em casos tais, a ação consignatória é em parte procedente, naquilo em que o depósito serviu para a liberação parcial do devedor, e em parte improcedente, quanto ao débito que remanesce e ficou reconhecido na

sentença. Havendo sucumbência recíproca, os ônus devem ser repartidos na forma preconizada pelo art. 21 do CPC. (REsp 94.425/SP, Rel. Ministro **Ruy Rosado de Aguiar**, Quarta Turma, DJ de 12/05/1997, p. 18.810)

Não por outro motivo, diversos precedentes desta Corte defendem “ser possível a discussão do valor do débito em sede de ação de consignação em pagamento, ainda que para tanto seja necessária a revisão de cláusulas contratuais” (AgRg no REsp 1.179.034/RJ, Rel. *Ministra Maria Isabel Gallotti*, Quarta Turma, DJe de 05/05/2015).

No mesmo sentido: AgRgAg 406.408/DF (Terceira Turma, Rel. *Min. Nancy Andrigbi*, DJe de 18/2/2002); AgRgAg 432.140/DF (Quarta Turma, Rel. *Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira*, DJe de 17/6/2002); REsp 345.568/SP (Quarta Turma, Rel. *Min. Aldir Passarinho Junior*, DJe de 10/2/2003); REsp 299.171/MS (Quarta Turma, Rel. *Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira*, DJe de 10/9/2001; e REsp 401.708/MG (Terceira Turma, Rel. *Min. Castro Filho*, DJe de 9/12/2003).

Nesse passo, destaque-se o julgamento do Recurso Especial n. 41.849/PR, no qual se decidiu que a ação “consignatória presta-se para solucionar dúvidas e controvérsias entre as partes relativas ao pagamento devido, servindo a instrução para aclarar as divergências existentes sobre a incidência da cláusula de reajuste diante de alteração legislativa posterior” (Terceira Turma, Rel. *Min. Carlos Alberto Menezes Direito*, DJ de 28/4/1997 - grifou-se).

Também nessa esteira, mais modernamente, decidiu-se que, “na ação de consignação em pagamento, é possível ampla discussão sobre o débito e o seu valor, inclusive com a interpretação da validade e alcance das cláusulas contratuais”. Confira-se a ementa do julgado:

Direito Civil e Processual Civil. Contrato de financiamento imobiliário. Carteira hipotecária. Juros remuneratórios. Capitalização mensal de juros. Taxa referencial. Incidência. CDC. Incidência. Compensação. Prequestionamento. Ausência. Ação de consignação em pagamento. Revisão de cláusulas contratuais. Possibilidade.

- Em contrato de financiamento imobiliário firmado sob o regime da carteira hipotecária, não incide a limitação de juros remuneratórios prevista na Lei de Usura.

- É vedada a capitalização mensal de juros em contrato de financiamento imobiliário.

- Em regra, admite-se a incidência da taxa referencial como critério de atualização do saldo devedor em contrato de financiamento imobiliário.

- É de consumo a relação jurídica estabelecida entre o agente financiador e o mutuário adquirente do imóvel.

- É inadmissível o recurso especial na parte que em não houve o prequestionamento do direito tido por violado.

- *na ação de consignação em pagamento, é possível ampla discussão sobre o débito e o seu valor, inclusive com a interpretação da validade e alcance das cláusulas contratuais. Precedentes.*

- Recurso especial a que se dá parcial provimento.

(REsp 436.842/RS, Rel. Ministra **Nancy Andrighi**, Terceira Turma, julgado em 08/03/2007, DJ de 14/05/2007, p. 279)

Nessa quadra, em atenção aos princípios da economia e celeridade processuais, corolários do princípio constitucional da razoável duração do processo, bem como em sujeição ao novíssimo princípio da primazia da decisão de mérito, nada impede - ao contrário, recomenda-se - o julgamento parcial da ação de consignação, com a relativa isenção da obrigação e fixação, nos mesmos autos, ainda que seja necessária a revisão da relação jurídica subjacente, de modo a fixar o saldo devedor que constituir-se-á em título judicial.

- *Tese proposta:*

Dessarte, para os fins dos *arts. 927 e 1.036 a 1.041 do CPC*, propõe-se a adoção da seguinte tese:

Na ação de consignação em pagamento, a insuficiência do depósito não conduz à improcedência do pedido, mas sim à extinção parcial da obrigação, até o montante da importância consignada, acarretando o reconhecimento da sucumbência recíproca, devendo a sentença que concluir pela insuficiência do depósito determinar, sempre que possível, o montante devido que valerá como título executivo, ainda que para tanto seja necessária a revisão de cláusulas contratuais.

- *Julgamento do caso concreto:*

Passa-se à análise do caso concreto discutido no recurso especial, cujos contornos já foram inicialmente delineados, manejado diante de acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, assentando que, “sendo insuficiente a importância depositada, deve o pleito de consignação em pagamento ser julgado improcedente, não havendo que se falar em extinção do vínculo obrigacional, mesmo que parcial” (na fl. 208).

Por sua vez, o recorrente alega, em síntese, que “é perfeitamente cabível a ação de consignação em pagamento, quanto houver litígio sobre o seu objeto” e que, no caso de insuficiência do depósito ofertado, “garante-se o reconhecimento da parcial quitação da dívida, já que o restante do débito pode ser objeto de execução nos próprios autos da ação consignatória, tanto é assim, que essa Corte Superior de Justiça já firmou entendimento no sentido ora pugnado” (na fl. 434).

Assiste-lhe razão, porquanto, nos termos da tese acima consolidada, na ação de consignação em pagamento, a insuficiência do depósito não conduz à improcedência do pedido, mas sim à extinção parcial da obrigação, até o montante da importância consignada, acarretando o reconhecimento da sucumbência recíproca, devendo a sentença que concluir pela insuficiência do depósito determinar, sempre que possível, o montante devido que valerá como título executivo, ainda que para tanto seja necessária a revisão de cláusulas contratuais.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso especial para determinar o retorno dos autos à instância de origem, a fim de que dê continuidade à ação de consignação nos moldes acima enunciados e nos termos do que decidido no REsp 1.176.639/DF.

É o voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Cuida-se de recurso especial interposto por Clayton Vaz Cardoso Cintra Lima, com fundamento na alínea “a” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, visando à reforma de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios que, em julgamento conjunto de ações de consignação em pagamento e revisional de contrato de empréstimo e financiamento para renegociação de quatro outros (fl. 20 dos autos conexos, REsp 1.176.639/DF), negou provimento à apelação do ora recorrente, conforme a seguinte ementa (fl. 198):

Civil. Revisão de contrato e consignatória. Nulidade de cláusulas. Decreto 22.626/33. Inexistência de abusividade dos juros. Tabela *Price*. Legalidade. Medida Provisória 2.170-36 sem aplicabilidade. Capitalização de juros não demonstrada. Alteração unilateral do contrato. Impossibilidade. Prevalência do princípio *pacta sunt servanda*.

1. A pretensão em sugerir a alteração unilateral do contrato, para fazer inserir um reajuste sequer pactuado pelas partes, deve ser indeferida.
2. As disposições do Decreto n. 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional". (Súmula 596 - STF).
3. Desde que livremente pactuados, considera-se lícita a cobrança de juros acima do limite legal, bem como a Emenda Constitucional 40/2003, que revogou o parágrafo 3º do art. 192 da Carta Magna.
4. No que se refere à capitalização de juros, não se desincumbiu o Apelante de fazer qualquer prova de sua ocorrência.
5. A adoção da Tabela *Price*, por suas características, não implica cobrança de juros sobre juros, não esbarrando em qualquer restrição legal.
6. Válida se mostra a cobrança da comissão de permanência, desde que não cumulada com qualquer outro encargo, ou qualquer outra quantia que compense o atraso no pagamento, ou com juros remuneratórios.
7. Não restando comprovados os vícios, as cláusulas financeiras do mútuo pactuado não comportam a intercessão judicial sobre o seu conteúdo e a desconsideração do que ficara pactuado.
8. Sentença mantida. Recursos da Revisional e da Consignatória desprovidos.
Unânime.

Sem a oposição de embargos de declaração, o recorrente apontou no especial (encartado às fls. 172/214 dos autos conexos, o REsp 1.176.639/DF, segundo explicitado na narrativa do Relator) a violação dos arts. 6º, incisos V e VIII, 51, inciso IV, e § 1º, incisos II e III, do Código de Defesa do Consumidor; 335, inciso V, do Código Civil; e 899, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil de 1973, a pretexto de que, de acordo com as Súmulas 121 e 93 do STF e do STJ, respectivamente, a capitalização dos juros é vedada em contratos como o dos autos, por constituir abusividade e onerosidade excessivas.

Pelo mesmo fundamento, repele a conclusão de que não foi demonstrada a aplicação de juros capitalizados já que faz jus à inversão do ônus probatório, diante de ser a parte hipossuficiente na avença, havendo ainda verossimilhança e abrigo em relação de consumo, nos termos da Súmula 297/STJ.

Adiciona que a incidência de juros remuneratórios superiores a 12% (doze por cento) ao ano infringe do mesmo modo o diploma consumerista.

Por fim, sustenta que o depósito deve ser reconhecido como quitação de parcela do débito, a título de valor incontroverso, liberando o devedor na mesma

medida, o que impõe a procedência parcial da consignatória, na esteira da jurisprudência pacífica deste Tribunal, pois ao credor é facultado prosseguir no mesmo feito pela quantia remanescente, merecendo reforma o julgado distrital que julgou improcedente a ação consignatória por insuficiência do depósito apesar de haver excluído a cobrança cumulativa da comissão de permanência com outros encargos da mora.

Não foram apresentadas contrarrazões (cf. certidão de fl. 215).

Datada de 10.11.2008, a decisão de admissibilidade aplicou o óbice da Súmula 7/STJ a todos os temas objeto da ação revisional, porém admitiu pelo rito dos recursos repetitivos apenas quanto ao trecho do especial relativo ao efeito do depósito realizado na ação consignatória (fls. 216/219).

O Ministro Raul Araújo, relator originário, determinou fosse trasladada cópia da “petição inicial do recurso especial”, que foi juntada no TJDFT exclusivamente no processo conexo, o REsp 1.176.639/DF (fls. 256/257).

Às fls. 259/274, ocorreu a juntada apenas da inicial da ação revisional conexa.

Afetação aprovada pela Segunda Seção segundo os termos da Proposta de fls. 276/278.

Providências para instrução do repetitivo tomadas às fls. 280/282, inclusive a suspensão do trâmite de ações assemelhadas.

A Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN (fls. 299/345), admitida como *amicus curiae*, acentuou que a jurisprudência atualmente predominante nesta Corte orienta-se no sentido de a insuficiência do depósito na ação de consignação em pagamento não conduz à improcedência do pedido, mas à extinção parcial da obrigação até o montante da importância consignada. Sustentou, todavia, que a sucumbência não pode ser imposta ao réu, mesmo parcialmente, em virtude do princípio da causalidade, se não demonstrado que o credor recusou o recebimento mediante quitação parcial, concluindo (e-STJ 306-307):

Caso o consignante tenha provocado, por conduta omissiva, uma judicialização desnecessária, deverá ser responsabilizado pelos ônus da sucumbência. O consignado não pode entrar no processo já ciente que deverá arcar com as custas e honorários do consignante pelo simples fato de aceitar o depósito e promover a quitação do débito.

Assim, nos casos de procedência parcial do pedido, só deverá haver a condenação do credor, ainda que atinente apenas ao depósito parcial, na hipótese de o consignado ter se recusado a dar a quitação parcial, dando causa ao ajuizamento da ação. Caso o consignante tiver exigido a quitação total e o depósito vier a ser julgado insuficiente, não há que se falar em causalidade e não caberá qualquer condenação ao credor

Caso contrário, estaria prejudicando ainda mais o credor que já sofreu com a inadimplência do devedor e não deu causa ao ajuizamento da ação. E mais, contribuindo para propagar a inadimplência que já é alarmante no país, causando danos tanto ao Estado (com a propositura da ação consignatória) quanto ao credor/consignado, que esperou para receber o seu crédito.

O Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - BRASILCON (fls. 357/390) defendeu seja assentada a tese de que a insuficiência do depósito não acarreta a improcedência do pedido consignatório, mas a sua procedência parcial, com a extinção parcial da obrigação.

O Banco Central do Brasil (fls. 349/355) manifestou-se no sentido da ausência de interesse para ingressar como *amicus curiae*.

O parecer do Ministério Público Federal é pelo provimento do recurso especial para julgar parcialmente procedente o pedido ajuizado na ação de consignação em pagamento (fls. 442/448).

Com o afastamento do Ministro Relator para o exercício da Corregedoria-Geral da Justiça Federal, o processo foi atribuído ao Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) na data de 3.10.2017.

Em 14.3.2018, o Ministro Relator apresentou voto no sentido do provimento do recurso especial e estabelecimento da seguinte tese:

“Na ação de consignação em pagamento, a insuficiência do depósito não conduz à improcedência do pedido, mas sim à extinção parcial da obrigação, até o montante da importância consignada, acarretando o reconhecimento da sucumbência recíproca, devendo a sentença que concluir pela insuficiência do depósito determinar, sempre que possível, o montante devido que valerá como título executivo, ainda que para tanto seja necessária a revisão de cláusulas contratuais”.

Pedi vista antecipada naquela oportunidade.

Ainda adiciono que o feito conexo (REsp 1.176.639/DF), ao qual ficaram relegadas as questões referentes à revisão do contrato, ainda não foi objeto de decisão até o momento, e que o óbice da Súmula 7/STJ, levantado na decisão de admissibilidade, não foi questionado no agravo nos próprios autos.

II

Assim resumida a matéria, passo a apresentar meu voto vista.

Preliminarmente, assinalo que a análise do especial está condicionada pela aplicação do Enunciado Administrativo 2/STJ, considerando que a publicação do acórdão ocorreu em 14.8.2008, quando em vigor o CPC revogado.

Ainda de início, registro que o contrato foi celebrado em 13.12.2001 (fl. 20 do REsp 1.176.639/DF). Existe previsão de taxa de juros mensal de 3,70% (três, inteiros e setenta centésimos por cento) e anual de 54,54% (cinquenta e quatro inteiros e cinquenta e quatro centésimos por cento).

O autor ajuizou duas ações: ação de revisão contratual e ação de consignação em pagamento.

Por meio da ação de revisão contratual, o autor logrou êxito em modificar apenas a cláusula que permitia a cumulação de comissão de permanência com juros de mora e multa. Os encargos da fase de normalidade contratual não foram alterados, ficando mantida a prestação pactuada.

A ação de consignação foi julgada improcedente, porque oferecida prestação não correspondente ao ajustado no contrato de mútuo, não suficiente para extinguir a obrigação.

As apelações em ambas as ações foram julgadas pelo mesmo acórdão, ora recorrido, que confirmou as duas sentenças.

O recurso especial ora em julgamento diz respeito apenas à ação consignatória.

III

Tenha-se em mente que a presente ação foi distribuída originalmente em 17.11.2003, quando já em vigor o atual Código Civil, publicado em 2002, que assim disciplinou a matéria, nos arts. 334 a 345:

Do Pagamento em Consignação

Art. 334. *Considera-se pagamento, e extingue a obrigação, o depósito judicial ou em estabelecimento bancário da coisa devida, nos casos e forma legais.*

Art. 335. A consignação tem lugar:

I - *se o credor não puder, ou, sem justa causa, recusar receber o pagamento, ou dar quitação na devida forma;*

II - se o credor não for, nem mandar receber a coisa no lugar, tempo e condição devidos;

III - se o credor for incapaz de receber, for desconhecido, declarado ausente, ou residir em lugar incerto ou de acesso perigoso ou difícil;

IV - se ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o objeto do pagamento;

V - se pender litígio sobre o objeto do pagamento.

Art. 336. *Para que a consignação tenha força de pagamento, será mister concorrer, em relação às pessoas, ao objeto, modo e tempo, todos os requisitos sem os quais não é válido o pagamento.*

Art. 337. *O depósito requerer-se-á no lugar do pagamento, cessando, tanto que se efetue, para o depositante, os juros da dívida e os riscos, salvo se for julgado improcedente.*

Art. 338. Enquanto o credor não declarar que aceita o depósito, ou não o impugnar, poderá o devedor requerer o levantamento, pagando as respectivas despesas, e subsistindo a obrigação para todas as conseqüências de direito.

Art. 339. Julgado procedente o depósito, o devedor já não poderá levantá-lo, embora o credor consinta, senão de acordo com os outros devedores e fiadores.

O CPC de 1973 tratou da ação de consignação em pagamento nos seguintes termos, já considerando as alterações introduzidas pela Lei 8.951, de 13.12.1994, que emprestou ao feito o caráter dúplice, proporcionando a formação do título executivo em favor do réu/credor, norma com nítido caráter material:

Da ação de consignação em pagamento

Art. 890. *Nos casos previstos em lei, poderá o devedor ou terceiro requerer, com efeito de pagamento, a consignação da quantia ou da coisa devida.*

§ 1º *Tratando-se de obrigação em dinheiro, poderá o devedor ou terceiro optar pelo depósito da quantia devida, em estabelecimento bancário, oficial onde houver, situado no lugar do pagamento, em conta com correção monetária, cientificando-se o credor por carta com aviso de recepção, assinado o prazo de 10 (dez) dias para a manifestação de recusa. (Incluído pela Lei n. 8.951, de 13.12.1994)*

§ 2º *Decorrido o prazo referido no parágrafo anterior, sem a manifestação de recusa, reputar-se-á o devedor liberado da obrigação, ficando à disposição do credor a quantia depositada. (Incluído pela Lei n. 8.951, de 13.12.1994)*

§ 3º *Ocorrendo a recusa, manifestada por escrito ao estabelecimento bancário, o devedor ou terceiro poderá propor, dentro de 30 (trinta) dias, a ação de consignação, instruindo a inicial com a prova do depósito e da recusa. (Incluído pela Lei n. 8.951, de 13.12.1994)*

§ 4º Não proposta a ação no prazo do parágrafo anterior, ficará sem efeito o depósito, podendo levantá-lo o depositante. (Incluído pela Lei n. 8.951, de 13.12.1994)

Art. 891. *Requerer-se-á a consignação no lugar do pagamento, cessando para o devedor, tanto que se efetue o depósito, os juros e os riscos, salvo se for julgada improcedente.*

Parágrafo único. Quando a coisa devida for corpo que deva ser entregue no lugar em que está, poderá o devedor requerer a consignação no foro em que ela se encontra.

Art. 892. Tratando-se de prestações periódicas, uma vez consignada a primeira, pode o devedor continuar a consignar, no mesmo processo e sem mais formalidades, as que se forem vencendo, desde que os depósitos sejam efetuados até 5 (cinco) dias, contados da data do vencimento.

Art. 893. *O autor, na petição inicial, requererá:* (Redação dada pela Lei n. 8.951, de 13.12.1994)

I - *o depósito da quantia ou da coisa devida, a ser efetivado no prazo de 5 (cinco) dias contados do deferimento, ressalvada a hipótese do § 3º do art. 890;* (Incluído pela Lei n. 8.951, de 13.12.1994)

II - *a citação do réu para levantar o depósito ou oferecer resposta.* (Incluído pela Lei n. 8.951, de 13.12.1994)

(...)

Art. 896. Na contestação, o réu poderá alegar que: (Redação dada pela Lei n. 8.951, de 13.12.1994)

I - *não houve recusa ou mora em receber a quantia ou coisa devida;*

II - *foi justa a recusa;*

III - *o depósito não se efetuou no prazo ou no lugar do pagamento;*

IV - *o depósito não é integral.*

Parágrafo único. No caso do inciso IV, a alegação será admissível se o réu indicar o montante que entende devido. (Incluído pela Lei n. 8.951, de 13.12.1994)

Art. 897. *Não oferecida a contestação, e ocorrentes os efeitos da revelia, o juiz julgará procedente o pedido, declarará extinta a obrigação e condenará o réu nas custas e honorários advocatícios.* (Redação dada pela Lei n. 8.951, de 13.12.1994)

Parágrafo único. *Proceder-se-á do mesmo modo se o credor receber e der quitação.*

(...)

Art. 899. Quando na contestação o réu alegar que o depósito não é integral, é lícito ao autor completá-lo, dentro em 10 (dez) dias, salvo se corresponder a prestação, cujo inadimplemento acarrete a rescisão do contrato.

§ 1º *Alegada a insuficiência do depósito, poderá o réu levantar, desde logo, a quantia ou a coisa depositada, com a conseqüente liberação parcial do autor, prosseguindo o processo quanto à parcela controvertida.* (Incluído pela Lei n. 8.951, de 13.12.1994)

§ 2º *A sentença que concluir pela insuficiência do depósito determinará, sempre que possível, o montante devido, e, neste caso, valerá como título executivo, facultado ao credor promover-lhe a execução nos mesmos autos.* (Incluído pela Lei n. 8.951, de 13.12.1994) (sem destaques no original)

Apenas para efeito comparativo, ressaltado que a redação do CPC de 2015 não inovou significativamente quanto ao tema:

Art. 539. *Nos casos previstos em lei, poderá o devedor ou terceiro requerer, com efeito de pagamento, a consignação da quantia ou da coisa devida.*

§ 1º *Tratando-se de obrigação em dinheiro, poderá o valor ser depositado em estabelecimento bancário, oficial onde houver, situado no lugar do pagamento, cientificando-se o credor por carta com aviso de recebimento, assinado o prazo de 10 (dez) dias para a manifestação de recusa.*

§ 2º *Decorrido o prazo do § 1º, contado do retorno do aviso de recebimento, sem a manifestação de recusa, considerar-se-á o devedor liberado da obrigação, ficando à disposição do credor a quantia depositada.*

§ 3º *Ocorrendo a recusa, manifestada por escrito ao estabelecimento bancário, poderá ser proposta, dentro de 1 (um) mês, a ação de consignação, instruindo-se a inicial com a prova do depósito e da recusa.*

§ 4º *Não proposta a ação no prazo do § 3º, ficará sem efeito o depósito, podendo levá-lo o depositante.*

Art. 540. *Requerer-se-á a consignação no lugar do pagamento, cessando para o devedor, à data do depósito, os juros e os riscos, salvo se a demanda for julgada improcedente.*

Art. 541. *Tratando-se de prestações sucessivas, consignada uma delas, pode o devedor continuar a depositar, no mesmo processo e sem mais formalidades, as que se forem vencendo, desde que o faça em até 5 (cinco) dias contados da data do respectivo vencimento.*

Art. 542. *Na petição inicial, o autor requererá:*

I - o depósito da quantia ou da coisa devida, a ser efetivado no prazo de 5 (cinco) dias contados do deferimento, ressalvada a hipótese do art. 539, § 3º;

II - a citação do réu para levantar o depósito ou oferecer contestação.

Parágrafo único. Não realizado o depósito no prazo do inciso I, o processo será extinto sem resolução do mérito.

(...)

Art. 544. Na contestação, o réu poderá alegar que:

I - não houve recusa ou mora em receber a quantia ou a coisa devida;

II - foi justa a recusa;

III - o depósito não se efetuou no prazo ou no lugar do pagamento;

IV - o depósito não é integral.

Parágrafo único. No caso do inciso IV, a alegação somente será admissível se o réu indicar o montante que entende devido.

Art. 545. *Alegada a insuficiência do depósito, é lícito ao autor completá-lo, em 10 (dez) dias, salvo se corresponder a prestação cujo inadimplemento acarrete a rescisão do contrato.*

§ 1º *No caso do caput, poderá o réu levantar, desde logo, a quantia ou a coisa depositada, com a conseqüente liberação parcial do autor, prossequindo o processo quanto à parcela controvertida.*

§ 2º *A sentença que concluir pela insuficiência do depósito determinará, sempre que possível, o montante devido e valerá como título executivo, facultado ao credor promover-lhe o cumprimento nos mesmos autos, após liquidação, se necessária.*

Art. 546. *Julgado procedente o pedido, o juiz declarará extinta a obrigação e condenará o réu ao pagamento de custas e honorários advocatícios.*

Parágrafo único. *Proceder-se-á do mesmo modo se o credor receber e der quitação.*

Da análise dos dispositivos legais acima, pode-se concluir:

a) das normas substantiva e procedimental, que a consignação de valor monetário é forma de pagamento integral da dívida vencida e que tem por objetivo extinguir a obrigação, ainda que se admita o depósito das parcelas vincendas, ainda não exigíveis (CC, arts. 334 e 336; CPC/73, art. 890);

b) que, em relação ao tema em debate, só tem lugar quando o credor não puder receber ou se recusar, *sem justa causa*, a receber ou dar quitação, ou pender litígio sobre o objeto (CC, art. 335);

c) que devem concorrer os requisitos para a validade do pagamento, como tempo, modo, valor, sujeitos, lugar e acréscimos legais (CC, arts. 336 e 337, CPC/73, arts. 890, § 1º, e 891);

d) que a consignação em estabelecimento bancário (extrajudicial), assim como o ajuizamento do feito judicial, direito de ação que é, constitui faculdade (“poderá”) do devedor (CPC/73, art. 890, § 1º);

e) que cessa para o devedor, sobre a importância depositada, a fluência de juros e os riscos, exceto se for julgada improcedente a consignatória (CPC/73, art. 891);

f) que o réu/credor, se alegar que o pagamento não é integral, deve indicar o montante que entende devido (CPC/73, art. 896, inciso IV e parágrafo único);

g) com a procedência do pedido se dará a declaração de extinção da obrigação;

h) que existe possibilidade de julgamento de improcedência (CPC/1973, art. 891), caso em que o depósito não terá tido o efeito de fazer cessar a mora do devedor.

IV

É certo que o voto apresentado pelo Ministro Relator tem apoio na jurisprudência atual deste Tribunal, inclusive sob a minha relatoria, mas penso que é o momento de uma nova reflexão sobre o tema.

A doutrina de João Roberto Parizatto, lastreada em lições de ilustres juristas, bem explicita o objetivo, os requisitos e os efeitos da ação de consignação em pagamento:

Considera-se pagamento, e extingue a obrigação, o depósito judicial ou em estabelecimento bancário da coisa devida, nos casos e forma legais (novo Código Civil, art. 334). O depósito judicial far-se-á através de ação de consignação em pagamento prevista no art. 890 do Código de Processo Civil e o depósito bancário na forma do parágrafo 1º do art. 890 do dispositivo citado.

(...)

O texto no novo Código Civil prevê que a recusa deve ser por justa causa. Justa causa pode ser conceituada como o motivo que legalmente ou procedentemente justifique determinada coisa.

(...)

Face a inúmeros motivos que podem ensejar a recusa por parte do credor, impossível seria delinear-se quais os casos em que se entenderia a recusa como justa. Silenciando-se, o Código Civil, a tal questão, tem-se que o conceito de justa recusa terá de ser analisado ao arbítrio do juiz, que ao analisar a questão fática e específica do respectivo caso, colocada sobre a sua apreciação, dará seu pronunciamento, entendendo ou não pela justiça da recusa, ficando sua decisão, evidentemente, sujeita à reapreciação pela Superior Instância, em recurso facultativo das partes litigantes.

SILVIO RODRIGUES, Direito Civil, Vol. II. Ed. Saraiva, 1986, p. 195, ensina que:

Quando a recusa do credor encontra justificativa, a ação é julgada improcedente; quando não se esteia em boa razão, como no exemplo acima, a ação é julgada procedente e o depósito equivale a pagamento.

A justa causa, portanto, terá de ser apreciada caso a caso, sem que se possa defini-la de forma geral, merecendo-se uma análise de acordo com as particularidades de cada caso.

(...)

(“Consignação em pagamento”. Edipa, Ouro Fino/São Paulo, 2003, pp. 1/9) (sem sublinhas no original)

Dessa linha, não se desvia Antônio Carlos Marcato:

8.1. *A defesa do inc. I:* se o réu sustentar, em sua contestação, a inoccorrência de recusa ou de mora no recebimento da quantia ou da coisa devida (e sendo a dívida de natureza portátil), é do autor o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito (NCPC, art. 373, I), cabendo-lhe demonstrar ter diligenciado, sem sucesso, o pagamento junto ao credor; tratando-se de dívida quesível, bastará ao autor afirmar que o réu não foi, nem mandou buscar a prestação devida, no tempo, lugar e modo convencionados, competindo ao segundo, neste caso, o ônus de provar que diligenciou o recebimento.

8.2. *A defesa do inc. II:* o réu poderá reconhecer a recusa afirmada na petição inicial, mas fundar sua defesa na justeza de seu comportamento, alegando, por exemplo, a ausência de qualquer dos requisitos do pagamento, à época da oferta da prestação pelo devedor, circunstância que invalidaria aquele ato extintivo da obrigação; apresentada essa sua linha de defesa, será dele o ônus da prova (NCPC, art. 333, I).

(...)

8.4. *A defesa do inciso IV:* o réu poderá alegar, finalmente, a não integralidade do depósito, sob o argumento de que a quantia ou a quantidade de coisas depositadas não corresponde à totalidade da dívida. Adotando essa linha de defesa, compete-lhe indicar o montante de que repute devido, sob pena de ser desconsiderada a sua alegação (NCPC, art. 544, parágrafo único), até porque, vindo a ser rejeitado o pedido consignatório, o juiz condenará o autor-consignante ao pagamento da diferença reclamada pelo credor-réu, mercê da natureza *dúplice*, nesta hipótese, da ação consignatória. *Por outras palavras, sendo a contestação fundada na insuficiência do depósito, a ação de consignação em pagamento assume natureza dúplice e, rejeitado o pedido formulado pelo autor, o juiz o condenará, independentemente da oferta de reconvenção pelo réu, a satisfazer*

o montante devido (a diferença apontada na contestação - art. 544, parágrafo único); e como a sentença conterà carga condenatória, valerá como título executivo judicial (art. 515, I), incidindo, então, o disposto nos arts. 520 e s. do novo Código de Processo Civil.

(...)

9.1. *A não complementação do depósito e suas consequências: examinemos algumas situações relacionadas à não complementação do depósito.*

A - O autor não complementa o depósito, mas o juiz se convence, ao final, da correção e adequação daquele originalmente realizado: deverá acolher o pedido consignatório e declarar extinta a obrigação, arcando o réu com o ônus da sucumbência, pois se revelou injustificada a sua resistência.

B - Reconhecida a insuficiência do depósito, o juiz adotará uma, entre as seguintes providências: (i) se o réu não efetuou o levantamento do depósito, facultado (mas não imposto!) pelo § 1º do art. 545, será rejeitado o pedido consignatório, arcando o autor, com exclusividade, com as consequências decorrentes da sucumbência; e, independentemente de dedução de pedido reconventional pelo réu (mercê da natureza dúplice, neste caso, da ação consignatória), o autor consignante será ainda condenado ao pagamento (ou à entrega) da diferença da quantia (ou da coisa) devida, valendo a sentença como título executivo judicial, a permitir ao credor-réu a sua execução. (...); (ii) se o réu levantou o depósito, as consequências serão idênticas às enunciadas no item anterior, seja porque o levantamento atinge apenas as parcelas incontroversas, não autorizando a conclusão de que, ao levantá-las, ele tenha reconhecido a pertinência e a suficiência de depósito, estará demonstrada a correção da conduta do réu ao recusá-lo, nos moldes em que foi efetivado pelo autor, circunstância suficiente, por si só, a ensejar a rejeição do pedido consignatório.

(“Novo Código de Processo Civil”, vol. I, Saraiva, São Paulo, 2016, pp. 79/82)

A impossibilidade de fracionar o pagamento, que deve ocorrer de forma integral, ou ainda impor o recebimento de forma diversa da ajustada na obrigação assumida, também encontra eco em precedentes desta Corte:

Processual Civil. Negativa de prestação jurisdicional não configurada. Taxa *Selic*. Fundamento inatacado. Súmula 283/STF. **Ação de consignação em pagamento. Natureza e finalidade. Utilização para obter provimento de caráter constitutivo, modificativo do prazo da obrigação. Impossibilidade.** Tributário. Confissão da dívida. Parcelamento do débito. Denúncia espontânea não configurada. Exclusão da multa moratória. Impossibilidade.

1. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. Não pode ser conhecido o recurso especial que não ataca fundamento que, por si só, é apto a sustentar o juízo emitido pelo acórdão recorrido. Aplicação analógica da Súmula 283/STF.

3. O depósito em consignação é modo de extinção da obrigação, com força de pagamento, e a correspondente ação consignatória tem por finalidade ver atendido o direito – material – do devedor de liberar-se da obrigação e de obter quitação. Trata-se de ação eminentemente declaratória: declara-se que o depósito oferecido liberou o autor da respectiva obrigação.

4. Sendo a intenção do devedor, no caso concreto, não é a de pagar o tributo, no montante que entende devido, mas, sim, a de obter moratória, por meio de parcelamento em 120 meses, é inviável a utilização da via consignatória, que não se presta à obtenção de provimento constitutivo, modificador de um dos elementos conformadores da obrigação (prazo). Precedentes: AgRg no Ag 724.727/RS, Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 23.05.2006, DJ 08.06.2006; REsp 750.593/RS, Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 30.05.2006.

5. Firmou-se na 1ª Seção o entendimento no sentido de que a simples confissão de dívida, seguida de pedido de parcelamento, não caracteriza a denúncia espontânea prevista no art. 138 do CTN. Precedentes: AgRg no REsp 683453/RS, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 20.06.2005; REsp 724227/PR, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 20.06.2005.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. (sem negrito no original)

(Primeira Turma, REsp 886.757/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, unânime, DJU de 26.3.2007)

Recurso especial. Ação de consignação em pagamento. Alegação de violação aos artigos 334 e 335, I do novo Código Civil; 535 e 890 do CPC e dissídio pretoriano. **Pretensão de depositar dinheiro no lugar de coisa devida: sacas de soja. Impossibilidade.** Recurso especial não provido.

1. Não há violação ao artigo 535, II do CPC quando o acórdão examinou as questões controvertidas na lide, expondo os fundamentos que o levaram às conclusões assumidas.

2. A consignação em pagamento visa exonerar o devedor de sua obrigação, mediante o depósito da quantia ou da coisa devida, e só poderá ter força de pagamento se concorrerem “em relação às pessoas, ao objeto, modo e tempo, todos os requisitos sem os quais não é válido o pagamento” (artigo 336 do NCC).

3. Celebrado contrato entre as partes para a entrega de 372 sacas de soja de 60kg, a US\$9,00 cada uma, sem estipulação de outra forma alternativa de cumprimento dessa obrigação, não é possível o uso da ação de consignação

em pagamento para depósito em dinheiro daquilo que o devedor entende devido.

4. A consignação exige que o depósito judicial compreenda o mesmo objeto que seria preciso prestar, para que o pagamento possa extinguir a obrigação, pois “o credor não é obrigado a receber a prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa” (art. 313 do NCC)

5. Recurso especial não-provido. (sem negritos no original)

(Quarta Turma, REsp 1.194.264/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, unânime, DJe de 4.3.2011)

Agravo regimental no recurso especial. Ação de consignação em pagamento improcedente. **Valor depositado insuficiente. Pagamento de dívida como terceiro interessado. Necessidade de depósito integral compreendendo prestação devida, juros, correção e eventuais despesas.**

1. “A teor da jurisprudência desta Corte, aliás, fundamentada no caráter *propter rem* das quotas condominiais, uma vez transferido o imóvel, a ação de cobrança dos encargos a ele correspondentes pode ser proposta tanto contra o proprietário como contra o promissário comprador, pois o interesse prevalente é o da coletividade de receber os recursos para pagamento de despesas indispensáveis e inadiáveis, podendo o credor escolher, entre aqueles que tenham uma relação jurídica vinculada ao imóvel, ou seja, a responsabilidade pelas quotas deve ser aferida de acordo com as circunstâncias do caso concreto”. (REsp n. 771.610/SP, relator Ministro Jorge Scartezini, 4ª Turma, unânime, DJ 13.3.2006)

2. **“A consignação em pagamento visa exonerar o devedor de sua obrigação, mediante o depósito da quantia ou da coisa devida, e só poderá ter força de pagamento se concorrerem ‘em relação às pessoas, ao objeto, modo e tempo, todos os requisitos sem os quais não é válido o pagamento’ (artigo 336 do NCC)”**. (REsp 1.194.264/PR, relator Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, unânime, DJe 4.3.2011)

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (sem negrito no original)

(Quarta Turma, AgRg no REsp 947.460/RS, minha relatoria, unânime, DJe de 10.4.2012)

Outra particularidade decisiva é a identificação da mora do credor.

O sistema jurídico brasileiro não prevê a simultaneidade de mora, podendo ela estar ausente ou presente em momentos disjuntos, conforme o momento e as atitudes das partes contratantes, porém nunca ao mesmo tempo ocorrendo em prejuízo do consignante e do consignado.

Andrea Zanetti e Fernanda Tartuce fazem as seguintes observações a respeito da questão:

Na mora accipidendi temos, portanto, os seguintes elementos: a oferta da prestação pelo devedor em tempo, modo e lugar ajustados e recusa injustificada do credor. A recusa injustificada, como anota Agostinho Alvim, é o momento em que se inicia a mora do credor e seus efeitos.

(...)

Já a qualidade de “injustificada” ou “desmotivada” que pauta a recusa considera: a) a ausência de amparo na lei; b) a ausência de fundamento no contrato; c) a falta de relação direta com a obrigação; d) a reação desproporcional e desarrazoada, considerando a extensão e efeitos do descumprimento do devedor; esta última hipótese foi construída em sede jurisprudencial.

(...)

O momento da caracterização da mora do credor é importante pelos efeitos que acarreta na relação obrigacional - sobretudo nos contratos. Assim temos: (a) a exclusão da mora do devedor, já que não há mora concomitante em nosso sistema; (b) a atenuação da responsabilidade do devedor, sendo os riscos da guarda e conservação da coisa atribuídos ao credor - salvo dolo do devedor; (...) (sem negrito no original)

“A demanda consignatória e a mora do credor: compreensão tradicional e avanços jurisprudenciais” in “25 anos do Código de Defesa do Consumidor: panorama atual e perspectivas futuras”, Angélica Arruda Alvim *et al.*, coord., GZ ed., Rio de Janeiro, 2017, pp. 600/601)

Assim também entende André Luís Monteiro:

Conforme já esclarecido no item precedente, o devedor detém o direito de se exonerar da obrigação por meio da consignação em pagamento, sendo certo que, na maioria dos casos, o exercício desse direito, como de qualquer outro direito, é uma faculdade, muitas vezes inspirada, como acontece nesse caso, pela cautela. E isso ocorre porque não há simultaneidade de moras, razão pela qual quando estiver caracterizada a mora do credor, inevitavelmente o devedor não estará em mora ou, ao menos, não estará mais em mora. Não havendo mora de sua parte, o devedor pode exercer ou não o direito de consignar, sem que a sua omissão possa lhe trazer qualquer prejuízo. É por isso que se diz, nesses casos, que se trata de faculdade. Conforme bem sintetiza Pontes de Miranda, “não há dever de consignar”.

“Ação de consignação em pagamento, depósito insuficiente e resultado do processo: uma reflexão a respeito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”, Revista Forense, Forense ed., vol. 415, jan.-jun./2012, pp. 31/32)

V

Considero que a jurisprudência predominante do STJ, acerca da procedência parcial da ação em caso de depósito insuficiente, não é, data maxima vênia, compatível com o princípio de direito civil de que não há mora simultânea, e nem a com disciplina processual da ação consignatória, a qual determina, como pressuposto para o exame do mérito, o depósito inicial da integralidade da dívida vencida, com o fito de extinção da obrigação.

Os diversos julgados que representam o atual entendimento desta Corte, fundamento do voto do eminente relator, na prática, suprimem a hipótese legal de improcedência do feito, ao arrepio do art. 891 do CPC/1973.

Com efeito, não havendo depósito, a sentença será de extinção do processo sem exame do mérito (CPC 2015, art. 542, parágrafo único). Havendo depósito insuficiente, terá sido justa a recusa do credor, que não pode ser obrigado a receber em parte a prestação, se tal não foi convencionado, e, portanto, o resultado coerente com o ordenamento jurídico será a improcedência e não a procedência parcial do pedido.

A aceitação de qualquer depósito, de qualquer valor, como hipótese de procedência parcial do pedido, privaria de efeito a regra legal segundo a qual cessa para o devedor “tanto que se efetue o depósito, os juros e os riscos, salvo se for julgada improcedente” a consignação (CPC/73, art. 891, CPC/2015, art. 540); isso porque a ação seria sempre julgada parcialmente procedente, mesmo que manifestamente insuficiente o depósito para extinguir a obrigação, mesmo que justificada a recusa do credor, tendo o autor inadimplente dado causa ao ajuizamento da ação.

A interpretação corrente dos dispositivos legais em vigor é alvo de críticas pertinentes no estudo publicado por André Luís Monteiro, do qual extraio as seguintes passagens:

Neste singelo trabalho, cumpre analisar especialmente a defesa apresentada pelo credor fundada na insuficiência do depósito, cujo fundamento legal se encontra no art. 896, inc. IV, do Código de Processo Civil de 1973 (correspondente ao art. 529, inc. IV, do Projeto de Novo Código de Processo Civil aprovado no Senado Federal). O parágrafo único do referido dispositivo de lei atribui ao credor que baseia sua defesa na insuficiência do depósito o ônus de demonstrar qual o montante que entende devido, pois, segundo a dicção legal, “a alegação será admissível se o réu indicar o montante que entende devido”. Alegada a insuficiência do depósito pelo credor e demonstrado na contestação qual o valor correto, abrem-se duas principais

possibilidades ao devedor: (i) complementar o depósito até o montante demonstrado pelo credor na contestação ou (ii) insistir no valor consignado inicialmente.

A respeito da primeira hipótese, o art. 899 do diploma processual civil de 1973, com redação semelhante àquela prevista no art. 530 do PL n. 8.046/10, dispõe que “quando na contestação o réu alegar que o depósito não é integral, e lícito ao autor completá-lo, dentro em 10 (dez) dias, salvo se corresponder a prestação, cujo inadimplemento acarrete a rescisão do contrato. A complementação do depósito por parte do devedor cria uma situação processual peculiar, pois é como se o autor reconhecesse o direito do réu - situação inversa ao mais conhecido “reconhecimento jurídico do pedido” (art. 269, inc. II), feito pelo réu em relação ao pedido do autor -, o que cria embaraços no resultado do processo. Afinal, nessa hipótese, a sentença deve ser de improcedência, de procedência ou terminativa?

Segundo Pontes de Miranda, nesse caso, “há elemento para a sentença do juiz favorável ao réu”. Adroaldo Furtado Fabrício, se referindo a um peculiar “reconhecimento da contestação”, considera que “a sentença é do gênero das tratadas no art. 269, mas em nenhum dos seus incisos o caso se pode enquadrar”. Já Alexandre Freitas Câmara defende que nesse caso “o juiz proferirá sentença, julgando procedente o pedido, para o fim de declarar que o depósito (com o complemento) pôs fim à relação obrigacional”. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, já teve oportunidade de decidir, conforme consta do voto da Ministra Eliana Calmon, que “se o réu contesta a ação, alegando insuficiência do depósito, ao autor é facultado, no prazo de dez dias, complementar o depósito (art. 899, *caput*, do CPC). Nesta hipótese, a ação deve ser julgada improcedente”. A questão, como se vê, não comporta solução fácil.

Caso o devedor pretenda insistir no valor depositado inicialmente, o juiz deverá apurar, na instrução probatória, se a quantia consignada seria suficiente ao pagamento regular ou não e, a partir disso, decidir pela procedência ou improcedência do pedido consignatório. Destaque-se que, nesse último caso, conforme a dicção do § 2º do art. 899 do Código de Processo Civil de 1973, em redação semelhante a do Projeto de Novo Código de Processo Civil aprovado no Senado Federal, “a sentença que concluir pela insuficiência do depósito determinará, sempre que possível, o montante devido, e, neste caso, valerá como título executivo, facultado ao credor promover-lhe a execução nos mesmos autos”. O tema da insuficiência do depósito será mais bem examinado nos próximos itens, após o exame da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito.

(ob. cit, pp. 41/43)

Feito o histórico a que se referiu o autor, com análise da jurisprudência desta Corte que partilha do entendimento de que o depósito insuficiente conduz à improcedência dos pedidos na consignatória, julgados que serão transcritos adiante, prosseguiu ele desenvolvendo o tema:

No que diz respeito à sentença de improcedência, o ato decisório pode portar apenas conteúdo declaratório negativo, como ocorre com a normalidade das sentenças de improcedência, ou, no caso de discussão quanto à insuficiência do depósito, pode conter também conteúdo condenatório. Antonio Carlos Marcato, no que tange a esse último aspecto, adverte que “não se perca de vista, porém, a situação prevista no último parágrafo do art. 899 do CPC (condenação do autor ao pagamento da diferença do depósito), quando então a sentença também terá carga condenatória, tanto que valerá como título executivo-judicial (CPC, art. 584, inc. I). No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “há apenas uma hipótese em que a lei processual atribui à sentença proferida na ação de consignação força executiva: quando o Juiz conclui que o depósito é insuficiente, determinando a complementação, na forma do § 2º do art. 899 do Código de Processo Civil”.

(...)

4. Fundamentos pelos quais a insuficiência do depósito deve levar a improcedência do pedido na ação consignatória

4.1. O credor não é obrigado a receber em termos diversos do que foi contratado

Arruda Alvim leciona que “o que se vai discutir a respeito do que se vai decidir na consignação em pagamento, é se a recusa, por parte do credor, foi ou não justa”. O que importa, pois, na ação de consignação em pagamento é (i) verificar o acerto da conduta do credor em recusar o recebimento da prestação ou (ii) averiguar a eventual impossibilidade alegada pelo devedor de identificar o credor. No que tange à primeira hipótese, que é a pertinente na presente questão, pode-se dizer que saber se a recusa do credor em receber é justa ou injusta é questão que somente pode ser solucionada com olhos nas obrigações convencionadas pelas partes e, em algumas situações, nos deveres legalmente impostos. *Como a consignação em pagamento é modalidade de extinção das obrigações que equivale, por disposição de lei, ao pagamento, a recusa do credor que se avalia na consignação é a mesma que se avaliaria por ocasião do pagamento.*

Assim sendo, é preciso recorrer à basilar regra de direito civil no sentido de que o credor não é obrigado a receber em termos diversos do que foi contratado, ainda que a coisa oferecida ostente maior valor (objeto do pagamento), ainda que o lugar lhe pareça mais favorável (lugar do pagamento), ainda que se pretenda adiantar o termo para o cumprimento da obrigação (tempo do pagamento). O Código Civil de 2002 traz essa regra expressa no art. 313, segundo o qual “o credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa”. (...) É o chamado princípio da exatidão do dever de prestar, universalmente e desde sempre aceito no âmbito do Direito das Obrigações.

Especificamente no que tange às prestações de objeto divisível, como são as prestações pecuniárias, o art. 314 do Código Civil de 2002 mantém a mesma regra, razão pela qual “ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim

não se ajustou". (...) A esse respeito, Judith Martins-Costa é expressa ao ensinar que "o credor não está obrigado a receber uma prestação parcial, podendo exigir que o devedor cumpra por inteiro o que é devido".

Em perfeita consonância com a regulamentação legal do pagamento, a própria disciplina da consignação no estatuto civil brasileiro, como não poderia deixar de ser, possui regra expressa, no art. 336, segundo o qual "para que a consignação tenha força de pagamento, será mister concorrerem, em relação às pessoas, ao objeto, modo e tempo, todos os requisitos sem os quais não é válido o pagamento".

(...)

Em resumo, como o credor não é obrigado a receber em termos diversos do contratado e como a consignação equivale ao pagamento, a inferência lógica e tecnicamente correta, é que na consignação em pagamento o depósito deve ser feito no valor exato que serviria ao pronto pagamento, sob pena de legitimar a recusa do credor e caracterizar a mora do devedor. Pagamento parcial não é pagamento; depósito parcial na consignação não equivale a pagamento; nesses casos, a recusa do credor em receber é inteiramente correta e deve ser prestigiada pelo direito. Eventual decisão em sentido contrário viola direta e expressamente os arts 313, 314 e 336 do Código Civil de 2002, razão pela qual se torna possível o seu controle por meio de recurso especial.

(...)

Observe-se que quando o devedor está em mora, a conseqüência automática é a fluência dos juros moratórios, a incidência de correção monetária nos parâmetros legais, a aplicação das penas eventualmente convencionadas e a assunção dos riscos inerentes à coisa. Quando o devedor cumpre, integralmente, a obrigação contratada, cessam todos esses efeitos na data do pagamento, o que também acontece na consignação em pagamento a partir da data do depósito, desde que, ao final, o pedido seja julgado procedente. Nesse sentido, dispõe o art. 337 do Código Civil de 2002, segundo o qual "o depósito requerer-se-á no lugar do pagamento, cessando, tanto que se efetue, para o depositante, os juros da dívida e os riscos, salvo se for julgado improcedente". Da mesma forma, o Código de Processo Civil, em seu art. 891, prevê que "requerer-se-á a consignação no lugar do pagamento, cessando para o devedor, tanto que se efetue o depósito, os juros e os riscos, salvo se for julgada improcedente".

É importante ressaltar que na ação de consignação em pagamento fundada em dívida quanto ao quantum debeatur, o julgamento de improcedência do pedido faz com que todos os efeitos da mora se produzam em relação ao devedor, inclusive no que diz respeito à parcela consignada. Exatamente nesse sentido, Pontes de Miranda explica, com razão, que "se o devedor deposita parte e o credor recusa o depósito, não se dá mora do credor, e o devedor fica em mora pelo todo, inclusive quanto à parte depositada". Em conseqüência, nesses casos, reconhecida a insuficiência da quantia oferecida a depósito, a quitação integral somente será obtida quando o devedor (i)

efetuar o pagamento da parcela restante, (ii) efetuar o pagamento do valor relativo à correção monetária e aos juros moratórios da parcela restante, bem como (iii) efetuar o pagamento do valor relativo aos consectários legais da parcela consignada.

O depósito faz cessar para o devedor os efeitos da mora, inclusive a fluência de juros de mora, salvo se a demanda for julgada improcedente.

Sendo julgada improcedente em razão da insuficiência do depósito, são restaurados os efeitos da mora, inclusive no que diz respeito à parcela consignada, conforme a lição de Pontes de Miranda acima lembrada.

Sendo a conta de depósito sujeita à remuneração, naturalmente o complemento a ser exigido do devedor em função da fluência da mora haverá de ser, no tocante à parcela consignada, apenas eventual diferença entre os encargos da mora previstos no contrato e a remuneração creditada pelo estabelecimento onde feito o depósito, sob pena de enriquecimento ilícito do credor.

Prossigo com a transcrição do esclarecedor trabalho de André Luís Monteiro, no ponto em que analisa a distorção da regra do art. 891 do CPC/73 (correspondente ao art. 540 do CPC vigente):

Há enorme distorção dessa regra quando a sentença reconhece a insuficiência do depósito e, mesmo assim, julga parcial procedente o pedido do devedor, outorgando-lhe liberação parcial da dívida. A distorção ocorre, nesse caso, porque o devedor, apesar de não ter consignado o valor que serviria ao pronto pagamento, obtém a exclusão dos acréscimos legais em relação à parcela depositada em juízo. Isso equivale a conceder ao devedor um parcelamento da dívida, pois somente assim é que seria possível o pagamento em duas parcelas sem a fluência de juros moratórios e a incidência de correção monetária. Ocorre, porém, que esse parcelamento não foi ajustado entre as partes e, mais do que isso, a promessa de pagamento à vista ou no prazo acordado entre as partes pode ter sido justamente o fator determinante na celebração do contrato com este e não com qualquer outro devedor.

Dessa forma, salvo na hipótese de convenção das partes nesse sentido ou de mera liberalidade do credor, o parcelamento não pode ser imposto judicialmente. Em outras palavras, nem o devedor e nem o Estado-Juiz podem impor ao credor parcelamento não convenionado no contrato, o que configuraria, nesse último caso, indevida intervenção estatal na economia privada, passível de macular a atuação estatal de inconstitucionalidade. Isso porque a Constituição da República garante a liberdade das partes no *caput* do art. 5º do seu texto - o que, na seara contratual, vai se revelar na autonomia privada -, bem como garante a livre iniciativa dos particulares no *caput* do art. 170 e, ainda, proíbe a interferência direta do Estado na atividade econômica a não ser em hipóteses excepcionais previstas em lei, tal como consta do *caput* do art. 173.

Em suma, julgar procedente em parte o pedido na ação de consignação em pagamento em razão do depósito insuficiente significa impor ao credor parcelamento não convencionado entre as partes, o que tecnicamente nos parece bastante incorreto. Eventual decisão nesse sentido viola direta e expressamente o art. 337 do Código Civil de 2002 e o art. 891 do Código de Processo Civil, razão pela qual se torna possível o seu controle por meio de recurso especial. Além disso, o parcelamento imposto por decisão judicial importa em indevida interferência do Estado na economia dos contratos e inquina a decisão de manifesta inconstitucionalidade, passível de controle na via do recurso extraordinário por ofensa ao art. 5º, *caput*, ao art. 170, *caput*, e ao art. 173, *caput*, todos da Constituição da República.

Em seguida, André Luís Monteiro, invocando as lições de Sérgio Bermudes, Adroaldo Furtado Fabrício, Luiz Rodrigues Wambier, Flavio Renato Correia de Almeida, Eduardo Talami e Antonio Carlos Marcato, trata da possibilidade de liberação parcial do autor, com o levantamento pelo credor da parte incontroversa consignada, esclarecendo porque tal circunstância não implica a procedência parcial do pedido:

4.3. A redação dos §§ 1º e 2º do art. 899 do Código de Processo Civil de 1973 não significa que o pedido do autor deva ser julgado parcialmente procedente no caso de insuficiência do depósito.

Conforme se observou das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, o entendimento segundo o qual a insuficiência do depósito levaria à prolação de sentença de parcial procedência está embasado, principalmente, na interpretação dos §§ 1º e 2º do art. 899 do estatuto processual civil da década de 1970, acrescidos pela Lei n 8.951/94. O primeiro dispositivo dispõe que “alegada a insuficiência do depósito, poderá o réu levantar, desde logo, a quantia ou a coisa depositada, com a conseqüente liberação parcial do autor, prosseguindo o processo quanto à parcela controvertida”, sendo certo que o segundo dispositivo prevê que “a sentença que concluir pela insuficiência do depósito determinará, sempre que possível, o montante devido, e, neste caso, valerá como título executivo, facultado ao credor promover-lhe a execução nos mesmos autos”.

Partindo da letra da lei, em alguns acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, se tem entendido que “a insuficiência do depósito autoriza a liberação parcial do devedor e permite ao credor levantar o numerário oferecido”, razão pela qual isso “transforma a ação consignatória na via mais adequada para a definição dos créditos”, bem como que “culmina por entregar ao credor um título executivo e permite que, sem novo processo, obtenha a sua execução”. Em conclusão, consoante consta nessas decisões, “a ação consignatória é em parte procedente, naquilo em que o depósito serviu para a liberação parcial do devedor, em parte improcedente, quanto ao débito que remanesce e ficou reconhecido na sentença”. Com o devido respeito às opiniões

em contrário, essa, além de tudo o quanto já se disse, não parece ser a melhor interpretação.

Segundo nos parece, quando o § 1º do art. 899 aduz que “poderá o réu levantar, desde logo, a quantia ou a coisa depositada, com a conseqüente liberação parcial do autor”, o dispositivo quer operar efeitos no plano material, no sentido de que aquele valor levantado, e somente e exatamente aquele valor levantado, não poderá ser posteriormente perseguido em execução pelo credor, sob pena de configuração de enriquecimento sem causa de sua parte. É óbvio que o levantamento da quantia depositada importa em quitação dentro do processo, mas isso em nada afeta a insuficiência do depósito, a justeza da recusa do credor e a impossibilidade de prolação de sentença que reconheça algum efeito de pagamento àquela quantia não integral anteriormente oferecida.

Em outras palavras, a liberação do devedor, de que fala o dispositivo, é apenas um limite a que em execução não se pretenda cobra-lá novamente. Essa liberação parcial, realizada dentro do processo, não transforma uma recusa justa em recusa injusta, razão pela qual não pode afetar o resultado do processo, cujo ponto nodal é justamente esse. Essa liberação parcial, realizada depois do surgimento da lide, não cria a inexistente figura da recusa parcialmente justa ou da recusa parcialmente injusta, conforme se teria de entender, por razões lógicas, caso se decidisse pela procedência parcial do pedido na ação consignatória. Enfim, o § 1º do art. 899 do diploma processual civil não autoriza o juiz a prolatar sentença de parcial procedência no caso de depósito insuficiente.

No que diz respeito ao § 2º do art. 899, segundo o qual “a sentença que concluir pela insuficiência do depósito determinará, sempre que possível, o montante devido, e, neste caso, valerá como título executivo, facultado ao credor promover-lhe a execução nos mesmos autos”, também ele não serve de fundamento para justificar a procedência parcial do pedido na ação de consignação em pagamento diante de depósito insuficiente. O dispositivo apenas quer significar que, possível a identificação da quantia restante, o juiz deve determiná-la de maneira a permitir a execução do *decisum* nessa parte, sem que fosse necessário submeter a sentença à liquidação ou, pior ainda, sem que fosse necessário submeter o credor ao ônus de ingressar com nova ação, desta vez de conteúdo condenatório. Ressalte-se, ademais, que o julgamento de improcedência do pedido em nada obstará o reconhecimento do valor remanescente e a sua execução nos mesmos autos pelo credor.

Em razão do exposto, *consideramos que a insuficiência do depósito na ação de consignação em pagamento, mesmo após a edição da Lei n. 8.951/94, gera a improcedência do pedido, pois, no final das contas, significa o reconhecimento de que a recusa do credor em receber foi justa. E, conforme leciona Arruda Alvim, “se foi justa, e, conseqüentemente, se por esta razão não se puder falar em mora accipiendi deste (ou seja, o credor deixou de receber o que lhe foi ofertado, como pagamento, justificadamente ou com razão), disso se deve seguir que a ação de consignação*

em pagamento não deve prosperar. Observe-se, ademais, que o entendimento pela parcial procedência no caso de depósito insuficiente significa que nunca haverá prolação de sentença de improcedência na ação consignatória, pois o devedor sempre haverá de depositar algo, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito. Não nos parece ter sido essa a intenção do legislador ao reformar o diploma processual.

Tratando da matéria após a vigência da referida lei, Sérgio Bermudes, com inteira razão, leciona que “a sentença que concluir pela insuficiência do depósito, seja porque a quantia depositada ficou aquém da devida, seja porque a coisa oferecida não bastava para configurar a prestação, julgará improcedente o pedido, mesmo que o réu haja procedido ao levantamento previsto no § 1º. O autor continua esclarecendo que “a improcedência decorre do fato de que o pedido da consignatória é de extinção da obrigação, que não se pode considerar cumprida senão mediante a integral prestação correspondente”. Também assim, Adroaldo Furtado Fabrício, fazendo menção a especificação do valor da diferença na sentença, aduz que “estabelecendo-o ou não estará *ipso facto* condenando o autor da consignatória ao pagamento da diferença, além de proclamar a improcedência da consignatória”.

Adotando o mesmo entendimento, Luiz Rodrigues Wambier, Flavio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini lecionam que “concluindo-se que, efetivamente, o depósito foi insuficiente (ou seja, o réu tinha razão), a sentença não mais apenas julgará improcedente a consignação, mas, sempre que possível, determinará qual o montante devido, que valerá como título executivo, estando o réu autorizado, no mesmo processo, a executar a parcela não levantada, e reconhecida como devida na sentença”. E ainda nesse mesmo sentido, Antonio Carlos Marcato esclarece que “uma vez reconhecida judicialmente a sua não integralidade, estará demonstrada a correção da conduta do réu ao recusá-lo, nos moldes em que foi efetivado pelo autor, circunstância suficiente, por si só, para ensejar a rejeição do pedido consignatório”.

Diante do exposto, eventual decisão que, a pretexto de interpretar os §§ 1º e 2º do art. 899 do Código de Processo Civil de 1973, venha a entender que a insuficiência do depósito na ação de consignação em pagamento leva à parcial procedência do pedido, estará, na verdade, violando os mencionados dispositivos de lei, razão pela qual será possível o controle da decisão judicial por meio de recurso especial, bastando que se prequestionem as matérias nas instâncias ordinárias”.

(ob. cit. pp. 44/58)

No minucioso estudo transcrito foram mencionados precedentes do STJ, que corroboram com parte dos pontos versados, incluídos alguns dos a seguir citados:

Processual Civil. Ação de consignação em pagamento. Contestação intempestiva. Efeitos da revelia não incidentes. Art. 897, do CPC, com a redação dada pela Lei n. 8.951/94. Relativização dos efeitos da revelia. Consignatória improcedente. Conversão em renda em favor do consignado. Art. (...)

899, § 1º, do CPC. Manutenção do aresto recorrido.

2. *“Na ação de consignação em pagamento, quando decretada a revelia, não será compulsória a procedência do pedido se os elementos probatórios constantes nos autos conduzirem à conclusão diversa ou não forem suficientes para formar o convencimento do juiz (...).”* (REsp 769.468/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 29/11/2005, DJ 06/03/2006 p. 386)

3. A reforma do Código de Processo Civil engendrada em 1994 introduziu o § 1º no art. 899, possibilitando o levantamento, pelo consignado, das quantias depositadas, quando alegada em contestação a insuficiência do depósito. Trata-se de faculdade do credor, independentemente de concordância por parte do consignante.

4. **“A lei inovou corajosamente na disciplina da ação de consignação em pagamento, também para autorizar ao réu o levantamento imediato do valor depositado. Diz que o processo prosseguirá ‘quanto à parcela controvertida’, o que significa que prosseguirá para converter em integral essa parcial exoneração obtida pelo autor quando feito o levantamento (art. 899, § 1º) ou para condená-lo a pagar a diferença que houver. Essa valiosíssima inovação inclui-se no contexto de um processo que não é mais encarado unilateralmente como arma de um dos litigantes contra o outro, mas como instrumento para dar tutela a quem tiver direito. Se o réu-credor nada alega além de insuficiência do crédito, a única divergência possível entre ele e o autor é sobre se o crédito se reduz àquilo que foi depositado ou se é maior. No mínimo, ele terá direito ao valor do depósito. (Cândido Rangel Dinamarco, in “A Reforma do Código de Processo Civil”. São Paulo, Malheiros, 5ª ed., p. 275/276).**

5. Revela-se ilícito ao devedor valer-se de consignação em pagamento, ação de efeitos meramente declaratórios, após reconhecida a improcedência do pedido pretender levantar a quantia que ele próprio afirmara dever.

6. Julgado improcedente o pedido consignatório, convertida em favor do demandado a quantia incontroversa, a quitação parcial produzirá os seus efeitos no plano do direito material, e, sob o ângulo processual, impedirá a repositura pelo todo, admitindo a acionabilidade pelo resíduo não convertido.

7. Raciocínio inverso infirmaria a *ratio essendi* do § 1º do art. 899 do CPC, fundado em razão de Justiça, equidade e economia processual, no sentido de que visa preservar o direito daquele que realmente o possui. (Precedentes: REsp 472.389/MG, Rel. Ministro Castro Meira, DJ de

01/04/2008; REsp 886.823/DF, Rel. Ministro Ari Pargendler, DJ de 25/06/2007; REsp 568.552/GO, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ de 28/03/2005; REsp 515.976/GO, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 17/12/2004; REsp 659.779/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 27/09/2004; REsp 90.166/RS, Rel. Ministro. Francisco Peçanha Martins, DJ de 18/11/1996; REsp 27.949/RJ, Rel. Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira, DJ de 16/10/1995).

8. Recurso especial desprovido. (sem negrito no original)

(Primeira Turma, REsp 984.897/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, unânime, DJe de 2.12.2009)

Processo Civil. SFH. Consignatória em pagamento. Insuficiência do depósito. Improcedência da ação.

I - A ação consignatória em pagamento é manejada pelo devedor buscando obter um pronunciamento, ao final do processo, no sentido de que a dívida em discussão está quitada. O sujeito passivo da obrigação propõe essa ação quando em um dado momento da execução do contrato diverge do credor acerca do *quantum* da prestação devida, recusando-se este a receber o que o devedor entende devido como quitação total.

II - Com as inovações introduzidas na legislação processual, no âmbito do procedimento da consignatória, passou-se a permitir que o credor levante a parcela incontroversa da dívida, devendo a sentença que concluir pela insuficiência do depósito fixar, quando possível, o montante devido, valendo como título executivo (art. 899, §§ 1º e 2º, do CPC).

III - Cria-se uma imprecisão técnica proferir uma decisão, a pretexto de se aplicarem as novidades citadas, julgando procedente em parte o pedido da consignatória e ao mesmo tempo declarando insatisfatório o depósito efetuado pelo autor, porquanto o propósito dessa espécie de demanda é justamente a quitação total da prestação.

IV - Não demonstrada a suficiência do depósito efetuado pelo autor na ação consignatória em pagamento, imperioso é o julgamento improcedente do pedido. Precedente: REsp n. 389.308/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 12/05/03.

V - Tal posição não gera nenhuma incongruência com os novos parágrafos do art. 899 do CPC, haja vista que, entendendo pela insuficiência do depósito, o juiz deve julgar improcedente o pleito, não havendo óbice para que também reconheça a quitação parcial da dívida e, ainda, fixe o montante devido, que servirá de título executivo para o credor.

VI - Recurso especial provido. (sem negrito no original)

(Primeira Turma, REsp 674.973/SC, Rel. Ministro Francisco Falcão, unânime, DJU de 19.12.2005)

Ação de consignação em pagamento. Insuficiência do depósito. Julgamento de improcedência. Art. 899, § 2º, do Código de Processo Civil.

1. Comprovado pelo Juiz que os depósitos feitos foram insuficientes, ainda que considerados os cálculos apresentados pelos próprios autores, o resultado é de improcedência da consignatória, não havendo motivo algum para determinar a aplicação do art. 899, § 2º, do Código de Processo Civil, levando-se em conta ser do interesse do credor a identificação do montante devido para fins de execução nos mesmos autos.

2. Recurso especial conhecido e provido. (sem negrito no original)

(Terceira Turma, REsp 598.617/MS, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, unânime, DJU de 26.9.2005)

Processo Civil. Ação consignatória. Sistema Financeiro de Habitação. Inexistência de violação ao art. 535 do CPC. Insuficiência do depósito. Improcedência da ação. Infringência ao art. 21 do CPC.

1. Se o Tribunal partiu da premissa de que havia controvérsia quanto ao critério de reajuste, pois da contestação concluiu que o agente financeiro estava aplicando o BTN, descabia apreciar tese em torno do art. 2º da Lei 8.100/90, no sentido de que o mutuário deveria comprovar seus rendimentos junto ao agente financeiro e não o fez.

2. Examinada a tese da sucumbência, inexistente omissão quanto ao art. 21 do CPC.

3. Inexistência de violação ao art. 535 do CPC.

4. Se comprovada a insuficiência do depósito, a ação deve ser julgada improcedente e o ônus da sucumbência imputado ao autor.

5. Recurso especial provido em parte. (sem negrito no original)

(Segunda Turma, REsp 389.308/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, unânime, DJU de 12.5.2003)

Considero, portanto, que quando, como no caso dos autos, o depósito não foi integral, a solução imposta pelo ordenamento jurídico - Código Civil e Código de Processo Civil - é o julgamento de improcedência do pedido consignatório, como corretamente decidido pelo TJDFT.

VI

Caso superado, todavia, o entendimento do acórdão distrital, que confirmou a sentença de improcedência do pedido deduzido na consignatória, ainda que se persista na compreensão de que a oferta de valor insuficiente possibilita a

procedência parcial da consignatória, tenho que a ausência do requisito essencial da *mora accipiendi* - pela inexistência de depósito do valor devido, e, portanto, a consequente legalidade da recusa do credor - implica devam ser carreados com exclusividade ao autor os consectários da sucumbência em virtude do *princípio da causalidade*.

Tal entendimento tem por base a jurisprudência desta Corte, segundo a qual a responsabilidade pelo pagamento de honorários e custas deve ser fixada com base na sucumbência e no princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve suportar as despesas dele decorrentes. Confram-se os seguintes exemplos:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Processual Civil. Juros. Rubrica acessória. Prescrição. Incidência do prazo da obrigação principal. Fixação dos honorários. Sucumbência e princípio da causalidade. Modificação. Decorrência lógica do julgado. Ofensa à coisa julgada. Não ocorrência. Agravo desprovido.

(...)

2. A responsabilidade pelo pagamento de honorários e custas deve ser fixada com base na sucumbência e no princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve suportar as despesas dele decorrentes.

(...)

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Quarta Turma, AgRg no AREsp 38.930/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, DJe de 30.3.2015)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. 1. Violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência. 2. Afronta aos arts. 20 e 26 do Código de Processo Civil não verificada. Conclusão do Tribunal de origem de que a agravante deu causa à instauração da ação, em que pese a desistência do feito pelo agravado/autor. Princípio da causalidade. Precedentes. Inversão do julgado. Óbice da Súmula 7/STJ. 3. Recurso improvido.

(...)

2. "No processo civil, para se aferir qual das partes litigantes arcará com o pagamento dos honorários advocatícios e custas processuais, deve-se atentar não somente à sucumbência, mas também ao princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve suportar as despesas dele decorrentes" (REsp n. 1.223.332/SP, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 15/8/2014). Na espécie, entendeu a Corte de origem, motivadamente e após minuciosa análise do caso concreto e das provas contidas nos autos, que a

agravante foi quem deu causa à propositura da demanda, o que atrai o princípio da causalidade e impõe a ela o dever de arcar com as despesas do processo e com os honorários advocatícios. Ademais, inverter a conclusão fática alcançada pelo Tribunal de origem no sentido de que a agravante provocou o ajuizamento da ação encontra óbice no enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Terceira Turma, AgRg no AREsp 604.325/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe de 25.2.2015)

Esse princípio inspirou o entendimento compendiado no enunciado 303 da Súmula deste Tribunal: “Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios.”

Com efeito, no caso em apreciação, foi julgada improcedente a pretensão, deduzida na ação revisional, de alterar as cláusulas do contrato bancário para limitar os juros remuneratórios em 12% ao ano, dentre outras alterações pretendidas pelo autor. Nenhuma ilegalidade foi encontrada nos encargos cobrados na fase de normalidade contratual. O valor da prestação ajustada no contrato de mútuo não foi alterado. A procedência parcial da ação revisional deu-se apenas para afastar a possibilidade de cumulação de comissão de permanência com juros e multa contratual na fase de inadimplência.

O depósito parcial não foi hábil, portanto, à quitação da dívida, o que levou à sentença de improcedência da consignatória.

Na hipótese dos autos, sequer se poderia alegar que a sentença de parcial procedência da ação revisional tivesse levado à descaracterização da mora, pois, nos termos da Orientação 2 firmada no julgamento do REsp 1.061.530/RS, relatora Ministra Nancy Andrichi, “não descarateriza a mora o ajuizamento isolado de ação revisional, nem mesmo quando o reconhecimento de abusividade incidir sobre os encargos inerentes ao período de inadimplência contratual.”

Tem-se, portanto, que o autor, formulando pretensão revisional improcedente, postergou o adimplemento da obrigação, valendo-se da ação consignatória para impor, injustamente, ao credor o recebimento parcial da prestação devida, cabendo-lhe, portanto, responder pelos ônus da sucumbência, em face do princípio da causalidade.

VII

Em face do exposto, com a máxima vênia, proponho, para os efeitos dos arts. 927 e 1.036 a 1.041 do CPC, a fixação da seguinte tese, com a redação sugerida pela Ministra Nancy Andrichi:

“Em ação consignatória, a insuficiência do depósito realizado pelo devedor conduz ao julgamento de improcedência do pedido, pois o pagamento parcial da dívida não extingue o vínculo obrigacional”.

Em relação ao caso concreto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial submetido ao rito dos recursos repetitivos cuja controvérsia afetada diz respeito aos “efeitos da insuficiência do depósito ofertado em ação de consignação em pagamento”.

Voto do e. Min. Relator: propõe a tese de que, “na ação de consignação em pagamento, a insuficiência do depósito não conduz à improcedência do pedido, mas sim à extinção parcial da obrigação até o montante da importância consignada, acarretando o reconhecimento da sucumbência recíproca, devendo a sentença que concluir pela insuficiência do depósito determinar, sempre que possível, o montante devido que valerá como título executivo, ainda que para tanto seja necessária a revisão de cláusulas contratuais”.

Voto divergente proferido pela e. Min. Maria Isabel Gallotti: propõe a tese de que “somente o depósito integral da dívida vencida conduz à procedência do pedido em ação de consignação em pagamento. O depósito insuficiente justifica a recusa do credor, ensejando a improcedência do pedido consignatório. Quando levantado pelo credor, produz o efeito material de liberação parcial do devedor, impedindo a execução pelo todo”.

Pedi vista dos autos para melhor exame da questão controvertida.

Revisados os fatos, decide-se.

A razão da existência da ação de consignação em pagamento no ordenamento jurídico é conferir ao devedor um instrumento que lhe permita alcançar, pela via judicial, a *liberação de um vínculo obrigacional* em face de alguma situação a ele não imputável, tal como a recusa injustificada do credor em receber o pagamento devido.

A finalidade precípua da consignatória não é discutir o valor de alguma dívida – embora tal questão possa surgir no curso da ação –, mas sim a viabilidade do *desfazimento da relação jurídica* de direito material, com a consequente exoneração do devedor da obrigação contratada.

Trata-se de modalidade de *extinção das obrigações* mediante pagamento indireto, definida nos seguintes termos pelo saudoso Min. Teori Zavascki:

O depósito em consignação é modo de extinção da obrigação, com força de pagamento, e a correspondente ação consignatória tem por finalidade ver atendido o direito – material – do devedor de liberar-se da obrigação e de obter quitação. Trata-se de ação eminentemente declaratória: declara-se que o depósito oferecido liberou o autor da respectiva obrigação. (REsp 505.460/RS, 1ª Turma, DJ 10/05/2004)

Há duas soluções passíveis de serem conferidas à ação de consignação em pagamento: (i) o juiz reconhece, em sentença, que o depósito efetivado pelo devedor se afigura suficiente para obter a pretensão objetivada – exoneração da obrigação – e julga procedente o pedido; ou (ii) como decorrência lógica da insuficiência do depósito, reconhece em sentença que o vínculo obrigacional permanece existente e, assim, julga improcedente o pedido liberatório.

O fato de o devedor estar dispensado de pagar ao credor a quantia depositada (art. 899, § 1º, do CPC/73) não significa que a consignação de parte da dívida deva resultar na procedência parcial do pedido, pois, como visto, o objeto da ação é a extinção da obrigação – o desfazimento do vínculo entre as partes –, situação que somente é alcançada com a liquidação integral do débito.

Vale destacar que o credor não é obrigado a aceitar o pagamento em termos diversos daqueles originalmente pactuados (arts. 313 e 314 do CC/02), de modo que, na hipótese de ser-lhe oferecido valor que não corresponda ao montante integral do crédito, a sua *recusa ao recebimento é justa*.

E, reconhecida a justiça da recusa, a consignatória ajuizada sob esse fundamento não atende ao requisito legal expressamente exigido para a hipótese – que tenha havido recusa sem justa causa (art. 335, I, do CC/02) –, o que conduz, inexoravelmente, ao *julgamento de improcedência* do pedido liberatório.

Conforme lição de ANTONIO CARLOS MARCATO, “caso reconhecida judicialmente, no final, a não integralidade do depósito, estará demonstrada a correção da conduta do réu ao recusá-lo nos moldes em que foi efetivado pelo autor, circunstância suficiente, por si só, para ensejar a rejeição do pedido consignatório” (*Procedimentos Especiais*, 16ª ed., p. 100).

Não se pode falar, portanto, também sob esse vértice, que o depósito a menor resulte na procedência parcial da pretensão deduzida, pois a consequência prevista no ordenamento jurídico para o caso de o autor da ação não comprovar

o fato constitutivo do direito alegado (na espécie, a recusa injustificada) é o julgamento em favor da parte adversa.

Por derradeiro, cumpre consignar que, na hipótese de esta 2ª Seção superar o posicionamento aqui defendido, deixo registrado que acompanho a divergência no que concerne à sujeição exclusiva do devedor ao pagamento dos honorários advocatícios e das custas processuais.

Isso porque, mesmo que se entenda que o depósito insuficiente enseja a procedência parcial do pedido consignatório, não se pode olvidar que a atitude do credor que se recusa a receber o pagamento de forma diversa da contratada é legítima, revelando que a ele não se pode imputar a causa do ajuizamento da ação.

À vista do princípio da causalidade, portanto, deve o autor suportar os ônus decorrentes da sucumbência.

Forte nessas razões, rogando vênias ao e. Min. Relator, acompanho as conclusões alcançadas pela e. Min. Maria Isabel Gallotti em seu voto divergente.

Proponho, todavia, que a tese seja fixada nos seguintes termos:

Em ação consignatória, a insuficiência do depósito realizado pelo devedor conduz ao julgamento de improcedência do pedido, pois o pagamento parcial da dívida não extingue o vínculo obrigacional.

No que concerne à hipótese concreta, ***nego provimento*** ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.312.736-RS (2012/0064796-6)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Recorrente: Fundação Banrisul de Seguridade Social

Advogado: Guilherme de Castro Barcellos - RS056630

Recorrido: Francisca Emilia Bertei Panziera

Advogados: Rogerio Calafati Moyses - RS031295

Rafael Covolo - RS083704

Interes.: Superintendência Nacional de Previdência Complementar
PREVIC - "Amicus Curiae"

- Advogado: Procuradoria-Geral Federal - PGF - PR000000F
Interes.: Associação Nacional dos Participantes de Fundos de Pensão -
“Amicus Curiae”
Advogados: Ricardo Barros Cantalice e outro(s) - RS049579
Ricardo Guimarães Só de Castro e outro(s) - RS038465
Lucas Abal Dias e outro(s) - RS091098
Elizabeth Tostes Peixoto - DF007311
Interes.: ABRAPP Associação Brasileira das Entidades Fechadas de
Previdência Complementar - “Amicus Curiae”
Advogada: Lara Corrêa Sabino Bresciani e outro(s) - DF024162
Interes.: Associação dos Fundos de Pensão e Patrocinadores do Setor
Privado - “Amicus Curiae”
Advogado: Renato Tadeu Rondina Mandaliti - SP115762
Interes.: Sindicato dos Assal. Ativos, Apos. e Pens. nas Empr. Gerad., ou
Transm., ou Distr., ou Afins Ener. Eletr. no RS. e Assit. Fun -
“Amicus Curiae”
Advogados: Gustavo Teixeira Ramos e outro(s) - DF017725
Adovaldo Dias de Medeiros Filho e outro(s) - DF026889

EMENTA

Recurso especial repetitivo. Direito Civil. Previdência privada. Verbas remuneratórias (horas extraordinárias). Reconhecimento pela Justiça Trabalhista. Inclusão nos cálculos de proventos de complementação de aposentadoria. Impossibilidade. Ausência de prévio custeio. Modulação de efeitos da decisão. Possibilidade de recálculo do benefício em ações já ajuizadas. Caso concreto. Recurso especial parcialmente provido.

1. Teses definidas para os fins do art. 1.036 do CPC/2015

a) “A concessão do benefício de previdência complementar tem como pressuposto a prévia formação de reserva matemática, de forma a evitar o desequilíbrio atuarial dos planos. Em tais condições, quando já concedido o benefício de complementação de aposentadoria por entidade fechada de previdência privada, é inviável a inclusão dos reflexos das verbas remuneratórias (horas extras) reconhecidas pela

Justiça do Trabalho nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria.”

b) “Os eventuais prejuízos causados ao participante ou ao assistido que não puderam contribuir ao fundo na época apropriada ante o ato ilícito do empregador poderão ser reparados por meio de ação judicial a ser proposta contra a empresa ex-empregadora na Justiça do Trabalho.”

c) “Modulação dos efeitos da decisão (art. 927, § 3º, do CPC/2005): nas demandas ajuizadas na Justiça comum até a data do presente julgamento – se ainda for útil ao participante ou assistido, conforme as peculiaridades da causa –, admite-se a inclusão dos reflexos de verbas remuneratórias (horas extras), reconhecidas pela Justiça do Trabalho, nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria, condicionada à previsão regulamentar (expressa ou implícita) e à recomposição prévia e integral das reservas matemáticas com o aporte de valor a ser apurado por estudo técnico atuarial em cada caso.”

d) “Nas reclamações trabalhistas em que o ex-empregador tiver sido condenado a recompor a reserva matemática, e sendo inviável a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria complementar, os valores correspondentes a tal recomposição devem ser entregues ao participante ou assistido a título de reparação, evitando-se, igualmente, o enriquecimento sem causa da entidade fechada de previdência complementar.”

2. Caso concreto

a) Inexiste afronta ao art. 535 do CPC/1973 quando o acórdão recorrido pronuncia-se, de forma clara e suficiente, acerca das questões suscitadas nos autos, manifestando-se sobre todos os argumentos que, em tese, poderiam infirmar a conclusão adotada pelo Juízo.

b) O acórdão recorrido, ao reconhecer o direito da parte autora à inclusão no seu benefício do reflexo das verbas reconhecidas pela Justiça do Trabalho, sem o aporte correspondente, dissentiu, em parte, da orientação ora firmada.

3. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Villas Bôas Cueva acompanhando o Sr. Ministro Relator e sugerindo ajustes nas teses repetitivas propostas, a Seção, por unanimidade, no caso concreto, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os fins do artigo 1.040 do CPC de 2015, foram fixadas as seguintes teses repetitivas:

I - A concessão do benefício de previdência complementar tem como pressuposto a prévia formação de reserva matemática, de forma a evitar o desequilíbrio atuarial dos planos. Em tais condições, quando já concedido o benefício de complementação de aposentadoria por entidade fechada de previdência privada, é inviável a inclusão dos reflexos das verbas remuneratórias (horas extras) reconhecidas pela Justiça do Trabalho nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria;

II - Os eventuais prejuízos causados ao participante ou ao assistido que não puderam contribuir ao fundo na época apropriada ante o ato ilícito do empregador poderão ser reparados por meio de ação judicial a ser proposta contra a empresa ex-empregadora na Justiça do Trabalho;

III - Modulação de efeitos (art. 927, § 3º, do CPC/2015): para as demandas ajuizadas na Justiça Comum até a data do presente julgamento, e ainda sendo útil ao participante ou assistido, conforme as peculiaridades da causa, admite-se a inclusão dos reflexos de verbas remuneratórias (horas extras), reconhecidas pela Justiça do Trabalho, nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria, condicionada à previsão regulamentar (expressa ou implícita) e à recomposição prévia e integral das reservas matemáticas com o aporte de valor a ser apurado por estudo técnico atuarial em cada caso;

IV - Nas reclamações trabalhistas em que o ex-empregador tiver sido condenado a recompor a reserva matemática, e sendo inviável a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria complementar, os valores correspondentes a tal recomposição devem ser entregues ao participante ou assistido a título de reparação, evitando-se, igualmente, o enriquecimento sem causa do ente fechado de previdência complementar. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva (voto-vista), Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Nancy

Andrighi, Luis Felipe Salomão e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Consignado o pedido de preferência pelo *amicus curiae*, Abrapp - Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar, representada pelo Dr. Adacir Reis.

Brasília (DF), 08 de agosto de 2018 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 16.8.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão do TJRS assim ementado (e-STJ fl. 247):

Apelação cível. Previdência privada. Complementação de aposentadoria. Horas extras reconhecidas pela Justiça do Trabalho. Fundação Banrisul.

1. Inépcia da inicial. A petição inicial atende aos requisitos elencados no art. 282 do CPC. Não há que se confundir a necessidade de indicação dos fundamentos jurídicos com a dos fundamentos legais, que é dispensável. Na petição inicial resta claramente identificado o pedido e a causa de pedir.

2. Ilegitimidade ativa. A ré é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda, pois a relação contratual foi estabelecida entre ela e a autora.

3. Litisconsórcio passivo. Descabida formação de litisconsórcio passivo entre a demandada e o Banrisul, visto que a relação jurídica em debate diz respeito a benefício previdenciário de natureza complementar, não estando em liça relação obrigacional pela qual deva responder a instituição financeira.

4. Perícia atuarial. A prova atuarial postulada pela ré é desnecessária, pois a matéria controvertida é exclusivamente de direito e seu julgamento implica a interpretação de dispositivos regulamentares, havendo elementos suficientes para formação da convicção para o julgamento.

5. Mérito. Deve ser reconhecido o direito da parte autora de incluir no seu benefício as parcelas salariais reconhecidas na reclamatória trabalhista, tais como as horas extras e seus reflexos, pois aquelas integram a remuneração da parte e têm repercussão financeira no benefício previdenciário devido. Precedentes.

6. Não pode a instituição de previdência privada utilizar o argumento de ausência de fonte de custeio para se esquivar de sua obrigação, cabendo-lhe planejar os descontos e os índices de contribuição.

7. Sendo restituídos os valores dos benefícios devidos, cabível o desconto, mês a mês, das parcelas correspondentes à dedução do imposto de renda, bem como das contribuições previdenciárias.

Rejeitadas as preliminares contrarrecursais, deram provimento ao apelo, por maioria.

Na origem, *Francisca Emilia Bertei Panziera*, ora recorrida, ajuizou ação “revisional de complementação de aposentadoria e cobrança de diferenças”, pelo rito ordinário, contra a *Fundação Banrisul de Seguridade Social*, aduzindo que, no ano de 1976, aderiu ao plano de previdência complementar da recorrente, então disciplinado pelo regulamento de 1964.

Segundo afirmou, de acordo com o regulamento ao qual aderiu, o valor do benefício mensal de suplementação de aposentadoria deveria ser calculado a partir da média aritmética simples dos salários de participação do associado, referentes ao período abrangido pelos 12 (doze) últimos meses anteriores ao ato da concessão do benefício.

Argumentou que, muito embora a entidade demandada tivesse inicialmente calculado o benefício suplementar em conformidade com o regulamento, “uma circunstância superveniente e vital para cômputo do SRB - Salário-Real-de-Benefício relativo ao período compreendido pelos 12 (doze) últimos meses anteriores à concessão acabou por modificar a base de cálculo dos valores a serem pagos pela demandada, em consonância com o artigo 16 do Regulamento de Benefícios, qual seja, o trânsito em julgado da reclamatória trabalhista ajuizada pela autora contra seu ex-empregador, posteriormente a sua aposentadoria” (e-STJ fl. 3).

Acostou à inicial cópia de acórdão proferido pelo TRT da 4ª Região que, na reclamatória trabalhista por ela ajuizada contra o *Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A.* (patrocinador), reconheceu o direito da autora à percepção de diferenças salariais, por causa do não pagamento de trabalho extraordinário realizado de forma habitual, bem como dos “reflexos das horas extras no prêmio aposentadoria deferido” (e-STJ fl. 74).

Defendeu que, considerando que as horas extras habituais constituem verba remuneratória, “diante desse novo quadro, a partir do trânsito em julgado da reclamatória trabalhista, consoante faz prova todas as peças oriundas daquele

feito, floresceu para a autora o direito formativo de revisar a sua complementação de aposentadoria, diante daquilo que lhe é assegurado pelo próprio regulamento a que está sujeito” (e-STJ fl. 5).

Formulou o pedido nos seguintes termos (e-STJ fls. 14/15):

Ante o exposto, com respeito, requer o recebimento da presente ação, para o fim de:

a) determinar a citação da *Fundação Banrisul de Seguridade Social*, na pessoa de seu representante legal, para, querendo, contestá-la, sob pena de revelia;

b) ao final julgar *totalmente procedente* a presente ação ordinária de cobrança, para:

b.1) determinar a revisão da complementação de aposentadoria da autora pela inclusão das diferenças salariais a serem apuradas em sede de liquidação de sentença;

b.2) condenar a ré ao pagamento das diferenças existentes, considerando o prazo prescricional aplicável a presente lide, em parcelas vencidas e vincendas, mais juros à razão de 1% ao mês, por se tratar de dívida de natureza alimentar e correção monetária desde quando as parcelas se tornaram devidas;

c) condenar a requerida ao pagamento de custas e honorários advocatícios;

d) facultar a produção de todo gênero de prova em direito admitido.

Citada, a ré ofereceu contestação, por meio da qual apontou preliminares de inépcia da inicial, ilegitimidade passiva e litisconsórcio passivo necessário. No mérito, defendeu a impossibilidade de incorporação de verba trabalhista na complementação de aposentadoria, em face da legislação vigente e do regulamento aplicável (e-STJ fls. 89/108).

O pedido foi julgado improcedente em primeiro grau de jurisdição, diante da ausência de base legal ou contratual para o pretendido recálculo do salário real de benefício (e-STJ fls. 194/198).

Inconformada, a autora interpôs recurso de apelação, refutando os fundamentos da sentença e reiterando os argumentos apresentados na inicial (e-STJ 201/210).

Em acórdão proferido por maioria, o TJRS deu provimento ao apelo da ora recorrida para (e-STJ fls. 265/267):

a) condenar a ré a revisar o benefício previdenciário complementar da autora, com a integração das parcelas salariais reconhecidas na reclamatória trabalhista n. 00585-2008-801-04-00-3;

b) condenar a ré a pagar as diferenças a este título, corrigidas pelo IGP-M desde o vencimento de cada parcela do benefício reconhecido como devido, acrescidas de juros moratórios, a partir da citação, observada a prescrição quinquenal, nos termos da Súmula n. 291 do STJ;

c) autorizar os descontos fiscais e previdenciários sobre os valores a serem pagos, na forma da lei e dos Estatutos, incidentes sobre os valores dos benefícios devidos, considerados mês a mês e sobre a parcela correspondente, observando-se a base de cálculo e a alíquota incidente na época em que devidos; e

d) condenar a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em favor do patrono da autora, fixados em 15% sobre o valor da condenação, a teor do que estabelece o art. 20, § 3º, alíneas “a”, “b” e “c”, do CPC, observada a Súmula n. 111 do e. Superior Tribunal de Justiça.

No voto divergente, o Desembargador Revisor entendeu pela necessidade de “ser observada a compensação entre a quantia que deveria ter sido paga pelo associado, a título de salário de contribuição sobre as parcelas que lhe foram reconhecidas e aquela que deverá ser incorporada à complementação de sua aposentadoria” (e-STJ fl. 268).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ fls. 278/284).

Nas razões recursais (e-STJ fls. 290/306), fundadas no art. 105, III, “a” e “c”, da CF, *Fundação Banrisul de Seguridade Social* aponta divergência jurisprudencial e ofensa aos seguintes dispositivos legais, sob as respectivas teses:

(i) art. 535, II, do CPC/1973, argumentando (a) faltar indicação, pelo Tribunal local, da “fonte legal” que o levou ao convencimento de que, “muito embora o Regulamento não faça referência expressa às horas extras, não se pode olvidar que estas possuem caráter essencialmente remuneratório, pois correspondem à contraprestação por trabalho prestado, excedente à jornada diária normal, integrando parte do salário. Assim, este acréscimo na remuneração reconhecido pela Justiça do Trabalho não pode ser sonegado no âmbito previdenciário, pois houve alteração na base de cálculo do benefício a ser satisfeito” (e-STJ fls. 298/299) e (b) haver necessidade de manifestação a respeito do disposto nos arts. 27 e 28 do Regulamento do Plano de Benefícios e nos arts. 17 e 21 da LC n. 109/2001 e 6º da LC n. 108/2001, e

(ii) arts. 1º, 18, *caput* e § 3º, e 19 da LC n. 109/2001, sustentando a impossibilidade de inclusão das horas extras habituais no benefício de previdência privada, diante da falta de fonte de custeio e da necessidade de atenção ao princípio do equilíbrio atuarial.

Foram apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 317/352).

Juízo positivo de admissibilidade na origem (e-STJ fls. 354/356).

Em virtude da multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, qual seja, *a inclusão, nos cálculos dos proventos de complementação de aposentadoria, das horas extraordinárias habituais, incorporadas ao salário do participante de plano de previdência privada por decisão da Justiça trabalhista*, por meio da decisão monocrática de fls. 371/372 (e-STJ), afetei a presente insurgência a julgamento da Segunda Seção, pela sistemática dos recursos especiais repetitivos, nos termos do art. 1.036 do CPC/2015, oportunidade na qual determinei: (a) a suspensão, em âmbito nacional, do processamento de todas as ações pendentes, individuais ou coletivas, que versem sobre a questão afetada (art. 1.037, II, do CPC/2015), (b) a expedição de ofícios aos Presidentes dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, comunicando a instauração deste procedimento e facultando-lhes prestar informações em 15 (quinze) dias (art. 1.038, III, § 1º, CPC/2015), (c) a comunicação, ao Ministro Presidente e aos demais integrantes da egrégia Segunda Seção do STJ, e (d) a cientificação da *Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC*, da *Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – ABRAPP* e da *Associação Nacional dos Participantes de Fundos de Pensão – ANAPAR*, sendo-lhes facultado apresentar manifestação no prazo de 15 (quinze) dias (art. 1.038, I, do CPC/2015 c/c art. 3º, I, da Resolução STJ n. 8/2008).

Foram indeferidos os pedidos de ingresso no feito, na qualidade de *amicus curiae*, formulados pela *FENASPE – Federação Nacional das Associações de Aposentados, Pensionistas e Anistiados do Sistema Petrobrás e Petros*, pelo *Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Radiodifusão e Televisão do Rio Grande do Sul*, por *Arielze Guimarães de Moura*, pela *Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito – CONTEC* e pelo *Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Brasília* (e-STJ fls. 808/809, 810/811, 1.231/1.232, 1.466/1.467, 1.474/1.475).

Foram deferidos os pleitos de igual natureza formulados pela *Associação dos Fundos de Pensão de Empresas Privadas* e pelo *Sindicato dos Assalariados Ativos, Aposentados e Pensionistas nas Empresas Geradoras ou Transmissoras ou Distribuidoras ou Afins de Energia Elétrica do Estado do Rio Grande do Sul e Assistidos por Fundações de Seguridade Privada originadas no Setor Elétrico – SENERGISUL* (e-STJ fls. 1.233/1.234 e 1.396/1.397).

Não se conheceu dos agravos internos interpostos pelo *Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Radiodifusão e Televisão do Rio Grande do Sul*, pelo *Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Brasília* e pela *Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito – CONTEC* (e-STJ fls. 1.476 e 1.508/1.509).

Manifestação da PREVIC às fls. 384/413 (e-STJ), da ABRAPP às fls. 766/805 (e-STJ), da ANAPAR às fls. 861/875 (e-STJ) e da APEP às fls. 1.407/1.447 (e-STJ).

O Ministério Público Federal apresentou parecer pelo desprovimento do recurso especial, nos termos da ementa a seguir (e-STJ fl. 1.451):

Recurso especial representativo da controvérsia.

Previdência privada. Horas extras reconhecidas pela Justiça do Trabalho. Possibilidade de revisão do benefício da aposentadoria. Precedentes dessa Corte Superior de Justiça. Entidade de previdência privada que não pode alegar ausência de fonte de custeio para eximir-se da obrigação. Possibilidade apenas de compensar as diferenças entre o custeio do participante e do valor do benefício.

Manifestação pelo desprovimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): Trata-se de recurso especial afetado ao rito do art. 1.036 do CPC/2015 (Tema n. 955).

A questão controvertida consiste em definir se é possível incluir, nos cálculos dos proventos de complementação de aposentadoria pagos por entidade fechada de previdência privada, as horas extraordinárias habituais incorporadas por decisão da Justiça trabalhista à remuneração do participante de plano de previdência complementar.

A matéria em análise foi objeto de exame pelas duas Turmas que compõem a Segunda Seção deste Tribunal.

No julgamento do REsp n. 1.525.732/RS (Relator Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, julgado em 6/10/2015, DJe 16/10/2015), a Terceira Turma entendeu que, em regra, “as horas extraordinárias não integram o cálculo da complementação de aposentadoria, à exceção daquelas pagas durante o contrato

de trabalho e que compuseram a base de cálculo das contribuições do empregado à entidade de previdência privada, segundo norma do próprio plano de custeio”.

Naquele caso, o órgão julgador concluiu que o regulamento do plano de benefícios da entidade ré assegurava “a integração das horas extras na suplementação de aposentadoria de forma proporcional ao tempo de filiação à própria entidade”, pois, “apesar de não constar na norma estatutária o adicional de horas extras como integrante da base de incidência da contribuição do participante, tal verba tem natureza salarial e faz parte da remuneração do trabalhador, tanto que não foi excluída expressamente no § 1º do art. 21 do Regulamento do Plano de Benefícios n. 1”. Salientou ainda que o sítio eletrônico da então demandada, “quando tece considerações sobre o Plano 1 de Benefícios, informa que o Salário de Participação constitui a base de cálculo das contribuições e tem relação direta com a remuneração recebida mensalmente pelo participante, abrangendo, entre outras verbas, as horas extras (habituais ou não)”.

Diante da peculiaridade daquela demanda, a Turma concluiu que, “como o valor das horas extras compõe a base mensal de cálculo da contribuição do participante à entidade de previdência privada, deve ser utilizado também, na devida proporção, para fins de recebimento do benefício previdenciário complementar, consoante a equação matemática prevista no regulamento”.

Ressalvou, no entanto, que “deverá ser aferido, em liquidação de sentença, o montante de custeio que o trabalhador deveria contribuir se o empregador tivesse pagado corretamente as horas extras à época, devendo eventual diferença ser compensada com os valores a que faz jus o participante em virtude da integração da referida verba remuneratória no cálculo do benefício suplementar. Isso em observância aos princípios da fonte de custeio e do equilíbrio econômico-atuarial do fundo previdenciário”. Asseverou que, havendo “apenas a contribuição do trabalhador, deve ser reduzido pela metade o resultado da integração do adicional de horas extras na suplementação de aposentadoria”, e que “deve ser facultado, contudo, ao autor verter as parcelas de custeio de responsabilidade do patrocinador, se pagas a menor, para poder receber o benefício integral, visto que não poderia demandá-lo na presente causa em virtude de sua ilegitimidade passiva *ad causam*”.

Salientou, por fim, “o direito de ressarcimento do autor no tocante às despesas com a cota patronal a ser buscado contra o empregador”.

Eis a ementa do referido julgado:

Recurso especial. Civil. Previdência privada. Adicional de horas extras. Habitualidade. Reconhecimento em reclamação trabalhista. Integração no cálculo do benefício previdenciário complementar. Previsão de contribuição no regulamento. Verba de natureza salarial. Equilíbrio atuarial e fonte de custeio. Observância.

1. Ação ordinária em que se discute se o valor das horas extras, reconhecidas em reclamação trabalhista, devem integrar o cálculo do benefício complementar de aposentadoria.

2. O adicional de horas extras possui natureza salarial, mas, por ser transitório, não se incorpora, em caráter definitivo, à remuneração do empregado. Consoante a Súmula n. 291/TST, mesmo as horas extraordinárias prestadas habitualmente não integram o salário básico, devendo, se suprimidas, ser indenizadas.

3. Em princípio, as horas extraordinárias não integram o cálculo da complementação de aposentadoria, à exceção daquelas pagas durante o contrato de trabalho e que compuseram a base de cálculo das contribuições do empregado à entidade de previdência privada, segundo norma do próprio plano de custeio. Exegese da OJ n. 18 da SBDI-I/TST.

4. Admitir que o empregado contribua sobre horas extras que não serão integradas em sua complementação de aposentadoria geraria inaceitável desequilíbrio atuarial a favor do fundo de pensão.

5. Apesar de não constar no Regulamento do Plano de Benefícios n. 1 da Previ a menção do adicional de horas extras como integrante da base de incidência da contribuição do participante, também não foi excluído expressamente, informando a própria entidade de previdência privada, em seu *site* na *internet*, que o Salário de Participação constitui a base de cálculo das contribuições e tem relação direta com a remuneração recebida mensalmente pelo participante, abrangendo, entre outras verbas, as horas extraordinárias (habituais ou não).

6. Reconhecidos, pela Justiça do Trabalho, os valores devidos a título de horas extraordinárias e que compõem o cálculo do Salário de Participação e do Salário Real de Benefício, a influenciar a própria Complementação de Aposentadoria, deve haver a revisão da renda mensal inicial, com observância da fórmula definida no regulamento do fundo de pensão, devendo eventuais diferenças de custeio do participante e de recebimento do benefício ser compensadas.

7. Para manter o equilíbrio econômico-atuarial do fundo previdenciário, e havendo apenas a contribuição do trabalhador, deve ser reduzido pela metade o resultado da integração do adicional de horas extras na suplementação de aposentadoria.

8. Faculta-se ao autor verter as parcelas de custeio de responsabilidade do patrocinador, se pagas a menor, para poder receber o benefício integral, visto que não poderia demandá-lo na presente causa em virtude de sua ilegitimidade passiva *ad causam*.

9. Como o obreiro não pode ser prejudicado por ato ilícito da empresa, deve ser assegurado o direito de ressarcimento pelo que despender a título de custeio da cota patronal, a ser buscado em demanda contra o empregador. O termo inicial do prazo de prescrição, nessa hipótese, será o trânsito em julgado do acórdão, visto que é o momento em que nasce a pretensão de reparação (teoria da *actio nata*).

10. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.525.732/RS, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 06/10/2015, DJe 16/10/2015.)

Por sua vez, a Quarta Turma deste Tribunal, no julgamento do AgRg no REsp n. 1.557.698 (Relator Ministro *Luis Felipe Salomão*, julgado em 19/4/2016, DJe de 26/4/2016), fazendo referência aos EDcl no AgRg no Ag n. 842.268/RS (Relatora Ministra *Maria Isabel Gallotti*, julgado em 17/11/2015, DJe 23/11/2015) – no qual se tratou, de forma geral, da possibilidade de inclusão, nos proventos de complementação de aposentadoria, de verbas salariais reconhecidas pela Justiça do Trabalho –, concluiu ser “inviável o pedido de inclusão das verbas salariais incorporadas ao salário por decisão da Justiça do Trabalho nos cálculos da renda mensal inicial dos proventos de complementação de aposentadoria, por ausência de prévia formação da reserva matemática necessária ao pagamento do benefício”.

A Turma considerou aplicável àquela hipótese (AgRg no REsp n. 1.557.698/RS) o entendimento consolidado pela Segunda Seção no julgamento, pelo rito dos recursos repetitivos, do REsp n. 1.425.326/RS (Relator Ministro *Luis Felipe Salomão*, Segunda Seção, julgado em 28/5/2014, DJe de 1º/8/2014), de que “não é possível a concessão de verba não prevista no regulamento do plano de benefícios de previdência privada, pois a previdência complementar tem por pilar o sistema de capitalização, que pressupõe a acumulação de reservas para assegurar o custeio dos benefícios contratados, em um período de longo prazo”.

Conforme o Ministro Relator ressaltou, naquele caso concreto (AgRg no REsp n. 1.557.698/RS), “a Corte local apurou que o regulamento do plano de benefícios nem mesmo faz menção às horas extras, tendo deferido ao fundamento – manifestamente descabido, visto que a relação previdenciária não se confunde com a de emprego que o ora recorrente mantinha com o patrocinador – de que possuem caráter essencialmente remuneratório e, por conseguinte, deveriam repercutir no benefício, de natureza diversa, previdenciário”.

Por sua vez, no julgamento do AgInt no REsp n. 1.372.394/SC (Relator Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 16/10/2016, DJe de 18/10/2016), enfatizou-se que “as normas de caráter cogente previstas nos arts. 40 da Lei n. 6.435/1977, 202 da CF e, v.g., 1º e 18 da Lei Complementar n. 109/2001 impõem que já estejam formadas as reservas que garantam o benefício contratado, no momento em que o participante se torna elegível e que o plano de custeio, com periodicidade mínima anual, estabeleça o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios”. Afirmou-se, ademais, ter ficado “nítido que o recorrente (participante) se quedou inerte e não houve oportuno recolhimento de contribuições para formação do suporte do custeio da verba vindicada, sendo incompatível com a boa-fé objetiva o pleito formulado na presente ação ajuizada em face da entidade previdenciária, eis que o autor pretende receber benefício para o qual não houve nem mesmo recolhimento de contribuições, em prejuízo do fundo comum do plano de benefícios (pertencente aos demais participantes e beneficiários do plano de benefício)”. Além disso, faltaria “nexo de causalidade entre o dano experimentado e a conduta da entidade previdenciária, pois o próprio recorrente afirma que, no tocante à verbas reconhecidas, em acordo em demanda que a entidade previdenciária nem mesmo integrou, após a aposentação pela Justiça obreira - referentes à relação contratual trabalhista, que não se comunica -, foi o patrocinador que, em vista de prática de ato ilícito, criou óbice para que fossem vertidas as contribuições para a formação do suporte do custeio do benefício vindicado”.

Nesse contexto, o presente julgamento pela sistemática dos recursos repetitivos tem também por objetivo firmar uma orientação única sobre a matéria, a ser seguida pelas Turmas especializadas em Direito Privado do STJ, conferindo-se assim efetividade aos princípios da segurança jurídica e da isonomia de tratamento às partes processuais.

O regime jurídico da previdência privada complementar, como salientado em diversas oportunidades pela Segunda Seção deste Tribunal, está previsto na Constituição Federal, a qual, em seu artigo 202, *caput* (redação dada pela EC n. 20/1998), estabelece que:

Art. 202. *O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.*

§ 1º A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos.

§ 2º *As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei.*

§ 3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

§ 4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998.)

§ 5º A lei complementar de que trata o parágrafo anterior aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998.)

§ 6º A lei complementar a que se refere o § 4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998.)

De início, observo que o texto constitucional faz clara distinção entre as relações de trabalho, mantidas entre empregado e empregador, e as relações de previdência privada, estabelecidas entre os participantes ou beneficiários e as entidades de previdência privada.

Em virtude da autonomia dessa relação contratual, entendeu o STF ser a Justiça comum competente para processar ações ajuizadas contra entidades privadas de previdência complementar. Confira-se:

Ementa Recurso extraordinário. Direito Previdenciário e Processual Civil. Repercussão geral reconhecida. Competência para o processamento de ação ajuizada contra entidade de previdência privada e com o fito de

obter complementação de aposentadoria. Afirmação da autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho. Litígio de natureza eminentemente constitucional, cuja solução deve buscar trazer maior efetividade e racionalidade ao sistema. Recurso provido para afirmar a competência da Justiça comum para o processamento da demanda. Modulação dos efeitos do julgamento, para manter, na Justiça Federal do Trabalho, até final execução, todos os processos dessa espécie em que já tenha sido proferida sentença de mérito, até o dia da conclusão do julgamento do recurso (20/2/13).

1. A competência para o processamento de ações ajuizadas contra entidades privadas de previdência complementar é da Justiça comum, dada a autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho. Inteligência do art. 202, § 2º, da Constituição Federal a excepcionar, na análise desse tipo de matéria, a norma do art. 114, inciso IX, da Magna Carta.

2. Quando, como ocorre no presente caso, o intérprete está diante de controvérsia em que há fundamentos constitucionais para se adotar mais de uma solução possível, deve ele optar por aquela que efetivamente trará maior efetividade e racionalidade ao sistema.

3. Recurso extraordinário de que se conhece e ao qual se dá provimento para firmar a competência da Justiça comum para o processamento de demandas ajuizadas contra entidades privadas de previdência buscando-se o complemento de aposentadoria.

4. Modulação dos efeitos da decisão para reconhecer a competência da Justiça Federal do Trabalho para processar e julgar, até o trânsito em julgado e a correspondente execução, todas as causas da espécie em que houver sido proferida sentença de mérito até a data da conclusão, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do julgamento do presente recurso (20/2/2013).

5. Reconhecimento, ainda, da inexistência de repercussão geral quanto ao alcance da prescrição de ação tendente a questionar as parcelas referentes à aludida complementação, bem como quanto à extensão de vantagem a aposentados que tenham obtido a complementação de aposentadoria por entidade de previdência privada sem que tenha havido o respectivo custeio.

(RE 586.453, Relatora Ministra *Ellen Gracie*, Relator p/ Acórdão Ministro *Dias Toffoli*, Tribunal Pleno, julgado em 20/02/2013, Repercussão Geral - Mérito DJe-106 divulg 05/06/2013 public 06/06/2013 Ement vol-02693-01 pp-00001.)

Assim como existe distinção entre as relações de trabalho e as de previdência privada, o contrato de previdência complementar também é independente do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), sendo certo que a espécie contratual aqui discutida possui caráter civilista (contratual).

Esse tipo de contrato tem suas bases firmadas no convênio de adesão entabulado entre a entidade de previdência privada e o patrocinador, no

regulamento do plano de benefícios e no estatuto da entidade que administra o plano. Dessa forma, a relação jurídica estabelecida entre as partes envolvidas é de direito privado.

É no regulamento do plano que são estipulados os benefícios, os pressupostos para sua concessão, a forma de aporte de recursos, a aplicação do patrimônio, os requisitos de elegibilidade e outros aspectos que formam o conjunto de direitos e obrigações entre as partes (entidade de previdência privada, patrocinadores, participantes e beneficiários).

Há de se ressaltar, no entanto, que, nada obstante o caráter privado dessa modalidade contratual, os planos de benefícios instituídos pelas entidades fechadas de previdência privada estão sujeitos a rígido regramento estatal. É o que se infere do disposto no art. 3º da Lei Complementar n. 109/2001, *in verbis*:

Art. 3º A ação do Estado será exercida com o objetivo de:

I - formular a política de previdência complementar;

II - disciplinar, coordenar e supervisionar as atividades reguladas por esta Lei Complementar, compatibilizando-as com as políticas previdenciária e de desenvolvimento social e econômico-financeiro;

III - determinar padrões mínimos de segurança econômico-financeira e atuarial, com fins específicos de preservar a liquidez, a solvência e o equilíbrio dos planos de benefícios, isoladamente, e de cada entidade de previdência complementar, no conjunto de suas atividades;

IV - assegurar aos participantes e assistidos o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos de benefícios;

V - fiscalizar as entidades de previdência complementar, suas operações e aplicar penalidades; e

VI - proteger os interesses dos participantes e assistidos dos planos de benefícios.

Ademais, conforme dispõe o art. 5º da LC n. 109/2001, os atos de “normatização, coordenação, supervisão, fiscalização e controle das atividades das entidades de previdência complementar serão realizados por órgão ou órgãos regulador e fiscalizador, conforme disposto em lei, observado o disposto no inciso VI do art. 84 da Constituição Federal”.

Além de estabelecer a distinção entre as relações de trabalho e de previdência privada, como destacado, o art. 202 da CF/1988, com a redação dada pela EC n. 20/1998, *consagrou o regime de capitalização. Esse regime financeiro*

pressupõe a constituição de reservas que garantam o benefício contratado, mediante o prévio recolhimento das contribuições vertidas pelo participante e pelo patrocinador, bem como os rendimentos auferidos com os investimentos realizados.

Ressalte-se que o patrimônio dos planos de previdência privada é autônomo, formado por “um conjunto de bens e direitos especialmente destinados, cujas características importam num singular regime jurídico” (BERBEL, Fábio Lopes Vilela. *Teoria Geral da Previdência Privada*. Ed. Conceito Editorial. Florianópolis, 2012, p. 238).

Ao contrário do regime financeiro de caixa ou de repartição simples – em que as contribuições dos trabalhadores ativos ajudam a financiar os benefícios que estão em gozo, como ocorre no RGPS –, o regime de capitalização, adotado na previdência complementar, tem como princípio a impossibilidade de haver benefício sem prévio custeio. Assim, para cada plano de benefícios, deve-se formar uma reserva matemática que, de acordo os cálculos atuariais, possibilitará o pagamento dos benefícios contratados.

As reservas matemáticas “são provisões técnicas que as entidades têm que constituir dentro do sistema contábil para que, em cada momento fiquem registradas todas as suas responsabilidades em relação aos compromissos assumidos para com os participantes; depois a lei exige que tais provisões encontrem contrapartida específica no ativo da entidade” (PÓVOAS, Manoel Sebastião Soares. *Previdência Privada. Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica*. São Paulo. Ed. Quartier Latin, 2007, p. 426).

Em consonância com o art. 202 da Constituição Federal, a LC n. 109/2001, em seu art. 18, §§ 1º a 3º, traz expressa exigência de que o plano de benefícios esteja em permanente equilíbrio financeiro e atuarial. Para tanto, a norma reitera a necessidade de contribuição para a constituição de capital garantidor dos benefícios, provisões e demais despesas do fundo, asseverando a obrigatoriedade do regime financeiro de capitalização.

Dispõe a norma em questão que:

Art. 18. O plano de custeio, com periodicidade mínima anual, estabelecerá o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios, fundos, provisões e à cobertura das demais despesas, em conformidade com os critérios fixados pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 1º O regime financeiro de capitalização é obrigatório para os benefícios de pagamento em prestações que sejam programadas e continuadas.

§ 2º Observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, o cálculo das reservas técnicas atenderá às peculiaridades de cada plano de benefícios e deverá estar expresso em nota técnica atuarial, de apresentação obrigatória, incluindo as hipóteses utilizadas, que deverão guardar relação com as características da massa e da atividade desenvolvida pelo patrocinador ou instituidor.

§ 3º As reservas técnicas, provisões e fundos de cada plano de benefícios e os exigíveis a qualquer título deverão atender permanentemente à cobertura integral dos compromissos assumidos pelo plano de benefícios, ressalvadas excepcionalidades definidas pelo órgão regulador e fiscalizador.

Por sua vez, o art. 19 da Lei Complementar n. 109/2001 trata das contribuições previstas para prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário, classificadas em normais – aquelas destinadas ao custeio dos benefícios previstos no respectivo plano – e extraordinárias – voltadas para o custeio de déficits, serviço passado e outras finalidades não incluídas na contribuição normal.

Assim, a viabilidade dessa espécie de regime depende necessariamente da manutenção do equilíbrio entre as reservas existentes no fundo específico – formado pelas contribuições tanto dos participantes quanto dos patrocinadores, bem como pela rentabilidade das aplicações e dos investimentos dessas contribuições – e os valores pagos aos participantes e assistidos, a título de benefícios.

Veja-se que:

O equilíbrio econômico-financeiro versa sobre a solidez do resultado apurado no encontro das receitas com as despesas, ou seja, sobre a suficiência de recursos arrecadados pelo plano de benefícios, no caso ora tratado para cobrir as despesas incorridas com o pagamento de benefícios. Assim, os fluxos de pagamentos de benefícios aos participantes deverá guardar correspondência com os recursos ingressados no respectivo plano.

Note-se, destarte, que, de fato, a solvência, a liquidez e o equilíbrio financeiro-econômico dos planos de benefícios têm nítida correlação entre si. Deles extrai-se a necessidade de os padrões mínimos estabelecidos pelos órgãos reguladores promoverem a capacidade das contribuições feitas ao plano de previdência e o patrimônio por elas formado serem suficientes para o cumprimento das obrigações da entidade de previdência complementar.

O equilíbrio atuarial apresenta-se como um novo elemento para este cenário de atenção à “saúde” financeira e econômica do plano de benefícios, pois corresponde à capacidade de projeção dos recursos financeiros necessários para a garantia dos benefícios previdenciários oferecidos.

Os complexos cálculos e controles atuariais envolvem o estudo de um cenário futuro em que o participante ou os beneficiários passarão a usufruir dos benefícios do plano de previdência e das situações extraordinárias, passíveis de ocorrência a qualquer tempo, que possam implicar pagamento de recursos aos participantes e beneficiários. Com base nestas análises, busca-se trazer ao contexto presente os recursos necessários para cumprir tais compromissos, a fim de determinar o valor das contribuições a serem efetuadas e das metas a serem alcançadas nos investimentos financeiros destes recursos.

Considerando que os compromissos assumidos pelo plano de benefícios têm natureza previdenciária, o cálculo atuarial, nestes casos, pondera o número de participantes e beneficiários do plano, a idade destes participantes e beneficiários, sua expectativa de vida, seus níveis salariais, além de outras condições previstas no regulamento do plano. Trata-se, desta forma, de uma análise criteriosa de classificação do perfil das obrigações assumidas pelo plano de benefícios. (BALERA, Wagner [Coord]. *Comentários à Lei de Previdência Privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 67/68).

Tanto é assim que, para a manutenção desse equilíbrio, o art. 21 da Lei Complementar n. 109/2001 prevê, na hipótese de resultado negativo, o equacionamento do déficit por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção de suas contribuições, sem prejuízo de ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que eventualmente deem causa a dano ou prejuízo, podendo-se implementar tal equacionamento, entre outras formas, por meio do aumento do valor das contribuições, da instituição de contribuição adicional ou da redução do valor dos benefícios a conceder.

Daí a importância de se observarem as possíveis repercussões no plano, na hipótese de mudanças posteriores não previstas nos benefícios concedidos, como, a exemplo da matéria aqui tratada, no caso de inclusão das horas extraordinárias habituais, incorporadas à remuneração do participante de plano de previdência complementar, em gozo do benefício, por decisão da Justiça trabalhista.

Com efeito, diante da exigência legal de se adotar o regime de capitalização e da necessidade de manter o equilíbrio atuarial do plano de benefícios, a interpretação que se dá ao contrato de previdência complementar deve visar à preservação desse equilíbrio, tendo sempre em conta os interesses da coletividade dos participantes do plano.

Qualquer alteração nas relações individuais entre entidade e participante que traga mudança nas regras de custeio e de concessão de benefícios pode ter reflexo nas reservas garantidoras do plano, impondo o equacionamento exigido pelo art. 21 da Lei Complementar n. 109/2001.

Ademais, para se cumprir a função social do contrato, é essencial observar o princípio do mutualismo. Não se pode admitir a concessão de benefício extemporâneo e maior do que o previsto ao se formar o fundo de reserva em favor de determinado assistido, em detrimento da coletividade dos participantes, assistidos e beneficiários, sob pena de malogro do próprio plano de benefícios.

A tese a ser firmada no presente julgamento diz respeito às hipóteses em que a verba em questão (horas extras) não foi paga enquanto vigente o contrato de trabalho, tendo sido reconhecida a existência de jornada extraordinária em ação autônoma, da qual a entidade de previdência privada não participou, quando o participante já se encontrava em fruição do benefício suplementar. Logo, o valor respectivo não se refletiu nas contribuições vertidas pelo participante, tampouco pela patrocinadora. Ademais, não se imputa à entidade demandada qualquer ilícito ou violação do regulamento do plano por ocasião da concessão inicial do benefício.

Não há controvérsia a respeito da natureza remuneratória das horas extras e do seu respectivo adicional.

Com efeito, assim dispõe o § 11 do art. 201 da CF/1988:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

(...)

§ 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei.

O Supremo Tribunal Federal, interpretando o dispositivo em questão, firmou o entendimento de que “a Constituição Federal consignou o caráter remuneratório das verbas referentes ao terço de férias usufruídas, à hora extra, aos adicionais de insalubridade, periculosidade e trabalho noturno” (ARE 1.048.172/SC AgR, Relator Ministro *Dias Toffoli*, Segunda Turma, julgado em 6/10/2017, DJe/247 de 26/10/2017, publicado em 27/10/2017).

No mesmo sentido, já decidiu esta Corte. A propósito:

Tributário. Recurso representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC e Resolução STJ 8/2008. Contribuição previdenciária a cargo da empresa. Regime Geral de Previdência Social. Base de cálculo. Adicionais noturno, de periculosidade e horas extras. Natureza remuneratória. Incidência. Precedentes de ambas as Turmas da Primeira Seção do STJ.

Síntese da controvérsia 1. Cuida-se de Recurso Especial submetido ao regime do art. 543-C do CPC para definição do seguinte tema: “Incidência de contribuição previdenciária sobre as seguintes verbas trabalhistas: a) horas extras; b) adicional noturno; c) adicional de periculosidade”.

(...)

Adicionais noturno, de periculosidade, horas extras: incidência

4. Os adicionais noturno e de periculosidade, as horas extras e seu respectivo adicional constituem verbas de natureza remuneratória, razão pela qual se sujeitam à incidência de contribuição previdenciária (AgRg no REsp 1.222.246/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 17/12/2012; AgRg no AREsp 69.958/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 20/6/2012; REsp 1.149.071/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/9/2010; Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 9/4/2013; REsp 1.098.102/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 17/6/2009; AgRg no Ag 1.330.045/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 25/11/2010; AgRg no REsp 1.290.401/RS; REsp 486.697/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 17/12/2004, p. 420; AgRg nos EDcl no REsp 1.098.218/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 9/11/2009).

Prêmio-gratificação: não conhecimento

5. Nesse ponto, o Tribunal *a quo* se limitou a assentar que, na hipótese dos autos, o prêmio pago aos empregados possui natureza salarial, sem especificar o contexto e a forma em que ocorreram os pagamentos.

6. Embora os recorrente tenham denominado a rubrica de “prêmio-gratificação”, apresentam alegações genéricas no sentido de que se estaria a tratar de abono (fls. 1.337-1.339), de modo que a deficiência na fundamentação recursal não permite identificar exatamente qual a natureza da verba controvertida (Súmula 284/STF).

7. Se a discussão dissesse respeito a abono, seria necessário perquirir sobre a subsunção da verba em debate ao disposto no item 7 do § 9º do art. 28 da Lei 8.212/1991, o qual prescreve que não integram o salário de contribuição as verbas recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário.

8. Identificar se a parcela em questão apresenta a característica de eventualidade ou se foi expressamente desvinculada do salário é tarefa que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

Conclusão

9. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008.

(REsp 1.358.281/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 23/4/2014, DJe 5/12/2014.)

Em tais circunstâncias, havendo previsão, no regulamento do plano de previdência privada, de que as parcelas de natureza remuneratória devem ser inseridas na base de cálculo das contribuições a serem recolhidas (pelo patrocinador e pelo participante) e ainda servir de parâmetro para o cálculo da renda mensal inicial do benefício de suplementação de aposentadoria, essas parcelas (horas extras), uma vez realizado o aporte correspondente, em regra deverão compor o cálculo do benefício a ser concedido.

Nesse contexto, não resta dúvida de que, no presente caso concreto (no qual ficou estabelecido pelas instâncias ordinárias haver previsão, no regulamento do plano, de que as parcelas de natureza remuneratória componham a base de cálculo das contribuições), em princípio, os valores correspondentes à remuneração do trabalho extraordinário habitual, no período de apuração da renda mensal inicial, deveriam ter refletido nas contribuições do participante e do patrocinador e, de igual modo, ter sido considerados para a fixação do valor do benefício.

No entanto, é de se reconhecer que a inclusão desses valores nos cálculos dos proventos de complementação de aposentadoria posteriormente à concessão do benefício, sem prévio suporte financeiro, além de desprezitar o comando legal do art. 18, §§ 1º a 3º, da Lei Complementar n. 109/2001, acarretará prejuízo ao fundo, podendo resultar em desequilíbrio do plano de benefícios, o que representa uma ameaça à preservação da segurança econômica e financeira atuarial para a coletividade dos participantes e a possível necessidade de recomposição das reservas, nos moldes previstos no art. 21 da lei complementar mencionada.

Em um primeiro momento, parece suficiente, para corrigir o problema da falta de fonte de custeio, a solução proposta pela Terceira Turma deste Tribunal no julgamento do REsp n. 1.525.732/RS – no sentido de reconhecer a procedência do pedido formulado, naquele caso concreto, pelo participante para condenar a entidade ré a reajustar o benefício, mediante a extemporânea contribuição correspondente aos valores que deixaram de ser recolhidos no momento oportuno.

Entretanto, tal providência, com as mais respeitadas vênias, não se concilia com a expressa exigência legal do prévio custeio (art. 18, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei Complementar n. 109/2001), resultando processo excessivamente oneroso para o fundo e para a coletividade dos participantes.

Com efeito, seria necessária a efetiva recomposição atuarial do plano, para possibilitar a inclusão dessas verbas no benefício, com a indispensável formação da reserva matemática (reserva de benefícios a conceder), exigida pela lei.

Não se afigura suficiente para essa recomposição que o recurso financeiro ingresse no fundo, com o aporte de valor atualizado das contribuições, que deveriam ter sido feitas pelo participante e pelo patrocinador, por meio de simples cálculo aritmético. De fato, a recomposição das reservas do plano demanda mais que um mero encontro de contas, exigindo a elaboração de complexos cálculos atuariais baseados em análises probabilísticas que devem retroagir ao momento em que cada aporte deixou de acontecer e na forma em que deveria ter ocorrido, impondo um recálculo individualizado em face de um plano mutualista.

Além disso, como se sabe, tramitam no Judiciário múltiplas ações individuais com pedidos semelhantes, impondo cada uma delas sucessivos equacionamentos localizados, com todas as dificuldades mencionadas e correspondentes custos operacionais, em prejuízo de toda a coletividade dos participantes, ameaçando a segurança econômica e financeira do fundo, dando a ideia de precariedade aos benefícios concedidos.

Como bem assinalou a PREVIC em sua manifestação, na qualidade de *amicus curiae* (e-STJ fl. 398):

Muito embora a presente contenda seja voltada em desfavor de entidade fechada de previdência complementar, mostra-se equivocada a perspectiva segundo a qual seria a própria entidade a suportar eventuais ônus decorrentes da condenação nesta ou nas muitas outras ações de idêntica natureza. São os participantes ativos, os assistidos, eventualmente os dependentes destes e os patrocinadores aqueles que efetivamente sofrerão os seus efeitos.

Não há como se evitar, em ações como a presente, que os elevados custos operacionais dos cálculos atuariais, das perícias e da própria defesa judicial envolvidos em cada caso concreto sejam efetivamente suportados pela coletividade dos participantes e beneficiários do plano. Além disso, conforme salientado anteriormente, a empregadora (patrocinadora), que deixou de reconhecer o trabalho extraordinário realizado no momento oportuno e, conseqüentemente, deu causa à falta do aporte necessário para o incremento do benefício, nem sequer faz parte da lide em que se pleiteia a revisão do benefício, não sendo possível, dessa forma, determinar, nessas ações, que ela, e não a coletividade dos participantes, assumam esse encargo.

Nesse contexto, não havendo nenhum ato ilícito praticado pela entidade de previdência complementar, diante da falta de prévio custeio e da onerosidade excessiva que representa para a coletividade dos participantes a recomposição do fundo, as parcelas ou os valores de natureza remuneratória devidos ao ex-empregado reconhecidos posteriormente à concessão do benefício de complementação de aposentadoria – como no caso das horas extras habituais – não podem repercutir no benefício concedido, sob pena de ofender o comando normativo do art. 18, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei Complementar n. 109/2001 e de acarretar o desequilíbrio financeiro e atuarial do plano, pois não foram consideradas ao se formar a prévia e necessária reserva matemática para o pagamento do benefício.

Cumprido ressaltar que a justa reparação pelo eventual prejuízo que o participante do plano de previdência complementar tiver sofrido em decorrência de ato ilícito de responsabilidade da patrocinadora, que implicou em benefício de complementação de aposentadoria menor do que aquele que lhe seria devido, deve ser buscada, se possível, na via processual adequada, em ação movida contra o ex-empregador.

Nada obstante, em relação às várias ações da mesma natureza já ajuizadas contra entidades de previdência privada, é de se reconhecer a possível inviabilidade da pretensão de reparação diretamente contra a patrocinadora, diante do tempo decorrido entre a prolação da sentença na Justiça trabalhista e o julgamento do presente recurso repetitivo.

Nesse sentido, tratando-se de matéria que tem ensejado interpretação controvertida no âmbito desta Seção de Direito Privado, em nome da segurança jurídica e com o fim de evitar um ocasional prejuízo a quem intentou ação idêntica e aguarda solução uniforme por parte do Poder Judiciário, propõe-se, por aplicação extensiva do § 3º do art. 927 do CPC/2015, uma delimitação do alcance da tese a ser firmada no presente julgamento.

Assim, excepcionalmente, propõe-se admitir o recálculo do benefício, nos termos pretendidos, nas ações da espécie propostas na Justiça comum até a data do julgamento do presente recurso repetitivo, condicionando-se tal recálculo ao prévio e integral restabelecimento das reservas matemáticas, por meio de aporte a ser vertido pelo participante, devendo a apuração dos valores correspondentes basear-se em estudo técnico atuarial, conforme disciplinado no regulamento do plano.

Tese definida para os fins do art. 1.036 do CPC/2015

a) “A concessão do benefício de previdência complementar tem como pressuposto a prévia formação de reserva matemática, de forma a evitar o desequilíbrio atuarial dos planos. Em tais condições, quando já concedido o benefício de complementação de aposentadoria por entidade fechada de previdência privada, é inviável a inclusão dos reflexos das verbas remuneratórias (horas extras) reconhecidas pela Justiça do Trabalho nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria.”

b) “Modulação dos efeitos da decisão para, em ações ajuizadas na Justiça comum até a data do presente julgamento, conferir a possibilidade de inclusão dos reflexos de verbas remuneratórias (horas extras), reconhecidas pela Justiça do Trabalho, nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria, condicionada à previsão regulamentar e à recomposição prévia e integral das reservas matemáticas com o aporte de valor a ser apurado por estudo técnico atuarial.”

Acréscimos ao voto

Na sessão de julgamento do dia 8/8/2018, o Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva* apresentou voto-vista sugerindo alterações no enunciado da tese para os fins do art. 1.036 do CPC/2015, as quais acolhi integralmente, ficando o texto, após os acréscimos, com a seguinte redação:

Teses definidas para os fins do art. 1.036 do CPC/2015:

a) “A concessão do benefício de previdência complementar tem como pressuposto a prévia formação de reserva matemática, de forma a evitar o desequilíbrio atuarial dos planos. Em tais condições, quando já concedido o benefício de complementação de aposentadoria por entidade fechada de previdência privada, é inviável a inclusão dos reflexos das verbas remuneratórias (horas extras) reconhecidas pela Justiça do Trabalho nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria.”

b) “Os eventuais prejuízos causados ao participante ou ao assistido que não puderam contribuir ao fundo na época apropriada ante o ato ilícito do empregador poderão ser reparados por meio de ação judicial a ser proposta contra a empresa ex-empregadora na Justiça do Trabalho.”

c) “Modulação dos efeitos da decisão (art. 927, § 3º, do CPC/2005): nas demandas ajuizadas na Justiça comum até a data do presente julgamento – se ainda for útil ao participante ou assistido, conforme as peculiaridades da causa –, admite-se a inclusão dos reflexos de verbas remuneratórias (horas extras), reconhecidas pela Justiça do Trabalho, nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria, condicionada à previsão regulamentar (expressa ou implícita) e à recomposição prévia e integral das reservas matemáticas com o aporte de valor a ser apurado por estudo técnico atuarial em cada caso.”

d) “Nas reclamações trabalhistas em que o ex-empregador tiver sido condenado a recompor a reserva matemática, e sendo inviável a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria complementar, os valores correspondentes a tal recomposição devem ser entregues ao participante ou assistido a título de reparação, evitando-se, igualmente, o enriquecimento sem causa da entidade fechada de previdência complementar.”

Julgamento do caso concreto

1. Negativa de prestação jurisdicional

Inicialmente, cumpre observar que, embora a petição do recurso especial mencione uma suposta violação do art. 538, parágrafo único, do CPC/1973, pela indevida aplicação de multa no julgamento dos embargos de declaração (e-STJ fl. 293), a recorrente não discorre sobre o tema em suas razões recursais. Além disso, o acórdão dos aclaratórios não faz menção alguma à penalidade em questão, razão pela qual não conheço dessa insurgência.

Rejeito a alegação de ofensa ao art. 535, II, do CPC/1973. O Tribunal de origem, ainda que em sentido contrário aos interesses da recorrente, julgou a controvérsia tal como apresentada no processo.

Com efeito, ao reformar a sentença, a Corte local entendeu que a autora teria o “direito de incluir no seu benefício as parcelas salariais reconhecidas na reclamatória trabalhista, em especial as horas extras e seus reflexos” (e-STJ fl. 255), salientando que, “embora o Regulamento não faça referência expressa às horas extras, não se pode olvidar que estas possuem caráter essencialmente remuneratório, pois correspondem à contraprestação por trabalho prestado, excedente à jornada diária normal, integrando parte do salário” (e-STJ fl. 257).

Ressaltou, por fim, quanto à ausência de fonte de custeio, que, “em que pese o artigo 202, *caput*, da CF determine a constituição de reservas para o pagamento dos benefícios, não pode a instituição de previdência privada utilizar tal argumento para se esquivar de sua obrigação, tampouco exigir que o aposentado complemente o que já recolheu, cabendo àquela planejar os descontos e os índices de contribuição” (e-STJ fls. 259/260).

Não houve, portanto, negativa de prestação jurisdicional, tendo o acórdão se manifestado de forma suficiente e motivada sobre as questões suscitadas nos autos.

2. Violação dos arts. 1º, 18, *caput* e § 3º, e 19 da LC n. 109/2001.

No caso, o acórdão recorrido, ao reconhecer o direito da parte autora de incluir no seu benefício as parcelas reconhecidas na reclamatória trabalhista, sem o aporte correspondente, dissentiu da orientação ora firmada.

Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao recurso especial para, admitido o recálculo do benefício, na forma determinada pelo TJRS, condicionar o pagamento de quaisquer diferenças ao prévio e integral restabelecimento das reservas matemáticas, por meio de aporte, a ser vertido pela recorrida, dos valores apurados mediante estudo técnico atuarial.

Configurada a sucumbência recíproca (art. 86 do CPC/2015), as custas e o valor total dos honorários advocatícios, conforme fixados na origem, deverão ser suportados na proporção do decaimento das partes, apurando-se os respectivos valores em liquidação.

Deferida a gratuidade da justiça na instância ordinária, deve ser observada a regra do § 3º do art. 98 do CPC/2015.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial, submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 1.036 do Código de Processo Civil de 2015/art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973), interposto por *Fundação Bannrisul de Seguridade Social*, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que deu provimento ao recurso de apelação interposto pela assistida.

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

Apelação cível. Previdência privada. Complementação de aposentadoria. Horas extras reconhecidas pela Justiça do Trabalho. Fundação Banrisul.

1. Inépcia da inicial. A petição inicial atende aos requisitos elencados no art. 282 do CPC. Não há que se confundir a necessidade de indicação dos fundamentos jurídicos com a dos fundamentos legais, que é dispensável. Na petição inicial resta claramente identificado o pedido e a causa de pedir.

2. Ilegitimidade ativa. A ré é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda, pois a relação contratual foi estabelecida entre ela e a autora.

3. Litisconsórcio passivo. Descabida formação de litisconsórcio passivo entre a demandada e o Banrisul, visto que a relação jurídica em debate diz respeito a benefício previdenciário de natureza complementar, não estando em liça relação obrigacional pela qual deva responder a instituição financeira.

4. Perícia atuarial. A prova atuarial postulada pela ré é desnecessária, pois a matéria controvertida é exclusivamente de direito e seu julgamento implica a interpretação de dispositivos regulamentares, havendo elementos suficientes para formação da convicção para o julgamento.

5. Mérito. Deve ser reconhecido o direito da parte autora de incluir no seu benefício as parcelas salariais reconhecidas na reclamatória trabalhista, tais como as horas extras e seus reflexos, pois aquelas integram a remuneração da parte e têm repercussão financeira no benefício previdenciário devido. Precedentes.

6. Não pode a instituição de previdência privada utilizar o argumento de ausência de fonte de custeio para se esquivar de sua obrigação, cabendo-lhe planejar os descontos e os índices de contribuição.

7. Sendo restituídos os valores dos benefícios devidos, cabível o desconto, mês a mês, das parcelas correspondentes à dedução do imposto de renda, bem como das contribuições previdenciárias.

Rejeitadas as preliminares contrarrecursais, deram provimento ao apelo, por maioria (fl. 247).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 278/284).

No especial, a recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, contrariedade aos arts. 535, II, do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973) e 1º, 18, *caput* e § 3º, e 19 da Lei Complementar n. 109/2001.

Na sessão do dia 13/6/2018, o Relator, Ministro Antonio Carlos Ferreira, deu parcial provimento ao recurso especial e fixou teses repetitivas em voto assim sumariado:

Recurso especial repetitivo. Direito Civil. Previdência privada. Verbas remuneratórias (horas extraordinárias). Reconhecimento pela Justiça Trabalhista. Inclusão nos cálculos de proventos de complementação de aposentadoria. Impossibilidade. Ausência de prévio custeio. Modulação de efeitos da decisão. Possibilidade de recálculo do benefício em ações já ajuizadas. Caso concreto. Recurso especial parcialmente provido.

1. Teses definidas para os fins do art. 1.036 do CPC/2015

a) “A concessão do benefício de previdência complementar tem como pressuposto a prévia formação de reserva matemática, de forma a evitar o desequilíbrio atuarial dos planos. Em tais condições, quando já concedido o benefício de complementação de aposentadoria por entidade fechada de previdência privada, é inviável a inclusão dos reflexos das verbas remuneratórias (horas extras) reconhecidas pela Justiça do Trabalho nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria.”

b) “Modulação dos efeitos da decisão para, em ações ajuizadas na Justiça comum até a data do presente julgamento, conferir a possibilidade de inclusão dos reflexos de verbas remuneratórias (horas extras), reconhecidas pela Justiça do Trabalho, nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria, condicionada à previsão regulamentar e à recomposição prévia e integral das reservas matemáticas com o aporte de valor a ser apurado por estudo técnico atuarial.”

2. Caso concreto

a) Inexiste afronta ao art. 535 do CPC/1973 quando o acórdão recorrido pronuncia-se de forma clara e suficiente, acerca das questões suscitadas nos autos, manifestando-se sobre todos os argumentos que, em tese, poderiam infirmar a conclusão adotada pelo Juízo.

b) O acórdão recorrido, ao reconhecer o direito da parte autora à inclusão no seu benefício do reflexo das verbas reconhecidas pela Justiça do Trabalho, sem o aporte correspondentes, dissentiu, em parte, da orientação ora firmada.

3. Recurso especial parcialmente provido.

Após, pedi vista antecipada dos autos para melhor exame das teses repetitivas formuladas e da modulação de efeitos proposta, haja vista o rico debate que se sucedeu na sessão de julgamento.

De início, no que se refere à possibilidade de modulação dos efeitos de decisão judicial das Cortes Superiores, o art. 927, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) expressamente a admitiu nos seguintes termos: “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.”

Assim, depreende-se que não só quando ocorrer alteração de jurisprudência dominante dos tribunais superiores pode ser aplicada, com parcimônia, ou seja, sem banalizações, tal técnica processual, mas também nos julgamentos envolvendo recurso repetitivo, condicionada, em quaisquer das situações, à necessidade de resguardo da segurança jurídica e da preservação do interesse social.

A propósito, confira-se a seguinte lição de Nelson Nery Júnior e de Rosa Maria de Andrade Nery:

(...)

(...) Agora há disposição expressa de lei permitindo a modulação no âmbito do STJ, TRF e TJ. (CPC 927 § 3º). Entretanto, nem precisaria haver previsão legal, tampouco aplicação analógica ou extensiva da LADIn 27, para que a solução hoje apregoadada pelo STF quanto à eficácia *ex nunc* das decisões de inconstitucionalidade em RE fosse admitida pelo sistema. Dizemos isso porque referida solução está em consonância com o próprio sistema constitucional brasileiro. Com efeito, o princípio da segurança jurídica pode indicar a eficácia para o futuro como solução para determinada situação concreta (...). Tudo isso está a indicar a existência, no sistema constitucional brasileiro, de mecanismo apto a justificar decisão dos tribunais superiores (STJ, TST, STF e STM) de deflagrarem efeitos *ad futurum* às suas decisões que modifiquem sua jurisprudência anterior (...).

(NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, págs. 1.842/1.843)

Infere-se, assim, que o novel Código de Processo Civil ampliou tanto em sentido vertical quanto horizontal as hipóteses de modulação dos efeitos de decisão judicial, já que essa faculdade não se restringe mais ao Supremo Tribunal Federal no exercício do controle abstrato ou difuso de constitucionalidade de ato normativo.

Com efeito, existindo interesse social e sendo a segurança jurídica necessária, as Cortes Superiores, na atualidade, também podem fazer uso de tal técnica tanto quando houver a superação de precedente (overruling) quanto a formação de precedente em recurso repetitivo.

Nesse contexto, a Primeira Seção, ao apreciar o Tema n. 106 (obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS) no REsp n. 1.657.156/RJ (Rel. Ministro Benedito

Gonçalves, DJe 4/5/2018), promoveu a modulação de efeitos nos seguintes termos:

(...)

Modulação dos efeitos

Por fim, cabe tratar da questão referente aos processos em curso que não atendem aos critérios acima descritos porquanto estão sendo definidos somente neste recurso repetitivo.

Nos termos do art. 927, § 3º, do CPC/2015:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

[...]

§ 3º 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.

Sendo assim, verifica-se que o caso em tela impõe a esta Corte Superior de Justiça a modulação dos efeitos deste julgamento, pois vinculativo (art. 927, inciso III, do CPC/2015), no sentido de que os critérios e requisitos estipulados somente serão exigidos para os processos que forem distribuídos a partir da conclusão do presente julgamento. (grifou-se)

Em outra ocasião, o aludido Colegiado também modulou os efeitos de recurso repetitivo já julgado ao acolher em parte embargos de declaração. Confira-se a ementa dos EDcl no REsp n. 1.336.026/PE (Rel. Ministro Og Fernandes, DJe 22/6/2018), transcrita no que interessa:

Processual Civil. Embargos de declaração em recurso especial representativo de controvérsia. Execução de sentença contra a Fazenda Pública. (...) *Vícios sanados. Modulação de efeitos. Cabimento. Embargos de declaração acolhidos parcialmente, julgados sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e do art. 256-N e seguintes do Regimento Interno do STJ.*

(...)

9. *Tese firmada, tendo sido alterada parcialmente aquela fixada no voto condutor, com a modulação dos efeitos: "A partir da vigência da Lei n. 10.444/2002, que incluiu o § 1º ao art. 604, dispositivo que foi sucedido, conforme Lei n. 11.232/2005, pelo art. 475-B, §§ 1º e 2º, todos do CPC/1973, não é mais imprescindível, para acertamento da conta exequenda, a juntada de documentos pela parte executada, ainda que esteja pendente de envio eventual documentação*

requisitada pelo juízo ao devedor, que não tenha havido dita requisição, por qualquer motivo, ou mesmo que a documentação tenha sido encaminhada de forma incompleta pelo executado. Assim, sob a égide do diploma legal citado e para as decisões transitadas em julgado sob a vigência do CPC/1973, a demora, independentemente do seu motivo, para juntada das fichas financeiras ou outros documentos correlatos aos autos da execução, ainda que sob a responsabilidade do devedor ente público, não obsta o transcurso do lapso prescricional executório, nos termos da Súmula 150/STF".

10. *Os efeitos decorrentes dos comandos contidos neste acórdão ficam modulados a partir de 30/6/2017, com fundamento no § 3º do art. 927 do CPC/2015.* Resta firmado, com essa modulação, que, para as decisões transitadas em julgado até 17/3/2016 (quando ainda em vigor o CPC/1973) e que estejam dependendo, para ingressar com o pedido de cumprimento de sentença, do fornecimento pelo executado de documentos ou fichas financeiras (tenha tal providência sido deferida, ou não, pelo juiz ou esteja, ou não, completa a documentação), o prazo prescricional de 5 anos para propositura da execução ou cumprimento de sentença conta-se a partir de 30/6/2017.

11. Embargos de declaração acolhidos parcialmente.

12. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e do art. 256-N e seguintes do Regimento Interno do STJ. (grifou-se)

Desse modo, na espécie, tratando-se de recurso especial submetido ao rito dos recursos repetitivos, falta saber se é necessária a modulação de efeitos no tema sob apreciação (Tema n. 955).

Isso porque a matéria controvertida - definir se o participante de plano de previdência privada faz jus à revisão de sua renda mensal inicial após o reconhecimento de horas extraordinárias habituais pela Justiça do Trabalho - era antes julgada e apreciada pela própria Justiça laboral.

E, naquela Justiça especializada, a jurisprudência que se consolidou foi a de ser possível tal revisão de valores na aposentadoria complementar, mesmo porque já se condenava o ex-empregador (patrocinador) a recompor a reserva matemática, como se extrai da Orientação Jurisprudencial (OJ) n. 18 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-I).

Após o STF estabelecer, em repercussão geral, que as questões envolvendo a complementação de aposentadoria seriam de competência da Justiça Comum (RE n. 586.453/SE, Rel. para acórdão Ministro Dias Toffoli, DJe 5/6/2013), o entendimento jurisprudencial então dominante naquela seara passou a ser frequentemente adotado, com leves modificações, pelas Cortes de Justiça estaduais.

Todavia, quando a controvérsia chegou ao Superior Tribunal de Justiça, as Turmas de Direito Privado encontraram soluções distintas: a Terceira Turma admitiu a revisão da renda mensal inicial, desde que recomposta a reserva matemática, ao passo que a Quarta Turma não a admitiu, já que não observada prévia contribuição, ínsita ao regime de capitalização.

Nesse passo, cumpre asseverar que em demandas envolvendo a Fundação Eletrosul de Previdência e Assistência Social (ELOS) esta Corte Superior reconheceu, tanto em julgados da Terceira quanto da Quarta Turmas, ser possível ao assistido que recebia benefício proporcional receber o integral, desde que vertesse a joia (cumprisse o requisito da constituição da reserva garantidora), sobretudo porque o regulamento do plano previdenciário dispunha a respeito, não sendo empecilho, assim, para promover a revisão de valores a ausência de custeio prévio (REsp n. 1.245.683/SC, Rel. Ministro Marco Buzzi, DJe 5/11/2015, e REsp n. 1.520.435/SC, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 4/4/2017).

De qualquer forma, somente neste recurso repetitivo é que a tese de pretensão reparatória a ser dirigida contra o ex-empregador foi levantada, o que constituiu uma inovação importante, pois eventuais direitos do então empregado lesado poderiam ser resguardados de modo mais efetivo, porquanto em uma só demanda judicial (reclamação trabalhista) conseguiria ser totalmente compensado pelos prejuízos causados pelo ato ilícito do empregador (verbas trabalhistas e indenizatórias e, agora, reflexos frustrados na aposentadoria suplementar).

Nesse cenário, verifica-se, de fato, a necessidade de modulação dos efeitos da decisão a ser proferida neste recurso repetitivo, já que presentes o interesse social e a imprescindibilidade de proteção da segurança jurídica: são diversos participantes e assistidos os quais passaram a litigar na Justiça Comum e que, por muitos anos, estavam amparados em jurisprudência pacífica da Justiça do Trabalho.

Logo, com a nova orientação desta Segunda Seção acerca da matéria, deve-se dar opção ao participante/assistido que já ajuizou ação na Justiça Comum de revisar a sua renda mensal inicial nos termos do voto do Relator, se tal solução lhe for útil, tendo em vista que outra reclamação trabalhista na Justiça laboral pode estar fulminada pela prescrição.

É certo que a recomposição da reserva matemática pelo assistido pode lhe ser muito onerosa, mas, com relação às cotas patronais, poderá reaver o que despendeu do ex-empregador, se este já não foi condenado pela Justiça do

Trabalho a promover tal recolhimento. Como cediço, a empresa empregadora, na condição de patrocinadora, em alguns planos de benefícios, contribui em proporção maior que o empregado (às vezes em valor superior a duas ou três vezes) e a Justiça especializada vem condenando-a continuamente a pagar os valores de custeio como decorrência/reflexo das horas extras reconhecidas.

Assim, a tese repetitiva de modulação dos efeitos é medida que se impõe para proteger a confiança do jurisdicionado e evitar a disseminação de eventual “jurisprudência lotérica”, o que não se coadunaria com a busca da segurança jurídica.

Diante do exposto, propõe-se os seguintes ajustes e teses jurídicas para os efeitos dos arts. 1.038 e 1.039 do CPC/2015:

I - A concessão do benefício de previdência complementar tem como pressuposto a prévia formação de reserva matemática, de forma a evitar o desequilíbrio atuarial dos planos. Em tais condições, quando já concedido o benefício de complementação de aposentadoria por entidade fechada de previdência privada, é inviável a inclusão dos reflexos das verbas remuneratórias (horas extras) reconhecidas pela Justiça do Trabalho nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria.

II - Os eventuais prejuízos causados ao participante ou ao assistido que não puderam contribuir ao fundo na época apropriada ante o ato ilícito do empregador poderão ser reparados por meio de ação judicial a ser proposta contra a empresa ex-empregadora na Justiça do Trabalho.

III - Modulação de efeitos (art. 927, § 3º, do CPC/2015): para as demandas ajuizadas na Justiça Comum até a data do presente julgamento, e ainda sendo útil ao participante ou assistido, conforme as peculiaridades da causa, admite-se a inclusão dos reflexos de verbas remuneratórias (horas extras), reconhecidas pela Justiça do Trabalho, nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria, condicionada à previsão regulamentar (expressa ou implícita) e à recomposição prévia e integral das reservas matemáticas com o aporte de valor a ser apurado por estudo técnico atuarial em cada caso.

IV - Nas reclamações trabalhistas em que o ex-empregador tiver sido condenado a recompor a reserva matemática, e sendo inviável a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria complementar, os valores correspondentes a tal recomposição devem ser entregues ao participante ou assistido a título de reparação, evitando-se, igualmente, o enriquecimento sem causa do ente fechado de previdência complementar.

Verifica-se que no item II foi ressalvada a possibilidade da pretensão reparatória a ser buscada na Justiça do Trabalho contra o ex-empregador por

frustrar, diante do ato ilícito cometido, o recebimento a maior da suplementação de aposentadoria.

Já no item III, aperfeiçou-se a redação, pois, como cediço, os regulamentos dos planos de previdência complementar podem ser divididos em três grupos quanto à inclusão das horas extras no salário de contribuição: (i) aqueles que preveem expressamente as horas extras como objeto do salário de contribuição, (ii) aqueles que são omissos quanto às horas extras, mas admitem, em geral, verbas de natureza salarial ou remuneratória (previsão implícita das horas extraordinárias) e (iii) aqueles que excluem, de forma expressa, as parcelas alusivas às horas extras.

Por fim, no item IV, foi feita alusão às cotas patronais a serem vertidas pelo ex-empregador por força de condenação transitada em julgado na Justiça do Trabalho e que não podem ser usadas para provocar a revisão da suplementação de aposentadoria do ex-empregado.

Ante o exposto, acompanho o Relator, Ministro Antonio Carlos Ferreira, para dar parcial provimento ao recurso especial, ajustando as teses repetitivas propostas.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.680.318-SP (2017/0146777-1)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Bradesco Seguros S/A

Advogados: Luis Felipe Freire Lisboa e outro(s) - DF019445

Alessandra Marques Martini e outro(s) - SP270825

Recorrido: Benedito Gomes de Oliveira

Advogados: José Francisco Ventura Batista - SP291552

Monique Fernanda de Siqueira Silveira - SP331519

Interes.: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - “Amicus Curiae”

Advogado: Christian Tarik Printes - SP316680

Interes.: Federação Nacional de Saúde Suplementar - “Amicus Curiae”

Advogados: Samuel Mac Dowell de Figueiredo e outro(s) - SP029393

Roberta Benito Dias e outro(s) - SP207719

Interes.: Unimed do Brasil Confederação Nacional das Cooperativas Médicas -
“Amicus Curiae”

Advogados: Márcia Aparecida Mendes Maffra Rocha - SP211945

Raphael Carvalho de Oliveira - SP366173

Interes.: Associação Civil SOS Consumidor - “Amicus Curiae”

Advogado: Marli Aparecida Sampaio - SP134739

Interes.: Instituto de Estudos de Saúde Suplementar - “Amicus Curiae”

Advogado: Luiz Felipe Conde e outro(s) - RJ087690

EMENTA

Recurso especial repetitivo. Civil. Plano de saúde coletivo empresarial. Ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa. Assistência médica. Manutenção. Arts. 30 e 31 da Lei n. 9.656/1998. Requisitos não preenchidos. Contribuição exclusiva do empregador. Vigência do contrato de trabalho. Coparticipação do usuário. Irrelevância. Fator de moderação. Salário indireto. Descaracterização.

1. Tese para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: Nos planos de saúde coletivos custeados exclusivamente pelo empregador não há direito de permanência do ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa como beneficiário, salvo disposição contrária expressa prevista em contrato ou em acordo/convenção coletiva de trabalho, não caracterizando contribuição o pagamento apenas de coparticipação, tampouco se enquadrando como salário indireto.

2. No caso concreto, recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Seção, por unanimidade, no caso concreto, dar provimento ao recurso especial para julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial, invertidos os ônus da sucumbência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os fins do artigo 1.040 do CPC/2015, foi firmada a seguinte tese repetitiva: Nos planos de saúde coletivos custeados exclusivamente pelo empregador não há direito de permanência do ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa como beneficiário, salvo disposição contrária expressa prevista em contrato ou em acordo/convenção coletiva de trabalho, não caracterizando contribuição o pagamento apenas de coparticipação, tampouco se enquadrando como salário indireto. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Nancy Andrighi, Luis Felipe Salomão, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Brasília (DF), 22 de agosto de 2018 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

DJe 24.8.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por *Bradesco Saúde S.A.*, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Noticiam os autos que *Benedito Gomes de Oliveira*, ex-empregado da Gerdau Aços Longos S.A., ajuizou ação de obrigação de fazer contra a operadora ora recorrente objetivando a manutenção no plano de saúde coletivo empresarial nas mesmas condições de cobertura assistencial e de valores da época em que estava em vigor o contrato de trabalho, arcando com a integralidade dos custos, inclusive os da empresa, nos termos dos arts. 30 e 31 da Lei n. 9.656/1998.

O magistrado de primeiro grau, entendendo que “(...) a assistência à saúde nada mais é do que um salário indireto” (fl. 294) e que “(...) o empregado contribuiu, mesmo que indiretamente, para o custeio do plano” (fl. 294), julgou procedentes os pedidos formulados na inicial para manter o autor e dependentes no plano coletivo de assistência médica desde que ele assumisse o pagamento integral da mensalidade.

Irresignada, a demandada interpôs apelação, a qual não foi provida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

Legitimidade passiva *ad causam* da seguradora Bradesco. Reconhecimento. Operadora que se mostra como a única que reúne condições de titularizar a obrigação e de atender ao comando legal (art. 31 da Lei n. 9.656/98). Empresa estipulante que não mantém mais nenhum vínculo com o segurado. Precedentes. Preliminar rejeitada.

Denúnciação da lide. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (Súmula 469 do STJ). Pretensão de denúnciação da estipulante do contrato de plano de saúde coletivo. Inadmissibilidade. Exegese do art. 88 do CDC. Precedentes. Não incidência, ademais, das hipóteses do art. 125 do NCPC.

Plano de saúde. Pedido de manutenção de aposentado no plano de saúde coletivo administrado pela ré, nas mesmas condições anteriores ao seu desligamento da empresa estipulante. Plausibilidade. Requisitos do Art. 31 da Lei n. 9.656/1998 preenchidos. Natureza jurídica da participação do empregado no custeio do contrato, se a título de contribuição ou participação, que é irrelevante. Efetiva contribuição do segurado para o custeio do plano por mais de dez anos (co-participação). Comprovação. Direito de permanecer nas mesmas condições, assumindo o pagamento integral das prestações. Reconhecimento. Sentença mantida. Recurso desprovido (fl. 336).

No especial, a recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 30, § 6º, e 31 da Lei n. 9.656/1998 e 458, § 2º, IV, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Sustenta, em síntese, que o ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa, para ser mantido no plano de saúde coletivo, precisa ter contribuído com o pagamento de mensalidades, o que não foi o caso dos autos, pois o demandante apenas custeava a coparticipação.

Acrescenta que não é considerada contribuição a coparticipação do consumidor, única e exclusivamente, em procedimentos, como fator de moderação, na utilização dos serviços de assistência médica ou hospitalar, sobretudo nos planos coletivos custeados integralmente pela empresa.

Aduz também que o plano de saúde não pode ser considerado salário de qualquer espécie, ou seja, não é considerado salário indireto.

Após a apresentação de contrarrazões (fls. 389/398), o recurso especial foi admitido na origem (fls. 399/401).

Diante da multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica tese controvertida (*saber se o ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa*

faz jus à manutenção no plano de saúde coletivo empresarial quando, na atividade, a contribuição foi suportada apenas pela empresa empregadora), o julgamento do presente recurso especial foi submetido à Segunda Seção desta Corte, conforme o rito dos arts. 1.036 e 1.037 do Código de Processo Civil de 2015 - CPC/2015 (fls. 411/419).

Foram expedidos ofícios aos Presidentes dos Tribunais de Justiça e foi facultada a manifestação, na qualidade de *amicus curiae*, dos seguintes entes ou órgãos: Defensoria Pública da União (DPU), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Federação Nacional de Saúde Suplementar (FENASAÚDE), Instituto de Estudos de Saúde Suplementar (IESS), Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) e Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON), que apresentaram petições (fls. 437/485, 503/552 e 742/776) ou quedaram-se inertes (Certidões de fls. 583 e 812).

O Ministério Público Federal, em parecer, opinou “(...) pelo desprovemento do recurso especial e, por conseguinte, tendo em vista a afetação do presente recurso ao rito dos repetitivos, que seja firmada tese no sentido de ser possível a manutenção de ex-empregados em planos de saúde empresariais coletivos, custeados integralmente pelo ex-empregador, desde que assuma o integral pagamento das prestações mensais” (fl. 502).

Por fim, foram admitidas também as seguintes entidades como *amici curiae*: Confederação Nacional das Cooperativas Médicas (*Unimed do Brasil*) e Associação Civil S.O.S Consumidor (fls. 693/694 e 731/732), as quais apresentaram petições.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): A questão controvertida na presente via recursal consiste em definir se o ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa faz jus à manutenção no plano de saúde coletivo empresarial quando, na atividade, a contribuição foi suportada apenas pela empresa empregadora.

Ademais, eis a proposta feita pela Ministra Nancy Andrighi quando da afetação do feito ao rito dos recursos repetitivos:

(...) que seja acrescido à tese já bem delimitada pelo relator a averiguação a respeito da possibilidade de: a) o pagamento na forma de coparticipação configurar contribuição do empregado ao custeio do plano de saúde coletivo empresarial; e b) eventual existência de disposição contratual ou coletiva de trabalho em sentido contrário influenciar a solução da controvérsia (fl. 417).

Feitos os esclarecimentos acima, passa-se ao exame das questões litigiosas apresentadas.

1. Dos planos coletivos custeados integralmente pela empresa e dos benefícios dos arts. 30 e 31 da Lei n. 9.656/1998

Como cedição, é assegurado ao trabalhador demitido sem justa causa ou ao aposentado *que contribuiu* para o plano de saúde em decorrência do vínculo empregatício o direito de manutenção como beneficiário nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral (arts. 30 e 31 da Lei n. 9.656/1998).

Extrai-se, assim, que uma das condições exigidas para a aquisição desse direito é o empregado contribuir, na atividade, para o custeio do plano de saúde, não podendo ser considerados para tanto os pagamentos a título exclusivo de coparticipação.

Com efeito, nos termos do art. 30, § 6º, da Lei n. 9.656/1998, não é considerada contribuição a coparticipação do consumidor, única e exclusivamente, em procedimentos, como fator de moderação, na utilização dos serviços de assistência médica ou hospitalar, como ocorre nos planos coletivos custeados integralmente pela empresa.

Eis a redação dos arts. 30, § 6º, e 31, § 2º, da Lei n. 9.656/1998:

Art. 30. Ao consumidor que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral.

(...)

§ 6º Nos planos coletivos custeados integralmente pela empresa, não é considerada contribuição a co-participação do consumidor, única e exclusivamente, em procedimentos, como fator de moderação, na utilização dos serviços de assistência médica ou hospitalar.

Art. 31. Ao aposentado que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, pelo prazo mínimo de dez anos, é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral.

(...)

§ 2º Para gozo do direito assegurado neste artigo, observar-se-ão as mesmas condições estabelecidas nos §§ 2º, 3º, 4º, 5º e 6º do art. 30.

Desse modo, contribuir para o plano de saúde significa, nos termos da lei, pagar uma mensalidade, independentemente de se estar usufruindo dos serviços de assistência médica.

A coparticipação, por sua vez, é um fator de moderação, previsto em alguns contratos, que consiste no valor cobrado do consumidor apenas quando utilizar o plano de saúde, possuindo, por isso mesmo, valor variável, a depender do evento sucedido. Sua função, portanto, é a de desestimular o uso desenfreado dos serviços da saúde suplementar.

A propósito, cabe conferir o conceito constante na Resolução Normativa (RN) n. 279/2011 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que regulamentou os arts. 30 e 31 da Lei n. 9.656/1997:

Art. 2º Para os efeitos desta Resolução, considera-se:

I – *contribuição: qualquer valor pago pelo empregado, inclusive com desconto em folha de pagamento, para custear parte ou a integralidade da contraprestação pecuniária de seu plano privado de assistência à saúde oferecido pelo empregador em decorrência de vínculo empregatício, à exceção dos valores relacionados aos dependentes e agregados e à co-participação ou franquia paga única e exclusivamente em procedimentos, como fator de moderação, na utilização dos serviços de assistência médica ou odontológica;* (grifou-se)

Logo, quanto aos planos de saúde coletivos custeados exclusivamente pelo empregador, não há direito de permanência do ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa como beneficiário, salvo disposição contrária expressa prevista em contrato ou em convenção coletiva de trabalho, sendo irrelevante a existência de coparticipação, pois, como visto, esta não se confunde com contribuição.

Nesse sentido, a seguinte lição de Luiz Celso Dias Lopes:

(...)

5.1.2 *A configuração de contribuição do empregado para o pagamento do prêmio ou contraprestação pecuniária enquanto ativo*

O segundo requisito previsto tanto no artigo 30 como no artigo 31, ambos da Lei dos Planos de Saúde, é a contribuição para o pagamento ou custeio do plano, que pode ser na modalidade de pré ou pós-pagamento.

(...)

De acordo com o artigo 30, § 6º, da lei em comento, não é considerada contribuição para fins do direito de manutenção no plano coletivo, a coparticipação do beneficiário, única e exclusivamente, em procedimentos como fator moderador na utilização dos serviços.

Coparticipação e franquia são considerados mecanismos de regulação financeiros e são atualmente regulados pela Resolução do CONSU n. 08/98 que, aliás, também repete no artigo 3º, parágrafo único, a mesma regra prevista na lei acima citada.

Segundo a própria Resolução do CONSU n. 08/98, no seu artigo 3º, I e II, franquia é o valor estabelecido em contrato até o qual a operadora não tem responsabilidade e *coparticipação é a parte efetivamente paga pelo beneficiário à empresa empregadora ou à operadora por ocasião da realização de procedimentos, respectivamente.*

Agiu bem o legislador, pois fosse caracterizada a coparticipação como contribuição a ensejar a garantia de manutenção, ora sob estudo, estar-se-ia criando evidente tratamento desigual a prejudicar a isonomia desejada e necessária.

(LOPES, Luiz Celso Dias. A garantia de manutenção em planos coletivos empresariais para demitidos e aposentados. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (org.). **Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pág. 300 - grifou-se)

Por outro lado, impende asseverar que na hipótese de inclusão do empregado em outro plano privado de assistência à saúde (plano superior), possuidor, desta vez, de pagamento de valor periódico fixo (*upgrade*), oferecido pelo empregador em substituição ao originalmente disponibilizado sem a sua participação, incidirão os direitos previstos nos arts. 30 e 31 da Lei n. 9.656/1998, porquanto tal diferença de contribuição não se caracterizará como fator de moderação.

No ponto, cumpre transcrever o art. 6º, que complementa o art. 2º, I, ambos da RN n. 279/2011 da ANS:

Da Contribuição

Art. 6º Para fins dos direitos previstos nos artigos 30 e 31 da Lei n. 9.656, de 1998, e observado o disposto no inciso I do artigo 2º desta Resolução, *também considera-se contribuição o pagamento de valor fixo, conforme periodicidade contratada, assumido pelo empregado que foi incluído em outro plano privado de*

assistência à saúde oferecido pelo empregador em substituição ao originalmente disponibilizado sem a sua participação financeira.

§ 1º Os direitos previstos nos artigos 30 e 31 da Lei n. 9.656, de 1998, não se aplicam na hipótese de planos privados de assistência à saúde com característica de preço pós-estabelecido na modalidade de custo operacional, uma vez que a participação do empregado se dá apenas no pagamento de co-participação ou franquia em procedimentos, como fator de moderação, na utilização dos serviços de assistência médica ou odontológica.

§ 2º Ainda que o pagamento de contribuição não esteja ocorrendo no momento da demissão, exoneração sem justa causa ou aposentadoria, é assegurado ao empregado os direitos previstos nos artigos 30 e 31 da Lei n. 9.656, de 1998, na proporção do período ou da soma dos períodos de sua efetiva contribuição para o plano privado de assistência à saúde. (grifou-se)

Nessa vertente, confira-se também a Súmula Normativa n. 8/ANS, de seguinte teor:

Súmula Normativa n. 8, de 27 de junho de 2005

A Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, no uso da competência que lhe é conferida pelos incisos XVII e XXI, do art. 4º, combinados com o inciso II, do art. 10, ambos da Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000, em conformidade com o inciso III, do art. 64 do Regimento Interno aprovado pela Resolução Normativa – RN n. 81, de 2 de setembro de 2004:

Considerando que a Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998, em seus arts. 30 e 31 e as Resoluções Consu n. 20 e 21, ambas de 23 de março de 1999, garantem ao consumidor, que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º, do art. 1º, da mencionada Lei, em decorrência de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa ou aposentadoria, o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral;

Considerando, ainda, que o § 6º, do art. 30, da referida Lei, determina que nos planos coletivos integralmente custeados pela empresa, não é considerada contribuição a co-participação do consumidor, única e exclusivamente, em procedimentos, como fator de moderação, na utilização dos serviços de assistência médica ou hospitalar;

Por fim, considerando, que o consumidor configura-se contribuinte de outro plano, quando adicionalmente ao plano originalmente disponibilizado, em decorrência de vínculo empregatício, sem qualquer participação do mesmo, contribuir individualmente com mensalidade previamente fixada, inclusive com desconto na folha de pagamento, com a finalidade de acessar, por exemplo, rede

assistencial diferenciada, atendimento hospitalar em acomodação individual ou livre escolha de prestadores, tendo em vista que resulta na modificação das características do plano.

Resolve adotar o seguinte entendimento vinculativo:

Não se caracteriza como fator de moderação, previsto no § 6º, do art. 30, da Lei 9.656, de 1998, o pagamento fixo mensal realizado pelo consumidor, adicionalmente ao plano disponibilizado decorrente de vínculo empregatício e sem a sua participação, com a finalidade de acessar rede assistencial diferenciada, atendimento hospitalar em acomodação individual ou livre escolha de prestadores, entre outros.

Nessas hipóteses, serão assegurados ao consumidor, para o plano ao qual estava vinculado, os direitos previstos nos arts. 30 e 31, da Lei n. 9.656, de 1998 e nas Resoluções Consu n. 20 e 21, ambas de 23 de março de 1999. (grifou-se)

Ademais, quanto à caracterização como salário indireto do plano de assistência médica, hospitalar e odontológica concedido pelo empregador, o art. 458, § 2º, IV, da CLT é expresso em dispor que esse benefício *não possui índole salarial*, sejam os serviços prestados diretamente pela empresa ou por determinada operadora.

Confira-se:

Art. 458 - Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações 'in natura' que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas.

(...)

§ 2º Para os efeitos previstos neste artigo, *não serão consideradas como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador:*

(...)

IV – *assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde;* (grifou-se)

Efetivamente, o plano de saúde fornecido pela empresa empregadora, mesmo a título gratuito, não possui natureza retributiva, não constituindo salário-utilidade (salário *in natura*), sobretudo por não ser contraprestação ao trabalho. Ao contrário, referida vantagem apenas possui natureza preventiva e assistencial, sendo uma alternativa às graves deficiências do Sistema Único de Saúde (SUS), obrigação do Estado.

Sobre o tema, o Ministro Ives Gandra Martins Filho, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), assim concluiu em voto proferido no Recurso de Revista n. 451318-95.1998.5.01.5555:

(...)

b) Salário *in natura* - Plano de saúde

O plano de saúde oferecido gratuitamente ao empregado, por se revestir de caráter assistencial, representa uma vantagem para o trabalho, e não apenas um conforto para o beneficiado, diante da efetiva carência do sistema público de saúde brasileiro, que não tem condições de oferecer assistência médica satisfatória, e prontamente, para todos que dela necessitam.

Ora, um empregado que depende da lentidão do atendimento médico oferecido pelos hospitais públicos (filas, demora na realização de consultas e de exames, etc.) pode negligenciar os cuidados médicos indispensáveis ou ter a recuperação de sua saúde mais demorada e, por isso, pode estar sujeito a praticar mais faltas ao trabalho, ser mais vulnerável a acidentes de trabalho ou realizar suas tarefas sem motivação, sendo certo que todas essas conseqüências podem gerar prejuízos para a empresa.

O plano de saúde particular oferece atendimento médico imediato ao contratado. Assim, quando a empresa oferece um plano de saúde ao empregado, é manifesto o seu intuito de poder contar com sua mão-de-obra assídua, eficiente e produtiva, não podendo a vantagem ter feição de salário indireto, por não ser contraprestação ao trabalho.

De outro lado, a tese que empresta natureza de salário-utilidade a plano de saúde e a outros benefícios de caráter assistencial, liberalmente concedidos pelas empresas, apenas tem trazido desvantagens e prejuízos para a classe trabalhadora e, também, para a sociedade, por inibir a sua concessão pelo empregador. Nesse sentido, cumpre registrar precedentes desta Corte:

Salário in natura - Assistência médica. Se fornecida gratuitamente a assistência médica, pela sua grande importância para a saúde do trabalhador (importância social, conseqüentemente), não deve gerar acréscimo salarial como "utilidade", sob pena de desestímulo à sua concessão pelo empregador. Recurso de revista parcialmente provido. (TST-RR-181971/95, 3ª Turma, Rel. Min. José Zito Calazans, in DJ de 20/02/98).

As antecipações no campo social, com outorga de direitos além daqueles assegurados pela legislação, não devem sofrer interpretação elástica, sob pena de verdadeira inibição da classe patronal, em prejuízo para os próprios trabalhadores e, até mesmo para a sociedade. (TST-RO-DC-701/81, Rel. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, in DJ de 12/08/82).

Se, por um lado, tudo aquilo que o empregado recebe do empregador e que lhe poupa um gasto decorrente de necessidade a ser atendida pelo salário (CF, art. 7º, IV; CLT, art. 76) entraria, em princípio, no conceito de salário indireto, por outro, a liberalidade decorrente da concessão gratuita de plano de saúde, mais do que poupar gasto, constitui comodidade ofertada pelo empregador, já que o trabalhador conta, em princípio, com o serviço público de saúde, mais demorado e de pior qualidade, mas que atende à necessidade que o salário visaria a cobrir. (TST, RR-451318-95.1998.5.01.5555, Rel. Ministro *Ives Gandra Martins Filho*, DJ de 30/5/2003 - grifou-se)

No mesmo sentido, cumpre colacionar também o seguinte julgado:

I - *Recurso de revista do reclamado.*

(...)

Salário e remuneração. Integração. Plano de saúde.

O inciso IV do parágrafo 2º do artigo 458 da CLT é expresso ao esterilizar de cunho salarial os valores pertinentes à assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde.

Recurso de Revista conhecido e provido, no particular. (TST, RR-9962700-09.2003.5.04.0900, Rel. Ministro *Emmanoel Pereira*, DEJT 18/9/2009)

Vale destacar, ainda, os ensinamentos de Mauricio Godinho Delgado, doutrinador e Ministro do TST:

(...)

III. *Meios de pagamento salarial: salário-utilidade*

Autoriza o Direito do Trabalho o pagamento do salário em pecúnia (dinheiro, moeda nacional) ou em bens ou serviços, designados sob o epíteto genérico de utilidades (art. 458, *caput*, CLT). Institucionaliza, assim, o ramo justrabalhista o salário-utilidade ou *in natura*.

1. *Caracterização do Salário-utilidade*

Não considera, porém, a ordem jurídica que todo fornecimento de bens ou serviços (utilidades) pelo empregador ao empregado ao longo do contrato configure-se como salário in natura; nem todo fornecimento de utilidades assume, portanto, natureza salarial. Há requisitos à configuração do salário-utilidade, sem cuja presença a parcela fornecida não se considera como parte integrante do salário contratual obreiro.

(...)

Na mesma medida, também *não constituirá salário-utilidade o bem ou serviço ofertado em cumprimento de dever legalmente imposto ao empregador.*

(...)

Nesse contexto, ações que atendam ao cumprimento de um dever legal imposto ao empregador não configurariam salário-utilidade. Enquadrar-se-iam nesse rol, como já visto, o fornecimento de serviços educacionais (arts. 205, 212, § 5º, CF/88; DL n. 1.422/75). No mesmo grupo, o fornecimento de vale-transporte (Leis n. 7.418/85 e 7.619/87). Ainda neste grupo, o fornecimento de equipamentos de proteção individual em circunstâncias laborais perigosas ou insalubres — os chamados EPIs (arts. 157, 158, 168, 200 e 458, § 2º, CLT).

Também poderia ser acrescentada a esse rol a oferta de serviços de saúde. É que a Constituição da República assegura a saúde como direito do indivíduo e dever não apenas do Estado como também da própria sociedade e, em consequência, da empresa (art. 194, *caput*). Por essa razão, considera de relevância pública as ações e serviços de saúde (art. 197), elegendo como uma das diretrizes fundamentais para a concretização dessas ações e serviços a participação da comunidade (art. 198). Aduz, ainda, o Texto Magno que as ações relativas à saúde do trabalhador são parte integrante essencial do sistema único de saúde (art. 200, II, CF/88). Completa a Constituição sua visão acerca da seguridade e saúde comunitárias estabelecendo que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social” (art. 193; grifos acrescentados), fixando, para tanto, como direito dos trabalhadores “a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (art. 7º, XXII, CF/88).

(...)

(...) Nessa linha, se a propriedade e, em consequência, a chamada livre-iniciativa, têm função realmente social, elas terão o resultante dever de atender a certos interesses tidos como comunitários — educação e saúde, à frente (art. 1º, IV; art. 5º, XXIII, CF/88). Parte significativa da jurisprudência, entretanto, mantinha-se na tradicional posição de enxergar em ações e serviços de educação e saúde ofertados pelo empregador ao empregado um mero acréscimo *in natura* do salário obreiro.

Hoje, a ordem jurídica já percebeu o avanço constitucional, lançando, como regra legal, os critérios excludentes acima expostos.

*De fato, não se consideram mais, hoje, salário-utilidade no Brasil, além dos equipamentos utilizados para viabilizar ou aperfeiçoar a prestação contratual laborativa, também outros bens e serviços que configuram dever-legal (ou dever-constitucional) do empregador. Trata-se das seguintes utilidades: “educação, em estabelecimento de ensino próprio ou de terceiros, compreendendo os valores relativos à matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático” (inciso II do § 2º do art. 458, da CLT, conforme Lei n. 10.243/2001); transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público (inciso III do § 2º do art. 458, da CLT, segundo Lei n. 10.243/2001); **assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde (inciso IV do § 2º do art. 458, da CLT, a***

teor da Lei n. 10.243/2001); seguros de vida e de acidentes pessoais (inciso V do § 2º do art. 458, da CLT, à luz da Lei n. 10.243/2001); previdência privada (inciso VI do § 2º do art. 458, da CLT, segundo a Lei n. 10.243/2001).

(DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 14ª ed., São Paulo: LTr, 2015, págs. 799-803 - grifou-se)

Em outras palavras,

(...) o objetivo do legislador, ao editar os arts. 30 e 31 da Lei 9.656/98, foi proteger aquele trabalhador que por anos contribuiu efetivamente ao custeio da mensalidade do plano de saúde e foi surpreendido com a demissão sem justo motivo. A intenção da norma claramente é proteger esse tipo de situação, na qual o empregado encontra-se extremamente fragilizado, com uma perda abrupta de seu poder aquisitivo e com a possibilidade de perda também da cobertura assistencial para a qual contribuiu enquanto esteve empregado. Daí depreende-se que estender o benefício para situações que não se enquadram no referido contexto acaba por desvirtuar por completo o propósito em si da Lei.

E não é só.

A própria Legislação Trabalhista, ao delimitar a composição do salário, expressamente consigna que não estão incluídas utilidades concedidas pelo empregador, tais como assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde (...)

(...)

Ou seja, não se pode presumir que o pagamento do plano pelo empregador seria "salário indireto", carecendo da mais basilar fundamentação legal (fls. 754 e 759 - manifestação do IESS - grifou-se).

Nesse passo, cumpre assinalar que a jurisprudência desta Corte Superior sobre a matéria já se encontra pacificada no mesmo sentido, como se observa dos seguintes precedentes:

Agravo interno nos embargos de divergência. Manutenção de ex-empregado em plano de saúde empresarial. Custeio. Contribuição laboral. Definição. Alcance. Consonância do acórdão embargado com a jurisprudência da Corte. Súmula 168/STJ. Inadmissibilidade dos embargos de divergência. Agravo interno desprovido.

1. O acórdão embargado acompanha o entendimento uníssono desta Corte, no sentido de que, no plano de saúde coletivo integralmente custeado pela empresa, o ex-empregado não faz jus ao direito de continuidade da cobertura assistencial após o término do vínculo empregatício, quando seu aporte limitou-se ao pagamento de coparticipação, que não ostenta a natureza de contribuição ou de salário, direto ou indireto, conforme se deduz na interpretação dos arts. 30

e 31 da Lei 9.656/98, dos arts. 1º e 2º da Resolução Normativa ANS 279/2011, da Súmula Normativa ANS 8/2005 e do art. 458, § 2º, IV, da CLT.

2. A modificação promovida pela Lei 10.243/2001 no art. 458 da CLT, conforme se depreende da leitura da exposição de motivos do respectivo projeto de lei, comprova que o objetivo do legislador, ao afastar a natureza salarial das “utilidades” que descreve, inclusive a “assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde”, é “estimular as empresas a concederem benefícios” sociais aos empregados, “sem ônus subsequente de outra natureza”.

3. A contribuição diretamente feita pelo ex-empregado é imposição legal para a continuidade da cobertura assistencial após o término do vínculo empregatício, não se prestando para isso a única e exclusiva coparticipação.

4. Incidência da Súmula 168/STJ, segundo a qual “não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”.

5. Agravo interno desprovido. (AgInt nos EREsp n. 1.656.203/SP, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região) Segunda Seção, DJe 6/3/2018)

Processual Civil. Agravo interno nos embargos de divergência em recurso especial. Acórdão embargado publicado na vigência do CPC/2015. Plano de saúde. Manutenção. Aposentado. Custeio por coparticipação. Impossibilidade. Acórdão embargado conforme a jurisprudência do STJ. Não cabimento dos embargos de divergência. Decisão mantida.

1. A jurisprudência de ambas as turmas que compõem esta *Segunda Seção* firmou-se no mesmo sentido do acórdão embargado, segundo o qual não faz jus à manutenção no plano de saúde da época da ativa o ex-empregado que participava do custeio apenas por coparticipação.

(...)

4. Agravo interno a que se nega provimento. Honorários recursais arbitrados *ex officio*, sanada omissão na decisão ora agravada. (AgInt nos EREsp n. 1.649.709/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, DJe 13/11/2017)

Civil e Processo Civil. Agravo interno no recurso especial. Recurso manejado sob a égide do NCPC. Plano de saúde. Demissão sem justa causa de ex-empregado aposentado. Manutenção da assistência médica. Art. 31 da Lei n. 9.656/98. Requisitos não preenchidos. Vigência do contrato de trabalho. Contribuição exclusiva do empregador. Coparticipação do beneficiário. Irrelevância. Fator de moderação. Salário indireto. Descaracterização. Decisão monocrática proferida antes da afetação do tema. Suspensão do feito. Não cabimento. Agravo não provido. Decisão mantida.

(...)

2. A Terceira Turma desta Corte, no julgamento do REsp n. 1.594.346/SP, de relatoria do em. Min. *Ricardo Villas Bôas Cueva*, firmou orientação de que 1) nos termos dos arts. 30 e 31, ambos da Lei n. 9.656/98, assegura-se ao trabalhador demitido sem justa causa ou ao aposentado que contribuiu para o plano de saúde em decorrência do vínculo empregatício o direito de manutenção como beneficiário nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava na vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral; 2) não é considerada contribuição a coparticipação do consumidor, única e exclusivamente, em procedimentos, como fator de moderação, na utilização dos serviços de assistência médica ou hospitalar; 3) contribuir para o plano de saúde significa pagar uma mensalidade, independentemente de estar usufruindo dos serviços de assistência médica, e que a coparticipação, por sua vez, é um fator de moderação, com a função de desestimular o uso desenfreado dos serviços da saúde suplementar; 4) o plano de assistência médica, hospitalar e odontológica concedido pelo empregador não pode ser enquadrado como salário indireto, sejam os serviços prestados diretamente pela empresa ou por determinada operadora (art. 458, § 2º, IV, da CLT); e, 5) nos planos de saúde coletivos custeados exclusivamente pelo empregador não há direito de permanência do ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa como beneficiário, salvo disposição contrária expressa, prevista em contrato ou em convenção coletiva de trabalho, sendo irrelevante a existência de coparticipação, pois esta não se confunde com contribuição.

3. A afetação de recurso representativo da controvérsia não impõe, necessariamente, a suspensão dos feitos em curso no Superior Tribunal de Justiça, mormente no caso dos autos, em que a decisão proferida no apelo nobre antecedeu a submissão do tema ao julgamento sob a sistemática dos recursos repetitivos.

4. O beneficiário não apresentou argumento novo capaz de modificar a conclusão adotada, que se apoiou em entendimento aqui consolidado para dar provimento ao recurso especial manejado pela operadora do plano de saúde.

5. Agravo interno não provido. (Aglnt no REsp n. 1.722.921/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 15/6/2018)

Agravo interno. Recurso especial. Plano de saúde coletivo empresarial. Ex-empregado aposentado. Assistência médica. Manutenção. Art. 31 da Lei n. 9.656/1998. Requisitos não preenchidos. Contribuição exclusiva do empregador.

1. Não há direito de permanência do ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa como beneficiário nos planos de saúde coletivos custeados exclusivamente pelo empregador, salvo disposição contrária expressa, prevista em contrato ou em convenção coletiva de trabalho, sendo irrelevante a existência de coparticipação, a qual não se confunde com contribuição. Precedentes.

2. Agravo interno a que se nega provimento. (PET no AREsp n. 994.902/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 20/3/2018)

Agravo interno no recurso especial. Plano de saúde coletivo. Manutenção da assistência médica em benefício do ex-empregado. Necessidade de prévia contribuição ao plano distinta da coparticipação. Agravo desprovido.

1. Nos termos do art. 30, § 6º, da Lei 9.656/1998, a prévia contribuição exigida como requisito para a manutenção do plano de saúde pelo ex-empregado, demitido sem justa causa ou aposentado, consiste no pagamento de uma mensalidade, independentemente da utilização do plano, não se prestando para tal fim a coparticipação pela utilização eventual dos serviços de assistência médica ou hospitalar, como ocorre nos planos coletivos custeados integralmente pela empresa. Orientação jurisprudencial pacificada no âmbito da Segunda Seção do STJ.

2. Agravo interno desprovido. (AglInt no REsp n. 1.686.929/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 8/3/2018)

Agravo interno no recurso especial. Plano de saúde coletivo. Ex-empregado. Manutenção do contrato. Impossibilidade. Art. 31 da Lei 9.656/98. Salário indireto. Não configuração.

1. Nos termos da jurisprudência consolidada do STJ, o direito à manutenção nos planos de saúde coletivos empresariais dos ex-empregados demitidos sem justa causa ou aposentados restringe-se aos casos em que os beneficiários contribuíam para o pagamento do prêmio ou da contribuição mensal, não se aplicando quando houve o custeio integral das mensalidades pela empresa. Precedentes.

2. *Agravo interno a que se nega provimento.* (AglInt no REsp n. 1.687.839/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 2/2/2018)

Agravo interno no recurso especial. Ação de obrigação de fazer. Manutenção no plano de saúde. Coparticipação. Ausência de contribuição efetiva pelo ex-empregado. Direito não conferido. Inovação. Não conhecimento. Limites do pedido. Agravo não provido.

1. Os valores pagos pelo ex-empregado exclusivamente a título de coparticipação ou franquia em procedimentos não caracterizam contribuição e, assim, não garantem o direito de manutenção no plano de saúde coletivo empresarial previsto nos artigos 30 e 31 da Lei 9.656/98.

2. O custeio do plano de saúde coletivo empresarial pelo empregador não caracteriza salário-utilidade (salário *in natura*), por não haver comutatividade quanto a tal valor, não podendo, portanto, ser considerado salário indireto.

3. Agravo interno não provido. (AglInt no REsp n. 1.630.969/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 2/10/2017)

Agravo interno em recurso especial. Ação de obrigação de fazer. Manutenção de ex-empregado em plano de saúde empresarial. Decisão monocrática dando

parcial provimento ao recurso especial da operadora de plano de saúde, a fim de determinar o retorno dos autos à origem para verificar se de fato houve contribuição por parte do beneficiário e proceder ao rejuízo da causa. Insurgência do autor.

1. Conforme interpretação conferida por esta Corte Superior aos artigos 30 e 31 da Lei n. 9.656/98, os ex-empregados que durante a vigência do contrato de trabalho não realizaram qualquer pagamento em prol do plano de saúde empresarial em que buscam se manter, ou eventualmente se limitaram a pagar apenas valores relativos a coparticipação (fator moderador), sem contribuir diretamente com a respectiva mensalidade, não fazem jus à continuidade da cobertura assistencial após o término do vínculo empregatício.

2. No caso concreto, as instâncias ordinárias não foram conclusivas sobre o efetivo pagamento de mensalidade do plano de saúde por parte do beneficiário/ agravante, e considerando que dessa conclusão depende o deslinde da controvérsia, tem-se que os autos devem retornar ao Tribunal *a quo* a fim de que, apurado esse fato – e desconsiderados, nessa apuração, eventuais pagamentos a título de coparticipação – julgue-se novamente a causa.

3. Agravo interno desprovido. (AgInt no REsp n. 1.608.348/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 25/8/2017)

Processual Civil. Recurso especial. Plano de saúde coletivo empresarial. Aposentado. Direito de manutenção. Requisitos. Coparticipação. Insuficiente. Contribuição exclusiva da empresa.

1. Ação ajuizada em 24/01/2014. Recurso especial interposto em 25/11/2015 e atribuído ao Gabinete em 08/09/2016. Julgamento: CPC/73.

2. O propósito recursal consiste em definir a quem é assegurado, após a cessação do vínculo empregatício por aposentadoria ou demissão sem justa causa, o direito de manutenção como beneficiário de plano de saúde coletivo empresarial, previsto nos arts. 30 e 31, da Lei 9.656/98.

3. Nos termos dos arts. 30 e 31 da Lei 9.656/98, não há direito de manutenção do ex-empregado como beneficiário de plano de saúde coletivo, cuja contribuição foi exclusivamente custeada pelo empregador.

4. A mera coparticipação nos procedimentos utilizados pelo consumidor não é suficiente para assegurar-lhe o direito de permanência na apólice, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho.

5. Recurso especial provido. (REsp n. 1.615.760/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 22/6/2017)

Recurso especial. Ação de obrigação de fazer. Manutenção do ex-empregado demitido sem justa causa (e seus dependentes) na condição de beneficiários

do plano de saúde coletivo empresarial. Hipótese em que a contribuição fora custeada integralmente pelo empregador/estipulante.

1. O ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa que contribuiu para plano privado de assistência à saúde - em decorrência de vínculo empregatício -, tem direito a ser mantido na condição de beneficiário, nas mesmas condições da cobertura assistencial que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o pagamento integral da contribuição (mensalidade/prêmio) devida à operadora (artigos 30 e 31 da Lei 9.656/98).

2. O conceito de contribuição abrange apenas as quantias destinadas ao custeio, parcial ou integral, da própria mensalidade ou do prêmio cobrado pela operadora de plano de saúde, independentemente da efetiva utilização de serviços médicos ou odontológicos. Tal definição alcança ainda o pagamento fixo mensal realizado pelo ex-empregado com o intuito de upgrade, isto é, acesso a rede assistencial superior em substituição ao plano originalmente disponibilizado pelo empregador, para o qual não havia participação financeira do usuário. Inteligência dos artigos 2º e 6º da Resolução Normativa ANS 279/2011 e da Súmula Normativa ANS 8/2005.

3. De outro lado, em se tratando de plano privado de assistência à saúde integralmente custeado pelo empregador/estipulante, as quantias despendidas pelo ex-empregado, única e exclusivamente, a título de coparticipação (percentual incidente sobre as despesas médicas/odontológicas efetivamente realizadas pelo usuário), como fator de moderação na utilização dos serviços, não caracterizam contribuição a ensejar a incidência da benesse legal. Exegese defluente do § 6º do artigo 30 da Lei 9.656/98.

4. Ademais, o custeio do plano de saúde coletivo empresarial pelo empregador/estipulante não se subsume ao conceito de salário-utilidade (salário *in natura*), por não ostentar a característica da comutatividade, ou seja, não configura retribuição ao trabalho prestado pelo empregado. Cuida-se de incentivo de caráter assistencial concedido por alguns empregadores com o objetivo de garantir a assiduidade, a eficiência e a produtividade dos empregados, não podendo, portanto, ser considerado salário indireto.

5. Nesse contexto, os ex-empregados não contributários - aqueles que não realizam pagamento sequer parcial de prêmio ou mensalidade do plano de saúde coletivo empresarial, limitando-se ao pagamento de coparticipação - não fazem jus ao direito de continuidade da cobertura assistencial após o término do vínculo empregatício. Precedente da Terceira Turma: REsp 1.594.346/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 09.08.2016, DJe 16.08.2016.

6. Recurso especial provido para julgar improcedente a pretensão deduzida na inicial. (REsp n. 1.608.346/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 30/11/2016)

Recurso especial. Civil. Plano de saúde coletivo empresarial. Ex-empregado aposentado. Manutenção da assistência médica. Art. 31 da Lei n. 9.656/1998. Requisitos não preenchidos. Vigência do contrato de trabalho. Contribuição exclusiva do empregador. Coparticipação do usuário. Irrelevância. Fator de moderação. Salário indireto. Descaracterização.

1. Cinge-se a controvérsia a saber se o ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa faz jus à manutenção no plano de saúde coletivo empresarial quando, na atividade, a contribuição foi suportada apenas pela empresa empregadora.

2. É assegurado ao trabalhador demitido sem justa causa ou ao aposentado que contribuiu para o plano de saúde em decorrência do vínculo empregatício o direito de manutenção como beneficiário nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral (arts. 30 e 31 da Lei n. 9.656/1998).

3. Nos termos dos arts. 30, § 6º, e 31, § 2º, da Lei n. 9.656/1998, não é considerada contribuição a coparticipação do consumidor, única e exclusivamente, em procedimentos, como fator de moderação, na utilização dos serviços de assistência médica ou hospitalar.

4. Contribuir para o plano de saúde significa, nos termos da lei, pagar uma mensalidade, independentemente de se estar usufruindo dos serviços de assistência médica. A coparticipação, por sua vez, é um fator de moderação, previsto em alguns contratos, que consiste no valor cobrado do consumidor apenas quando utilizar o plano de saúde, possuindo, por isso mesmo, valor variável, a depender do evento sucedido. Sua função, portanto, é a de desestimular o uso desenfreado dos serviços da saúde suplementar.

5. O plano de assistência médica, hospitalar e odontológica concedido pelo empregador não pode ser enquadrado como salário indireto, sejam os serviços prestados diretamente pela empresa ou por determinada operadora (art. 458, § 2º, IV, da CLT). Com efeito, o plano de saúde fornecido pela empresa empregadora, mesmo a título gratuito, não possui natureza retributiva, não constituindo salário-utilidade (salário *in natura*), sobretudo por não ser contraprestação ao trabalho. Ao contrário, referida vantagem apenas possui natureza preventiva e assistencial, sendo uma alternativa às graves deficiências do Sistema Único de Saúde (SUS), obrigação do Estado.

6. Nos planos de saúde coletivos custeados exclusivamente pelo empregador não há direito de permanência do ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa como beneficiário, salvo disposição contrária expressa, prevista em contrato ou em convenção coletiva de trabalho, sendo irrelevante a tão só existência de coparticipação, pois esta não se confunde com contribuição.

7. Recurso especial provido. (REsp n. 1.594.346/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 16/8/2016)

O TST também perfilha do entendimento de ser indevida a manutenção de plano de saúde para os empregados desligados quando o plano é custeado inteiramente pelo empregador, não sendo os descontos a título de coparticipação considerados como contribuição, nos termos do art. 30, § 6º, da Lei n. 9.596/98 (AgR-AIRR n. 891-97.2012.5.03.0064, Rel. Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 2/3/2018; AIRR n. 12462-42.2015.5.15.0059, Rel. Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 25/8/2017; e AIRR n. 94-16.2014.5.05.0026, Rel. Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 3/7/2017).

Por fim, como assinalado pela FENASAÚDE,

(...)

47. Afinal, ainda que os ex-funcionários assumam, a partir de seu desligamento, o pagamento da integralidade do valor do prêmio, é certo que o número de vidas da apólice coletiva irá aumentar sem um estudo prévio e sem o correto cálculo atuarial e respectiva adequação do valor do prêmio, tendo as seguradoras que arcarem sozinhas com esse prejuízo.

48. Sabe-se que o valor do prêmio do seguro saúde pago pelos beneficiários de uma apólice, quer seja coletiva, quer seja individual, leva em consideração diversos fatores, dentre os quais o número de vidas, o número de dependentes, a idade dos beneficiários, os fatores de risco, as doenças preexistentes, as epidemias, entre outros.

49. Portanto, nos planos coletivos empresariais em que as mensalidades ou prêmios são pagos exclusivamente pelas empresas estipulantes, as operadoras de plano de saúde estão preparadas para prestar serviços ou arcar com a cobertura dos custos de assistência à saúde apenas dos empregados ativos, sendo certo que a expectativa de custos e, conseqüentemente, o valor do prêmio ou mensalidade, foram estimados de acordo com o número de vidas e a faixa de idade desses funcionários ativos, dentre os demais fatores.

(...)

51. Embora as atividades das operadoras de plano de saúde tenham elevada relevância social, estão pautadas em cálculos atuariais que refletem o quanto cada beneficiário precisa contribuir para o fundo comum para poder manter saudável o sistema de saúde suplementar. Permitir o ingresso de todas as pessoas, independentemente da sua contribuição ou não, nada mais é do que ferir esse fundo e atribuir à toda a massa de segurados a obrigação de pagar prêmios mais elevados.

52. Vale ressaltar, por fim, que o próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 4º, III, prevê a necessidade de harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e a compatibilização da defesa dos consumidores com o desenvolvimento econômico, visando proteger os princípios constitucionais em que se fundam a ordem econômica.

53. Assim, equiparar as seguradoras e operadoras de plano de saúde ao Estado, sob o aspecto da garantia do fornecimento ilimitado e universal à saúde, nada mais é do que prejudicar, em última instância, todos os segurados/beneficiários que

mensalmente contribuem para o plano, bem como desestimular as empresas que garantem esse tipo de benefício aos seus funcionários. (fls. 523/525 - grifou-se)

2. Da tese jurídica

Diante do explanado, fixa-se a seguinte tese para efeitos dos arts. 1.038 e 1.039 do CPC/2015:

Nos planos de saúde coletivos custeados exclusivamente pelo empregador não há direito de permanência do ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa como beneficiário, salvo disposição contrária expressa prevista em contrato ou em acordo/convenção coletiva de trabalho, não caracterizando contribuição o pagamento apenas de coparticipação, tampouco se enquadrando como salário indireto.

3. Da resolução do caso concreto

No caso dos autos, observa-se que o autor, no decurso do contrato de trabalho, não contribuía para o plano de saúde, visto que apenas arcava com os custos de coparticipação, classificados tão somente como fator de moderação. Em outras palavras, a contribuição era suportada integralmente pela empregadora (Gerdau Aços Longos S.A.). Assim, em virtude da ausência de parcela fixa periódica (mensalidade), somada ao fato de não se enquadrar o serviço oferecido como salário indireto, não pode o demandante permanecer como beneficiário após se tornar inativo, pois não preenchidos os requisitos de custeio exigidos pelos arts. 30 e 31 da Lei n. 9.656/1998.

De fato, não procede a pretensão ventilada na inicial, já que para os arts. 30 e 31 da Lei n. 9.656/1998 há a necessidade de contribuição do empregado, entendida esta como a parte paga referente à mensalidade do plano de saúde, em nada se confundindo com a cota de coparticipação, que é apenas a parte paga relacionada com os procedimentos utilizados nos serviços de assistência médica e hospitalar, como medida inibitória do uso indiscriminado pelos usuários.

4. Do dispositivo

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para julgar improcedentes os pedidos formulados na petição inicial, invertidos os ônus de sucumbência.

É o 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 Reprografia e Encadernação - STJ