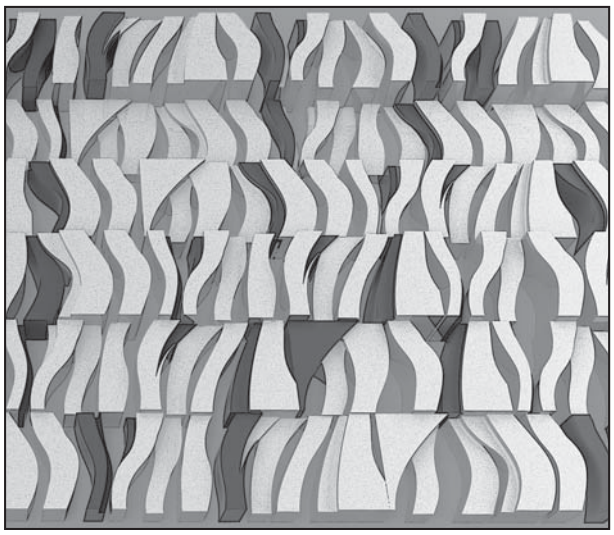
Revista

Superior Tribunal de Justiça



Publicação Oficial

Revista

Superior Tribunal de Justiça

Volume 254 - Tomo 1
Ano 31
Abril/Maio/Junho 2019

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-243, Brasília-DF, 70095-900
Telefone (61) 3319-8055

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

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

Disponível também em versão eletrônica:

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

ISSN 0103-4286.

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

CDU 340.142 (81) (05)

Revista

Superior Tribunal de Justiça

Ministro Mauro Campbell Marques
Diretor

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Plenário

Ministro **João Otávio de Noronha** *(Presidente)*
Ministra **Maria Thereza** Rocha **de Assis Moura** *(Vice-Presidente e Corregedora-Geral do CJF)*
Ministro **Felix Fischer**
Ministro **Francisco** Cândido de Melo **Falcão** Neto
Ministra Fátima **Nancy Andrighi**
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** Luíz **Kukina**
Ministro Paulo Dias de **Moura Ribeiro**
Ministra **Regina Helena Costa**
Ministro **Rogerio 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**

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)

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

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 Andrighi**
Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino**
Ministro **Villas Bôas 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**

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

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

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

Ministro **Ribeiro Dantas** *(Presidente)*
Ministro **Felix Fischer**
Ministro **Jorge Mussi**
Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**
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 **Rogerio 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 **Rogerio 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 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)*
Ministra **Maria Thereza de Assis Moura** *(Diretora 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

EAREsp n. 1.255.986 - PR - Rel. Min. Luis Felipe Salomão 25

Honorários advocatícios de sucumbência - Sentença - Marco temporal para incidência do CPC/2015.

EREsp n. 991.176 - DF - Rel. Min. Humberto Martins 59

Questão de ordem pública - Prequestionamento - Necessidade.

HDE n. 1.808 - EX - Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura 83

Homologação de decisão estrangeira - Deferimento - Cessão de crédito - Validade.

PRIMEIRA SEÇÃO 95

AgInt no CC n. 152.093 - RS - Rel. Min. Sérgio Kukina 97

Conflito de competência - Inexistência - Juízo Estadual - Juízo Federal - Divergência - Ausência.

CC n. 151.550 - CE - Rel. Min. Assusete Magalhães 103

Competência - Franquia mínima de bagagem - Justiça Federal do Estado do Ceará.

CC n. 154.894 - SC - Rel. Min. Og Fernandes 146

Competência - Carta precatória - Citação da parte executada - Justiça Estadual.

EREsp n. 1.318.051 - RJ - Rel. Min. Mauro Campbell Marques 168

Auto de infração - Anulação - Dano ambiental - Responsabilidade administrativa ambiental - Natureza subjetiva.

MS n. 20.013 - DF - Rel. Min. Gurgel de Faria.....186

Mandado de segurança - Dilação probatória - Necessidade - Terras indígenas - Processo de demarcação - Reabertura.

REsp n. 1.521.999 - SP - Rel. Min. Gurgel de Faria.....228

Falência - Classificação dos créditos - Decreto-Lei n. 1.025/1969, art. 1º - Encargo legal inscrito em dívida ativa da União - Lei n. 6.830/1980, art. 4º, § 4º - Lei n. 11.101/2005, art. 83, III - Natureza jurídica - Crédito não tributário - Preferência conferida aos créditos tributários - Extensão.

REsp n. 1.624.297 - RS - Rel. Min. Regina Helena Costa.....299

Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB) - Base de cálculo - Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) - Inclusão - Impossibilidade - Lei n. 12.546/2011.

PRIMEIRA TURMA 321

AREsp n. 1.021.394 - PR - Rel. Min. Benedito Gonçalves.....323

Apelação - Julgamento da parte considerada prejudicada - Autos - Tribunal de origem - Retorno.

AgInt no AREsp n. 758.361 - TO - Rel. Min. Benedito Gonçalves 343

Ação de improbidade administrativa - Competência - Local do dano - Aferição.

REsp n. 1.483.800 - RS - Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho 357

Concurso público - Decreto n. 3.298/1999 - Lei n. 8.112/1990 - Reserva de vagas - Portadores de deficiência física.

REsp n. 1.536.573 - RS - Rel. Min. Sérgio Kukina.....365

Ato de improbidade administrativa - Configuração - Dolo genérico - Lei n. 8.429/1992, art. 11.

REsp n. 1.638.420 - CE - Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho.....384

Quebra de sigilo bancário - Autorização judicial - Necessidade - Improbidade administrativa - Requisição direta do Ministério Público à instituição bancária - Não cabimento.

REsp n. 1.728.658 - MS - Rel. Min. Regina Helena Costa.....394

Improbidade administrativa - Indisponibilidade de bens - Pagamento de indenização por danos morais coletivos.

SEGUNDA TURMA 417

AREsp n. 1.290.543 - MG - Rel. Min. Francisco Falcão 419

Transporte de minério - Rodovia estadual - Proibição de tráfego de caminhões.

AgInt nos EDcl no REsp n. 1.420.488 - SC - Rel. Min. Og Fernandes 431

Fraude à execução fiscal - Presunção absoluta - Bem imóvel - Alienação - Nulidade.

RMS n. 51.486 - MG - Rel. Min. Assusete Magalhães..... 442

Mandado de segurança - CPC/2015, art. 485, VI, § 3º - Extinção do processo sem resolução do mérito - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Secretário de Estado da Fazenda.

REsp n. 1.672.100 - PR - Rel. Min. Mauro Campbell Marques 501

Plantio de organismos geneticamente modificados (OGM's) - Auto de infração - Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) - Autorização - Termo de embargo.

REsp n. 1.799.572 - SC - Rel. Min. Francisco Falcão 513

Execução fiscal - Cadastro restritivo de crédito - Inclusão do nome do executado - Possibilidade - CPC/2015, art. 782, § 3º.

SEGUNDA SEÇÃO 521

AR n. 3.751 - PR - Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva 523

Ação rescisória - Improcedência - Erro de fato - Não ocorrência - Paciente - Falecimento - Responsabilidade - Hospital.

EREsp n. 1.106.999 - SC - Rel. Min. Moura Ribeiro 575

Embargos à monitória - CC/1916, art. 1.531 - CC/2002, art. 940 - Cobrança de quantia já paga.

TERCEIRA TURMA 595

REsp n. 1.581.075 - PA - Rel. Min. Moura Ribeiro..... 597

Contrato de distribuição de mercadorias - Resolução - Ação indenizatória - Improcedência - Culpa exclusiva das Distribuidoras - Inadimplemento.

REsp n. 1.631.278 - PR - Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino 625

Doação - CC/2002, art. 1.848 - Cláusula de inalienabilidade - Cancelamento - Possibilidade - Doadores - Falecimento - Herdeiros necessários - Legítima - Antecipação.

REsp n. 1.634.844 - SP - Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva 633

Plano de Recuperação Judicial - Criação de subclasses de credores dentro de uma mesma classe - Lei n. 11.101/2005, art. 58, § 2º - Violação - Não ocorrência.

REsp n. 1.649.774 - SP - Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze 644

Plano de Recuperação Judicial - Crédito trabalhista - Tratamento preferencial - Limite de valor - Honorários advocatícios - Crédito trabalhista por equiparação - Sociedade de advogados.

REsp n. 1.693.718 - RJ - Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze 669

Criogenia - Razoabilidade - Observância - Situação fático-jurídica - Consolidação no tempo.

REsp n. 1.717.111 - SP - Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino 699

Serviço de hotelaria - Decreto n. 7.381/2010, art. 25 - Horário de *check-in* - Horário de *check-out* - Lei n. 11.771/2008, art. 23 - Período da diária - 24 horas.

REsp n. 1.746.337 - RS - Rel. Min. Nancy Andrighi 709

Lei n. 8.245/1991, art. 54, § 2º - Ação de exigir contas - Despesas cobradas do locatário - Locação - *Shopping center*.

REsp n. 1.765.579 - SP - Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva 725

Decisão judicial - Fundamentação - Vícios - Inexistência - CPC/2015, art. 489, §§ 1º e 2º - Técnica de ponderação de princípios.

REsp n. 1.782.418 - RJ - Rel. Min. Nancy Andrighi 745

Cumprimento de sentença - CPC/2015, art. 139, IV - Medidas executivas atípicas - Cabimento - Obrigação de pagar quantia certa.

TOMO 2

QUARTA TURMA 755

AgInt no AgInt no AREsp n. 775.401 - DF - Rel. Min. Raul Araújo 757

Fotografia - Obra intelectual protegida - Cessão dos direitos de autor - Autorização expressa do titular da obra - Lei n. 9.610/1998, art. 49, VI.

AgInt no AREsp n. 1.336.881 - DF - Rel. Min. Raul Araújo 769

Cumprimento de sentença - Ação de despejo com cobrança de aluguéis residenciais - CPC/2015, art. 833, § 2º - Penhora sobre percentual da remuneração do devedor - Possibilidade.

HC n. 487.143 - SP - Rel. Min. Luis Felipe Salomão 778

Medida protetiva de acolhimento institucional - Busca e apreensão de menor - Cuidados especiais - Necessidade - Filha de mãe soropositiva.

RMS n. 59.322 - MG - Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira 807

Mandado de segurança - Impetração - Excepcional cabimento - Advogado - Terceiro interessado - Ato judicial - Flagrante ilegalidade - Súmula n. 202-STJ.

REsp n. 1.149.487 - RJ - Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira 814

Ação de Força Velha - Direito de habitação - Lei n. 166/1840 - Lei n. 1.904/1870 - Obrigação do Estado vinculada à Monarquia - Residência da Família Imperial - Natureza de Próprio Nacional.

REsp n. 1.314.884 - SP - Rel. Min. Maria Isabel Gallotti..... 886

Contrato de agenciamento de viagem - Cláusula penal compensatória - Desistência do consumidor - Perda gradativa de valores pagos.

REsp n. 1.647.452 - RO - Rel. Min. Luis Felipe Salomão 925

Fila de banco - Tempo de espera - Limite estabelecido por lei local - Obrigação de indenizar - Constatação de dano - Necessidade.

REsp n. 1.769.201 - SP - Rel. Min. Maria Isabel Gallotti..... 951

Execução - Prescrição intercorrente - Ausência de localização de bens - Verba honorária - Fixação em favor do executado - Não cabimento.

QUINTA TURMA..... 973

AgRg no HC n. 488.320 - PR - Rel. Min. Felix Fischer..... 975

Crime de lavagem de dinheiro - Regime de pena - Progressão condicionada ao recolhimento da multa - Viabilidade.

AgRg no REsp n. 1.765.139 - PR - Rel. Min. Felix Fischer 994

Crime de lavagem de dinheiro - Dias-multa - Adequação - Dosimetria da pena - Circunstâncias judiciais - Circunstâncias legais - Pena - Remodulação.

HC n. 348.327 - MT - Rel. Min. Jorge Mussi 1297

Crime de homicídio qualificado - Apelação - Ministério Público - Novo julgamento - Fundamentação suficiente - Princípio da soberania do veredicto popular - Ofensa - Não ocorrência - Tribunal do Júri - Absolvição.

HC n. 401.284 - MT - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik 1311

Crime de extorsão - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - Desídia do juízo - Ausência - Excesso de prazo no encerramento do feito - Monitoramento eletrônico - Necessidade - Reavaliação.

HC n. 449.361 - PR - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca 1331

Execução penal - Mutirão carcerário - Projeto Cidadania dos Presídios - Princípio do juiz natural - Ofensa - Não ocorrência.

HC n. 450.201 - SP - Rel. Min. Jorge Mussi..... 1353

Crime de homicídio qualificado - Pena - Redução.

HC n. 470.549 - TO - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca..... 1362

Crime de tráfico de entorpecente - CPP, art. 318-A - Prisão domiciliar - Cabimento - Prisão preventiva - Substituição.

HC n. 491.895 - GO - Rel. Min. Ribeiro Dantas 1382

Crime de tráfico de entorpecente - Ação penal - Justa causa - Acesso de mensagens de texto via *WhatsApp* - Autorização judicial - Ausência - Prisão em flagrante.

RHC n. 93.689 - DF - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca 1392

Exercício ilegal da profissão - Corretor de imóveis - Ação penal - Trancamento - Decreto-Lei n. 3.688/1941, art. 47 - Justa causa - Ausência.

RHC n. 93.906 - PA - Rel. Min. Ribeiro Dantas 1401

Ato infracional - Crime de estupro - Equiparação - Justa causa - Ocorrência - Tipicidade da conduta.

RHC n. 97.335 - SC - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik..... 1414

Crime contra as relações de consumo - Ação penal - Trancamento - Lei n. 8.137/1990, art. 7º, parágrafo único, IX - Perícia técnica - Ausência.

SEXTA TURMA 1423

HC n. 465.313 - SC - Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro 1425

Ato infracional - Crime de estupro de vulnerável - Equiparação - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - Medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade.

HC n. 480.079 - SP - Rel. Min. Sebastião Reis Júnior 1433

Inquérito policial - Trancamento - Excesso de prazo - Ineficiência do Estado - Caracterização.

HC n. 488.129 - PR - Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro 1445

Crime de homicídio qualificado - Audiência de colheita antecipada de provas - CPP, art. 366 - Nomeação de defensor - Ausência - Nulidade absoluta - Configuração.

HC n. 493.192 - SC - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz 1453

Posse ilegal de munição - Crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido - Lei n. 10.826/2003, art. 12 - Tipicidade formal e material.

RHC n. 100.709 - SP - Rel. Min. Laurita Vaz 1458

Crime licitatório - Lei n. 9.296/1996 - Organização criminosa - Quebra de sigilo telemático - Legalidade.

REsp n. 1.683.589 - RO - Rel. Min. Nefi Cordeiro 1482

Crime de furto - Tentativa - Atos executórios - Início.

REsp n. 1.688.163 - RS - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz 1490

Crime de trânsito - Absolvição sumária - Conduta delituosa - Não configuração - Dirigir veículo automotor em via pública com habilitação suspensa - Lei n. 9.503/1997, art. 309.

REsp n. 1.710.209 - SP - Rel. Min. Laurita Vaz 1501

Crime de homicídio - Tentativa - Acórdão - Nulidade insanável - CPP, art. 413, § 1º - Pronúncia - Excesso de linguagem.

REsp n. 1.762.043 - SC - Rel. Min. Sebastião Reis Júnior 1507

Execução penal - Decreto n. 14.454/2017, art. 1º - Indulto especial - Dia das Mães - Presas - Regime prisional aberto - Inclusão.

REsp n. 1.795.341 - RS - Rel. Min. Nefi Cordeiro 1514

Crime militar - Extinção da punibilidade - Interceptação telefônica - Nulidade - Prescrição da pretensão punitiva - Configuração.

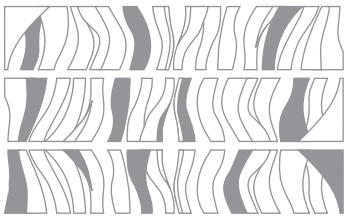
SÚMULAS 1525

ÍNDICE ANALÍTICO 1533

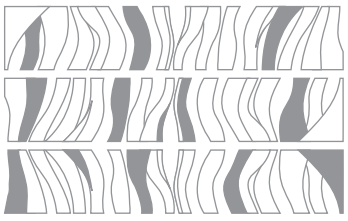
ÍNDICE SISTEMÁTICO 1557

SIGLAS E ABREVIATURAS 1563

REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 1569



Jurisprudência



Corte Especial

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 1.255.986-PR (2018/0046860-4)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão
Embargante: Estado do Paraná
Procuradores: Marcia Dieguez Leuzinger e outro(s) - DF009049
Daniela de Souza Gonçalves e outro(s) - PR048154
Embargado: Brascarbo Agroindustrial Ltda
Advogados: Antonio Augusto Grellert - PR038282
Emerson Corazza da Cruz - PR041655
Soc. de Adv.: A. Augusto Grellert Advogados Associados e outro(s)

EMENTA

Embargos de divergência em agravo em recurso especial. Processo Civil. Honorários advocatícios de sucumbência. Direito intertemporal: art. 20 do CPC/1973 vs. art. 85 do CPC/2015. Natureza jurídica híbrida, processual e material. Marco temporal para a incidência do CPC/2015. Prolação da sentença. Preservação do direito adquirido processual.

1. Em homenagem à natureza processual material e com o escopo de preservar os princípios do direito adquirido, da segurança jurídica e da não surpresa, as normas sobre honorários advocatícios de sucumbência não devem ser alcançadas pela lei processual nova.

2. A sentença (ou o ato jurisdicional equivalente, na competência originária dos tribunais), como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015.

3. Assim, se o capítulo acessório da sentença, referente aos honorários sucumbenciais, foi prolatado em consonância com o CPC/1973, serão aplicadas essas regras até o trânsito em julgado. Por outro lado, nos casos de sentença proferida a partir do dia 18.3.2016, as normas do novel diploma processual relativas a honorários sucumbenciais é que serão utilizadas.

4. No caso concreto, a sentença fixou os honorários em consonância com o CPC/1973. Dessa forma, não obstante o fato de o Tribunal de origem ter reformado a sentença já sob a égide do CPC/2015, incidem, quanto aos honorários, as regras do diploma processual anterior.

5. Embargos de divergência não providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça acordam, por unanimidade, conhecer dos embargos de divergência e negar-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Felix Fischer, Francisco Falcão, Laurita Vaz, Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Licenciada a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 20 de março de 2019 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Presidente

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 6.5.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: *1.* Cuida-se de embargos de divergência interpostos contra acórdão proferido pela Segunda Turma, Relator o Ministro Francisco Falcão, assim ementado:

> Tributário. Honorários advocatícios. Data da sentença. Norma vigente.
>
> I - A legislação aplicável para a fixação dos honorários advocatícios será definida pela data da sentença, devendo ser observada a norma adjetiva vigente no momento de sua publicação. Assim, se o capítulo acessório da sentença, referente aos honorários sucumbenciais, foi prolatado em consonância com o CPC/1973, serão aplicadas as regras do vetusto diploma processual até a

ocorrência do trânsito em julgado. Neste sentido: REsp 1.672.406/RS, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Segunda Turma*, julgado em 22/08/2017, DJe 13/09/2017; REsp 1.465.535/SP, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 21/06/2016, DJe 22/08/2016; AgInt no REsp 1.657.177/PE, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Segunda Turma*, julgado em 17/08/2017, DJe 23/08/2017; REsp 1.644.846/RS, Rel. Ministro *Gurgel de Faria*, *Primeira Turma*, julgado em 27/06/2017, DJe 31/08/2017.

II - Agravo interno improvido.

Sustenta o embargante dissídio jurisprudencial com o seguinte aresto:

Agravo interno no recurso especial. Compensação de verba honorária sob a égide do CPC/73. Ação revisional de contrato de cartão de crédito. Juros remuneratórios considerados abusivos. Instâncias ordinárias que limitaram o encargo à taxa média de mercado para operações da espécie cheque especial. Recurso especial provido para limitar as taxas de juros remuneratórios à taxa média apurada pelo Banco Central em operações da espécie contratada (cartão de crédito), mantida a verba honorária fixada na origem, com a possibilidade de compensação nos termos do art. 21 do CPC/73. Insurgência do autor.

Hipótese: Controvérsia limitada à possibilidade de compensação da verba honorária *in casu*, levando-se em consideração a discussão relativa à aplicação das normas do NCPC (direito intertemporal), notadamente o art. 85, § 14, que expressamente vedou a compensação.

1. Os honorários advocatícios possuem natureza tanto processual quanto material (híbrida). Processual por somente poderem ser fixados, como os honorários sucumbenciais, no bojo de demanda judicial cujo trâmite se dá com amparo nas regras de direito processual/procedimental. Material por constituir direito alimentar do advogado e dívida da parte vencida em face do patrono da parte vencedora.

2. A despeito do caráter híbrido (processual/material) dos honorários e de esses não interferirem no modo como a tutela jurisdicional é prestada no processo, é certo que o provimento conferido às partes no âmbito material, somada à análise do grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço - questões essas eminentemente processuais - não só interferem como delineiam os honorários sucumbenciais fixados pelo magistrado. Com a entrada em vigor no novo CPC, tais critérios de valoração não se modificaram, pois previstos de forma específica no diploma processual civil revogado (artigo 20, § 3º) e estão delineados, igualmente, no novel normativo processual (artigo 85, § 2º).

3. Diversamente do que ocorreu com os artigos 1º-D da Lei n. 9.494/97 e 29-C da Lei n. 8.036/90, os artigos 82, § 2º e 85 do NCPC, não extirparam/excluíram/

suprimiram/reduziram o direito do advogado aos honorários advocatícios, mas apenas estabeleceram uma nova ordem para a aplicação da distribuição da verba sucumbencial. Por não ter havido exclusão de direito, mas apenas modificação no formato de sua estipulação, não há falar em direito adquirido a fim de conclamar incida o novo diploma normativo apenas às demandas ajuizadas após a data de sua entrada em vigor, porquanto, consoante estabelecido no artigo 14 do NCPC, o novel diploma normativo processual incidirá imediatamente aos processos em curso.

4. A evolução jurisprudencial operada nesta Corte que passou a evidenciar serem os honorários advocatícios verba alimentar e pertencerem exclusivamente aos advogados denotava e clamava a superação do entendimento sumulado no enunciado 306/STJ, porquanto incongruente com as mais novas conclusões jurídicas afetas à matéria, porém, tal enunciado permaneceu hígido até a edição do artigo 85, § 14 do NCPC: "os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial".

5. A sucumbência rege-se pela lei vigente à data da deliberação que a impõe ou a modifica, na qual ficarão estabelecidas a sucumbência entre os pedidos das partes, bem ainda todos os requisitos valorativos para a fixação da verba sucumbencial (honorários advocatícios). Esse pronunciamento não se confunde com a sentença *strito sensu*, notadamente porque na hipótese de provimento recursal com a modificação da sucumbência, face à determinação legal de que a norma processual é aplicável imediatamente aos processos em curso (artigo 14 do NCPC), o novel diploma normativo processual incidirá, independentemente de o reclamo ter sido manejado sob a égide do revogado código processual. Tal entendimento se coaduna/não contrasta com os enunciados aprovados pelo Plenário do STJ na sessão de 9 de março de 2016.

6. No caso, a despeito do provimento monocrático do reclamo ter se dado sob a égide do NCPC, não existiu qualquer modificação na sucumbência das partes, mas apenas o adequado enquadramento na jurisprudência desta Corte Superior acerca de direito já considerado pelas instâncias ordinárias, motivo pelo qual adequada a manutenção da compensação de honorários estabelecida na origem, nos termos do enunciado 306 da Súmula do STJ.

7. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp 1.481.917/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 04/10/2016, DJe 11/11/2016)

Aduz que, conforme se verifica do acórdão paradigma, a lei que rege a aplicação da sucumbência no processo deve ser aquela vigente à data da deliberação que a impõe ou modifica. Afirma que "a Lei vigente à época em que

foi proferido o acórdão que modificou totalmente a sentença de primeiro grau é o Código de Processo Civil de 2015, devendo esta Lei, portanto, ser aplicada para a fixação dos honorários de advogado".

Decisão de admissibilidade às fls. 558-560.

Impugnação aos embargos às fls. 564-615.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): *2.* A controvérsia dos autos está em definir a regra de direito intertemporal que terá eficácia - a lei processual velha (CPC/73) ou a lei processual nova (CPC/15) -, em relação aos honorários advocatícios sucumbenciais, quando se estiver diante de processo pendente ao tempo do advento do novo Código de Processo Civil.

O acórdão embargado, lastreado na ampla jurisprudência da Casa, entendeu que:

> O recurso de agravo interno não merece provimento.
>
> Nos termos do enunciado n. 568 da Súmula desta Corte Superior e do art. 255, § 4º, inciso III, do RISTJ, o relator está autorizado a decidir monocraticamente quando houver jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Assim, não há que se falar em ilegalidade relativamente a este ponto.
>
> A parte agravante insiste nos mesmos argumentos já analisados na decisão recorrida.
>
> Sem razão a parte agravante.
>
> *A legislação aplicável para a fixação dos honorários advocatícios será definida pela data da sentença, devendo ser observada a norma adjetiva vigente no momento de sua publicação. Assim, se o capítulo acessório da sentença, referente aos honorários sucumbenciais, foi prolatado em consonância com o CPC/1973, serão aplicadas as regras do vetusto diploma processual até a ocorrência do trânsito em julgado.*
>
> Sobre o assunto, destacam-se os seguintes julgados, *in verbis*:
>
> > [...]
> >
> > (REsp 1.672.406/RS, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Segunda Turma*, julgado em 22/08/2017, DJe 13/09/2017)
> >
> > [...]

> (REsp 1.465.535/SP, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 21/06/2016, DJe 22/08/2016)
>
> [...]
>
> (AgInt no REsp 1.657.177/PE, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Segunda Turma*, julgado em 17/08/2017, DJe 23/08/2017)
>
> [...]
>
> (REsp 1.644.846/RS, Rel. Ministro *Gurgel de Faria*, *Primeira Turma*, julgado em 27/06/2017, DJe 31/08/2017)
>
> Ante o exposto, não havendo razões para modificar a decisão recorrida, nego provimento ao agravo interno.

O acórdão paradigma, apreciando a mesma questão, no entanto, houve por bem aplicar a lei nova:

> [...] A sucumbência rege-se pela lei vigente à data da deliberação que a impõe ou a modifica, na qual ficarão estabelecidas a sucumbência entre os pedidos das partes, bem ainda todos os requisitos valorativos para a fixação da verba sucumbencial (honorários advocatícios). Esse pronunciamento não se confunde com a sentença *strito sensu*, notadamente porque na hipótese de provimento recursal com a modificação da sucumbência, face à determinação legal de que a norma processual é aplicável imediatamente aos processos em curso (artigo 14 do NCPC), o novel diploma normativo processual incidirá, independentemente de o reclamo ter sido manejado sob a égide do revogado código processual. Tal entendimento se coaduna/não contrasta com os enunciados aprovados pelo Plenário do STJ na sessão de 9 de março de 2016.

3. De início, deve-se perquirir acerca da natureza jurídica dos honorários sucumbenciais, já que não é possível assentar qual a norma processual adequada a incidir na hipótese vertente – o CPC/1973 ou o CPC/2015 – sem o prévio exame da precisa conceituação jurídica do instituto.

Não se pode olvidar que a lei processual tem efeito imediato e geral, aplicando-se aos processos pendentes, respeitados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Portanto, no que tange às regras processuais, as novas normas do Código de Processo Civil começam a ser aplicadas a partir da revogação do CPC/1973.

Todavia, impõe-se indagar se a real natureza jurídica dos honorários advocatícios é processual, isto é, se as regras previstas pelo novo CPC incidem imediatamente nos processos em andamento.

Frise-se que a Corte Especial do STJ já se manifestou a respeito do tema, ao cristalizar a tese de que o arbitramento dos honorários não configura questão meramente processual, máxime ante os reflexos imediatos no direito substantivo da parte e do advogado.

Nesse sentido:

> Processual Civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC e Resolução STJ n. 08/2008. Embargos infringentes. Art. 530 do CPC. Discussão sobre honorários advocatícios. Cabimento.
>
> 1. O art. 530 do CPC condiciona o cabimento dos embargos infringentes a que exista sentença de mérito reformada por acórdão não unânime, e não que o objeto da divergência seja o próprio mérito tratado na sentença reformada.
>
> 2. Se o dispositivo não restringiu o cabimento do recurso apenas à questão de fundo ou à matéria central da lide, não pode o aplicador do direito interpretar a norma a ponto de criar uma restrição nela não prevista. Precedentes.
>
> *3. Ademais, o arbitramento dos honorários não é questão meramente processual, porque tem reflexos imediatos no direito substantivo da parte e de seu advogado. Doutrina de* ***Chiovenda****.*
>
> 4. Os honorários advocatícios, não obstante disciplinados pelo direito processual, decorrem de pedido expresso, ou implícito, de uma parte contra o seu oponente no processo e, portanto, formam um capítulo de mérito da sentença, embora acessório e dependente.
>
> 5. No direito brasileiro, os honorários de qualquer espécie, inclusive os de sucumbência, pertencem ao advogado. O contrato, a decisão e a sentença que os estabelecem são títulos executivos. Nesse sentido, a Corte Especial do STJ fez editar a Súmula 306, com o seguinte enunciado: "Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte". Portanto, os honorários constituem direito autônomo do causídico, que inclusive poderá executá-los nos próprios autos ou em ação distinta.
>
> 6. O capítulo da sentença que trata dos honorários, ao disciplinar uma relação autônoma, titularizada pelo causídico, é de mérito, embora dependente e acessório, de modo que poderá ser discutido por meio de embargos infringentes se a sentença vier a ser reformada, por maioria de votos, no julgamento da apelação.
>
> 7. Assim, seja porque o art. 530 do CPC não faz restrição quanto à natureza da matéria objeto dos embargos infringentes - apenas exige que a sentença de mérito tenha sido reformada em grau de apelação por maioria de votos -, seja porque o capítulo da sentença que trata dos honorários é de mérito, embora acessório e dependente, devem ser admitidos os embargos infringentes para discutir verba de sucumbência.

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

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

(REsp 1.113.175/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Corte Especial, julgado em 24/05/2012, DJe 07/08/2012)

Registrem-se, ainda, outros precedentes da lavra desta Corte propugnando que, em homenagem à natureza processual-material, as normas sobre honorários advocatícios não são alcançadas pela lei nova (subsequente):

Recurso especial. Honorários advocatícios. Fazenda Pública. Artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil. Medida Provisória n. 2.180/2001. Aplicabilidade.

1. "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior." (artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil).

2. Embora se atribua, em regra, ao direito processual eficácia imediata, as suas normas da espécie instrumental material, precisamente porque criam deveres patrimoniais para as partes, como a que se contém no artigo 20 do Código de Processo Civil, não incidem nos processos em andamento, quer se trate de processo de conhecimento, quer se trate de processo de execução, por evidente imperativo último do ideal de segurança também colimado pelo Direito.

3. As normas processuais instrumentais materiais, enquanto integram o estatuto legal do processo, são as vigentes ao tempo de seu início, não o alcançando a lei nova subsequente.

4. A mesma regência no tempo tem a disposição do artigo 4º da Medida Provisória n. 2.180-35, mormente porque atributiva de privilégio à Fazenda Pública, nada autorizando que se suprima à parte, no particular da norma processual instrumental material, a eficácia da lei do tempo do início do processo de execução, como é próprio do Estado de Direito.

5. Ajuizada a execução posteriormente à edição da Medida Provisória n. 2.180-35/2001, é de se reconhecer que "não são devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas".

6. Recurso especial conhecido, mas improvido.

(REsp 470.990/RS, Rel. Ministro *Hamilton Carvalhido*, Sexta Turma, julgado em 03/12/2002, DJ 12/05/2003)

> Agravo regimental. Previdenciário. Condenação da Fazenda Pública em honorários advocatícios. Possibilidade. Execução não embargada iniciada antes do advento da MP 2.180-35, de 24/08/2001, que acrescentou o artigo 1º-D à Lei 9.494/97. Regra geral do artigo 20, § 4º, do CPC. Provimento negado.
>
> 1. A regra contida no artigo 20, § 4º, do estatuto processual civil foi excepcionada pelo artigo 1º-D da Lei 9.494/97, com a redação determinada pelo artigo 4º da Medida Provisória 2.180-35/2001, que dispõe: "Não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas".
>
> *2. Como é sabido, as normas processuais têm aplicação imediata mesmo para os processos em curso. Entretanto, por se tratar de norma processual com reflexo material, não incide para retirar direito adquirido à percepção dos honorários advocatícios.*
>
> 3. Verifica-se que a execução iniciou-se antes do advento da norma provisória, logo cabível a estipulação dos honorários de advogado.
>
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> (AgRg no REsp 267.365/RS, Rel. Ministro *Hélio Quaglia Barbosa*, Sexta Turma, julgado em 24/05/2005, DJ 27/06/2005)

Observa-se, portanto, que, não obstante a taxionomia atinente aos honorários advocatícios estar prevista em norma de direito processual, o instituto enverga verdadeira natureza híbrida, notadamente ante os reflexos materiais que o permeiam.

Com efeito, a doutrina reconhece que os honorários advocatícios são instituto de direito processual-material, pois, apesar da previsão em diploma processual, conferem direito subjetivo de crédito ao advogado em face da parte que deu causa à instauração do processo, versando assim sobre situação jurídica substancial. À guisa de exemplo:

> Trata-se de direito processual material, pois "apesar de sua natureza eminentemente processual, por estar inserido na técnica do processo como decorrência de sua instauração e ter como objetivo tutelar de modo integral o direito reconhecido em juízo, ele confere um direito subjetivo de crédito ao advogado perante a parte que deu causa ao processo".
>
> (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *O direito intertemporal e as novidades do novo Código de Processo Civil em tema de honorários advocatícios*. *In* PESSOA, Fabio Guidi Tabosa e YARSHELL, Flavio Luiz (coord). DIDIER JR., Fredie (coord. Geral). Coleção grandes temas do novo CPC - vol. 7 - Direito intertemporal. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 106).

Para essa categoria de normas, aliás, Dinamarco propõe uma disciplina de direito intertemporal específica:

> Como toda lei, em princípio a processual terá *efeito imediato* (LINDB, art. 6º - CPC, arts. 14 e 1.046, *caput*), o que significa que em princípio será *eficaz a partir de quando vigente*. Mesmo já vigente, porém, ela deixa de impor seus preceitos a certas *situações já consumadas sob o império da lei anterior* e que, por razões de polítics inerentes ao devido processo legal substancial, o Estado de direito opta por preservar. Restringe-se a *eficácia* da lei processual, por isso, para deixar intactos o ato jurídico perfeito, os direitos adquiridos e a coisa julgada (Const., art. 5º, inc. XXVI - LINDB, art. 6º), sendo a esse propósito explícito o art. 14 do Código de Processo Civil, segundo o qual"".
>
> [...]
>
> O exagero que às vezes conduz a *radicalizar a aplicação imediata da lei processual civil* é, ao menos em parte, reflexo de uma outra postura igualmente exacerbada e consistente na obsessão em extrair todas as consequências imagináveis do correto postulado da *autonomia da relação processual, da ação e do próprio direito processual como um todo*. Não é lícito pôr em dúvida essa autonomia em face do direito substancial e de seus institutos, neste estágio avançadíssimo da cultura processualística – mas a moderna ciência processual tem também a consciência da *relativização do binômio direito-processo* e da relação de instrumentalidade do processo em face do direito substancial, responsáveis pela aproximação desses dois planos do ordenamento jurídico e pela consciência das recíprocas influências trocadas entre eles. *Os **institutos bifrontes**, que se situam nas **faixas de estrangulamento** existentes entre os dois planos do ordenamento jurídico e compõem o **direito processual material**, comportam um tratamento diferenciado em relação à disciplina intertemporal dos fenômenos de conotação puramente processual-formal (ou mesmo procedimental)*.
>
> Essa premissa metodológica tem como consequência o repúdio a critérios que, com fundamento no dogma da autonomia do direito processual e seus institutos em relação à ordem jurídico-substancial, deixem de levar em conta a existência de categorias jurídicas que não pertencem exclusivamente àquele mas compartilham de uma natureza dúplice [...]. *A aplicação da lei nova que elimine ou restrinja insuportavelmente a efetividade de situações criadas por essas normas **bifrontes** transgrediria as garantias de preservação contidas na Constituição e na lei, porque seria capaz de comprometer fatalmente o direito de acesso à justiça em casos concretos – e, consequentemente, de cancelar direitos propriamente substanciais dos litigantes. Seria ilegítimo transgredir situações **pré-processuais** ou mesmo **extraprocessuais** [...], as quais configuram verdadeiros direitos adquiridos e, como tais, estão imunizadas à eficácia da lei nova por força da garantia constitucional da **irretroatividade** das leis*.
>
> (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I, 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 189-190)

Ressalte-se, também, que os honorários advocatícios não interferem no modo como a tutela jurisdicional será prestada no processo. Trata-se, em verdade, de condenação imposta em face de situação diversa daquela discutida no mérito, com a respectiva formação do direito material pertencente ao advogado.

A propósito:

> *Os honorários advocatícios não interferem no modo como a tutela jurisdicional será prestada no processo. Eles visam a remunerar o advogado por seu trabalho*. É certo que da condenação em honorários depende a prestação de uma tutela jurisdicional integral, de modo que a necessidade do processo não reverta em dano àquele que utilizou esse instrumento para o reconhecimento de um direito. Trata-se, no entanto, de condenação imposta em face de situação diversa daquela discutida no mérito do processo, que se sujeita a fatos constitutivos distintos e *dá azo à formação de outro direito material, pertencente ao advogado e não à parte*. Em tal contexto, alterar a disciplina dos honorários advocatícios pode comprometer a compensação do dano que o processo impõe à parte que tem razão [...].
>
> (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho (Coords. Flávio Luiz Yarshell e Fábio Guidi Tabosa Pessoa). *Direito intertemporal*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC (Coord. Geral. Fredie Didier Jr.), V. 7. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 106).

De fato, a natureza dos honorários está inserida no reconhecimento de um direito material em juízo, consubstanciado no direito subjetivo de crédito do advogado (CHIOVENDA, Giuseppe. *La condanna nelle spese giudiziali*. 2ª ed. Roma: Foro, 1935, pp. 176-177).

Nesse passo, em razão de constituir direito alimentar do advogado, verifica-se que os honorários de sucumbência deixaram de ter função propriamente reparatória para assumir feição remuneratória, razão pela qual o Estatuto da OAB destinou a verba ao advogado da causa e reconheceu-lhe a autonomia do direito à execução.

É o que aponta a jurisprudência desta Corte Especial:

> Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Processo Civil. Formulação de pedido de desistência da habilitação objeto do recurso especial representativo de controvérsia. Impossibilidade. Cessão de crédito. Honorários advocatícios de sucumbência. Direito autônomo do causídico. Precatório. Especificação do crédito relativo à verba advocatícia objeto da cessão de crédito. Habilitação do cessionário. Possibilidade.
>
> *1. De acordo com o Estatuto da Advocacia em vigor (Lei n. 8.906/94), os honorários de sucumbência constituem direito autônomo do advogado e têm natureza remuneratória, podendo ser executados em nome próprio ou nos mesmos autos da*

> *ação em que tenha atuado o causídico, o que não altera a titularidade do crédito referente à verba advocatícia, da qual a parte vencedora na demanda não pode livremente dispor.*
>
> 2. O fato de o precatório ter sido expedido em nome da parte não repercute na disponibilidade do crédito referente aos honorários advocatícios sucumbenciais, tendo o advogado o direito de executá-lo ou cedê-lo a terceiro.
>
> 3. Comprovada a validade do ato de cessão dos honorários advocatícios sucumbenciais, realizado por escritura pública, bem como discriminado no precatório o valor devido a título da respectiva verba advocatícia, deve-se reconhecer a legitimidade do cessionário para se habilitar no crédito consignado no precatório.
>
> 4. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.
>
> (REsp 1.102.473/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, julgado em 16/05/2012, DJe 27/08/2012 – grifos não constantes no original)

O próprio STF, na linha de seus precedentes históricos, reafirmou que os honorários advocatícios de sucumbência, fixados na vigência do art. 20 do CPC de 1973 e mesmo antes da edição da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da OAB), pertencem e sempre pertenceram ao advogado, uma vez que: a) "segundo os levantamentos históricos da edição do Código de Processo Civil de 1973, em nenhum momento, pretendeu-se afastar o direito autônomo do advogado à verba honorária"; e b) "se a verba fosse destinada ao litigante, não haveria razão para fixar os honorários conforme os parâmetros revelados no § 3º do artigo 20 do referido diploma, a considerar o zelo, o tempo, a complexidade, enfim, fatores relacionados à atuação do causídico no processo".

O referido precedente recebeu a seguinte ementa:

> Honorários de sucumbência. Execução. Artigo 20 do Código de Processo Civil.
>
> De acordo com a jurisprudência do Supremo, os honorários advocatícios cabem ao advogado.
>
> (STF - Agravo Regimental na Execução na Ação Cível Originária n. 381/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 13/5/2014, publicado em 27/5/2014)

Anos mais tarde, a Suprema Corte editou a seguinte Súmula vinculante 47:

> Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza

> alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza.

Tal interpretação do *caput* do art. 20 do CPC de 1973 também pode ser extraída de precedente desta Corte Superior proferido pela Terceira Turma no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 24.010/SP:

> [...]
>
> Não cabe dúvida de que, nos termos da primeira parte do art. 23 da Lei n. 8.906/94, "*os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte*".
>
> Imperioso notar, entretanto, que de acordo com o art. 20, *caput*, do CPC, os referidos honorários constituem condenação imposta ao perdedor da ação, ou seja, trata-se de dívida da parte vencida frente ao advogado da parte vencedora, totalmente desvinculada da condenação principal.
>
> [...]
>
> (STJ - Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 4/9/2008, DJe de 26/9/2008 - grifos no original)

Deveras, não obstante se reporte ao art. 23 da Lei n. 8.906/1994, a eminente Ministra Nancy Andrighi analisou a temática sob a lente do *caput* do art. 20 do CPC para concluir que os honorários advocatícios, fixados na sentença, constituem dívida da parte vencida em face do advogado da parte vencedora.

Do mesmo modo, a doutrina assinala que todos os elementos que são sopesados pelo juiz para a fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais, descritos no § 3º do art. 20 do CPC, estão diretamente relacionados à atuação do causídico no processo, tudo a indicar que tal verba é de titularidade do advogado da parte vencedora (ROCHA, Jayme Soares da. *Honorários de sucumbência: pertencem à parte vencedora ou ao seu advogado?* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 633, pp. 236-242, jul. 1988).

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

4. Fixada, portanto, a natureza jurídica, torna-se relevante estabelecer o marco temporal para a aplicação das novas regras previstas no CPC/2015, pertinentes aos honorários de sucumbência.

Isso porque, conforme salientado, tratando-se de instituto híbrido, não há falar em aplicação imediata da norma.

Quanto ao tema, impende registrar que é assente a jurisprudência do STJ, inclusive de sua *Corte Especial, já sob a égide do CPC de 2015*, reconhecendo que, com relação aos honorários de sucumbência, a sentença deve ser tida como o marco temporal para fins de definição da norma de regência, isto é, o CPC/73 ou o CPC/2015:

> Homologação de sentença estrangeira contestada. Sentença arbitral. Limites subjetivos. Efetivo exercício do contraditório. Verificação. Texto formal da sentença. Formalidades. Atendimento. Apostilamento. Convenção de Haia de 1969. Decreto 8.660 de 29/01/2016. Documento público. Conceito amplo. Assinatura, selo e ou carimbo. Autenticidade. Comprovação. Juízo de delibação. Competência. STJ. Exame de mérito. Impossibilidade. Valor da causa. Condenação imposta no estrangeiro. Honorários. Direito intertemporal. Marco definidor. Prolação da sentença.
>
> 1. O propósito deste julgamento é apreciar pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira proferida por Tribunal constituído no Estado de Nova Iorque (Estados Unidos da América), ratificada pela Divisão de Recursos da Suprema Corte de Nova Iorque, por meio da qual os requeridos teriam sido condenados ao pagamento de US$ 2.003.290,33 (dois milhões três mil duzentos e noventa dólares americanos e trinta e três centavos), em virtude da quebra do contrato social entabulado entre as partes.
>
> 2. A comprovação do efetivo exercício da defesa pelos requeridos - ou de sua dispensa na forma legal - no processo julgado no exterior é que define dos limites subjetivos da sentença homologanda.
>
> 3. Como o juízo do STJ é de mera delibação, a verificação dos limites subjetivos da sentença arbitral estrangeira deve ter em consideração a matéria incorporada ao texto da decisão homologanda, sobretudo quanto às partes e o respetivo exercício do contraditório, a partir do que será verificada a extensão da obrigação apta a se tornar eficaz e exequível no território nacional.
>
> 4. Deduz-se dos autos que os requerentes atuaram em nome próprio e na condição de representantes da empresa PRNUSA. LLC., e que somente o réu no processo arbitral - Sr. *Carlos Sobral* - exerceu amplamente sua defesa e foi condenado ao pagamento da quantia mencionada na sentença homologanda. O processo deve, portanto, ser extinto sem resolução do mérito em relação à requerida *Illusion Acessórios de Modas Ltda*, por sua manifesta ilegitimidade passiva.

5. Em relação ao requerido *Carlos Sobral*, foram atendidas as formalidades necessárias à homologação da sentença arbitral estrangeira, pois foi acostada aos autos cópia da decisão homologanda, de conteúdo condenatório, oficialmente traduzida e apostilada, bem como toda documentação essencial para exame do pedido. Verifica-se, igualmente, que a sentença foi proferida por autoridade competente, a referida parte ré foi citada validamente e houve o trânsito em julgado de decisão que não representa violação à soberania nacional, à dignidade da pessoa humana ou à ordem pública.

6. O conceito de documentos públicos, constante no art. 2º da Convenção de Haia de Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros de 1961 (Decreto 8.660 de 29 de janeiro de 2016), deve ser interpretado de forma ampla e abrangente, para garantir que o maior número possível de documentos se beneficie do processo de autenticação simplificada da Convenção.

7. Na hipótese dos autos, a autenticidade da assinatura, selo ou carimbo oficiais do Estado de origem apostos no documento legal estrangeiro objeto foi comprovada pelo apostilamento, estando, pois, evidenciada a autenticidade e legitimidade da sentença arbitral objeto do pedido de homologação.

8. O valor da causa, em homologação de sentença estrangeira condenatória, é o da condenação por esta imposta. Precedentes.

9. O marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015 em relação aos honorários advocatícios é a data da prolação da sentença. Precedentes.

10. Sentença arbitral estrangeira homologada parcialmente. Processo extinto sem resolução de mérito em relação à requerida *Illusion Acessórios de Modas Ltda*.

(SEC 14.385/EX, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 15/08/2018, DJe 21/08/2018)

Processual Civil. Embargos de declaração em medida cautelar. Competência originária do STJ. Art. 1.022 do CPC/2015. Embargos dos requeridos. Vícios não demonstrados. Mero inconformismo. Embargos da requerente. Omissão quanto aos ônus sucumbenciais. *Feito iniciado ao tempo do CPC/73, mas decidido após a entrada em vigor do CPC/2015. Marco temporal para a aplicação do CPC/2015. Prolação da sentença*.

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. Deve o embargante, ao sustentar a existência de erro, contradição, obscuridade ou omissão, indicar de forma clara o ponto em que a decisão embargada teria incorrido no vício alegado, o que não ocorreu nos declaratórios dos requeridos. Não demonstra eventual vício do art. 1.022 do CPC/2015 a pretensão de rediscussão do julgado que consubstancia mero inconformismo.

3. Reconhecida omissão apontada nos declaratórios da requerente a respeito da distribuição dos ônus sucumbenciais.

4. Para fins de distribuição dos ônus sucumbenciais, inexiste direito adquirido ao regime jurídico vigente quando do ajuizamento da demanda ou quando da manifestação de resistência à pretensão.

Existência, apenas, de um lado, de expectativa de direito daqueles que podem vir a ser reconhecidos como credores e, de outro, de expectativa de obrigação daqueles que podem vir a ser afirmados devedores.

5. O marco temporal para a aplicação das normas do CPC/2015 a respeito da fixação e distribuição dos ônus sucumbenciais é a data da prolação da sentença ou, no caso dos feitos de competência originária dos tribunais, do ato jurisdicional equivalente à sentença.

6. Caso concreto em que a fixação e distribuição dos ônus sucumbenciais deve observar as disposições pertinentes previstas no CPC/2015, em vigor desde 18.03.2016, uma vez que o acórdão embargado foi prolatado em sessão da Corte Especial de 24.10.2016.

7. Considerados o sincretismo adotado pelo novel Código e o silêncio eloquente do legislador acerca do cabimento de honorários sucumbenciais nos pleitos cautelares (art. 85, § 1º), é incabível a fixação de honorários neste momento processual, ficando postergado o arbitramento e exigibilidade de tal verba para ulterior fase processual, qual seja, a do cumprimento de sentença (art. 523, *caput* e §§ 1º e 2º, c/c art. 527, art. 513 e art. 827, *caput* e §§ 1º e 2º), que, no caso concreto (sentença estrangeira homologada pelo STJ), ocorrerá perante juízo de primeiro grau de jurisdição (art. 965 do CPC/2015).

8. Embargos de declaração de S/A Fluxo - Comércio e Assessoria Internacional e Manoel Fernando Garcia, Ailaine Fernandes Osório de Siqueira, Marco Antonio de Siqueira Garcia, Maria Pia de Siqueira Garcia e Malemote Participações Ltda. rejeitados.

9. Embargos de declaração de Newedge USA LLC acolhidos, sem efeitos infringentes, somente para o fim de esclarecer que neste momento processual é incabível a fixação de honorários advocatícios.

(EDcl na MC 17.411/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, julgado em 20/11/2017, DJe 27/11/2017)

Recurso interposto na vigência do CPC/2015. Enunciado Administrativo n. 3. Processual Civil. Fixação de honorários advocatícios. Direito intertemporal: art. 20 do CPC/1973 vs. art. 85 do CPC/2015. Definição da lei aplicável.

1. Este Superior Tribunal de Justiça tem farta jurisprudência no sentido de que, indiferente a data do ajuizamento da ação e a data do julgamento dos recursos correspondentes, a lei aplicável para a fixação inicial da verba honorária é aquela vigente na data da sentença/acórdão que a impõe. Precedentes: REsp n. 542.056/

SP, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 19.02.2004; REsp n. 816.848/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 13 de março de 2009; REsp 981.196/BA, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJ de 02 de dezembro de 2008; AgRg no REsp 910.710/BA, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 16.09.2008; AgInt nos EDcl no REsp n. 1.357.561/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 04.04.2017, DJe 19.04.2017; REsp n. 1.465.535/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 21.06.2016.

2. A essa jurisprudência há que se adicionar o entendimento desta Corte em relação à vigência do novo Código de Processo Civil (CPC/2015) que estabeleceu como novidade os honorários sucumbenciais recursais. Sendo assim, para os recursos interpostos de decisões/acórdãos publicados já na vigência do CPC/2015 (em 18.03.2016) é cabível a fixação de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015: Enunciado Administrativo n. 7/STJ - "Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016 será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do NCPC".

3. Sendo assim, são possíveis, em princípio, quatro situações: a) que o processo tenha sentença, decisão em segundo grau e decisão em instância especial todos na vigência do CPC/1973: a.1) aplica-se integralmente o regime previsto no art. 20, do CPC/1973 para todo o processo, não havendo que se falar em honorários sucumbenciais recursais; b) que o processo tenha sentença e decisão em segundo grau na vigência do CPC/1973 e decisão em instância especial na vigência do CPC/2015: b.1) aplica-se o regime previsto no art. 20, do CPC/1973 para a fixação dos honorários na sentença, b.2) não há honorários sucumbenciais recursais no julgamento do recurso da sentença (v.g. no julgamento da apelação ou do agravo), b.3) não há honorários sucumbenciais recursais no julgamento do recurso da decisão de segundo grau (v.g. no julgamento do recurso especial); c) que o processo tenha sentença na vigência do CPC/1973 e acórdão em segundo grau e acórdão em instância especial na vigência do CPC/2015: c.1) aplica-se o regime previsto no art. 20, do CPC/1973 para a fixação dos honorários na sentença, c.2) não há honorários sucumbenciais recursais no julgamento do recurso da sentença (v.g. no julgamento da apelação ou do agravo), c.3) há honorários sucumbenciais recursais no julgamento do recurso da decisão de segundo grau (v.g. no julgamento do recurso especial); d) que o processo tenha sentença, acórdão em segundo grau e acórdão em instância especial na vigência do CPC/2015: d.1) aplica-se o regime previsto no art. 85, do CPC/2015 para a fixação dos honorários na sentença, d.2) há honorários sucumbenciais recursais no julgamento do recurso da sentença (v.g. no julgamento da apelação ou do agravo), d.3) há honorários sucumbenciais recursais no julgamento do recurso da decisão de segundo grau (v.g. no julgamento do recurso especial). Dito de outra forma, ocorre a aplicação integral do CPC/2015.

4. No caso concreto, a sentença que originalmente negou a fixação da verba honorária o foi publicada no ano de 2014, ainda na vigência do antigo CPC/1973 (e-STJ fls. 1.056). Indiferente ao caso ter havido a fixação da verba posteriormente em virtude de provimento de recurso de agravo de instrumento no Tribunal de Origem sob a vigência do CPC/2015, isto porque o que sempre esteve em discussão nos recursos interpostos (efeito devolutivo) foi a aplicabilidade do art. 20, do CPC/1973 na sentença. Desse modo, o regime aplicável para a fixação inicial da verba honorária é aquele previsto no art. 20 e parágrafos do CPC/1973 e não o do art. 85, do CPC/2015 que teve sua vigência iniciada apenas em 18.03.2016. Assim, sem razão o recorrente, o recurso especial merece negativa de provimento, no ponto.

5. Já em relação ao pedido sucessivo de revisão da verba honorária em razão de violação ao juízo de equidade, melhor sorte não socorre a recorrente. Isto porque, consoante os fatos descritos na decisão recorrida (art. 20, § 3º, alíneas "a", "b" e "c", do CPC/1973), o caso é de verba honorária fixada em sede de cumprimento de sentença onde o trabalho desenvolvido pelo advogado é mediano e o valor fixado se aproximou mais daquele apontado pela executada. De registro que as verbas honorárias na ação principal foram objeto de sucumbência recíproca, donde a necessidade de se equilibrar a fixação da verba honorária em sede de cumprimento de sentença com o que decidido no objeto principal da ação (e-STJ fls. 524). Além disso, a Corte de Origem não fez nenhuma consideração quanto aos demais critérios do § 3º do art. 20 do CPC/1973 o que impossibilita qualquer diagnóstico de haver ou não irrisoriedade ou exorbitância da verba honorária fixada em relação a eles. Precedentes: REsp n. 1.579.555/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 09.08.2016; AgInt no REsp n. 1.587.611-SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 09.08.2016.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1.649.720/RS, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, Segunda Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 30/10/2017)

Responsabilidade civil. Dano moral. Majoração de indenização. Impossibilidade de análise do conteúdo fático-probatório. Incidência da Súmula 7/STJ. Compensação de honorários advocatícios. Súmula 83/STJ. Inadmissibilidade do recurso.

1. Cuida-se de irresignação com a decisão do Tribunal de origem que entendeu que apenas os residentes dentro da faixa de zoneamento referente à Estação de Tratamento contam com o direito a indenização. Os recorrentes que, consoante as provas dos autos, moram fora do zoneamento ficaram inconformados por não ter sido configurado, quanto a eles, o dano moral.

2. O órgão julgador decidiu a questão após percuciente análise dos fatos e das provas relacionados à causa, sendo certo asseverar que, para chegar a conclusão

diversa, torna-se imprescindível reexaminar o conjunto fático-probatório constante dos autos, o que é vedado em Recurso Especial. Imiscuir-se na presente aferição encontraria óbice no édito 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

3. Com relação ao pleito de majoração dos danos morais, esclareça-se que o STJ só excepcionalmente admite a revisão do valor da indenização por dano moral "em caso de patente absurdo, quando se extrapole inteiramente do razoável, seja para mais ou para menos" (REsp 71.778-RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, RSTJ 87/228). E tal não é a hipótese dos autos.

4. Assentou o Superior Tribunal de Justiça que "em homenagem à natureza processual material e com o escopo de preservar-se o direito adquirido, as normas sobre honorários advocatícios não são alcançadas por lei nova. A sentença, como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015" (REsp 1.465.535/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21/6/2016, DJe 22/8/2016).

5. A hermenêutica ora propugnada pretende cristalizar a seguinte ideia: se o capítulo acessório da sentença, referente aos honorários sucumbenciais, foi prolatado em consonância com o CPC/1973, serão aplicadas as regras do vetusto diploma processual até a ocorrência do trânsito em julgado. Por outro lado, nos casos de sentença proferida a partir do dia 18.3.2016, as normas do novel CPC cingirão a situação concreta.

6. De fato, o próprio art. 14 do CPC/2015 aponta norma de direito intertemporal, com o escopo de proteger os atos praticados na vigência da codificação anterior: "Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada."

7. Em face dos contornos de direito material, não é possível sustentar-se a aplicação das novas regras de honorários recursais a partir de 18.3.2016, data em que entrou em vigor o novo CPC. De fato, a aplicação imediata do instituto, seguindo o princípio do isolamento dos atos processuais, revestirá a defendida natureza material com o capeirão da vertente processual, descontruindo, como consequência cartesiana, toda a legislação, a jurisprudência e a doutrina, que reconheceram, após décadas de vicissitudes, o direito alimentar dos advogados à percepção de honorários.

8. No presente caso, a sentença foi publicada antes de 18.3.2016. Logo, aplica-se aos honorários sucumbenciais o CPC/1973.

9. Admite-se a compensação de honorários advocatícios, em consonância com o entendimento firmado no julgamento do REsp 963.528/PR (*Tema* 195 do STJ), afetado à Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, com base no procedimento da Lei 11.672/2008 e Resolução 8/2008 (Lei de Recursos

Repetitivos), segundo o qual "Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte".

10. Verifica-se que o Tribunal *a quo* decidiu de acordo com a jurisprudência desta Corte, de modo que se aplica à espécie o enunciado da Súmula 83/STJ: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida."

11. Recurso Especial de que parcialmente se conhece e, nessa parte, nega-se-lhe provimento.

(REsp 1.672.406/RS, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Segunda Turma, julgado em 22/08/2017, DJe 13/09/2017)

Tributário. ITCD. Fixação de honorários advocatícios. Data da sentença ou do acórdão. Precedentes. Alegação de violação ao art. 85, § 2º e § 3º do CPC/2015. Súmula n. 282/STF. Alegação de violação ao artigo 108 e 165 do CTN. Interpretação de lei local. Lei Estadual 10.175/1998. Incidência da Súmula n. 280/STJ. Divergência não comprovada. Ausência de similitude fática. Impossibilidade de análise quando não há indicação do dispositivo violado.

I - A legislação aplicável para a fixação dos honorários advocatícios, será definida pela data da sentença ou do acórdão que fixou a condenação, devendo ser observada a norma adjetiva vigente no momento de sua publicação. Neste sentido: REsp 1.672.406/RS, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Segunda Turma*, julgado em 22/08/2017, DJe 13/09/2017; REsp 1.465.535/SP, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 21/06/2016, DJe 22/08/2016; AgInt no REsp 1.657.177/PE, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Segunda Turma*, julgado em 17/08/2017, DJe 23/08/2017; REsp 1.644.846/RS, Rel. Ministro *Gurgel de Faria*, *Primeira Turma*, julgado em 27/06/2017, DJe 31/08/2017.

II - A sentença foi publicada na vigência do CPC/1973, resta evidenciada a falta de prequestionamento do art. 85, § 2º e § 3º, do CPC/2015, o qual traz novo disciplinamento para a verba sucumbencial. Incide na espécie a súmula 282 do STF.

III - Com relação a alegação de violação dos arts. 108 e 165 do CTN, verifica-se que o Tribunal *a quo*, para decidir a controvérsia, interpretou legislação local, *in casu*, a Lei Estadual n. 10.175/1998, o que implica na inviabilidade do recurso especial, aplicando-se, por analogia, o teor do enunciado n. 280 da Súmula do STF.

IV - Quanto a alegação de divergência jurisprudencial, conforme a previsão do art. 255, § 1º, do RISTJ, é de rigor a caracterização das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados, cabendo a quem recorre demonstrar tais circunstâncias, com indicação da similitude fática e jurídica entre os julgados, apontando o dispositivo legal interpretado nos arestos em cotejo, com

a transcrição dos trechos necessários para tal demonstração. Em face de tal deficiência recursal, aplica-se o constante da Súmula n. 284 do STF.

V - Da análise do recurso especial, observa-se que o recorrente não aponta qual o dispositivo infraconstitucional teria sido objeto de interpretação divergente pelos julgados em confronto, desbordando da previsão contida no art. 105, III, c, da Lex Mater, o que impede a apreciação dessa parcela recursal pelo Superior Tribunal de Justiça.

Neste sentido: AgInt no REsp 1.581.326/PR, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Segunda Turma*, julgado em 02/02/2017, DJe 03/03/2017; AgRg no AREsp 484.048/PB, Rel. Min. *Assusete Magalhães*, DJe 03/09/2014; AgInt no AREsp 895.772/PR, Rel. Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, *Terceira Turma*, julgado em 7/3/2017, DJe 13/3/2017).

VI - Agravo interno improvido

(AgInt no REsp 1.696.013/SP, Rel. Ministro *Francisco Falcão*, Segunda Turma, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018)

Recurso especial. Processo Civil. Arbitragem. Execução. Título executivo extrajudicial. Contrato de locação. Cláusula compromissória. Embargos do devedor. Mérito. Competência do Juízo Arbitral. Questões formais, atinentes a atos executivos ou de direitos patrimoniais indisponíveis. Competência do Juízo Estatal. Honorários advocatícios. Natureza jurídica. Lei nova. Marco temporal para a aplicação do CPC/2015. Prolação da sentença.

1. A cláusula arbitral, uma vez contratada pelas partes, goza de força vinculante e caráter obrigatório, definindo ao juízo arbitral eleito a competência para dirimir os litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis, derrogando-se a jurisdição estatal.

2. No processo de execução, a convenção arbitral não exclui a apreciação do magistrado togado, haja vista que os árbitros não são investidos do poder de império estatal à prática de atos executivos, não tendo poder coercitivo direto.

3. Na execução lastreada em contrato com cláusula arbitral, haverá limitação material do seu objeto de apreciação pelo magistrado. O Juízo estatal não terá competência para resolver as controvérsias que digam respeito ao mérito dos embargos, às questões atinentes ao título ou às obrigações ali consignadas (existência, constituição ou extinção do crédito) e às matérias que foram eleitas para serem solucionadas pela instância arbitral (kompetenz e kompetenz), que deverão ser dirimidas pela via arbitral.

4. A exceção de convenção de arbitragem levará a que o juízo estatal, ao apreciar os embargos do devedor, limite-se ao exame de questões formais do título ou atinentes aos atos executivos (v.g., irregularidade da penhora, da avaliação, da alienação), ou ainda as relacionadas a direitos patrimoniais indisponíveis, devendo, no que sobejar, extinguir a ação sem resolução do mérito.

5. Na hipótese, o devedor opôs embargos à execução, suscitando, além da cláusula arbitral, dúvidas quanto à constituição do próprio crédito previsto no título executivo extrajudicial, arguindo a inexistência da dívida pelo descumprimento justificado do contrato. Dessarte, deve-se reconhecer a derrogação do juízo togado para apreciar a referida pretensão, com a extinção do feito, podendo o recorrido instaurar procedimento arbitral próprio para tanto.

6. O Superior Tribunal de Justiça propugna que, em homenagem à natureza processual material e com o escopo de preservar-se o direito adquirido, as normas sobre honorários advocatícios não são alcançadas por lei nova. A sentença, como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015.

7. No caso concreto, a sentença fixou os honorários em consonância com o CPC/1973. Dessa forma, não obstante o fato de esta Corte Superior reformar o acórdão recorrido após a vigência do novo CPC, incidem, quanto aos honorários, as regras do diploma processual anterior.

8. Recurso especial provido.

(REsp 1.465.535/SP, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, Quarta Turma, julgado em 21/06/2016, DJe 22/08/2016)

Direito Processual Civil e intertemporal. Honorários advocatícios. Fazenda Pública. Sentença condenatória proferida na vigência do CPC/1973 e publicada já quando em vigor o CPC/2015. Novo Estatuto. Observância.

1. No que diz respeito às causas em que for parte a Fazenda Pública, o art. 85, § 3º, I a V, do CPC/2015 estabeleceu critérios objetivos para a fixação dos honorários de sucumbência com base no valor da condenação ou do proveito econômico obtido na demanda, prevendo cinco faixas progressivas e escalonadas como parâmetro para tal apuração.

2. Apesar de a propositura da ação demarcar os limites da causalidade e os riscos de eventual sucumbência, o Superior Tribunal de Justiça elegeu a sentença - ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios - como marco para a incidência das regras do novo estatuto processual, notadamente em face da natureza jurídica híbrida do referido instituto (processual-material).

3. A despeito de ser possível a incidência dos honorários previstos nos art. 85, § 11, do CPC/2015, em sede recursal (Enunciado Administrativo n. 7 do STJ), os honorários de sucumbência deverão obedecer à legislação vigente na data da sentença ou do acórdão que fixou a condenação, lembrando-se que a decisão produz todos os seus efeitos jurídicos somente após a sua publicação.

4. Hipótese em que a sentença foi proferida sob a égide do CPC/1973, sendo o *decisum*, contudo, publicado já na vigência no novo Código Processual,

considerando-se as peculiaridades da contagem dos prazos no processo eletrônico (art. 5º da Lei n. 11.419/2006, c/c o art. 224 do CPC/2015).

5. Recurso especial provido para determinar que o Tribunal de origem reexamine o valor dos honorários de sucumbência, à luz do disposto no art. 85, § 3º e seguintes, do CPC/2015.

(REsp 1.644.846/RS, Rel. Ministro *Gurgel de Faria*, Primeira Turma, julgado em 27/06/2017, DJe 31/08/2017)

Processual Civil. Recurso especial. Honorários advocatícios de sucumbência. Direito intertemporal. Regime jurídico aplicável. Propositura da ação sob a égide do Estatuto Processual Civil de 1973. Prolação de sentença quando em vigor o Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade da novel legislação. Necessidade de arbitramento da verba honorária sucumbencial à luz do art. 85 da Lei n. 13.105/2015. Recurso especial parcialmente provido.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015 no julgamento do Agravo Interno.

II - Consoante o entendimento desta Corte, a sentença é o marco para delimitação do regime jurídico aplicável à fixação de honorários advocatícios, revelando-se incorreto seu arbitramento, com fundamento no CPC de 1973, posteriormente à 18.03.2016 (data da entrada em vigor da novel legislação).

III - Inviabilizado, *in casu*, o arbitramento dos honorários advocatícios de sucumbência, com base no art. 85 do Código de Processo Civil de 2015, sob pena de restar configurada a supressão de grau de jurisdição e desvirtuar a competência precípua desta Corte em grau recursal (uniformização da interpretação da legislação federal), mediante a fixação de honorários de sucumbência casuisticamente e não apenas nas hipóteses de irrisoriedade e exorbitância no seu arbitramento.

IV - Necessidade de reforma do acórdão recorrido, a fim de que seja procedido novo julgamento da apelação, com análise dos honorários advocatícios de sucumbência, respeitadas as peculiaridades do caso concreto, com base no estatuto processual civil de 2015.

V - Recurso Especial parcialmente provido.

(REsp 1.647.246/PE, Rel. p/ Acórdão Ministra *Regina Helena Costa*, Primeira Turma, julgado em 21/11/2017, DJe 19/12/2017)

Aliás, *ainda antes do novel diploma*, verifica-se que a jurisprudência já estava pacificada no sentido de que a sucumbência seria regida pela lei vigente na data da sentença.

Nessa esteira:

> Processual Civil. Violação ao art. 535. Deficiência na fundamentação. Incidência da Súmula 284/STF. Administrativo. Desapropriação direta. Honorários advocatícios. Art. 27, DL 3.365/41. Incidência.
>
> 1. É pressuposto de admissibilidade do recurso especial a adequada indicação da questão controvertida, com informações sobre o modo como teria ocorrido a violação a dispositivos de lei federal (Súmula 284/STF).
>
> *2. "A sucumbência rege-se pela lei vigente à data da sentença que a impõe"* (REsp 542.056/SP, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 22.03.2004; REsp 487.570/SP, 1ª Turma, Min. Francisco Falcão, DJ de 31.05.2004; REsp 439.014/RJ, 2ª Turma, Min. Franciulli Netto, DJ de 08.09.2003). Assim, na fixação dos honorários advocatícios, em desapropriação direta, devem prevalecer as regras do art. 27 do Decreto-Lei 3.365/41, com a redação dada pela Medida Provisória 1.997-37, de 11.04.2000, sempre que a decisão for proferida após essa data.
>
> 3. Recurso especial a que se dá parcial provimento.
>
> (REsp 783.208/SP, Rel. Ministro *Teori Albino Zavascki*, Primeira Turma, julgado em 03/11/2005, DJ 21/11/2005, p. 168 – grifos não constantes no original)

> Processual Civil. Administrativo. Recurso especial. Dissídio jurisprudencial. Ausência de semelhança entre os acórdãos confrontados. Inadmissibilidade. Desapropriação. Juros compensatórios. ADIn n. 2.332/2001. Eficácia da MP n. 1.577/97 até a decisão que suspendeu os efeitos da expressão constante do art. 15-A, do Decreto-Lei n. 3.365/41. Desapropriação. Honorários. Limite. Decreto-Lei n. 3.365/41. Observância.
>
> [...]
>
> *6. A sucumbência rege-se pela lei vigente à data da sentença que a impõe*, pelo que deve ser observado o art. 27, § 1º, do Decreto-Lei n. 3.365/41, com a modificação introduzida pela MP n. 1.577/97, observando-se o limite máximo de 5% (cinco por cento).
>
> [...]
>
> 8. Recurso especial dos expropriados desprovido.
>
> (REsp 542.056/SP, Rel. Ministro *Luiz Fux*, Primeira Turma, julgado em 19/02/2004, DJ 22/03/2004, p. 233)

> Administrativo e Processual Civil. Recurso especial. Ação de desapropriação para fins de utilidade pública. Juros moratórios. Prolação da sentença em data posterior à vigência da MP 1.901-30/99. Honorários advocatícios. *Decisum* singular posteriormente proferido à edição da MP 1.577-97. Afronta ao art. 535 do CPC não caracterizada.
>
> [...]

> *6. In casu*, a data da prolação da sentença singular, qual seja, 08 de março de 2007 (fls. 352/356), evidencia o equívoco constante do acórdão *a quo*, que manteve os honorários advocatícios na razão de 6% (seis por cento) sobre a diferença entre o preço inicial e o valor da indenização, sem observância à nova regra instituída pela MP n. 1.577/97, *na medida em que a sucumbência rege-se pela lei vigente à data da sentença que a impõe (Precedentes: REsp 816.848/RJ, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 13 de março de 2009 e REsp 981.196/BA, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJ de 02 de dezembro de 2008)*.
>
> [...]
>
> 8. Recurso especial conhecido e provido.
>
> (REsp 1.113.666/SP, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, Primeira Turma, julgado em 06/08/2009, DJe 19/08/2009)

> Processual Civil e Administrativo. Agravo regimental. Arts. 458 e 535 do CPC. Violações inexistentes. Deficiência de fundamentação. Ausência de indicação expressa da norma infraconstitucional ofendida. Súmula n. 284/STF. Desapropriação. Justo preço. Critério de fixação e *quantum* indenizatório. Questões fáticas. Súmula n. 07/STJ. Juros moratórios. Termo *a quo*. Honorários advocatícios.
>
> [...]
>
> *5. A sucumbência reger-se-á pela lei vigente à data da sentença que a impõe, estando*, in casu, *em conformidade com o disposto no § 4º do art. 20 do CPC.*
>
> 6. Agravo regimental não provido.
>
> (AgRg no REsp 910.710/BA, Rel. Ministro *Castro Meira*, Segunda Turma, julgado em 16/09/2008, DJe 28/11/2008)

Nota-se que a posição doutrinária perfilha o entendimento sufragado por esta Corte Superior ao consignar que o direito aos honorários exsurge no momento em que a sentença é proferida.

Nesse contexto, Araken de Assis leciona:

> A sentença definitiva, prolatada na forma do art. 487, I e II, é o campo de incidência usual do art. 85, *caput*: o juiz, ao acolher ou rejeitar o pedido, condenará o vencido – réu ou autor, conforme haja procedência ou improcedência do pedido – nos honorários advocatícios. O princípio da sucumbência fundamenta o provimento desse teor na sentença definitiva. *Forma-se na sentença* lato sensu, *destarte, o capítulo acessório da sucumbência*.
>
> (ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro. Parte geral: institutos fundamentais*. Vol. II, Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 451)

A doutrina especializada também aponta que:

> *Acresça-se que o direito aos honorários nasce contemporaneamente à sentença e não preexiste à propositura da demanda*. Os honorários advocatícios integram a remuneração devida ao advogado pelos serviços prestados no processo ao seu cliente. Os critérios dispostos no art. 20, § 3º do CPC de 1973 e no art. 85, § 2º do Novo CPC dizem respeito ao trabalho realizado no processo.
>
> *Portanto, somente quando termina a prestação do serviço é possível apurar o valor da remuneração. Tratando-se da remuneração por um serviço, os fatos constitutivos desse: direito são a prestação do serviço e aqueles dos quais decorra a definição de quem deu causa ao processo (e, portanto, qual dos advogados terá direito a receber honorários).*
>
> *Em atenção a esses dois diferentes fatos constitutivos é que se conclui que o direito aos honorários apenas nasce no momento em que a sentença é proferida. Os honorários servem a remuneração de um trabalho e, portanto, apenas quando ele estiver terminado é possível apurar seu valor. Trata-se de fato constitutivo do direito que se forma e amadurece no curso do processo. A outra peculiaridade diz respeito à apuração de qual das partes tornou o processo necessário*. Poder-se-ia afirmar que a apuração do nexo de causalidade pode ser feita desde o momento em que a demanda é proposta, pois já estaria definida a situação de direito material a ser julgada. No entanto, o autor pode desistir da demanda, do que decorrerá a extinção do processo sem julgamento do mérito e a atribuição ao desistente da responsabilidade pelo seu custo. Como este novo nexo causal pode sobrevir a qualquer momento, superando qualquer consideração acerca da relação de causalidade primitiva, apenas no instante em que o juiz profere a sentença será possível identificar quem deu causa ao processo e, portanto, apenas nesse momento o direito aos honorários nascerá.
>
> (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho, *op. cit.*, p. 106-107)

Uma vez mais, invoca-se o magistério de Chiovenda, cujo entendimento propugna que o direito aos honorários nasce com a decisão do juiz, condenando a parte sucumbente a pagá-los. Tal direito dependeria da sucumbência, *a fortiori* porque o trabalho desempenhado pelo advogado, no decorrer do processo, não originaria um direito, mas sim uma situação jurídica apta a formar, futuramente, um direito. Dessa forma, *a sentença não reconheceria ao causídico direito preexistente, e sim direito que surge com a decisão judicial*. (CHIOVENDA, Giuseppe. *La condanna nelle spese giudiziali.* 2ª ed. Roma: Foro, 1935, p. 177; e *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1980, p. 74).

Constata-se que, em razão de o direito aos honorários surgir com a prolação da sentença, o STJ firmou tese no sentido de que, antes de haver

pronunciamento judicial, inexiste prejuízo ao causídico, que possuía *mera expectativa de direito* de receber a verba sucumbencial.

A propósito:

> Recurso especial. Processual Civil. Execução de título extrajudicial. Honorários para pronto pagamento fixados em 10% do valor da execução. Adimplemento posterior mediante transação. Reconhecimento do pedido. Honorários sucumbenciais devidos. Recurso parcialmente provido.
>
> 1. De acordo com a iterativa jurisprudência desta Corte, o acordo firmado entre as partes, sem a concordância do advogado, não afasta seu direito ao recebimento dos honorários advocatícios convencionais e dos advindos de sentença judicial (Lei 8.906/94, art. 24, § 4º).
>
> *2. Realizada a transação entre as partes antes de haver pronunciamento judicial fixando honorários, entende-se não haver prejuízo ao causídico constituído, que tinha mera expectativa de direito em relação aos honorários sucumbenciais. Precedente.*
>
> 3. Na espécie, não houve sentença judicial fixando honorários advocatícios, mas tem-se fixação inicial provisória de honorários na execução. Não foram opostos embargos à execução, nem houve pronto pagamento propriamente, mas transação entre as partes pondo fim à execução de título extrajudicial, com fundamento no art. 794, II, do Código de Processo Civil.
>
> 4. O reconhecimento pelo executado de que a transação importou o pagamento do montante total do débito executado, com todos os acréscimos legais decorrentes, equivale ao reconhecimento do pedido (CPC, art. 26) e, na execução, a pronto pagamento, autorizando a execução dos honorários sucumbenciais fixados para tal hipótese.
>
> 5. Recurso especial parcialmente provido.
>
> (REsp 729.021/RS, Rel. Ministro *Raul Araújo*, Quarta Turma, julgado em 03/02/2015, DJe 06/02/2015 – grifos não constantes no original)

> Recurso especial. Ação de cobrança de honorários advocatícios. Negativa de prestação jurisdicional. Art. 535 do CPC. Não ocorrência. Prequestionamento. Ausência. Súmula n. 282/STF. Reconhecimento jurídico do pedido. Transação. Distinções e semelhanças. Consequências com relação aos honorários advocatícios. Reexame de cláusulas contratuais e de provas. Inviabilidade. Súmulas n. 5 e n. 7/STJ. Transação celebrada após a réplica. *Ausência de pronunciamento judicial fixando honorários advocatícios. Direito autônomo do advogado. Não infringência*. Divergência não demonstrada. Súmula n. 13/STJ. Ausência de similitude fática.
>
> [...]

> 3. O reconhecimento jurídico do pedido é ato unilateral pelo qual o demandado adere integralmente à pretensão do autor, sendo devidos honorários pela parte que reconheceu, tendo em vista o princípio da causalidade.
>
> 4. A transação é negócio jurídico bilateral, realizado entre as partes, caracterizada por concessões mútuas a fim de pôr fim ao litígio e, se realizada sem a participação do advogado, não pode prejudicar a verba honorária fixada a seu favor em sentença judicial.
>
> *5. Não fere o direito autônomo do advogado aos honorários de sucumbência o acordo celebrado entre as partes, após a réplica, sem que haja nenhum pronunciamento judicial fixando verba honorária.*
>
> 6. Rever as conclusões do Tribunal de origem - para entender que houve reconhecimento jurídico do pedido em vez de transação - demandaria, além do reexame de todo o acervo documental carreado aos autos de processo distinto, a interpretação das cláusulas contratuais do instrumento de transação, o que é inviável em sede de recurso especial, nos termos das Súmulas n. 5 e n. 7/STJ.
>
> [...]
>
> 9. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.
>
> (REsp 1.133.638/SP, Rel. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, Terceira Turma, julgado em 06/08/2013, DJe 20/08/2013)

5. Observa-se, portanto, que a sentença, como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015.

A hermenêutica ora propugnada pretende cristalizar a seguinte ideia: se o capítulo acessório da sentença, referente aos honorários sucumbenciais, foi prolatado em consonância com o CPC/1973, serão aplicadas essas regras até o trânsito em julgado. Por outro lado, nos casos de sentença proferida a partir do dia 18.3.2016, as normas do novel diploma processual relativas a honorários sucumbenciais é que serão utilizadas.

É de se memorar, ainda, que a posição em epígrafe verbera nos princípios do *direito adquirido*, da *segurança jurídica* e da *não surpresa*.

Deveras, a parte condenada em honorários advocatícios na sentença, em conformidade com as regras do CPC/1973, possui direito adquirido à aplicação das normas existentes no momento da prolação do respectivo ato processual.

De fato, o próprio art. 14 do CPC/2015 aponta norma de direito intertemporal com o escopo de proteger os atos praticados na vigência da codificação anterior:

> Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Nesse diapasão, os direitos adquiridos, com verve material ou processual, devem ser respeitados pela nova lei, sob pena de violar-se enunciado precípuo da aplicação intertemporal do direito, consistente na regra de que *a lei processual nova não retroagirá para atingir direito processual adquirido nos termos da lei revogada*.

Veja-se, no ponto, o magistério do saudoso Galeno Lacerda:

> Ensina o clássico Roubier, em sua magnífica obra *Les Conflits de Lois dans le Temps* (I/371, que *a base fundamental do direito transitório reside na distinção entre o efeito retroativo e o efeito imediato da lei.* Se ela atinge *facta praeterita* é retroativa; *se* facta pendentia, *será necessário distinguir entre situações anteriores à mudança da legislação, que não podem ser atingidas sem retroatividade, e situações posteriores, para as quais a lei nova, se aplicável, terá efeito imediato.*
>
> Como o processo compreende uma sequência complexa de atos que se projetam no tempo, preordenados para um fim, que é a sentença, deve ele ser considerado, em termos de direito transitório, como um fato jurídico complexo e pendente, sobre o qual a normatividade inovadora há de incidir.
>
> A aplicação imediata será sempre a regra de direito comum (Roubier, I/558). A retroatividade, ao contrário, não se presume; decorre de disposição legislativa expressa, exceto no direito penal, onde constitui princípio a retroação da lei mais benéfica.
>
> Estudando a aplicação da lei nova aos fatos pendentes, distingue Roubier na situação jurídica três momentos: o da constituição, o dos efeitos e o da extinção. O primeiro e o último representam a dinâmica, o segundo a estática da situação.
>
> Quando a constituição (ou extinção) da situação jurídica se operou pela lei antiga, a ela será estranha a lei nova, salvo disposição retroativa, se permitida pelo sistema jurídico.
>
> Quando a constituição estiver pendente, a regra será a aplicação imediata, respeitado o período de vigência da lei anterior.
>
> Quanto aos efeitos da situação jurídica constituída, a norma é que a lei nova não pode, sem retroatividade, atingir os já produzidos sob a lei anterior.
>
> O processo não se esgota na simples e esquemática relação jurídica angular, ou triangular, entre as partes e juiz, este como autoridade representativa do Estado. Razão inteira assiste a Carnelutti quando considera o processo um feixe de relações jurídicas, onde se vinculam não só esses sujeitos principais, senão que também todas aquelas pessoas terceiros intervenientes, representante do

> Ministério Público, servidores da Justiça, testemunhas, peritos que concorrem com sua atividade para a obra comum da Justiça em concreto, todas elas concomitantemente, sujeitos de direitos e deveres, em razão dessa mesma obra. Nem é por outro motivo que forte corrente, liderada por processualistas do tomo de Guasp e Couture, considera o processo uma instituição, isto é, um relacionamento jurídico complexo, polarizado por um fim comum.
>
> *Isso significa que podemos e devemos considerar a existência de direitos adquiridos processuais, oriundos dos próprios atos ou fatos jurídicos processuais, que emergem, em cada processo, do dinamismo desse relacionamento jurídico complexo. (...) Acontece que os direitos subjetivos processuais se configuram no âmbito do direito público e, por isto, sofrem o condicionamento resultante de grau de indisponibilidade dos valores sobre os quais incidem.*
>
> *Em regra, porém, cumpre afirmar que a lei nova não pode atingir situações processuais já constituídas ou extintas sob o império da lei antiga, isto é, não pode ferir os respectivos direitos processuais adquiridos. O princípio constitucional de amparo a esses direitos possui, aqui, também, plena e integral vigência.*
>
> (LACERDA, Galeno. O novo direito processual civil e os feitos pendentes. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 12-13).

Dessa forma, as partes litigantes possuem a prerrogativa legal de verem subsumir-se à hipótese vertente a norma que amparava o instituto dos honorários advocatícios na data da prolação da sentença, com o fim de salvaguardar o direito adquirido.

Nesse passo, aliás, o *STF* decidiu pela fixação dos honorários contra a Fazenda Pública com base no art. 20 do CPC/73, afastando a incidência do novo *Codex*, já que os processos foram ajuizados antes da vigência do CPC/15:

> Embargos de declaração em ação originária. 2. Direito Processual Civil Coletivo. 3. Ação popular. Juízo competente para a execução do julgado. Local de domicílio das partes. Aplicação analógica do parágrafo único do art. 516 do CPC. Possibilidade. Razoável duração do processo. Economia processual. Precedentes. 4. Embargos de declaração rejeitados. 5. Agravos internos em ação originária. 6. Direito Processual Civil e Direito Constitucional. 7. Prescrição. Prazo prescricional previsto no art. 21 da Lei 4.717/65. Manutenção da decisão. 8. Inépcia da exordial. Pagamento de gratificação com base em texto de lei adulterado. Incidência dos arts. 1º e 2º da Lei de Ação Popular. 9. Alegação de coisa julgada. Inocorrência. Decisão com trânsito em julgado, favorável aos magistrados estaduais, porém com objeto diverso da discussão destes autos. 10. Suposto *error in procedendo*. Aplicação analógica do art. 9º da Lei 4.717/1965. Ausência de comprovação de condenação criminal transitada em julgada em face do autor popular. Cotitularidade pelo Ministério Público Federal, que já acompanhava o feito como

custos legis. 11. Cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CR/1988 e Súmula Vinculante 10 do STF). Reconhecimento das irregularidades no pagamento da gratificação pelo Plenário do STF, em questão de ordem. Decisão monocrática que apenas confirmou tese já sedimentada em sessão plenária. Art. 949, parágrafo único, do CPC/2015. 12. Gratificação de nível superior. Pagamento realizado sem amparo constitucional e legal. Vedação prevista no art. 37, XIII, da Constituição Federal. Inteligência da Súmula 333/STF, posteriormente convertida na Súmula Vinculante 37/STF. 13. Restituição dos valores recebidos indevidamente, haja vista a comprovada má-fé. Manifesta inconstitucionalidade em razão de o pagamento advir de lei fraudada. Gratificação que retribui requisito inerente ao cargo de juiz, exigido em concurso público. *14. Honorários advocatícios. Direito intertemporal. Demanda ajuizada antes da entrada em vigor do novo CPC. Fazenda Pública vencida. Verba sucumbencial que recai sobre o erário. Indisponibilidade do interesse público. Aplicação do art. 20, § 4º, do CPC/1973. Precedentes.* 15. Majoração dos honorários advocatícios (art. 85, § 11, do CPC). 16. Imposição da multa, de forma solidária entre os agravantes, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil/2015, no percentual de 1%, no caso de julgamento unânime. 17. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 18. Agravos aos quais se nega provimento.

(AO 506 ED, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, Acórdão Eletrônico DJe-225 divulg 22/10/2018 public 23/10/2018)

Do voto do eminente Ministro Gilmar Mendes, afere-se que:

Em relação aos honorários advocatícios, consignei o seguinte no julgado recorrido (eDOC 8, p. 30):

"Por fim, em relação aos honorários advocatícios, dispõe o art. 12 da Lei 4.717/65, a saber:

> 'Art. 12. A sentença incluirá sempre, na condenação dos réus, o pagamento, ao autor, das custas e demais despesas, judiciais e extrajudiciais, diretamente relacionadas com a ação e comprovadas, bem como o dos honorários de advogado'.

De outro lado, merece atenção a questão intertemporal: aos processos ajuizados pela Fazenda Pública, anteriormente à vigência do novo Código de Processo Civil, é possível sua aplicação aos feitos pendentes quando saia vencida?

Relembre-se que, sob a sistemática do antigo CPC/73, pouco importava o valor da causa ou o proveito econômico, ante a incidência do § 4º do art. 20 daquele estatuto, de maneira que a fixação dos honorários advocatícios, quando vencida a Fazenda Pública, não se sujeitava aos limites de 10% a 20%, consoante remansosa jurisprudência desta Corte:

(…)

O comando do § 4º do art. 20 do CPC era claro em apontar que, nas ações que possuíssem conteúdo patrimonial inestimável ou que fosse vencida a Fazenda Pública, os honorários seriam fixados em quantia certa, observadas as balizas do § 3º do mesmo artigo, sem qualquer sujeição aos limites de 10% a 20%.

Por outro lado, sob a sistemática do CPC/2015 e considerando que o valor da causa é de R$ 5.000.000,00, corrigido até esta data pelo IPCA-E, atinge por volta de R$ 16.827.899,50, nos termos do § 5º do art. 85, sendo a Fazenda Pública vencida, a fixação do percentual deve observar a faixa inicial prevista no inciso I do § 3º do art. 85 e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente.

No caso dos autos, o cálculo seria da seguinte forma:

. 10% sobre o valor da condenação até 200 salários mínimos – atualmente R$ 187.400,00 –, cujo valor equivale a R$ 18.740,00;

. 8% de R$ 1.686.599,00 – diferença entre R$ 187.401,00 e R$ 1.874.000,00 –, cujo valor equivale a R$ 134.927,92;

. 5 % de R$ 14.953.898,50 – diferença entre R$ 1.874.001,00 e R$ 16.827.899,50 –, cujo valor equivale a R$ 747.694,92;

Assim, o valor total dos honorários, sob o prisma do CPC/15, alcançaria quase R$ 1 milhão de reais (por volta de R$ 901.362,84), ao passo que, na linha do CPC/73, não se levaria matematicamente em conta o valor da causa ou do proveito econômico obtido pela parte vencedora.

Resta saber qual dessas normas deve incidir no caso concreto, considerando a pretensão ter sido ajuizada sob o pálio do antigo CPC/73.

Sobre o tema, tive oportunidade de escrever em obra doutrinária:

[...]

Extrai-se das lições do processualista que 'podemos e devemos considerar a existência de direitos adquiridos processuais, oriundos dos próprios atos ou fatos jurídicos processuais, que emergem, em cada processo, do dinamismo desse relacionamento jurídico complexo", os quais "se configuram no âmbito do direito público e, por isto, sofrem o condicionamento resultante de grau de indisponibilidade dos valores sobre os quais incidem'.

É importante destacar que a condenação em honorários advocatícios constitui um dos pedidos da petição inicial, admitindo-se seu requerimento implícito em caso de omissão, nos termos do § 1º do art. 322 do Código de Processo Civil, a saber:

> 'Art. 322. O pedido deve ser certo.
>
> § 1º. Compreendem-se no principal os juros legais, a correção monetária e as verbas de sucumbência, inclusive os honorários advocatícios' (grifos no original).

Além disso, quando se ingressa com a demanda, tem-se a previsibilidade dos ônus processuais, entre os quais se incluem os honorários advocatícios, de acordo com a norma em vigor no ajuizamento da demanda, razão pela qual reconheço que, nos casos em ajuizada ação sob a égide do CPC/73 e a Fazenda Pública saia vencida, há direito de o ente público não se sujeitar à mudança dos custos processuais de forma pretérita, exatamente tal como previsto nas partes inicial e final do art. 14 do CPC/15, *in litteris*:

> 'Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada'. (grifos no original)

Tanto é que o novo Código trouxe várias situações que demonstram essa preocupação em resguardar o direito subjetivo-processual das partes e sua consolidação frente à antiga legislação processual, tais como: §§ 1º e 2º do art. 1.046, arts. 1.047, 1.053, 1.054 e 1.057, todos do CPC/15.

Percebe-se, pois, que a mens legis *do CPC/2015, nos dispositivos transitórios, denota a preocupação em conferir segurança jurídica e primar pela boa-fé processual, estabelecendo diferentes marcos para a incidência da novel legislação, visando evitar surpresas ou aumento dos dispêndios financeiros de fatos/atos ocorridos e/ou praticados na vigência do revogado CPC/73.*

E mais: ajuizada ação popular em 2.1998 e julgada apenas em 8.2017, *mutatis mutandis*, aplica-se a *ratio essendi* da Súmula 106 do STJ, no sentido de que o jurisdicionado não pode ser prejudicado por atraso no mecanismo judiciário de impulsionar – que inclui, por obviedade, decidir – sua demanda. (Súmula 106: '*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 influxo, por tratar-se de demanda em que vencida a Fazenda Pública, cujo desembolso dos honorários recairá sobre receitas públicas (erário), as quais se situam no âmbito do direito público e, mais notadamente, da indisponibilidade, é caso de aplicação da norma do CPC/73 na fixação da verba sucumbencial.

Na mesma linha desta fundamentação, seguem julgados proferidos durante vigência do CPC/15, que aplicaram a norma do art. 20 do CPC/73 para fixar os honorários advocatícios às ações ajuizadas sob o antigo Codex: *ACO 2.098, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, j. 10.5.2016 e DJe 1º.8.2016; e decisões monocráticas na AR 2.487, Rel. Min. Rosa Weber, j. 30.5.2016 e DJe 2.6.2016 e na ACO 880, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29.4.2016 e DJe 25.5.2016.*

Portanto, aplicando as normas do antigo Estatuto Processual Civil à fixação das verbas sucumbenciais, arbitro o valor total dos honorários da presente ação cível originária na quantia de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), na forma do art. 20, §

> *4º, do CPC/73, a ser custeado igualmente entre os réus, mantendo-se, entretanto, a natureza solidária (art. 23 do CPC/73 e § 2º do art. 87 do CPC/15 c/c arts. 264 e 283 do Código Civil).*

Não se pode desconsiderar que tal princípio está umbilicalmente ligado, no caso em epígrafe, ao princípio da não surpresa, positivado no art. 10 do novo Código de Processo Civil, vejamos:

> Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Aplicado ao caso ora submetido à apreciação judicial, o princípio da não surpresa impõe às partes o direito de não serem surpreendidas por fatos inesperados. Sendo assim, situações não anunciadas previamente tendem a ocasionar lesão a direitos subjetivos, notadamente quando o jurisdicionado ingressa com ação sob o amplexo de determinada regra que, posteriormente, é alterada por lei posterior:

> Outra solução não é possível em um código que busca, incessantemente, evitar as decisões-surpresa. Como é cediço, a decisão de *terza via*, incompatível com o modelo processual comparticipativo preconizado pelo novo código, é aquela que, em desrespeito aos deveres de cooperação processual, surpreende as partes quanto a aspectos fáticos ou jurídicos da demanda. Ora, se assim o é, o que dizer de uma decisão que frustra a legítima expectativa de despesa decorrente da improcedência do pedido? Essa calculabilidade também não está coberta pelo modelo cooperativo de processo?"
>
> *De fato, o custo* ex ante *de se utilizar um método de resolução de conflitos é um primado ínsito a um bom sistema jurisdicional, de forma que apenas em sociedades de subterrâneo capital institucional os cidadãos socorrem-se do aparelho estatal para compor litígios sem poder antever as consequências possíveis de seu comportamento. Em palavras outras, o prêmio de risco de um litígio judicial deve, em um sistema constitucional que abraça o princípio da segurança jurídica, assim como em um modelo processual que resguarda as partes de decisões-surpresa, ser um dado prévio à propositura da ação, de modo que o jurisdicionado não seja surpreendido com uma despesa-surpresa que não podia antever quando calculou o custo envolvido.*
>
> (GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Honorários advocatícios e Direito Intertemporal*. 3 mar. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/honorarios-advocaticios-e-direito-intertemporal-03032016>).

Registre-se que o exercício conjunto dos princípios em exame permite consignar, a título de exemplo, que eventual parte condenada ao pagamento

de honorários advocatícios em sede de primeiro grau, na vigência do código anterior, não pode ser surpreendida com a aplicação, pelo Tribunal *ad quem*, das regras sucumbenciais insculpidas no novo CPC.

6. No caso concreto, a sentença foi prolatada em 7/12/2011, com base no CPC/1973 (fls. 266-273), de modo que lhe foram aplicadas as regras vigentes à época da decisão ora combatida, tendo os honorários sido fixados por equidade - art. 20, § 4º, do CPC/73 -, *in verbis*:

> Condeno a parte embargante em 70% das despesas processuais e dos honorários advocatícios da parte adversa, possibilitando-se a compensação até onde se encontrarem. Os outros 30% ficam por conta da embargada. Fixo os honorários de cada patrono em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), nos termos do artigo 20, parágrafo 42, do Código de Processo Civil, observados o grau de zelo do profissional, a natureza, bem como o trabalho realizado e tempo exigido pelo seu serviço, bem como a delonga da causa.
>
> (fl. 273)

O Tribunal de origem, por sua vez, em relação aos honorários, por maioria (3x2), entendeu pela incidência do CPC/73, haja vista que a sentença desafiada pelo recurso de apelação fora "proferida e publicada antes de sua vigência" (fl. 376).

No mesmo sentido foi o acórdão embargado de fls. 463-471, em que a Segunda Turma do STJ manteve, de forma correta, como visto, a incidência do CPC/73.

7. Ante o exposto, nego provimento aos embargos de divergência.

É o voto.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 991.176-DF (2007/0235473-9)

Relator: Ministro Humberto Martins
Embargante: Helder Rodrigues Zebral
Advogados: Flávio Rodrigues Zebral e outro(s) - DF017589
Bruno Pereira de Macedo e outro(s) - DF039685
Embargado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

EMENTA

Processo Civil. Embargos de divergência. Questão de ordem pública. Necessidade de prequestionamento. Acórdão embargado em conformidade com a jurisprudência consolidada do STJ. Precedentes de todas as Turmas. Súmula 168/STJ.

1. Eventual despacho inicial que admita os embargos de divergência não impede que o relator venha a indeferi-los após melhor análise detida do feito, reconhecendo a ausência de elementos conducentes à demonstração da divergência jurisprudencial. Precedentes.

2. Cinge-se a controvérsia dos autos a saber se é necessária ou não a existência de prequestionamento de matéria de ordem pública.

3. O acórdão embargado adotou jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que mesmo as matérias de ordem pública necessitam estar devidamente prequestionadas para ensejar o conhecimento do recurso especial.

4. Precedentes: EREsp 805.804/ES, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *Corte Especial*, julgado em 3/6/2015, DJe 1º/7/2015; AgRg no REsp 582.776/AL, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, *Primeira Seção*, julgado em 9/8/2017, DJe 19/12/2017; EDcl no REsp 1.575.709/SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, *Primeira Turma*, julgado em 24/4/2018, DJe 4/5/2018; AgInt nos EDcl no AREsp 1.083.512/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, *Segunda Turma*, julgado em 17/5/2018, DJe 24/5/2018; AgInt no AREsp 1.247.832/PI, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, *Terceira Turma*, julgado em 15/5/2018, DJe 24/5/2018; AgRg no REsp 1.384.229/MG, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, *Quarta Turma*, julgado em 17/5/2018, DJe 25/5/2018; EDcl nos EREsp 784.146/AP, Rel. Min. *Jorge Mussi*, *Terceira Seção*, julgado em 8/4/2015, DJe 30/4/2015; AgRg no AgRg no AREsp 995.410/RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, *Quinta Turma*, julgado em 24/4/2018, DJe 11/5/2018; AgRg no REsp 1.546.132/SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, *Sexta Turma*, julgado em 22/3/2018, DJe 3/4/2018.

5. Incide, portanto, a Súmula 168 do STJ: "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado".

Embargos de divergência não conhecidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques não conhecendo dos embargos de divergência, mas por fundamento diverso aos adotados nos votos anteriormente proferidos, e os votos dos Srs. Ministros Raul Araújo, Francisco Falcão e Nancy Andrighi também não conhecendo dos embargos de divergência, a Corte Especial, por unanimidade, não conheceu dos embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Raul Araújo, Francisco Falcão e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz e o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura e Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília (DF), 14 de março de 2019 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Presidente

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 10.4.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de embargos de divergência opostos por *Helder Rodrigues Zebral* contra acórdão da *Primeira Turma*, de relatoria do Ministro Luiz Fux, cuja ementa reproduzo (fls. 989/990, e-STJ):

> Processual Civil. Administrativo. Ação de indenização. Responsabilidade civil. Fundação de direito privado. Prejuízos decorrentes de má-gestão e de desvio de verbas públicas. Ex-presidente da entidade. Súmula 07/STJ. Aprovação de contas pelo Tribunal de Contas da União. Natureza administrativa. Exclusão de apreciação pelo Poder Judiciário. Impossibilidade. Violação do art. 535 do CPC. Inocorrência. Divergência indemonstrada. Ausência de similitude fática dos acórdãos confrontados.

1. O Recurso Especial não é servil ao exame de questões que demandam o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, em face do óbice erigido pela Súmula 07/STJ.

2. Ação de Responsabilidade Civil ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios em face de ex-gestor de fundação, entidade civil sem fins lucrativos, em razão de má gestão e desvio de verbas ensejadoras de prejuízos à entidade no valor de R$ 4.857.086,53 (quatro milhões, oitocentos e cinqüenta e sete mil, oitenta e seis reais e cinqüenta e três centavos).

3. In casu, o *reconhecimento da responsabilidade civil do demandado, ora Recorrente, pelos prejuízos suportados pela Fundação ProEducar Informática Educacional, em razão de irregularidades na gestão da referida entidade, e a condenação ao pagamento, a título de danos materiais, da quantia de R$ 4.857.086,53 (quatro milhões, oitocentos e cinqüenta e sete mil, oitenta e seis reais e cinqüenta e três centavos), decorreu de minuciosa análise do conjunto fático-probatório encartado nos autos*, notadamente a análise de parecer contábil elaborado pelo *Parquet* do Distrito Federal, consoante se infere de excerto do voto condutor do acórdão recorrido *(fls. 424/736)*.

4. Carece de prequestionamento a matéria não abordada em nenhum momento no iter processual, salvo em embargos de declaração, por isso que não se configura violação ao art. 535, do CPC. Precedentes do STJ: EDcl no AgRg no Ag 691.757/SC, DJ de 06.03.2006 e EDcl no REsp 446.889/SC, DJ de 22.8.2005.

5. In casu, a questão relativa *à incompetência da Justiça local, para processar e julgar o feito* sub examine, *não foi abordada em nenhum momento no iter processual, salvo em embargos de declaração, opostos em face do acórdão de Apelação, que em nada omitiu, posto não suscitada a questão*.

6. A *ausência de similitude fática entre os acórdãos confrontados conduz à inadmissibilidade do Recurso Especial interposto com fulcro no art. 105, inciso III, alínea "c", da Constituição Federal*. Precedentes do STJ: *EREsp 692.204/RJ*, *Primeira Seção*, DJ de 04/09/2009; *REsp 855.181/SC*, *Segunda Turma*, DJ de 18/09/2009; e *REsp 1.099.539/MG*, *Primeira Turma*, DJ de 13/08/2009.

7. É que o ***acórdão recorrido*** analisou a competência da Justiça Comum Estadual para decidir ação de responsabilidade civil ajuizada contra gestor de fundação pública, com supedâneo no art. 159 do CC/1916; e os ***acórdãos paradigmas***, ao revés, examinaram a competência da Justiça Federal para julgar Crime de Responsabilidade de ex-Prefeito, em razão de malversação de verbas federais *(REsp 613.462/PI)*; e demanda instaurada contra ex-prefeito para apuração de desvio de verbas públicas federais *(CC 41.635/RS)*.

8. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

Os embargos de declaração foram rejeitados (fl. 1.008, e-STJ).

A parte embargante alega divergência jurisprudencial, porquanto "a Primeira Turma divergiu do entendimento perfilhado por esta Egrégia

Corte, qual seja, de que a ausência de manifestação do Tribunal *a quo* acerca de matéria de ordem pública, ainda que suscitada apenas em embargos de declaração, consubstancia afronta ao art. 535 do CPC/1973 de modo a justificar o retorno dos autos para que o Tribunal de Justiça promova novo julgamento dos embargos de declaração, para, dessa vez, apreciar a matéria de ordem pública suscitada" (fl. 1.030, e-STJ).

Eis os paradigmas apresentados:

> Agravo regimental no recurso especial. Processual Civil. Cumprimento de sentença. Exceção de pré-executividade. *Astreinte* fixada em ação cautelar. Improcedência do pedido deduzido na ação principal. Argumento não suscitado na exceção de pré-executividade. Questão de ordem pública (nulidade da execução por inexigibilidade do título) suscitada em embargos declaratórios. Apreciação pelo Tribunal de origem. Imprescindibilidade. Ofensa ao art. 535 do CPC configurada. Agravo regimental provido.
>
> 1. As agravantes alegaram a tese de nulidade da execução diante da inexigibilidade do título somente nos embargos de declaração apresentados após a publicação do acórdão que julgou o agravo de instrumento, sustentando que cessou a condição para a cobrança da *astreinte* fixada em sentença cautelar porque a ação principal foi julgada improcedente.
>
> 2. As questões cognoscíveis de ofício na instância ordinária devem ser analisadas nos embargos declaratórios apresentados na origem, independentemente da ocorrência de omissão.
>
> 3. Agravo regimental provido. (AgRg no REsp 1.218.007/MT, Rel. Ministro Moura Ribeiro, *Terceira Turma*, julgado em 5/5/2015, DJe 13/5/2015.)

> Processual Civil. Questão de ordem publica (coisa julgada) suscitada em sede de embargos declaratórios. Apreciação pelo Tribunal estadual: imprescindibilidade, sob pena de violação do art. 535 do CPC. Recurso provido.
>
> *I - Ainda que suscitada tão-somente em sede de embargos de declaração, deve o tribunal estadual pronunciar-se sobre as questões de ordem publica apreciáveis de oficio.*
>
> *II - Os embargos de declaração, especialmente aqueles nos quais são suscitadas questões de ordem publica apreciáveis de oficio, e os viabilizadores da instância excepcional, não devem ser tidos pelos magistrados como critica ao seu trabalho, mas, sim, como oportunidade para melhorar a prestação jurisdicional. Tal recurso tem como escopo o suprimento de omissões, a eliminação de contradições, o aclaramento de obscuridades apontadas na decisão embargada, bem como o prequestionamento de questões federais e a apreciação de questões de ordem publica. Nada impede, entretanto [...] Na verdade, tudo aconselha, em busca do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional e da resignação do vencido, que o magistrado, constatada a*

omissão, a contradição, a obscuridade, a ausência do prequestionamento ou a não-apreciação de questão de ordem publica, alem de saná-la, fortaleça os fundamentos que sustentam o "decisum" guerreado.

III - Recurso especial conhecido e provido para cassar o acórdão recorrido. (REsp 120.240/SP, Rel. Ministro Adhemar Maciel, *Segunda Turma,* julgado em 1º/9/1997, DJ 29/9/1997, p. 48.169.)

Processual Civil e Tributário. ICMS. Industrialização por encomenda. Serviço de acabamento de calçados. Matéria-prima de terceiro. Repetição de indébito. Art. 166 do CTN. Legitimidade *ad causam*. Matéria relevante suscitada em embargos de declaração. Omissão configurada. Nulidade do acórdão. Retorno à origem.

1. A controvérsia de fundo versa sobre pedido de repetição de indébito de ICMS cobrado sobre atividade de acabamento industrial de calçados por encomenda mediante fornecimento de matéria-prima pelo tomador do serviço.

2. O recorrente alega que o acórdão recorrido violou o art. 1.022, II, do CPC/2015, por ter-se omitido sobre a legitimidade ativa da parte autora com base no art. 166 do CTN.

3. De fato, houve omissão no aresto impugnado sobre a aplicação do art. 166 do CTN à espécie.

4. O referido dispositivo repercute sobre a legitimidade *ad causam* para repetição de indébito de ICMS, razão pela qual constitui matéria relevante que não poderia deixar de ser enfrentada na instância de origem.

5. Decerto a apelação interposta pelo recorrente não devolveu explicitamente esse tema ao Tribunal. Nada obstante, cuida-se de matéria de ordem pública, suscitada nos Embargos de Declaração e passível de conhecimento de ofício pelo órgão julgador, o que afasta falar em preclusão.

6. Demais, a hipótese dos autos versa sobre repetição de ICMS, que é espécie de tributo indireto, porque recolhido sobre as receitas oriundas de cada encomenda, comportando repasse previsto em lei para o adquirente do serviço. Nesse caso, "como imposto indireto, tem aplicações, em princípio, o teor do art. 166 do CTN e o verbete 71 do STF, atualmente 546." (REsp 426.179/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 11/5/2004, DJ 20/9/2004). No mesmo sentido: AgRg no REsp 436.894/PR, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 3/12/2002, DJ 17/2/2003; AgRg no Ag 449.146/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17/10/2002, DJ 4/11/2002.

7. O acórdão atacado apenas aferiu a legitimidade ativa da autora com base na comprovação do recolhimento do tributo (fl. 295, e-STJ), deixando de perscrutar ou exigir a demonstração de assunção definitiva do ônus tributário sem acrescê-lo ao preço cobrado do destinatário da mercadoria industrializada. Não há como se confirmar a repetição de indébito sem a prévia superação, na origem, da condição exigida pelo art. 166 do CTN.

> 8. Justifica-se o retorno dos autos à origem para novo julgamento dos aclaratórios.
>
> 9. Recurso Especial provido. (REsp 1.693.918/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, *Segunda Turma*, julgado em 10/10/2017, DJe 16/10/2017.)

Determinei o processamento dos embargos de divergência (fls. 1.085/1.090, e-STJ).

Manifestação da parte embargada pela rejeição dos embargos de divergência (fls. 1.098/1.103, e-STJ).

O embargante pugna pelo acolhimento do dissídio.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): De início, registro que nada obsta que, mesmo já tendo proferido despacho de admissão do processamento dos embargos de divergência, inclusive com a manifestação da parte contrária, venha o Relator a indeferi-los liminarmente se, analisando mais detidamente o feito, verificar a ausência de elementos conducentes à demonstração da divergência jurisprudencial, como ocorre no caso dos autos.

Nesse sentido:

> Embargos de divergência. Indeferimento liminar pelo relator após o despacho inicial de admissão, com manifestação da parte contrária. Possibilidade. Tema de mérito do recurso especial não apreciado. Inadmissibilidade dos embargos de divergência.
>
> I - Nada impede que, já tendo proferido despacho inicial de admissão dos embargos, inclusive com manifestação da parte contrária, venha o Relator a indeferi-los liminarmente se, analisando mais detidamente o feito, verificar a ausência de elementos conducentes à demonstração da divergência jurisprudencial, como ocorre, na hipótese, sendo de se ressaltar que referido juízo de admissibilidade, por si só, não sinaliza com o eventual êxito do recurso.
>
> (...)
>
> Agravo regimental improvido. (AgRg nos EREsp 649.270/MG, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, julgado em 25/5/2011, DJe 2/6/2011.)

> Agravo regimental nos embargos de divergência. Processo Civil. Fundação hospitalar de cunho filantrópico e assistencial. Justiça gratuita não concedida.

> Miserabilidade. Necessidade de prova. Questão recentemente apreciada pela Corte Especial. Entendimento em consonância com o acórdão embargado. Incidência da Súmula n. 168 do STJ. Embargos aos quais se negou seguimento. Decisão mantida em seus próprios termos.
>
> 1. O fato de ter havido, em juízo prelibatório, inicial admissibilidade do processamento dos embargos de divergência não obsta que o Relator, em momento posterior, com base no art. 557 do Código de Processo Civil, negue seguimento ao recurso em decisão monocrática.
>
> (...)
>
> 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EAg 833.722/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 12/5/2011, DJe 7/6/2011.)

Cinge-se a controvérsia dos autos a saber se é necessária ou não a existência de prequestionamento de matéria de ordem pública.

O acórdão embargado adotou o entendimento de que "Carece de prequestionamento a matéria não abordada em nenhum momento no iter processual, salvo em embargos de declaração, por isso que não se configura violação ao art. 535, do CPC, consoante se infere dos julgados desta Corte" (fls. 977/978, e-STJ).

Verifica-se que o acórdão embargado adotou jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, qual seja, que mesmo as matérias de ordem pública necessitam estar devidamente prequestionadas para ensejar o conhecimento do recurso especial.

Neste sentido:

> Direito Processual Civil. Embargos de divergência. Constitucional. Tributário. Impossibilidade de análise de legislação superveniente em sede de recurso especial. Requisito constitucional do prequestionamento. Matérias de ordem pública.
>
> 1. Para a apreciação de matéria pelo STJ no julgamento de recurso especial, é necessário ter havido o efetivo debate da legislação infraconstitucional no Tribunal de origem.
>
> (...)
>
> 4. Embargos de divergência rejeitados. (EREsp 805.804/ES, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, *Corte Especial*, julgado em 3/6/2015, DJe 1º/7/2015.)

> Processual Civil e Tributário. Agravo regimental em recurso especial. Intempestividade dos embargos de declaração na origem. Matéria de ordem pública cognoscível em qualquer tempo e grau de jurisdição nas instâncias

ordinárias. Necessidade de prequestionamento para refletir no julgamento do recurso especial. IPI. Crédito prêmio. Extinção.

(...)

3. Em sede de recurso especial, a regra é que a matéria de ordem pública somente pode ser examinada quando prequestionada pela Corte de Origem e invocada no recurso especial ou nas contrarrazões do recorrido. Precedentes: EREsp n. 173.421-AL, Corte Especial, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. para o acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 27.11.2008; AgRg nos EREsp n. 1.253.389/SP, Corte Especial, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 17.04.2013.

(...)

7. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (AgRg no REsp 582.776/AL, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, *Primeira Seção*, julgado em 9/8/2017, DJe 19/12/2017.)

Processual Civil. Administrativo. Improbidade administrativa. Embargos declaratórios no recurso especial recebidos como agravo interno. Suposta afronta ao art. 535, I e II, do CPC/1973. Não ocorrência. Prescrição. Matéria de ordem pública. Conhecimento de ofício. Impossibilidade. Súmula 211/STJ. Não conhecimento da tese de dissídio jurisprudencial, em face da incidência das Súmulas 7 e 211/STJ.

(...)

3. *Consolidou-se "nesta Corte superior o entendimento de que o conhecimento do recurso especial não dispensa o pressuposto constitucional do prequestionamento mesmo para a discussão de matérias de ordem pública"* (AgRg no REsp 1.233.792/SC, Rel. Ministro *Gurgel de Faria*, *Primeira Turma*, julgado em 12/09/2017, DJe 10/10/2017).

4. A incidência dos óbices previstos nas Súmulas 7 e 211/STJ inviabiliza o conhecimento do recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional. Precedentes: AgInt no REsp 1.707.454/RJ, Rel. Ministra *Regina Helena Costa*, *Primeira Turma*, DJe 16/03/2018; REsp 1.589.950/DF, Rel. p/ Acórdão Ministra *Regina Helena Costa*, *Primeira Turma*, DJe 05/05/2017.

5. Embargos declaratórios recebidos como agravo interno, ao qual se nega provimento. (EDcl no REsp 1.575.709/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, *Primeira Turma*, julgado em 24/4/2018, DJe 4/5/2018.)

Processo Civil e Tributário. Agravo interno no agravo em recurso especial. Enunciado Administrativo n. 3/STJ. Violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência. Teses alegadas apenas no recurso especial. Ausência de prequestionamento. Incidência das Súmulas 282 e 356 do STF. ISSQN. Serviços bancários. Nulidade da CDA. Ausência dos requisitos legais. Reexame de matéria de fato e de provas. Súmula 7/STJ. Divergência jurisprudencial. Exame prejudicado. Honorários advocatícios. Minoração. Súmula 7/STJ. Agravo não provido.

(...)

3. É cediço que mesmo as questões de ordem pública, embora passíveis de conhecimento de ofício nas instâncias ordinárias, necessitam observar o requisito do prequestionamento na via do recurso especial.

(...) (AgInt nos EDcl no AREsp 1.083.512/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, *Segunda Turma*, julgado em 17/5/2018, DJe 24/5/2018.)

Processo Civil. Administrativo. Recurso especial. CPC/1973. Desapropriação. Reforma agrária. Indenização. Área excedente ao registro. Súmula 211/STJ. Valor. Laudo. Súmula 7/STJ. Contemporaneidade. Juros. Compensatórios. Diferença entre 80% da oferta e condenação. Termo final. Súmula 282/STF.

(...)

4. O termo final dos juros compensatórios incidentes sobre a diferença entre 80% da oferta e a condenação não foi discutido na instância ordinária. *O prequestionamento dos pontos objetos de recurso especial é requisito constitucional que se exige mesmo em matéria de ordem pública*. Incidência da Súmula 282/STF.

5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, não provido. (REsp 1.291.219/BA, Rel. Ministro Og Fernandes, *Segunda Turma*, julgado em 15/5/2018, DJe 25/5/2018.)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação de restituição. Previdência privada. 1. Prescrição. Matéria de ordem pública. Necessidade de prequestionamento. Súmulas n. 282 do STF e 211 do STJ. 2. Alteração unilateral do contrato. Restituição de valores pagos para o plano de previdência. Revisão. Impossibilidade. Incidência das Súmulas 5 e 7/STJ. 3. Dissídio jurisprudencial prejudicado. 4. Agravo improvido.

1. A questão referente à prescrição quinquenal, além de não ter sido objeto das razões de embargos de declaração, não foi debatida pelo Tribunal de Justiça, tampouco arguiram ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015. Dessa forma, não tendo sido enfrentada pelo acórdão recorrido a referida tese, o conhecimento do recurso especial fica obstado, dada a ausência de prequestionamento, incidindo, por conseguinte, as Súmulas n. 282 do STF e 211 do STJ. *Segundo pacífica jurisprudência do STJ, na instância especial, ainda que se trate de matéria de ordem pública, a análise da questão controvertida não dispensa o prequestionamento.*

(...)

4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 1.247.832/PI, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, *Terceira Turma*, julgado em 15/5/2018, DJe 24/5/2018.)

Agravo interno no recurso especial. Civil. Processual Civil. Ação indenizatória. Seguro. Prescrição. Sentença. Extinção. Art. 269, IV, CPC/1973. Acórdão.

Manutenção. Recurso especial. Não conhecimento. Decisão agravada. Súmula n. 7/STJ. Súmula n. 211/STJ. Incidência. Impugnação específica. Necessidade. Súmula n. 182/STJ.

(...)

3. *As questões de ordem pública, embora passíveis de conhecimento de ofício nas instâncias ordinárias, não prescindem, no estreito âmbito do recurso especial, do requisito do prequestionamento.*

(...)

7. Agravo interno parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (AgInt no REsp 1.496.755/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, *Terceira Turma*, julgado em 8/5/2018, DJe 15/5/2018.)

Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Impenhorabilidade. Pequena propriedade rural. Discussão em embargos à arrematação. Preclusão consumativa. Supressão de instância.

1. A simples indicação dos dispositivos legais tidos por violados, sem que o tema tenha sido enfrentado pelo acórdão recorrido, obsta o conhecimento do recurso especial, por falta de prequestionamento.

2. *O STJ pacificou o entendimento de que é necessário o prequestionamento, mesmo quando se trate de matéria de ordem pública.* Precedentes.

(...)

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1.384.229/MG, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, *Quarta Turma*, julgado em 17/5/2018, DJe 25/5/2018.)

Processual Civil. Embargos de divergência. Embargos de declaração. Caráter infringente. Recebimento como agravo regimental. Petição que busca a análise de temas não debatidos no recurso especial. Impossibilidade. Declaratórios recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

(...)

3. Além disso, a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, no recurso especial, mesmo as questões de ordem pública necessitam ser debatidas na instância ordinária, para caracterização do prequestionamento.

4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (EDcl nos EREsp 784.146/AP, Rel. Ministro Jorge Mussi, *Terceira Seção*, julgado em 8/4/2015, DJe 30/4/2015.)

Penal e Processo Penal. Agravo regimental em reconsideração no agravo em recurso especial. Crime contra a relação de consumo. Art. 7º, VII, da Lei n. 8.137/90. Estelionato. Art. 171 do Código Penal - CP. 1) Nulidades no inquérito policial. Não indicado o dispositivo de lei federal violado. Fundamentação deficiente. Súmula

284/STF. 2) Violação ao art. 159 do Código de Processo Penal - CPP. Irregularidades no laudo pericial. Óbice do revolvimento fático-probatório, conforme Súmula 7/STJ. 3) Violação aos artigos 7º, VII, da Lei n. 8.137/90 e 171 do CP. Óbice do revolvimento fático-probatório, conforme Súmula 7/STJ. 4) Violação aos artigos 75, 184, parágrafo único, e 183, todos da Lei n. 9.472/97, e aos artigos 65, II, e 171, § 1º, do CP. Ausência de prequestionamento. Recurso especial interposto sob a égide do Código de Processo Civil de 1973. Súmula 211/STJ. Enunciado Administrativo n. 2 do STJ. 5) Violação ao art. 59 do Código Penal - CP. Circunstâncias do crime. Exasperação fundada em justificativa concreta e não inerente ao tipo penal que para ser afastada demanda o vedado revolvimento fático-probatório, conforme Súmula 7/STJ. 6) Agravo desprovido.

(...)

4. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça - STJ: "mesmo que se trate de questão de ordem pública, é imprescindível que a matéria tenha sido decidida no v. acórdão impugnado, para que se configure o prequestionamento" (REsp 1.020.855/RS, Rel. Ministro *Felix Fischer*, DJ de 2/2/2009). Incidência do enunciado das Súmulas 282 e 356/STF.

(...)

6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AgRg no AREsp 995.410/RJ, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, *Quinta Turma*, julgado em 24/4/2018, DJe 11/5/2018.)

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no recurso especial. Violência doméstica. Fundamentação genérica. Súmula 7/STJ. Insuficiência. Matéria de ordem pública. Prequestionamento. Imprescindibilidade. Execução provisória. Suspensão condicional da pena. Impossibilidade. Agravo regimental improvido.

(...)

3. *Conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o prequestionamento das teses jurídicas constitui requisito de admissibilidade da via, inclusive em se tratando de matérias de ordem pública, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte*. (HC 349.782/SP, Rel. Ministro *Ribeiro Dantas*, *Quinta Turma*, julgado em 05/12/2017, DJe 12/12/2017).

(...)

5. Agravo regimental improvido e indeferida execução provisória. (AgRg no REsp 1.546.132/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, *Sexta Turma*, julgado em 22/3/2018, DJe 3/4/2018.)

Incide, portanto, a Súmula 168 do STJ: "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado".

Ante o exposto, não conheço dos embargos de divergência.

É como penso. É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Og Fernandes: Concordo com a conclusão do Exmo. Min. Relator pelo não conhecimento dos embargos de divergência. No entanto, peço vênia para divergir quanto à fundamentação adotada. Explico.

O voto do Min. Relator informa que os contornos da controvérsia estão delineados em "saber se é necessária ou não a existência de prequestionamento de matéria de ordem pública".

Segue afirmando que "o acórdão embargado adotou jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que mesmo as matérias de ordem pública necessitam estar devidamente prequestionadas para ensejar o conhecimento do recurso especial".

E conclui pela incidência da Súmula 168 do STJ: "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado."

Ocorre, no entanto, que o voto proferido no recurso especial ora embargado (e-STJ, fls. 971/990) teve dois fundamentos distintos.

Em primeiro lugar, considerou que "carece de prequestionamento a matéria não abordada em nenhum momento no *iter processual*, salvo em embargos de declaração, por isso que não se configura violação ao art. 535 do CPC" e que "a questão relativa à incompetência da Justiça local, para processar e julgar o feito *sub examine*, não foi abordada em nenhum momento no *iter processual*, salvo em embargos de declaração, opostos em face do acórdão de Apelação, que em nada omitiu, posto não suscitada a questão".

Além disso, entendeu que a "ausência de similitude fática entre os acórdãos confrontados conduz à inadmissibilidade do Recurso Especial interposto com fulcro no art. 105, inciso III, alínea 'c', da Constituição Federal" e que "o acórdão recorrido analisou a competência da Justiça Comum Estadual para decidir ação de responsabilidade civil ajuizada contra gestor de fundação pública, com supedâneo no art. 159 do CC/1916; e os acórdãos paradigmas, ao revés, examinaram a competência da Justiça Federal para julgar Crime de Responsabilidade de ex-prefeito, em razão de malversação de verbas federais

(REsp 613.462/PI); e demanda instaurada contra ex-prefeito para apuração de desvio de verbas públicas federais (CC 41.635/RS)".

Os embargos de divergência (e-STJ, fls. 1.023/1.046), porém, limitaram-se a impugnar o primeiro ponto, qual seja, a configuração (ou não) de omissão do Tribunal local, quando uma questão de ordem pública (no caso, a competência absoluta) seja trazida apenas na via dos embargos declaratórios opostos após o julgamento da apelação.

Sobre esse ponto específico, entendo que o embargante demonstrou de forma suficiente a divergência do acórdão embargado com o entendimento perfilhado pelo STJ, qual seja, de que a ausência de manifestação do Tribunal *a quo* acerca de matéria de ordem pública, ainda que suscitada apenas em embargos de declaração, consubstancia afronta ao art. 535 do CPC/1973, de modo a justificar o retorno dos autos para que o Tribunal de Justiça promova novo julgamento dos embargos de declaração, para, dessa vez, apreciar a matéria de ordem pública suscitada. Trouxe paradigmas válidos desta Corte e realizou o devido cotejo analítico (e-STJ, fls. 1.033/1.045).

Perceba-se que não se trata, aqui, da exigência do prequestionamento também quanto às questões de ordem pública, matéria esta que realmente tem posição consolidada nesta Corte, a exemplo dos precedentes citados no item 4 da ementa do voto do Min. Relator. Trata-se, isto sim, de saber se a ausência de manifestação do Tribunal *a quo* acerca de matéria de ordem pública, ainda que trazida apenas em embargos declaratórios, consubstancia negativa de vigência ao art. 535 do CPC/1973.

Em princípio, portanto, no que se refere a esse ponto específico, caberia o conhecimento dos embargos de divergência.

Entretanto, percebe-se que inexiste qualquer omissão do Tribunal *a quo*, o qual expressamente manifestou-se sobre a competência, ao afirmar que "o certo é que a competência é da Justiça local, por se tratar de responsabilidade civil, pautada no direito comum (art. 159 do CC/1916)" (e-STJ, fl. 835). Assim, não há sequer que se discutir sobre se a não manifestação do Tribunal *a quo* acerca de matéria de ordem pública, quando instado a isso apenas em embargos de declaração, gera afronta ao art. 535 do CPC/1973, uma vez que a suposta matéria omissa foi examinada de forma expressa no acórdão do Tribunal de Justiça.

Contudo, mesmo se abstraindo esse fato, verifico, como explicitei no início deste voto, que os embargos de divergência (e-STJ, fls. 1.023/1.046) não

atacaram o segundo fundamento do voto proferido no recurso especial, qual seja, a ausência de similitude fática entre os acórdãos confrontados, no que tange especificamente à discussão sobre a competência ser da Justiça Comum Estadual ou Federal (itens 6 e 7 da ementa do acórdão do recurso especial, e-STJ, fls. 975/976).

Assim, como se trata de dois fundamentos autônomos e suficientes, de *per si*, para manter o acórdão embargado, penso que os embargos de divergência não podem ser conhecidos por não terem sido atacados todos os fundamentos que dão sustentáculo à decisão impugnada. Isso porque o recurso deixa de ter qualquer utilidade para a parte recorrente, uma vez que, mesmo se provido *in totum*, a decisão permaneceria incólume. Incidem aqui, *mutatis mutandis*, a Súmula 126 do STJ: "É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário" e a 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."

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento dos embargos de divergência, mas com fundamentação diversa da albergada no voto do Exmo. Min. Relator.

É como voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Processual Civil. Embargos de divergência em recurso especial. Ausência de similitude fática e jurídica entre os julgados confrontados (arts. 1.043, § 4º do CPC/2015 e 266, § 4º, do RISTJ). Embargos de divergência não conhecidos.

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de embargos de divergência interpostos por *Helder Rodrigues Zebral* contra acórdão da Primeira Turma desta Corte Superior, assim ementado (fls. 989/990):

> Processual Civil. Administrativo. Ação de indenização. Responsabilidade civil. Fundação de direito privado. Prejuízos decorrentes de má gestão e de desvio de verbas públicas. Ex-presidente da entidade. Súmula 07/STJ. Aprovação de contas pelo Tribunal de Contas da União. Natureza administrativa. Exclusão de apreciação pelo Poder Judiciário. Impossibilidade. Violação do art. 535 do

CPC. Inocorrência. Divergência indemonstrada. Ausência de similitude fática dos acórdãos confrontados.

1. O Recurso Especial não é servil ao exame de questões que demandam o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, em face do óbice erigido pela Súmula 07/STJ.

2. Ação de Responsabilidade Civil ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios em face de ex-gestor de fundação, entidade civil sem fins lucrativos, em razão de má gestão e desvio de verbas ensejadoras de prejuízos à entidade no valor de R$ 4.857.086,53 (quatro milhões, oitocentos e cinqüenta e sete mil, oitenta e seis reais e cinqüenta e três centavos).

3. *In casu*, o reconhecimento da responsabilidade civil do demandado, ora Recorrente, pelos prejuízos suportados pela Fundação ProEducar Informática Educacional, em razão de irregularidades na gestão da referida entidade, e a condenação ao pagamento, a título de danos materiais, da quantia de R$ 4.857.086,53 (quatro milhões, oitocentos e cinqüenta e sete mil, oitenta e seis reais e cinqüenta e três centavos), decorreu de minuciosa análise do conjunto fático-probatório encartado nos autos, notadamente a análise de parecer contábil elaborado pelo *Parquet* do Distrito Federal, consoante se infere de excerto do voto condutor do acórdão recorrido (fls. 424/736).

4. Carece de prequestionamento a matéria não abordada em nenhum momento no iter processual, salvo em embargos de declaração, por isso que não se configura violação ao art. 535, do CPC. Precedentes do STJ: EDcl no AgRg no Ag 691.757/SC, DJ de 06.03.2006 e EDcl no REsp 446.889/SC, DJ de 22.8.2005.

5. *In casu*, a questão relativa à incompetência da Justiça local, para processar e julgar o feito *sub examine*, não foi abordada em nenhum momento no iter processual, salvo em embargos de declaração, opostos em face do acórdão de Apelação, que em nada omitiu, posto não suscitada a questão.

6. A ausência de similitude fática entre os acórdãos confrontados conduz à inadmissibilidade do Recurso Especial interposto com fulcro no art. 105, inciso III, alínea "c", da Constituição Federal. Precedentes do STJ: EREsp 692.204/RJ, *Primeira Seção*, DJ de 04/09/2009; REsp 855.181/SC, *Segunda Turma*, DJ de 18/09/2009; e REsp 1.099.539/MG, *Primeira Turma*, DJ de 13/08/2009.

7. É que o acórdão recorrido analisou a competência da Justiça Comum Estadual para decidir ação de responsabilidade civil ajuizada contra gestor de fundação pública, com supedâneo no art. 159 do CC/1916; e os acórdãos paradigmas, ao revés, examinaram a competência da Justiça Federal para julgar Crime de Responsabilidade de ex-Prefeito, em razão de malversação de verbas federais (RESP 613.462/PI); e demanda instaurada contra ex-prefeito para apuração de desvio de verbas públicas federais (CC 41.635/RS).

8. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

Houve a oposição de embargos de declaração, os quais foram rejeitados, com a seguinte ementa (fl. 1.008):

> Processual Civil. Aclaratórios em REsp. ACP por improbidade administrativa. Argumento, na insurgência integrativa, de que o aresto embargado contém vício qualificado à não concessão de oportunidade ao advogado para proferir sustentação oral no julgamento do apelo raro. Contudo, não há omissão, nem nulidade, no acórdão embargado, pois a circunstância de o relator levar a julgamento um REsp e formular o voto para não conhecer da insurgência não é suficiente para impedir o advogado de proferir sustentação oral. Ausência de vícios que ensejem depuração. Embargos de declaração do implicado rejeitados.
>
> 1. Os Embargos de Declaração se destinam a suprir omissão, a afastar obscuridade ou a eliminar contradição do julgado.
>
> 2. A pretensão integrativa se presta, excepcionalmente, a amoldar o julgado à superveniente orientação jurisprudencial da Corte Suprema, quando dotada de efeito vinculante, em atenção à instrumentalidade das formas, de modo a garantir celeridade, eficácia da prestação jurisdicional e reverência ao pronunciamento máximo, hipótese diversa da apresentada nos presentes autos.
>
> 3. No caso em apreço, o aresto embargado resolveu toda a controvérsia posta no Apelo Raro, não havendo no aresto vícios ou elementos nulificadores, pois a circunstância de o Relator levar a julgamento um REsp e formular o voto para não conhecer da insurgência não é suficiente para impedir o Advogado de proferir sustentação oral. Mercê dessa verificação, não se constatam vícios ensejadores de depuração.
>
> 4. Embargos de Declaração do demandado rejeitados.

A parte embargante alega no recurso uniformizador dissídio jurisprudencial, pois "a Primeira Turma divergiu do entendimento perfilhado por esta Egrégia Corte, qual seja, de que a ausência de manifestação do Tribunal *a quo* acerca de matéria de ordem pública, ainda que suscitada apenas em embargos de declaração, consubstancia afronta ao art. 535 do CPC/1973 de modo a justificar o retorno dos autos para que o Tribunal de Justiça promova novo julgamento dos embargos de declaração, para, dessa vez, apreciar a matéria de ordem pública suscitada" (fl. 1.030, e-STJ).

O embargante alega que o acórdão embargado adotou entendimento divergente externado nos seguintes julgados deste Tribunal Superior:

> Agravo regimental no recurso especial. Processual Civil. Cumprimento de sentença. Exceção de pré-executividade. *Astreinte* fixada em ação cautelar. Improcedência do pedido deduzido na ação principal. Argumento não suscitado

na exceção de pré-executividade. Questão de ordem pública (nulidade da execução por inexigibilidade do título) suscitada em embargos declaratórios. Apreciação pelo Tribunal de origem. Imprescindibilidade. Ofensa ao art. 535 do CPC configurada. Agravo regimental provido.

1. As agravantes alegaram a tese de nulidade da execução diante da inexigibilidade do título somente nos embargos de declaração apresentados após a publicação do acórdão que julgou o agravo de instrumento, sustentando que cessou a condição para a cobrança da *astreinte* fixada em sentença cautelar porque a ação principal foi julgada improcedente.

2. As *questões cognoscíveis de ofício na instância ordinária devem ser analisadas nos embargos declaratórios apresentados na origem, independentemente da ocorrência de omissão.*

3. Agravo regimental provido.

(AgRg no REsp 1.218.007/MT, Rel. Ministro *Moura Ribeiro*, Terceira Turma, julgado em 5/5/2015, DJe 13/5/2015.)

Processual Civil. Questão de ordem publica (coisa julgada) suscitada em sede de embargos declaratórios. Apreciação pelo Tribunal estadual: imprescindibilidade, sob pena de violação do art. 535 do CPC. Recurso provido.

I - *Ainda que suscitada tão-somente em sede de embargos de declaração, deve o Tribunal estadual pronunciar-se sobre as questões de ordem publica apreciáveis de oficio*.

II - ***Os embargos de declaração, especialmente aqueles nos quais são suscitadas questões de ordem publica apreciáveis de oficio****, e os viabilizadores da instância excepcional, não devem ser tidos pelos magistrados como critica ao seu trabalho, mas, sim, como oportunidade para melhorar a prestação jurisdicional. Tal recurso tem como escopo o suprimento de omissões, a eliminação de contradições, o aclaramento de obscuridades apontadas na decisão embargada, bem como o prequestionamento de questões federais e a apreciação de questões de ordem publica. Nada impede, entretanto [...] Na verdade, tudo aconselha, em busca do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional e da resignação do vencido, que o magistrado, constatada a omissão, a contradição, a obscuridade, a ausência do prequestionamento ou a não-apreciação de questão de ordem publica, alem de saná-la, fortaleça os fundamentos que sustentam o "decisum" guerreado*.

III - *Recurso especial conhecido e provido para cassar o acórdão recorrido*.

(REsp 120.240/SP, Rel. Ministro *Adhemar Maciel*, Segunda Turma, julgado em 1º/9/1997, DJ 29/9/1997, p. 48.169.)

Processual Civil e Tributário. ICMS. Industrialização por encomenda. Serviço de acabamento de calçados. Matéria-prima de terceiro. Repetição de indébito. Art.

166 do CTN. Legitimidade *ad causam*. Matéria relevante suscitada em embargos de declaração. Omissão configurada. Nulidade do acórdão. Retorno à origem.

1. A controvérsia de fundo versa sobre pedido de repetição de indébito de ICMS cobrado sobre atividade de acabamento industrial de calçados por encomenda mediante fornecimento de matéria-prima pelo tomador do serviço.

2. O recorrente alega que o acórdão recorrido violou o art. 1.022, II, do CPC/2015, por ter-se omitido sobre a legitimidade ativa da parte autora com base no art. 166 do CTN.

3. De fato, houve omissão no aresto impugnado sobre a aplicação do art. 166 do CTN à espécie.

4. O referido dispositivo repercute sobre a legitimidade *ad causam* para repetição de indébito de ICMS, razão pela qual constitui matéria relevante que não poderia deixar de ser enfrentada na instância de origem.

5. *Decerto a apelação interposta pelo recorrente não devolveu explicitamente esse tema ao Tribunal. Nada obstante, cuida-se de matéria de ordem pública, suscitada nos Embargos de Declaração e passível de conhecimento de ofício pelo órgão julgador, o que afasta falar em preclusão.*

6. Demais, a hipótese dos autos versa sobre repetição de ICMS, que é espécie de tributo indireto, porque recolhido sobre as receitas oriundas de cada encomenda, comportando repasse previsto em lei para o adquirente do serviço. Nesse caso, "como imposto indireto, tem aplicações, em princípio, o teor do art. 166 do CTN e o verbete 71 do STF, atualmente 546." (REsp 426.179/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 11/5/2004, DJ 20/9/2004). No mesmo sentido: AgRg no REsp 436.894/PR, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 3/12/2002, DJ 17/2/2003; AgRg no Ag 449.146/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17/10/2002, DJ 4/11/2002.

7. O acórdão atacado apenas aferiu a legitimidade ativa da autora com base na comprovação do recolhimento do tributo (fl. 295, e-STJ), deixando de perscrutar ou exigir a demonstração de assunção definitiva do ônus tributário sem acrescê-lo ao preço cobrado do destinatário da mercadoria industrializada. Não há como se confirmar a repetição de indébito sem a prévia superação, na origem, da condição exigida pelo art. 166 do CTN.

8. Justifica-se o retorno dos autos à origem para novo julgamento dos aclaratórios.

9. Recurso Especial provido.

(REsp 1.693.918/RS, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Segunda Turma, julgado em 10/10/2017, DJe 16/10/2017.)

A parte embargada apresentou impugnação aos embargos de divergência (fls. 1.098/1.103).

O ilustre Relator Ministro Humberto Martins apresentou voto no sentido de não conhecimento dos embargos de divergência, com base na incidência da Súmula 168/STJ, por entender que "mesmo as matérias de ordem pública necessitam estar devidamente prequestionadas para ensejar o conhecimento do recurso especial".

O entendimento foi acompanhado pela ilustre Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

O Ministro Og Fernandes, após pedido de vista antecipada, apresentou voto-vista também no sentido de negar conhecimento aos embargos de divergência, mas por fundamentação diversa da apresentada pelo Relator Ministro Humberto Martins.

O Ministro Herman Benjamin acompanhou o voto divergente e os Ministros Jorge Mussi e Luis Felipe Salomão acompanharam o entendimento do Ministro Relator (fl. 1.116).

Em razão da especificidade e relevância do caso concreto, excepcionalmente pedi vista dos autos.

É o relatório.

Inicialmente, com o máximo respeito, antes de iniciar meu voto, entendo ser necessário consignar algumas ponderações no presente julgamento.

O ilustre Relator Ministro Humberto Martins não conheceu dos embargos de divergência por entender que "mesmo as matérias de ordem pública necessitam estar devidamente prequestionadas para ensejar o conhecimento do recurso especial", o que atrairia a incidência da Súmula 168/STJ.

Entretanto, no *caso concreto*, *data maxima venia* do entendimento do ilustre Relator Ministro Humberto Martins e demais pares que o acompanharam, o objeto da divergência é diverso, como bem apontado no voto-vista apresentado pelo Ministro Og Fernandes:

> Perceba-se que não se trata, aqui, da exigência do prequestionamento também quanto às questões de ordem pública, matéria esta que realmente tem posição consolidada nesta Corte, a exemplo dos precedentes citados no item 4 da ementa do voto do Min. Relator. Trata-se, isto sim, de saber se a ausência de manifestação do Tribunal *a quo* acerca de matéria de ordem pública, ainda que trazida apenas em embargos declaratórios, consubstancia negativa de vigência ao art. 535 do CPC/1973.

Assim, a tese divergente indicada no presente recurso uniformizador não está relacionada à possibilidade de análise em recurso especial de questão de ordem pública sem prequestionamento, mas a possibilidade de alegar matéria de ordem pública somente em sede de embargos de declaração perante o Tribunal de origem.

Com efeito, o ilustre Ministro Og Fernandes apresentou voto-vista também no sentido de negar conhecimento aos embargos de divergência, mas por fundamentação diversa, nos seguintes termos:

> Ocorre, no entanto, que o voto proferido no recurso especial ora embargado (e-STJ, fls. 971/990) teve dois fundamentos distintos.
>
> Em primeiro lugar, considerou que "carece de prequestionamento a matéria não abordada em nenhum momento no iter processual, salvo em embargos de declaração, por isso que não se configura violação ao art. 535 do CPC" e que "a questão relativa à incompetência da Justiça local, para processar e julgar o feito *sub examine*, não foi abordada em nenhum momento no iter processual, salvo em embargos de declaração, opostos em face do acórdão de Apelação, que em nada omitiu, posto não suscitada a questão".
>
> Além disso, entendeu que a "ausência de similitude fática entre os acórdãos confrontados conduz à inadmissibilidade do Recurso Especial interposto com fulcro no art. 105, inciso III, alínea "c", da Constituição Federal" e que "o acórdão recorrido analisou a competência da Justiça Comum Estadual para decidir ação de responsabilidade civil ajuizada contra gestor de fundação pública, com supedâneo no art. 159 do CC/1916; e os acórdãos paradigmas, ao revés, examinaram a competência da Justiça Federal para julgar Crime de Responsabilidade de ex-prefeito, em razão de malversação de verbas federais (REsp 613.462/PI); e demanda instaurada contra ex-prefeito para apuração de desvio de verbas públicas federais (CC 41.635/RS)".
>
> Os embargos de divergência (e-STJ, fls. 1.023/1.046), porém, limitaram-se a impugnar o primeiro ponto, qual seja, a configuração (ou não) de omissão do Tribunal local, quando uma questão de ordem pública (no caso, a competência absoluta) seja trazida apenas na via dos embargos declaratórios opostos após o julgamento da apelação.
>
> Sobre esse ponto específico, entendo que o embargante demonstrou de forma suficiente a divergência do acórdão embargado com o entendimento perfilhado pelo STJ, qual seja, de que a ausência de manifestação do Tribunal *a quo* acerca de matéria de ordem pública, ainda que suscitada apenas em embargos de declaração, consubstancia afronta ao art. 535 do CPC/1973, de modo a justificar o retorno dos autos para que o Tribunal de Justiça promova novo julgamento dos embargos de declaração, para, dessa vez, apreciar a matéria de ordem pública suscitada. Trouxe paradigmas válidos desta Corte e realizou o devido cotejo analítico (e-STJ, fls. 1.033/1.045).

> (...)
>
> Em princípio, portanto, no que se refere a esse ponto específico, caberia o conhecimento dos embargos de divergência. Entretanto, percebe-se que inexiste qualquer omissão do Tribunal *a quo*, o qual expressamente manifestou-se sobre a competência, ao afirmar que "o certo é que a competência é da Justiça local, por se tratar de responsabilidade civil, pautada no direito comum (art. 159 do CC/1916)" (e-STJ, fl. 835). Assim, não há sequer que se discutir sobre se a não manifestação do Tribunal *a quo* acerca de matéria de ordem pública, quando instado a isso apenas em embargos de declaração, gera afronta ao art. 535 do CPC/1973, uma vez que a suposta matéria omissa foi examinada de forma expressa no acórdão do Tribunal de Justiça.
>
> Contudo, mesmo se abstraindo esse fato, verifico, como explicitei no início deste voto, que os embargos de divergência (e-STJ, fls. 1.023/1.046) não atacaram o segundo fundamento do voto proferido no recurso especial, qual seja, a ausência de similitude fática entre os acórdãos confrontados, no que tange especificamente à discussão sobre a competência ser da Justiça Comum Estadual ou Federal (itens 6 e 7 da ementa do acórdão do recurso especial, e-STJ, fls. 975/976).
>
> Assim, como se trata de dois fundamentos autônomos e suficientes, de *per si*, para manter o acórdão embargado, penso que os embargos de divergência não podem ser conhecidos por não terem sido atacados todos os fundamentos que dão sustentáculo à decisão impugnada. Isso porque o recurso deixa de ter qualquer utilidade para a parte recorrente, uma vez que, mesmo se provido *in totum*, a decisão permaneceria incólume. Incidem aqui, *mutatis mutandis*, a Súmula 126 do STJ: "É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário" e a 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."
>
> Ante o exposto, voto pelo não conhecimento dos embargos de divergência, mas com fundamentação diversa da albergada no voto do Exmo. Min. Relator.

Em síntese, o ilustre Ministro Og Fernandes entendeu que o objeto do dissídio jurisprudencial foi julgado no aresto embargado por mais de um fundamento autônomo, entretanto, nem todos foram impugnados nos presentes embargos de divergência, o que atrairia a incidência da Súmula 283/STF.

Todavia, novamente com o máximo respeito ao entendimento exposto, ouso discordar, pois entendo que o dissídio entre os julgados confrontados não foi demonstrado nos termos necessários ao conhecimento do recurso uniformizador.

Os embargos de divergência constituem recurso que tem por finalidade exclusiva a uniformização da jurisprudência interna desta Corte Superior, cabível nos casos em que, embora a situação fática dos julgados seja a mesma, há dissídio jurídico na interpretação da legislação aplicável à espécie entre órgãos julgadores dos STJ.

Assim, é *indispensável haver identidade ou similitude fática e jurídica entre o acórdão embargado e o aresto paradigma*, cabendo ao embargante demonstrar que houve interpretação divergente acerca de situações semelhantes por meio de cotejo analítico entre os julgados confrontados, nos termos dos arts. 1.043, § 4º do CPC/2015 e 266, § 4º, do RISTJ.

No caso examinado, o embargante não comprovou a divergência jurisprudencial nos termos indicados, pois *inexiste similitude fática e jurídica entre os julgados confrontados*.

No acórdão embargado, proferido no âmbito da Primeira Turma, relatado pelo Ministro Luiz Fux, ao analisar a apontada violação do art. 535 do CPC/1973, consignou:

> (...) a *questio iuris* relativa à incompetência da Justiça local para processar e julgar o feito *sub examine* não foi abordada em nenhum momento no iter processual, salvo em embargos de declaração, opostos em face do acórdão de apelação, que em nada omitiu, posto não suscitada a questão.
>
> É que carece de prequestionamento a matéria não abordada em nenhum momento no iter processual, salvo em embargos de declaração, por isso não se configura violação ao art. 535, do CPC (...) (fls. 977/978).

Em linhas gerais, a fundamentação do voto embargado tratou a questão como mera inovação recursal em sede de embargos de declaração e, em nenhum momento, ponderou sobre a eventual possibilidade do Tribunal de origem de analisar questão de ordem pública suscitada apenas em embargos declaratórios.

Por outro lado, os julgados apontados como paradigmas tratam da eventual possibilidade de analisar matéria de ordem pública suscitada em sede de embargos de declaração opostos perante a Corte *a quo*.

Portando, não existem nos julgados confrontados teses jurídicas dissidentes, o que inviabiliza o próprio conhecimento dos embargos de divergência.

Nesse sentido, a orientação da Corte Especial:

Agravo interno. Embargos de divergência. Comprovação ou configuração do dissenso pretoriano. Necessidade da identidade jurídica entre os arestos confrontados no EREsp. Descumprimento dos requisitos previstos no artigo 1.043, § 4º, do CPC/2015 e no artigo 266, § 4º, do RISTJ. Análise restritiva e não ampliativa no cabimento do alegado embate de teses. Multa do artigo 1.021, § 4º, do CPC/2015. Inaplicabilidade. Recurso improvido.

1. *Para a configuração do dissídio jurisprudencial é imprescindível a demonstração tanto da similitude fática quanto da identidade jurídica entre os arestos confrontados, conforme a pacífica orientação desta Corte Superior, a partir da interpretação do § 4º do artigo 1.043 do CPC/2015 e do § 4º do artigo 266 do Regimento Interno.*

2. O acórdão embargado, da Primeira Turma, considerou incabível a comprovação da tempestividade do recurso especial no agravo interno interposto perante este Sodalício a partir da interpretação dos artigos 1.029, § 3º, e 1.003, § 6º, do CPC/2015. Já o aresto apontado como paradigma, oriundo da Terceira Turma, analisou a controvérsia sob a ótica do revogado Código de Processo Civil de 1973.

3. Por isso, não foi configurado o dissenso pretoriano, em razão de não haver identidade jurídica entre os dispositivos de legislação federal abordados nos acórdãos confrontados, requisito este que decorre do objetivo principal dos embargos de divergência, qual seja, a uniformização de teses discutidas no recurso especial. Precedentes da Corte Especial: AgInt nos EDv nos EREsp 1.274.079/RS, julgado em 20/06/2018, DJe 03/08/2018 e AgInt nos EAREsp 1.024.805/RS, julgado em 07/03/2018, DJe 23/03/2018.

4. Ademais, conforme jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, a *análise da similitude fática e da identidade jurídica entre o acórdão embargado e o julgado paradigma, nos embargos de divergência, deve ser restritiva e não ampliativa no exame do cabimento do recurso uniformizador*.

5. Inaplicabilidade da multa do § 4º do artigo 1.021 do CPC/2015, porque descabe a incidência automática da penalidade mencionada quando exercitado o regular direito de recorrer e não verificada a hipótese de manifesta inadmissibilidade do agravo interno ou de litigância temerária. Julgados da Corte Especial.

6. Agravo interno improvido.

(AgInt nos EAREsp 1.125.288/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Corte Especial, julgado em 13/11/2018, DJe 21/11/2018)

Previdenciário e Processo Civil. Agravo regimental nos embargos de divergência em recurso especial. As teses jurídicas manifestadas entre os acórdão confrontados não são divergentes. Conclusões diversas em razão da ausência de similitude fática entre eles. Agravo regimental do particular a que se nega provimento.

1. São cabíveis os Embargos de Divergência quando os arestos trazidos à colação firmaram posição antagônica sobre os mesmos fatos e questões jurídicas deduzidos no acórdão embargado. Ao contrário, devem ser indeferidos os embargos quando, considerando as peculiaridades de cada caso concreto, foram dadas soluções diferentes para as hipóteses confrontadas.

2. Não se encontram evidenciados na espécie os requisitos de admissibilidade dos Embargos de Divergência, porquanto as teses jurídicas manifestadas no acórdão embargado e nos paradigmas não são divergentes, sendo certo que a solução adotada por eles é diversa em virtude da dessemelhança entre os suportes fáticos de cada um.

3. De fato, no presente caso, o Recurso Especial não foi admitido pela alínea c do artigo 105, III da Constituição Federal em razão da ausência de prequestionamento da matéria e de similitude fática, enquanto o acórdão embargado assentou a orientação de que, nas hipóteses de dissídio jurisprudencial notório, é possível mitigar-se a necessidade de confronto analítico para a comprovação da divergência para o conhecimento do Recurso Especial com fundamento na citada alínea c. Registre-se que, ao contrário do acórdão embargado, o acórdão paradigma consignou expressamente que o requisito do prequestionamento foi satisfeito.

4. Agravo Regimental do Particular a que se nega provimento.

(AgRg nos EREsp 1.445.694/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, julgado em 13/11/2018, DJe 26/11/2018)

Ante o exposto, novamente pedindo vênias aos entendimentos dos ilustres Ministros Humberto Martins e Og Fernandes, *voto no sentido do não conhecimento dos embargos de divergência*, por fundamentação diversa aos votos anteriores proferidos no presente julgamento.

É o voto.

HOMOLOGAÇÃO DE DECISÃO ESTRANGEIRA N. 1.808-EX (2018/0143715-4)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Requerente: Compagnie Française Dassurance Pour Le Commerce Exterieur SA

Advogados: Marici Giannico - DF030983
Flávio Spaccaquerche Barbosa - RJ175512
Bruno Barreto de Azevedo Teixeira - RJ166370
Marina de Mello Cerqueira Zarur - DF037453
Henrique Segabinazzi de Freitas do Amaral Carvalho - DF053723
Daniela Loureiro Oliveira Duffles Amarante e outro(s) - RJ219927
Requerido: Messafer Indústria e Comércio Ltda
Advogados: Jose Carlos Di Sisto Almeida - SP133985
Marcos Zampiroli Borghese - SP206824
Cristiane Patricia Monteiro da Silva - SP341464

EMENTA

Homologação de decisão estrangeira. Laudo arbitral. Inadimplemento contratual. Ilegitimidade ativa da cessionária. Não ocorrência. Validade da cessão. Tema apreciado pela sentença. Revisão. Impossibilidade. Deságio do crédito. Questão a ser apreciada em sede de execução. Requisitos preenchidos. Pedido deferido. Agravo interno prejudicado.

1. No caso, a sentença estrangeira concluiu pela validade da cessão de crédito com base na documentação apresentada e na legislação inglesa. Assim, não é possível, em juízo de delibação, alterar o entendimento quanto à legitimidade ativa da cessionária, sob pena de invadir a competência do Tribunal Arbitral.

2. Compete a esta Corte, neste processo de homologação, tão somente conferir eficácia à sentença estrangeira nos exatos termos em que proferida pelo Tribunal Arbitral. Eventual abatimento do crédito perante o juízo falimentar tendo em vista o fato de a empresa requerida estar em recuperação judicial não é questão a ser aqui analisada, mas, sim, em sede de execução.

3. Pedido de homologação deferido. Agravo interno contra decisão que indeferiu pedido de tutela de urgência prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça: por unanimidade, deferiu o pedido de homologação e julgou prejudicado o agravo interno, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Francisco Falcão, Nancy Andrighi, Laurita Vaz e Humberto Martins votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi.

Esteve presente, tendo dispensado a sustentação oral, a Dra. Jackeline Couto Canhedo, pela requerente.

Brasília (DF), 08 de abril de 2019 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Presidente

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 16.4.2019

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira, com pedido liminar, formulado por Compagnie Française Dassurance Pour Le Commerce Exterieur S.A – COFACE, em desfavor de Messafer Indústria e Comércio Ltda.

Afirma a requerente que a decisão estrangeira cumpre todos os requisitos previstos na Convenção de Nova York, no Código de Processo Civil e no Regimento Interno desta Corte, devendo, pois, ser homologada a fim de possibilitar a inclusão de seu crédito na recuperação judicial do Grupo Messa, no qual se inclui a requerida Messafer.

Narra a exordial que foi celebrado contrato de compra e venda de bobinas de aço entre a requerida Messafer e a empresa multinacional Trasteel International S.A., no valor de USD 1.782.900 (um milhão, setecentos e oitenta e dois mil e novecentos dólares), no qual restou previsto que qualquer disputa entre as partes seria resolvida por arbitragem, no Reino Unido, de acordo com as leis da Inglaterra.

Inadimplido o contrato por parte da Messafer, a Trasteel acionou a COFACE, ora requerente, nos termos do contrato de seguro de crédito celebrado entre elas. Em fevereiro de 2013, a COFACE indenizou a Trasteel, que, por sua vez, cedeu seu crédito oriundo do contrato com a Messafer. A cessão do crédito foi informada a ora requerida em 21/01/2014, conforme registrado na sentença arbitral.

Tendo em vista que a Messafer realizou apenas parte do pagamento devido, a COFACE efetuou a cobrança dos valores na via da arbitragem, obtendo a decisão que se pretende homologar neste procedimento.

Diz a requerente que a sentença arbitral foi proferida em 23/12/2015, tendo o Tribunal declarado a Messafer revel na arbitragem, bem como firmado sua competência para a causa, concluindo que a cessão de direitos da Trasteel para a COFACE foi legal, de acordo com a leis da Inglaterra aplicáveis à espécie. Quanto ao mérito, registrou a sentença que a Messafer é devedora de USD 1.239.911,88 (um milhão, duzentos e trinta e nove dólares norte-americanos e oitenta e oito centavos), além de juros de mora de 5% ao ano no período de 10/08/2012 (data de vencimento da última obrigação de pagamento) até a data de prolação da sentença (23/12/2015), que totalizam o valor global de USD 1.448.827,38 (um milhão, quatrocentos e quarenta e oito mil, oitocentos e vinte e sete dólares e trinta e oito centavos de dólar). A requerida também foi condenada ao pagamento das custas da arbitragem.

Ressalta a requerente a lisura do procedimento arbitral, em especial no tocante à declaração de revelia da Messafer, ao argumento de que houve a devida notificação da requerida, tanto no endereço indicado no contrato, quanto via correio eletrônico.

Defende, ainda, ser necessária a reserva de crédito junto ao juízo da recuperação judicial em trâmite perante a Comarca de Guarulhos – São Paulo, requerendo, por isso, pedido liminar nesse sentido.

Por fim, pleiteia o deferimento da homologação da decisão arbitral estrangeira.

Em julho de 2018, a Presidente desta Corte indeferiu o pedido de tutela de urgência (fls. 433/436), *decisum* agravado pela requerente (fls. 441/455).

Citada, apresentou a Messafer sua contestação (fls. 461/470), alegando, preliminarmente, carência de ação por ilegitimidade ativa. Para tanto, sustenta que não foi cientificada da cessão dos créditos acordada entre a requerente e a

Trasteel, acrescentando, ainda, que seria necessário seu consentimento expresso a respeito da cessão.

Quanto ao mérito, afirma que deve ser aplicado deságio de 60% (sessenta por cento) sobre o valor cobrado, tendo em vista o plano de recuperação judicial.

Às fls. 474/484, a Messafer rebate as razões do agravo interno manejado pela requerente contra a decisão que indeferiu a tutela de urgência.

Em réplica (fls. 495/502), alega a requerente que não prospera o fundamento relativo à sua ilegitimidade ativa. "Isso porque, (i) a validade da cessão de crédito é tema de mérito do procedimento arbitral, não cabendo ao STJ revisitar a sentença homologanda dentro de seu juízo de delibação; (ii) a cessão foi feita de forma legal, conforme reconhecido pelo Tribunal Arbitral; e (iii) na lei brasileira, qualquer interessado possui legitimidade para requerer a homologação de decisão estrangeira" (fl. 497). Aduz, ainda, ser totalmente descabido o pedido de limitação do valor a ser homologado em razão da sujeição do crédito aos termos do plano de recuperação judicial.

Às fls. 510/518, enfatiza a Messafer a ilegitimidade da parte autora em requerer os créditos, aduzindo que o vício na cessão do crédito acaba por ofender a ordem social. Alternativamente, reitera o pedido de limitação do crédito, com aplicação de deságio de 60% (sessenta por cento).

Instado, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo deferimento do pedido de homologação da sentença estrangeira e pelo desprovimento do agravo interno, resumido o parecer nos seguintes termos:

> 1. Sentença Arbitral Estrangeira. Homologação no Brasil. Requisitos atendidos. Comporta acolhida o pedido de homologação de sentença estrangeira que atende aos requisitos exigidos pelos artigos 216-A a 216-N, do RISTJ.
>
> 2. Agravo interno. Recuperação judicial. Reserva de crédito. Análise. Mérito da demanda. Atribuição do juízo recuperacional.
>
> Pelo deferimento do pedido de homologação da sentença estrangeira e desprovimento do agravo interno.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): Consoante relatado, cuida-se de pedido de homologação de decisão estrangeira arbitral

formulado pela Compagnie Française Dassurance Pour Le Commerce Exterieur S.A – COFACE em desfavor de Messafer Indústria e Comércio Ltda.

Ao que se tem, foi celebrado contrato de compra e venda de bobinas de aço entre a requerida Messafer e a empresa multinacional Trasteel International S.A, no valor de USD 1.782.900 (um milhão, setecentos e oitenta e dois mil e novecentos dólares), no qual restou previsto que qualquer disputa entre as partes seria resolvida por arbitragem, no Reino Unido, de acordo com as leis da Inglaterra.

Inadimplido o contrato por parte da Messafer, a Trasteel acionou a COFACE, ora requerente, nos termos do contrato de seguro de crédito celebrado entre elas. Em fevereiro de 2013 a COFACE indenizou a Trasteel, que, por sua vez, cedeu seu crédito oriundo do contrato com a Messafer. E, como a Messafer não efetuou o pagamento devido a COFACE, foi instaurado o procedimento arbitral cuja decisão é objeto deste pedido de homologação.

Questiona a parte requerida a legitimidade ativa da COFACE, ao argumento de que não foi cientificada da cessão dos créditos acordada entre a requerente e a Trasteel, sendo certo, ainda, que seria necessário seu consentimento expresso a respeito da cessão.

Quanto ao ponto, registrou a decisão estrangeira (fls. 70/85):

> A Requerente tem o direito de processar ou arbitrar nos termos dos Contratos de Venda?
>
> O Tribunal tem competência para exarar sentença vinculante do mérito?
>
> 24. Estas questões estão ligadas e surgem uma vez que a Requerente não era parte dos Contratos de Venda e apresenta seu pleito na capacidade de cessionário de direitos deles decorrentes.
>
> 25. Segundo o Artigo 23 das Regras do LCIA, o Tribunal tem autoridade para decidir sobre sua própria competência. O Artigo 30 da Lei de Arbitragem de 1996, aplicável às arbitragens em Londres, também confere ao Tribunal poder de decidir sobre sua própria competência.
>
> 26. O Tribunal considera adequado investigar e decidir sobre sua própria competência, já que a Requerente não era parte dos Contratos de Venda que continham as cláusulas compromissórias de acordo com as regras do Tribunal de Arbitragem Internacional de Londres.
>
> 27. A Recorrente alega que a Trasteel contratou uma apólice de seguro de crédito internacional junto à COFACE SA (Succursale Suisse) (Coface Suissse") datada de 14 de outubro de 2011, segundo a mesma segurada faturas emitidas

pela Trasteel pela venda de produtos de aço. A Coface Suisse é membro do Grupo Coface.

28. Em 20 de outubro de 2011, a Trasteel firmou os Contratos de Venda com a Requerida.

29. Em 2 de novembro de 2011, a Trasteel e a Requerida firmaram adendos para modificação dos documentos exigidos para pagamento.

30. A Requerente apresentou prova testemunhal do Sr. Culloty e documentos comprovando que a Trasteel entregou, como devia, as diversas bobinas, conforme previsto nos Contratos de Venda e emitiu faturas em conformidade com os Acordos e Adendos. Após o não pagamento pela Requerida dos valores devidos em tais faturas, a Trasteel buscou reavê-los através de sua apólice de seguro.

31. Em fevereiro de 2013, a Coface Suisse reembolsou a Trasteel pelas somas em aberto reivindicadas em face da Requerida. Em 8 de dezembro de 2013, a Trasteel cedeu à Requerente os direitos e obrigações assumidos por ela nos Contratos de Vendas por meio de uma cessão legal de mesma data. Em 21 de janeiro de 2014, os advogados brasileiros da Requerente notificaram a Requerida sobre a cessão e exigiram o pagamento da quantia em aberto.

32. Após ter notificada da cessão, a Requerida iniciou negociações, conduzidas principalmente em março e abril de 2014, com os advogados das partes para o pagamento dos valores e um "Instrumento de Admissão de Dívida e Constituição de Garantias" foi minutado em português pelos advogados brasileiros da Requerente.

33. A Requerente afirma que, na capacidade de cessionário dos direitos decorrentes dos Contratos de Venda, tem direito de fazer reivindicações nos termos dos Contratos de Venda e de invocar a cláusula compromissória ali previstas.

Constatação sobre a questão da competência

34. É pacifico no direito inglês que uma parte contratante pode ceder os direitos por ela assumidos em um contrato a um terceiro cessionário. Os direitos do cedente são transferidos ao cessionário, porém, se o contrato contiver uma cláusula compromissória, a mesma regulará a maneira pela qual o cessionário irá fazer valer os direitos cedidos. O cessionário está vinculado pela cláusula compromissória do contrato na medida em que não poderá fazer valer direito cedido sem aceitar também a obrigação de se submeter a arbitragem (vide Montedipe SpA v JTP-TO Jugotanker, The Jordan Nicolov [1990] 2 Lloyd's Rep. 11). Nesse sentido, se a Requerente tiver efetivamente recebido os direitos decorrentes dos Contratos de Venda, então, terá o direito de invocar as cláusulas compromissórias desses contratos (além de estar vinculado por elas).

35. Uma questão foi levantada pela Requerente e pelo Tribunal também sobre se a Requerente tinha o direito de demandar ou iniciar arbitragem nos termos dos

Contratos de Venda eis que cessão era inválida segundo disposição contida ao final dos Contratos de Venda:

"Nenhuma das Partes terá o direito de transferir seus direitos e obrigações decorrentes do presente Contrato a qualquer terceiro sem que o consentimento escrito da outra Parte tenha sido obtido para tanto" (doravante denominada nesta Laudo como "a Redação")

36. A posição da Requerente era a de que isso não era uma vedação para a cessão de direitos, uma vez que a Redação se referia à transferência de "direitos e obrigações", ao passo que cessão se referia à transferência de direitos apenas. A posição da Requerente era a de que a disposição estava direcionada a vedar uma novação do contrato sem o consentimento escrito da outra parte. Por "novação" a Requerente quis dizer transferência tanto de direitos quanto de obrigações decorrentes de um contrato. Havia uma série de motivos para que a Requerente afirmasse que a Redação não tinha por objeto cessão.

37. Em primeiro lugar, foi dito que a redação não se refere à cessão e não se refere à transferência de direitos apenas e, dessa forma, não deve ser interpretada como aplicável a cessão.

38. Em segundo lugar, a Requerente afirma que a Trasteel teria motivação comercial para dispor sobre quem cujos créditos assumiria e que a Requerida teria o desejo de dispor sobre quem forneceria o aço a ela, enquanto ambas estariam menos preocupadas com a transferência de direitos (ou seja, se transferir direitos para aço ou receber o pagamento do preço).

39. Em terceiro lugar, a Requerente alegou que a construção da Redação não a tornou inútil ou supérflua. Admitiu que uma novação sempre requer o consentimento de ambas as partes originais do contrato porém salientou que o consentimento não precisa ser por escrito. Com base nisso, a Requerente argumentou que a Redação não seria supérflua no que tange a novação.

40. Em quarto lugar, a Requerente sugeriu que a Redação não deveria ser lida de maneira tão literal e que era preciso ter em mente a intenção objetiva das partes em vez de atribuir valor a sutis diferenciações jurídicas não almejadas pelas partes. No que diz respeito a isso, a Requerente concordou que era possível admitir que a Redação talvez não fosse eficaz no afastamento de uma novação verbal, eis que novações ocorrem efetivamente através de um novo contrato e que os termos do contrato original não impediriam que um contrato verbal totalmente novo fosse feito com um terceiro a ponto de ignorar o contrato original (vide Chitty on Contracts, 3lst Ed, # 19-086-19-088). A Requerente salientou que pessoas jurídicas comerciais até podem tentar limitar sua liberdade de firmar contratos futuros sem saber se tal disposição é legalmente eficaz (fazendo uma analogia com disposições que exigem que modificações sejam feitas por escrito) mas isso não deve impedir que a intenção original das partes seja respeitada.

41. Em quinto lugar, a Requerente também admitiu que, estritamente falando, uma novação não funciona como uma transferência de direitos e obrigações, em

> vez disso, extingue o contrato antigo e cria um novo. No entanto, a Requerente enfatizou que, levando em conta a intenção objetiva original das partes, a referência a transferência de direitos e obrigações deve ser entendida como uma referência imprecisa a novação. Ao argumentar contra uma abordagem literal, a Requerente afirmou que advogados e partes freqüentemente valem-se de linguagem imprecisa neste contexto, por exemplo, referindo-se imprecisamente a cessão de um contrato quando o significado exato é a cessão de benefícios decorrentes de um contrato.
>
> 42. *Mediante reflexão criteriosa e após questionamento da causa de pedir da Recorrente, tal como consta da carta do Tribunal de 13 de novembro de 2015, o Tribunal aceita a interpretação da Requerente com base nos argumentos acima dispostos. Com base nisso, o Tribunal considera que os direitos da Trasteel decorrentes dos Contratos de Venda foram efetivamente cedidos à Requerente e que a Requerida foi cientificada de tal cessão através de correspondência encaminhada pelos advogados da Requerente em 27 de novembro de 2014, na pior das hipóteses.*
>
> 43. A cessão coloca a Requerente na pele da Trasteel no que que tange fazer valer direitos decorrentes dos Contratos de Venda, inclusive o direito de fazer cumprir a cláusula compromissória. Desse modo, o Tribunal conclui que a Requerente tem o direito de invocar a cláusula compromissória dos Contratos de Venda em face da Requerida e o Tribunal conclui, nos termos do Artigo 23 das Regras de Arbitragem do LCIA e também seção 30 da Lei de Arbitragem de 1996, ter competência para dirimir a reivindicação da Requerente contra a Requerida.
>
> (...)
>
> Estou convencido de que a Requerente comprovou que a Trasteel tinha direito, nos termos dos Contratos de Venda, ao pagamento do valor em aberto de US$ 1.239.911,88, de que tal valor permanece em aberto. Conforme expliquei, estou convencido de que houve uma cessão válida do direito ao pagamento e de que a Requerente, na qualidade de cessionário da Trasteel, tem o direito de ter deferido em seu favor o valor em aberto de US$ 1.239.911,88.

Como se vê, foram apresentados documentos aptos a comprovar que a parte requerida foi notificada a respeito da cessão do crédito de titularidade da empresa Trasteel à COFACE. Outrossim, esse tema foi detidamente apreciado pelo Tribunal Arbitral, que concluiu pela validade da cessão, de acordo com a legislação inglesa.

Desse modo, não é possível, em juízo de delibação, alterar o entendimento firmado na sentença estrangeira com base no exame minucioso do contrato celebrado entre a Trasteel e a COFACE, sob pena de invadir a competência do Tribunal Arbitral. Com efeito, tem razão a requerente ao sustentar que a validade da cessão de crédito constitui matéria de fundo do procedimento arbitral, daí porque não pode ser revisto nesta seara.

Nessa linha de raciocínio, confira-se:

> Sentença arbitral estrangeira. Homologação. Ilegitimidade ativa da requerente. Extinção do processo sem julgamento do mérito.
>
> I - A homologação da sentença estrangeira não pode abranger e nem estender-se a tópicos, acordos ou cláusulas que não se achem formalmente incorporados ao texto da decisão homologanda. Precedentes do c. Supremo Tribunal Federal.
>
> II - Na hipótese dos autos, a sentença homologanda sequer faz menção à requerente como parte ou interessada na lide arbitral.
>
> III - *In casu*, para que se possa verificar a legitimidade ativa da requerente, imprescindível é a análise do contrato de cessão firmado entre esta e a empresa vencedora da lide arbitral, o que é vedado em sede de homologação de sentença estrangeira.
>
> Processo extinto sem julgamento do mérito, em razão da ausência de legitimidade ativa da requerente.
>
> (SEC 968/CH, Relator Ministro *Felix Fischer*, Corte Especial, DJe de 25/09/2006)

No tocante ao pedido de aplicação de deságio de 60% (sessenta por cento) sobre o valor da dívida tendo em vista que o plano de recuperação judicial da empresa requerida prevê o pagamento dos credores quirografários com esse redutor, melhor sorte não socorre a Messafer.

Com efeito, compete a esta Corte, neste processo de homologação, tão somente conferir eficácia à sentença estrangeira nos exatos termos em que proferida pelo Tribunal Arbitral. Eventual abatimento do crédito perante o juízo falimentar tendo em vista o fato de a empresa requerida estar em recuperação judicial não é questão a ser aqui analisada, mas, sim, em sede de execução.

Ao ensejo, veja-se:

> Homologação de sentença estrangeira. Natureza constitutiva. Recuperação judicial. Inexistência de incompatibilidade. Não incidência do art. 6º da Lei 11.101/2005. Pressupostos formais preenchidos. Homologação deferida.
>
> 1. A sentença arbitral estrangeira, proferida pela autoridade competente, transitou em julgado, está autenticada pelo cônsul brasileiro e traduzida por tradutor juramentado no Brasil. A convenção de arbitragem também conta com a chancela consular e está devidamente traduzida. Ademais, a sentença arbitral estrangeira não ofende a soberania nacional, a dignidade da pessoa humana e/ou a ordem pública. Pressupostos formais preenchidos.
>
> 2. O processo de homologação de sentença estrangeira tem natureza constitutiva, destinando-se a viabilizar a eficácia jurídica de provimento

> jurisdicional alienígena no território nacional, de modo que tal decisão possa vir a ser aqui executada. É, portanto, um pressuposto lógico da execução da decisão estrangeira, não se confundindo, por óbvio, com o próprio feito executivo, o qual será instalado posteriormente - se for o caso -, e em conformidade com a legislação pátria, na hipótese aplicando-se a Lei n. 11.101/2005, tendo em vista que a requerida se encontra em recuperação judicial.
>
> 3. Por conseguinte, não há falar na incidência do art. 6º, § 4º, da Lei de Quebras como óbice à homologação da sentença arbitral, uma vez que se está em fase antecedente à execução, apenas emprestando eficácia jurídica ao provimento homologando.
>
> 4. Homologação da sentença arbitral estrangeira deferida.
>
> (SEC 14.408/EX, Relator Ministro *Luis Felipe Salomão*, Corte Especial, DJe de 31/08/2017)

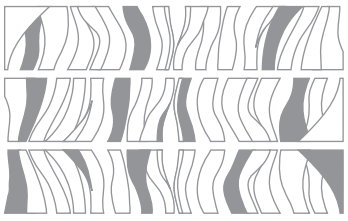
Assim, preenchidos os requisitos para a internalização do laudo arbitral em território nacional, impõe-se a homologação da sentença estrangeira.

Ante o exposto, *defiro o pedido de homologação*.

Fixo os honorários advocatícios em R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Por conseguinte, julgo prejudicado o agravo interno de fls. 441/455, que impugna a decisão de indeferimento da tutela de urgência.

É como voto.



Primeira Seção

AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 152.093-RS (2017/0097398-6)

Relator: Ministro Sérgio Kukina
Agravante: Cotriexport Cia de Comércio Internacional
Agravante: Cotrijui - Cooperativa Agropecuária e Industrial - em Liquidação Extrajudicial
Advogados: Marcelo Carlos Zampieri e outro(s) - RS038529
Eduardo Augusto Cordeiro Bolzan e outro(s) - RS065873
Carlos Alberto Becker e outro(s) - RS078962
Agravado: BSBIOS Indústria e Comércio de Biodiesel Sul Brasil S/A
Advogados: Fernando Gava Verzoni - RS051425
Filipe Scherer Oliveira - RS074680
Interes.: C D P
Interes.: O P B
Advogados: Jorge Luiz Gouveia Ehlers - RS027619
Walter Joel de Moura - RS033875
Interes.: Fazenda Nacional
Procurador: INSS - Representado pela Procuradoria da Fazenda Nacional (PGFN)
Interes.: Transcooper Servicos de Transporte Ltda
Interes.: Pacpart - Participacoes Ltda
Interes.: Redecop S.A. Industria, Comercio, Importacao e Exportacao
Advogados: Leonardo Lamachia - RS047477
Rodrigo Dorneles - RS046421
Claudio Pacheco Prates Lamachia - RS022356
Interes.: Nidera Sementes Ltda
Advogados: Angelina Piccoli Agrifoglio - RS047552
Ramiro Agrifoglio Davis - RS045862

EMENTA

Tributário. Processual Civil. Juízo Estadual x Juízo Federal. Ausência de divergência. Conflito de competência positivo. Inexistência.

1. Para a configuração do conflito positivo de competência, é necessário que dois ou mais juízes, de maneira expressa, se declarem competentes para julgar o mesmo feito (art. 66, I, do CPC/2015).

2. Na espécie, a decisão do juízo estadual tido como suscitado se deu em execução promovida por particular na qual se determinou o prosseguimento da adjudicação realizada naqueles autos, antes mesmo do ajuizamento da noticiada ação cautelar. De outro lado, na medida cautelar fiscal ajuizada pela Fazenda Nacional, o juízo federal indicado como suscitante determinou a indisponibilidade de diversos bens das empresas até o limite de R$ 403.389.862,03. Demais disso, não houve pedido expresso do ente público para ingressar no feito cível, mas apenas pedido de vista e carga dos autos. Assim, não há falar em conflito de competência, mas de decisões emanadas do juízo estadual e do juízo federal no âmbito de suas respectivas jurisdições.

3. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, 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 Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes, Benedito Gonçalves e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 27 de fevereiro de 2019 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 11.3.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Cuida-se de agravo interno manejado por *Cotriexport Cia de Comércio Internacional* e *Cotrijui - Cooperativa Agropecuária e Industrial - Em Liquidação* contra decisão por meio da qual não foi conhecido o

conflito de competência e julgado prejudicado o pedido liminar pela ausência de conflito entre os juízos envolvidos.

A parte agravante, em suas razões, sustenta que: (I) "3.15. *In casu*, ambos os Juízos [federal e estadual] declararam-se competentes para julgar atos de constrição e expropriação dos 10 citados bens imóveis, pelo que evidenciado o Conflito de Competência ora arguido" (fl. 4.112); (II) "não é pelo fato de falte, a ambos os Juízos Suscitados, concomitante jurisdição sobre as matérias de direito/objetos *sub judice* em um (execução, que tramita perante a Justiça Comum Estadual) ou em outro (cautelar fiscal, que tramita perante a Justiça Federal) processo originário, que pode ser afastado o reconhecimento da 'mesma causa'" (fl. 4.112).

Segue afirmando que, "enquanto perdurar o julgamento do presente Agravo Interno nos autos do Conflito de Competência, impende seja sobrestado o andamento das duas demandas originárias, como forma de evitar a ocorrência de novas decisões conflitantes entre si" (fl. 4.113).

Aberta vista à parte agravada, BSBIOS Indústria e Comércio de Biodiesel Sul Brasil S.A. apresentou a impugnação de fls. 4.121/4.126, postulando o desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): A irresignação não merece acolhimento, tendo em conta que a parte agravante não logrou desenvolver argumentação apta a desconstituir os fundamentos adotados pela decisão recorrida, que ora submeto ao Colegiado para serem confirmados:

> Cuida-se de conflito de competência, com *pedido de liminar*, suscitado por *COTRIEXPORT Cia de Comércio Internacional* e *COTRIJUI - Cooperativa Agropecuária e Industrial - Em Liquidação*, que aponta, como suscitado, o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível do Foro da Comarca de Ijuí/RS.
>
> Diz a parte suscitante que figura como ré na ação de execução proposta por BSBIOS Indústria e Comércio de Biodiesel Sul Brasil S/A (Processo n. 016/1.14.0004944-8), em trâmite no juízo suscitado; na qual se pretende a satisfação de créditos consubstanciados em mútuos firmados com as empresas ora suscitantes. Nesses autos, após o deferimento da adjudicação de imóveis para o pagamento da dívida, a Fazenda Nacional teria formulado pedido para assegurar

a preferência dos créditos tributários com relação aos demais, pleito que não restou atendido pelo juízo estadual, com a determinação do prosseguimento da adjudicação dos bens imóveis penhorados.

Acrescenta que a Fazenda Nacional, por sua vez, ajuizou medida cautelar fiscal (Processo n. 5000818-91.2016.4.04.7133) no Juízo Federal da 2ª Unidade Avançada de Atendimento em Ijuí da 3ª Vara de Santo Angêlo - RS, com o objetivo de decretar a indisponibilidade das empresas Cotrijuí, Cotriexport e mais três outras, até o limite de satisfação da dívida, para assegurar a utilidade das execuções fiscais em trâmite contra referidas pessoas jurídicas, que seriam grupo econômico de fato e estariam adotando atos fraudulentos para se evadir do pagamento devido ao erário.

Justifica o manejo do presente meio aos seguintes argumentos, *verbis* (fls. 6/8):

> 1.4. *Conclusão: existência de conflito de competência*
>
> Como se viu acima, existe ação cautelar fiscal em trâmite perante a 2ª UAA da 3ª Vara Federal de Santo Ângelo/RS e ação de Execução em trâmite perante a MM 2ª Vara Cível do Foro da Comarca de Ijuí/RS.
>
> Ambas as demandas, em certo ponto, possuem como objeto os seguintes bens imóveis: (i) Matrícula n. 79 do Registro de Imóveis de São Francisco de Assis/RS; (ii) Matrícula n. 6.379 do Registro de Imóveis de Ajuricaba/RS; (iii) Matrícula n. 25 do Registro de Imóveis de Ijuí/RS; (iv) Matrícula n. 5.438 do Registro de Imóveis de São Francisco de Assis/RS; (v) Matrícula n. 9.485 do Registro de Imóveis de Tenente Portela/RS; (vi) Matrícula n. 4.036 do Registro de Imóveis de Erval Seco/RS; (vii) Matrícula n. 26.895 do Registro de Imóveis de Ijuí/RS; (viii) Matrícula n. 1.576 do Registro de Imóveis de Tenente Portela/RS; (ix) Matrícula n. 5.142 do Registro de Imóveis de Catuípe/RS; e, (x) Matrícula n. 466 do Registro de Imóveis de Roque Gonzales/RS.
>
> A ação cautelar fiscal, em trâmite perante a Justiça Federal, pretende sejam os bens resguardados para satisfação de créditos fiscais, sob alegada superioridade hierárquica, nos termos do artigo 189 do Código Tributário Nacional. Já a ação de execução, em trâmite perante a Justiça Estadual, deferiu a adjudicação de bens imóveis gravados com cláusula de indisponibilidade objeto da decisão liminar proferida nos autos da ação cautelar fiscal.
>
> *Tratam-se, à toda evidência, de decisões conflitantes, que demonstram a existência de conflito de competência. Isso porque há conflito de competência quando dois ou mais juízes se dão por competentes, conforme disposto no artigo 66 do CPC* [...]
>
> Com efeito, considerando o andamento das duas ações - de um lado a ação cautelar fiscal n. 5000818-91.2016.4.04.7133, tendente a resguardar

> patrimônio para satisfação de crédito tributário, e de outro, a ação de execução n. 016/1.04.0004944-8, que visa satisfazer o crédito da empresa Bsbios - claramente ocorrerão (como já ocorreu) decisões conflitantes entre si, o que não pode ser admitido, sob pena de grave afronta à segurança jurídica.
>
> Destarte, na medida em que cada Juízo recebeu sua determinada ação, e vem determinando o prosseguimento dos feitos, inclusive proferindo decisões conflitantes entre si - uma determina a indisponibilidade de bens imóveis, e outra defere a adjudicação sobre estes bens ao arrepio da indisponibilidade gravada nas matrículas - tem-se está perfeitamente demonstrado o conflito de competência.
>
> Veja-se que dois Juízos - um da Justiça Federal e outro da Justiça Estadual - estão determinando o prosseguimento do processo que está aos seus cuidados, ou seja, ambos estão exercendo a jurisdição sobre os mesmos bens (imóveis acima arrolados).
>
> Assim sendo, imperioso se faz que esse conflito seja dirimido, para que apenas um seja declarado competente e possa julgar as causas de forma similar e sem qualquer conflito. [grifo nosso].

Defende, por fim, que a competência para o julgamento dos alegados feitos em trâmite seria da justiça federal, invocando a Súmula 150/STF.

Em seu pedido liminar, requer "seja determinado o imediato sobrestamento das ações objeto do presente conflito de competência, sendo designado o Juízo da 2ª UAA da 3ª Vara Federal de Santo Ângelo/RS para dirimir eventuais pedidos de tutela de urgência" (fl. 11).

Feito preparado (fls. 13/14), com representação regular.

É o relatório.

Em que pesem os argumentos do suscitante, é certo que o Código de Processo Civil em vigor delimita, *taxativamente*, as hipóteses de conflito de competência, quais sejam:

> Art. 66. Há conflito de competência quando:
>
> I - 2 (dois) ou mais juízes se declaram competentes;
>
> II - 2 (dois) ou mais juízes se consideram incompetentes, atribuindo um ao outro a competência;
>
> III - entre 2 (dois) ou mais juízes surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos.

A presente hipótese, até pelo caráter antecipatório de que se reveste, não se ajusta a nenhuma dessas situações previstas no ordenamento, pelo que, por enquanto, *não há conflito* a ser dirimido.

Com efeito, no caso ora examinado, há, apenas, a manifestação do juízo suscitado pelo prosseguimento da adjudicação realizada nos autos da execução promovida pelo particular. De outro lado, na ação cautelar ajuizada pela União, o juízo federal determinou a indisponibilidade de diversos bens das empresas até o limite de R$ 403.389.862,03. Demais disso, não houve pedido expresso do ente público para ingressar no feito cível, mas apenas, como já relatado, pedido de vista e carga dos autos.

Enfim, quanto à falta de divergência explícita entre os Juízos envolvidos, veja-se o que se deliberou no seguinte precedente:

> Processual Civil. Agravo regimental no conflito de competência. Inexistência de conflito positivo.
>
> 1. Na espécie, não há falar em conflito positivo de competência. Isso porque, para caracterizar-se o conflito de competência, é indispensável a manifestação expressa de dois ou mais juízos que se considerem competentes ou incompetentes para processar e julgar a "mesma demanda" (*AgRg no CC 113.767/DF*, Corte Especial, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 14.10.2011), ou seja, para a configuração de conflito, positivo ou negativo, é necessário que duas ou mais autoridades judiciárias, de esferas diversas, declarem-se competentes ou incompetentes para apreciar e julgar o "mesmo feito", ou que incida a prática de atos processuais "na mesma causa", por mais de um juiz (*AgRg no CC 120.584/GO*, 2ª Seção, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe de 1º.8.2012).
>
> Assim, em síntese, "se não há, na acepção processual disposta no art. 115, inc. I, do CPC, a declaração de competência para julgar a mesma causa, emanada de dois ou mais juízos, notadamente por imperar a necessidade de se estar diante de causa única, inexiste conflito positivo de competência" (*CC 88.718/RJ*, 2ª Seção, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 8.11.2007). No mesmo sentido: AgRg no CC 121.226/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 2.4.2013; AgRg no CC 128.148/RJ, 2ª Seção, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 16.10.2013.
>
> 2. Agravo regimental não provido.
>
> (*AgRg no CC 131.534/SP*, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 01/04/2014)

Ademais, há meio processual adequado para atacar o acórdão e as decisões, contra os quais se insurge a parte suscitante.

Por estas razões, e com fundamentos na *Súmula 568* do STJ e no art. 955, parágrafo único, do CPC, *não conheço* do presente conflito de competência.

Em consequência, fica prejudicada a análise do pedido de liminar.

Custas pela parte suscitante, já recolhidas.

Publique-se.

Na espécie, a decisão do juízo estadual tido como suscitado se deu em execução promovida por particular na qual se determinou o prosseguimento da adjudicação realizada naqueles autos, antes mesmo do ajuizamento da noticiada ação cautelar. De outro lado, na medida cautelar fiscal ajuizada pela Fazenda Nacional, o juízo federal indicado como suscitante determinou a indisponibilidade de diversos bens das empresas até o limite de R$ 403.389.862,03. Assim, não há falar em conflito de competência, mas de decisões emanadas do juízo estadual e do juízo federal no âmbito de suas respectivas jurisdições.

Isso porque, "se não há, na acepção processual disposta no art. 115, inc. I, do CPC, a declaração de competência para julgar a mesma causa, emanada de dois ou mais juízos, notadamente por imperar a necessidade de se estar diante de causa única, inexiste conflito positivo de competência" (*CC 88.718/RJ*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, DJ 08/11/2007, p. 158).

Ademais, ao contrário do que afirma a parte agravante, inexiste pedido de ingresso nos autos da execução do particular formulado pela União, mas apenas notícia de vista e carga dos autos.

Por fim, "o conflito de competência, segundo entendimento remansoso da jurisprudência e da doutrina, tem sua cognição restrita à definição do juízo apto a prestar a jurisdição em determinado processo, consubstanciando tal limite respeito ao princípio constitucional do juiz natural, não podendo este incidente processual ser utilizado como sucedâneo recursal ou para se obter, por via transversa, a análise da controvérsia estabelecida no processo do qual se originou" (*QO na PET no CC 140.456/RS*, Rel. Ministro Jorge Mussi, Corte Especial, DJe 05/11/2018).

Em face do exposto, *nega-se provimento* ao agravo interno.

É o voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 151.550-CE (2017/0066826-0)

Relatora: Ministra Assusete Magalhães
Suscitante: Agencia Nacional de Aviacao Civil - ANAC
Advogado: Procuradoria-Geral Federal - PGF

Suscitado: Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará
Suscitado: Juízo Federal da 22ª Vara Cível da Seção Judiciária do Estado de São Paulo
Suscitado: Juízo Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal
Suscitado: Juízo Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco
Interes.: Ministério Público Federal
Interes.: Departamento Municipal de Protecao e Defesa dos Direitos do Consumidor
Advogado: Antônio Airton do Vale Melo e outro(s) - CE011073
Interes.: Ordem dos Advogados do Brasil Conselho Federal
Advogado: Oswaldo Pinheiro Ribeiro Júnior e outro(s) - DF016275
Interes.: Gerencia de Proteção e Defesa do Consumidor - Procon/PE

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Conflito de competência. Ações civis públicas. Irresignação contra a supressão da franquia mínima de bagagem, no transporte aéreo. Resolução 400/2016, da ANAC. Causa de pedir comum. Art. 109, I, da CF/88. Competência da Justiça Federal. Conexão entre os quatro feitos. Tema de grande repercussão social. Necessidade de julgamento uniforme para a questão. Princípio da segurança jurídica. Prevenção. Art. 2º, parágrafo único, da Lei 7.347/85. Aplicação. Precedentes. Art. 55, § 3º, do CPC/2015. Reexame, no conflito de competência, do mérito das decisões proferidas pelo juízo designado para, em caráter provisório, apreciar medidas urgentes. Impossibilidade. Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará.

I. Cuida-se de Conflito de Competência suscitado pela Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, em razão do ajuizamento de quatro Ações Civis Públicas contra a autarquia, com a pretensão de afastar a supressão da franquia mínima de bagagem, a ser despachada pelas companhias aéreas, implementada com a entrada em vigor da Resolução 400, de 13/12/2016, da referida agência reguladora, sob o

fundamento da existência de conexão entre os feitos e a fim de evitar decisões conflitantes sobre a matéria.

II. Conflito conhecido, porquanto se trata de controvérsia instaurada entre Juízes vinculados a Tribunais distintos, a teor do que preceitua o art. 105, I, *d*, da Constituição da República.

III. O fato de ser a Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC – cuja natureza jurídica é de autarquia federal de regime especial – ré, nos feitos, atrai a competência da Justiça Federal para processar e julgar os processos, a teor do disposto no art. 109, I, da CF/88.

IV. Nos termos do parágrafo único do art. 2º da Lei 7.347/85 e do art. 55, § 3º, do CPC/2015, há necessidade de reunião dos processos, por conexão, quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir, assim como daqueles feitos em que possa haver risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias, caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles, em homenagem ao postulado da segurança jurídica.

V. No caso, conclui-se pela existência de conexão entre os feitos, pois, apesar de o pedido formulado nas duas primeiras Ações Civis Públicas, de n. 0816363-41.2016.4.05.8100 e 0810187-28.2016.4.05.8300, ser mais abrangente, todos os quatro feitos têm a mesma causa de pedir, relacionada à insurgência contra a supressão da franquia mínima de bagagem, a ser despachada pelas companhias aéreas, determinada pela Resolução 400/2016, da ANAC, que se pretende afastar.

VI. No presente caso, impõe-se o julgamento conjunto das Ações Civis Públicas em tela, uma vez que a norma incidente sobre o transporte aéreo de bagagens é única, para todos os consumidores do país, revelando a abrangência nacional da controvérsia e sua grande repercussão social, recomendando-se o julgamento uniforme da questão, a fim de se evitar instabilidade nas decisões judiciais e afronta ao princípio da segurança jurídica.

VII. Na forma da jurisprudência, "em se tratando de ações civis públicas intentadas em juízos diferentes, contendo, porém, fundamentos idênticos ou assemelhados, com causa de pedir e pedido iguais, deve ser fixado como foro competente para processar e julgar todas as ações, pelo fenômeno da prevenção, o juízo a quem foi

distribuído a primeira ação" (STJ, CC 22.693/DF, Rel. Ministro *José Delgado*, *Primeira Seção*, DJU de 19/04/99).

VIII. Mais recentemente, a Primeira Seção do STJ entendeu, em consonância com o disposto no art. 5º, § 3º, da Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular), que a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos, orientação aplicável, *mutatis mutandis*, ao caso dos autos (STJ, CC 145.918/DF, Rel. Ministro *Og Fernandes*, *Primeira Seção*, DJe de 17/05/2017).

IX. Interpretando o parágrafo único do art. 2º da Lei 7.347/85 – que dispõe que "a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto" –, o Superior Tribunal de Justiça tem orientação no sentido de que, "havendo na Lei de Ação Civil Pública norma específica acerca da conexão, competência e prevenção, é ela que deve ser aplicada para a ação civil pública. Logo, o citado parágrafo substitui as regras que no CPC definem a prevenção (artigos 106 e 219)" (STJ, CC 126.601/MG, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Primeira Seção*, DJe de 05/12/2013).

X. A primeira Ação Civil Pública ajuizada, de n. 0816363-41.2016.4.05.8100, foi distribuída à 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, às 14:30h do dia 20/12/2016, anteriormente às demais três Ações Civis Públicas, de forma a firmar a prevenção do Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará para processar e julgar todas as Ações Civis Públicas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto, em face da aplicação do disposto no art. 2º, parágrafo único, da Lei 7.347/85, norma de caráter especial, que prevalece sobre a geral, na forma da jurisprudência do STJ, e no art. 55, § 3º, do CPC/2015;

XI. A remessa, em 30/01/2017, da segunda Ação Civil Pública 0810187-28.2016.4.05.8300 – ajuizada no dia 20/12/2016, às 16:57h, na 9ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco e ainda não sentenciada –, à 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, em face da conexão com outra Ação Civil Pública ali distribuída em 20/12/2016, às 14:30h, deu-se antes da prolação da sentença, em 10/03/2017, no primeiro feito distribuído. Ainda que se aplicasse, no caso, a Súmula 235/STJ, a prevenção, em relação às terceira e quarta

Ações Civis Públicas distribuídas, dar-se-ia em relação à aludida segunda Ação Civil Pública 0810187-28.2016.4.05.8300, ainda não sentenciada, pelo Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará. De qualquer sorte, ao julgar situação análoga, na qual a controvérsia tinha abrangência nacional – como no caso –, a Primeira Seção do STJ afastou a aplicação da Súmula 235/STJ, mesmo quando, no Juízo prevento, a lide já havia sido julgada: "Conforme enunciado Sumular 235/STJ 'A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado'. Porém, se o conflito decorre de regra de competência absoluta (art. 93, inciso II, do CDC), como no presente caso, não há restrição a seu conhecimento após prolatada a sentença, desde que não haja trânsito em julgado" (STJ, CC 126.601/MG, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Primeira Seção*, DJe de 05/12/2013).

XII. Mesmo na hipótese de se afastar a conexão da primeira Ação Civil Pública 0816363-41.2016.4.05.8100 em relação às demais, nos termos do art. 55, § 1º, do CPC/2015 e da Súmula 235/STJ, por nela já ter sido prolatada sentença, em 10/03/2017, justifica-se a prevenção do Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará pela distribuição da segunda Ação Civil Pública 0810187-28.2016.4.05.8300 à 9ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, em 20/12/2016, às 16:57h, posteriormente encaminhada, em 30/01/2017, à 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, anteriormente às terceira e quarta Ações Civis Públicas, de n. 0000752-93.2017.4.01.3400 e 0002138-55.2017.4.03.6100, distribuídas em 11/01/2017 e em 07/03/2017, respectivamente, em face da disposição do art. 55, § 3º, do CPC/2015, a fim de evitar decisões conflitantes e insegurança social e jurídica.

XIII. Em face da aplicação do disposto no art. 2º, parágrafo único, da Lei 7.347/85 à hipótese em exame, norma de caráter especial, que prevalece sobre a geral, na forma da jurisprudência do STJ, e no art. 55, § 3º, do CPC/2015, encontra-se prevento o Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará para processar e julgar todas as Ações Civis Públicas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto, em face de sua prevenção.

XIV. Descabimento, em sede de Conflito de Competência, de reexame do mérito das decisões proferidas pelo Juízo designado para apreciar, em caráter provisório, as medidas urgentes. Precedentes.

XV. Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará, o primeiro suscitado, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Herman Benjamin (voto-vista) e Benedito Gonçalves votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Impedido o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Og Fernandes.

Brasília (DF), 24 de abril de 2019 (data do julgamento).

Ministra Assusete Magalhães, Relatora

DJe 20.5.2019

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Conflito de Competência, suscitado pela Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, a fim de que se declare a 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará competente para julgar as Ações Civis Públicas 0000752-93.2017.4.01.3400, em trâmite na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, e 0002138-55.2017.403.6100, em trâmite na 22ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo, em razão da anterior distribuição da Ação Civil Pública 0816363-41.2016.4.05.8100 à referida Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, que teria o mesmo objeto e causa de pedir.

Alega a suscitante que:

Tratam-se de quatro ações civis públicas que hoje tramitam em juízos vinculados a tribunais diversos, *têm a mesma causa de pedir e versam sobre a Resolução 400/2016 da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC)* que, entre outras normas, *caracteriza o transporte de bagagem como contrato acessório oferecido pelo transportador aéreo*.

A 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, julgando a ACP 0816363-41.2016.4.05.8100, distribuída em 20.12.2016, proposta pelo Departamento Municipal de Proteção e Defesa dos Direitos do Consumidor, *proferiu sentença pela qual declarou a inexistência de ilegalidades no ato editado pela ANAC*.

A 9ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, no exame da ACP 0810187-28.2016.4.05.8300, também distribuída em 20.12.2016, ajuizada pela Gerência de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON/PE), *reconheceu a prevenção e remeteu o feito para a referida 10ª Vara Federal do Ceará, sob o fundamento de que neste juízo a distribuição ocorrera horas antes*.

A 4ª Vara do Distrito Federal, apreciando a ACP 752-93.2017.4.01.3400, distribuída em 11.1.2017, proposta pelo Conselho Federal da OAB, embora de início tenha reconhecido a competência da Vara Federal do Ceará, reconsiderou sua decisão e declarou-se competente para julgar a demanda, sem ter até a presente data proferido decisão.

Por fim, *a 22ª Vara Cível Federal da Subseção Judiciária de São Paulo, apreciando a ACP 0002138-55.2017.4.03.6100, distribuída em 7.3.2017*, proposta pelo Ministério Público Federal, *deferiu liminar para suspender os artigos 13 e 14, § 2º, da Resolução 400/2016 da ANAC*.

(...)

Sustenta-se neste conflito que a 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, consoante o critério adotado no art. 59 do CPC e pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85 (data da distribuição), é o juízo competente para processar e julgar as duas ações civis públicas que hoje tramitam na Justiça Federal do Distrito Federal e de São Paulo.

(...)

IV - Conhecimento do Conflito: prevenção de decisões conflitantes Embora não se possa dizer que no caso haja explícita divergência entre os juízos citados nestes autos acerca da competência para processar as demandas, a jurisprudência do STJ abre a via do conflito de competência quando este revelar-se como instrumento adequado à prevenção de decisões conflitantes. Nessa direção:

> Conflito de competência. Ação falimentar. Dívida ativa da União. Redução do *quantum debeatur*. Incompetência absoluta do juízo estadual, nos termos do art. 187 do CTN e do art. 29 da Lei 6.830/1980.
>
> 1. Dá-se Conflito de Competência: a) se os juízes se declararem competentes (positivo) ou incompetentes (negativo) para processar a

mesma demanda; ou b) se entre eles houver controvérsia acerca da reunião ou da separação de processos (art. 115 do CPC).

2. *O STJ tem interpretado de forma extensiva a norma do art. 115 do CPC, apreciando Conflitos de Competência quando verificada a existência de decisões conflitantes proferidas por juízes distintos*.

3. Hipótese em que o Juízo da 2ª Vara de Recuperação de Empresas e Falências de Fortaleza apreciou e acolheu, em Ação de Falência, as impugnações aos créditos tributários da Fazenda Pública, reduzindo-os.

4. São inconfundíveis a competência para classificação dos créditos, na Ação Falimentar, e para a definição do *an* e do *quantum debeatur* em matéria tributária.

5. Ao definir o montante do crédito da Fazenda Pública, o juízo falimentar usurpou competência privativa do juízo da Execução Fiscal (art. 187 do CTN e art. 29 da Lei 6.830/1980).

6. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará. (CC 110.465/CE, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Primeira Seção, j. 25.8.2010, DJe 1.2.2011)

(...)

O caso dos autos atrai essa diretriz, *sendo concreto o risco de agravamento do conflito, porque: 1) se a Justiça Federal de Pernambuco reconhece a prevenção do juízo do Ceará, a Justiça Federal no Distrito Federal a nega; e 2) se a Justiça Federal no Ceará não vê ilegalidades no ato da ANAC, a Justiça Federal em São Paulo as vê*.

V - Conhecimento do Conflito: inexequibilidade de decisões contraditórias em ACP

O STJ entende que "os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos [...] levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC)" (Recurso Especial Repetitivo n. 1.243.887/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão).

Tal orientação, reiterada pela mais recente jurisprudência da Corte Especial, aplica-se ao caso dos autos porque, aqui, o objeto da controvérsia é uma resolução que dispõe sobre as condições gerais de transporte aéreo em todo o território nacional, de modo que a solução do caso deve ser única, sob pena de desorientar-se gravemente o setor de aviação civil brasileiro.

VI - Conexão entre as três ações

As três ações em trâmite no Ceará, São Paulo e Distrito Federal têm causas de pedir idênticas e, a rigor, também iguais pedidos, o que segundo o artigo 55 do CPC/2015 as torna conexas.

As demandas partem, todas, do mesmo quadro fático – a transformação do transporte de bagagem em contrato acessório pela Resolução 400/2016 –, o que lhes dá a mesma causa de pedir.

De outro lado, embora os requerimentos feitos nas petições iniciais às vezes indiquem dispositivos diversos da resolução, percebe-se facilmente pela leitura das decisões proferidas no Ceará e em São Paulo – que enquadram as postulações nos artigos corretos **–**, assim como no pedido formulado e ainda não apreciado no Distrito Federal, que há inequívoca identidade de pedidos entre as três demandas:

(...)

Tratando-se de ações conexas, impõe-se o julgamento conjunto pelo juízo prevento, que é aquele para quem a demanda foi primeiramente distribuída, o que no caso ocorreu com a 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará.

VII - *Inaplicabilidade do § 1º do art. 55 do CPC e da Súmula 235/STJ – Precedente da 1ª Seção*

É verdade que a ACP n. 0816363-41.2016.4.05.8100 já foi sentenciada pela Justiça Federal do Ceará.

Ocorre que o § 1º do art. 55 do CPC e a Súmula 235/STJ – que afastam a conexão quando um dos processos já foi julgado – não se aplicam no caso.

E isso, por duas razões.

Em primeiro lugar, conforme demonstram os documentos anexos, a 9ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, na apreciação da ACP n. 0810187-28.2016.4.05.8300, reconheceu a conexão e declinou de sua competência em favor da 10ª Vara do Ceará. Dessa forma, a ACP originada em Pernambuco, agora em trâmite no Ceará por prevenção, atrai a competência para o juízo cearense, pois ainda não foi decidida e foi distribuída em 20.12.2016, antes, portanto, da data em que distribuídas as ações do Distrito Federal e de São Paulo: 11.1.2017 e 7.3.2017, respectivamente.

Em segundo lugar, em caso análogo ao presente por todos os ângulos, a 1ª Seção do STJ, no CC n. 126.601/MG, Relator Min. Mauro Campbell, j. 27.11.2013, DJe 5.12.2013, decidiu que o microssistema das ações coletivas afasta a Súmula 235/STJ em caso ação coletiva decidida com abrangência nacional, caso em que o juízo em que distribuída a primeira demanda torna-se absolutamente competente:

(...)

A base desse precedente é o art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85, que assim dispõe:

> Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

> Parágrafo único *A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto*.

Conjugando-se o preceito com a orientação adotada pela 1ª Seção, *tem-se que a Vara Federal do Ceará é absolutamente competente para julgar as ações civis públicas que foram posteriormente ajuizadas, ainda que já tenha prolatado sentença no caso*.

VIII - *Pedido subsidiário: declaração de competência da 4ª Vara do Distrito Federal*

Se, na apreciação deste conflito, o STJ entender que a sentença proferida pela Vara Federal do Ceará impede a reunião das ações nesse juízo, pede-se subsidiariamente que se declare competente a 4ª Vara do Distrito Federal para julgar a ação que atualmente tramita na Vara Federal de São Paulo.

A ACP proposta no Distrito Federal tem inequívoca conexão com a que tramita em São Paulo, pois em ambas pede-se a declaração de nulidade do artigo 13 da Resolução 400/2016, a fim de que permaneçam vigentes, na expressão do MPF, "as regras anteriores de franquia de bagagem despachada", ou, na expressão da OAB, "a franquia prevista na Portaria n. 676/GC-5/2000 (e alterações posteriores), do Comando da Aeronáutica, e nas Normas de Serviços Aéreos Internacionais (NOSAI) de números CT-011 (regulamentação de bagagem por peça), CT-013 (regulamentação de bagagem por peso), TP-005 (tarifas de excesso de bagagem por peça), e TP-024 (tarifa de excesso de bagagem por peso), atualmente em vigor".

Assim, conexas essas duas demandas, seja pela causa de pedir, seja pelo pedido, e não havendo sentença em nenhum desses dois casos, deve-se declarar a competência da 4ª Vara do Distrito Federal para julgar, além da ACP 752-93.2017.4.01.3400, que nesse juízo já está sendo examinada, também a ACP 0002138-55.2017.403.6100, em trâmite na 22ª Vara Cível Federal de São Paulo, pois a distribuição, no primeiro caso, deu-se em 11.1.2017, ao passo que, no segundo, em 7.3.2017.

IX - Pedido de decisão liminar de sobrestamento

O conflito apontado nestes autos é causa de grave insegurança jurídica para os agentes que transitam no sistema de prestação de serviços aéreos.

Ao contrário do que se pode de início pensar, as regras da Resolução 400 não surpreendem o mercado, mas a sua suspensão é que o faz.

E isso porque a Resolução 400 foi publicada em 14 de dezembro de 2016, para entrar em vigor apenas 90 dias depois. Esse prazo foi concedido para que as companhias aéreas adotassem uma série de medidas de adaptação de sistema e de estratégia comercial; assim como para que a ANAC preparasse sua equipe para acompanhar a implementação da norma, envolvendo-se com a divulgação das novas regras.

> Tudo isso que foi feito agora se encontra ameaçado, porque o MPF, que acompanhou a elaboração da resolução no âmbito da ANAC, somente impugnou o ato às vésperas de sua entrada em vigor, isto é, quase 90 dias após publicação, desmontando toda uma organização em curso.
>
> (...)
>
> *Por todas essas razões, torna-se cabível a providência prevista no art. 955 do CPC, no sentido de que o relator determine, até que seja julgado o conflito, o sobrestamento da ACP 0002138-55.2017.403.6100, em trâmite na 22ª Vara Cível Federal de São Paulo, designando-se para decidir os pleitos urgentes formulados nessa ação o juízo da 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará*; ou, pede-se subsidiariamente, a 4ª Vara do Distrito Federal.
>
> Os mesmos motivos tornam imprescindível que o Relator suspenda a liminar deferida da ACP 0002138-55.2017.403.6100, porquanto proferida por juízo incompetente e capaz de agravar o quadro de instabilidade judicial (fls. 2/18e).

Por fim, requer a ANAC "a) na forma do artigo 955 do CPC, o liminar sobrestamento da ACP 0002138-55.2017.403.6100, em trâmite na 22ª Vara Cível Federal de São Paulo, designando-se o juízo da 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará para decidir os pleitos urgentes formulados nessa ação; ou, se esse não for o entendimento, que seja designada, também na forma do art. 955, a 4ª Vara do Distrito Federal, para decidir os pedidos urgentes; b) também por liminar decisão monocrática, a suspensão dos efeitos da liminar deferida na ACP 0002138-55.2017.403.6100, porquanto proferida por juízo incompetente; c) ao final, a declaração de competência da 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, ou, subsidiariamente, da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, para julgar a ACP 0002138-55.2017.403.6100, com a anulação dos atos decisórios até agora proferidos na referida ação" (fl. 19e).

Distribuídos os autos ao Ministro Francisco Falcão, Sua Excelência declarou-se suspeito para autuar no feito, com fundamento no art. 145, § 1º, do CPC/2015 e no art. 272 do RISTJ (fl. 224e), razão pela qual os autos foram a mim redistribuídos (fl. 228e).

Vislumbrando, em príncipio, a possibilidade de conexão entre os feitos, assim como a possibilidade de decisões conflitantes, designei, com fundamento nos arts. 55, 59 e 955 do CPC/2015 e 196 do RISTJ, o Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes, determinando a suspensão dos feitos de números 0000752-93.2017.4.01.3400, em curso na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, 0002138-55.2017.403.6100, em trâmite na 22ª Vara Federal da

Subseção Judiciária de São Paulo, e 0810187-28.2016.4.05.8300, em curso na 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, até o julgamento do presente Conflito de Competência.

O Juízo Federal da 22ª Vara da Subseção Judiciária de São Paulo prestou informações, asseverando, *in verbis*:

> De fato, na Ação Civil Pública autuada sob o n. 0002138-55.2017.403.6100 distribuída a esta 22ª Vara Cível Federal da 1ª Subseção Judiciária de São Paulo, objetiva-se a suspensão dos artigos 13 e 14º § 2º da Resolução 400/2016, enquanto na Ação Civil Pública n. 0816363-41.2016.4.05.8100, em tramite perante a 10ª Vara Federal do Ceará, objetiva-se a suspensão dos artigos 3º, 4º § 2º, 9º, 11 e 19, da Resolução 400/2016.
>
> Assim, em se tratando de pedidos para suspensão de diferentes artigos da mesma Resolução 400/2016, este juízo concluiu pela inocorrência de prevenção, passando a analisar a tutela de urgência requerida (fls. 265/266e).

Consta, a fls. 290/301e, ofício do Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, comunicando a prolação de decisão no feito de n. 0805454-03.2017.4.05.8100 (Pedido Incidental de Tutela de Urgência), nos seguintes termos, em sua parte dispositiva:

> Ante o exposto, com fundamento na competência conferida pelo Superior Tribunal de Justiça no CC 151.550/CE para decidir sobre medidas de urgência requeridas no âmbito dos processos 0002138-55.2017.4.03.6100, da 22ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo, 0000752-93.2017.4.01.3400, em curso na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal e 0810187-28.2016.4.05.8300, da 9ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, ***defiro o pedido de tutela de urgência da ANAC*** *para, apreciando o pedido de reconsideração da decisão liminar proferida no processo n. 0002138-55.2017.4.03.6100, veiculado como requerimento de tutela de urgência incidental ao processo de n. 0816363-41.2016.4.05.8100, determinar o levantamento da suspensão da vigência dos artigos 13 e 14, § 2º, da Resolução n. 400/2016 da ANAC, ordenada em liminar concedida no processo n. 0002138-55.2017.4.03.6100, restabelecendo a vigência integral do referido ato normativo até o julgamento final do Conflito de Competência n. 151.550/CE pelo Superior Tribunal de Justiça* (fl. 301e).

A fl. 304e, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil formulou pedido de reconsideração da decisão desta Relatora, que designara o Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará para, em caráter provisório, decidir questões urgentes, requerendo, ainda, que se torne sem efeito a decisão proferida pelo referido Juízo, que revogou a decisão liminar deferida

pelo Juízo Federal da 22ª Vara da Subseção Judiciária de São Paulo, nos autos da Ação Civil Pública 0002138-55.2017.403.6100.

O pedido de reconsideração foi indeferido (fls. 359/369e), sob o fundamento de que, na decisão de fls. 257/262e, houve apenas a designação do Juízo da 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará para resolver, *em caráter provisório*, as medidas urgentes, determinando-se, ainda, a suspensão das Ações Civis Públicas de números 0000752-93.2017.4.01.3400, 0002138-55.2017.403.6100 e 0810187-28.2016.4.05.8300, até o julgamento do presente Conflito de Competência, em consonância com o disposto nos arts. 55, 59 e 955 do CPC/2015 e 196 do RISTJ.

Assinalou-se, ainda, no referido *decisum*, que a tutela de urgência, deferida pelo Juízo da 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, deve ser impugnada pela via recursal própria, uma vez que é descabido, em sede de Conflito de Competência, o reexame do mérito das decisões proferidas pelo Juízo designado para apreciar as medidas urgentes, em caráter provisório.

A fl. 374e, consta certidão da Coordenadoria da Primeira Seção, atestando o decurso do prazo para prestar informações.

O Ministério Público Federal, a fls. 376/390, manifesta-se pelo conhecimento do Conflito de Competência entre os Juízos da 9ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal e da 22ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo, devendo as Ações Civis Públicas, distribuídas em Pernambuco e São Paulo, ser remetidas ao Juízo da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Relatora): Como visto do relatório, trata-se de Conflito de Competência suscitado pela Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, em razão do ajuizamento de quatro Ações Civis Públicas contra a autarquia, com a pretensão de afastar a supressão da franquia mínima de bagagem, a ser despachada pelas companhias aéreas, implementada com a entrada em vigor da Resolução 400, de 13/12/2016, da referida agência reguladora, sob o fundamento da existência de conexão entre os feitos e a fim de se evitar decisões conflitantes sobre a matéria.

Conheço do Conflito, porquanto se trata de controvérsia instaurada entre Juízes vinculados a Tribunais distintos, a teor do que preceitua o art. 105, I, *d*, da Constituição da República.

As Ações Civis Públicas em tela, todas distribuídas na vigência do CPC/2015, são as seguintes:

a) Ação Civil Pública 0816363-41.2016.4.05.8100 (fls. 92/106e), proposta pelo Departamento Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON contra a Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, distribuída à 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, *em 20/12/2016, às 14:30h*, (fl. 200e), com sentença proferida em 10/03/2017 (fls. 117/132e).

b) Ação Civil Pública 0810187-28.2016.4.05.8300 (fls. 161/175e), movida pela Gerência de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON/PE contra a Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, distribuída, *em 20/12/2016, às 16:57h*, à 9ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco e, posteriormente, encaminhada, em 30/01/2017 (fls. 200/204e), à 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, em face da conexão com o feito anterior, de número 0816363-41.2016.4.05.8100, em curso na 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, distribuído horas antes, no dia 20/12/2016 (fl. 200e).

c) Ação Civil Pública 0000752-93.2017.4.01.3400 (fls. 135/155e), ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB contra a mesma autarquia, distribuída à 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, *em 11/01/2017* (fl. 159e).

d) Ação Civil Pública 0002138-55.2017.4.03.6100 (fls. 23/41e), proposta pelo Ministério Público Federal contra a Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, distribuída à 22ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo (fl. 72e), *em 07/03/2017* (fl. 23e).

Figurando a Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC – cuja natureza jurídica é de autarquia federal de regime especial – como ré, nos quatro feitos, a competência para processar e julgar os processos é da Justiça Federal, a teor do disposto no art. 109, I, da CF/88.

Passo, a seguir, à análise da conexão entre as quatro mencionadas Ações Civis Públicas.

Os arts. 54 e 55 do CPC/2015 e 2º da 7.347/85 assim estabelecem:

> Art. 54. A competência relativa poderá modificar-se pela conexão ou pela continência, observado o disposto nesta Seção.

> *Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.*
>
> *§ 1º Os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado.*
>
> § 2º Aplica-se o disposto no *caput*:
>
> I - à execução de título extrajudicial e à ação de conhecimento relativa ao mesmo ato jurídico;
>
> II - às execuções fundadas no mesmo título executivo.
>
> *§ 3º Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles.*
>
> *Art. 2º* As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.
>
> *Parágrafo único. A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.*

Depreende-se, dos referidos dispositivos legais, a necessidade de reunião dos processos, por conexão, quando lhes for comum o pedido *ou* a causa de pedir, assim como daqueles feitos em que possa haver risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias, caso decididos separadamente, *mesmo sem conexão entre eles*, em homenagem ao postulado da segurança jurídica.

É certo que o princípio constitucional da segurança jurídica tem, como corolário, a estabilização das relações sociais, para, nos termos do preâmbulo da Constituição Federal de 1988, "assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias".

A propósito do tema, destaca-se a lição de Humberto Ávila (*in* Segurança Jurídica, Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário, 2ª ed., p. 132):

> A segurança jurídica é muitas vezes associada à própria ideia de Direito, independentemente de sua positivação em determinado ordenamento jurídico. Nessa linha de raciocínio, por exemplo, Radbruch, embora afirme, primeiramente,

> que a ideia central do Direito é a justiça (*Gerechtigkeit*), constata, depois, que a segurança jurídica (*Rechtssicherheit*), a segurança do Direito (*Sicherheit des Rechts*) e a conformidade a fins (*Zweckmässigkeit*) também compõe o seu núcleo. (...) A segurança jurídica, nessa acepção, é um valor que, ao lado da justiça e da paz social, inspira qualquer ordenamento jurídico no seu conjunto (...).

Da inicial na Ação Civil Pública 0816363-41.2016.4.05.8100, ajuizada contra a ANAC e distribuída, em primeiro lugar, *em 20/12/2016, às 14:30h*, à 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, cumpre destacar o seguinte excerto, que demonstra que tinha ela, como causa de pedir, a insurgência contra a nova determinação da Resolução 400/2016, da ANAC, que caracteriza, como serviço acessório, o custo do transporte de bagagem, afastando, assim, a franquia mínima de bagagem, a ser despachada pelas companhias aéreas:

> § 2º do art. 4º – O valor final a ser pago será acrescido de eventuais serviços opcionais contratados ativamente (regra *opt-in*) pelo consumidor no processo de comercialização da passagem aérea.
>
> *O dispositivo acima (§ 2º do art. 4º) trata especificamente da possibilidade de se inserir como serviço acessório o custo no transporte da bagagem*, que pelas regras atuais permite ao passageiro o transporte de 23Kg, em território nacional e duas malas de 32 Kg em voos internacionais sem custo extra, além da bagagem de mão não superior a 5Kg.
>
> *Mantida a regulação nos termos acima passaria o consumidor a custear as despesas com o transporte de sua bagagem, resultando em elevação significativa no preço final do serviço de transporte, convertendo-se em prática abusiva* capitulada no art. 39, incisos V e X do Código de Defesa do Consumidor.
>
> A presente interpretação se dá em razão da incerteza decorrente da nova regulação, considerando a ausência de elementos técnicos produzidos pela ANAC que indiquem ao consumidor algum tipo de benefício ou garantia da melhoria da qualidade dos serviços e ainda de qualquer economia.
>
> Referido entendimento se fortalece em razão das informações do Superintendente da ANAC ao declarar a imprensa "que não existem garantias para que os preços seja reduzidos, diante da existência de outros fatores, como a grave crise econômica que atinge o Brasil e a alta do dólar frente ao Real.".
>
> *Cremos que existem argumentos sólidos e juridicamente consistentes para afastar a medida de forma imediata por meio da competente ação*, porquanto a tese de adequação a realidade internacional que está associada às viagens de baixo custo (*low cost*), em que as bagagens são cobradas em separado, definitivamente não se aplica às companhias aéreas brasileiras, a exemplo entre uma viagem nesse padrão custar em média 30 euros, enquanto uma ponte aérea entre o Rio de Janeiro e São Paulo tem o valor médio de R$300,00.

> *Na questão pertinente à essência do transporte de pessoas no sentido de que as bagagens estejam incluídas no valor total do contrato, com a invocação ao princípio da gravitação jurídica, onde o acessório segue o principal*.
>
> Nessa seara *ao dispor sobre o negócio, o art. 730 do Código Civil diz que pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas. Consequentemente a responsabilidade do transportador, inclui não só a integralidade do passageiro, também a da sua bagagem*, consoante regra insculpida no art. 734 do citado diploma substantivo civil, senão vejamos:
>
> > Art. 734 - O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.
>
> Pela regra acima, *percebemos de solar clareza da inexistência de dois contratos, porquanto há somente um negócio jurídico que se traduz no transporte de pessoas que tem como consequência a obrigação de prestação acessória do transporte da bagagem, não se dissociando um do outro, por mera resolução* que se propõe a alterar usos e costumes prestigiados por legislação específica (Lei 8.078/90) (fls. 164/166e).

O pedido formulado na referida exordial da primeira Ação Civil Pública tem o seguinte teor:

> São essas as razões pelas quais o *promovente*, invocando os áureos e doutos suplementos de Vossa Excelência confiam, esperam e requerem:
>
> 1 - que seja concedida na forma do art. 300 do novo CPC a medida liminar *inaudita altera pars*, *a fim de determinar que a ANAC suspenda a eficácia dos dispositivos acima citados, oriundos da Resolução n. 400, de 13 de dezembro de 2016, quais sejam*: art. 3º; *§ 2º do art. 4º*; art. 9º; art. 11 e art. 19, *todos da referida Resolução n. 400; obstando-se assim os seus reflexos para os consumidores*;
>
> 2 - que a ANAC oficie as Companhias aéreas nesse sentido, abstendo-se de operar segundo o regramento contido nos citados dispositivos ora atacados;
>
> 3 - Que ao final seja julgada totalmente procedente a presente Ação, no sentido de determinar a ANAC a revogação dos dispositivos ora atacados ante os argumentos aqui relatados (fls. 172/173e).

Conquanto equivocada a indicação dos dispositivos legais da Resolução 400/2016, da ANAC, que passaram a disciplinar o transporte de bagagem como contrato acessório oferecido pelo transportador aéreo, *da leitura da inicial depreende-se a irresignação do autor contra a possibilidade da cobrança, "como serviço acessório, o custo no transporte da bagagem", sob a alegação de que "mantida a regulação*

nos termos acima passaria o consumidor a custear as despesas com o transporte de sua bagagem, resultando em elevação significativa no preço do serviço de transporte, convertendo-se em prática abusiva capitulada no art. 39, incisos V e X do Código de Defesa do Consumidor" (fl. 165e).

Com efeito, a falta de correta indicação da norma, na parte final do pedido inicial, não vincula a compreensão do Juiz acerca da insurgência da parte, uma vez que, consoante a jurisprudência do STJ, "o pedido deduzido na demanda é revelado a partir da interpretação lógico-sistemática do conteúdo da petição inicial. Precedentes" (STJ, REsp 1.307.131/DF, Rel. Ministra *Nancy Andrighi*, *Terceira Turma*, DJe de 15/04/2013).

Como ressaltam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (*in* Comentários ao Código de Processo Civil, I, p. 168), "é certo que o juiz continua com o poder de aplicar o direito ao caso concreto, inclusive invocando normas jurídicas não invocadas pelas partes", à luz do princípio *iura novit curia*.

Nesse sentido, destaca-se trecho do voto do Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*, no AgInt no AREsp 788.638/SP, de sua relatoria, julgado pela Terceira Turma do STJ e publicado no DJe de 15/08/2017, no sentido de que "o juiz não está vinculado aos fundamentos jurídicos trazidos pelas partes, podendo apreciar livremente o pedido, fundamentando sua decisão nos dispositivos legais que entender pertinentes ao caso. É o famoso princípio *iura novit curia*".

Como se destacou, na inicial da mencionada primeira Ação Civil Pública 0816363-41.2016.4.05.8100, requer o autor a suspensão da eficácia dos arts. 3º, *4º, § 2º*, 9º, 11 e 19 *da Resolução 400, de 14/03/2017, da ANAC*, *alegando, dentre outros fundamentos, que "o dispositivo acima (§ 2º do art. 4º) trata especificamente da possibilidade de inserir como serviço acessório o custo no transporte da bagagem, que pelas regras atuais permite ao passageiro o transporte de 23 Kg, em território nacional e duas malas de 32 Kg em voos internacionais sem custo extra, além da bagagem de mão não superior a 5 Kg"*, defendendo, ainda, que, "*mantida a regulação nos termos acima passaria o consumidor a custear as despesas com o transporte de sua bagagem, resultando em elevação significativa no preço final do serviço de transporte, convertendo-se em prática abusiva capitulada no art. 39, incisos V e X do Código de Defesa do Consumidor*" (fl. 96e).

Em relação ao mencionado art. 4º, § 2º, da Resolução 400/2016, da ANAC, a sentença prolatada no aludido feito, ao julgar improcedente o pedido, assim foi fundamentada, fazendo a adequação dos fatos ou da causa de pedir às normas pertinentes, ou seja, aos arts. 13 a 15 da Resolução 400/2016, da ANAC, e 731 e 734 do Código Civil:

Também se impugna o § 2º do art. 4º da Resolução, que dispõe:

> Art. 4º (...)
>
> § 2º O valor final a ser pago será acrescido de eventuais serviços opcionais contratados ativamente (regra *opt-in*) pelo consumidor no processo de comercialização da passagem aérea.

Cabe destacar que, apesar de a parte autora fazer alusão, em objeção ao referido dispositivo, à desregulamentação da franquia de bagagem despachada, artigo e parágrafo não tratam da matéria, que está regulada nos arts. 13 a 15 da Resolução. Sendo assim, o dispositivo nada mais faz do que disciplinar o atendimento ao dever de informação por parte do fornecedor, devendo ser entendido com o objetivo de evitar que sejam embutidos, sem a manifestação ativa e direta do consumidor, serviços ou itens extras no valor final a ser pago.

Deve-se ponderar que a mera desregulamentação da franquia de bagagem despachada, por si só, não representa violação a direitos do consumidor ou concessão de vantagem excessiva ao fornecedor. Tratando-se o transporte aéreo de pessoas, além de um serviço de interesse público, de uma atividade empresarial, ainda que exaustivamente regulada pelo Poder Público, deve proporcionar lucro às pessoas jurídicas que exploram essa atividade, de modo que quaisquer custos que venham a ser impostos à sociedade empresária devem ser repassados para o consumidor no preço final do produto ou serviço, do contrário a companhia aérea sofrerá prejuízos, o que ao longo do tempo inviabilizará a continuidade de seus serviços e a sua própria existência.

Sendo assim, na realidade atual, ainda que o passageiro não se utilize de toda a franquia de bagagem oferecida nos voos domésticos ou internacionais, ele suporta, no preço final pago pelo serviço, o custo do serviço meramente posto à sua disposição. Em uma análise mais acurada, portanto, trata-se de verdadeira desvantagem imposta a esse consumidor, que, atualmente, não tem à sua disposição a opção de tarifa mais barata para o caso de viajar sem bagagem despachada ou com bagagem em peso e quantidade inferiores à franquia estabelecida. Em nome de uma uniformidade que, a princípio, parece proteger o consumidor, todos pagam por um limite que nem todos usufruem - segundo estudos da ANAC, mencionados em sua manifestação, a realidade é que a média de bagagem despachada por passageiro é inferior a 12 kg.

Isso não impede certamente que eventuais abusos possam ocorrer em decorrência de fenômenos como a cartelização de preços, por exemplo, que deverão ser apropriadamente coibidos caso aconteçam - a sua ocorrência nesse tocante pode se dar independentemente do fator pertinente ao limite estabelecido para franquia de bagagem. Também por outro lado isso não necessariamente irá redundar em redução imediata de preços para o consumidor, que, em uma ordem econômica com base no capitalismo, depende de fatores complexos além desse mero aspecto de que se trata, mas sem dúvida o favorecimento da livre concorrência, que é um

dos princípios de nossa ordem econômica e que a desregulamentação nesse tocante proporciona, estimula a abertura ao ingresso de novos atores no mercado, o que aumentará a oferta e ampliará a concorrência, trazendo inequívocos benefícios ao consumidor, se não imediatamente, seguramente a médio ou longo prazo.

A desregulamentação permitirá, ao menos, em um curto prazo, o fornecimento, pelas companhias aéreas, de tarifas mais baratas a passageiros que desejem viajar sem ou com pouca bagagem despachada, sem que esses consumidores tenham que arcar com os custos de uma franquia que não pretendem utilizar. Também não representa necessariamente o fim das franquias de bagagem despachada concedidas aos passageiros, que podem continuar a ser oferecidas pelas companhias aéreas dentre as opções tarifárias à disposição dos passageiros.

Há que se ressaltar que a obrigação de transportar a bagagem, prevista na legislação civil para os contratos de transporte de pessoas em geral (art. 734), não obriga o transportador a levar toda e qualquer bagagem ou em qualquer quantidade ou peso. Na lição de Carlos Roberto Gonçalves, "o contrato de transporte constitui típico contrato de adesão, que é uma categoria de contrato em que as partes não discutem amplamente as suas cláusulas, como acontece no tipo tradicional. (...) No contrato de transporte há também um regulamento previamente estabelecido pelo transportador, com base em normas legais, ao qual o passageiro adere ou não. Quem toma um ônibus, ou qualquer outro meio de transporte, tacitamente celebra um contrato de adesão com a empresa transportadora. Com o pagamento da passagem, o transportado adere ao regulamento da empresa. Esta, implicitamente, assume a obrigação de conduzi-lo ao seu destino, são e salvo" (Direito civil brasileiro, vol. 3: contratos e atos unilaterais, 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 480/481). *Sendo assim, é legítimo que o transportador, atendendo às normas legais e regulamentares, estipule as condições em que a prestação do serviço se dará, não havendo, nesse ponto, nenhuma ofensa à lei nessa faculdade. No caso do transporte aéreo, a própria Resolução 400/2016 da ANAC estabelece em seu art. 14 uma franquia de bagagem de mão de 10 (dez) quilos, o que, em uma primeira análise, atende ao disposto na lei civil e respeita as especificidades típicas do contrato de transporte aéreo de pessoas*.

Não ignorando tais peculiaridades, o próprio Código Civil, ao estabelecer suas normas gerais, contemplou a incidência das normas específicas para transportes exercidos em virtude de autorização, concessão ou permissão, como é o caso do transporte aéreo:

> *Art. 731. O transporte exercido em virtude de autorização, permissão ou concessão, rege-se pelas normas regulamentares e pelo que for estabelecido naqueles atos, sem prejuízo do disposto neste Código* (fls.128/130e).

Como se verifica das peças do processo, a fls. 176e e 200/204e, a inicial da segunda Ação Civil Pública 0810187-28.2016.4.05.8300, ajuizada contra

a ANAC e distribuída, *em 20/12/2016, às 16:57h*, à 9ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, também tem, como causa de pedir, entre outras, a insurgência contra a alteração regulatória da Resolução 400/2016, da ANAC, de conferir, ao serviço de transporte de bagagem, a condição de obrigação acessória, impondo, ao consumidor, pagamento adicional de preço a ele relativo. *Em 30/01/2017* – antes, pois, da prolação da sentença, na primeira Ação Civil Pública 0816363-41.2016.4.05.8100, pelo Juízo da 10ª Vara Federal do Ceará, *em 10/03/2017* (fls. 117/132e) – o Juízo da 9ª Vara Federal da Seção Judiciária reconheceu a conexão entre os dois primeiros feitos e determinou a remessa da segunda Ação Civil Pública ao Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará (fls. 200/204e).

Por sua vez, a petição inicial da Ação Civil Pública 0000752-93.2017.4.01.3400, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em face Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, em curso na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, também tem, como causa de pedir, a irresignação contra a supressão da franquia mínima de bagagem, a ser despachada pelas companhias aéreas, com o seguintes pedido:

> (i) Receber a presente Ação Civil Pública, em todo os seus termos, para regular processamento e julgamento, nos termos da Lei Federal n. 7.347/1985 e do Código de Processo Civil;
>
> (ii) Liminarmente, *inaudita altera pars*, *suspender a eficácia do artigo 13, 'caput', do § 1º do art. 15 e do art. 45, da Resolução n. 400/2016 da ANAC, determinando, de consequência, que a demandada se abstenha de autorizar a cobrança por bagagem despachada* dentro da franquia prevista na Portaria n. 676/GC-5/2000 (e alterações posteriores), do Comando da Aeronáutica, e das Normas de Serviços Aéreos Internacionais (NOSAI) de números CT-011 (regulamentação de bagagem por peça), CT-013 (regulamentação de bagagem por peso), TP-005 (tarifas de excesso de bagagem por peça), e TP-024 (tarifa de excesso de bagagem por peso), atualmente em vigor, até o ulterior deliberação de V. Exa.;
>
> (...)
>
> (v) *Ao final, julgar totalmente procedente o pedido para confirmar a tutela de urgência/liminar suso requerida e, anular o art. 13, 'caput', o § 1º do art. 15 e o art. 45, ambos da Resolução n. 400/2016, editada pela ANAC*, determinando-se, de conseqüência, que se abstenha de autorizar, sem a contrapartida de efetiva diminuição do valor da tarifa de passagem, a cobrança por bagagem despachada dentro da franquia prevista na Portaria n. 676/GC-5/2000 (e alterações posteriores), do Comando da Aeronáutica, e nas Normas de Serviços Aéreos Internacionais (NOSAI) de números CT-011 (regulamentação de bagagem por peça), CT-013

> (regulamentação de bagagem por peso), TP-005 (tarifas de excesso de bagagem por peça), e TP-024 (tarifa de excesso de bagagem por peso), atualmente em vigor (fls. 154/155e).

A exordial da Ação Civil Pública 0002138-55.2017.403.6100 – ajuizada pelo Ministério Público Federal contra a Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, perante o Juízo Federal da Subseção Judiciária de São Paulo – igualmente registra, como causa de pedir, o inconformismo com a supressão da franquia mínima de bagagem, a ser despachada pelas companhias aéreas, com o seguinte pedido:

> (i) declarar a nulidade do artigo 13 da Resolução n. 400/2016, permanecendo vigente as regras anteriores de franquia de bagagem despachada e
>
> (ii) condenar à ANAC a esclarecer como se dará a restrição do peso e conteúdo da bagagem de mão permitida pelo artigo 14, § 2º da mencionada Resolução (fl. 80e).

Os arts. 13, 14 e 15 da Resolução 400, de 13/12/2016, da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, assim estabelecem:

> Art. 13. *O transporte de bagagem despachada configurará contrato acessório oferecido pelo transportador*.
>
> § 1º *A bagagem despachada poderá sofrer restrições, nos termos desta Resolução e de outras normas atinentes à segurança da aviação civil*.
>
> § 2º *As regras referentes ao transporte de bagagem despachada, ainda que realizado por mais de um transportador, deverão ser uniformes para cada trecho contratado*.
>
> Art. 14. *O transportador deverá permitir uma franquia mínima de 10 (dez) quilos de bagagem de mão por passageiro de acordo com as dimensões e a quantidade de peças definidas no contrato de transporte*.
>
> § 1º *Considera-se bagagem de mão aquela transportada na cabine, sob a responsabilidade do passageiro*.
>
> § 2º *O transportador poderá restringir o peso e o conteúdo da bagagem de mão por motivo de segurança ou de capacidade da aeronave*.
>
> Art. 15. *O transportador deverá informar aos usuários quais bagagens serão submetidas a procedimentos especiais de despacho, em razão de suas condições de manuseio ou de suas dimensões*.
>
> § 1º *As bagagens que não se enquadrarem nas regras estabelecidas pelo transportador, conforme o* caput *deste artigo, poderão ser recusadas ou submetidas a contrato de transporte de carga*.

> § 2º *O transporte de carga e de animais deverá observar regime de contratação e procedimento de despacho próprios*.

Nesse contexto, conclui-se pela existência de conexão entre os feitos, pois, apesar de o pedido formulado nas duas primeiras Ações Civis Públicas, de n. 0816363-41.2016.4.05.8100 e 0810187-28.2016.4.05.8300, ser mais abrangente, todos os quatro feitos têm a mesma causa de pedir, relacionada à insurgência contra a supressão da franquia mínima de bagagem, a ser despachada pelas companhias aéreas, determinada pela Resolução 400/2016, da ANAC, que se pretende afastar.

Os pedidos, nas quatro Ações Civis Públicas, são similares, postulando afastar, inclusive, a supressão da franquia mínima de bagagem, apesar da equivocada indicação de dispositivos da Resolução 400/2016, da ANAC, na primeira ação distribuída, na qual a sentença aplicou o direito pertinente aos fatos e fundamentos do pedido.

Ainda que assim não fosse, o parágrafo único do art. 2º da Lei 7.347/85 e o art. 55 do CPC/2015 exigem, para a conexão, que, nos feitos, seja comum o pedido *ou* a causa de pedir, como ensinam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> *Exame da causa de pedir. Para existir conexão, basta que a causa de pedir em apenas uma de suas manifestações seja igual nas duas ou mais ações*. Existindo duas ações fundadas no mesmo contrato, onde se alega inadimplemento na primeira e nulidade de cláusula na segunda, há conexão. A causa de pedir remota (contrato) é igual em ambas as ações, embora a causa de pedir próxima (lesão, inadimplemento), seja diferente (*in* Comentários ao Código de Processo Civil, Ed. RT, p. 338).

E, ainda que conexão não houvesse, as Ações Civis Públicas devem ser reunidas no mesmo Juízo da 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, para evitar decisões conflitantes, na forma do art. 55, § 3º, do CPC/2015, fixando-se a prevenção de acordo com o art. 59 do mesmo diploma processual, que estabelece que "o registro ou a distribuição da petição inicial torna prevento o juízo".

Interpretando o parágrafo único do art. 2º da Lei 7.347/85 – que dispõe que "a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto" –, o Superior Tribunal de Justiça tem orientação no sentido

de que, "*havendo na Lei de Ação Civil Pública norma específica acerca da conexão, competência e prevenção, é ela que deve ser aplicada para a ação civil pública. Logo, o citado parágrafo substitui as regras que no CPC definem a prevenção (artigos 106 e 219)*" (STJ, CC 126.601/MG, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Primeira Seção*, DJe de 05/12/2013).

Corroborando o aludido entendimento, confiram-se os seguintes precedentes:

> Conflito de competência. Ações civis públicas ajuizadas contra a União e o Inep. Modificação do edital do Enem. Conexão. Reunião para julgamento conjunto. Tutela de interesse de âmbito nacional. Artigo 2º da Lei n. 7.347/85.
>
> 1. *Havendo causa de modificação da competência relativa decorrente de conexão, mediante requerimento de qualquer das partes, esta Corte Superior tem admitido a suscitação de conflito para a reunião das ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas conjuntamente* (simultaneus processus) *e não sejam proferidas decisões divergentes, em observância aos princípios da economia processual e da segurança jurídica*.
>
> 2. *A tutela coletiva de interesses individuais homogêneos de âmbito nacional atribui à sentença a mesma eficácia, de modo a proteger o direito em sua integralidade, ficando o juízo onde foi ajuizada a primeira ação prevento para as ações conexas em que detiver competência, nos termos do artigo 2º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85*.
>
> 3. *Ajuizadas seis ações civis públicas e uma ação cautelar preparatória visando à tutela coletiva de interesse de amplitude nacional, em que se pretende a alteração da norma (edital) que rege a relação jurídica do grupo de participantes do Enem com a União e o Inep, autarquia federal vinculada ao Ministério da Educação, impõe-se ordenar a reunião das ações conexas propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente pelo juízo federal prevento*.
>
> 4. Conflito conhecido para determinar a reunião das ações civis públicas e da medida cautelar preparatória para julgamento conjunto perante o Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Maranhão, onde foi ajuizada a primeira ação (STJ, CC 115.532/MA, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe de 09/05/2011).

> Processual Civil. Ações civis públicas propostas em juízos diferentes, com a pretensão de anular atos relativos ao procedimento de privatização das empresas públicas federais ligadas ao Sistema Telebrás. Competência.
>
> 1. *Em se tratando de ações civis públicas intentadas em juízos diferentes, contendo, porém, fundamentos idênticos ou assemelhados, com causa de pedir e pedido iguais, deve ser fixado como foro competente para processar e julgar todas as ações, pelo fenômeno da prevenção, o juízo a quem foi distribuído a primeira ação*.

2. *A interpretação das regras sublimadas pelo ordenamento jurídico deve homenagear a forma sistêmica de se compreender as mensagens postas pelo legislador nos dispositivos legais elaborados e impor efetiva segurança quando da aplicação das referidas regras positivadas*.

3. *As regras de competência para o processamento e julgamento das ações civis públicas devem fixar princípios que evitem, ao serem decididos, situações conflitantes quando elas expressarem pretensão sobre determinado objeto, com base em fundamentos, causas de pedir e pedidos idênticos*.

4. Conflito, no caso, conhecido para determinar-se o Juízo Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, a quem foi distribuída a primeira ação visando a anular atos vinculados aos procedimentos licitatórios para a privatização das empresas públicas vinculadas ao sistema Telebrás, como sendo o competente para processar e julgar as ações civis públicas com o mesmo objeto, intentadas em juízos diferentes (STJ, CC 22.693/DF, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, DJU de 19/04/99).

Sobre a mesma questão, confira-se, ainda:

Processual Civil. *Conflito positivo de competência. Ações civis públicas aforadas no Juízo Estadual e na Justiça Federal de Governador Valadares/MG*. Rompimento da Barragem de Fundão em Mariana/MG. Fornecimento de água potável. Danos socioambientais. Rio Doce. Bem público pertencente à União. Competência da Justiça Federal. *Foro competente. Situação de multiconflituosidade. Impactos regionais e nacional. Conexão entre as ações civis públicas objeto do conflito e outras que tramitam na 12ª Vara Federal de Belo Horizonte/MG. Prevenção. Aplicação da regra estabelecida na Lei de Ação Civil Pública*.

1. Conflito de competência suscitado pela empresa Samarco Mineração S.A. em decorrência da tramitação de ações civis públicas aforadas na Justiça Estadual e na Justiça Federal de Governador Valadares/MG, com o objetivo de determinar a distribuição de água mineral à população valadarense, em virtude da poluição do Rio Doce ocasionada com o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana/MG.

Ações civis públicas na Justiça Federal e Estadual de Governador Valadares/MG.

2. *Conexão entre as ações civis públicas objeto do presente conflito, uma vez que em ambas se pretende suprir a população valadarense com a distribuição de água potável, além de determinar o monitoramento da água do Rio Doce na localidade*.

3. *Existentes decisões conflitantes relativas à mesma causa de pedir e mesmo pedido, já proferidas na Justiça Estadual e na Justiça Federal de Governador Valadares/MG, mostra-se imperioso o julgamento conjunto das ações, para que se obtenha uniformidade e coerência na prestação jurisdicional, corolário da segurança jurídica. Precedentes*.

4. A competência cível da Justiça Federal é definida *ratione personae*, sendo pois de caráter absoluto.

5. Nos termos da Súmula 150/STJ, "compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas".

6. Interesse da União na causa, na medida em que toda a questão perpassa pela degradação de bem público federal, qual seja, o Rio Doce, e suas consequências sociais e ambientais, além de que o acidente decorreu da exploração de atividade minerária, cuja outorga cabe à União.

7. A Justiça Federal é, pois, competente para conhecer e julgar demandas relacionadas aos impactos ambientais ocorridos e aos que ainda venham a ocorrer sobre o ecossistema do Rio Doce, sua foz e sobre a área costeira.

8. Reconhecida a competência da Justiça Federal para o processamento das ações civis públicas referidas no presente conflito, cabe definir o foro competente para o seu julgamento.

Foro Competente (Belo Horizonte).

9. *A problemática trazida nos autos deve ser analisada à luz do microssistema do processo coletivo, notadamente no que diz respeito à tutela de interesses difusos e metaindividuais, decorrentes todos eles de um único evento, qual seja, o desastre ambiental consistente no rompimento da barragem de Fundão, no dia 5 de novembro de 2015, ocorrido na unidade industrial de Germano, entre os distritos de Mariana e Ouro Preto (cerca de 100 km de Belo Horizonte)*.

10. Nos termos do art. 2º da Lei 7.347/85, o legislador atrelou dois critérios fixadores ou determinativos de competência, sendo o primeiro o local do fato - que conduz à chamada competência "relativa", prorrogável, porque fundada no critério território, estabelecida, geralmente, em função do interesse das partes; o outro - competência funcional - que leva à competência "absoluta", improrrogável e inderrogável, porque firmada em razões de ordem pública, em que se prioriza a higidez do próprio processo.

11. *A questão que se coloca como premente na hipótese, decorrente da tutela dos interesses difusos, caracterizados pela indeterminação dos sujeitos e indivisibilidade do objeto, é como se dará a fixação do foro competente quando o dano vai além de uma circunscrição judiciária. Outra resposta não há, senão pela prevenção*.

12. Muito embora o conflito positivo de competência aqui erigido tenha se instaurado entre o Juízo estadual e o Juízo federal de Governador Valadares, há outras questões mais amplas a serem consideradas para que se possa definir, com a maior precisão possível, o foro federal em que devem ser julgadas as ações em comento.

13. Existente ação civil pública com escopo mais amplo (danos ambientais *strito sensu* e danos pessoais e patrimoniais), já em curso na 12ª Vara Federal de

Belo Horizonte-MG, na qual o Ministério Público Federal se habilitou, inclusive, como litisconsorte ativo (Processo n. 60017-58.2015.4.01.3800). Além dessa, tramitam na 12ª Vara Federal de Belo Horizonte-MG a Ação Popular n. 0060441-03.2015.04.01.3800 e a Ação Civil Pública n. 0069758-61.2015.4.01.3400, sendo partes nesta última a União Federal e outros em face da Samarco Mineração S.A. e outros.

14. Na Ação Civil Pública n. 0069758-61.2014.4.01.3400, observa-se que entre os pedidos formulados na inicial está a garantia de fornecimento de água à população dos Municípios que estão com abastecimento de água interrompido em função do rompimento da barragem, além da garantia de fornecimento de água para dessedentação dos animais nas áreas dos Municípios atingidos pelo rompimento das barragens.

15. *Mostra-se caracterizada a relação de pertinência entre as ações civis públicas manejadas em Governador Valadares/MG, com vistas ao abastecimento de água potável à população local, com essa outra ação civil (n. 0069758-61.2014.4.01.3400) que tramita na 12ª Vara Federal de Belo Horizonte, cujo objeto é mais abrangente, englobando as primeiras, pois busca a garantia de fornecimento de água potável à população de todos os Municípios que tiveram o abastecimento interrompido em função da poluição do Rio Doce com a lama advinda do rompimento da barragem de Fundão*.

16. Termo de transação e de ajustamento de conduta firmado entre a União, Samarco e outros, expressamente prevendo que as divergências de interpretação decorrentes do acordo serão submetidas ao Juízo da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais.

17. *Dessas circunstâncias, observa-se que a 12ª Vara Federal da Secção Judiciária de Minas Gerais possui melhores condições de dirimir as controvérsias aqui postas, decorrentes do acidente ambiental de Mariana, pois além de ser a Capital de um dos Estados mais atingidos pela tragédia, já tem sob sua análise processos outros, visando não só a reparação ambiental* stricto sensu, *mas também a distribuição de água à população dos Municípios atingidos, entre outras providências, o que lhe propiciará, diante de uma visão macroscópica dos danos ocasionados pelo desastre ambiental do rompimento da barragem de Fundão e do conjunto de imposições judiciais já direcionadas à empresa Samarco, tomar medidas dotadas de mais efetividade, que não corram o risco de ser neutralizadas por outras decisões judiciais provenientes de juízos distintos, além de contemplar o maior número de atingidos*.

Exceções à Regra Geral.

18. Há que se ressalvar, no entanto, as situações que envolvam aspectos estritamente humanos e econômicos da tragédia (tais como o ressarcimento patrimonial e moral de vítimas e familiares, combate a abuso de preços etc) ou mesmo abastecimento de água potável que exija soluções peculiares ou locais, as quais poderão ser objeto de ações individuais ou coletivas, intentadas cada qual no foro de residência dos autores ou do dano. Nesses casos, devem ser

> levadas em conta as circunstâncias particulares e individualizadas, decorrentes do acidente ambiental, sempre com base na garantia de acesso facilitado ao Poder Judiciário e da tutela mais ampla e irrestrita possível. Em tais situações, o foro de Belo Horizonte não deverá prevalecer, pois significaria óbice à facilitação do acesso à justiça, marco fundante do microssistema da ação civil pública.
>
> 19. *Saliento que em outras ocasiões esta Corte de Justiça, valendo-se do microssistema do processo coletivo, aplicou a regra específica de prevenção estabelecida na Lei de Ação Civil Pública para definir o foro em que deveriam ser julgadas as ações coletivas. Precedentes.*
>
> *Dispositivo.*
>
> 20. Conflito de competência a que se julga procedente para ratificar a liminar proferida pela Ministra Laurita Vaz, no exercício da Presidência, e determinar a competência definitiva do Juízo da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, em Belo Horizonte, para apreciar e julgar a causa, determinando a remessa da Ação Cautelar n. 0395595-67.2015.8.13.0105 e da Ação Civil Pública n. 0426085-72.2015, ambas em tramitação no Juízo de Direito da 7ª Vara Cível da Comarca de Governador Valadares/MG, e da Ação Civil Pública n. 9362-43.2015.4.01.3813, em curso no Juízo da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Governador Valadares/MG, ficando a critério do Juízo da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais a convalidação dos atos até então praticados (STJ, CC 144.922/MG, Relator(a) Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Federal convocada do TRF/3ª Região), Primeira Seção, DJe de 09/08/2016).

Mais recentemente, a Primeira Seção do STJ entendeu, em consonância com o disposto no art. 5º, § 3º, da Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular), que a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos, orientação aplicável, *mutatis mutandis*, ao caso dos autos.

Confira-se a ementa do julgado:

> *Processual Civil. Conflito positivo de competência entre Varas de regiões diversas da Justiça Federal. Ações populares propostas com o fim de suspender/anular nomeação e posse de Ministro-Chefe da Casa Civil. Identidade de partes e de objeto. Competência do juízo para o qual foi distribuída a primeira demanda.* Art. 5º, § 3º, da Lei n. 4.717/65. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da 22ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.
>
> 1. Consigna-se, a princípio, que o presente conflito de competência se refere, na origem, a ações populares propostas com o objetivo de verificar a higidez, ou não, do ato de nomeação do Sr. Luiz Inácio Lula da Silva para ocupar o cargo de Ministro-Chefe da Casa Civil.

2. Cumpre mencionar, inicialmente, que não há se falar em perda de objeto do conflito de competência (assim como alegada por alguns autores das vias populares em questão) pelo fato de o Sr. Luiz Inácio Lula da Silva não mais ocupar o cargo de Ministro-Chefe da Casa Civil. Isso porque, tratando-se, no caso, de ações populares, ainda que haja desistência do respectivo processamento na instância de origem, caberá ao Ministério Público assumir a titularidade da ação, tendo em vista o interesse público subjacente ao tema, na forma da Lei n. 4.717/1964.

3. No caso, persiste o interesse - até por se tratar, como dito, de ações populares intentadas - quanto a saber sobre o alegado vício no ato de nomeação do Sr. Luiz Inácio Lula da Silva para ocupar o cargo de Ministro-Chefe da Casa Civil. É que, por óbvio, se, ao final, forem julgadas improcedentes ditas demandas, tal conclusão terá consequência direta sobre os efeitos do ato de nomeação, a fim de qualificá-lo como hígido ou não.

4. Com base nessas considerações, rejeita-se a preliminar de perda de objeto deste conflito positivo de competência.

5. *Segundo a jurisprudência firmada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, "a conexão das ações que, tramitando separadamente, podem gerar decisões contraditórias implica a reunião dos processos em* unum et idem judex, in casu, *ações populares e ação civil pública [...]" (CC 36.439/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 8/10/2003, DJ 17/11/2003, p. 197)*.

6. *Tratando-se de diversas ações populares, com identidade de causas de pedir e de objeto, as quais foram propostas com a finalidade de suspender/anular a nomeação e posse do Sr. Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro-Chefe da Casa Civil, é competente o Juízo Federal da 22ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, na medida em que para essa unidade jurisdicional foi distribuída a demanda primeva*.

7. *Os documentos coligidos aos autos revelam acertada a tese que se coaduna com o disposto no art. 5º, § 3º, da Lei n. 4.717/65, determinando que a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos*.

8. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 22ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Fica prejudicado o exame dos agravos internos (STJ, CC 145.918/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe de 17/05/2017).

Nesse diapasão, impõe-se o julgamento de todas as quatro Ações Civis Públicas em tela, pelo mesmo Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, uma vez que a norma incidente sobre o transporte aéreo de bagagens é única, para todos os consumidores do país, revelando a abrangência nacional da controvérsia e sua grande repercussão social, recomendando-se o julgamento uniforme da questão, a fim de se evitar instabilidade nas decisões judiciais e afronta ao princípio da segurança jurídica.

Conforme já assinalado, a Ação Civil Pública 0816363-41.2016.4.05.8100 foi distribuída à 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, *às 14:30h do dia 20/12/2016*, enquanto a Ação Civil Pública 0810187-28.2016.4.05.8300 foi distribuída à 9ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, *às 16:57h do dia 20/12/2016*.

Diante disso, *em 30/01/2017* (fl. 203e), o Juízo Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco remeteu a Ação Civil Pública 0810187-28.2016.4.05.8300 à 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, onde tramita a Ação Civil Pública 0816363-41.2016.4.05.8100, em face do reconhecimento da conexão entre os feitos e da prevenção do Juízo, com o escopo de se evitar decisões conflitantes ou contraditórias, nos referidos processos (fls. 200/204e).

Nesse contexto, o Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará encontra-se prevento para apreciação das quatro Ações Civis Públicas em exame, com base nos seguintes fundamentos:

a) a primeira Ação Civil Pública ajuizada, de n. 0816363-41.2016.4.05.8100, foi distribuída à 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, *às 14:30h do dia 20/12/2016, anteriormente às demais três Ações Civis Públicas*, de forma a firmar a prevenção do Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará para processar e julgar todas as Ações Civis Públicas que possuam a mesma causa de pedir *ou* o mesmo objeto, em face da aplicação do disposto no art. 2º, parágrafo único, da Lei 7.347/85, norma de caráter especial, que prevalece sobre a geral, na forma da jurisprudência do STJ, e no art. 55, § 3º, do CPC/2015;

b) a remessa, *em 30/01/2017*, da segunda Ação Civil Pública 0810187-28.2016.4.05.8300 – ajuizada no dia *20/12/2016, às 16:57h*, na 9ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco e ainda não sentenciada –, à 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, em face da conexão com outra Ação Civil Pública ali distribuída em *20/12/2016, às 14:30h*, deu-se *antes* da prolação da sentença, *em 10/03/2017*, no primeiro feito distribuído. Ainda que se aplicasse, no caso, a Súmula 235/STJ, a prevenção, em relação às terceira e quarta Ações Civis Públicas distribuídas, dar-se-ia em relação à aludida segunda Ação Civil Pública 0810187-28.2016.4.05.8300, ainda não sentenciada, pelo Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará. De qualquer sorte, ao julgar situação análoga, na qual a controvérsia tinha abrangência nacional – como no caso –, a Primeira Seção do STJ afastou a aplicação da Súmula 235/STJ, mesmo quando, no Juízo prevento, a lide já havia sido julgada: "*Conforme enunciado Sumular 235/STJ 'A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado'. Porém, se*

o conflito decorre de regra de competência absoluta (art. 93, inciso II, do CDC), como no presente caso, não há restrição a seu conhecimento após prolatada a sentença, desde que não haja trânsito em julgado" (STJ, CC 126.601/MG, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Primeira Seção*, DJe de 05/12/2013);

c) mesmo na hipótese de se afastar a conexão da primeira Ação Civil Pública 0816363-41.2016.4.05.8100 em relação às demais, nos termos do art. 55, § 1º, do CPC/2015 e da Súmula 235/STJ, por nela já ter sido prolatada sentença, em 10/03/2017, justifica-se a prevenção do Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará pela distribuição da segunda Ação Civil Pública 0810187-28.2016.4.05.8300 à 9ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, em *20/12/2016, às 16:57h* (fl. 200e), posteriormente encaminhada, em 30/01/2017, à 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, anteriormente às terceira e quarta Ações Civis Públicas, de n. 0000752-93.2017.4.01.3400 e 0002138-55.2017.4.03.6100, distribuídas em *11/01/2017* (fl. 159e) e em *07/03/2017* (fl. 23e), respectivamente, em face da disposição do art. 55, § 3º, do CPC/2015, a fim de evitar decisões conflitantes e insegurança social e jurídica.

Desse modo, qualquer seja a tese adotada, não há como se afastar a prevenção do Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará.

Por outro lado, ainda que se cogite a falta de legitimidade do Departamento Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON para defender os consumidores em âmbito nacional, a prolação de decisões antagônicas acerca do tema de fundo geraria instabilidade econômica e social e insegurança jurídica, razão pela qual impõe-se a reunião dos feitos, no Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, em consonância com o disposto no art. 55, § 3º, do CPC/2015 e no art. 2º da Lei 7.347/95.

De fato, seria inadmissível a prolação de decisões conflitantes sobre o transporte aéreo de bagagens, citando-se, a título de exemplo, a eventual suspensão da indigitada Resolução tão somente para os consumidores de Fortaleza, mantida sua vigência para os demais consumidores do território nacional.

Registre-se, por fim, que é descabido, em sede de Conflito de Competência, o reexame do mérito das decisões proferidas pelo Juízo designado para apreciar as medidas urgentes, em caráter provisório.

Corroborando o aludido entendimento, destacam-se os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça, aplicáveis, por analogia, ao caso dos autos:

> Processual Civil. Agravo interno em conflito de competência entre Juízo Estadual e Juízo Federal. Enunciado Administrativo 03/STJ. Interesse jurídico da União afastado pela Justiça Federal. Impossibilidade de reexame da referida decisão pelo Juízo Estadual. Incidência Súmulas 150 e 254/STJ. Precedentes do STJ. Competência da Justiça Estadual.
>
> 1. O Juízo Federal expressamente reconheceu a ilegitimidade passiva da União em decisão não recorrida. Incidência, na espécie, dos princípios contidos nas Súmulas 150/STJ e 254/STJ: "Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas"; "A decisão do Juízo Federal que exclui da relação processual ente federal não pode ser reexaminada no Juízo Estadual".
>
> 2. *A questão referente ao mérito da decisão do Juízo Federal suscitado é matéria a ser impugnada em via recursal própria, sendo inviável o seu exame, no presente Conflito de Competência*.
>
> 3. Agravo interno não provido (STJ, AgInt no CC 145.109/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 21/09/2016).
>
> Agravo interno no conflito de competência. Sistema Financeiro de Habitação. Ação ordinária de indenização securitária. Inexistência de interesse jurídico da Caixa Econômica Federal. Reconhecimento pela Justiça Federal. Repetitivo. REsp n. 1.091.393/SC. Súmulas n. 150, 224 e 254 do STJ. Análise da matéria de mérito. Impossibilidade.
>
> 1. Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, de suas autarquias ou empresas públicas. Súmulas n. 150, 224 e 254 do STJ.
>
> 2. *"O conflito positivo de competência não se presta para aferir a inteireza e legitimidade de deliberações dos juízos suscitados, nem para pronunciar sobre o acerto ou desacerto de decisões proferidas no âmbito das demandas que deram origem a sua instauração". (AgRg no CC 130.677/ES, Rel. Ministro* ***João Otávio de Noronha***, ***Segunda Seção****, julgado em 12/02/2014, DJe 17/02/2014)*
>
> 3. Agravo interno não provido (STJ, AgInt no CC 147.313/PB, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, DJe de 07/03/2017).

Em conclusão, diante da prevenção do Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, declaro-o competente para apreciar as Ações Civis Públicas 0810187-28.2016.4.05.8300, 0000752-93.2017.4.01.3400 e 0002138-55.2017.4.03.6100, nos termos do disposto no art. 2º da Lei 7.347/95.

Ante o exposto, conheço do presente Conflito, para declarar a competência do Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará.

Comunique-se aos Juízos suscitados.

É o voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Administrativo e Processual Civil. Conflito de competência. Ações civis públicas. Irresignação contra a supressão da franquia mínima de bagagem, no transporte aéreo. Resolução 400/2016, da Anac. Causa de pedir comum. Art. 109, I, da CF/1988. Competência da Justiça Federal. Conexão entre os quatro feitos. Tema de grande repercussão social. Necessidade de julgamento uniforme para a questão. Princípio da segurança jurídica. Prevenção. Art. 2º, parágrafo único, da Lei 7.347/1985. Aplicação. Precedentes. Art. 55, § 3º, do CPC/2015. Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará.

1. Trata-se de Conflito de Competência suscitado pela Agência Nacional de Aviação Civil – Anac, a fim de que se declare a 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará competente para julgar as Ações Civis Públicas 0000752-93.2017.4.01.3400, em trâmite na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, e 0002138-55.2017.403.6100, em trâmite na 22ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo, em razão da anterior distribuição da Ação Civil Pública 0816363-41.2016.4.05.8100 à referida Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, que teria o mesmo objeto e causa de pedir, sob o fundamento da existência de conexão entre os feitos e visando evitar decisões conflitantes sobre a matéria.

2. O ajuizamento das quatro Ações Civis Públicas tem a pretensão de afastar a supressão da franquia mínima de bagagem, a ser despachada pelas companhias aéreas, implementada com a entrada em vigor da Resolução 400, de 13/12/2016, da Anac.

3. *A questão processual que sobeja é quanto à conexão entre os feitos e o fenômeno da prevenção. Acrescento – em* obiter dictum *e sem me manifestar acerca do mérito da demanda – que a matéria em debate possui a mais alta relevância social, seja pelo impacto direto sobre milhões de consumidores de transporte aéreo, sobretudo os mais pobres, seja pelo abandono, pela Anac, de sua missão de zelar, independente e intransigentemente, pelos sujeitos vulneráveis na relação de consumo. Tal falta de empenho, que precisa ser exposta e investigada, revela-se, por exemplo, quando a Agência, antes da autorização de cobrança por bagagem, afirma que tal modificação profunda das regras aplicáveis ao setor ocorreria, não para beneficiar as empresas*

aéreas, mas para permitir redução do preço das passagens: viria, portanto, em favor dos consumidores. Hoje, passados vários meses, o que se vê é exatamente o contrário, com tarifas na estratosfera. Além disso, também se anunciou que os passageiros teriam condições de levar como bagagem de mão maletas com peso maior que o até então admitido, algo que, neste exato momento, vem sendo restringido pelas companhias aéreas, sob o olhar complacente da Anac. A rigor, o consumidor brasileiro de transporte aéreo está abandonado, não obstante a criação de uma Agência, aga pelo contribuinte, para precisamente equilibrar as relações de consumo nesse nicho importantíssimo do mercado.

4. Imperioso o julgamento conjunto das referidas Ações Civis Públicas em tela, uma vez que a norma incidente sobre o transporte aéreo de bagagens é única, para todos os consumidores do país, revelando a abrangência nacional da controvérsia e sua grande repercussão social, recomendando-se o julgamento uniforme da questão, com vistas a se evitar instabilidade nas decisões judiciais e afronta ao princípio da segurança jurídica.

5. Em análise às quatro Ações Civis Públicas em discussão, verifica-se que, apesar de as ACPs 0816363-41.2016.4.05.8100 e 0810187-28.2016.4.05.8300 terem o pedido mais abrangente, todas elas têm a mesma causa de pedir, que dispõe sobre a insurgência contra a supressão da franquia mínima de bagagem, a ser despachada pelas companhias aéreas, determinada pela Resolução 400/2016, da Anac, que se pretende afastar.

6. Destarte, é de concluir-se pela subsunção do caso em tela ao parágrafo único do art. 2º da Lei 7.347/85 e do art. 55, § 3º, do CPC/2015, que estabelecem a necessidade de reunião dos processos, por conexão, quando lhes for comum o pedido *ou* a causa de pedir, assim como daqueles feitos em que possa haver risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias, caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles, em homenagem ao postulado da segurança jurídica.

7. Conforme entendimento consolidado do STF, "em se tratando de ações civis públicas intentadas em juízos diferentes, contendo, porém, fundamentos idênticos ou assemelhados, com causa de pedir e pedido iguais, deve ser fixado como foro competente para processar e

julgar todas as ações, pelo fenômeno da prevenção, o juízo a quem foi distribuído a primeira ação".

8. Ademais, a jurisprudência do STJ fixou-se recentemente no sentido de que, consoante o art. 5º, § 3º, da Lei 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos, orientação aplicável ao caso dos autos, com as necessárias adaptações.

9. Outrossim, importante citar nos termos encartados no voto da Relatora, Ministra Assusete Magalhães, que, "Interpretando o parágrafo único do art. 2º da Lei 7.347/85 – que dispõe que 'a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto' – , o Superior Tribunal de Justiça tem orientação no sentido de que, '*havendo na Lei de Ação Civil Pública norma específica acerca da conexão, competência e prevenção, é ela que deve ser aplicada para a ação civil pública. Logo, o citado parágrafo substitui as regras que no CPC definem a prevenção (artigos 106 e 219)*' (STJ, CC 126.601/MG, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Primeira Seção*, DJe de 05/12/2013)". Precedentes.

10. Abordadas as premissas acima, assiste razão à Relatora, Ministra Assusete Magalhães, quanto à imposição do julgamento de todas as quatro Ações Civis Públicas em comento pelo mesmo Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, conforme os fundamentos adequadamente abordados no voto apresentado que não sobejam maiores digressões, os quais aqui se reproduz: "X. A primeira Ação Civil Pública ajuizada, de n. 0816363-41.2016.4.05.8100, foi distribuída à 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, às 14:30h do dia 20/12/2016, anteriormente às demais três Ações Civis Públicas, de forma a firmar a prevenção do Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará para processar e julgar todas as Ações Civis Públicas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto, em face da aplicação do disposto no art. 2º, parágrafo único, da Lei 7.347/85, norma de caráter especial, que prevalece sobre a geral, na forma da jurisprudência do STJ, e no art. 55, § 3º, do CPC/2015; XI. A remessa, em 30/01/2017, da segunda Ação Civil

Pública 0810187-28.2016.4.05.8300 – ajuizada no dia 20/12/2016, às 16:57h, na 9ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco e ainda não sentenciada –, à 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, em face da conexão com outra Ação Civil Pública ali distribuída em 20/12/2016, às 14:30h, deu-se antes da prolação da sentença, em 10/03/2017, no primeiro feito distribuído. Ainda que se aplicasse, no caso, a Súmula 235/STJ, a prevenção, em relação às terceira e quarta Ações Civis Públicas distribuídas, dar-se-ia em relação à aludida segunda Ação Civil Pública 0810187-28.2016.4.05.8300, ainda não sentenciada, pelo Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará. De qualquer sorte, ao julgar situação análoga, na qual a controvérsia tinha abrangência nacional – como no caso –, a Primeira Seção do STJ afastou a aplicação da Súmula 235/STJ, mesmo quando, no Juízo prevento, a lide já havia sido julgada: 'Conforme enunciado Sumular 235/STJ 'A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado'. Porém, se o conflito decorre de regra de competência absoluta (art. 93, inciso II, do CDC), como no presente caso, não há restrição a seu conhecimento após prolatada a sentença, desde que não haja trânsito em julgado' (STJ, CC 126.601/MG, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Primeira Seção*, DJe de 05/12/2013). XII. Mesmo na hipótese de se afastar a conexão da primeira Ação Civil Pública 0816363-41.2016.4.05.8100 em relação às demais, nos termos do art. 55, § 1º, do CPC/2015 e da Súmula 235/STJ, por nela já ter sido prolatada sentença, em 10/03/2017, justifica-se a prevenção do Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará pela distribuição da segunda Ação Civil Pública 0810187-28.2016.4.05.8300 à 9ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, em 20/12/2016, às 16:57h, posteriormente encaminhada, em 30/01/2017, à 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, anteriormente às terceira e quarta Ações Civis Públicas, de n. 0000752-93.2017.4.01.3400 e 0002138-55.2017.4.03.6100, distribuídas em 11/01/2017 e em 07/03/2017, respectivamente, em face da disposição do art. 55, § 3º, do CPC/2015, a fim de evitar decisões conflitantes e insegurança social e jurídica. XIII. Em face da aplicação do disposto no art. 2º, parágrafo único, da Lei 7.347/85 à hipótese em exame, norma de caráter especial, que prevalece sobre a geral, na forma da jurisprudência do STJ, e no art. 55, § 3º, do

> CPC/2015, encontra-se prevento o Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará para processar e julgar todas as Ações Civis Públicas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto, em face de sua prevenção".
>
> 11. Acompanho a e. Relatora, Ministra Assusete Magalhães, para conhecer do presente Conflito e declarar a competência do Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará.

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Conflito de Competência suscitado pela Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, a fim de que se declare a 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará competente para julgar as Ações Civis Públicas 0000752-93.2017.4.01.3400, em trâmite na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, e 0002138-55.2017.403.6100, em trâmite na 22ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo, em razão da anterior distribuição da Ação Civil Pública 0816363-41.2016.4.05.8100 à referida Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, que teria o mesmo objeto e causa de pedir, sob o fundamento da existência de conexão entre os feitos e visando evitar decisões conflitantes sobre a matéria.

O ajuizamento das quatro Ações Civis Públicas tem a pretensão de afastar a supressão da franquia mínima de bagagem, a ser despachada pelas companhias aéreas, implementada com a entrada em vigor da Resolução 400, de 13/12/2016, da ANAC.

A ANAC, nas razões do Conflito de Competência, em síntese, sustenta:

> "*Tratam-se de quatro ações civis públicas* que hoje tramitam em juízos vinculados a tribunais diversos, *têm a mesma causa de pedir e versam sobre a Resolução 400/2016 da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC)* que, entre outras normas, *caracteriza o transporte de bagagem como contrato acessório oferecido pelo transportador aéreo*.
>
> *A 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, julgando a ACP 0816363-41.2016.4.05.8100, distribuída em 20.12.2016*, proposta pelo Departamento Municipal de Proteção e Defesa dos Direitos do Consumidor, *proferiu sentença pela qual declarou a inexistência de ilegalidades no ato editado pela ANAC*.
>
> *A 9ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, no exame da ACP 0810187-28.2016.4.05.8300, também distribuída em 20.12.2016*, ajuizada pela Gerência de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON/PE), *reconheceu a prevenção e remeteu o feito para a referida 10ª Vara Federal do Ceará, sob o fundamento de que neste juízo a distribuição ocorrera horas antes*.

> *A 4ª Vara do Distrito Federal, apreciando a ACP 752-93.2017.4.01.3400, distribuída em 11.1.2017*, proposta pelo Conselho Federal da OAB, embora de início tenha reconhecido a competência da Vara Federal do Ceará, reconsiderou sua decisão e declarou-se competente para julgar a demanda, sem ter até a presente data proferido decisão.
>
> Por fim, *a 22ª Vara Cível Federal da Subseção Judiciária de São Paulo, apreciando a ACP 0002138-55.2017.4.03.6100, distribuída em 7.3.2017*, proposta pelo Ministério Público Federal, *deferiu liminar para suspender os artigos 13 e 14, § 2º, da Resolução 400/2016 da ANAC*.
>
> (...)
>
> *Sustenta-se neste conflito que a 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, consoante o critério adotado no art. 59 do CPC e pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85 (data da distribuição), é o juízo competente para processar e julgar as duas ações civis públicas que hoje tramitam na Justiça Federal do Distrito Federal e de São Paulo*.

Pugna a ANAC: "a) na forma do artigo 955 do CPC, o liminar sobrestamento da ACP 0002138-55.2017.403.6100, em trâmite na 22ª Vara Cível Federal de São Paulo, designando-se o juízo da 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará para decidir os pleitos urgentes formulados nessa ação; ou, se esse não for o entendimento, que seja designada, também na forma do art. 955, a 4ª Vara do Distrito Federal, para decidir os pedidos urgentes; b) também por liminar decisão monocrática, a suspensão dos efeitos da liminar deferida na ACP 0002138-55.2017.403.6100, porquanto proferida por juízo incompetente; c) ao final, a declaração de competência da 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, ou, subsidiariamente, da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, para julgar a ACP 0002138-55.2017.403.6100, com a anulação dos atos decisórios até agora proferidos na referida ação" (fl. 19, e-STJ).

A e. Relatora, Ministra Assusete Magalhães, votou pelo conhecimento do Conflito de Competência, para declarar competente o Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará.

Em seu voto, bem enfatizou a e. Relatora:

> Nesse contexto, o Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará encontra-se prevento para apreciação das quatro Ações Civis Públicas em exame, com base nos seguintes fundamentos:
>
> a) a primeira Ação Civil Pública ajuizada, de n. 0816363-41.2016.4.05.8100, foi distribuída à 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, *às 14:30h do dia*

20/12/2016, anteriormente às demais três Ações Civis Públicas, de forma a firmar a prevenção do Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará para processar e julgar todas as Ações Civis Públicas que possuam a mesma causa de pedir *ou* o mesmo objeto, em face da aplicação do disposto no art. 2º, parágrafo único, da Lei 7.347/85, norma de caráter especial, que prevalece sobre a geral, na forma da jurisprudência do STJ, e no art. 55, § 3º, do CPC/2015;

b) a remessa, *em 30/01/2017*, da segunda Ação Civil Pública 0810187-28.2016.4.05.8300 – ajuizada no dia *20/12/2016, às 16:57h*, na 9ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco e ainda não sentenciada –, à 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, em face da conexão com outra Ação Civil Pública ali distribuída em *20/12/2016, às 14:30h*, deu-se *antes* da prolação da sentença, *em 10/03/2017*, no primeiro feito distribuído. Ainda que se aplicasse, no caso, a Súmula 235/STJ, a prevenção, em relação às terceira e quarta Ações Civis Públicas distribuídas, dar-se-ia em relação à aludida segunda Ação Civil Pública 0810187-28.2016.4.05.8300, ainda não sentenciada, pelo Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará. De qualquer sorte, ao julgar situação análoga, na qual a controvérsia tinha abrangência nacional – como no caso –, a Primeira Seção do STJ afastou a aplicação da Súmula 235/STJ, mesmo quando, no Juízo prevento, a lide já havia sido julgada: "*Conforme enunciado Sumular 235/STJ 'A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado'. Porém, se o conflito decorre de regra de competência absoluta (art. 93, inciso II, do CDC), como no presente caso, não há restrição a seu conhecimento após prolatada a sentença, desde que não haja trânsito em julgado*" (STJ, CC 126.601/MG, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Primeira Seção*, DJe de 05/12/2013);

c) mesmo na hipótese de se afastar a conexão da primeira Ação Civil Pública 0816363-41.2016.4.05.8100 em relação às demais, nos termos do art. 55, § 1º, do CPC/2015 e da Súmula 235/STJ, por nela já ter sido prolatada sentença, em 10/03/2017, justifica-se a prevenção do Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará pela distribuição da segunda Ação Civil Pública 0810187-28.2016.4.05.8300 à 9ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, em *20/12/2016, às 16:57h* (fl. 200e), posteriormente encaminhada, em 30/01/2017, à 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, anteriormente às terceira e quarta Ações Civis Públicas, de n. 0000752-93.2017.4.01.3400 e 0002138-55.2017.4.03.6100, distribuídas em *11/01/2017* (fl. 159e) e em *07/03/2017* (fl. 23e), respectivamente, em face da disposição do art. 55, § 3º, do CPC/2015, a fim de evitar decisões conflitantes e insegurança social e jurídica.

Desse modo, qualquer seja a tese adotada, não há como se afastar a prevenção do Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará.

Por outro lado, ainda que se cogite a falta de legitimidade do Departamento Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON para defender os consumidores em âmbito nacional, a prolação de decisões antagônicas acerca do tema de fundo geraria instabilidade econômica e social e insegurança jurídica,

> razão pela qual impõe-se a reunião dos feitos, no Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, em consonância com o disposto no art. 55, § 3º, do CPC/2015 e no art. 2º da Lei 7.347/95.
>
> De fato, seria inadmissível a prolação de decisões conflitantes sobre o transporte aéreo de bagagens, citando-se, a título de exemplo, a eventual suspensão da indigitada Resolução tão somente para os consumidores de Fortaleza, mantida sua vigência para os demais consumidores do território nacional.

No julgamento do processo na Primeira Seção, em 12.12.2018, após o voto da e. Relatora, Ministra Relatora Assusete Magalhães, que conheceu do Conflito de Competência para declarar competente o Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, pedi vista para melhor análise do caso diante da relevância da matéria.

Constato que a análise do Conflito de Competência no que diz respeito à matéria posta em discussão foi muito bem enfrentada no magnífico voto da Relatora, Ministra Assusete Magalhães. *Acompanho seu entendimento, para conhecer e declarar competente o Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará*.

Assim, além das razões aduzidas no irreparável voto da e. Relatora, Ministra Assusete Magalhães, às quais já mencionei meu alinhamento, ressalto o que segue para o debate.

A questão que sobeja é quanto à conexão entre os feitos e ao fenômeno da prevenção.

Primeiramente, ressalto que, no presente caso, imperioso o julgamento conjunto das Ações Civis Públicas em discussão, uma vez que a norma incidente sobre o transporte aéreo de bagagens é única, para todos os consumidores do país, revelando a abrangência nacional da controvérsia e sua grande repercussão social, recomendando-se o julgamento uniforme da questão, com vistas a evitar instabilidade nas decisões judiciais e afronta ao princípio da segurança jurídica.

Em análise às quatro Ações Civis Públicas sob comento, verifica-se que, apesar de as ACPs 0816363-41.2016.4.05.8100 e 0810187-28.2016.4.05.8300 terem o pedido mais abrangente, todas elas contam com a mesma causa de pedir, que dispõe sobre a insurgência contra a supressão da franquia mínima de bagagem, a ser despachada pelas companhias aéreas, determinada pela Resolução 400/2016, da ANAC, que se pretende afastar.

Destarte, é de concluir pela subsunção deste caso ao parágrafo único do art. 2º da Lei 7.347/85 e do art. 55, § 3º, do CPC/2015, que estabelecem a necessidade de reunião dos processos, por conexão, quando lhes for comum o pedido *ou* a causa de pedir, assim como daqueles feitos em que possa haver risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias, caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles, em homenagem ao postulado da segurança jurídica.

Nessa linha, conforme entendimento consolidado do STF, "em se tratando de ações civis públicas intentadas em juízos diferentes, contendo, porém, fundamentos idênticos ou assemelhados, com causa de pedir e pedido iguais, deve ser fixado como foro competente para processar e julgar todas as ações, pelo fenômeno da prevenção, o juízo a quem foi distribuído a primeira ação".

Ademais, a jurisprudência do STJ fixou-se recentemente no sentido de que, consoante o art. 5º, § 3º, da Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular), a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos, orientação aplicável ao caso dos autos, com as necessárias adaptações.

Nesse sentido:

> *Processual Civil. Conflito positivo de competência entre Varas de regiões diversas da Justiça Federal. Ações populares propostas com o fim de suspender/anular nomeação e posse de Ministro-Chefe da Casa Civil. Identidade de partes e de objeto. Competência do juízo para o qual foi distribuída a primeira demanda*. Art. 5º, § 3º, da Lei n. 4.717/65. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da 22ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.
>
> [...]
>
> 5. *Segundo a jurisprudência firmada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, 'a conexão das ações que, tramitando separadamente, podem gerar decisões contraditórias implica a reunião dos processos em* unum et idem judex, in casu, *ações populares e ação civil pública [...]' (CC 36.439/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 8/10/2003, DJ 17/11/2003, p. 197)*.
>
> 6. *Tratando-se de diversas ações populares, com identidade de causas de pedir e de objeto, as quais foram propostas com a finalidade de suspender/anular a nomeação e posse do Sr. Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro-Chefe da Casa Civil, é competente o Juízo Federal da 22ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, na medida em que para essa unidade jurisdicional foi distribuída a demanda primeva.*
>
> 7. *Os documentos coligidos aos autos revelam acertada a tese que se coaduna com o disposto no art. 5º, § 3º, da Lei n. 4.717/65, determinando que a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos.*

> 8. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 22ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Fica prejudicado o exame dos agravos internos" (STJ, CC 145.918/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe de 17/05/2017). (grifei)

Outrossim, importante citar, nos termos encartados no voto da Relatora, Ministra Assusete Magalhães, que, "Interpretando o parágrafo único do art. 2º da Lei 7.347/85 – que dispõe que 'a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto' –, o Superior Tribunal de Justiça tem orientação no sentido de que, '*havendo na Lei de Ação Civil Pública norma específica acerca da conexão, competência e prevenção, é ela que deve ser aplicada para a ação civil pública. Logo, o citado parágrafo substitui as regras que no CPC definem a prevenção (artigos 106 e 219)*' (STJ, CC 126.601/MG, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Primeira Seção*, DJe de 05/12/2013)".

A propósito:

> Processual Civil. Ações civis públicas propostas em juízos diferentes, com a pretensão de anular atos relativos ao procedimento de privatização das empresas públicas federais ligadas ao Sistema Telebrás. Competência.
>
> 1. *Em se tratando de ações civis públicas intentadas em juízos diferentes, contendo, porém, fundamentos idênticos ou assemelhados, com causa de pedir e pedido iguais, deve ser fixado como foro competente para processar e julgar todas as ações, pelo fenômeno da prevenção, o juízo a quem foi distribuído a primeira ação.*
>
> 2. *A interpretação das regras sublimadas pelo ordenamento jurídico deve homenagear a forma sistêmica de se compreender as mensagens postas pelo legislador nos dispositivos legais elaborados e impor efetiva segurança quando da aplicação das referidas regras positivadas.*
>
> 3. *As regras de competência para o processamento e julgamento das ações civis públicas devem fixar princípios que evitem, ao serem decididos, situações conflitantes quando elas expressarem pretensão sobre determinado objeto, com base em fundamentos, causas de pedir e pedidos idênticos.*
>
> 4. Conflito, no caso, conhecido para determinar-se o Juízo Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, a quem foi distribuída a primeira ação visando a anular atos vinculados aos procedimentos licitatórios para a privatização das empresas públicas vinculadas ao sistema Telebrás, como sendo o competente para processar e julgar as ações civis públicas com o mesmo objeto, intentadas em juízos diferentes" (STJ, CC 22.693/DF, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, DJU de 19/04/99). (grifei)

Abordadas as premissas acima, assiste razão à Relatora, Ministra Assusete Magalhães, relativamente à imposição do julgamento de todas as quatro Ações

Civis Públicas em comento, pelo mesmo Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, conforme os fundamentos adequadamente abordados em seu voto que não sobejam maiores digressões, os quais aqui se reproduzem:

> Nesse diapasão, impõe-se o julgamento de todas as quatro Ações Civis Públicas em tela, pelo mesmo Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, uma vez que a norma incidente sobre o transporte aéreo de bagagens é única, para todos os consumidores do país, revelando a abrangência nacional da controvérsia e sua grande repercussão social, recomendando-se o julgamento uniforme da questão, a fim de se evitar instabilidade nas decisões judiciais e afronta ao princípio da segurança jurídica.
>
> Conforme já assinalado, a Ação Civil Pública 0816363-41.2016.4.05.8100 foi distribuída à 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, *às 14:30h do dia 20/12/2016*, enquanto a Ação Civil Pública 0810187-28.2016.4.05.8300 foi distribuída à 9ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, *às 16:57h do dia 20/12/2016*.
>
> Diante disso, *em 30/01/2017* (fl. 203e), o Juízo Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco remeteu a Ação Civil Pública 0810187-28.2016.4.05.8300 à 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, onde tramita a Ação Civil Pública 0816363-41.2016.4.05.8100, em face do reconhecimento da conexão entre os feitos e da prevenção do Juízo, com o escopo de se evitar decisões conflitantes ou contraditórias, nos referidos processos (fls. 200/204e).
>
> Nesse contexto, o Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará encontra-se prevento para apreciação das quatro Ações Civis Públicas em exame, com base nos seguintes fundamentos:
>
> a) a primeira Ação Civil Pública ajuizada, de n. 0816363-41.2016.4.05.8100, foi distribuída à 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, *às 14:30h do dia 20/12/2016, anteriormente às demais três Ações Civis Públicas*, de forma a firmar a prevenção do Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará para processar e julgar todas as Ações Civis Públicas que possuam a mesma causa de pedir *ou* o mesmo objeto, em face da aplicação do disposto no art. 2º, parágrafo único, da Lei 7.347/85, norma de caráter especial, que prevalece sobre a geral, na forma da jurisprudência do STJ, e no art. 55, § 3º, do CPC/2015;
>
> b) a remessa, *em 30/01/2017*, da segunda Ação Civil Pública 0810187-28.2016.4.05.8300 – ajuizada no dia *20/12/2016, às 16:57h*, na 9ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco e ainda não sentenciada –, à 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, em face da conexão com outra Ação Civil Pública ali distribuída em *20/12/2016, às 14:30h*, deu-se *antes* da prolação da sentença, *em 10/03/2017*, no primeiro feito distribuído. Ainda que se aplicasse, no caso, a Súmula 235/STJ, a prevenção, em relação às terceira e quarta Ações Civis Públicas distribuídas, dar-se-ia em relação à aludida segunda Ação Civil Pública 0810187-28.2016.4.05.8300, ainda não sentenciada, pelo Juízo Federal da 10ª Vara da

> Seção Judiciária do Ceará. De qualquer sorte, ao julgar situação análoga, na qual a controvérsia tinha abrangência nacional – como no caso –, a Primeira Seção do STJ afastou a aplicação da Súmula 235/STJ, mesmo quando, no Juízo prevento, a lide já havia sido julgada: "*Conforme enunciado Sumular 235/STJ 'A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado'. Porém, se o conflito decorre de regra de competência absoluta (art. 93, inciso II, do CDC), como no presente caso, não há restrição a seu conhecimento após prolatada a sentença, desde que não haja trânsito em julgado*" (STJ, CC 126.601/MG, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Primeira Seção*, DJe de 05/12/2013);
>
> c) mesmo na hipótese de se afastar a conexão da primeira Ação Civil Pública 0816363-41.2016.4.05.8100 em relação às demais, nos termos do art. 55, § 1º, do CPC/2015 e da Súmula 235/STJ, por nela já ter sido prolatada sentença, em 10/03/2017, justifica-se a prevenção do Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará pela distribuição da segunda Ação Civil Pública 0810187-28.2016.4.05.8300 à 9ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, em *20/12/2016, às 16:57h* (fl. 200e), posteriormente encaminhada, em 30/01/2017, à 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, anteriormente às terceira e quarta Ações Civis Públicas, de n. 0000752-93.2017.4.01.3400 e 0002138-55.2017.4.03.6100, distribuídas em *11/01/2017* (fl. 159e) e em *07/03/2017* (fl. 23e), respectivamente, em face da disposição do art. 55, § 3º, do CPC/2015, a fim de evitar decisões conflitantes e insegurança social e jurídica.
>
> Desse modo, qualquer seja a tese adotada, não há como se afastar a prevenção do Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará.

Assim, diante da prevenção do Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, declaro-o competente para apreciar as Ações Civis Públicas 0810187-28.2016.4.05.8300, 0000752-93.2017.4.01.3400 e 0002138-55.2017.4.03.6100, nos termos do disposto no art. 2º da Lei 7.347/95.

Por todo o exposto, *acompanho a e. Relatora, Ministra Assusete Magalhães, para conhecer do presente Conflito e declarar a competência do Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará*.

É o *voto*.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 154.894-SC (2017/0261427-4)

Relator: Ministro Og Fernandes

Suscitante: Juízo Federal da 1ª Vara de Rio do Sul - SJ/SC

Suscitado: Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Ibirama - SC
Interes.: Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - INMETRO
Interes.: Janes Bonetti

EMENTA

Processo Civil. Conflito de competência. Juízo Federal e Juízo de Direito. Execução fiscal ajuizada após a Lei n. 13.043/2014. Carta precatória. Citação. Inaplicabilidade da Súmula 3/STJ. Competência da Justiça Comum. Juízo deprecado.

1. Com a entrada em vigor da Lei n. 13.043/2014, houve a revogação do art. 15, I, da Lei n. 5.010/1966 que conferia a competência delegada à Justiça estadual para ações de execução fiscal promovidas pela União, pelas autarquias e fundações públicas federais. No caso, a execução foi ajuizada no ano de 2016, isto é, após a entrada em vigor do mencionado diploma legislativo. Além disso, o presente conflito não diz respeito ao juízo competente para o feito executivo, mas apenas para o cumprimento de carta precatória de citação da parte executada.

2. A expedição de carta precatória para o cumprimento de atos processuais não se confunde com a delegação de competência conferida aos juízes estaduais para atuarem investidos de jurisdição federal. Precedentes: CC 10.391/PR, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Segunda Seção, DJ 27/3/1995; CC 54.682/SC, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Segunda Seção, DJ 1º/2/2007.

3. Em se tratando do cumprimento de carta precatória, não há delegação da competência jurisdicional para o julgamento da causa, como ocorre nos casos previstos no art. 109, § 3º, da CF. Existe simples pedido de cooperação realizado por determinado juízo a outro, o qual atua nos estreitos limites do ato processual deprecado, no exercício de competência própria relacionada ao cumprimento da respectiva carta. Em tais hipóteses, não há ascendência jurisdicional do respectivo Tribunal Regional Federal sobre o juízo estadual deprecado, cumprindo ao Superior Tribunal de Justiça dirimir o conflito de competência em questão.

4. No caso, o ato processual deprecado referente à citação das partes no processo de execução de título extrajudicial deverá ser cumprido no Município de Ibirama - SC. Contudo, essa localidade não é sede de vara federal, devendo-se reconhecer a competência do Juízo de Direito para o cumprimento da carta precatória, consoante dispõe o art. 237, parágrafo único, do CPC.

5. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Ibirama - SC, o suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Ibirama - SC, o suscitado, 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), 27 de fevereiro de 2019 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 13.3.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de conflito de competência instaurado entre o Juízo Federal da 1ª Vara de Rio do Sul - SC, suscitante, e o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Ibirama - SC, suscitado, nos autos de execução fiscal ajuizada pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade e Tecnologia – INMETRO, em 13/10/2016, contra Janes Bonetti.

O Juízo Federal da 2ª Vara de Itajaí - SC expediu carta precatória para o Juízo de Direito da Comarca de Ibirama - SC com a finalidade de citar a parte executada a pagar a quantia postulada ou apresentar embargos à execução e, caso necessário, realizar a penhora e avaliação de bens bastantes para a garantia do débito.

O Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Ibirama - SC, contudo, devolveu a respectiva carta, sem adotar as providências nela contidas, sob a fundamentação de que o local de cumprimento dos atos processuais solicitados se encontra no âmbito da jurisdição territorial da Subseção Judiciária de Rio do Sul.

O Ministério Público Federal opinou pela competência do Juízo de Direito, o suscitado (e-STJ, fls. 190-192).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Discute-se, no presente conflito, que juízo é competente para a prática de ato de citação no âmbito de ação de execução de título extrajudicial proposta pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade e Tecnologia – INMETRO, em 13/10/2016, contra Janes Bonetti.

O Juízo Federal expediu carta precatória ao Juízo de Direito da Comarca de Ibirama - SC para que realizasse a citação da parte executada. Contudo, a referida carta foi devolvida, sem o devido cumprimento, com base na alegativa de que o local de cumprimento dos atos processuais solicitados se encontra no âmbito da jurisdição territorial da Subseção Judiciária de Rio do Sul.

Há precedente da Primeira Seção de que deve ser aplicada, no bojo de execução fiscal ajuizada pela União, a orientação contida na Súmula 3/STJ, segundo a qual: "Compete ao Tribunal Regional Federal dirimir conflito de competência verificado, na respectiva região, entre Juiz Federal e Juiz Estadual investido de jurisdição federal". Nesse sentido, confira-se o julgamento do CC 105.177/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 21/8/2009.

Com todo o respeito à posição adotada naquele julgado e reproduzida, inclusive, em decisão monocrática da lavra da Min. Assusete Magalhães (CC 155.649/SC, DJ 2/3/2018), entendo que o caso não se submete à aplicação da Súmula 3/STJ, tampouco se refere à situação excepcional tratada no art. 109, § 3º, da Constituição Federal.

Para elucidar o debate, transcrevo o que dispõe o art. 109, § 3º, da Constituição Republicana:

> Art. 109 (*omissis*)

> [...]
>
> § 3º Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

Com a entrada em vigor da Lei n. 13.043/2014, houve a revogação do art. 15, I, da Lei n. 5.010/1966, que conferia a competência delegada à Justiça estadual para ações de execução fiscal promovidas pela União, pelas autarquias e fundações públicas federais.

No caso, a execução foi ajuizada no ano de 2016, isto é, após a entrada em vigor do mencionado diploma legislativo. Além disso, o presente conflito não diz respeito ao juízo competente para o feito executivo, mas apenas para o cumprimento de carta precatória de citação da parte executada.

A expedição de carta precatória para o cumprimento de atos processuais não se confunde com a delegação de competência conferida aos juízes estaduais para atuarem investidos de jurisdição federal, consoante previsto no mencionado dispositivo da Constituição.

Utiliza-se da carta precatória quando o juízo pede auxílio a outro de mesmo grau jurisdicional, a fim de que adote as providências necessárias ao cumprimento de determinado ato processual a ser realizado no local em que o juízo deprecado tem competência territorial.

Confira-se a redação do art. 237, III, do CPC/2015:

> Art. 237. Será expedida carta:
>
> [...]
>
> III - precatória, para que órgão jurisdicional brasileiro pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato relativo a pedido de cooperação judiciária formulado por órgão jurisdicional de competência territorial diversa;
>
> [...]

Como se observa, tratando-se do cumprimento de carta precatória, não há delegação da competência jurisdicional para o julgamento da causa, como ocorre nos casos previstos no art. 109, § 3º, da CF, mas simples pedido de cooperação realizado por um juízo a outro, o qual atua nos estreitos limites do ato processual deprecado e no exercício de competência própria relacionada

ao cumprimento da respectiva carta. Em tais teses, não existe ascendência jurisdicional do respectivo Tribunal Regional Federal sobre o juízo estadual deprecado, cumprindo ao Superior Tribunal de Justiça dirimir o conflito de competência em questão.

Sobre a impossibilidade de confundir-se o exercício de competência federal delegada pelo juízo estadual com a atuação deste no cumprimento de cartas precatórias, destaco julgados, há muito, proferidos pelo STJ:

> Conflito de competência. Execução por precatória. Caixa Economica Federal. Embargos do devedor.
>
> 1. A competência para julgar os embargos de devedor opostos à execução promovida pela CEF, contra penhora efetivada através de carta precatória, é do juízo federal deprecante.
>
> 2. O Juízo estadual deprecado não exerce função jurisdicional federal delegada; por isso, se eventualmente proferir sentença, julgando os embargos, a competência recursal de seu ato é do tribunal estadual.
>
> Conflito positivo conhecido e declarada a competência do Tribunal Estadual.
>
> (CC 10.391/PR, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Segunda Seção, julgado em 8/3/1995, DJ 27/3/1995, p. 7.116)

> Conflito negativo de competência. Execução. Carta precatória. Embargos de terceiro.
>
> 1. O pedido de retenção por benfeitorias contém discussão ampla, envolvendo a própria ordem, do Juízo deprecante, de apreensão do bem, ao final, adjudicado. Embora o Juízo deprecado tenha praticado atos decisórios, a determinação quanto à constrição do bem, sobre o qual se pretende a retenção por benfeitorias, partiu do Juízo deprecante, suscitante. Nessa tese, a análise de questões relativas à retenção de benfeitorias no imóvel adjudicado compete ao Juízo deprecante, mormente porque o Juiz Estadual, ao cumprir carta precatória expedida por Juiz Federal, não age investido de jurisdição federal.
>
> 2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 1ª Vara de Criciúma - SJ/SC.
>
> (CC 54.682/SC, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Segunda Seção, julgado em 22/11/2006, DJ 1º/2/2007, p. 390)

A doutrina também reconhece essa distinção, segundo se nota dos ensinamentos de Daniel Amorim Assumpção Neves:

> Existe outra possibilidade de atuação de vara estadual em ação de competência Justiça Federal, mas nesse caso não haverá propriamente a delegação de

> competência conforme analisado. De acordo com o art. 237, parágrafo único, do Novo CPC, nas comarcas em que não houver vara federal, a carta precatória poderá ser cumprida por vara estadual, em norma confirmada pela jurisprudência tranquila do Superior Tribunal de Justiça.
>
> [...]
>
> A carta precatória se presta a juízo de primeiro grau pedir o auxílio de outro juízo do mesmo grau jurisdicional para a prática de ato a ser praticado no local sobre o qual o juízo deprecado tem competência. Entendo que a carta precatória não é exceção ao princípio da indelegabilidade, porque nesses casos o juiz deprecante não tem competência para a prática do ato, de forma que ao pedir a colaboração de outro juízo nada estará delegando, afinal não se pode delegar poder que não se tenha originariamente. A carta precatória é, na realidade, a confirmação do princípio da indelegabilidade, determinando que o juízo competente pratique os atos processuais para os quais tenha competência, independentemente de onde tramita o processo (Manual de Direito Processual Civil. Volume único. 9. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017, pp. 241- 457).

A existência de conflitos de competência relativos à matéria ora em debate é comum no âmbito da Terceira Seção do STJ, tendo-se consolidado o entendimento de que compete ao Juízo de Direito realizar o cumprimento de carta precatória nos casos em que a localidade da prática do ato processual deprecado não seja sede de vara da Justiça Federal.

A propósito:

> Processual Penal. Conflito de competência. Carta precatória expedida pela Justiça Federal. Cumprimento pelo juízo de direito deprecado. Aplicação subsidiária do art. 237 do CPC. Declaração de competência do Juízo estadual, ora suscitado.
>
> 1. Na tese de ausência de Vara da Justiça Federal no local de residência da denunciada, como neste caso, é possível deprecar-se ao Juízo estadual a realização da audiência para aceitação ou não da proposta ministerial de suspensão processual. Precedentes.
>
> 2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara de Santa Isabel - SP, o suscitado.
>
> (CC 133.642/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 10/8/2016, DJe 22/8/2016)

> Conflito negativo de competência. Penal. Cumprimento de carta precatória expedida pela Justiça Federal. Comarca que não é sede de vara federal. Arts. 209 e 1.213 do Código de Processo Civil - CPC. Competência da Justiça Estadual.

> I - O entendimento da jurisprudência desta Corte é pacífico no sentido de que as cartas precatórias expedidas pela Justiça Federal, nos termos do art. 1.213 do CPC, deverão ser cumpridas pela Justiça Estadual, sempre que a comarca não for sede de vara federal, somente admitindo-se a recusa por parte do Juízo deprecado, a fim de garantir celeridade processual e reduzir despesas e ônus às partes. Somente se admite a recusa por parte do Juízo deprecado quando evidenciada uma das teses do art. 209 do CPC, o que não ocorre no caso.
>
> II - Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Conceição do Araguaia-PA, o suscitado.
>
> (CC 127.561/PA, Rel. Min. Ericson Maranho – Desembargador Convocado do TJ/SP, Terceira Seção, julgado em 11/3/2015, DJe 20/3/2015)

No caso, o ato processual deprecado referente à citação da parte no processo de execução de título extrajudicial deverá ser cumprido no Município de Ibirama - SC. Contudo, essa localidade não é sede de vara federal, devendo-se reconhecer a competência do Juízo de Direito para o cumprimento da carta precatória, consoante estabelece o art. 237, parágrafo único, do CPC/2015.

O disposto na Resolução n. 48/2005 do TRF da 4ª Região, ao elencar a jurisdição territorial da Subseção Judiciária de Rio do Sul sobre o Município de Ibirama, apenas estipula a repartição interna da competência da Justiça Federal, até porque sobre cada ponto do território brasileiro haverá jurisdição de uma Seção ou Subseção da Justiça Federal, conforme os normativos aplicáveis. Tal fato, contudo, nada interfere na conclusão de que a municipalidade em referência não é sede de vara federal, o que autoriza a expedição de cartas precatórias a serem cumpridas pelo Juízo de Direito quando o ato processual tiver de ser praticado naquela localidade.

Ante o exposto, conheço do conflito para declarar a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Ibirama - SC, o suscitado.

É como voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Conflito de Competência, instaurado entre o Juízo Federal da 1ª Vara de Rio do Sul - SJ/SC, ora suscitante, e o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Ibirama/SC, ora suscitado, nos autos da Carta Precatória n. 720002496753, extraída da Execução Fiscal n. 5003588-11.2016.4.04.7213/SC, a qual, por sua vez, foi ajuizada, em

13/10/2016, na Justiça Federal, pelo INMETRO, autarquia federal, em face de sociedade empresária com domicílio atual na Comarca de Ibirama/SC.

O Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Ibirama/SC recusou o cumprimento da aludida carta precatória, expedida para citação da executada e ulteriores atos de execução, por decisão assim fundamentada, *in verbis*:

> Cuido de carta precatória oriunda do Juízo da 1ª Vara Federal de Rio do Sul.
>
> Com efeito, é cediço que os Municípios que integram esta Comarca de Ibirama fazem parte da Subseção Judiciária da Justiça Federal de Rio do Sul.
>
> Sucede que o referido Juízo Federal de Rio do Sul determinou a expedição da presente deprecata para cumprimento de atos de citação, penhora, avaliação e alienação de bens.
>
> Nada obstante, não vislumbro plausibilidade jurídica para delegar à Justiça Estadual o cumprimento de atos que, de regra e na hipótese estampada nos autos, devem ser cumpridos pela própria Justiça Federal.
>
> Isso porque, *da interpretação do art. 237, III, do CPC/2015, somente é admissível a expedição de carta precatória para o cumprimento de ato relativo à competência territorial diversa, o que não é o caso dos autos, tendo em vista que os Municípios que integram esta Comarca de Ibirama fazem parte da Subseção Judiciária da Justiça Federal de Rio do Sul*.
>
> Veja que, *se a Subseção Judiciária da Justiça Federal de Rio do Sul possui jurisdição federal sobre o Município de Ibirama, o Juízo da 1ª Vara Federal de Rio do Sul é quem deve realizar o ato, visto que seus oficiais de justiça federais possuem competência e atribuições para cumprir atos nos Municípios que integram a referida Subseção Judiciária, sendo desnecessária a expedição de precatória quando a competência territorial do Juízo Federal abrange os Municípios que integram esta Comarca*.
>
> Acerca do tema, colaciono precedente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no AI 2009.04.00.030969-5, Rel. Des. Federal Fernando Quadros da Silva, DJ 07.06.2011:
>
> > *Execução fiscal. Cumprimento do mandado de citação. Domicílio do executado situado dentro da área de jurisdição da Subseção Judiciária Federal. Carta precatória para Justiça Estadual. Desnecessidade*. 1. A atuação dos oficiais de justiça além dos limites da Subseção Judiciária Federal se dá a critério do magistrado e de acordo com as necessidades. 2. *A hipótese dos autos, porém, é diversa, posto que a diligência foi deprecada a juízo estadual de comarca abrangida pela Subseção Judiciária Federal do juiz deprecante*. 3. Nesses casos, o cumprimento do mandado de citação cabe aos oficiais de justiça da Subseção Judiciária Federal. 4. Agravo de instrumento provido. (grifei)

Ademais, é de conhecimento deste magistrado que o Juízo Federal de Rio do Sul editou a Portaria 230, de 09.02.2017, em que se limitou a atuação dos oficiais de justiça federais tão somente aos Municípios de Rio do Sul, Lontras, Aurora, Agronômica, Rio do Oeste e Laurentino, motivo pelo qual houve a expedição da presente deprecata para cumprimento de atos pela Justiça Estadual. Todavia, uma Portaria de Vara, por si só, não é o meio adequado para limitar competência territorial definida na Constituição Federal e nas demais Legislações Federais, contrariando, inclusive, o sobredito art. 237, III, do CPC/2015.

Registro, ainda, que este Juízo solicitou providências sobre o tema junto à Corregedoria-Geral da Justiça de Santa Catarina por meio do ofício 1.712-2015, porém não se obteve resposta até o presente momento. No entanto, não se revela coerente que a deprecata permaneça neste juízo aguardando tal resposta, em prejuízo às partes interessadas, *razão pela qual deve ser devolvida, sem cumprimento, à origem*, a fim de que se dê o devido andamento processual (fls. 171/173e).

Daí o Juízo Federal da 1ª Vara de Rio do Sul - SJ/SC ter suscitado o presente Conflito, por decisão assim fundamentada, *in verbis*:

Carta precatória expedida por este juízo federal foi devolvida pelo juízo estadual sem cumprimento, ao argumento de que, sendo a extensão territorial daquela comarca abrangida pela jurisdição de juízo federal, competiria ao próprio juízo federal a efetivação da citação e das medidas executivas, e pelo fato de que Portaria de Vara, por si só, não é o meio adequado para limitar competência territorial definida na Constituição Federal e nas demais Legislações Federais.

O parágrafo único do art. 237 do Código de Processo Civil de 2015 prevê:

> Art. 237. Será expedida carta:
>
> (...)
>
> III - precatória, para que órgão jurisdicional brasileiro pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato relativo a pedido de cooperação judiciária formulado por órgão jurisdicional de competência territorial diversa;
>
> (...)
>
> *Parágrafo único. Se o ato relativo a processo em curso na justiça federal ou em tribunal superior houver de ser praticado em local onde não haja vara federal, a carta poderá ser dirigida ao juízo estadual da respectiva comarca*.

Ou seja, *a expedição, pelo juízo federal, de carta precatória para cumprimento de medidas executivas por juízo estadual, nas situações em que a efetivação de tais medidas executivas se dará no âmbito geográfico deste último e fora da sede daquele*

primeiro, está autorizada pelo parágrafo único do art. 237 do Código de Processo Civil de 2015.

E vale enfatizar que, no caso concreto, a comarca indicada na carta precatória não é sede da Justiça Federal.

Por vezes tem sido sustentado que a aplicação da norma do art. 237 do Código de Processo Civil de 2015 somente se justificaria quando o mandado devesse ser cumprido em cidade não abrangida pela jurisdição de algum juízo federal, ou em cidade não abrangida pela jurisdição do juízo federal deprecante. Não há lógica nesse raciocínio. Primeiramente, diga-se que não há, no território nacional, cidade não abrangida na jurisdição de algum juízo federal, e não se concebe que a norma fosse editada para regrar situações inexistentes. De outro lado, se a norma fosse dirigida apenas a juízos federais deprecantes que não têm jurisdição sobre a área de cumprimento da diligência, a limitação constaria expressamente do texto legal.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça Marco Aurélio Gastaldi Buzzi já expressou que, "(...) independentemente de haver Juízo federal com jurisdição sobre a comarca, 'as cartas precatórias, citatórias, probatórias, executórias e cautelares, expedias pela Justiça Federal, poderão ser cumpridas nas comarcas do interior pela Justiça Estadual' (...)" (STJ, CC 140.671, Processo 201501201136, Rel. Min. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, decisão de 16.09.2015).

Esse entendimento foi reverberado em novo conflito de competência que teve por suscitante o Juízo de Direito da Vara Regional de Direito Bancário de Itajaí e suscitado Juízo da Vara Federal desta Subseção Judiciária de Itajaí, havendo o Superior Tribunal de Justiça afirmado a competência daquele primeiro para cumprimento das medidas deprecadas (STJ, CC 150.627/SC, Processo 201700082232, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, decisão de 14.03.2017).

Vale frisar que, se é verdade que o processo eletrônico facilita o acesso da parte executada ao juízo federal sediado em cidade diversa do domicílio daquela, verdadeiro também é que *a norma do § 2º do art. 238 do Provimento 17, de 15.03.2013, na redação conferida pelo Provimento 25, de 03.07.2014, e pelo Provimento 27, de 12.08.2014, todos da Corregedoria Regional da Justiça Federal da 4ª Região, e bem assim a norma do art. 237, parágrafo único, do Código de Processo Civil, foram inspiradas* não numa suposta preservação do amplo acesso da parte executada ao juízo processante da execução fiscal, mas sim *na escassez de recursos humanos para realização concreta de medidas executivas, ou seja, na insuficiência ainda verificada, no âmbito do Poder Judiciário Federal, de oficiais de justiça que possam cumprir todos os mandados mesmo em endereços mais distantes da sede da subseção judiciária*.

Também é importante mencionar que em 26 de junho de 2017 foi publicada a nova Consolidação Normativa da Corregedoria Regional da Justiça Federal da 4ª Região, instituída pelo Provimento 62, de 13 de junho de 2017, que entrou em vigor 30 dias depois da data da sua publicação.

A nova consolidação normativa passa a disciplinar a matéria de maneira um tanto diversa, conforme se constata dos seguintes dispositivos:

> Art. 228. *O cumprimento de mandados por Oficiais de Justiça na Subseção Judiciária é obrigatório nos Municípios constantes do anexo VI, considerado o parâmetro de 60 km de distância da respectiva sede*.
>
> (...).
>
> § 3º *Incluem-se na regra do* caput *os mandados de natureza executiva a serem cumpridos em municípios contíguos da sede da Subseção Judiciária*.
>
> § 4º *Excepcionalmente o Juiz Coordenador da Central de Mandados, julgando absolutamente incompatível com a força de trabalho existente o cumprimento de mandados de natureza executiva fora da sede da Subseção Judiciária, poderá limitar provisoriamente a aplicação do § 3º deste artigo*, justificando a medida perante a Corregedoria.

Como se vê, *o cumprimento de atos judiciais de natureza executiva pelos oficiais de justiça da própria Justiça Federal é obrigatório apenas na sede da subseção judiciária, uma vez que o § 4º permite ao Juiz Coordenador da CEMAN limitar a área de cumprimento de acordo com a força de trabalho, o que foi observado na Portaria 230, de 09 de fevereiro de 2017, que regulamentou, no âmbito da 1ª Vara Federal de Rio do Sul/SC, procedimentos relativos ao cumprimento de mandados, delimitando a área de atuação dos oficiais de justiça* e determinando outras providências.

E a situação vivenciada nesta Subseção Judiciária se enquadra, de fato, na ressalva prevista no novo provimento, *à vista da escassez de recursos humanos para realização concreta de medidas executivas, retratada atualmente pela atuação de apenas um oficial de justiça disponível para cumprir todos os mandados. Veja-se que o número escasso de oficiais de justiça federais atuantes nesta subseção judiciária já tem ocasionado demora no cumprimento dos mandados na cidade sede da subseção judiciária* e, se passarem eles a ter que cumprir mandados também em locais mais distantes, essa demora será ainda maior.

Convém fazer o registro ainda que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, julgando conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal Substituto da 1ª Vara Federal de Rio do Sul/SC em face do Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Ituporanga/SC, em carta precatória expedida em execução fiscal, ajuizada pela União - Fazenda Nacional, decidiu, em 28 de setembro de 2015, que "a recusa de cumprimento de carta precatória só é legítima nas hipóteses previstas no art. 209 do CPC [Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vigente na data do julgamento]", fixando "a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Ituporanga/SC, ora suscitado, para o cumprimento da carta precatória" (TRF4, CC 0000723-79.2014.404.0000, *Segunda Seção*, Relatora *Vivian Josete Pantaleão Caminha*, D.E. 25/01/2016).

O mesmo Tribunal Regional Federal da 4ª Região também já se manifestou noutra oportunidade pela possibilidade de expedição de carta precatória ao Juízo de Direito:

> Conflito negativo de competência. Cumprimento de carta precatória. *É o Juízo de Direito competente para cumprir a carta precatória expedida por Juízo Federal quando na sua Comarca tiverem de ser praticados os atos processuais e não for ela sede de Vara Federai, se afigurando legítima a recusa em dar cumprimento à carta apenas nos casos taxativamente previstos no art. 209 do Código de Processo Civil*. (TRF4, CC 0002656-24.2013.404.0000, Primeira Seção, Relator Rômulo Pizzola TTI, D.E. 13/05/2014)

> Ante o exposto, com fulcro no art. 953, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015, suscito conflito negativo de competência perante o Superior Tribunal de Justiça (fls. 179/182e).

O Ministério Público Federal, em seu parecer (fls. 190/192e), manifestou-se pelo conhecimento do Conflito, para declarar a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Ibirama/SC, ora suscitado.

Iniciado o julgamento do feito, o Ministro *Og Fernandes*, Relator, votou pela conhecimento do Conflito, afastando a Súmula 3/STJ, para declarar a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Ibirama/SC, pelos fundamentos assim sintetizados, na ementa proposta por Sua Excelência:

> Processo Civil. *Conflito de competência. Juízo Federal e Juízo de Direito. Execução fiscal ajuizada após a Lei 13.043/2014. Carta precatória*. Citação. *Inaplicabilidade da Súmula 3/STJ. Competência da Justiça Comum. Juízo deprecado*.
>
> 1. *Com a entrada em vigor da Lei 13.043/2014, houve a revogação do art. 15, I, da Lei 5.010/1966 que conferia a competência delegada à Justiça estadual para ações de execução fiscal promovidas pela União, pelas autarquias e fundações públicas federais. No caso, a execução foi ajuizada no ano de 2016, isto é, após a entrada em vigor do mencionado diploma legislativo. Além disso, o presente conflito não diz respeito ao juízo competente para o feito executivo, mas apenas para o cumprimento de carta precatória de citação da parte executada*.
>
> 2. *A expedição de carta precatória para o cumprimento de atos processuais não se confunde com a delegação de competência conferida aos juízes estaduais para atuarem investidos de jurisdição federal*. Precedentes: CC 10.391/PR, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Segunda Seção, DJ 27/3/1995; CC 54.682/SC, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Segunda Seção, DJ 1º/2/2007.
>
> 3. *Tratando-se do cumprimento de carta precatória, não há delegação da competência jurisdicional para o julgamento da causa, como ocorre nos casos previstos no art. 109, § 3º, da CF. Existe simples pedido de cooperação realizado por determinado juízo a outro, o qual atua nos estreitos limites do ato processual deprecado, no exercício de competência própria relacionada ao cumprimento da respectiva carta. Em tais hipóteses, não há ascendência jurisdicional do respectivo*

> *Tribunal Regional Federal sobre o juízo estadual deprecado, cumprindo ao Superior Tribunal de Justiça dirimir o conflito de competência em questão.*
>
> 4. *No caso, o ato processual deprecado referente à citação das partes no processo de execução de título extrajudicial deverá ser cumprido no Município de Ibirama - SC.* Contudo, *essa localidade não é sede de vara federal, devendo-se reconhecer a competência do Juízo de Direito para o cumprimento da carta precatória, consoante dispõe o art. 237, parágrafo único, do CPC.*
>
> 5. *Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Ibirama - SC*, o suscitado.

Pedi vista dos autos, para melhor exame da controvérsia, mormente em face do afastamento da Súmula 3/STJ e da superação, pelo Relator, do entendimento firmado pela Primeira Seção do STJ, no CC 105.177/SP (Rel. Ministro *Teori Zavascki*, *Primeira Seção*, DJe de 21/08/2009), de há muito adotado em decisões e em acórdãos prolatados pelos Ministros da Primeira Seção.

Nos termos do § 3º do art. 109 da Constituição Federal, "serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, *sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal*, e, *se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual*".

Em conformidade com o dispositivo constitucional acima, o art. 15, I, da Lei 5.010/66, revogado pela Lei 13.043, de 13/11/2014, assim dispunha:

> Art. 15. Nas Comarcas do interior onde não funcionar Vara da Justiça Federal (artigo 12), os Juízes Estaduais são competentes para processar e julgar:
>
> I - os executivos fiscais da União e de suas autarquias, ajuizados contra devedores domiciliados nas respectivas Comarcas;

Por sua vez, sobre as cartas precatórias expedidas pela Justiça Federal, confira-se o art. 42, *caput* e § 1º, da Lei 5.010/66, do seguinte teor:

> Art. 42. Os atos e diligências da Justiça Federal poderão ser praticados em qualquer Comarca do Estado ou Território *pelos Juízes locais ou seus auxiliares*, mediante a exibição de ofício ou mandado em forma regular.
>
> § 1º Somente se expedirá precatória, quando, por essa forma, for mais econômica e expedita a realização do ato ou diligência.

Na mesma direção desse último dispositivo legal, o art. 1.213 do CPC/73 estabelecia o seguinte:

> Art. 1.213. As cartas precatórias citatórias, probatórias, executórias e cautelares, expedidas pela Justiça Federal, poderão ser cumpridas nas comarcas do interior pela Justiça Estadual.

Atualmente, o art. 237, III, parágrafo único, do CPC/2015, dispõe o seguinte, acerca das cartas precatórias:

> Art. 237. *Será expedida carta*:
>
> I - de ordem, pelo tribunal, na hipótese do § 2º do art. 236;
>
> II - rogatória, para que órgão jurisdicional estrangeiro pratique ato de cooperação jurídica internacional, relativo a processo em curso perante órgão jurisdicional brasileiro;
>
> III - *precatória, para que órgão jurisdicional brasileiro pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato relativo a pedido de cooperação judiciária formulado por órgão jurisdicional de competência territorial diversa*;
>
> IV - arbitral, para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória.
>
> Parágrafo único. *Se o ato relativo a processo em curso na justiça federal ou em tribunal superior houver de ser praticado em local onde não haja vara federal, a carta poderá ser dirigida ao juízo estadual da respectiva comarca*.

Em seu judicioso voto, o Ministro *Og Fernandes*, preliminarmente, afastou a Súmula 3/STJ e conheceu do presente Conflito, ao fundamento de que, na origem, trata-se de carta precatória oriunda de Execução Fiscal ajuizada em 2016, após a vigência da Lei 13.043, de 13/11/2014, que, em seu art. 114, revogou o inciso I do art. 15 da Lei 5.010/66, que estabelecia a competência delegada federal, exercida pela Justiça Estadual, em execução fiscal ajuizada pela União, suas autarquias e fundações públicas.

Com efeito, após reflexão sobre o atual quadro normativo, entendo que os arts. 75 e 114, IX, da citada Lei 13.043/2014, ao cuidarem da revogação do inciso I do art. 15 da Lei 5.010/66, e os arts. 67 a 69 e 237 do Código de Processo Civil de 2015, ao trazerem nova disciplina acerca dos pedidos de cooperação judiciária, justificam a superação do entendimento anteriormente firmado pela Primeira Seção do STJ, no julgamento do aludido CC 105.177/SP, cujo acórdão recebeu a seguinte ementa:

> *Conflito negativo de competência.* ***Execução fiscal proposta pela União na Justiça Federal. Carta precatória à Justiça Estadual. Delegação de Jurisdição Federal. Precedente da 1ª Seção (CC 60.660/BA). Súmula 3/STJ. Remessa ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Conflito não conhecido*** (STJ, CC 105.177/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe de 21/08/2009).

Consoante igualmente anotado pelo Ministro *Og Fernandes*, a Primeira Seção do STJ, por ocasião do julgamento do aludido CC 105.177/SP (Rel. Ministro *Teori Albino Zavascki*, DJe de 21/08/2009), firmou o entendimento de que – em se tratando de carta precatória expedida pela Justiça Federal, para a prática de ato em local onde não haja Vara Federal – restaria configurada a delegação legal de competência federal, enquadrável na autorização constitucional prevista no art. 109, § 3º, da Constituição Federal. Assim, no referido julgamento, a Primeira Seção decidiu pelo não conhecimento do aludido Conflito, por considerar incidente, na espécie, a Súmula 3/STJ, nos termos do voto condutor do respectivo acórdão, abaixo reproduzido, na íntegra:

> 1. *"As cartas precatórias citatórias, probatórias, executórias e cautelares, expedidas pela Justiça Federal, poderão ser cumpridas nas comarcas do interior pela Justiça Estadual" (CPC, art. 1.213)*. Conforme entendimento sedimentado da 1ª Seção (CC 60.660/BA, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 16/10/2006), *trata-se de hipótese de delegação enquadrável no § 3º do art. 109 da Constituição Federal*.
>
> No caso, *o juízo estadual, deprecado que foi nos termos do art. 1.213 do CPC, atua como delegado da Justiça Federal. Logo, deve prevalecer a orientação da Súmula 03/STJ*: "Compete ao Tribunal Regional Federal dirimir conflito de competência verificado, na respectiva região, entre Juiz Federal e Juiz Estadual investido de jurisdição federal".
>
> 2. Ante o exposto, *não conheço do conflito de competência e determino a remessa dos autos ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região*. É o voto.

Confira-se, ainda, o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro *Teori Albino Zavascki*, no CC 60.660/BA, citado no acórdão referente ao supracitado CC 105.177/SP:

> 1. Questiona-se, aqui, sobre o tribunal competente para apreciar os recursos contra decisões tomadas pelo juiz estadual, *quando deprecado por juiz federal, com base no art. 1.213 do CPC*. Segundo tal dispositivo, "as cartas precatórias citatórias, probatórias, executórias e cautelares, expedidas pela Justiça Federal, poderão ser cumpridas nas comarcas do interior pela Justiça Estadual" (CPC, art. 1.213).
>
> À toda evidência, *tal dispositivo constitui hipótese de delegação enquadrável no § 3º do art. 109 da Constituição Federal*. Entendimento em sentido contrário, de que

> o juiz de direito não estaria investido de delegação federal, levaria à necessária conclusão de que o eventual recurso contra seus atos deveriam ser julgados pelo Tribunal de Justiça do respectivo Estado. Isso importaria atribuir a tribunal estadual uma delegação de competência não prevista, nem como exceção, pela Carta Constitucional. Com efeito, em causas de competência federal, como é o caso, a Constituição permite a atuação, em caráter excepcional, de juiz estadual de primeiro grau (art. 109, § 3º); todavia, em grau de recurso, preserva-se, mesmo nesses casos, a competência federal (art. 109, § 4º). Não há, na Constituição, delegação de competência de Tribunal Regional Federal para Tribunais de Justiça dos Estados. Aliás, a admitir-se que o Tribunal de Justiça fosse o competente para julgar recursos contra ato do juiz deprecado, criar-se-ia uma situação absurda, de dois tribunais serem competentes para a mesma execução fiscal: um para os recursos contra atos do juiz deprecante e outro para os do juiz deprecado.
>
> 2. No presente caso, a causa é da competência da Justiça Federal. Portanto, o juízo estadual, deprecado que foi nos termos do art. 1.213 do CPC, atua como delegado da Justiça Federal. É, para esse efeito, juiz federal, cabendo ao TRF respectivo julgar os recursos interpostos contra seus atos (STJ, CC 60.660/BA, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJU de 16/10/2006).

Não obstante os fundamentos adotados nos supracitados precedentes da Primeira Seção, o Ministro *Og Fernandes* entende que o presente caso não se submete à aplicação da Súmula 3/STJ, tampouco se refere à situação excepcional tratada no art. 109, § 3º, da Constituição Federal, superando o entendimento firmado pela Primeira Seção nos aludidos Conflitos de Competência.

Conforme bem anotado por Sua Excelência, com a entrada em vigor da Lei 13.043, de 13/11/2014, houve a revogação do art. 15, I, da Lei 5.010/66, que conferia a competência delegada à Justiça Estadual, com fundamento no art. 109, § 3º, da CF/88, para ações de execução fiscal promovidas pela União, pelas autarquias e fundações públicas federais.

No caso, a execução foi ajuizada em 13/10/2016, portanto, após a entrada em vigor do mencionado diploma legislativo, pelo que não mais se pode falar em competência delegada federal, exercida pela Justiça Estadual, em execuções fiscais ajuizadas, a partir da vigência da aludida Lei 13.043/2014, pela União, autarquias e fundações públicas federais.

Além disso, como já percebido pelo Ministro *Og Fernandes*, com a acuidade de sempre, o presente Conflito não diz respeito ao Juízo competente para o processo e julgamento da Execução Fiscal, mas apenas para o cumprimento de carta precatória de citação da parte executada e ulteriores atos de execução.

Sua Excelência defende que a expedição de carta precatória para o cumprimento de atos processuais não se confunde com a delegação de competência conferida aos juízes estaduais para atuarem investidos de jurisdição federal, consoante previsto no mencionado § 3º do art. 109 da Constituição Federal. Utiliza-se de carta precatória quando um juízo pede auxílio a outro de mesmo grau jurisdicional, a fim de que adote as providências necessárias ao cumprimento de determinado ato processual, a ser realizado no local em que o juízo deprecado tem competência territorial.

Consoante lembrado pelo Ministro *Og Fernandes*, vinha eu decidindo, de forma monocrática, segundo a orientação firmada pela Primeira Seção, no supracitado CC 105.177/SP (Rel. Ministro *Teori Albino Zavascki*, DJe de 21/08/2009).

Entretanto – como destacado –, reexamino a questão, para superar aquele entendimento, a partir da interpretação dos arts. 237, parágrafo único, e 67 a 69 do CPC/2015, e também à luz da Lei 13.043, de 13/11/2014 – que revogou o art. 15, I, da Lei 5.010/66, que previa a competência delegada federal para os Juízes Estaduais, nos executivos fiscais da União e suas autarquias, ajuizados contra devedores domiciliados nas Comarcas que não são sede de Vara do Juízo Federal –, e levando em conta, ainda, que a Execução Fiscal, no presente caso, foi ajuizada em 2016, já na vigência da Lei 13.043/2014, não se podendo mais sequer falar, na hipótese, em competência delegada federal ou aplicação do art. 109, § 3º, da CF/88 ou da Súmula 3/STJ, como registrava o precedente do saudoso Ministro *Teori Zavascki*, no CC 105.177/SP (DJe de 21/08/2009), sempre adotado no âmbito da Primeira Seção do STJ, e que agora, em face da Lei 13.043/2014, entendo superado, notadamente no presente caso, no qual a Execução Fiscal já foi ajuizada em 2016, na vigência da Lei 13.043/2014.

Como o fez o eminente Relator, também concluo que, em se tratando de carta precatória expedida, pela Justiça Federal, para a prática de ato em local onde não haja Vara Federal, não há delegação de competência federal ao Juiz Estadual, como nos casos previstos no § 3º do art. 109 da Constituição Federal, mas simples pedido de cooperação formulado por um juízo a outro, o qual atua nos estreitos limites do ato processual deprecado e no exercício de competência própria, relacionada ao cumprimento da respectiva carta. Em tal hipótese – como destacou o Ministro *Og Fernandes* –, não existe ascendência jurisdicional do respectivo Tribunal Regional Federal sobre o Juízo Estadual deprecado, cumprindo ao Superior Tribunal de Justiça dirimir o Conflito de Competência, afastando-se a aplicação da Súmula 3/STJ.

A propósito, destaco que a orientação anteriormente firmada no mencionado CC 105.177/SP restou superada, pela Primeira Seção do STJ, no julgamento do CC 158.953/SC, cujo acórdão encontra-se assim ementado:

> Processo Civil. Conflito de competência. Juízo Federal e Juízo de Direito. *Execução fiscal ajuizada após a Lei 13.043/2014. Carta precatória. Citação. Inaplicabilidade da Súmula 3/STJ. Competência da Justiça Comum*. Juízo deprecado.
>
> 1. *Com a entrada em vigor da Lei n. 13.043/2014, houve a revogação do art. 15, I, da Lei 5.010/1966, que conferia a competência delegada à Justiça estadual para ações de execução fiscal promovidas pela União, pelas autarquias e fundações públicas federais. No caso, a execução foi ajuizada no ano de 2016, isto é, após a entrada em vigor do mencionado diploma legislativo. Além disso, o presente conflito não diz respeito ao juízo competente para o feito executivo, mas apenas para o cumprimento de carta precatória de citação da parte executada*.
>
> 2. A expedição de carta precatória para o cumprimento de atos processuais não se confunde com a delegação de competência conferida aos juízes estaduais para atuarem investidos de jurisdição federal. Precedentes: CC 10.391/PR, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Segunda Seção, DJ 27/3/1995; CC 54.682/SC, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Segunda Seção, DJ 1º/2/2007.
>
> 3. *Tratando-se do cumprimento de carta precatória, não há delegação da competência jurisdicional para o julgamento da causa, como ocorre nos casos previstos no art. 109, § 3º, da CF. Existe simples pedido de cooperação realizado por determinado juízo a outro, o qual atua nos estreitos limites do ato processual deprecado, no exercício de competência própria relacionada ao cumprimento da respectiva carta. Em tais hipóteses, não há ascendência jurisdicional do respectivo Tribunal Regional Federal sobre o juízo estadual deprecado, cumprindo ao Superior Tribunal de Justiça dirimir o conflito de competência em questão*.
>
> 4. *Na situação dos autos, o ato processual deprecado referente à citação das partes no processo de execução fiscal deverá ser cumprido no Município de Balneário Camboriú - SC. Contudo, essa localidade não é sede de vara federal, devendo-se reconhecer a competência do Juízo de Direito para o cumprimento da carta precatória, consoante dispõe o art. 237, parágrafo único, do CPC*.
>
> 5. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara da Fazenda Pública de Balneário Camboriú - SC, o suscitado (STJ, CC 158.953/SC, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe de 29/08/2018).

Quanto ao mérito deste Conflito de Competência, acompanho, igualmente, o Ministro *Og Fernandes*, ressaltando que a Primeira Seção do STJ, ao julgar, sob a sistemática dos recursos repetitivos, o REsp 1.144.687/RS (Rel. Ministro *Luiz Fux*, DJe de 21/05/2010), deixou assentado que, em Execução Fiscal ajuizada perante a Justiça Federal, os atos processuais podem ser realizados mediante

carta precatória dirigida à Justiça Estadual. Assentou, ainda, que "o artigo 42 da Lei 5.010/66 determina que os atos e diligências da Justiça Federal podem ser praticados em qualquer Comarca do Estado ou Território pelos Juízes locais ou seus auxiliares, mediante a exibição de ofício ou mandado em forma regular, sendo certo que a carta precatória somente deve ser expedida quando for mais econômica e expedita a realização do ato ou diligência. O parágrafo único do artigo 15 da Lei 5.010/66, com a redação dada pela Lei 10.772/2003, dispõe que: 'Sem prejuízo do disposto no art. 42 desta Lei e no art. 1.213 do Código de Processo Civil, poderão os Juízes e auxiliares da Justiça Federal praticar atos e diligências processuais no território de qualquer dos Municípios abrangidos pela seção, subseção ou circunscrição da respectiva Vara Federal'. Conseqüentemente, revela-se cabível a expedição de carta precatória, pela Justiça Federal, a ser cumprida pelo Juízo Estadual, uma vez configurada a conveniência do ato processual, devidamente fundamentada pelo juízo deprecante".

Transcreve-se, por oportuno, a ementa do supracitado acórdão:

> Processual Civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Artigo 543-C, do CPC. Execução fiscal proposta no Juízo Federal. Penhora e avaliação de bens do executado. Expedição de carta precatória. Possibilidade. Autarquia federal. Antecipação das despesas com o deslocamento/condução do oficial de justiça para cumprimento de carta precatória. Cabimento.
>
> 1. A citação, no âmbito de execução fiscal ajuizada perante a Justiça Federal, pode ser realizada mediante carta precatória dirigida à Justiça Estadual, *ex vi* do disposto no artigo 1.213, do CPC, *verbis*: "As cartas precatórias, citatórias, probatórias, executórias e cautelares, expedidas pela Justiça Federal, *poderão* ser cumpridas nas comarcas do interior pela Justiça Estadual."
>
> 2. O artigo 42, da Lei 5.010/66, determina que os atos e diligências da Justiça Federal *podem* ser praticados em qualquer Comarca do Estado ou Território pelos Juízes locais ou seus auxiliares, mediante a exibição de ofício ou mandado em forma regular, sendo certo que a carta precatória somente deve ser expedida quando for mais econômica e expedita a realização do ato ou diligência.
>
> 3. O parágrafo único do artigo 15, da Lei 5.010/66, com a redação dada pela Lei 10.772/2003, dispõe que: "*Sem prejuízo do disposto no art. 42 desta Lei e no art. 1.213 do Código de Processo Civil, poderão* os Juízes e auxiliares da Justiça Federal praticar atos e diligências processuais no território de qualquer dos Municípios abrangidos pela seção, subseção ou circunscrição da respectiva Vara Federal".
>
> 4. Conseqüentemente, *revela-se cabível a expedição de carta precatória, pela Justiça Federal, a ser cumprida pelo Juízo Estadual, uma vez configurada a conveniência do ato processual, devidamente fundamentada pelo juízo deprecante.*

5. A União e suas autarquias são isentas do pagamento de custas dos serviços forenses que sejam de sua responsabilidade, *ex vi* do disposto no *caput* do artigo 39, da Lei 6.830/80, *verbis*: "Art. 39 - A Fazenda Pública não está sujeita ao pagamento de custas e emolumentos. A prática dos atos judiciais de seu interesse independerá de preparo ou de prévio depósito. Parágrafo Único - Se vencida, a Fazenda Pública ressarcirá o valor das despesas feitas pela parte contrária."

6. O artigo 27, do CPC, por seu turno, estabelece que "as despesas dos atos processuais, efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública, serão pagas ao final, pelo vencido".

7. Entrementes, a isenção do pagamento de custas e emolumentos e a postergação do custeio das despesas processuais (artigos 39, da Lei 6.830/80, e 27, do CPC), privilégios de que goza a Fazenda Pública, não dispensam o pagamento antecipado das despesas com o transporte dos oficiais de justiça ou peritos judiciais, ainda que para cumprimento de diligências em execução fiscal ajuizada perante a Justiça Federal.

8. É que conspira contra o princípio da razoabilidade a imposição de que o oficial de justiça ou o perito judicial arquem, em favor do Erário, com as despesas necessárias para o cumprimento dos atos judiciais.

9. A Súmula 190/STJ, ao versar sobre a execução fiscal processada perante a Justiça Estadual, cristalizou o entendimento de que: "Na execução fiscal, processada perante a justiça estadual, cumpre a fazenda publica antecipar o numerário destinado ao custeio das despesas com o transporte dos oficiais de justiça."

10. O aludido verbete sumular teve por fundamento tese esposada no âmbito de incidente de uniformização de jurisprudência, segundo a qual: "Na execução fiscal, a Fazenda Pública não está sujeita ao pagamento de custas e emolumentos; já as despesas com transporte dos oficiais de justiça, necessárias para a prática de atos fora do cartório, não se qualificam como custas ou emolumentos, estando a Fazenda Pública obrigada a antecipar o numerário destinado ao custeio dessas despesas. Uniformização de jurisprudência acolhida no sentido de que, na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a antecipar o valor destinado ao custeio de transporte dos oficiais de justiça" (IUJ no RMS 1.352/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Seção, julgado em 26.02.1997).

11. A Primeira Seção, em sede de recurso especial representativo de controvérsia, consolidou jurisprudência no sentido de que: (i) "A isenção de que goza a Fazenda Pública, nos termos do art. 39, da Lei de Execuções Fiscais, está adstrita às custas efetivamente estatais, cuja natureza jurídica é de taxa judiciária, consoante posicionamento do Pretório Excelso (RE 108.845), sendo certo que os atos realizados fora desse âmbito, cujos titulares sejam pessoas estranhas ao corpo funcional do Poder Judiciário, como o leiloeiro e o depositário, são de responsabilidade do autor exeqüente, porquanto essas despesas não assumem a natureza de taxa, estando excluídas, portanto, da norma insculpida no art.

39, da LEF. Diferença entre os conceitos de custas e despesas processuais."; e que (ii) "de acordo com o disposto no parágrafo único art. 39 da Lei 6.830/80, a Fazenda Pública, se vencida, é obrigada a ressarcir a parte vencedora no que houver adiantado a título de custas, o que se coaduna com o art. 27, do Código de Processo Civil, não havendo, desta forma, riscos de se criarem prejuízos à parte adversa com a concessão de tal benefício isencional" (REsp 1.107.543/SP, julgado em 24.03.2010).

12. Ocorre que, malgrado o oficial de justiça integre o corpo funcional do Poder Judiciário, a ausência de depósito prévio do valor atinente às despesas com o deslocamento necessário ao cumprimento do ato judicial implica na oneração de terceiro estranho à relação jurídica processual instaurada entre a Fazenda Pública e o devedor, o que, notadamente, não se coaduna com o princípio constitucional da legalidade (artigo 5º, II, da Constituição da República Federativa do Brasil: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei").

13. Precedentes do STJ exarados no âmbito de execuções fiscais ajuizadas pela Fazenda Nacional e por autarquias federais: EREsp 22.661/SP, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, julgado em 22.03.1994, DJ 18.04.1994; EREsp 23.337/SP, Rel. Ministro Garcia Vieira, Rel. p/ Acórdão Min. Hélio Mosimann, julgado em 18.05.1993, DJ 16.08.1993; REsp 113.194/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, julgado em 03.04.1997, DJ 22.04.1997; REsp 114.666/SC, Rel. Ministro Adhemar Maciel, Segunda Turma, julgado em 03.04.1997, DJ 28.04.1997; REsp 126.131/PR, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Segunda Turma, julgado em 12.06.1997, DJ 04.08.1997; REsp 109.580/PR, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado em 03.04.1997, DJ 16.06.1997; REsp 366.005/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 17.12.2002, DJ 10.03.2003; AgRg no Ag 482778/RJ, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 02.10.2003, DJ 17.11.2003; AgRg no REsp 653.135/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 27.02.2007, DJ 14.03.2007; REsp 705.833/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07.08.2008, DJe 22.08.2008; REsp 821.462/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 16.10.2008, DJe 29.10.2008; e REsp 933.189/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20.11.2008, DJe 17.12.2008).

14. Precedentes das Turmas de Direito Público exarados no âmbito de execuções fiscais ajuizadas pela Fazenda Pública Estadual: REsp 250.903/SP, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 01.10.2002, DJ 31.03.2003; REsp 35.541/SP, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, julgado em 13.09.1993, DJ 04.10.1993; REsp 36.914/SP, Rel. Ministro Hélio Mosimann, Segunda Turma, julgado em 13.10.1993, DJ 22.11.1993; e REsp 50.966/SP, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 17.08.1994, DJ 12.09.1994).

15. Destarte, ainda que a execução fiscal tenha sido ajuizada na Justiça Federal (o que afasta a incidência da norma inserta no artigo 1º, § 1º, da Lei 9.289/96),

> cabe à Fazenda Pública Federal adiantar as despesas com o transporte/condução/deslocamento dos oficiais de justiça necessárias ao cumprimento da carta precatória de penhora e avaliação de bens (processada na Justiça Estadual), por força da princípio hermenêutico *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio.*
>
> 16. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008 (STJ, REsp 1.144.687/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe de 21/05/2010).

Na hipótese dos autos, o ato processual deprecado – citação da executada e posteriores atos de execução – deverá ser cumprido no Município de Ibirama/SC. Contudo, essa localidade não é sede de Vara Federal, devendo-se reconhecer a competência do Juízo de Direito para o cumprimento da carta precatória, consoante o disposto no art. 237, parágrafo único, do CPC/2015.

Conforme ressaltado pelo Ministro *Og Fernandes*, a Resolução 48/2005, do TRF/4ª Região, ao elencar a jurisdição territorial da Subseção Judiciária de Rio do Sul/SC sobre o Município de Ibirama/SC, apenas estipula a repartição interna da competência da Justiça Federal, até porque sobre cada ponto do território brasileiro haverá jurisdição de uma Seção ou Subseção da Justiça Federal, conforme os normativos aplicáveis. Tal fato, todavia, não interfere na conclusão de que o Município de Ibirama/SC não é sede de Vara Federal, o que autoriza a expedição de cartas precatórias, a serem cumpridas pelo Juízo de Direito, quando o ato processual tiver de ser praticado naquela localidade, na forma do art. 237, parágrafo único, do CPC/2015.

Ante o exposto, acompanho o eminente Relator, Ministro *Og Fernandes*, para conhecer do Conflito, a fim de declarar a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Ibirama/SC, ora suscitado.

É como voto.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 1.318.051-RJ (2012/0070152-3)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques
Embargante: Ipiranga Produtos de Petróleo S A
Advogado: Ricardo Zamariola Junior e outro(s) - SP224324

Embargado: Municipio de Guapimirim
Advogados: Carlos Vinícius Ramos Rolla e outro(s) - RJ131601
Winderson Neves Porto e outro(s) - RJ105344

EMENTA

Processual Civil. Embargos de divergência submetidos ao Enunciado Administrativo 2/STJ. Embargos à execução. Auto de infração lavrado em razão de dano ambiental. Necessidade de demonstração da responsabilidade subjetiva.

1. Na origem, foram opostos embargos à execução objetivando a anulação de auto de infração lavrado pelo Município de Guapimirim - ora embargado -, por danos ambientais decorrentes do derramamento de óleo diesel pertencente à ora embargante, após descarrilamento de composição férrea da Ferrovia Centro Atlântica (FCA).

2. A sentença de procedência dos embargos à execução foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro pelo fundamento de que "o risco da atividade desempenhada pela apelada ao causar danos ao meio ambiente consubstancia o nexo causal de sua responsabilidade, não havendo, por conseguinte, que se falar em ilegitimidade da embargante para figurar no polo passivo do auto de infração que lhe fora imposto", entendimento esse mantido no acórdão ora embargado sob o fundamento de que "[a] responsabilidade administrativa ambiental é objetiva".

3. Ocorre que, conforme assentado pela Segunda Turma no julgamento do REsp 1.251.697/PR, de minha relatoria, DJe de 17/4/2012), "a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano".

4. No mesmo sentido decidiu a Primeira Turma em caso análogo envolvendo as mesmas partes: "A responsabilidade civil ambiental é objetiva; porém, tratando-se de responsabilidade administrativa ambiental, o terceiro, proprietário da carga, por não ser o efetivo

causador do dano ambiental, responde subjetivamente pela degradação ambiental causada pelo transportador" (AgRg no AREsp 62.584/RJ, Rel. p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, DJe de 7/10/2015).

5. Embargos de divergência providos.

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 no julgamento, a Seção, por unanimidade, conheceu dos embargos de divergência e lhes deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Francisco Falcão, Herman Benjamin (voto-vista), Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 08 de maio de 2019 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 12.6.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de embargos de divergência opostos contra acórdão da Primeira Turma, da Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, cuja ementa é a seguinte:

> *Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Embargos à execução. Auto de infração lavrado por dano ambiental. A responsabilidade administrativa ambiental é objetiva. A Lei n. 9.605/1998 não impõe que a pena de multa seja obrigatoriamente precedida de advertência*. 1. A responsabilidade administrativa ambiental é objetiva. Deveras, esse preceito foi expressamente inserido no nosso ordenamento com a edição da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/1981). Tanto é assim, que o § 1º do art. 14 do diploma em foco define que o poluidor é obrigado, sem que haja a exclusão das penalidades, a indenizar ou reparar os danos, independentemente da existência de culpa. Precedente: REsp 467.212/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 15/12/2003. 2. A penalidade de advertência a que alude o art. 72, § 3º, I, da Lei n. 9.605/1998 tão somente

> tem aplicação nas infrações de menor potencial ofensivo, justamente porque ostenta caráter preventivo e pedagógico. 3. No caso concreto, a transgressão foi grave; consubstanciada no derramamento de cerca de 70.000 (setenta mil) litros de óleo diesel na área de preservação de ambiental de Guapimirim, em áreas de preservação permanente (faixas marginais dos rios Aldeia, Caceribú e Guaraí-Mirim e de seus canais) e em vegetações protetoras de mangue (fl. 7), Some-se isso aos fatos de que, conforme atestado no relatório técnico de vistoria e constatação, houve morosidade e total despreparo nos trabalhos emergenciais de contenção do vazamento e as barreiras de contenção, as quais apenas foram instaladas após sete horas do ocorrido, romperam-se, culminando o agravamento do acidente (fls. 62-67). À vista desse cenário, a aplicação de simples penalidade de advertência atentaria contra os princípios informadores do ato sancionador, quais sejam; a proporcionalilade e razoabilidade. Por isso, correta a aplicação de multa, não sendo necessário, para sua validade, a prévia imputação de advertência, na medida em que, conforme exposto, a infração ambiental foi grave. 4. Recurso especial conhecido e não provido.

Inicialmente, a embargante esclarece que, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, interpôs recurso especial apontando ofensa aos arts. 3º, IV, da Lei 6.938/1981 e 72, § 3º, I, da Lei 9.605/1998, sob o fundamento de que às sanções administrativas aplica-se a sistemática da teoria da culpabilidade (responsabilidade subjetiva); e, ao final, pleiteou-se final, a anulação do Auto de Infração 004/05, lavrado pelo ora embargado em razão de vazamento de óleo diesel causado por descarrilamento de composição ferroviária.

Como a Primeira Turma manteve o acórdão recorrido assentando que a responsabilidade ambiental administrativa que amparou o auto de infração é de natureza objetiva - apesar de decorrer do exercício do poder de polícia e ter caráter evidentemente punitivo -, alega a embargante que houve divergência em relação a entendimento diverso adotado pela Segunda Turma no julgamento do REsp 1.251.697/PR, de minha relatoria, em que "reconhecida a nulidade do auto de infração e reformada a decisão, justamente em decorrência da aplicação da sistemática da teoria da culpabilidade (responsabilidade subjetiva) na hipótese de responsabilidade administrativa ambiental" (fl. 1.116-e).

Houve impugnação.

O Ministério Público Federal, em seu parecer, opina pelo provimento dos embargos de divergência.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Os presentes embargos de divergência estão submetidos ao Enunciado Administrativo 2/STJ: "*Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*."

Prospera a insurgência.

Antes de discorrer sobre a questão ora trazida, cumpre afastar a preliminar de não conhecimento dos embargos de divergência, uma vez configurada a necessária similitude fático-jurídica entre o julgado embargado e o paradigma eleito pela embargante, pois, tanto em um caso como no outro, o cerne diz respeito à natureza da responsabilidade pela infração ambiental, para fins de aplicação de multa.

Prosseguindo, temos que na origem foram opostos embargos à execução objetivando a anulação de auto de infração lavrados pelo Município de Guapimirim - ora embargado -, em razão de danos ambientais decorrentes de derramamento de óleo diesel em acidente (descarrilamento) envolvendo composição férrea da Ferrovia Centro Atlântica (FCA).

Na primeira instância, os embargos à execução foram julgados procedentes para declarar a nulidade do auto de infração, bem assim para cancelar os efeitos da inscrição em dívida ativa da multa ambiental.

Isso porque: (i) a imposição da penalidade se fundou apenas em dispositivos de lei federal; (ii) a penalidade foi aplicada sumariamente, sem prévia advertência para que o agente pudesse tomar as providências cabíveis; (iii) não houve prova técnica elaborado por órgão competente para fundamentar a multa.

A apelação do ora embargado foi provida pelos seguintes fundamentos: (a) após a aplicação da multa, o autuado apresentou defesa administrativa, a qual foi indeferida, resultado mantido após julgamento de recurso administrativo; (b) os argumentos relativos à ausência de aviso prévio ou notificação, bem como a indicação dos motivos que justifiquem o montante de sua aplicação não se sustentam, pois já foram analisados pelo agente fiscal ao lavrar o auto de infração; (c) o risco da atividade desempenhada pela apelada ao causar danos ao meio ambiente consubstancia o nexo causal de sua responsabilidade, não havendo, por conseguinte, que se falar em ilegitimidade da embargante para

figurar no pólo passivo do auto de infração que lhe fora imposto; e (d) a apelada foi responsável pelo dano ambiental em razão de culpa *in eligendo*.

Por fim, na Primeira Turma, por maioria, foi desprovido o recurso especial pelo fundamento de que é objetiva a responsabilidade administrativa ambiental, senão vejamos:

> Pois bem, ao contrário do entendimento da recorrente, é objetiva a responsabilidade administrativa ambiental. Deveras, esse preceito foi expressamente inserido no nosso ordenamento com a edição da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/1981). Tanto é assim, que o § 1º do art. 14 do diploma em foco define que o poluidor é obrigado, *sem que haja a exclusão das penalidades*, a indenizar ou reparar os danos, *independentemente da existência de culpa*. Oportuna é transcrição do dispositivo em comento:
>
> > § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.
>
> Dessarte, é extreme de dúvida que são independentes as esferas de responsabilidade, mas, em se tratando das responsabilidades civil e administrativa, a Lei n. 6.938/1981 tratou de elidir a culpa e o dolo para a imputação de penalidades e obrigação de indenizar ou reparar o dano. Essa é a exegese que se infere da primeira parte do § 1º do art. 14 do dispositivo sob exame.
>
> (...)
>
> Essa conclusão se justifica por conta dos riscos potencialmente poluidores envolvidos na atividade econômica desempenhada pela empresa recorrente, que deve responder pelos eventuais danos ocasionados em virtude dessa atividade, ainda que tenha concorrido de forma indireta, como na hipótese de derramamento de óleo diesel por empresa contratada por si para o transporte dessa substância.

Como se vê, à ora embargante foi imposta multa por dano ambiental sob o fundamento da responsabilidade objetiva decorrente da propriedade da carga transportada por outrem (Ferrovia Centro Atlântica), que efetivamente teve participação direta no acidente que causou a degradação ambiental.

Ocorre que a jurisprudência desta Corte, em casos análogos, assentou que a responsabilidade administrativa ambiental é de natureza subjetiva.

Para ilustrar esse entendimento, reporto-me ao voto proferido no REsp 1.251.697/PR, de minha relatoria, julgado no âmbito da Segunda Turma:

> (...) Esta Corte Superior possui entendimento pacífico no sentido de que a responsabilidade civil pela reparação dos danos ambientais adere à propriedade, como obrigação *propter rem*, sendo possível cobrar também do atual proprietário condutas derivadas de danos provocados pelos proprietários antigos.
>
> Foi essa a jurisprudência invocada pela origem para manter a decisão agravada.
>
> O ponto controverso nestes autos, contudo, é outro. Discute-se, aqui, a possibilidade de que terceiro responda por sanção aplicada por infração ambiental.
>
> A questão, portanto, não se cinge ao plano da responsabilidade civil, mas da responsabilidade administrativa por dano ambiental.
>
> Pelo princípio da intranscendência das penas (art. 5º, inc. XLV, CR88), aplicável não só ao âmbito penal, mas também a todo o Direito Sancionador, não é possível ajuizar execução fiscal em face do recorrente para cobrar multa aplicada em face de condutas imputáveis a seu pai.
>
> Isso porque a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano.
>
> A diferença entre os dois âmbitos de punição e suas consequências fica bem estampada da leitura do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, segundo o qual "[s]em obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo [entre elas, frise-se, a multa], é o *poluidor* obrigado, *independentemente da existência de culpa*, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade".
>
> O art. 14, *caput*, também é claro:
>
> > Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará *os transgressores*:
>
> Em resumo: a aplicação e a execução das penas limitam-se aos *transgressores*; a reparação ambiental, de cunho civil, a seu turno, pode abranger todos os *poluidores*, a quem a própria legislação define como "a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental" (art. 3º, inc. V, do mesmo diploma normativo).

> Note-se que nem seria necessária toda a construção doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a obrigação civil de reparar o dano ambiental é do tipo *propter rem*, porque, na verdade, a própria lei já define como poluidor todo aquele que seja responsável pela degradação ambiental - e aquele que, adquirindo a propriedade, não reverte o dano ambiental, ainda que não causado por ele, já seria um responsável indireto por degradação ambiental (poluidor, pois).
>
> Mas fato é que o uso do vocábulo "transgressores" no *caput* do art. 14, comparado à utilização da palavra "poluidor" no § 1º do mesmo dispositivo, deixa a entender aquilo que já se podia inferir da vigência do princípio da intranscendência das penas: a responsabilidade civil por dano ambiental é subjetivamente mais abrangente do que as responsabilidades administrativa e penal, não admitindo estas últimas que terceiros respondam a título objetivo por ofensa ambientais praticadas por outrem.

Na mesma linha de consideração decidiu a Primeira Turma em caso análogo envolvendo as mesmas partes:

> *Administrativo e Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. (...) Dano ambiental. Acidente no transporte de óleo diesel. Imposição de multa ao proprietário da carga. Impossibilidade. Terceiro. Responsabilidade subjetiva*. (...) II - A responsabilidade civil ambiental é objetiva; porém, tratando-se de responsabilidade administrativa ambiental, o terceiro, proprietário da carga, por não ser o efetivo causador do dano ambiental, responde subjetivamente pela degradação ambiental causada pelo transportador. III - Agravo regimental provido. (AgRg no AREsp 62.584/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Rel. p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 18/06/2015, DJe 07/10/2015)

Cito, ainda, precedente mais recente da Segunda Turma:

> *Processual Civil. Administrativo. Dano ambiental. Auto de infração. Responsabilidade administrativa. Exigência de dolo ou culpa. Multa. Cabimento em tese*. 1. Segundo o acórdão recorrido, "a responsabilidade administrativa ambiental é fundada no risco administrativo, respondendo, portanto, o transgressor das normas de proteção ao meio ambiente independentemente de culpa lato senso, como ocorre no âmbito da responsabilidade civil por danos ambientais" (e-STJ fl. 997). 2. Nos termos da jurisprudência do STJ, como regra a responsabilidade administrativa ambiental apresenta caráter subjetivo, exigindo dolo ou culpa para sua configuração. Precrdentes: REsp 1.401.500 Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/9/2016, AgRg no AREsp 62.584/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Rel. p/ acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 7/10/2015, REsp 1.251.697/PR, Rel. Ministro. Mauro Campbell Marques, Segunda

Turma, DJe 17/4/2012. 3. Recurso Especial parcialmente provido. (REsp 1640243/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 07/03/2017, DJe 27/04/2017)

Esse é o entendimento que deve presidir o exame do caso concreto, em que inequívoco nos autos a inexistência de participação direta da embargante no acidente que deu causa à degradação ambiental.

Nesses termos, é de se prover o recurso especial para anular o Auto de Infração 004/2005, que deu origem ao crédito objeto da CDA executada pelo Município de Guapimirim/RJ, na medida em que se mostra suficiente para tanto o acolhimento da alegação da ora embargante.

Ante o exposto, *dou provimento* aos embargos de divergência, nos termos da fundamentação.

Ficam restabelecidos os ônus sucumbenciais fixados na sentença.

É o voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Processual Civil, Administrativo e Ambiental. Embargos de divergência. Dano ao meio ambiente. Auto de infração. Multa. Responsabilidade administrativa. Exigência de dolo ou culpa.

Histórico da Demanda

1. Trata-se, na origem, de Execução Fiscal proposta pelo Município de Guapimirim/RJ visando à cobrança de multa administrativa ambiental de R$ 5 milhões fundada nos arts. 2º, 6º, 14 da Lei 9.605/1998 e 41 do Decreto 3.179/1999 e imposta pelo derramamento, durante o transporte ferroviário, de aproximadamente sessenta mil litros de óleo diesel de propriedade da ora embargante na Baía de Guanabara e na Área de Proteção Ambiental de Guapimirim.

2. O citado derramamento decorreu do descarrilamento, no dia 26.4.2005, de sete vagões-tanque de propriedade da Ferrovia Centro Atlântica, os quais transportavam o aludido combustível de propriedade da embargante.

3. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu provimento à Apelação do Município de Guapimirim, ora embargado,

e reformou a sentença que anulara o auto de infração ambiental, por entender que a ora Embargante é responsável pelo derramamento de óleo de sua propriedade por culpa *in eligendo*.

Caracterização da Divergência

4. No tocante à preliminar de não conhecimento dos Embargos de Divergência, acompanho o e. Relator para rechaçá-la, visto que existe similitude fático-jurídica entre o acórdão embargado e o paradigma. Como destacado, ambos os julgados versam sobre a natureza da responsabilidade por infração administrativa ambiental. Todavia, enquanto o aresto vergastado adotou a teoria objetiva, o paradigma acolhe a teoria subjetiva.

Responsabilidade Administrativa Ambiental Subjetiva

5. A responsabilidade administrativa por dano ambiental ambiental é de natureza subjetiva, conforme consignado no aresto paradigma.

6. Como destacado pelo e. Relator, a imposição de penalidade administrativa por infração ao meio ambiente rege-se pela teoria da responsabilidade subjetiva.

7. A disposição do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981 de que a indenização ou reparação dos danos ambientais não afasta a aplicação de sanções administrativas significa apenas que a indenização ou reparação do dano prescindem da culpa, e não que as sanções administrativas dispensam tal elemento subjetivo.

8. Não há confundir o direito administrativo sancionador com a responsabilidade civil ambiental.

Conclusão

9. Embargos de Divergência providos, acompanhando o e. Relator.

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Embargos de Divergência interpostos contra acórdão da Primeira Turma assim ementado:

> Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Embargos à execução. Auto de infração lavrado por dano ambiental. A responsabilidade administrativa ambiental é objetiva. A Lei n. 9.605/1998 não impõe que a pena de multa seja obrigatoriamente precedida de advertência.

1. A responsabilidade administrativa ambiental é objetiva. Deveras, esse preceito foi expressamente inserido no nosso ordenamento com a edição da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/1981). Tanto é assim, que o § 1º do art. 14 do diploma em foco define que o poluidor é obrigado, sem que haja a exclusão das penalidades, a indenizar ou reparar os danos, independentemente da existência de culpa. Precedente: REsp 467.212/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 15/12/2003.

2. A penalidade de advertência a que alude o art. 72, § 3º, I, da Lei n. 9.605/1998 tão somente tem aplicação nas infrações de menor potencial ofensivo, justamente porque ostenta caráter preventivo e pedagógico.

3. No caso concreto, a transgressão foi grave; consubstanciada no derramamento de cerca de 70.000 (setenta mil) litros de óleo diesel na área de preservação de ambiental de Guapimirim, em áreas de preservação permanente (faixas marginais dos rios Aldeia, Caceribú e Guaraí-Mirim e de seus canais) e em vegetações protetoras de mangue (fl. 7), Some-se isso aos fatos de que, conforme atestado no relatório técnico de vistoria e constatação, houve morosidade e total despreparo nos trabalhos emergenciais de contenção do vazamento e as barreiras de contenção, as quais apenas foram instaladas após sete horas do ocorrido, romperam-se, culminando o agravamento do acidente (fls. 62-67). À vista desse cenário, a aplicação de simples penalidade de advertência atentaria contra os princípios informadores do ato sancionador, quais sejam; a proporcionalilade e razoabilidade. Por isso, correta a aplicação de multa, não sendo necessário, para sua validade, a prévia imputação de advertência, na medida em que, conforme exposto, a infração ambiental foi grave.

4. Recurso especial conhecido e não provido.

O acórdão da Segunda Turma apontado como paradigma tem a seguinte ementa:

Ambiental. Recurso especial. Multa aplicada administrativamente em razão de infração ambiental. Execução fiscal ajuizada em face do adquirente da propriedade. Ilegitimidade passiva. Multa como penalidade administrativa, diferente da obrigação civil de reparar o dano.

1. Trata-se, na origem, de embargos à execução fiscal ajuizado pelo ora recorrente por figurar no polo passivo de feito executivo levado a cabo pelo Ibama para cobrar multa aplicada por infração ambiental.

2. Explica o recorrente - e faz isto desde a inicial do agravo de instrumento e das razões de apelação que resultou no acórdão ora impugnado - que o crédito executado diz respeito à violação dos arts. 37 do Decreto n. 3.179/99, 50 c/c 25 da Lei n. 9.605/98 e 14 da Lei n. 6.938/81, mas que o auto de infração foi lavrado em face de seu pai, que, à época, era o dono da propriedade.

3. A instância ordinária, contudo, entendeu que o caráter *propter rem* e solidário das obrigações ambientais seria suficiente para justificar que, mesmo a infração tendo sido cometida e lançada em face de seu pai, o ora recorrente arcasse com seu pagamento em execução fiscal.

4. Nas razões do especial, sustenta a parte recorrente ter havido violação aos arts. 3º e 568, inc. I, do Código de Processo Civil (CPC) e 3º, inc. IV, e 14 da Lei n. 6.938/81, ao argumento de que lhe falece legitimidade passiva na execução fiscal levada a cabo pelo Ibama a fim de ver quitada multa aplicada em razão de infração ambiental.

5. Esta Corte Superior possui entendimento pacífico no sentido de que a responsabilidade civil pela reparação dos danos ambientais adere à propriedade, como obrigação *propter rem*, sendo possível cobrar também do atual proprietário condutas derivadas de danos provocados pelos proprietários antigos. Foi essa a jurisprudência invocada pela origem para manter a decisão agravada.

6. O ponto controverso nestes autos, contudo, é outro. Discute-se, aqui, a possibilidade de que terceiro responda por sanção aplicada por infração ambiental.

7. A questão, portanto, não se cinge ao plano da responsabilidade civil, mas da responsabilidade administrativa por dano ambiental.

8. Pelo princípio da intranscendência das penas (art. 5º, inc. XLV, CR88), aplicável não só ao âmbito penal, mas também a todo o Direito Sancionador, não é possível ajuizar execução fiscal em face do recorrente para cobrar multa aplicada em face de condutas imputáveis a seu pai.

9. Isso porque a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano.

10. A diferença entre os dois âmbitos de punição e suas consequências fica bem estampada da leitura do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, segundo o qual "[s]em obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo [entre elas, frise-se, a multa], é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade".

11. O art. 14, *caput*, também é claro: "[s]em prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: [...]".

12. Em resumo: a aplicação e a execução das penas limitam-se aos transgressores; a reparação ambiental, de cunho civil, a seu turno, pode abranger

> todos os poluidores, a quem a própria legislação define como "a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental" (art. 3º, inc. V, do mesmo diploma normativo).
>
> 13. Note-se que nem seria necessária toda a construção doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a obrigação civil de reparar o dano ambiental é do tipo *propter rem*, porque, na verdade, a própria lei já define como poluidor todo aquele que seja responsável pela degradação ambiental - e aquele que, adquirindo a propriedade, não reverte o dano ambiental, ainda que não causado por ele, já seria um responsável indireto por degradação ambiental (poluidor, pois).
>
> 14. Mas fato é que o uso do vocábulo "transgressores" no *caput* do art. 14, comparado à utilização da palavra "poluidor" no § 1º do mesmo dispositivo, deixa a entender aquilo que já se podia inferir da vigência do princípio da intranscendência das penas: a responsabilidade civil por dano ambiental é subjetivamente mais abrangente do que as responsabilidades administrativa e penal, não admitindo estas últimas que terceiros respondam a título objetivo por ofensa ambientais praticadas por outrem.
>
> 15. Recurso especial provido.

O recorrente alega que há divergência relativamente à interpretação do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981, especificamente quanto à modalidade de responsabilidade adotada para responsabilização por infrações administrativas ambientais. Afirma que o acórdão embargado aplicou a responsabilidade objetiva, enquanto o paradigma adota a teoria da culpabilidade (responsabilidade subjetiva).

O Relator, e. Ministro Mauro Campbell Marques, votou pelo provimento dos Embargos de Divergência.

Pedi vista dos autos.

Passo a meu *voto*.

Histórico da Demanda

Trata-se, na origem, de Execução Fiscal proposta pelo Município de Guapimirim/RJ visando à cobrança de multa administrativa ambiental de R$ 5 milhões fundada nos arts. 2º, 6º, 14 da Lei 9.605/1998 e 41 do Decreto 3.179/1999 e imposta pelo derramamento, durante o transporte ferroviário, de aproximadamente sessenta mil litros de óleo diesel de propriedade da ora embargante na Baía de Guanabara e na Área de Proteção Ambiental de Guapimirim.

O citado derramamento decorreu do descarrilamento, no dia 26.4.2005, de sete vagões-tanque de propriedade da Ferrovia Centro Atlântica, os quais transportavam o aludido combustível de propriedade da embargante.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu provimento à Apelação do Município de Guapimirim, ora embargado, e reformou a sentença que anulara o auto de infração ambiental, por entender que a ora embargante é responsável pelo derramamento de óleo de sua propriedade por culpa *in eligendo*.

A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao Recurso Especial sob o fundamento que a responsabilidade administrativa ambiental é objetiva e que a pena de advertência aplica-se somente em caso de infração de menor potencial ofensivo.

Caracterização da Divergência

No tocante à preliminar de não conhecimento dos Embargos de Divergência, acompanho o e. Relator para rechaçá-la, visto que existe similitude fático-jurídica entre o acórdão embargado e o paradigma. Como destacado, ambos os julgados versam sobre a natureza da responsabilidade por infração administrativa ambiental. Todavia, enquanto o aresto vergastado adotou a teoria objetiva, o paradigma acolhe a teoria subjetiva.

Responsabilidade Administrativa Ambiental Subjetiva

O acórdão recorrido anotou ser objetiva a responsabilidade administrativa por dano ambiental. Constou do voto vencedor (fls. 1.085-1.086):

> Pois bem, ao contrário do entendimento da recorrente, é objetiva a responsabilidade administrativa ambiental. Deveras, esse preceito foi expressamente inserido no nosso ordenamento com a edição da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/1981). Tanto é assim, que o § 1º do art. 14 do diploma em foco define que o poluidor é obrigado, sem que haja a exclusão das penalidades, a indenizar ou reparar os danos, independentemente da existência de culpa
>
> Oportuna é transcrição do dispositivo em comento:
>
> > § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade

> para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.
>
> Dessarte, é extreme de dúvida que são independentes as esferas de responsabilidade, mas, em se tratando das responsabilidades civil e administrativa, a Lei n. 6.938/1981 tratou de elidir a culpa e o dolo para a imputação de penalidades e obrigação de indenizar ou reparar o dano. Essa é a exegese que se infere da primeira parte do § 1º do art. 14 do dispositivo sob exame.

Contudo, a responsabilidade administrativa por dano ambiental ambiental é de natureza subjetiva, conforme consignado no aresto paradigma.

Como destacado pelo e. Relator, a imposição de penalidade administrativa por infração ao meio ambiente rege-se pela teoria da responsabilidade subjetiva.

A disposição do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981 de que a indenização ou reparação dos danos ambientais não afasta a aplicação de sanções administrativas significa apenas que a indenização ou reparação do dano prescindem da culpa, e não que as sanções administrativas dispensam tal elemento subjetivo.

Não há confundir o direito administrativo sancionador com a responsabilidade civil ambiental, chegando-se ao ponto de atribuir responsabilidade do autuado por fato de terceiro.

Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Multa ambiental. Derramamento de produto tóxico em avenida. Sucumbência mínima. Revisão. Impossibilidade. Súmula n. 7/STJ. Incidência. Dano ambiental. Responsabilidade administrativa ambiental. Natureza subjetiva. Culpa. Comprovação. Revisão. Impossibilidade. Súmula n. 7/STJ. Argumentos insuficientes para desconstituir a decisão atacada. Aplicação de multa. Art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015. Descabimento.
>
> I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.
>
> II - *In casu*, rever o entendimento do tribunal de origem, que consignou acerca dos ônus sucumbenciais, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 7/STJ.
>
> III - Não se desconhece o entendimento consolidado nesta Corte, segundo o qual, tratando-se de responsabilidade administrativa ambiental, o terceiro,

proprietário da carga, por não ser o efetivo causador do dano ambiental, responde subjetivamente pela degradação ambiental causada pelo transportador, aferindo-se a responsabilidade mediante a comprovação da culpa.

IV - *In casu*, rever o entendimento do tribunal de origem, que consignou acerca da responsabilidade pelo dano ambiental no deslocamento e transporte da carga, sem a cautela exigida pela natureza do produto, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 7/STJ.

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

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

VII - Agravo Interno improvido.

(AgInt no REsp 1.712.989/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 07/06/2018, DJe 14/06/2018)

Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Multa ambiental. Derramamento de produto tóxico em avenida. Sucumbência mínima. Revisão. Impossibilidade. Súmula n. 7/STJ. Incidência. Dano ambiental. Responsabilidade administrativa ambiental. Natureza subjetiva. Culpa. Comprovação. Revisão. Impossibilidade. Súmula n. 7/STJ. Argumentos insuficientes para desconstituir a decisão atacada. Aplicação de multa. Art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015. Descabimento.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - *In casu*, rever o entendimento do tribunal de origem, que consignou acerca dos ônus sucumbenciais, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 7/STJ.

III - Não se desconhece o entendimento consolidado nesta Corte, segundo o qual, tratando-se de responsabilidade administrativa ambiental, o terceiro, proprietário da carga, por não ser o efetivo causador do dano ambiental, responde subjetivamente pela degradação ambiental causada pelo transportador, aferindo-se a responsabilidade mediante a comprovação da culpa.

IV - *In casu*, rever o entendimento do tribunal de origem, que consignou acerca da responsabilidade pelo dano ambiental no deslocamento e transporte da

carga, sem a cautela exigida pela natureza do produto, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 7/STJ.

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

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

VII - Agravo Interno improvido.

(AgInt no REsp 1.712.989/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 07/06/2018, DJe 14/06/2018)

Processual Civil e Administrativo. Argumentos suscitados nas contrarrazões. Manifestação. Desnecessidade. Dano ambiental. Auto de infração. Responsabilidade administrativa. Caráter subjetivo.

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

2. O magistrado não está obrigado a responder a todas as alegações das partes nem tampouco a rebater um a um todos seus argumentos, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. Precedentes.

3. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a responsabilidade administrativa ambiental tem caráter subjetivo, exigindo-se a demonstração de dolo ou culpa e do nexo causal entre conduta e dano. Precedentes.

4. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 826.046/SC, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 27/02/2018, DJe 05/04/2018)

Processual e Ambiental. Exploração econômica de Área de Proteção Permanente - APP. Multa afastada. Ausência de dolo ou culpa do agente. Revisão de fatos e provas. Súmula 7/STJ. Incidência.

1. Segundo consolidada jurisprudência desta Corte, "a responsabilidade administrativa ambiental tem caráter subjetivo, exigindo-se a demonstração de dolo ou culpa e do nexo causal entre conduta e dano" (AgInt no AREsp 826.046/

SC, Rel. Ministro *Gurgel de Faria*, *Primeira Turma*, julgado em 27/02/2018, DJe 05/04/2018).

2. As instâncias ordinárias, ao examinar as peculiaridades do caso concreto, afastou a multa ambiental aplicada, por não vislumbrar na conduta praticada a presença de dolo ou culpa. Assim, a alteração do acórdão recorrido 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. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1.263.957/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 28/08/2018, DJe 03/09/2018)

Processual Civil. Administrativo. Dano ambiental. Auto de infração. Responsabilidade administrativa. Exigência de dolo ou culpa. Multa. Cabimento em tese.

1. Segundo o acórdão recorrido, "a responsabilidade administrativa ambiental é fundada no risco administrativo, respondendo, portanto, o transgressor das normas de proteção ao meio ambiente independentemente de culpa lato senso, como ocorre no âmbito da responsabilidade civil por danos ambientais" (e-STJ fl. 997).

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, como regra a responsabilidade administrativa ambiental apresenta caráter subjetivo, exigindo dolo ou culpa para sua configuração. Precrdentes: REsp 1.401.500 Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/9/2016, AgRg no AREsp 62.584/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Rel. p/ acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 7/10/2015, REsp 1.251.697/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 17/4/2012.

3. Recurso Especial parcialmente provido.

(REsp 1.640.243/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 07/03/2017, DJe 27/04/2017)

Administrativo e Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Violação ao art. 535 do CPC. Inocorrência. Dano ambiental. Acidente no transporte de óleo diesel. Imposição de multa ao proprietário da carga. Impossibilidade. Terceiro. Responsabilidade subjetiva.

I - A Corte de origem apreciou todas as questões relevantes ao deslinde da controvérsia de modo integral e adequado, apenas não adotando a tese vertida pela parte ora Agravante. Inexistência de omissão.

II - A responsabilidade civil ambiental é objetiva; porém, tratando-se de responsabilidade administrativa ambiental, o terceiro, proprietário da carga, por não ser o efetivo causador do dano ambiental, responde subjetivamente pela degradação ambiental causada pelo transportador.

III - Agravo regimental provido.

(AgRg no AREsp 62.584/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Rel. p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 18/06/2015, DJe 07/10/2015)

Ante o exposto, *acompanho o e. Relator e dou provimento aos Embargos de Divergência*.

É como *voto*.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 20.013-DF (2013/0094361-4)

Relator: Ministro Gurgel de Faria
Impetrante: Lindomar Antônio Lembranci
Impetrante: Edmar Gilberto Lembrance
Impetrante: Arnaldo Jorge Lembrance
Impetrante: Pedro Paulo Lembrance
Impetrante: Antonio Vitor Lembrance
Impetrante: Nildo Lembrance Junior
Impetrante: Edinaide Aparecida Lembrance
Impetrante: Anna Maria Lembranci
Advogados: Marcelo Sena Santos - BA030007
Rita Santana Sena Santos e outro(s) - BA030029
Impetrado: Ministro de Estado da Justiça
Interes.: União
Procurador: Advocacia-Geral da União - AGU - AL000000U
Interes.: Município de Porto Seguro
Procurador: Hélio José Leal Lima e outro(s) - BA000461B
Interes.: Estado da Bahia
Procurador: Antonio José Telles de Vasconcelos e outro(s)
Litis. Pas: Federação Indígena das Nações Pataxó e Tupinambá do Extremo Sul da Bahia - FINPAT
Advogado: Adelar Cupsinski - DF040422

EMENTA

Processual Civil, Constitucional e Administrativo. Mandado de segurança preventivo. Litisconsórcio passivo necessário. Configuração. Portaria declaratória. Remarcação de terras indígenas. Art. 67 do ADCT. Lapso temporal. Prazo programático. Decadência. Inocorrência. Processo demarcatório. Ato jurídico perfeito, contraditório e ampla defesa. Ofensa. Inexistência. Direito de propriedade. Direito dos índios sobre as terras que ocupam. Conflito. Dilação probatória. Via eleita. Inadequação.

1. Mandado de segurança preventivo impetrado contra o Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública, a fim de que se abstenha de assinar a Portaria Declaratória de Ampliação da Terra Indígena de Barra Velha e determine o arquivamento definitivo do Proc. FUNAI/BSB/2556/1982 em relação ao imóvel adquirido pelos impetrantes, mediante título aquisitivo de compra e venda devidamente registrado no cartório de imóveis.

2. A despeito da função institucional do Ministério Público (art. 129, V, da CF) e da obrigação da União de zelar pela proteção das terras e dos direitos dos índios no Brasil (art. 215, § 1, e 231 da CF), o art. 232 da Constituição Federal de 1988 reconheceu a capacidade processual dos índios, suas comunidades e organizações para a defesa de seus próprios direitos e interesses, objetivando facilitar o seu acesso ao Poder Judiciário.

3. Hipótese em que as lideranças da Terra Indígena Pataxó de Barra Velha e comunidades parceiras, organizadas pela Federação Indígena das Nações Pataxó e Tupinambá do Extremo Sul da Bahia, devidamente representada por seus advogados, foram admitidas como litisconsortes passivos necessários.

4. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que o prazo quinquenal previsto no 67 da ADCT não é decadencial, sendo o lapso temporal estipulado pelo Poder Constituinte para fins programáticos, com o intuito de impor ao administrador maior agilidade nos processos de demarcação, até porque somente em 1996 foi publicado o Decreto n. 1.775, que disciplina o procedimento administrativo de demarcação.

5. A jurisprudência dos tribunais superiores firmou-se na linha de que o prazo previsto no art. 54 da Lei n. 9.784/1999 não pode ser aplicado de forma retroativa, devendo incidir somente após a vigência do referido diploma legal.

6. Considerando que o prazo decadencial começou a fluir em 1º/02/1999, data da entrada em vigor da Lei n. 9.784, forçoso convir que, quando a FUNAI resolveu constituir o primeiro grupo técnico para realizar estudos de revisão de limites da Terra Indígena de Barra Velha, por meio de sua Portaria 685 de 18 de agosto de 1999, ainda não havia ocorrido a decadência administrativa.

7. O processo administrativo de ampliação da aludida terra encontra-se em curso há anos, em razão de inúmeros fatores, entre eles, a controvérsia jurídica entre ICMBIO, INCRA e FUNAI a respeito da sobreposição de terra indígena sobre áreas de proteção ambiental no sul da Bahia e dos projetos de assentamento, alvos de arbitragem da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Advocacia Geral da União – CCAF/AGU, a qual não chegou a uma resolução nesse caso concreto.

8. Publicado o relatório circunstanciado de revisão de limites da terra indígena, conforme exigido pelo § 6º do art. 2º do Decreto n. 1.775/996 e 231 da CF/1988, o Presidente da FUNAI encaminhou o processo administrativo ao Ministro da Justiça, que, por sua vez, minutou uma portaria em que declara de posse permanente do Grupo Indígena Pataxó a Terra Indígena Barra Velha, ampliando a área de 8.627,4590ha (oito mil, seiscentos e vinte e sete hectares, quarenta e cinco ares e noventa centiares), originalmente demarcada por meio do Decreto Federal n. 396/1991, para mais de 52.000,00ha (cinquenta e dois mil hectares), não tendo sido o documento assinado, em virtude de decisão liminar.

9. No caso, a administração pública não permaneceu inerte, tendo exercido o seu poder de autotutela no prazo legal, nos termos das Súmulas 346 e 473 do STF e, ainda que assim não fosse, trata-se de procedimento administrativo instaurado com o objetivo de rever ato supostamente eivado de vícios formais e materiais, o que afasta a alegada violação dos arts. 5º, XXXVI, da CF/88 e 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

10. A possibilidade de superação do vício pelo decurso do prazo decadencial, mesmo nas hipóteses de absoluta contrariedade à Constituição Federal, encontra-se pendente de julgamento pelo STF, que reconheceu a repercussão geral do tema (RE 817.338/DF, Relator Min. *Dias Toffoli*, DJe 08/10/2015), e, enquanto não houver decisão com caráter vinculante, deve prevalecer a atual jurisprudência dos tribunais superiores, no sentido de que os atos administrativos nulos não podem ser convalidados pelo decurso de tempo.

11. De qualquer ângulo de que se examine a questão, não se vislumbra a alegada ofensa ao art. 54 da Lei n. 9.784/1999, sendo garantido aos impetrantes, contudo, o controle judicial da legalidade de qualquer ato administrativo, sempre que se sentirem ofendidos em seus direitos.

12. Segundo o entendimento da Suprema Corte, "o processo de demarcação de terras indígenas, tal como regulado pelo Decreto n. 1.775/1996, não vulnera os princípios do contraditório e da ampla defesa, de vez que garante aos interessados o direito de se manifestarem" (RMS 27.255 AgR/DF, Relator Min. *Luiz Fux,* Primeira Turma, DJe 11/12/2015), sendo a referida norma editada com o fito de concretizar os mandamentos contidos nos arts. 231 e 232 da Constituição Federal de 1988.

13. O rito estabelecido no Decreto n. 1.775/96 não determina a notificação direta (citação pessoal) de eventuais interessados para manifestação no processo demarcatório, sendo bastante a publicação, em diário oficial, do resumo do relatório circunstanciado, do memorial descritivo e do mapa da área e, ainda, sua fixação na sede da prefeitura do município em que situado o imóvel, nos termos do § 7º do art. 2º do Decreto n. 1.775/1996, o que ocorreu na espécie.

14. No julgamento da Petição n. 3.388/RR (caso da Raposa Serra do Sol), considerado como *leadind case* da matéria, o Supremo Tribunal Federal adotou a data da promulgação da Constituição Federal (5 de outubro de 1988) como marco temporal para aferir se a área objeto de demarcação constitui terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, tendo sido estabelecidas 19 condições para a revisão da demarcação dos limites da terra indígena.

15. Não se vislumbra a alegada violação das diretrizes impostas pelo STF nos itens XVII (é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada) e XIX (é assegurada a efetiva participação de todos os entes da Federação em todas as etapas do processo de demarcação) do referido julgado, não havendo ensejo para o impedimento da continuidade da revisão do procedimento demarcatório originário das Terras Indígenas de Barra Velha, sob a ótica da legalidade.

16. Os documentos constantes nos autos indicam que o procedimento originário de demarcação da terra indígena Barra Velha decorreu de um acordo entre FUNAI e IBDF, sem a realização de estudos específicos de identificação da ocupação tradicional e permanente do Grupo Indígena Pataxó, apresentando (tal processo) vícios de legalidade que, se mantidos, podem gerar mais instabilidade do que segurança jurídica, considerando-se sobretudo os múltiplos interesses envolvidos no processo de demarcação em análise – econômico, ambiental, fundiário e sociocultural.

17. A discussão a respeito da tradicionalidade da ocupação indígena – que deve ser analisada sob o prisma técnico da história do grupo indígena e da natureza da ocupação –, bem como acerca da validade dos títulos imobiliários existentes em nome de particulares sob a área *sub judice* exigem dilação probatória, providência incompatível com o rito mandamental.

18. Tendo em vista os vários interesses envolvidos nos processos de demarcação em análise, bem como o tempo de sua tramitação, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) deveria buscar meios alternativos para uma solução amigável do conflito entre as partes, nos termos dos arts. 3º e 174 do atual Código de Processo Civil, antes de se concluir a última etapa do procedimento administrativo.

19. Ordem denegada. Liminar cassada e agravos regimentais julgados prejudicados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por

unanimidade, denegar a segurança, cassando a liminar anteriormente deferida e, em consequência julgar prejudicados o agravo regimental interposto pela União e o agravo interno manejado pelos impetrantes, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes os Srs. Ministros Francisco Falcão e Og Fernandes.

Brasília (DF), 27 de março de 2019 (data do julgamento).

Ministro Gurgel de Faria, Relator

DJe 2.4.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Trata-se de mandado de segurança preventivo, com pedido de liminar, impetrado por *Lindomar Antônio Lembranci* e *Outros* contra o Sr. Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública, a fim de que se abstenha de assinar a Portaria Declaratória de Ampliação da Terra Indígena de Barra Velha e determine o arquivamento definitivo do Proc. FUNAI/BSB/2556/1982, em relação à Fazenda Lembrança II, adquirida pelos impetrantes, em 22/02/2000, mediante título aquisitivo de compra e venda, devidamente registrado no cartório de imóveis.

Narram que, concluído o processo administrativo de demarcação da Terra Indígena de Barra Velha (Proc. FUNAI/BSB/2556/1982), localizada no Município de Porto Seguro, com o fito de estabelecer a área tradicionalmente ocupada pelo grupo indígena Pataxó, o então Presidente da República homologou o procedimento, por meio do Decreto Federal n. 396/1991 (doc. e-STJ fl. 494), reservando à aludida comunidade uma área total de 8.627,4590ha (oito mil, seiscentos e vinte e sete hectares, quarenta e cinco ares e noventa centiares).

Posteriormente, verificou-se que a área demarcada encontrava-se dentro de uma reserva ambiental, pertencente ao Parque Nacional Monte Pascoal, no extremo sul do Estado da Bahia. Diante dessa constatação, a FUNAI e o IBDF promoveram um Termo de Acordo por meio do qual "compuseram o conflito estritamente acerca da sobreposição de áreas e ratificaram a área delimitada pela própria FUNAI mediante todos os procedimentos exigíveis à época – Decreto Federal n. 76.999/76" (e-STJ fl. 11).

Sustentam que, apesar de ultrapassado o prazo de 5 (cinco) anos para a Administração rever seus atos (art. 54 da Lei n. 9.784/1999), a FUNAI constituiu novo grupo técnico para realizar estudos para a remarcação e ampliação dessa reserva, que passaria de 8.627,4590ha (oito mil, seiscentos e vinte e sete hectares, quarenta e cinco ares e noventa centiares) para mais de 52.000,00ha (cinquenta e dois mil hectares), sob a premissa equivocada de que a demarcação originou-se de mero acordo entre órgãos federais, circunstância não constatada no Processo FUNAI/BSB/3267/80, o qual resultou na Portaria n. 1.393/1982 (doc. e-STJ fls. 466/467).

Aduzem que "a demarcação originária da Terra Indígena de Barra Velha, não foi fruto de um mero acordo entre os órgãos federais – IBDF e FUNAI – estes apenas conciliaram acerca da sobreposição de área, vez que ambos passariam a ter uma espécie de jurisdição sobre o mesmo espaço territorial, identificado sob dois 'gravames' distintos (ambiental X indígena)" (e-STJ fl. 13).

Acrescentam que, no processo de ampliação, surgiram novas questões, que envolveram órgãos federais – IBAMA, INCRA e FUNAI –, o que ocasionou a abertura, em 2004, "de Procedimento Administrativo de Conciliação, este através da Câmara de Conciliação *Ad-hoc* da AGU – Advocacia Geral da União – Anexo 15" (e-STJ fls. 14). Nesse ínterim, especificamente em 27 de fevereiro de 2008, o Presidente da Funai aprovou o novo relatório do Grupo Técnico, passando a área já demarcada dos seus 8.627,4590ha para aproximadamente 52.000ha (cinqüenta e dois mil hectares)", tornando inviável a conciliação entre os órgãos supra citados, circunstância que ensejou a conversão do procedimento de conciliação em arbitragem.

Informam que "a referida arbitragem resultou no Parecer n. AGU/SRG-01/2009 – Anexo 17", no qual se "reconheceu a impossibilidade jurídica de continuidade do processo administrativo da revisão da Terra Indígena de Barra Velha, pautando tal assertiva na condicionante XVII do Acórdão da Petição n. 3.388/RR do STF". Não obstante, afirmam que a FUNAI prosseguiu com o processo de ampliação sob a "articulada denominação de revisão", o que culminou na edição de portaria para assinatura do Ministro da Justiça, em 18/07/2012, ora objeto de impugnação.

Nesse contexto, entendem que a decisão da autarquia federal afronta o disposto no art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, que estabeleceu prazo máximo de 5 (cinco) anos, a contar da promulgação da Constituição Federal de 1988, para a conclusão de todas as

demarcações das áreas indígenas, além de contrariar o Parecer da Advocacia-Geral da União (Parecer AGU/SRG-01/2009) (e-STJ fls. 503/605), o Decreto Federal n. 76.999/1976, bem como os arts. 54 da Lei Federal n. 9.784/1999 e 6º, § 1º, da LICC.

Defendem, ainda, que a ampliação da terra indígena em comento gera enorme insegurança jurídica, pois desrespeita o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Petição n. 3.888/RR – referente à Terra Indígena Raposa Serra do Sol –, especificamente as condicionantes XVII ("é vedada a ampliação de área indígena já demarcada") e XIX ("é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento") daquele julgado.

Acrescentam que inexiste qualquer procedimento em curso objetivando a anulação do Proc. FUNAI/BSB/2556/1982, bem como que a Portaria n. 2.498/2011 do Ministro da Justiça (e-STJ fl. 2.101) impôs a observância imediata da condicionante XIX estabelecida no acórdão da Petição n. 3.888/RR.

Afirmam que o *periculum in mora* reside no fato de a portaria declaratória, já redigida (e-STJ fls. 663/665), estar na iminência de ser assinada pelo Ministro da Justiça, ora impetrado, o que poderá acarretar a paralização das atividades agrícolas dos proprietários das terras em comento e, em consequência, do recolhimento de tributos, além de demissões em massa das inúmeras frentes de trabalho e inevitável êxodo rural.

Requerem, em sede liminar, a concessão da tutela antecipada, com a determinação de que o impetrado se abstenha de assinar a portaria declaratória com finalidade de ampliar a Terra Indígena de Barra Velha, bem como seja suspenso o processo de ampliação FUNAI/BSB/2556/1982, *inaudita altera pars*, até decisão final deste *mandamuns*.

No mérito pugnam pela declaração da nulidade do referido processo (de ampliação da Terra Indígena Barra Velha – Processo FUNAI/BSB/2556/1982), em face das inúmeras ilegalidades demonstradas, determinando-se o arquivamento definitivo do aludido procedimento.

Deferida a liminar pelo em. Ministro Ari Pargendler, então relator do *mandamus*, o Município de Porto Seguro e o Estado da Bahia, devidamente intimados, manifestaram o seu interesse no deslinde do presente *writ*, no sentido de que a ordem seja concedida (e-STJ fls. 2.024/2.025).

Contra o aludido *decisum*, a União interpôs agravo regimental, pendente ainda de julgamento (e-STJ, fls. 2.033/2.050).

As informações foram prestadas pela autoridade indicada como coatora (e-STJ fls. 2.055/2.101), bem como pela FUNAI.

Após, o Ministério Público opinou pela denegação da ordem, em parecer assim resumido (e-STJ fl. 2.193):

> Mandado de segurança. Demarcação de terras indígenas. Pet 3.388/RR. Ausência de efeito vinculante. Demarcação anterior. Correção. Ausência de prova pré-constituída. Necessidade de dilação probatória. Denegação da ordem.
>
> - Desprovida de efeito vinculante a decisão proferida pelo STF na Pet n. 3.388/RR em ação popular relativa à demarcação de terra indígena. A ação popular não é meio processual de controle abstrato de normas e não produz efeitos vinculantes relativamente a outras demarcações de terras indígenas.
>
> - As "condições ou salvaguardas" contidas na decisão proferida pelo STF na Pet n. 3.388/RR se destinaram à execução do próprio julgado, não sendo possível, sob pena de ferir a estrutura do ordenamento nacional, admitir como possível venham a substituir critérios legais ou constitucionais em demarcação de terras indígenas, a superar as circunstâncias de caso concreto outro, especialmente quando demandarem essas circunstâncias a atuação do poder público para a correção de erro em demarcação que ficou aquém da proteção conferida pelo ordenamento constitucional instaurado com a Constituição Federal de 1988 na proteção da terra indígena.
>
> - Ademais, a questão posta sob exame demanda dilação probatória, levando a ausência da prova pré-constituída e a complexidade da matéria à denegação da ordem.
>
> - Parecer pela denegação da ordem.

Às e-STJ fls. 2.212/2.262, os impetrantes reiteram os argumentos anteriormente expendidos, noticiando que o então Presidente da República aprovou, por meio de despacho, o Parecer n. 001/2017/GAB/CGU/AGU, em 20 de julho de 2017, com efeito vinculante a toda a administração pública federal, no qual se determina a aplicação de todas as condicionantes estabelecidas pelo STF na Pet n. 3.388/RR.

Às e-STJ fls. 2.547/2.554, reconheci a condição de litisconsorte passivo necessário da *Federação Indígena das Nações Pataxó e Tupinambá do Extremo Sul da Bahia – FINPAT*, determinando a sua intimação para oferecer contestação, o que ocorreu às e-STJ fls. 2.560/2.604.

Contra a aludida decisão, os ora impetrantes interpuseram agravo interno (e-STJ fls. 2.608/2.628), ainda pendente de julgamento, sendo a respectiva impugnação apresentada às e-STJ fls. 2.634/2.643.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria (Relator): Cinge-se a controvérsia ao exame da legalidade da reabertura do processo de demarcação da Terra Indígena de Barra Velha do Monte Pascoal (FUNAI/BSB/2556/1982) – localizada no Município de Porto Seguro/BA –, que se iniciou antes da Constituição Federal de 1988, por meio da Portaria 1.393/1982, tendo sido homologado pelo Decreto Federal n. 396, de 24 de dezembro de 1991, e registrado no Cartório de Registro de Imóveis em 1992, reservando à comunidade indígena Pataxó uma área total de 8.627,4590ha (e-STJ fls. 494/495).

Os impetrantes apontam o Ministro de Estado da Justiça como coator, diante do receio de uma futura decisão administrativa eventualmente proferida em desfavor deles, que homologue o processo administrativo de remarcação da aludida terra, a fim de ampliar a área *sub judice* para aproximadamente 52.000ha (cinqüenta e dois mil hectares), visto que a FUNAI já enviou a proposta à autoridade impetrada (e-STJ fl. 2.605), tendo sido a portaria ministerial redigida (e-STJ fls. 663/665), mas ainda não assinada, em virtude de o procedimento ter sido suspenso por decisão liminar do então relator do *mandamus*, o em. Ministro Ari Pargendler.

Contra a aludida liminar, a União interpôs agravo regimental, pendente de julgamento.

De notar, ainda, que, por meio de agravo interno, os impetrantes impugnaram a decisão de e-STJ fls. 2.547/2.554, por mim proferida, na qual reconheci a condição de litisconsorte passivo necessário da Federação Indígena das Nações Pataxó e Tupinambá do Extremo Sul da Bahia, defendendo a ilegitimidade da FINPAT para representar individualmente o referido grupo indígena, visto que não teria comprovado os requisitos previsto no art. 9º, §§ 1º, 2º e 3º, do seu próprio estatuto, elencados às e-STJ fls. 2.619/2.620 da peça recursal.

Alegaram no referido recurso, ainda não julgado, a impossibilidade de a Federação ser considerada litisconsorte necessário, ao argumento de que a

União, representante legal da comunidade indígena em juízo, já se manifestou nos autos, defendendo os seus interesses.

Nesse contexto, cuidando-se de mandado de segurança preventivo contra a edição da Portaria Ministerial Declaratória de Ampliação da Terra Indígena de Barra Velha, decorrente de um procedimento administrativo complexo, que se aperfeiçoa apenas com o decreto homologatório do Presidente da República, entendo que não decorreu o prazo decadencial para impetração do presente *writ*, manejado antes do ato administrativo de efeitos concretos, de modo que o remédio heroico merece ser analisado (*v.g*. REsp 1.474.606/PE, Relator Ministro *Og Fernandes*, Órgão Julgador T2 - *Segunda Turma*, DJe 06/10/2017, e AgRg no AREsp 357.522/ES, Relator Ministro *Olindo Menezes* (*Desembargador Convocado do TRF 1ª Região*), Órgão Julgador T1 - *Primeira Turma*, DJe 28/09/2015).

Da Preliminar de Inexistência de Litisconsórcio Necessário

No curso do processo, as lideranças da Terra Indígena Pataxó de Barra Velha e comunidades parceiras, organizadas pela Federação Indígena das Nações Pataxó e Tupinambá do Extremo Sul da Bahia, requereram o seu ingresso no feito, juntando, na oportunidade, a procuração judicial de e-STJ fl. 2.308 e, posteriormente, a carta de e-STJ fls. 2.540/2.544, sendo o pedido deferido às e-STJ fls. 2.547/2.554.

Primeiramente, tem-se que, sem embargo da função institucional do Ministério Público (art. 129, V, da CF) e da obrigação da União de zelar pela proteção das terras e dos direitos dos índios no Brasil (art. 215, § 1, e 231 da CF), o art. 232 da Carta Magna de 1988 reconheceu a capacidade processual dos índios, suas comunidades e organizações para a defesa de seus próprios direitos e interesses, a fim de facilitar o seu acesso ao Poder Judiciário.

Considerando-se que as comunidades indígenas se organizam segundo os usos, costumes e tradições de seu povo, ainda que não sejam formalmente constituídos, nos termos do Direito Civil, possuem representatividade.

Na hipótese, entendo que FINPAT, no caso representada pelo seu presidente, o Sr. Gerdion Santos do Nascimento (Cacique Aruã), RG 0774957484 SSP/BA, CPF 007039835-63, e pelos seus caciques e lideranças tradicionais, consoante Estatuto de e-STJ fls. 2.328/2.337, constitui parte legítima para ingressar em juízo (*vide* documentação acostada aos autos, às e-STJ fls. 2.308/2.728).

Ademais, conforme registrei na decisão interlocutória, objeto do agravo interno dos particulares, a Lei n. 12.016/2009 estabelece expressamente, em seu art. 24, que se aplicam ao mandado de segurança os arts. 46 a 49 do Código de Processo Civil/1973 (correspondentes aos arts. 114 a 118 do CPC/2015), os quais tratam do litisconsórcio.

Em relação ao litisconsórcio necessário, o Código de Processo Civil/1973, vigente à época da impetração, assim dispunha:

> Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

Por oportuno, destaco que o art. 114 do CPC/2015 estabelece que o "litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes".

Conclui-se que o comando inserto no art. 24 da Lei n. 12.016/2009 restringiu à condição de litisconsortes o ingresso de terceiros no Mandado de Segurança, não prevendo a "intervenção de terceiros", seja na condição de assistente simples ou litisconsorcial (arts. 50 a 55 do CPC/1973, correspondentes ao art. 199 e ss do CPC/2015), seja na qualidade de interessado, por ser incompatível com o rito especial do *writ*.

Aliás, o voto condutor do em. Ministro Luiz Fux, proferido na ocasião do julgamento do MS 32.074/DF pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, DJe 05/11/2014, esclarece a questão, nos seguintes termos:

> *Preliminarmente, assento a incompatibilidade entre o procedimento do mandado de segurança e o instituto processual da intervenção de terceiros, consoante a remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.*
>
> Em 30.6.2009, ao examinar o pedido de intervenção como assistente litisconsorcial formulado no Mandado de Segurança n. 27.994/DF, o Ministro Celso de Mello sintetizou a jurisprudência do STF sobre o tema, nos termos seguintes:
>
> > Indefiro o ingresso, nesta causa, dos ora postulantes, não obstante hajam invocado a sua condição de assistentes litisconsorciais qualificados (CPC, art. 54).

> É que o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte firmou-se no sentido 'do descabimento da assistência no mandado de segurança, tendo em vista o que dispõe o art. 19 da Lei n. 1.533/51, na redação dada pela Lei n. 6.071/74, que restringiu a intervenção de terceiros, no procedimento do 'writ', *ao instituto do litisconsórcio*' (RTJ 123/722, Rel. Min. *Célio Borja*).
>
> Esse entendimento - que tem sido reiterado, em inúmeras oportunidades, pelo Supremo Tribunal Federal (...) - encontra apoio, igualmente, no magistério da doutrina (CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, 'Manual do Mandado de Segurança', p. 117, 4ª ed., 2003, Renovar): '(...) não me parece possível enfrentar a expressa disposição legal. A Lei n. 6.071/74, alterando a redação do art. 19 da lei especial, sem meias-palavras, não alcançou a assistência, limitando-se a determinar a aplicação, ao processo do mandado de segurança, dos artigos do Código de Processo Civil que regulam o litisconsórcio.
>
> Desse modo, na linha do precedente do Supremo Tribunal Federal, entendo não ser admissível o assistente em mandado de segurança.
>
> Impende enfatizar, por necessário, que essa orientação tem sido reafirmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal:
>
> 'Não assiste ao INCRA, seja na condição de assistente, seja na de terceiro prejudicado, seja, ainda, como litisconsorte passivo, legitimidade para intervir em processo de mandado de segurança no qual se impugne a validade jurídica de declaração expropriatória de imóvel rural, consubstanciada em decreto do Presidente da República editado para fins de reforma agrária. Precedentes. (...).' (RTJ 182/548-549, Rel. Min. Celso de Mello) (...)" (DJ 3.8.2009, grifos nossos).

A atual disciplina normativa do mandado de segurança, consagrada na Lei n. 12.016/2009, seguiu a tônica da legislação anterior (art. 19 da Lei n. 1.533/1951) e não admitiu a intervenção de terceiros no mandado de segurança, sendo aplicável ao rito do writ *apenas o litisconsórcio, nos termos seguintes*:

> Art. 24. Aplicam-se ao mandado de segurança os arts. 46 a 49 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Colaciono ainda diversas decisões monocráticas dos Ministros desta Corte esposando o mesmo entendimento (MS n. 32.824 MC, rel. Min. Roberto Barroso, DJe-072 de 11.04.2014; RMS n. 31.553, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe-050 de 14.03.2014; MS n. 29.178, rel. Min. Ayres Britto, DJe de 15.3.2011; MS n. 27.752, rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 18.6.2010; MS n. 30.659, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 19.10.2011). Merecem destaque, em particular, as palavras pedagógicas no Min. Marco Aurélio nos autos do MS n. 32.450, em que S. Excelência asseverou o seguinte:

> Observem a regência do mandado de segurança, a direcionar à excepcionalidade da intervenção de terceiros.
>
> *Consoante disposto no artigo 24 da Lei n. 12.016/09, são aplicáveis ao processo alusivo à impetração os artigos 46 a 49 do Código de Processo Civil. A falta de referência ao artigo 50, no que versa a participação de terceiro juridicamente interessado, é eloquente. Admite-se o litisconsórcio, mas excluísse a participação de terceiro na relação jurídica processual subjetiva, ainda que tenha interesse jurídico.*

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não discrepa da orientação da Suprema Corte, no sentido de que o procedimento especial do *mandamus* não comporta o ingresso de terceiros. Nesse sentido: EDcl no RMS 49.896/RS, Relator Ministro *Og Fernandes*, *Segunda Turma*, DJe 13/12/2017; AgInt no AREsp 885.847/SC, Relator Ministro *Benedito Gonçalves*, Órgão Julgador T1 - *Primeira Turma*, DJe 21/05/2018, e AgRg no MS 16.702/DF, Relator Ministro *Humberto Martins*, Órgão Julgador Primeira Seção, DJe 22/10/2015.

Registre-se que, apreciando caso análogo ao dos autos, o Supremo Tribunal Federal admitiu o ingresso de comunidades indígenas, na qualidade de litisconsorte passivo, nos autos dos Mandados de Segurança n. 28.541, da relatoria do em. Ministro Marco Aurélio, DJe 05/11/2018, e 34.250/DF, da relatoria do em. Ministro Celso de Mello, DJe 09/02/2017.

In casu, da leitura da portaria declaratória (e-STJ fls. 663/665), já redigida e ainda não assinada por força de liminar deferida no presente *mandamus* pelo então relator, pode-se concluir que existem dois direitos contrapostos: de um lado o direito de posse permanente do grupo indígena e, de outro, o direito de particulares, reconhecido no registro de imóveis como proprietários das terras objeto do processo demarcatório. É certo, ainda, que eventual validação/invalidação do procedimento demarcatório poderá afetar diretamente ambas as partes.

Como se sabe, nos casos em que o ato impugnado gerar direito a terceiros, estes devem ser citados na qualidade de litisconsortes passivos necessários, conforme determina a Súmula 631 do STF ("Extingue-se o processo de mandado de segurança se o impetrante não promove, no prazo assinado, a citação do litisconsorte passivo necessário"), sob pena de comprometer a legalidade do procedimento.

Mutatis mutandis, colho os seguintes julgados desta Corte de Justiça em que se admitiu a intervenção daqueles que podem ter suas esferas jurídicas

afetadas por decisão proferida em mandado de segurança, os quais devem ser chamados para ingressar na lide na condição de litisconsortes passivos necessários, sob pena de nulidade do julgamento.

Vejam-se:

> Administrativo. Processual Civil. Ação rescisória ajuizada com fundamento no art. 485, V, do CPC. Acórdão rescindendo que concedeu o mandado de segurança impetrado originariamente nesta Corte, cassando ato do Ministro de Estado das Comunicações (consistente na anulação de certame licitatório para outorga de exploração de rádio FM), sem que fosse citada a empresa litisconsorte passiva necessária (até então vencedora da licitação). Violação literal ao art. 24 da Lei n. 12.016/09, que preconiza a aplicação ao procedimento do mandado de segurança dos arts. 46 a 49 do CPC. Aplicação da Súmula 631/STF. Procedência do pedido rescisório.
>
> 1. *Caso em que, no* mandamus *no qual produzida a decisão rescindenda, não se promoveu a indispensável citação da litisconsorte passiva necessária, qual seja, a autora da ação rescisória (Super Rádio DM Ltda.), em clara ofensa ao art. 24 da Lei n. 12.016/09, que preconiza aplicar-se ao procedimento do mandado de segurança os arts. 46 a 49 do CPC*.
>
> 2. Com efeito, a citação da Super Rádio DM Ltda., na anterior ação de segurança, fazia-se imperiosa e indispensável, já que no seu bojo a impetrante Rádio Ibiraçu Ltda. questionava específico ato administrativo por meio do qual o Ministro das Comunicações anulou o certame licitatório para outorga de exploração de rádio FM, do qual a Super Rádio DM Ltda. se sagrara vencedora, sendo que, ao cabo da ação, o *writ* acabou concedido em favor dela, impetrante, fulminando diretamente a outorga que até então favorecia a Super Rádio DM Ltda., sem que esta, conquanto terceira diretamente interessada, tivesse sido convocada para integrar o polo passivo da segurança, em regime de litisconsórcio necessário, a teor do art. 47 do CPC.
>
> 3. *Incidência, no caso, da Súmula 631/STF, assim grafada: "Extingue-se o processo de mandado de segurança se o impetrante não promove, no prazo assinado, a citação do litisconsorte passivo necessário". Tal verbete, embora editado ao tempo do art. 19, da Lei n. 1.533/51 (que já exigia tal citação), continua, pelas mesmas razões que lhe deram origem, também aplicável em relação ao correlato art. 24, da nova Lei n. 12.016/09, que passou a disciplinar o mandado de segurança*.
>
> 4. Não se tendo completado, pois, a respectiva relação jurídico-processual, irremediavelmente nula se revela a decisão colegiada então proferida por esta colenda Primeira Seção, no aludido mandado de segurança. Inegável, pois, a configuração, na espécie, da violação de literal disposição de lei, de que cuida o art. 485, V, do CPC.
>
> 5. Sem embargo do contrário entendimento do *Parquet* federal, desinfluente se revela, na espécie, a circunstância de que, em pretérita ação ordinária (anterior

ao referido *writ*), já existisse decisão passada em julgado, reconhecendo a ora ré, Rádio Ibiraçu Ltda., como a efetiva vencedora na licitação referente àquela mesma outorga, haja vista que, adiante, o Ministro de Estado das Comunicações, na via administrativa, houve por bem em redirecionar tal outorga para a Super Rádio DM Ltda. Esse inusitado ato ministerial ensejou a impetração da já mencionada e posterior ação de segurança pela Rádio Ibiraçu Ltda., na qual, como constatado, olvidou-se de promover a obrigatória citação da Rádio DM Ltda., cuja emissora, de forma certa ou errada, era aquela que, a esse tempo, detinha a titularidade da controvertida outorga.

6. Pedido julgado procedente para rescindir (*jus rescindens*) o acórdão proferido nos autos de Mandado de Segurança n. 15.985/DF, tramitado na Primeira Seção do STJ, possibilitando a ulterior reabertura de seu curso para que a Rádio DM Ltda., mediante requerimento a cargo da impetrante Rádio Ibiraçu Ltda. (cf. art. 47, par. único do CPC), seja regularmente citada na qualidade de litisconsorte passiva necessária. No mais, o depósito a que alude o art. 488, II, do CPC deverá ser restituído à parte autora. Custas pela ré, que também arcará com honorários de 20% sobre o valor da ação (art. 20, § 3º do CPC). (AR 4.847/DF, Relator Ministro Sérgio Kukina, Revisor Ministro Ari Pargendler, Órgão Julgador S1 - Primeira Seção, DJe 04.11.2014). (Grifos acrescidos).

Administrativo e Processual Civil. Recurso em mandado de segurança. Concurso público. Cartório. Notificação dos demais candidatos mais bem classificados que o impetrante. Desnecessidade. Citação de litisconsortes passivos necessários não realizada. Potencial alteração do resultado final. Necessidade da citação. Nulidade processual. Anulação do acórdão e retorno dos autos à instância ordinária para regularização.

1. Na origem, cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por candidata portadora de necessidade especial aprovada no Concurso Público para Outorga de Delegações de Serventias Extrajudiciais de Notas e de Registro do Distrito Federal (Edital 1/2013), promovido pelo TJDFT, visando à anulação do Edital 29/2015 e dos atos a ele subsequentes, porque foi publicado o resultado final do certame sem que constassem na classificação geral os candidatos portadores de necessidade especial também aprovados, os quais foram arrolados apenas em lista específica, embora o item 14.3 do edital do certame assegurasse que os candidatos com deficiência teriam seus nomes publicados tanto em lista específica quanto na lista de classificação geral.

2. A ordem foi denegada pelo Tribunal de origem (acórdão de fls. 512-527, e-STJ) por ausência das condições da ação, sob o fundamento de que a impetrante deveria ter notificado judicialmente os demais candidatos classificados nas listas de divulgação do resultado final do certame, tanto os da lista de candidatos portadores de necessidades especiais quanto os daquela relativa aos demais candidatos, em virtude do disposto no *caput* do artigo 3º da Lei 12.016/2009, segundo o qual "o titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em

condições idênticas, de terceiro poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, no prazo de 30 (trinta) dias, quando notificado judicialmente", e no respectivo parágrafo único, segundo o qual "o exercício do direito previsto no *caput* deste artigo submete-se ao prazo fixado no art. 23 desta Lei, contado da notificação", ou seja, ao prazo de 120 dias contados da notificação de cada um dos demais candidatos.

3. A regra contida no art. 3º, *caput*, da Lei 12.016/2009 é inaplicável à hipótese dos autos, uma vez que o eventual direito da impetrante de figurar na lista de classificação geral não decorre do direito de terceiros, ainda que estes sejam os demais candidatos do certame, aprovados em melhor classificação. Precedente nesse sentido: MS 19.227/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 30.04.2013.

4. O concurso público de que tratam os autos destinou-se à outorga de Delegações de Serventias Extrajudiciais de Notas e de Registro, ou seja, de titularidade vitalícia de cartórios, certame que "apresenta a peculiaridade de ter posições fixas, pois depende de forma direta da vacância de serventias extrajudiciais", consoante acentuado no julgamento do RMS 44.566/MG, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 16.12.2015.

5. O STJ firmou o entendimento de que sempre que os efeitos da sentença atingem os candidatos já aprovados, alterando-lhes notas e ordem de classificação, devem todos eles integrar a lide na condição de litisconsortes necessários, em aplicação ao comando do art. 47 do CPC, sob pena de nulidade do processo a partir de sua origem. Precedentes: RMS 40.956/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 1º.4.2013; AgRg no RMS 37.596/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 4.6.2013; RMS 27.777/PI, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 2.4.2012; AgRg no RMS 25.487/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 18.3.2009.

6. *Com amparo no ditame do art. 24 da Lei 12.016/2009, é possível a inclusão de litisconsortes passivos necessários em casos excepcionais ao Mandado de Segurança, apesar do cunho processual diverso do rito mandamental. Precedentes: RMS 44.566/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16/12/2015; RMS 44.122/TO, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 19/8/2015*.

7. *No caso concreto, é imperativa a necessidade de citação dos candidatos aprovados no certame em melhor classificação que a da impetrante, na condição de litisconsortes passivos necessários, uma vez que a alteração do resultado pode repercutir na esfera jurídica individual*.

8. Impõe-se a anulação do acórdão de origem e a devolução autos à instância ordinária a fim de que seja feita a citação dos litisconsortes passivos necessários, nos termos do art. 47 do Código de Processo Civil e da jurisprudência do STJ.

9. Recurso Ordinário provido em parte. (RMS 50.635/DF, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/04/2017) (Grifos acrescidos).

Assim, mantenho a decisão de e-STJ fls. 2.547/2.554, na qual reconheci a condição de litisconsorte passivo necessário da *Federação Indígena das Nações Pataxó e Tupinambá do Extremo Sul da Bahia – FINPAT*, determinando a sua intimação para oferecer contestação, apresentada no prazo legal às e-STJ fls. 2.560/2.604.

Do Prazo Quinquenal estabelecido nos arts. 67 do ADCT da CF/1988 e 54 da Lei n. 9.784/1999

No ponto, os impetrantes defendem ter ocorrido a decadência do direito de a administração rever seus próprios atos, qual seja, o processo administrativo de demarcação da Terra Indígena de Barra Velha (Proc. FUNAI/BSB/2556/1982) homologado pelo Presidente da República, por meio do Decreto Federal n. 396/1991.

De início, cumpre lembrar que a Carta Magna reconhece como bens da União (art. 20, XI) as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, garantindo-lhes "os direitos originários sobre as terras que ocupam", competindo ao ente federal demarcá-las (art. 231).

Por sua vez, o art. 231, § 1º, da CF/88 considera como terras tradicionalmente ocupadas pelos índios: a) as que eles habitam em caráter permanente; b) as utilizadas para suas atividades produtivas; c) as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e c) as necessárias a sua reprodução física e cultural (segundo seus usos, costumes e tradições).

De notar, ainda, que as terras indígenas são inalienáveis e indisponíveis, e o direito sobre elas é imprescritível (art. 231, § 4, CF/88), sendo nulos "quaisquer atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé" (§ 6º).

Outrossim, "é vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco" (§ 5º).

Registre-se, por oportuno, que a Constituição Federal de 1967 já considerava as terras ocupadas pelos índios como bens da União (art. 4º, IV), sendo assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras por eles habitadas e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes. Considerou-se, ainda, a circunstância de que títulos de propriedade oriundos de aquisição a *non domino* seriam nulos.

Como se vê, *os direitos assegurados aos silvícolas sobre a terra decorrem de expressas disposições constitucionais e não do processo de demarcação propriamente dito – "ato meramente formal, que apenas reconhece direito preexistente e constitucionalmente assegurado (art. 231 da CF)."* (SL 610 AgR/SC, Relator Min. *Ricardo Lewandowski*, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJe 04/03/2015).

Nesse contexto, impõe-se afastar, desde logo, a suposta violação da norma constitucional contida no art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, cujo teor dispõe que "a União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição", em virtude de todos direitos fundamentais reconhecidos aos índios.

Primeiro, se admitirmos que o prazo assinalado no art. 67 da ADCT é fatal, em outubro do ano de 1993 todas as terras indígenas deveriam estar regularmente demarcadas, o que, por óbvio, não ocorreu, até porque somente em 1996 foi publicado o Decreto n. 1.775, que dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação.

Segundo, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que o prazo quinquenal previsto no art. 67 do ADCT não é decadencial, tendo em vista a natureza da matéria, sendo o lapso estipulado pelo Poder Constituinte para fins programáticos, com o intuito de impor ao administrador maior agilidade nos processos de demarcação.

Nesse sentido:

> Recurso ordinário em mandado de segurança. Demarcação de terras indígenas. Alegação de nulidade do processo administrativo demarcatório. Inexistência. Decreto 1.775/1996. Constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Não ocorrência. Recurso desprovido.
>
> I - *Esta Corte possui entendimento no sentido de que o marco temporal previsto no art. 67 do ADCT não é decadencial, mas que se trata de um prazo programático para conclusão de demarcações de terras indígenas dentro de um período razoável. Precedentes.*

> II - O processo administrativo visando à demarcação de terras indígenas é regulamentado por legislação própria - Lei 6.001/1973 e Decreto 1.775/1996 - cujas regras já foram declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes.
>
> III - Não há qualquer ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois conforme se verifica nos autos, a recorrente teve oportunidade de se manifestar no processo administrativo e apresentar suas razões, que foram devidamente refutadas pela FUNAI.
>
> IV - Recurso a que se nega provimento. (RMS 26.212/DF, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Órgão Julgador: Primeira Turma, DJe 19/05/2011). (Grifos acrescidos).

Ilustrativamente, cito o seguinte precedente desta Corte: MS 10.269/DF, Relator Ministro *José Delgado*, Relator(a) p/ Acórdão Ministro *Teori Albino Zavascki*, Órgão Julgador S1 - *Primeira Seção*, DJ 17/10/2005.

Portanto, o lapso temporal disposto no art. 67 do ADCT, quanto aos prazos previstos no Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/1973) é meramente programático e não peremptório para conclusão dos procedimentos demarcatórios.

No que diz respeito ao art. 54 da Lei n. 9.784/1999, destaco que a jurisprudência dos tribunais superiores firmou-se na linha de que o prazo previsto no referido dispositivo não pode ser aplicado de forma retroativa, devendo incidir somente após a vigência do referido diploma legal, que ocorreu em 1º/02/1999.

Sobre o tema, vejam-se os precedentes do STF:

> Agravo interno em recurso ordinário em mandado de segurança. Empregado público. Anistia fundada na Lei n. 8.878/1994. Anulação. Observância das garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Impossibilidade de aplicação retroativa do prazo decadencial quinquenal previsto no art. 54 da Lei n. 9.784/1999. Ausência de prova imediata e inequívoca de situação de fato embasadora da pretensão deduzida.
>
> 1. A criação, por meio do Decreto n. 3.363, de 11 de fevereiro de 2000, de Comissão Interministerial para revisão dos processos de anistia consubstancia medida harmônica com os arts. 5º, II, e 37, *caput*, da Carta da República, enquanto manifestação do poder-dever da Administração Pública de anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios. Precedentes.
>
> (...)
>
> 3. *O prazo decadencial de cinco anos para a Administração Pública anular seus próprios atos, previsto no art. 54 da Lei n. 9.784/1999, não tem aplicação retroativa. Precedentes*.

4. O acolhimento de pretensão deduzida na estreita via mandamental pressupõe fatos e provas inequívocos, o que não se verifica no tocante ao sustentado enquadramento da dispensa do substituído Reinaldo de Jesus em uma das taxativas hipóteses previstas no art. 1º da Lei n. 8.878/1994. Precedentes

(...) (RMS 27.419 AgR/DF, Relator(a): Min. Rosa Weber Julgamento: 19/11/2018, Órgão Julgador: Primeira Turma, 26/11/2018) (Grifos acrescidos).

Administrativo. Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. Conversão em agravo regimental. Anulação de portarias concessivas de anistia. Poder de autotuela da Administração. Legalidade. Inexistência de direito líquido e certo. Agravo regimental a *que se nega provimento*.

1. O art. 54 da Lei n. 9.784/1999 não se aplica retroativamente, devendo o termo inicial ser o início da sua vigência. Precedentes.

2. A Portaria Interministerial n. 372 editada com o fim de revisar atos concessivos de anistia decorre do Poder de Auto-Tutela da Administração, sem que isso importe em desrespeito ao princípio da segurança jurídica. Precedentes.

3. Observado o devido processo legal para o ato de revisão de anistia, inexiste direito adquirido à condição de anistiado. Precedentes.

4. Agravo regimental desprovido. (RMS 27.894 AgR/DF, Relator(a): Min. Edson Fachin, Julgamento: 30/09/2016, Órgão Julgador: Primeira Turma, DJe-220 17/10/2016) (Grifos acrescidos).

Nesse mesmo sentido, o seguinte julgado do STJ:

Processual Civil. Recurso especial. Fundamentação deficiente. Súmula 284/STF. Ato administrativo. Ilegalidade. Anulação. Prazo decadencial. Conduta anterior à Lei n. 9.784/1999. Termo inicial. Edição da norma. Ausência de prequestionamento. Súmula 282/STF.

1. A falta de indicação do dispositivo legal contrariado compromete a fundamentação do recurso, tornando-a deficiente, nos termos da Súmula 284/STF.

2. Tal falta atinge inclusive a insurgência fundada na alínea "c" do permissivo constitucional dada a necessidade de apontamento da norma com interpretação controvertida.

3. Se o ato administrativo reputado ilegal tiver sido praticado antes da edição da Lei n. 9.784/1999, o prazo quinquenal para a sua anulação, previsto no art. 54, será contado a partir da vigência dessa norma. Precedentes.

4. A alegação em torno do art. 46 da Lei n. 8.112/1990 não foi objeto de análise do acórdão recorrido, carecendo do necessário prequestionamento. Incidência da Súmula 282/STF.

5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, não provido. (REsp 1.234.300/RS, Relator Ministro Og Fernandes, Órgão Julgador T2 - Segunda Turma, Data do Julgamento 28/11/2017, DJe 05/12/2017) (Grifos acrescidos).

No ponto, mostra-se importante transcrever o acórdão do Supremo Tribunal Federal proferido nos Embargos de Declaração na Petição n. 3.388/RO – caso da Raposa Serra do Sol –, sobre a decadência do direito de a administração rever seus próprios atos, notadamente quando se tratar de processo de ampliação de terra indígena já demarcada:

"VI.5. *Vedação à Ampliação das Áreas Demarcadas*.

74. A condição foi acolhida pela maioria do Tribunal, vencidos os Ministros Carlos Ayres Britto (Relator), Eros Grau e Cármen Lúcia. Prevaleceu a idéia de que a demarcação das terras indígenas não poderia permanecer em aberto, por acarretar consequências gravíssimas para terceiros – em particular a privação de direitos de propriedade sem indenização, ressalvadas apenas as benfeitorias de boa-fé (CF/88, art. 231, § 6º). *A questão comporta, contudo, três esclarecimentos*.

75. ***Em primeiro lugar***, afirmou-se que o instrumento da demarcação previsto no art. 231 da Constituição não pode ser empregado, em sede de revisão administrativa, para ampliar a terra indígena já reconhecida, submetendo todo o espaço adjacente a uma permanente situação de insegurança jurídica. Nada disso impede que a área sujeita a uso pelos índios seja aumentada por outros instrumentos previstos no Direito. Os próprios índios e suas comunidades podem adquirir imóveis, na forma da lei civil (Lei n. 6.001/73, arts. 32 e 33). Nessa qualidade, terão todos os direitos e poderes de qualquer proprietário privado (CF/88, art. 5º, XXII). A União Federal também pode obter o domínio de outras áreas, seja pelos todos os direitos e poderes de qualquer proprietário privado (CF/88, art. 5º, XXII). A União Federal também pode obter o domínio de outras áreas, seja pelos meios negociais tradicionais (como a compra e venda ou a doação), seja pela desapropriação (CF/88, art. 5º, XXIV). Essas questões se refletiram nos debates de fls. 850-2:

O Senhor Ministro Cezar Peluso – Se Vossa Excelência me permite?

Isso aí é o pressuposto de toda a demarcação, isto é, se foi demarcado e, no ato da demarcação, se reconheceu que a área demarcada correspondia à posse efetivamente provada.

Noutras palavras, se nós admitirmos que a área demarcada possa ser ampliada, significa que é duvidosa a área ocupada.

Foi demarcada em situação duvidosa, porque, quando se demarca a área, é porque se reconheceu que essa é a área ocupada.

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski – Mediante laudo técnico, antropológico.

O Senhor Ministro Cezar Peluso – Exatamente.

Isto é, se nós deixarmos em aberto a possibilidade de discussão dos limites da demarcação, nós deixamos em aberto para todos os efeitos – e não é só para a ampliação – o alcance da posse na data da Constituição.

(...)

O Senhor Ministro Marco Aurélio – A título de demarcação.

O Senhor Ministro Cezar Peluso – A título de demarcação.

O Senhor Ministro Marco Aurélio – Agora, nada impede que certos indígenas super aculturados venham a adquirir outras áreas.

O Senhor Ministro Cezar Peluso – Isso é outra coisa.

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente) – Ou até por desapropriação.

O Senhor Ministro Menezes Direito – (...) uma vez feita a demarcação, considerando o padrão da Constituição de 88, se nós vamos estender essa demarcação permitindo a ampliação, vamos, a meu ver, criar esse problema, que pode ser resolvido, mantido o critério da vedação da ampliação, pelo sistema ordinário das expropriações. Pode ser necessário, e a União pode exercer o direito expropriatório

76. ***Em segundo lugar***, o acórdão embargado não proíbe toda e qualquer revisão do ato de demarcação. O controle judicial, por exemplo, é plenamente admitido (CF/88, 5º, XXXV) – não fosse assim, a presente ação jamais poderia ter sido julgada no mérito, já que seu objeto era justamente a validade de uma demarcação. A limitação prevista no acórdão alcança apenas o exercício da autotutela administrativa. Em absoluta coerência com as razões expostas, assentou-se que a demarcação de terras indígenas "não abre espaço para nenhum tipo de revisão fundada na conveniência e oportunidade do administrador" (Ministro Menezes Direito, fl. 395). Isso porque a inclusão de determinada área entre as "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios" não depende de uma avaliação puramente política das autoridades envolvidas, e sim de um estudo técnico antropológico.

Sendo assim, a modificação da área demarcada não pode decorrer apenas das preferências políticas do agente decisório.

77. *O mesmo não ocorre, porém, nos casos em que haja vícios no processo de demarcação. A vinculação do Poder Público à juridicidade – que autoriza o controle judicial dos seus atos – impõe à Administração Pública o dever de anular suas decisões quando ilícitas, observado o prazo decadencial de 5 anos (Súmula 473/STF; Lei n. 9.784/99, arts. 53 e 54). Nesses casos, em homenagem aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (CF/88, art. 5º, LVI e LV), a anulação*

deve ser precedida de procedimento administrativo idôneo, em que se permita a participação de todos os envolvidos (Lei n. 9.784/99, arts. 3º e 9º) e do Ministério Público Federal (CF/88, art. 232; Lei Complementar n. 75/93, art. 5º, III, e), e deve ser sempre veiculada por decisão motivada (Lei n. 9.784/99, art. 50, I e VIII). Ademais, como a nulidade é um vício de origem, fatos ou interesses supervenientes à demarcação não podem dar ensejo à cassação administrativa do ato. Esses pontos foram bem sintetizados no voto do Ministro Gilmar Mendes (fls. 776, 782-3):

> Terminado o procedimento demarcatório, com o registro da área demarcada no Cartório de Imóveis, resta configurada a denominada coisa julgada administrativa, que veda à União nova análise da questão. *No entanto, caso se faça necessária a revisão do procedimento, tendo em vista a existência de graves vícios ou erros em sua condução, será imprescindível a instauração de novo procedimento administrativo, em que sejam adotadas as mesmas cautelas empregadas anteriormente e seja garantido aos interessados o direito de manifestação*. Não se revela admissível, contudo, a revisão fundada apenas na conveniência e oportunidade do administrador público, como bem salientado no percuciente voto do Ministro Menezes Direito.
>
> [...]
>
> Ressalte-se que não se está a defender a total impossibilidade de revisão do procedimento administrativo demarcatório. Disso não se trata. A revisão deve estar restrita às hipóteses excepcionais, ante a constatação de grave e insanável erro na condução do procedimento administrativo e na definição dos limites da terra indígena.
>
> [...]
>
> A variedade e a complexidade de interesses envolvidos na demarcação da terra indígena e a consolidação de situações expectativas individuais constituem limites ao exercício do poder-dever de autotutela pela Administração Pública.
>
> [...]
>
> Nesse sentido, revela-se premente a adoção de critérios objetivos e de limites temporais claros para a resolução das questões fundiária, ambiental e indígena em nosso país, a fim de que o quadro de insegurança jurídica que hoje presenciamos possa ser, enfim, debelado ou, pelo menos, atenuado. Não se pode admitir a possibilidade de que, a qualquer momento, sejam ampliados os limites das terras indígenas já demarcadas, sob a alegação de que as necessidades dos grupos autóctones não foram corretamente aquilatadas à época da demarcação ou de que novos interesses teriam surgido após a sua conclusão.
>
> A adoção da tese oposta daria azo a ampliações desmedidas e infundadas das dimensões das terras indígenas.

> 78. ***Em terceiro lugar***, e por fim, independentemente do que se observou acima, é vedado à União rever os atos de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, ainda que no exercício de sua autotutela administrativa. Recorrendo novamente às palavras do Ministro Gilmar Mendes: "Como bem salientado pelo Ministro Menezes Direito, o procedimento demarcatório que redundou na demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol não poderá ser revisto, considerando que a sua correção formal e material foi atestada por este Supremo Tribunal Federal" (fl. 782). Essa orientação também contava com a adesão, e.g., do Ministro Carlos Ayres Britto (Relator).
>
> Embora discordasse da condicionante em caráter geral, Sua Excelência explicitamente observou que estava "de pleno acordo" com sua aplicação ao caso concreto decidido pelo Tribunal (fl. 848).
>
> 79. Como essas observações já estavam presentes no acórdão embargado, nego provimento aos embargos neste ponto. (Grifos acrescidos).

In casu, considerando que o prazo decadencial começou a fluir em 01/02/1999, data da entrada em vigor da Lei n. 9.784/1999, forçoso convir que, quando a FUNAI resolveu constituir grupo técnico para realizar estudos de revisão de limites da Terra Indígena de Barra Velha, por meio de sua Portaria 685 de 18 de agosto de 1999 (e-STJ fl. 498), ainda não havia ocorrido a decadência administrativa.

Registre-se que a Portaria n. 104/PRES, de 24 de fevereiro de 2000, da FUNAI, bem assim a Portaria n. 1.262/PRES, de 22 de dezembro de 2000, constituíram novo grupo técnico para concluir os estudos de identificação e delimitação da terra indígena (TI) Corumbauzinho e de revisão dos limites da TI Barra Velha (e-STJ fl. 1.537).

Adveio despacho do Consultor-Geral da União n. 472/2005, que apontou a necessidade de proceder a estudos acerca da harmonização das ações do INCRA, IBAMA, FUNAI e FGF, no que tange às orientações a serem adotadas na hipótese de sobreposição ou controvérsia que envolvam áreas de preservação/unidade de conservação, terras indígenas e terras desapropriadas ou em desapropriação/reforma agrária (e-STJ fl. 1.059).

Em 2007, a antropóloga Leila Silva Burger Sotto Maior entregou Relatório Circunstanciado de Revisão de Limites da TI Barra Velha Monte Pascoal, conforme exigido pelo § 6º do art. 2º do Decreto n. 1.775/996 e 231 da CF/1988, tendo a FUNAI aprovado os estudos (Despacho n. 04 de 27/02/2008), publicando, no mesmo ano, o resumo do relatório científico.

Em 18/07/2012, o processo de identificação e delimitação da TI Barra Velha do Monte Pascoal foi encaminhado ao Ministério da Justiça, pelo Despacho n. 393/PRES/2012, para as etapas seguintes do processo demarcatório, com base no Decreto n. 1.775/1996. Em junho de 2012, o Ministro da Justiça minutou uma portaria em que declara de posse permanente do grupo indígena Pataxó a Terra Indígena Barra Velha com superfície aproximada de 52.748ha (cinquenta e dois mil setecentos e quarenta e oito hectares), conforme área delimitada pela FUNAI (e-STJ fl. 663), pendente de assinatura, em decorrência da decisão liminar proferida no presente *mandamus*, pelo então relator.

Nesse contexto, conclui-se que a administração pública não permaneceu inerte, tendo exercido, no prazo legal, o seu poder de autotutela, o qual se encontra consagrado nas Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal. Vejam-se:

> A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos (Súmula 346).
>
> A administração pode anular seu próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial (Súmula 473).

Ainda que assim não fosse, segundo a jurisprudência majoritária dos tribunais superiores, quando se tratar de ato eivado de nulidade absoluta, não se pode cogitar da aplicação do prazo quinquenal, sob fundamento de preservar a segurança jurídica, em detrimento da legalidade, principalmente se a convalidação gerar mais instabilidade do que a própria revisão do ato administrativo.

Não se olvida que a questão pertinente à não convalidação dos atos administrativos inconstitucionais está pendente de julgamento pelo STF, que reconheceu a repercussão geral do tema, nos seguintes termos: "as situações flagrantemente inconstitucionais podem ser superadas pela incidência do que dispõe o art. 54 da Lei n. 9.784/99 ou será perpétuo o direito da Administração Pública de rever seus atos em situações de absoluta contrariedade direta à Constituição Federal" (RE 817.338/DF, Relator Min. *Dias Toffoli*, Julgamento: 27/08/2015, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJe 08/10/2015).

Contudo, enquanto não houver decisão com caráter vinculante, deve prevalecer o entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores, no

sentido de que os atos administrativos praticados em desconformidade com a Constituição Federal não se convalidam pelo decurso de tempo.

A propósito, vejam-se os seguintes precedentes do STF:

> Agravo regimental em mandado de segurança. Serventia judicial. Vacância ocorrida após 5/10/1988. Direito líquido e certo inexistente. Ausência de impugnação de fundamento da decisão agravada. Incidência do art. 317, § 1º, do RISTF. Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> I - A agravante não refutou todos os fundamentos da decisão agravada, o que atrai a incidência do art. 317, § 1º, do RISTF. Precedentes.
>
> II - *O exame de ato manifestamente inconstitucional não está sujeito ao prazo previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999*. Precedentes.
>
> III - Agravo regimental a que se nega provimento. (MS 30031 AgR/DF, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 29/06/2018, Órgão Julgador: Segunda Turma, DJe 06/08/2018) (Grifos acrescidos).

> Constitucional. Serventia extrajudicial. Provimento, sem concurso público. Ilegitimidade. Artigo 236 e parágrafos da Constituição Federal: normas autoaplicáveis, com efeitos imediatos, mesmo antes da Lei 9.835/1994. Inaplicabilidade do prazo decadencial do artigo 54 da Lei 9.784/1999. Precedentes do Plenário.
>
> 1. É firme a jurisprudência do STF (v.g.: MS 28.279, Min. *Ellen Gracie*, DJe de 29.04.2011), no sentido de que o art. 236, *caput*, e o seu § 3º da CF/88 são normas autoaplicáveis, que incidiram imediatamente desde a sua vigência, produzindo efeitos, portanto, mesmo antes do advento da Lei 8.935/1994. Não há direito adquirido à titularidade de serventias que tenham sido efetivadas sem a observância das exigências do art. 236, quando o ato tiver ocorrido após a vigência da CF/88. À base desse pressuposto, tem-se como certo que, a partir da vigência da Constituição de 1988, o ingresso ou a movimentação dos titulares de serviço notarial e de registro, devem sempre estrita observância ao novo regime, ficando dependentes de prévio concurso de provas e títulos.
>
> (...)
>
> 3. O Plenário do STF, em reiterados julgamentos, assentou o entendimento de que o prazo decadencial de 5 (cinco) anos, de que trata o art. 54 da Lei 9.784/1999, não se aplica à revisão de atos de delegação de serventias extrajudiciais editados após a Constituição de 1988, sem o atendimento das exigências prescritas no seu art. 236. Nesse sentido: MS 28.279 DF, Min. *Ellen Gracie*, DJe 29.04.2011 ("*Situações flagrantemente inconstitucionais* como o provimento de serventia extrajudicial sem a devida submissão a concurso público *não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do que dispõe o art. 54 da Lei 9.784/1999, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal*"); MS 28.371-AgRg,

> Min. *Joaquim Barbosa*, DJ 27.02.2013 ("a regra de decadência é inaplicável ao controle administrativo feito pelo Conselho Nacional de Justiça nos casos em que a delegação notarial ocorreu após a promulgação da Constituição de 1988, sem anterior aprovação em concurso público de provas"; e MS 28.273, Min. *Ricardo Lewandowski*, DJe de 21.02.2013 ("o exame da investidura na titularidade de cartório sem concurso público não está sujeito ao prazo previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999").
>
> 4. É de ser mantida, portanto, a decisão da autoridade impetrada que interferiu na atuação irregular do Tribunal submetido ao seu controle e considerou ilegítimo o provimento de serventia extrajudicial, sem concurso público, com ofensa ao art. 236, § 3º, da Constituição.
>
> 5. Agravo regimental desprovido. (MS 27.909 AgR/DF, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Julgamento: 16/12/2014, Órgão Julgador: Segunda Turma, DJe-027 10/02/2015) (Grifos acrescidos).

No presente *mandamus*, a autoridade impetrada esclareceu em suas informações que o procedimento originário de demarcação da TI Barra Velha decorreu de um mero acordo entre FUNAI e IBDF, que apresentou vícios insanáveis, os quais encontram-se elencados no Relatório Circunstanciado de Revisão de Limites da TI Barra Velha Monte Pascoal, cujo trecho pertinente está reproduzido às e-STJ fls. 2.068/2.070:

> A revisão dos limites da TI Barra Velha inclui as denominadas TI Corumbauzinho e a TI Águas Belas, a última já homologada. Por isso, este relatório fará referência apenas à "revisão de limites da TI Barra Velha – Monte Pascoal", abrangendo, portanto, as três terras indígenas citadas dentro da extensão aqui proposta para identificação e delimitação como terra tradicionalmente ocupada pelos Pataxó da região de Barra Velha.
>
> (...)
>
> *Um dos pontos relevantes a ser ressaltado nesse processo de revisão diz respeito ao atual limite de 8.627 ha da TI Barra Velha, que* ***é fruto de um acordo*** *entre o extinto IBDF (atual IBAMA) e a FUNAI, através do qual o primeiro repassou essa área para demarcação da terra indígena,* ***sem a realização de estudos específicos*** *de identificação que caracterizassem a ocupação tradicional e permanente do grupo indígena. Na realidade, duas propostas foram apresentadas à FUNAI pelos antropólogos Pedro Agostinho e Maria Rosário Carvalho, em atendimento a um convênio estabelecido entre a FUNAI e a Universidade Federal da Bahia na década de 1980, mas as mesmas não foram integralmente consideradas.*
>
> *Sendo assim, foi necessário estabelecer parâmetros que norteassem o trabalho de campo, como se este fosse o primeiro estudo para o estabelecimento da área necessária à reprodução física e cultural do grupo, mesmo porque havia necessidade*

de levantar informações suficientes para atender aos atuais dispositivos da legislação indigenista – o art. n. 231 da Constituição Federal e o Decreto n. 1.775/MJ/96.

(...)

Para determinar a área que seria abrangida nesse estudo foram levadas em conta várias situações que emergiram durante os trabalhos, considerando; principalmente, o cruzamento entre os dados históricos levantados na bibliografia, a oralidade do grupo envolvido e documentos oficiais inseridos nos processos existentes no arquivo da FUNAI, chegando assim, a certa concordância com os limites propostos por Giovana Tempesta e Leila Sotto-Maior no relatório de fundamentação antropológica, (...).

(...) *Há pequenas diferenças entre a delimitação proposta neste relatório circunstanciado e aquela descrita no relatório de fundamentação, acima citada. Mas, na realidade, as diferenças não devem ser tomadas como discordâncias quanto aos limites, apenas ajustes realizados após percorrer os limites com o agrimensor do GT. Foi dada preferência a limites como rios, serras e estradas, pois esses já são percebidos pelos índios Pataxó como divisores da área que reconhecem como de sua ocupação tradicional*.

(...)

Vale ressaltar que os limites estudados foram discutidos com todas as lideranças indígenas das aldeias envolvidas e acatados nas reuniões realizadas nas aldeias e no NAL Monte Pascoal.

(...) Alguns argumentariam, ainda, pela pertinência de se embasar as justificativas de ampliação da Terra Indígena Barra Velha pela área demarcada pelo Estado da Bahia, em 1943, para o Parque Monumento Nacional Monte Pascoal, que, segundo memória oral do grupo, era a área total de ocupação tradicional Pataxó. Entretanto, a Constituição Federal de 1988 e o Decreto n. 1.775/MJ/96 determinam que os critérios a serem considerados devem, necessariamente, observar a ocupação permanente, não sendo esta restrita ao espaço das aldeias, mas extensivas às áreas necessárias às atividades produtivas, imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e necessárias a sua reprodução física a cultural, segundo seus usos, costumes e tradições:

(...)

Tais critérios foram criteriosamente seguidos durante os estudos aqui apresentados em caráter conclusivo, bem como a Lei n. 6.001 e o *caput* do artigo n. 231 da Constituição Federal, (...). (Grifos acrescidos).

Tratando-se de procedimento administrativo instaurado com o objetivo de rever ato administrativo supostamente eivado de vícios formais e materiais, notadamente por descumprimento de preceitos constitucionais, de qualquer ângulo de que se examine a questão, não se vislumbra a alegada ofensa ao art.

54 da Lei n. 9.784/1999 sendo garantido aos impetrantes, contudo, o controle judicial da legalidade de qualquer ato administrativo, sempre que se sentirem ofendidos em seus direitos.

Nulidade do Processo Administrativo por Violação dos Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório

Na espécie, os documentos que instruem o presente *mandamus* não demonstram a existência de supostas irregularidades ou vícios no atual procedimento administrativo dirigido pela FUNAI, o qual embasou a edição da portaria declaratória de-STJ fls. 663/665, encaminhada ao Ministro da Justiça para a assinatura, em junho de 2012.

De notar, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que "o processo de demarcação de terras indígenas, tal como regulado pelo Decreto n. 1.775/1996, não vulnera os princípios do contraditório e da ampla defesa, de vez que garante aos interessados o direito de se manifestarem" (RMS 27.255 AgR/DF, Relator(a): Min. *Luiz Fux*, Órgão Julgador: Primeira Turma, DJe 11/12/2015), sendo a referida norma editada com o fito de concretizar os mandamentos contidos nos arts. 231 e 232 da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido: MS 31.100 AgR/DF, Relator Min. *Ricardo Lewandowski*, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJe 02/09/2014, e RMS 34.563 AgR/DF, Relator Min. *Roberto Barroso*, Órgão Julgador: Primeira Turma, DJe 19/06/2018.

O rito estabelecido no Decreto n. 1.775/1996 não determina a notificação direta (citação pessoal) de eventuais interessados para manifestação no processo demarcatório, sendo bastante a publicação, em diário oficial, do resumo do relatório circunstanciado, do memorial descritivo e do mapa da área, e, ainda, sua fixação na sede da prefeitura do município em que situado o imóvel, nos termos do § 7º do art. 2º do Decreto n. 1.775/1996, o que ocorreu na espécie.

Ademais, como dito acima, o ato administrativo atacado não enseja a imediata perda da propriedade do imóvel, o que ocorrerá somente após a demarcação da terra indígena e a edição de decreto homologatório pelo Presidente da República, consoante dispõe o art. 2º da portaria impugnada (e-STJ fl. 665). Portanto, o processo de demarcação do território indígena pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), a ser homologado pela Presidência da República, constitui fase processual posterior a atual, que se cinge à mera declaração de posse permanente do grupo indígena Pataxó a Terra Indígena

Barra Velha e delimitação da respectiva área (MS 16.702/DF, Relator Ministro *Humberto Martins*, Órgão Julgador S1 - *Primeira Seção*, DJe 01/07/2016).

Assim, não se vislumbra a alegada violação das garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa, conforme se verifica dos seguintes julgados desta Corte de Justiça:

> Administrativo. Processual Civil. Agravo interno no mandado de segurança. Ministro de Estado da Justiça. Terra indígena. Portaria de identificação e delimitação. Ato declaratório. Ausência de decisão de caráter expropriatório. Cadeia de titularidade. Dilação probatória. Precedentes do STF. Aplicação do Decreto 1.776/95. Matéria pacificada.
>
> 1. Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato praticado pelo Ministro de Estado da Justiça, consistente na edição da Portaria n. 480, de 19 de abril de 2016, a qual declarou de posse permanente do grupo indígena Paresi a Terra Indígena Estação Parecis, com superfície aproximada de 2.170 ha (dois mil cento e setenta hectares).
>
> 2. O *procedimento de demarcação das terras indígenas está regulamentado pelo Decreto 1.775/96, nos termos previstos pela Lei 6.001/73, a fim de concretizar os mandamentos contidos nos arts. 231 e 232 da Constituição Federal de 1988*.
>
> 3. Nesse contexto, a demarcação segue uma série de etapas. Primeiramente, a Fundação Nacional do Índio - FUNAI promove a identificação e delimitação da área, a qual é submetida à homologação por meio de Portaria do Ministro de Estado da Justiça, consoante disposto no art. 2º, § 10, do Decreto 1.775/96.
>
> 4. Homologada a identificação e delimitação da área pelo Ministro de Estado da Justiça, inicia-se, efetivamente, o processo de demarcação a ser conduzido pela FUNAI. Homologada a demarcação, é editado o Decreto da Presidência da República.
>
> 5. *A fase atual em que se encontra o feito corresponde apenas ao momento da identificação e declaração da terra indígena. Assim, a própria natureza declaratória do ato inquinado como coator desfaz qualquer pretensão de potencial violação do direito de propriedade da parte impetrante. Podem ser apuradas, todavia, alegações de violação do devido processo legal até o presente momento, o que não foi impugnado na hipótese*.
>
> (...)
>
> (AgInt no MS 22.808/DF, Relator Ministro Og Fernandes, Órgão Julgador S1 - Primeira Seção, DJe 14/02/2017) (Grifos acrescidos).

Nesse mesmo sentido: MS 16.789/DF, Relator Ministro *Humberto Martins*, Órgão Julgador S1 - *Primeira Seção*, DJe 05/12/2014.

Por fim, registro que os impetrantes não apontaram nenhuma nulidade em razão de eventual cerceamento do direito de o particular produzir provas no processo de demarcação, mas apenas a ausência de intimação direta dos entes federados para participarem do procedimento e contrariedade à decisão proferida pelo STF na Pet n. 3.338/RR, questões que serão analisadas nos tópicos seguintes.

Da Ofensa à Autoridade da Decisão do STF proferida na Petição n. 3.388/RR

No ponto, os impetrantes alegam que a decisão proferida pelo Excelso Pretório no caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Terra do Sol – Pet n. 3.388/RR, inobstante desprovida de caráter vinculante, deve ser respeitada pelas autoridades públicas, notadamente as seguintes condicionantes:

> XVII - É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;
>
> XIX - É assegurada a efetiva participação de todos os entes da Federação em todas as etapas do processo de demarcação.

Primeiramente, não prospera a alegação de que a FUNAI não observou a Portaria n. 2.498/2011 do Ministério da Justiça, que ordena a intimação, via postal, dos entes federados em cujos territórios se localizarem as áreas em estudo para identificação e delimitação de terras indígenas, que, no caso vertente, são o Estado da Bahia e o Município de Porto Seguro.

Assim dispõe o referido ato normativo (com destaque):

> Art. 1º - A Fundação Nacional do índio - FUNAI *determinará a intimação dos entes federados* cujos territórios se localizam nas áreas em estudo para identificação e delimitação de terras indígenas, por via postal com aviso de recebimento, *no prazo de 5 (cinco) dias contados da data da publicação da designação do grupo técnico especializado*, nos termos do art. 2º do Decreto n. 1.775, de 1996"
>
> Art. 2º Concluídos os trabalhos de identificação e delimitação, a FUNAI determinará nova intimação dos entes federados de que trata o art. 1º, por via postal com aviso de recebimento, para fins de contestação da área sob demarcação, sem prejuízo da publicação no Diário Oficial da União, no Diário Oficial do Estado e de sua afixação na sede da Prefeitura Municipal, em conformidade ao disposto no § 7º do art. 2º do Decreto n. 1.775, de 1996.

Entretanto, o art. 5º do referido ato normativo (e-STJ fl. 2.101) determina expressamente: "esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação, sem prejuízo da validade das fases iniciadas anteriormente a sua vigência."

Sabe-se que, à luz do princípio *tempus regit actum*, as normas de natureza processual superveniente devem ser aplicadas a atos ainda não praticados, resguardando-se os já realizados na forma da legislação anterior.

De notar também que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a PET 3.388/RR, estabeleceu, em relação à condicionante XIX, o seguinte: "*é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios,* ***observada a fase em que se encontrar o procedimento***".

De qualquer forma, extrai-se dos autos que o Município de Porto Seguro foi devidamente intimado, mediante aviso de recebimento – AR, do despacho do Presidente da Funai, no qual foram aprovadas as conclusões dos estudos de identificação da Terra Indígena de Barra Velha, de ocupação do Grupo Tribal Pataxó (e-STJ fls. 3.080/3.081), tendo sido o ato publicado no Diário de Justiça (e-STJ fls. 3.071/3.071), conforme determina o Decreto n. 1.775/1996, circunstância que afasta a suposta ofensa à condicionante acima mencionada também em relação ao Estado da Bahia.

Quanto ao mais, no julgamento da Petição n. 3.388/RR (caso da Raposa Serra do Sol), considerado como *leadind case* da matéria, o Supremo Tribunal Federal adotou a data da promulgação dela Constituição Federal (5 de outubro de 1988) como marco temporal para aferir se a área objeto de demarcação constitui terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Na ocasião, ressaltou que o precedente de Roraima não é de observância obrigatória, por não ter sido julgado sob o rito da repercussão geral, mas que não se pode negar sua influência sobre casos semelhantes.

Eis as 19 condições para manutenção da demarcação contínua, segundo a orientação do STF:

> 1 - O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser suplantado de maneira genérica, sempre que houver, como dispõe o Artigo 231 (Parágrafo 6º, da Constituição Federal), relevante interesse público da União na forma de Lei Complementar;
>
> 2 - O usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional;
>
> 3 - O usufruto dos índios não abrange a pesquisa das riquezas naturais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional;
>
> 4 - O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação e, dependendo do caso, pode ser obtida a permissão da lavra garimpeira;

5 - O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da Política de Defesa Nacional, à instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas e à Funai. É o livre trânsito das Forças Armadas e o resguardo das fronteiras;

6 - A atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai;

7 - O usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação;

8 - O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob supervisão e responsabilidade imediata do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

9 - O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, ouvidas as comunidades indígenas, levando em conta usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai;

10 - O trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

11 - Deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai;

12 - O ingresso, trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;

13 - A cobrança (de pedágios) de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não;

14 - É vedado negócio jurídico relacionado a terras indígenas, assim como qualquer ato que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade jurídica ou pelos indígenas;

> 15 - É vedada, nas terras indígenas, qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa;
>
> 16 - Os bens do patrimônio indígena, isto é, as terras pertencentes ao domínio dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no artigo 49, 16, e 231, parágrafo 3º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena isenção tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos taxas ou contribuições sobre uns e outros;
>
> *17 - É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada*;
>
> 18 - Os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis;
>
> 19 - É assegurada a efetiva participação de todos os entes da Federação em todas as etapas do processo de demarcação. (Grifos acrescidos).

Com fulcro nesse julgado, a Primeira Seção do STJ, ao analisar o MS 21.572/AL, Relator Ministro *Sérgio Kukina*, DJe 18/06/2015, firmou a compreensão de que as diretrizes postas na PET 3.388/RR (caso Raposa Serra do Sol, renove-se), embora não possuam efeito vinculante, devem ser observadas pelos demais tribunais do país, em face da mudança do enfoque atribuído à questão indígena após a Constituição de 1988, no tocante a terra indígena já demarcada, em homenagem aos princípios da razoável duração do processo e da segurança jurídica.

Segundo a doutrina e jurisprudência das cortes superiores, a tradicionalidade da posse indígena deve ser reconhecida se, ao tempo da promulgação da Carta Magna de 1988, ela não era exercida por encontrar-se ocupada/esbulhada por não indígenas, desde que evidente a vontade do grupo aborígine em perpetuar seus costumes, crenças e tradições naquele local.

Sobre a questão, colho o seguinte precedente do STF:

> Constitucional e Administrativo. Terra Indígena "Limão Verde". Área tradicionalmente ocupada pelos índios (art. 231, § 1º, da Constituição Federal). Marco temporal. Promulgação da Constituição Federal. Não cumprimento. Renitente esbulho perpetrado por não índios: não configuração.
>
> 1. *O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Pet 3.388, Rel. Min.* ***Carlos Britto****, DJe de 1º/7/2010, estabeleceu como marco temporal de ocupação da terra pelos índios, para efeito de reconhecimento como terra indígena, a data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988.*

> 2. Conforme entendimento consubstanciado na Súmula 650/STF, o conceito de "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios" não abrange aquelas que eram possuídas pelos nativos no passado remoto. Precedente: RMS 29.087, Rel. p/ acórdão Min. *Gilmar Mendes*, Segunda Turma, DJe de 14/10/2014.
>
> 3. *Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada*.
>
> 4. Agravo regimental a que se dá provimento. (ARE 803.462 AgR, Relator Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgamento em 9.12.2014, DJe de 12.2.2015) (Grifos acrescidos).

Registre-se, também, que a Corte Suprema, no julgamento do RMS n. 29.542/DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe 13/11/2014, decidiu que "a mudança de enfoque atribuído à questão indígena a partir da promulgação da Constituição da República de 1988, que marcou a evolução de uma perspectiva integracionista para a de preservação cultural do grupamento étnico, não é fundamentação idônea para amparar a revisão administrativa dos limites da terra indígena já demarcada, em especial quando exaurido o prazo decadencial para revisão de seus atos".

A Segunda Turma do STF, naquela oportunidade, concedeu a segurança, ao fundamento de que "não se pode, tampouco, reputar viciado ou ilegal o processo demarcatório conduzido há mais de trinta anos a partir do revolvimento do contexto histórico em que ela se deu. Os vetores sociais, políticos e econômicos então existentes conformaram-se para construir solução para a comunidade indígena que habitava a região, o que permitiu a demarcação daquele espaço como terra indígena. A estabilidade social e jurídica alcançada na região a partir desse ato não pode ser abalada com a pretendida remarcação ampliativa da área".

Eis a ementa do acórdão:

> *Recurso ordinário em mandado de segurança. Terra indígena demarcada na década de 1970. Homologação por Decreto Presidencial de 1983: revisão e ampliação. Portaria n. 3.588/2009 do Ministro de Estado da Justiça. Alegados vícios e irregularidades no processo demarcatório precedente. Delimitação de área inferior à reinvidicada. Adequação aos parâmetros de posse tradicional indígena (art. 231 da Constituição da República): impossibilidade. Caso Raposa Serra do Sol (Petição n. 3.388/RR). Fixação de regime jurídico constitucional de demarcação de*

terras idígenas no Brasil. Desatendimento da salvaguarda institucional proibitiva de ampliação de terra indígena demarcada antes ou depois da promulgação de 1988. Recurso ordinário provido.

Por seu turno, a Súmula 650 do Supremo Tribunal Federal estabelece que "os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto".

A questão em apreço veio a ser debatida novamente nessa Casa de Justiça, no MS n. 20.683/DF, guardando o acórdão a seguinte ementa:

> Administrativo. Mandado de segurança preventivo. Procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas. Ministro de Estado da Justiça. Iminência de assinatura de portaria de identificação e delimitação. As matérias referentes à tradicionalidade da ocupação da área pelos índios, à caracterização de seus ocupantes como indígenas, à possibilidade de constituição de reserva indígena e não de demarcação, e ainda, da inexistência de participação de outras esferas governamentais no levantamento fundiário, demandam a necessária dilação probatória, incompatível com o rito mandamental. A ausência de intimação dos municípios cuja área será atingida não foi documentalmente demonstradas na petição inicial, bem como não tem a associação impetrante legitimidade para pleitear, em nome próprio, direitos eventuais dos proprietários ou possuidores atingidos. Mandado de segurança denegado com a revogação da liminar. Agravo interno da União prejudicado.
>
> 1. Mandado de Segurança preventivo impetrado visando impedir ato do Ministro de Estado da Justiça, declaratório de área como de ocupação tradicional indígena, identificando-a, nos termos do art. 2º, § 10, inciso I do Decreto 1.775/96; a terra indígena indicada como tradicional dos grupos Tupinambás da Serra do Padeiro e de Olivença e denominada como Terrras Indígenas Tupinambá de Olivença.
>
> 2. *O processo administrativo de demarcação de terras indígenas é regrado pelo Decreto 1.775/96, que regulamenta a Lei Federal 6.001/73. O referido Decreto veio organizar o procedimento, com atenção aos ditames trazidos pela Constituição Federal de 1988, em especial dos seus arts. 231 e 232, que inovaram a política em relação aos indígenas, considerando-se os marcos jurídicos anteriores*.
>
> 3. *O processo de demarcação do território indígena pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), a ser homologado pela Presidência da República, é uma fase posterior ao momento atual, o que é referido apenas à declaração de identificação e de delimitação. Assim, a própria natureza declaratória do ato inquinado como coator desfaz qualquer pretensão de potencial violação do direito de propriedade da parte impetrante. Podem ser apuradas, todavia, alegações de violação do devido processo legal até o presente momento*.

> 4. Os argumentos referentes à caracterização da área como terra tradicionalmente ocupada por indígenas, à caracterização daquelas pessoas como indígenas, à caracterização de hipótese de reserva indígena e não de demarcação, e ainda, da inexistência de participação de outras esferas governamentais no levantamento fundiário demanda a necessária dilação probatória para sua comprovação e, portanto, não são passíveis de análise nesta via processual expedita. Precedente: MS 25.483/DF, Rel. Min. *Carlos Britto*, DJe 14.9.2007.
>
> 5. O Decreto 1.775/96 não obriga que o grupo técnico seja composto por membros dos vários entes da Federação; há previsão de que o grupo técnico poderá acolher pessoal externo ao quadro da FUNAI, se isso se mostrar necessário, no termos do seu art. 2º, § 1º *Além disso, cabe frisar que a publicação do ato coator é o termo inicial para a renovada participação dos interessados e das demais pessoas jurídicas de direito público - Estados e Municípios - em razão dos §§ 7º e 8º do art. 2º do Decreto 1.775/96*.
>
> 6. *Não há como ser apreciada a alegação de ausência de intimação dos Municípios, cujo território será afetado, porquanto inexiste esta obrigação na legislação, que exige apenas a afixação na sede da Prefeitura; não obstante, há informação incontroversa de que a FUNAI encaminhou Ofícios aos três Municípios cujos territórios serão afetados* (fls. 916, 918 e 920).
>
> 7. Além disso, não demonstrou a Associação Impetrante possuir legitimidade para pleitear, em seu próprio nome, eventuais direitos de proprietários e possuidores de imóveis nas áreas onde futuramente recairá a demarcação.
>
> 8. O *Parquet* Federal opinou pela extinção do *writ* sem resolução do mérito.
>
> 9. *Não demonstrados de plano, mediante elementos documentais, os vícios e ilegalidades apontados na petição inicial, exsurge a ausência do direito líquido e certo postulado e, portanto, deve ser denegada a ordem pleiteada, com a revogação da liminar anteriormente deferida*.
>
> 10. Segurança denegada. Liminar revogada. Prejudicado o Agravo Interno da *União*. (MS 20.683/DF, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Órgão Julgador S1 - Primeira Seção, DJe 08/11/2016) (Grifos acrescidos).

Conclui-se que é possível a anulação da demarcação já realizada, desde que presente vício insanável, o qual deve ser apurado em novo processo administrativo, com a participação dos interessados, nos termos disciplinados no Decreto n. 1.775/1996.

No caso concreto, o Relatório Circunstanciado de Revisão de Limites da TI Barra Velha Monte Pascoal (e-STJ fls. 1.633/1.683) e as informações prestadas pela União e FUNAI (e-STJ fls. 2.055/2.101) apontam que a "*comunidade indígena Pataxó nunca se conformou com a demarcação que excluiu dos limites da terra indígena a área do mangue e grande parte da mata do Monte Pascoal,*

inclusive a Aldeia Pé da Pedra, o que demonstra o vício insanável na demarcação outrora realizada".

As informações noticiam "*que a área de 8.627ha 'destacada' do Parque Nacional do Monte Pascoal para os Pataxó nunca foi excluída do Decreto de Criação do Parque, ou seja, mesmo constando nas cláusulas terceira e quinta do acordo, a área permaneceu nos limites do Parque o que caracteriza uma superposição de Terra Indígena com Unidade de Conservação*, dando continuidade à dualidade administrativa da área".

E, ainda, que, "segundo relatos dos indígenas, arrolados no Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da TI Barra Velha do Monte Pascoal, *várias áreas que hoje fazem parte do Parque Nacional do Monte Pascoal ou foram apropriadas por particulares eram áreas de moradia e foram esbulhadas das comunidades indígenas em diferentes situações*. Ademais, de acordo com memória oral e dados documentais e históricos elencados no RCID, *os Pataxó ocuparam e ainda ocupam praticamente toda extensão territorial reivindicada e atualmente delimitada pela Funai*, seja para moradia ou subsistência, inclusive com registro de constantes conflitos entre as comunidades e particulares da região, *o que desconfigura quaisquer (sic) argumentação que sustente posse mansa e pacífica por parte dos requerentes*".

As informações prestadas pela Diretoria de Proteção Territorial consignam que a imposição de qualquer óbice à continuidade do procedimento demarcatório da TI Barra Velha do Monte Pascoal, que "se encontra em curso há anos, em razão da controvérsia jurídica entre ICMBio, Incra e Funai – decorrente da sobreposição de terra indígena sobre áreas de proteção ambiental no sul da Bahia e projetos de assentamento, alvo de arbitragem da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Advocacia-Geral da União-CCAF/AGU" –, "*é extremamente prejudicial à segurança jurídica das comunidades indígenas envolvidas, à resolução dos históricos conflitos fundiários na região, e, sobretudo, à regularização fundiária da área, fundamental para indígenas e particulares envolvidos*".

Em resumo, os elementos de prova acostados aos autos indicam a existência de esbulho territorial praticado contra os índios Pataxós desde o período pré-colonial, a ocorrência de disputas fundiárias na região, a sobreposição de terra indígena sobre áreas de proteção ambiental, bem como de vícios administrativos que autorizam a revisão dos limites da terra indígena, nos termos da orientação firmada pelo STF na Pet 3.388.

Assim, não vislumbro o direito líquido e certo apontado pelos impetrantes, visto que a prova de domínio particular não impede a continuidade do processo de demarcação, sendo certo que discussão acerca da tradicionalidade da ocupação indígena – que deve ser analisada sobre o prisma técnico da história do grupo indígena e da natureza da ocupação – exige dilação probatória, providência incompatível com o rito mandamental.

Ilustrativamente:

> Mandado de segurança. Terra Indígena Sombrerito/MS. Comunidade Guarani Nhandéva. Procedimento administrativo de demarcação. Legalidade e constitucionalidade. Alegação de que a área não é ocupada pela comunidade indígena. Dilação probatória. Impossibilidade. Art. 231, § 6º, da CF/88. Nulidade dos títulos dominiais. Segurança denegada.
>
> 1. *Impetra-se o mandado de segurança, com pedido liminar, contra ato supostamente abusivo e ilegal do Ministro de Estado da Justiça, consubstanciado na Portaria n. 3.076/2010 (DOU de 28.9.10), por meio da qual declarou de posse permanente do grupo Guarani Nhandéva a Terra Indígena Sombrerito/MS*.
>
> 2. O Decreto n. 1.775/96, que "dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências", faculta aos interessados contestar os resultados do Relatório de Identificação e Delimitação de Terras Indígenas, cabendo ao próprio Ministro de Estado da Justiça decidir sobre a regularidade do procedimento.
>
> 3. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas, previsto no Decreto 1.775/96.
>
> 4. O ato indigitado coator baseia-se em laudo antropológico que afirmou (a) a presença de índios Guarani Nhandéva no entorno da área demarcada, (b) o esbulho violento das terras por não-índios, e (c) a constante tentativa da comunidade indígena de retomar as terras tradicionalmente ocupadas. Em consequência, a alegação do impetrante em sentido contrário não pode ser aceita, sem a produção de prova pericial.
>
> 5. O mandado de segurança é o remédio constitucional para a defesa de direito líquido e certo, demonstrado por prova pré-constituída, violado por ato abusivo e ilegal de autoridade pública. No caso, inexiste prova pré-constituída de que a área demarcada não é indígena, o que torna o *mandamus* remédio inadequado à defesa da pretensão vindicada.
>
> 6. *Saber se os índios ocupavam a área na data de promulgação da CF/88, ou se nela já não habitavam por força de esbulho injusto e violento de não índio (marco temporal), se estiveram sempre na intenção de reocupá-las, se têm relação anímica com aquela específica porção do território (marco tradicionalista), dentre outras*

questões de fato, dependem de indispensável dilação probatória, providência incompatível com o rito especial e sumário do writ of mandamus.

7. A demarcação de terras indígenas processada e conduzida exclusivamente na instância administrativa, sem necessidade de apreciação judicial, é prática reiterada na Administração Pública Federal, sobretudo após a promulgação da CF/88.

8. Os atos administrativos são passíveis de revisão judicial segundo o princípio da inafastabilidade. Isso não implica, todavia, que o Poder Judiciário tenha que intervir, sempre e necessariamente, como condição de validade de todo e qualquer ato administrativo.

9. O procedimento demarcatório de terras indígenas ampara-se em norma legal minudente, que especifica o iter procedimental a ser trilhado pela Administração Pública. Nada impede que o administrado, todavia, questione judicialmente o procedimento, em qualquer de seus aspectos formais ou materiais, mas caberá a ele infirmar a presunção de legalidade, legitimidade e auto-executoriedade que milita em favor dos atos administrativos, sobretudo quando a pretensão judicial for veiculada por meio de mandado de segurança, que não admite dilação probatória.

10. *A existência de propriedade, devidamente registrada, não inibe a FUNAI de investigar e demarcar terras indígenas, caso contrário, seria praticamente impossível a demarcação de novas áreas, pelo menos de maneira contínua, já que boa parte do território nacional já se encontra nas mãos de particulares*.

11. Segundo o art. 231, §§ 1º e 6º, da CF/88 pertencem aos índios as terras por estes tradicionalmente ocupadas, sendo nulos quaisquer atos translativos do domínio, ainda que adquiridos de boa fé. Portanto, a demarcação de terras indígenas, se regular, não fere o direito de propriedade.

12. Uma vez constatada a posse imemorial na área, não há que se invocar, em defesa do direito de propriedade, o título translativo, nem a cadeia sucessória do domínio, documentos que somente servem para demonstrar a boa-fé dos atuais titulares e, se for o caso, ensejar indenização pelas benfeitorias realizadas.

13. *As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios incluem-se no domínio constitucional da União. As áreas por elas abrangidas são inalienáveis, indisponíveis e insuscetíveis de prescrição aquisitiva. Mesmo que comprovada a titulação de determinada área, se essa for considerada como de ocupação indígena tradicional, os títulos existentes, mesmo que justos, são nulos, de acordo com o já citado art. 231, § 6º, da CF/88*.

14. Não é necessária intervenção judicial para o registro da terra indígena no cartório imobiliário. Os arts. 5º e 6º do Decreto 1.775/96 são expressos quando afirmam que, após o decreto presidencial de homologação do procedimento demarcatório, promoverá a FUNAI o registro da área no assentamento cartorário respectivo.

> 15. Mandado de segurança denegado. (MS 15.822/DF, Relator Ministro Castro Meira, Órgão Julgador S1 - Primeira Seção, DJe 01/02/2013) (Grifos acrescidos).
>
> Agravo interno em recurso ordinário em mandado de segurança. Direito Administrativo. Portaria do Ministro de Estado da Justiça. Declaração da Terra Indígena Murutinga/Tracajá como de posse permanente do Grupo Indígena Mura. Alegação de nulidade do processo administrativo. Necessidade de dilação probatória. Inadequação da via eleita. Recurso em mandado de segurança a que se nega seguimento. Recurso interno desprovido.
>
> 1. *A verificação da posse indígena em processo de demarcação de terras exige dilação probatória, o que não é admitido em sede de mandado de segurança*. Precedentes: RMS 27.255 AgR, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 11/12/2015; MS 31.245 AgR, Relator Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 04/09/2015, e MS 25.483, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe 14/09/2007. 2. *In casu*, a pretensão da recorrente de "obter a suspensão da portaria ministerial para assegurar a efetividade de futura ação de conhecimento que pretende propor em primeiro grau de jurisdição com o fim de demonstrar a impossibilidade de demarcação da área como terra indígena" evidencia a necessidade de ampla cognição quanto aos complexos fatores subjacentes ao caso. 3. Agravo interno *desprovido* por manifesta improcedência, com aplicação de multa de 2 (dois) salários mínimos, ficando a interposição de qualquer recurso condicionada ao prévio depósito do referido valor, em caso de decisão unânime (CPC/2015, art. 1.021, §§ 4º e 5º, c/c art. 81, § 2º). (RMS 35.062 AgR/DF , Relator(a): Min. Luiz Fux Julgamento: 12/11/2018, Órgão Julgador: Primeira Turma, DJe 29/11/2018) (Grifos acrescidos).

Cumpre notar que o então Presidente da República, Michel Temer, em julho de 2017, aprovou o Parecer Normativo 001/2017 da AGU, sobre o processo de demarcação de terras indígenas. De acordo com a decisão, os órgãos e entidades da administração federal ficam obrigados a dar fiel cumprimento ao estabelecido no parecer – que tem como base as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, o qual é objeto de ação civil pública.

Ressalte-se, ainda, que o em. Ministro Gilmar Mendes, em situação análoga, nos autos do Mandado de Segurança n. 33.069/DF, entendeu que a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) deveria tentar uma solução amigável para o conflito entre agricultores e indígenas no Estado da Bahia, nos termos previstos nos arts. 3º e 174 do atual Código de Processo Civil.

Assim, considerando os múltiplos interesses envolvidos nos processos de demarcação em análise – econômico, ambiental, fundiário e sociocultural e a impossibilidade de produção de prova na via estreita do *mandamus*, não

vejo como impedir a continuidade da revisão do procedimento demarcatório originário das Terras Indígenas de Barra Velha, localizadas no Município de Porto Seguro/BA, no que toca aos aspectos da constitucionalidade, mas registro, contudo, a possibilidade de a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) solucionar o conflito entre as partes envolvidas, notadamente tendo em vista o tempo de tramitação do processo administrativo.

Diante do exposto, *denego a ordem*, cassando a liminar anteriormente deferida, e, em consequência, *julgo prejudicados* o agravo regimental interposto pela União e o agravo interno manejado pelos impetrantes.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.521.999-SP (2015/0071317-3)

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Relator para o acórdão: Ministro Gurgel de Faria

Recorrente: Fazenda Nacional

Recorrido: Tecno-Ferr - Ferramentaria de Precisão Ltda - Massa Falida

Advogada: Adriana Rodrigues de Lucena - Administrador Judicial - SP157111

Interes.: Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo - ANNEP - "Amicus Curiae"

Advogados: Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo C. da Cunha - PE016329
Fredie Souza Didier Junior - BA015484
Eduardo Uchôa Athayde - DF021234

Interes.: Instituto Defesa Coletiva - "Amicus Curiae"

Advogado: Lillian Jorge Salgado e outro(s) - MG084841

EMENTA

Processual Civil e Falimentar. Classificação de créditos. Encargo legal inscrito em dívida ativa da União. Natureza jurídica. Crédito não tributário. Preferência conferida aos créditos tributários. Extensão.

1. Nos termos do art. 1º do DL n. 1.025/1969, o encargo de 20% inserido nas cobranças promovidas pela União, pago pelo executado, é crédito não tributário destinado à recomposição das despesas necessárias à arrecadação, à modernização e ao custeio de diversas outras (despesas) pertinentes à atuação judicial da Fazenda Nacional.

2. Por força do § 4º do art. 4º da Lei n. 6.830/1980, foi estendida expressamente ao crédito não tributário inscrito em dívida ativa a preferência dada ao crédito tributário.

3. O encargo legal não se qualifica como honorários advocatícios de sucumbência, apesar do art. 85, § 19, do CPC/2015 e da denominação contida na Lei n. 13.327/2016, mas sim como mero benefício remuneratório, o que impossibilita a aplicação da tese firmada pela Corte Especial no REsp 1.152.218/RS ("Os créditos resultantes de honorários advocatícios têm natureza alimentar e equiparam-se aos trabalhistas para efeito de habilitação em falência, seja pela regência do Decreto-Lei n. 7.661/1945, seja pela forma prevista na Lei n. 11.101/2005, observado, neste último caso, o limite de valor previsto no artigo 83, inciso I, do referido Diploma legal").

4. Para os fins do art. 1.036 do CPC/2015, firma-se a seguinte tese: "O encargo do DL n. 1.025/1969 tem as mesmas preferências do crédito tributário devendo, por isso, ser classificado, na falência, na ordem estabelecida pelo art. 83, III, da Lei n. 11.101/2005."

5. Recurso especial da Fazenda Nacional provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator, Regina Helena Costa e Napoleão Nunes Maia Filho, dar provimento ao recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Gurgel de Faria, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Gurgel de Faria os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Benedito Gonçalves (voto-vista) e Assusete Magalhães. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques. Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Gurgel de Faria, Relator

DJe 22.3.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Cuida-se de recurso especial fundado no CPC/73, manejado pela *Fazenda Nacional*, com base no art. 105, III, *a* e *c*, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 231):

> Falência. Habilitação de crédito. É exigível da massa falida o valor do encargo legal previsto no Decreto-Lei n. 1.025/69. O acréscimo não só possui natureza de honorários como também se destina a custear despesas com a arrecadação de dívida ativa. Entendimento consolidado do STJ. Súmula 400 do C. STJ. Inclusão, contudo, como crédito quirografário, por não ostentar natureza tributária. Não provimento.

Não foram opostos embargos declaratórios.

A Fazenda recorrente aponta violação aos arts. 83 da Lei 11.101/2005; 1º do Decreto-Lei 1.025/69; 23, II, e 208, § 2º, do Decreto-Lei 7.661/45. Sustenta, em síntese, que o denominado encargo legal previsto no art. 1º do Decreto-Lei 1.025/69 tem natureza tributária, razão pela qual deve ser habilitado na classe dos créditos privilegiados fiscais no concurso de credores em processo de falência.

Contrarrazões apresentadas pela Massa Falida às fls. 264/277, na qual postula pelo não conhecimento do apelo pelo óbice das Súmulas 7 e 211/STJ, bem como pela ausência de similitude entre o acórdão impugnado e os acórdãos paradigmas; em ultrapassada a admissibilidade, solicita o não provimento do inconformismo.

Conforme decisão de admissão de fls. 282/284, o recurso especial foi remetido a este STJ como representativo de controvérsia repetitiva.

Na sessão do dia 22 de fevereiro de 2017, encaminhei Questão de Ordem para a Primeira Seção no sentido de afetar o presente recurso ao rito dos recursos repetitivos, proposta que foi acolhida pelos meus pares, resultando na seguinte ementa (fl. 297):

> Processual Civil. Tributário e falência. Recurso representativo de controvérsia repetitiva. Encargo previsto no art. 1º do Decreto-Lei 1.025/69. Natureza jurídica. Súmula 400/STJ.
>
> 1. A matéria controvertida consiste em saber a natureza jurídica do encargo pecuniário previsto no art. 1º do Decreto-Lei 1.025/69, se tributária ou quirografária, para fins de habilitação desse crédito no processo de falência.
>
> 2. Afetação como representativo da controvérsia repetitiva deferida pela Primeira Seção.

Na sequência, a Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo - ANNEP, às fls. 306/335, protocolou pedido de ingresso no feito como *amicus curiae*, tendo, naquela oportunidade, inclusive expendido sua posição meritória acerca do objeto do repetitivo. Pleito deferido pelo despacho de fls. 338/339.

Adiante, também o Instituto Defesa Coletiva requereu sua admissão no feito como *amicus curiae*, alegando que teria, entre seus objetivos sociais, "o dever de contribuir para "a implementação e aprimoramento da legislação de defesa do consumidor, de repressão ao abuso do poder econômico e matérias correlatas" (fl. 354), bem como teria "encampado pioneiramente a postura de criar um Comitê de pequenos credores para evitar grandes perdas a consumidores titulares de créditos quirografários em ações falimentares ou de recuperação" (fl. 355). Pretensão deferida pelo despacho de fls. 371/372.

Nesse contexto, a Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo - ANNEP - se manifestou pela natureza quirografária do encargo, que possuiria natureza jurídica de honorários advocatícios, consoante assentado no seguinte excerto que extraio da petição por ela apresentada (fls. 311/315):

> O Decreto-Lei n. 1.025, de 1969, aumenta o que chama de "taxa", a ser paga pelo executado em execuções fiscais, para 20%, extinguindo a participação dos servidores públicos dessa receita e determinando que seu produto seja recolhido aos cofres públicos como renda da União. Tal "taxa", por força do art. 3º do Decreto-Lei n. 1.645, de 1978, passou a substituir a condenação do devedor, na cobrança executiva da Dívida Ativa da União, em honorários de advogado, devendo o respectivo produto ser, sob esse título, recolhido integralmente ao Tesouro Nacional; o percentual, que se manteve em 20%, passou a ser calculado sobre o montante do débito, inclusive multas, monetariamente atualizado e acrescido de juros de mora.
>
> Relativamente às autarquias e fundações públicas federais, o § 1º do art. 37-A da Lei n. 10.522, de 2002, dispõe que "os créditos inscritos em Dívida Ativa serão acrescidos de encargo legal, substitutivo da condenação do devedor em

honorários advocatícios, calculado nos termos e na forma da legislação aplicável à Dívida Ativa da União".

Em resumo, sobre os honorários na execução fiscal de Dívida Ativa da União, o panorama legislativo é o seguinte:

a) até 1969, admitia-se participação de servidores no produto da execução da Dívida Ativa da União;

b) em 1969, o Decreto-Lei n. 1.025 excluiu essa participação e passou a exigir do executado o pagamento de uma "taxa" de 20%, a ser revertida para o Tesouro da União;

c) sobreveio o CPC/1973, ampliando, em relação ao CPC/1939, as hipóteses de condenação em honorários de sucumbência;

d) em 1978, o Decreto-Lei n. 1.645 veio dizer que o "encargo" de 20% substitui a condenação do devedor em honorários de advogado, mantendo a destinação do valor ao Tesouro;

e) em 2002, a Lei n. 10.522 trouxe disposição semelhante à do Decreto-Lei n. 1.645/1978, estabelecendo que o "encargo" de 20% substitui os honorários de advogado nas execuções da Dívida Ativa das autarquias e fundações públicas federais.

Então, na execução fiscal proposta pela União e, igualmente, naquelas indicadas pelas autarquias e fundações federais, o valor dos honorários de advogado, embora chamados de outro nome ("taxa", "encargo"), passou a ser, por força desses diplomas normativos, de 20%. Nas demais execuções fiscais, propostas pelos Estados, pelo Distrito Federal, pelos Municípios e pelas autarquias e fundações estaduais, distritais e municipais, o valor dos honorários de advogado era fixado nos termos do CPC/1973 (art. 20, § 4º).

Aliás, o enunciado 168 da Súmula do Tribunal Federal de Recursos assim já orientava: "o encargo de 20%, do Decreto-Lei 1.025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios".

Esse Colendo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial n. 1.143.320-RS, Rel. Min. Luiz Fux, como representativo da controvérsia, sob o regime dos recursos repetitivos, afirmou que "A condenação, dos embargos à execução fiscal de créditos tributários da Fazenda Nacional, para fins de adesão a programa de parcelamento fiscal, configura inadmissível *bis in idem*, tendo em vista o encargo estipulado no Decreto-Lei 1.025/69, que já abrange a verba honorária. Daí concluiu que, "em se tratando de desistência de embargos à execução fiscal de créditos da Fazenda Nacional, mercê da adesão do contribuinte a programa de parcelamento fiscal, descabe a condenação em honorários advocatícios, uma vez já incluído, no débito consolidado, o encargo de 20% (vinte por cento) previsto no Decreto-Lei 1.025/69, no qual se encontra compreendida a verba honorária".

O caso julgado no referido recurso repetitivo dizia respeito à desistência de embargos à execução fiscal, para fins de adesão a programa de parcelamento fiscal. Esse Colendo STJ manteve, então, o acórdão recorrido que afastou a condenação em honorários advocatícios, por considerá-los "englobados no encargo legal de 20% previsto no Decreto-Lei n. 1.025/69, o qual substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios".

Como se vê, já há precedente, em recurso repetitivo, em cuja *ratio decidendi* afirma-se que o encargo de 20% previsto no Decreto-Lei n. 1.025, de 1969, abrange os honorários de advogado.

No atual CPC, os honorários, quando a Fazenda Pública for parte no processo, serão fixados consoante os percentuais indicados em uma lista contida nos diversos incisos do § 3º do seu art. 85. Tais percentuais aplicam-se em todos os casos em que a Fazenda Pública seja parte, autora, ré ou interveniente, seja ela vitoriosa ou vencida. Eles também se aplicam às execuções fiscais propostas por Estados, Distrito Federal, Municípios e autarquias e fundações estaduais, distritais e municipais.

Quanto às execuções fiscais ajuizadas pela União e pelos demais entes federais, é bem de ver que os diplomas normativos acima citados estabeleciam que os honorários eram destinados aos seus cofres, por ser uma receita sua. Tal previsão foi revogada. Os honorários de sucumbência constituem direito autônomo dos advogados. Tal direito também pertence ao advogado público. O § 19 do art. 85 do CPC dispõe que "Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei".

A Lei n. 13.327, de 2016, regulamentou o direito dos advogados públicos federais aos honorários de sucumbência. Seu art. 30 estabelece que os honorários de sucumbência devidos aos advogados públicos federais incluem o total do produto dos honorários de sucumbência recebidos nas ações judiciais em que forem parte a União, as autarquias e as fundações públicas federais, até 75% do produto do "encargo legal" acrescido aos débitos inscritos na dívida ativa da União, previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025, de 1969, e o total do produto do "encargo legal" acrescido aos créditos das autarquias e das fundações públicas federais inscritos na dívida ativa da União, nos termos do § 1º do art. 37-A da Lei n. 10.522. de 2002.

Em outras palavras, a Lei n. 13.327, de 2016, veio desdizer o Decreto-Lei n. 1.645, de 1978, que, como visto, estabeleceu, entre outras coisas, que o "encargo" de 20% de que trata o Decreto-Lei n. 1.025, de 1969, substituiria os honorários de sucumbência previstos no CPC/1973. Na medida em que o art. 30, I, da Lei n. 13.327, de 2016, afirma que os honorários de sucumbência devidos aos advogados públicos federais incluem "o total do produto dos honorários de sucumbência recebidos nas ações judiciais em que forem parte a União, as autarquias e as fundações públicas federais", o dispositivo deixa claro que não há mais substituição de uma verba pela outra.

> Mais do que isso, o art. 30 veio dizer que parte do "encargo" previsto no Decreto-Lei n. 1.645, de 1978, em vez de ser revertido ao Tesouro Nacional, como dispunha o art. 3º do Decreto-Lei n. 1.645, de 1978, passaria a ser pago aos advogados públicos federais, a título de honorários advocatícios de sucumbência.
>
> Assim, o tal "encargo" engloba os honorários de sucumbência, tanto que passou a ser destinado, em grande parte, à remuneração dos advogados públicos federais. Há, apenas, um pequeno percentual que não lhes é distribuído, mas que não altera sua natureza jurídica.
>
> Não é possível admitir a recepção da "taxa" de que trata o Decreto-Lei 1.025, de 1969, à luz do que dispõe o art. 145 da Constituição Federal.
>
> Essa "taxa" (*rectius*: honorários sucumbenciais) foi criada num outro momento histórico, quando não havia sequer, como regra, a condenação do vencido ao pagamento de honorários sucumbenciais (CPC/1939).
>
> No momento em que se criou a "taxa" ou o "encargo" de 20% nas execuções fiscais federais, não havia um regime jurídico de honorários de sucumbência. Com o CPC/1973, passou a haver um regime jurídico de honorários, melhor disciplinado pelo atual CPC.
>
> Tudo está a demonstrar, portanto, que a natureza do tal "encargo" não é tributária. Trata-se de honorários pagos aos advogados públicos federais que representam a *União* em execuções fiscais.

Nessa mesma linha de entendimento, o Instituto Defesa Coletiva apresentou alentado memorial às fls. 381/389, defendendo, em síntese, o seguinte posicionamento (fls. 383, 385 e 387/388):

> Em tais circunstâncias, torna-se nítido que a pretensão dos Recursos Especiais aninhados como repetitivos é tutelar o interesse privado dos beneficiados pelo encargo, falecendo aí interesse fazendário.
>
> De acordo com os artigos 19 a 21, do Decreto-Lei n. 147/1967, a Organização da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional não autoriza consultoria ou representação dos interesses de seus procuradores em Juízo. Este caso *sub judice* é de exclusivo interesse dos Procuradores.
>
> Como órgão da Administração Pública submetido às balizas do art. 37, *caput*, da CF/1988, a Fazenda Pública não detém interesse jurídico em reclassificar como tributário o que a lei não definiu como tal. E, por conseqüência, não tendo natureza de tributo, o crédito, para fins de habilitação em recuperação ou falência, deve ser classificado como quirografário.
>
> A *aberratio* é ainda mais nítida quando a pretensão recursal deduzida pretende a quebra do benefício de ordem no concurso de credores para inflingir prejuízos concretos a categorias como a dos consumidores.

O que se coloca à Corte, então, é que os Procuradores da Fazenda busquem a via judicial adequada e em nome próprio para postularem tutela jurisdicional que prejudique outros credores quirografários no curso de processo falimentar ou de recuperação.

A estratégia processual é lastimável e demonstra pouco espírito público a este corpo de procuradores com função legal/constitucional tão relevante.

Em momentos de crise econômica, aliás, o setor público abraçou os princípios de colaboração e reduziram seus ganhos, ao contrário do comportamento demonstrado nestes Recursos Especiais.

Na linha da melhor doutrina, é necessário que o STJ, Tribunal da Cidadania, proteja o cidadão comum de atentados que gerem privilégios indevidos/ilegais em favor de quem quer se interponha em nome da Administração Pública (ou da Fazenda).

Do lado dos consumidores que se enfileiram para receber indenizações de empresas falidas, é claramente inaceitável a burla da ordem simplesmente para preferir os fundos dos Procuradores em detrimento dos créditos dos consumidores (e famílias) brasileiros.

Daí por que, de antemão, este Instituto alerta para a indevida utilização de um Recurso Especial (assim como de uma tese repetitiva) para beneficiar uma carreira específica de Estado. O Recurso não deveria ser sequer admitido nas instâncias ordinárias, abrindo-se questão preliminar para sua extinção.

[...]

A Fazenda Pública (instituição) tem resguardado seu interesse na lida falimentar. Afinal, tributos compõem um ativo de titularidade social.

Já um encargo orçamentariamente dirigido à categoria específica dos "advogados da Fazenda" não guarda o quilate de crédito prestigiado. É dinheiro que apenas engorda o bolso dos Procuradores e a estrutura da própria procuradoria.

Pretender embutir os encargos do Decreto-Lei n. 1.025/1969 no rol dos créditos privilegiados nas recuperações judiciais importa em, por via transversa, burlar a Lei Brasileira de Recuperação Judicial. É criar um privilégio ilegal.

É lição antiga que o crédito tributário, uma vez constituído (lançado), encerra obrigação jurídica prevista por lei que reconheça determinado fato como hipótese de incidência. Aliás, outra não é a redação do artigo 114, do Código Tributário Nacional (CTN).

Já os Recursos Especiais em tela suscitaram uma confusão proposital entre multa/obrigações acessórias/encargos para, ao final, induzirem o Judiciário em erro. Valendo-se do nome da "Fazenda Nacional" visam emprestar caráter tributário ao que, em essência, não é.

O tema ventilado nos dois Recursos Especiais, em verdade, diz respeito com a qualificação jurídica que a Lei de Falências atribuiu aos créditos diversos, e não à natureza jurídica propriamente dita dos encargos aqui mencionados.

Daí porque, a forçosa tentativa de atribuir uma pseudo natureza de exação ao encargo do Decreto-Lei n. 1.025/1969 denota a intenção de conferir privilégio a credor que não foi com ele contemplado pela Lei de Recuperação Judicial.

Os devedores de tributos, quando inadimplentes, obrigam-se a pagar o encargo de 10 a 20% (vinte por cento) sobre as condenações, que guarda reconhecido caráter de verba honorária advocatícia. Essa natureza já foi diversas vezes reconhecida no âmbito dessa Corte, inclusive por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo de n. 1.143.320/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 21.5.2010...

[...]

Por fim, o simples fato de pequena (e não especificada) parte do valor do encargo em questão ser direcionado ao aparelhamento da Fazenda Nacional para fomentar a cobrança judicial de tributos (Lei 7.711/88) não tem o condão de conferir-lhe natureza tributária.

Ora, é sabido que os tributos devem corresponder às regras matrizes constitucionais, notadamente no tocante ao elemento material (hipótese), pessoal (sujeito ativo) e quantitativo. No caso do encargo em discussão, é inócua a tentativa da Fazenda em classificá-lo como taxa, em especial por força da contrariedade ao disposto no artigo 145, § 2º, da CF/88, que veda a instituição de taxa com base de cálculo própria de imposto, e da falta de relação da base de cálculo com o efetivo custo da atividade estatal supostamente fomentada pelo encargo em questão.

Nenhuma dessas questões foi discutida por esta E. Corte Superior por ocasião da edição da Súmula 400/STJ. Naquela assentada, foi analisada a temática sob o enfoque da classificação do encargo apenas como verba honorária ou não. Entendeu-se, à época, que o fato de parte dos valores arrecadados ser direcionado a um Fundo específico da União retiraria seu caráter de verba honorária, a fim de afastar a incidência do artigo 208, § 2º do então vigente Decreto-Lei 7.661/45. Em momento algum esta E. Seção discutiu as especificidades que impedem a classificação do encargo como tributo e muito menos concluiu que o referido encargo tem natureza tributária.

Dessa forma, não se sustenta a pretensão de classificar o referido encargo como tributo, para fins de se obter tratamento privilegiado em detrimento dos consumidores, nas ações de recuperação judicial e falência.

O IDCol, portanto, manifesta-se absolutamente contrário à tentativa engendrada nos Recursos Especiais afetados como repetitivos, pugnado pela manutenção dos Acórdãos recorridos e pela fixação da orientação jurisprudencial no sentido de que os créditos oriundos dos encargos previstos pelo artigo do DL 1.025/69 são classificados como quirografários.

À sua vez, o órgão do Ministério Público Federal, em respeitável parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Antonio Carlos Martins Soares, opinou pelo provimento do especial apelo, nos termos da ementa ora transcrita (fl. 343):

> *Recurso especial representativo de controvérsia*. Art. 1.036 do CPC/15. Direito Tributário. Encargo pecuniário previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69. Natureza Jurídica. Crédito Tributário. Habilitação em processo falimentar. Possibilidade. Entendimento firmado pela Primeira Seção do STJ. Parecer pelo *provimento* do Recurso Especial.

Levado o recurso a julgamento na sessão de 27/9/2017, após as substanciosas sustentações orais levadas a cabo em prol da Fazenda Nacional e pelo Instituto Defesa Coletiva (*amicus curiae*), respectivamente, pelos doutores Paulo Mendes de Oliveira e Walter José Faiad de Moura, achei por bem em ter vista regimental dos autos para mais detida apreciação dos argumentos então ofertados pelos referidos causídicos.

Enfim, apresento aos eminentes pares desta Primeira Seção do STJ o voto que em frente segue.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): Registre-se, de logo, que o acórdão recorrido foi publicado na vigência do CPC/73; por isso, no exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso, será observada a diretriz contida no Enunciado Administrativo n. 2/STJ, aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9 de março de 2016 (*Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 - relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016 – devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*).

O nobre apelo preenche os requisitos concernentes ao conhecimento.

No mérito, cinge-se a questão em definir a natureza jurídica do encargo pecuniário previsto no art. 1º do Decreto-Lei 1.025/69, para então poder-se bem classificar a esse mesmo encargo dentre as categorias de crédito constantes da vigente legislação falimentar, mais precisamente no art. 83 da Lei n. 11.101/2005.

1. Histórico legislativo do encargo previsto no DL 1.025/69

Primeiramente, necessário se faz perquirir acerca da *origem legislativa do encargo legal de 20% incidente na cobrança da dívida ativa, tributária e não tributária, da União*.

Tal encargo teve seu ponto de partida no art. 21 da Lei 4.439, de 27 de outubro de 1964, que tinha por objeto a fixação de percentuais devidos aos procuradores da Fazenda Nacional e aos membros dos Ministérios Públicos federal e estaduais pela cobrança judicial da dívida ativa da União, *verbis*:

> *Art. 21*. As percentagens devidas aos Procuradores da República, aos Procuradores da Fazenda Nacional ... (*Vetado*) ... Promotores Públicos, pela cobrança judicial da dívida ativa da União, passarão a ser pagas pelo executado.
>
> *§ 1º* No Distrito Federal e nos Estados da Guanabara e São Paulo a percentagem será de 1% para cada Procurador, não podendo exceder o limite de 10% por categoria. Nos demais Estados a percentagem será de 6% para os Procuradores da República e 6% para os Procuradores da Fazenda Nacional.
>
> *§ 2º* O total das percentagens estabelecidas no parágrafo anterior será dividido, em quotas iguais, entre os Procuradores da República ou Procuradores da Fazenda Nacional com exercício no Distrito Federal ou Estados, onde se processar a execução.
>
> *§ 3º* (*Vetado*).
>
> *§ 4º* Os Promotores Públicos farão jus a percentagem de 6% pela cobrança judicial da dívida ativa da União ... (*Vetado*) ... nas comarcas do interior dos Estados.
>
> *§ 5º* Em nenhuma hipótese, a percentagem será paga aos Procuradores ou Promotores, antes do recolhimento, aos cofres públicos, da dívida objeto da execução.

O percentual devido a esses mesmos agentes públicos foi equalizado para o patamar de 10%, a teor do art. 32 do Decreto-Lei 147, de 3 de fevereiro de 1967, instituindo-se, na mesma ocasião, um denominado "Fundo de Estímulo", com percentual menor de recebimento, cujos valores deveriam ser rateados entre os demais servidores da Procuradoria da Fazenda Nacional, consoante os seguintes termos:

> *Art. 32*. A percentagem a que tem direito os Procuradores da Procuradoria da Fazenda Nacional pela apuração, inscrição e cobrança da dívida ativa da União, paga pelo devedor, será calculada sôbre o montante do débito liquidado.

> *§ 1º* A percentagem é uniformizada, em todo o País, em 10% (dez por cento) para os Procuradores da República ou Promotor Público e 10% (dez por cento) para os Procuradores da Fazenda Nacional.
>
> [...]
>
> *§ 6º* Do montante mensal das percentagens devidas, em cada unidade federativa, aos Procuradores da Fazenda Nacional e depositado nos órgãos arrecadadores, será deduzida uma percentagem de 10% (dez per cento), que constituirá um "Fundo de Estímulo" a ser distribuído, semestralmente, aos servidores pelo efetivo exercício nas Procuradorias da Fazenda Nacional, em cotas proporcionais aos respectivos vencimentos; os servidores em efetivo exercício no órgão central da P.G.F.N. participarão do "Fundo de Estímulo" pelo Estado da Guanabara, enquanto não ocorrer sua transferência definitiva para o Distrito Federal.

A seguir, dito encargo foi extinto pelo Decreto-Lei 200/1967, que, em seu artigo art. 104, V, passou a dispor que, "*No que concerne ao regime de participação na arrecadação, inclusive cobrança da Dívida Ativa da União, fica estabelecido o seguinte*: [...] V - A participação, através do Fundo de Estímulo, e bem assim as percentagens a que se referem o art. 64 da Lei n. 3.244, de 14 de agôsto de 1957, o Art. 109 da Lei n. 3.470, de 28 de novembro de 1958, os artigos 8º, § 2º e 9º da Lei n. 3.756, de 20 de abril de 1960, e o *§ 6º do art. 32 do Decreto-Lei n. 147*, de 3 de fevereiro de 1967, ficam também *extintas*."

Posteriormente, a Lei 5.421, de 25 de abril de 1968, acabou por restabelecer a cobrança do encargo, conforme despontava de seu artigo 1º:

> *Art. 1º* O pagamento da dívida Ativa da União, em ação executiva (Decreto-Lei n. 960, de 17 de dezembro de 1938), será feito com a atualização monetária do débito, na forma da lei e o acréscimo dos seguintes encargos:
>
> I - juros de mora previstos no artigo seguinte;
>
> II - *percentagens devidas ao Procurador-Geral e Procuradores da Fazenda Nacional, bem como aos Subprocuradores-Gerais da República, aos Procuradores da República ou Promotor Público, que serão calculados e entregues na forma do art. 21 da Lei n. 4.439, de 27 de outubro de 1964, com as modificações constantes do art. 32 do Decreto-Lei número 147, de 3 de fevereiro de 1967*;
>
> [...]

Foi então que sobreveio o ***Decreto-Lei n. 1.025, de 21 de outubro de 1969***, *foco do presente repetitivo*, que atribuiu ao encargo a peculiar denominação de "taxa", arbitrando-a na casa dos 20%. Eis o teor do mencionado dispositivo legal:

> *Art. 1º do Decreto-Lei 1.025/69*. É declarada extinta a participação de servidores públicos na cobrança da Dívida da União, a que se referem os artigos 21 da Lei n. 4.439, de 27 de outubro de 1964, e 1º, inciso II, da Lei n. 5.421, de 25 de abril de 1968, passando a taxa, no total de 20% (vinte por cento), paga pelo executado, a ser recolhida aos cofres públicos, como renda da União.

Essa disposição legal, por sua vez, sofreu numerosas alterações, entre as quais a sua redução para o nível de 10% quando o pagamento da dívida ocorresse antes da execução (art. 3º do Decreto-Lei 1.569, de 8 de agosto de 1977, atualmente revogado) e aquela trazida pelo Decreto-Lei 1.645, de 11 de dezembro de 1978, que outorgou à "taxa" em questão a natureza de verba substitutiva dos honorários advocatícios devidos à Fazenda (*Na cobrança executiva da Dívida Ativa da União, a aplicação do encargo de que tratam o art. 21 da Lei n. 4.439, de 27 de outubro de 1964, o art. 32 do Decreto-Lei n. 147, de 3 de fevereiro de 1967, o art. 1º, inciso II, da Lei n. 5.421, de 25 de abril de 1968, o art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025, de 21 de outubro de 1969, e o art. 3º do Decreto-Lei n. 1.569, de 8 de agosto de 1977, substitui a condenação do devedor em honorários de advogado e o respectivo produto será, sob esse título, recolhido integralmente ao Tesouro Nacional*).

Na sequência, a Lei 7.711, de 22 de dezembro de 1988, no que dispôs sobre formas de melhoria da administração tributária, instituiu o Programa de Incentivo à Arrecadação da Dívida Ativa da União, destinando parte do valor arrecadado com o encargo previsto no art. 1º do Decreto-Lei 1.025/1969 ao *Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - FUNDAF*, fundo este criado há mais de uma década, por intermédio do art. 6º do Decreto-Lei 1.437/1975. Confiram-se os dispositivos legais pertinentes:

> *Decreto-Lei 1.437/1975*
>
> *Art. 6º*. Fica instituído, no Ministério da Fazenda, o *Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - FUNDAF*, destinado a fornecer recursos para financiar o reaparelhamento e reequipamento da Secretaria da Receita Federal, a atender aos demais encargos específicos inerentes ao desenvolvimento e aperfeiçoamento das atividades de fiscalização dos tributos federais e, especialmente, a intensificar a repressão às infrações relativas a mercadorias estrangeiras e a outras modalidades de fraude fiscal ou cambial, inclusive mediante a instituição de sistemas especiais de controle do valor externo de mercadorias e de exames laboratoriais.
>
> *Lei 7.711/1988*
>
> *Art. 3º*. A partir do exercício de 1989 fica instituído programa de trabalho de "Incentivo à Arrecadação da Dívida Ativa da União", constituído de projetos

> destinados ao incentivo da arrecadação, administrativa ou judicial, de receitas inscritas como Dívida Ativa da União, à implementação, desenvolvimento e modernização de redes e sistemas de processamento de dados, no custeio de taxas, custas e emolumentos relacionados com a execução fiscal e a defesa judicial da Fazenda Nacional e sua representação em Juízo, em causas de natureza fiscal, bem assim diligências, publicações, *pro labore* de peritos técnicos, de êxito, inclusive a seus procuradores e ao Ministério Público Estadual e de avaliadores e contadores, e aos serviços relativos a penhora de bens e a remoção e depósito de bens penhorados ou adjudicados à Fazenda Nacional.
>
> *Parágrafo único*. O produto dos recolhimentos do encargo de que trata o *art. 1º Decreto-Lei n. 1.025, de 21 de outubro de 1969*, modificado pelo art. 3º do Decreto-Lei n. 1.569, de 8 de agosto de 1977, art. 3º do Decreto-Lei n. 1.645, de 11 de dezembro de 1978, e art. 12 do Decreto-Lei n. 2.163, de 19 de setembro de 1984, será recolhido ao Fundo a que se refere o art. 4º, em subconta especial, destinada a atender a despesa com o programa previsto neste artigo e que será gerida pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, de acordo com o disposto no art. 6º desta Lei.
>
> *Art. 4º*. A partir do exercício de 1989, o produto da arrecadação de multas, inclusive as que fazem parte do valor pago por execução da dívida ativa e de sua respectiva correção monetária, incidentes sobre os tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal e próprios da União, constituirá receita do Fundo instituído pelo Decreto-Lei n. 1.437, de 17 de dezembro de 1975, excluídas as transferências tributárias constitucionais para Estados, Distritos Federal e Municípios.

Alfim, o art. 57, § 2º, da Lei 8.383/1991, que instituiu a Unidade Fiscal de Referência e alterou a legislação do imposto de renda, dentre outras providências, determinou a forma de cálculo do encargo previsto no Decreto-Lei 1.025/1969, nos seguintes termos:

> *Art. 57*. Os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional, bem como os decorrentes de contribuições arrecadadas pela União, poderão, sem prejuízo da respectiva liquidez e certeza, ser inscritos como Dívida Ativa da União, pelo valor expresso em quantidade de Ufir.
>
> [...]
>
> *§ 2º* O encargo referido no art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025, de 21 de outubro de 1969, modificado pelo art. 3º do Decreto-Lei n. 1.569, de 8 de agosto de 1977, e art. 3º do Decreto-Lei n. 1.645, de 11 de dezembro de 1984, *será calculado sobre o montante do débito, inclusive multas, atualizado monetariamente e acrescido de juros e multa de mora*.

Assim, no âmbito legal, percebe-se que o encargo criado teve inicialmente a natureza de verba honorária em prol de procuradores da Fazenda Nacional, de procuradores da República e de promotores públicos estaduais, passando, ao depois da Lei 7.711/88, a também custear as despesas concernentes à arrecadação da dívida ativa da União.

2. A jurisprudência do STJ sobre o encargo previsto no DL 1.025/69

Revisitando importantes precedentes do STJ que analisaram o tema por variados enfoques, é possível depreender que o encargo previsto no art. 1º do Decreto-Lei 1.025/69 já atraiu diferentes perspectivas quanto à sua qualificação jurídica.

Veja-se, num primeiro momento, o que deliberou esta Primeira Seção ao julgar, em repetitivo, o *REsp 1.110.924/SP*, cuja conclusão, ressalte-se, fomentou a edição do enunciado sumular 400 do STJ, com o seguinte conteúdo: "O encargo de 20% previsto no DL n. 1.025/1969 é exigível na execução fiscal proposta contra a massa falida." Aludido julgado restou assim ementado:

> Direito Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Execução fiscal. Encargo de 20% previsto no Decreto-Lei 1.025/69. Massa falida. Exigibilidade. Precedentes da Primeira Seção. Recurso representativo de controvérsia. Artigo 543-C do CPC e Resolução 8/STJ.
>
> 1. Hipótese em que se discute a exigibilidade do encargo de 20% previsto no Decreto-Lei 1.025/69 nas execuções fiscais propostas contra massa falida, tendo em vista o disposto no artigo 208, § 2º, da antiga Lei de Falências, segundo o qual "A massa não pagará custas a advogados dos credores e do falido".
>
> 2. A Primeira Seção consolidou entendimento no sentido de que o encargo de 20%, imposto pelo artigo 1º do Decreto-Lei 1.025/69, pode ser exigido da massa falida. Precedentes: EREsp 668.253/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin; EREsp 466.301/PR, Rel. Ministro Humberto Martins; EREsp 637.943/PR, Rel. Ministro Castro Meira e EREsp 448.115/PR, Rel. Ministro José Delgado.
>
> 3. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.
>
> 4. Recurso especial provido.
>
> (*REsp 1.110.924/SP*, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 10/6/2009, DJe 19/6/2009)

Nessa ocasião, concluiu-se que o encargo previsto no art. 1º do Decreto-Lei 1.025/69 abrangeria, além das despesas relativas à verba honorária, outras despesas destinadas a custear as execuções fiscais.

Para além do decidido no precedente acima, é bem de ver que o encargo legal debatido já foi considerado como *verba honorária*. Essa foi a conclusão a que chegou a Primeira Seção do STJ, ao julgar como representativo de controvérsia repetitiva o *REsp 1.143.320/RS*, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 21/5/2010, consignando que "A condenação, em honorários advocatícios, do contribuinte, que formula pedido de desistência dos embargos à execução fiscal de créditos tributários da Fazenda Nacional, para fins de adesão a programa de parcelamento fiscal, configura inadmissível *bis in idem*, tendo em vista o encargo estipulado no Decreto-Lei 1.025/69" (*Tema 400 dos Recursos Repetitivos*).

Referido precedente foi assim ementado:

> Processo Civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Artigo 543-C, do CPC. Embargos à execução fiscal promovida pela Fazenda Nacional. Desistência, pelo contribuinte, da ação judicial para fins de adesão a programa de parcelamento fiscal. Honorários advocatícios (artigo 26, do CPC). Descabimento. Verba honorária compreendida no encargo de 20% previsto no Decreto-Lei 1.025/69.
>
> 1. A condenação, em honorários advocatícios, do contribuinte, que formula pedido de desistência dos embargos à execução fiscal de créditos tributários da Fazenda Nacional, para fins de adesão a programa de parcelamento fiscal, configura inadmissível *bis in idem*, tendo em vista o encargo estipulado no Decreto-Lei 1.025/69, que já abrange a verba honorária (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 475.820/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 08.10.2003, DJ 15.12.2003; EREsp 412.409/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 10.03.2004, DJ 07.06.2004; EREsp 252.360/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 13.12.2006, DJ 01.10.2007; e EREsp 608.119/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 27.06.2007, DJ 24.09.2007. Precedentes das Turmas de Direito Público: REsp 1.006.682/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.08.2008, DJe 22.09.2008; AgRg no REsp 940.863/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 27.05.2008, DJe 23.06.2008; REsp 678.916/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 15.04.2008, DJe 05.05.2008; AgRg nos EDcl no REsp 767.979/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.10.2007, DJ 25.10.2007; REsp 963.294/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 02.10.2007, DJ 22.10.2007; e REsp 940.469/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 11.09.2007, DJ 25.09.2007).
>
> 2. A Súmula 168, do Tribunal Federal de Recursos, cristalizou o entendimento de que: "o encargo de 20%, do Decreto-Lei 1.025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios".

> 3. Malgrado a Lei 10.684/2003 (que dispôs sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social) estipule o percentual de 1% (um por cento) do valor do débito consolidado, a título de verba de sucumbência, prevalece o entendimento jurisprudencial de que a fixação da verba honorária, nas hipóteses de desistência da ação judicial para adesão a programa de parcelamento fiscal, revela-se casuística, devendo ser observadas as normas gerais da legislação processual civil.
>
> 4. Consequentemente, em se tratando de desistência de embargos à execução fiscal de créditos da Fazenda Nacional, mercê da adesão do contribuinte a programa de parcelamento fiscal, descabe a condenação em honorários advocatícios, uma vez já incluído, no débito consolidado, o encargo de 20% (vinte por cento) previsto no Decreto-Lei 1.025/69, no qual se encontra compreendida a verba honorária.
>
> 5. *In casu*, cuida-se de embargos à execução fiscal promovida pela Fazenda Nacional, em que o embargante procedeu à desistência da ação para fins de adesão a programa de parcelamento fiscal (Lei 10.684/2003), razão pela qual não merece reforma o acórdão regional que afastou a condenação em honorários advocatícios, por considerá-los "englobados no encargo legal de 20% previsto no Decreto-Lei n. 1.025/69, o qual substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios".
>
> 6. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.
>
> (*REsp 1.143.320/RS*, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 12/5/2010, DJe 21/5/2010)

Essa natureza substitutiva dos honorários era, aliás, a percepção consubstanciada na Súmula 168 do extinto TFR, que possuía o seguinte teor: "O encargo de 20% (vinte por cento) do Decreto-Lei 1.025/69 é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios".

Convém, por igual, mencionar o *REsp 1.251.513/PR*, também decidido pela sistemática do art. 543-C do CPC/73 (Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 17/08/2011), no qual se discutia a possibilidade de pagamento mediante a transformação em pagamento definitivo (conversão em renda) de depósitos judiciais vinculados a ações já transitadas em julgado, bem como a possibilidade de devolução da diferença de juros Selic incidentes sobre o valor depositado, oportunidade em que, a título de *obiter dictum*, o Relator, Ministro Mauro Campbell Marques, explicou a composição do crédito tributário, cujo excerto, por pertinente, se transcreve:

> *2º) Da impossibilidade de se devolver ao contribuinte a diferença entre os juros que remuneram o depósito e os juros moratórios não remitidos*.
>
> Como já bem elucidado, a remissão e a anistia atingem o crédito tributário e a obrigação tributária. A remissão de juros moratórios, portanto, refere-se aos juros que compõem o crédito tributário e não aos juros que remuneram o depósito judicial. A este respeito, convém rememorar as parcelas ou rubricas que compõem o crédito tributário:
>
> *Principal*: é valor do tributo devido ou da multa isolada devida;
>
> *Multa*: é o valor da multa devida quanto atrelada ao principal, podendo ser de ofício, no caso de infração à legislação tributária, ou de mora, no caso de atraso no pagamento do principal;
>
> *Juros de mora*: são os juros incidentes em razão de atraso no pagamento do principal (art. 161, § 1º, do CTN, atualmente a SELIC, por força do art. 61, § 3º, da Lei n. 9.430/96).
>
> *Encargos*: demais encargos incidentes sobre a dívida. No caso dos débitos inscritos em Dívida Ativa da União incide o encargo legal previsto no art. 1º, do Decreto-Lei n. 1.025/69.

Noutra oportunidade, em situação assemelhada à dos presentes autos, julgando o *REsp 1.304.076/SP*, a Primeira Seção, em caso ***não afetado ao rito dos repetitivos***, compreendeu que mencionado encargo teria a natureza de *receita da União*, abrangendo honorários advocatícios e despesas associadas à arrecadação da dívida ativa federal. Confira-se a ementa desse precedente:

> Processual Civil e Financeiro. Falência. Habilitação do crédito da Fazenda Nacional. Inclusão do encargo previsto no art. 1º do Decreto-Lei 1.025/1969. Possibilidade.
>
> 1. A Segunda Turma, ao julgar o REsp 1.234.893/SP, sob a relatoria do Ministro Herman Benjamin, DJe de 8.9.2011, enfrentou questão semelhante à dos presentes autos, em que o Tribunal de origem, em interessante análise do encargo de que trata *o art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69, consignou que se trata de quantia que serve a dois propósitos distintos: a) honorários advocatícios; e b) custeio de despesas associadas à arrecadação da dívida ativa federal*. Consoante anotado pelo Ministro Herman Benjamin, a natureza do encargo legal previsto no Decreto-Lei 1.025/1969 foi amplamente debatida no julgamento do Recurso Especial 1.110.924/SP, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, no rito do art. 543-C do CPC. Ratificou-se naquela oportunidade a orientação de que, após a modificação introduzida pela Lei 7.711/1988, tal verba não se confunde com honorários advocatícios, pois constitui receita do Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - FUNDAF, instituído pelo Decreto-Lei 1.437/1975.

> Embora a matéria então analisada tivesse por objeto a definição quanto à possibilidade de cobrança - nos autos da execução fiscal - do encargo previsto no Decreto-Lei 1.025/1969, é evidente que os seus fundamentos se aplicam ao caso dos autos. A natureza legal do encargo previsto no art. 1º do Decreto-Lei 1.025/1969 é de receita que compõe Fundo de natureza contábil. O aludido encargo não constitui despesa suportada pela União "para fazer parte na falência".
>
> 2. Recurso especial provido para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em continuidade ao julgamento da apelação, analise, para fins de habilitação nos autos falimentares, a ordem de classificação do encargo de que trata o art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69.
>
> (*REsp 1.304.076/SP*, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 8/8/2012, DJe 14/8/2012)

Já em dezembro de 2015, a Segunda Turma deste Sodalício, ao julgar o *REsp 1.540.855/RS*, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 18/12/15, no qual se discutia a exigência do encargo legal do art. 1º do Decreto-Lei 1.025/69 em execução fiscal promovida contra pessoa jurídica de direito público, mais uma vez ratificou a orientação de que "O encargo previsto no Decreto-Lei 1.025/1969 engloba honorários sucumbenciais e verbas destinadas ao aparelhamento e desenvolvimento da arrecadação fiscal, nos termos dos artigos 3º, parágrafo único, e 4º da Lei 7.711/1988, combinado com Decreto-Lei 1.437/1975".

Não se desconhece, por outro lado, a linha de entendimento que vem sendo adotada pela Egrégia Segunda Turma deste Tribunal, no sentido de que o encargo do Decreto-Lei n. 1.025/69 teria natureza tributária, consoante ilustram os seguintes julgados:

> Tributário. Processual Civil. Falta de prequestionamento. Súmula 211/STJ. Encargo legal. Natureza. Crédito tributário. Habilitação. Processo falimentar como crédito privilegiado.
>
> 1. A indicada afronta do art. 208, § 2º, da Lei 7.661/1945 não deve ser analisada, pois o Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre esse dispositivo legal. O Superior Tribunal de Justiça entende ser inviável o conhecimento do Recurso Especial quando os artigos tidos por violados não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, a despeito da oposição de Embargos de Declaração, haja vista a ausência do requisito do prequestionamento. Incide, na espécie, a Súmula 211/STJ.
>
> 2. O encargo legal do art. 1º do Decreto-Lei 1.025/1969 constitui crédito tributário da União, portanto pode ser habilitado como crédito privilegiado tributário em processo falimentar, conforme dispõe o art. 83, III, da Lei 11.101/2005. Precedente: REsp 1.517.361/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29/5/2015.

3. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(*REsp 1.527.022/SP*, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03/05/2016, DJe 25/05/2016)

Tributário. Encargo legal. Decreto-Lei n. 1.025/69. Natureza jurídica para fins de classificação de créditos na falência. Parte integrante do crédito tributário.

1. "O encargo de que trata o art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69 não possui natureza jurídica de pena pecuniária e é devido como parte integrante do crédito tributário. Com efeito, além do montante apurado a título de obrigação tributária principal, compõem o crédito tributário a correção monetária, os juros de mora, as multas tributárias e, quando exigível, também o encargo de que tratam o art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69, o art. 3º do Decreto-Lei n. 1.569/77, o art. 3º do Decreto-Lei n. 1.645/78. Das parcelas ou rubricas que compõem os créditos tributários, a Lei n. 11.101/2005 classificou como créditos subquirografários apenas as multas tributárias" (REsp 1.327.067/DF, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Segunda Turma*, julgado em 28/08/2012, DJe 03/09/2012).

2. O encargo previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69 representa parte integrante do crédito tributário, legitimando sua classificação como crédito tributário previsto no inciso III do art. 83 da Lei n. 11.101/2005.

Recurso especial provido.

(*REsp 1.517.361/SP*, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 21/05/2015, DJe 29/05/2015)

Processual Civil e Financeiro. Falência. Habilitação de créditos pela Fazenda Nacional. Inclusão do encargo previsto no art. 1º do Decreto-Lei 1.025/1969. Possibilidade. Classificação na ordem do art. 83 da Lei n. 11.101/2005.

1. A Primeira Seção do STJ, ao julgar o REsp 1.304.076/SP (Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 14.8.2012), acabou por endossar o entendimento adotado por esta Turma, no julgamento do REsp 1.234.893/SP (Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 8.9.2011), no sentido de que o encargo previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69 constitui receita da União, e não despesa, razão pela qual, por integrar a dívida ativa da Fazenda Pública, pode ser exigido em execução fiscal ou, opcionalmente, habilitado em processo de falência.

2. O encargo de que trata o art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69 não possui natureza jurídica de pena pecuniária e é devido como parte integrante do crédito tributário. Com efeito, além do montante apurado a título de obrigação tributária principal, compõem o crédito tributário a correção monetária, os juros de mora, as multas tributárias e, quando exigível, também o encargo de que tratam o art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69, o art. 3º do Decreto-Lei n. 1.569/77, o art. 3º do Decreto-Lei n. 1.645/78. Das parcelas ou rubricas que compõem os créditos tributários, a Lei n. 11.101/2005 classificou como créditos subquirografários apenas as multas tributárias.

> 3. Recurso especial provido para classificar o encargo de que trata o art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69 no inciso III do art. 83 da Lei n. 11.101/2005.
>
> (*REsp 1.327.067/DF*, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28/08/2012, DJe 03/09/2012)

Afora isso, eminentes Ministros da Primeira Turma desta Corte, via decisão monocrática, vêm igualmente compreendendo pela natureza de crédito tributário do multicitado encargo legal. A esse propósito, pode-se mencionar: *REsp 1.527.089/SP*, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 02/02/2017, com trânsito em julgado em 03/03/2017; *REsp 1.555.813/SP*, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 19/12/2016, com trânsito em julgado em 22/02/2017; *REsp 1.542.312/SP*, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 07/12/2016, com trânsito em julgado em 16/02/2017; e *REsp 1.534.914/SP*, Rel. Min. Regina Helena Costa, DJe 20/09/2016, com trânsito em julgado em 19/10/2016.

3. Proposição de mudança de compreensão acerca da natureza jurídica do encargo previsto no DL 1.025/69

Nada obstante a compreensão vertida nos últimos julgados que se acaba de reproduzir, este relator pede licença aos ilustrados componentes desta Primeira Seção para, na mão contrária, ***propor mudança de orientação*** acerca do tema no julgamento do presente repetitivo, na conformidade da fundamentação a seguir desfiada.

À saída, em que pese o emprego da expressão *taxa* no já reproduzido art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69, verifica-se que o encargo assim debatido não possui natureza jurídica de tributo.

Explica-se.

Compulsando os autos, pode-se verificar que, de fato, as CDA's explicitam o encargo legal como parte do valor do crédito fazendário (cf fls. 14/186).

No ponto, a Lei n. 6.830/80 (LEF) estabelece em seu art. 2º, § 6º, que "A certidão de dívida ativa conterá os *mesmos elementos do Termo de Inscrição* e será autenticada pela autoridade competente".

Por sua vez, o § 5º do artigo 2º, no inciso II, da mesma LEF, dispõe que "O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter: [...] II – o *valor originário da dívida*, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e *demais encargos previstos em lei ou contrato*".

Releva notar que a norma de regência, após se referir ao "valor originário da dívida" (crédito tributário e não tributário), acrescentou a locução genérica "demais encargos". Em tal cenário, lícito se faz admitir que a multa moratória tanto quanto o encargo legal do Decreto-Lei n. 1.025/69 se inseririam na categoria dos "demais encargos", a que alude o reportado regramento da LEF.

Nesse passo, mostra-se relevante destacar o enunciado sumular 565/STF: "A *multa fiscal moratória* constitui *pena administrativa*, não se incluindo no crédito habilitado em falência."

Naquela ocasião e contexto, questionava-se sobre a possibilidade de a multa fiscal moratória poder ser incluída, ou não, no crédito habilitado em falência, à vista de sua antiga lei de regência (Decreto-Lei n. 7.661/45).

Daí que a menção histórica à Súmula 565/STF (aprovada na sessão Plenária de 15/12/1976) assume relevância, no caso agora examinado, pelo fato de revelar o entendimento então manifestado pela Excelsa Corte quanto à natureza jurídica da multa fiscal moratória, a saber: ***natureza de pena administrativa e não de crédito tributário***.

A despeito da revogação do Decreto-Lei n. 7.661/45 (pretérita Lei de Falências), é certo que essa concepção – a de que a multa moratória possui natureza de pena administrativa - prevalece ainda hoje, como desenganadamente ressai da leitura dos incisos III e VII do art. 83 do atual Diploma Falimentar, antes transcritos (Lei n. 11.101/05). De fato, é vero que a atual legislação falencial acena com a possibilidade de habilitação de crédito decorrente de multa fiscal moratória na falência. Entretanto, dita multa ocupa preferência hierarquicamente diversa e inferior (inciso VII do art. 83), frente àquela reservada aos créditos estritamente tributários (inciso III do art. 83), em se tratando de classificação dos créditos no regime falimentar.

De outra parte, impende observar, o Código Tributário apresenta um *conceito legal* para tributo, isto em seu art. 3º, 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".

Nessa definição legal, é perceptível, há um dado negativo que retira do encargo legal do Decreto-Lei n. 1.025/69 a almejada natureza de tributo, na medida em que se traduz como uma indisfarçável sanção aplicável ao contribuinte inadimplente.

Com efeito, o encargo assim agregado na CDA decorre do não pagamento de determinado tributo e, como explica Henrique Tróccoli Júnior, corresponde a uma "penalidade administrativa pelo inadimplemento voluntário de obrigação tributária" (**O encargo de 20% instituído pelo Decreto-Lei 1.025/69 e as execuções fiscais da União**. *Revista Jus Navigandi*, ISS 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 43, 1 jul. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1326>. Acesso em: 27 set 2017).

Nesse passo, a circunstância de a Lei de Execuções Fiscais, em seu artigo 2º, § 2º, incluir na composição da Certidão de Dívida Ativa a atualização monetária, juros, multa de mora e *demais encargos* previstos em lei ou contrato, só por si, não faz *transmudar* para tributária a natureza jurídica do encargo previsto no Decreto-Lei 1.025/69, cujo feitio é de irrecusável penalidade administrativa.

Essa mesma compreensão, aliás, já foi adotada pela Primeira Turma deste STJ, em julgado de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, no qual ficou consignado: "5. *O fato de a Lei de Execuções Fiscais (...) 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. 6. Os débitos que não advêm do inadimplemento de tributos, como é o caso dos autos, não se submetem ao regime tributário previsto nas disposições do CTN, porquanto estas apenas se aplicam a dívidas tributárias, ou seja, que se enquadrem na definição de tributo constante no artigo 3º do CTN." (*REsp 1.073.094/PR*, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 23/9/2009).

Tal orientação, frise-se, foi recentemente replicada pela Segunda Turma, no seguinte julgado:

> 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 (...) 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.

(*REsp 1.562.405/SP*, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 10/11/2015, DJe 03/02/2016)

Firmada tal premissa, isto é, a de que o encargo legal previsto no Decreto-Lei 1.025/69 não possui natureza tributária, constituindo-se, antes, em inegável *penalidade administrativa*, passo à análise do enquadramento dessa verba na escala de prioridades no pagamento dos credores da massa falida.

4. O encargo previsto no DL 1.025/69 e seu enquadramento na classificação de créditos prevista na Lei de Falências

Importa, aqui, rememorar a disciplina conferida pela Lei de Falências (Lei n. 11.101/05) à ordem de pagamento dos credores da massa:

Seção II

Da Classificação dos Créditos

Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinqüenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;

II – créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;

III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;

IV – créditos com privilégio especial, a saber:

a) os previstos no art. 964 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002;

b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;

c) aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia;

d) aqueles em favor dos microempreendedores individuais e das microempresas e empresas de pequeno porte de que trata a Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006;

V – créditos com privilégio geral, a saber:

a) os previstos no art. 965 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002;

b) os previstos no parágrafo único do art. 67 desta Lei;

c) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;

VI – créditos quirografários, a saber:

a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo;

b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento;

c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do *caput* deste artigo;

VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias;

VIII – créditos subordinados, a saber:

a) os assim previstos em lei ou em contrato;

b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício.

§ 1º Para os fins do inciso II do *caput* deste artigo, será considerado como valor do bem objeto de garantia real a importância efetivamente arrecadada com sua venda, ou, no caso de alienação em bloco, o valor de avaliação do bem individualmente considerado.

§ 2º Não são oponíveis à massa os valores decorrentes de direito de sócio ao recebimento de sua parcela do capital social na liquidação da sociedade.

§ 3º As cláusulas penais dos contratos unilaterais não serão atendidas se as obrigações neles estipuladas se vencerem em virtude da falência.

§ 4º Os créditos trabalhistas cedidos a terceiros serão considerados quirografários.

Art. 84. Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, os relativos a:

I – remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares, e créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência;

II – quantias fornecidas à massa pelos credores;

III – despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do seu produto, bem como custas do processo de falência;

IV – custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa falida tenha sido vencida;

V – obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da

> falência, e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

Na hipótese sob exame, se os créditos previstos no encargo legal instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei 1.025/69 fossem considerados de natureza tributária, seriam inseridos no item III do descrito rol de preferências.

No entanto, e como antes realçado, essa não se revela a solução adequada para a espécie. Nesse sentido, aliás, o *amicus curiae* Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo-ANNEP foi enfático ao sustentar que "a natureza de tal 'encargo' não é tributária" (fl. 315). Trilhando idêntica exegese, o *amicus curiae* Instituto Defesa Coletiva também fez asseverar que "a Fazenda Pública não detém interesse jurídico em reclassificar como tributário o que a lei não definiu como tal. E, por consequência, não tendo natureza de tributo, o crédito, para fins de habilitação em recuperação ou falência, deve ser classificado como quirografário" (fl. 383).

De fato, no que tange ao posicionamento na classificação dos créditos na falência, mostra-se plenamente viável outorgar ao Decreto-Lei n. 1.025/69, enquanto penalidade pecuniária administrativa, a qualidade de *crédito subquirografário*, vale dizer, em idêntico patamar hierárquico atribuído pelo legislador às multas tributárias, a teor do art. 83, VII, da Lei n. 11.101/05. Em reforço a tal conclusão, não se pode negar o cunho nitidamente administrativo do Decreto-Lei 1.025/69, sendo certo que a adição do encargo legal assim previsto ao crédito tributário só se justifica como contrapartida financeira imposta ao contribuinte devedor pela movimentação da máquina administrativa arrecadadora.

Por essas razões, lícito reenfatizar a natureza de *penalidade_administrativa* do encargo previsto no Decreto-Lei n. 1.025/69, devendo, para fins de classificação de créditos, ser aninhado no referido inciso VII do art. 83 da Lei de Falências, na qualidade de *crédito subquirografário*.

5. Tese a ser fixada em repetitivo

Em suma, para os fins do art. 1.036 do CPC/2015, este relator propõe a fixação da seguinte tese em repetitivo, sem necessidade da modulação de que trata o art. 927, § 3º, do mesmo *Codex*: "*O encargo pecuniário previsto no art. 1º do Decreto-Lei 1.025/69 possui natureza de penalidade administrativa, devendo, para fins de classificação de crédito na falência, ser enquadrado no art. 83, VII, da Lei 11.101/2005, ou seja, como crédito subquirografário*".

6. Solução do caso concreto

Quanto à solução do caso concreto, considerando que a classificação dada pela Corte de origem ao encargo do Decreto-Lei n. 1.025/69 foi mais benéfica para a Fazenda Nacional (crédito quirografário), faz-se de rigor a manutenção do acórdão estadual, evitando-se, com isso, burla ao princípio recursal que veda a *reformatio in pejus*.

7. Dispositivo

Ante o exposto, *nego* provimento ao recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, mantendo, no caso concreto, o acórdão recorrido, em atenção ao princípio recursal que veda a *reformatio in pejus*, como explicado no item 6, supra.

É como voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Solicitei vista dos autos para examiná-los com maior detença.

A ***Fazenda Nacional*** interpôs Recurso Especial contra acórdão proferido, por unanimidade, pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento de agravo de instrumento, assim ementado (fl. 231e):

> *Falência. Habilitação de crédito. É exigível da massa falida o valor do encargo legal previsto no Decreto-Lei n. 1.025/69. O acréscimo não só possui natureza de honorários como também se destina a custear despesas com a arrecadação de dívida ativa. Entendimento consolidado do STJ. Súmula 400 do C. STJ. Inclusão, contudo, como crédito quirografário, por não ostentar natureza tributária. Não provimento.*

Nas razões do Recurso Especial, interposto com amparo no art. 105, III, *a*, da Constituição da República, além de divergência jurisprudencial, aponta-se ofensa aos dispositivos a seguir relacionados, nos seguintes termos:

– Art. 83, III, da Lei n. 11.101/05, 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69, 23, II, e 208, § 2º, do Decreto-Lei n. 7.661/45 – "Clara foi a intenção do legislador em definir o encargo legal como sendo revestido de caráter de *tributo*. Nos termos do referido dispositivo, pelo fato de o encargo constituir 'renda da União' pode

ser classificado como tributário, conforme consagrado no Direito Financeiro, como Receita Derivada da União decorrente do exercício do poder de império do Estado, o que também confirma a sua natureza tributária. Não bastasse isso, nos termos do artigo 3º, parágrafo único e artigo 4º da Lei n. 7.711/88, os produtos provenientes do recolhimento do 'Encargo Legal', constituem receita do Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - FUNDAF" [...] Ou seja, a intenção dos recursos referentes ao 'Encargo Legal' é servir como fonte de receita para o mencionado Fundo, cuja finalidade é custear as mais diversas atividades de interesse da Fazenda Nacional" (fls. 245/246e).

Aponta, outrossim, a existência de dissenso pretoriano entre o acórdão recorrido e o REsp n. 1.327.067/DF, julgado pela 2ª Turma desta Corte.

Postula, ao final, seja determinado "[...] que o juízo falimentar habilite o valor cobrado a título de 'Encargo Legal' (Decreto-Lei n. 1.025/1969) na classe dos créditos privilegiados fiscais, nos termos do art. 83, inciso III, Lei n. 11.101/2005" (fl. 251e).

Com contrarrazões (fls. 264/277e), nas quais se alega, preliminarmente, a ausência de prequestionamento e de caracterização do dissídio, bem como a necessidade de reexame de matéria fático-probatória e, no mérito, a manutenção do julgado, o Recurso Especial foi admitido como representativo de controvérsia pela Corte *a quo* (fls. 282/284e).

Distribuídos os autos ao Ministro Sérgio Kukina, Sua Excelência propôs a afetação do feito e o seu julgamento conforme o rito do art. 543-C do CPC/73, o que foi acolhido, por unanimidade, pela 1ª Seção, em 22.02.2017 (fls. 297/300e).

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 343/348e, pelo provimento do recurso especial.

Na assentada do dia 27.09.2017, após as sustentações orais, o Ministro Relator solicitou vista regimental, tendo, posteriormente, requerido prorrogação do prazo para reapresentação do voto na sessão de 13.12.2018.

Em 25.04.2018, o Ministro Sérgio Kukina, após historiar o cenário legislativo e a jurisprudência desta Corte acerca do tema, votou pela mudança do entendimento das Turmas da 1ª Seção sobre a matéria, ao atribuir ao encargo legal a natureza de *penalidade administrativa*, enquadrando-o, por consequência, como *crédito subquirografário*, nos termos do art. 83, VII, da Lei n. 11.101/05.

Após o voto de Sua Excelência, solicitei vista antecipada dos autos.

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.

I. Da admissibilidade do recurso especial

Inicialmente, 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.

O acórdão impugnado, por sua vez, dirimiu a controvérsia baseado em fundamentos infraconstitucionais, sendo pertinente anotar, a esse respeito, que ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal atribuem essa natureza às controvérsias envolvendo a cobrança do encargo legal (cf. 1ª T., RE 915.268 AgR/PE, Rel. Min. Luiz Fux, j. 02.09.2016 DJe 23.09.2016; 2ª T., ARE 882.423 AgR/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 26.04.2016, DJe 06.05.2016).

Registre-se, por fim, a adequada caracterização do dissídio pretoriano pela parte recorrente.

II. Memorial da disciplina normativa do encargo legal

O instituto ora em exame teve sua disciplina estampada em sucessivos atos normativos.

O encargo legal surgiu no ordenamento jurídico pela Lei n. 4.439/64, que previu diferentes percentuais para remunerar, à custa do executado, os Procuradores da Fazenda Nacional e da República, na esfera federal, e os procuradores e membros do Ministério Público, em nível estadual, na cobrança da dívida ativa do respectivo ente tributante, na forma que segue:

> Art. 21. *As percentagens devidas aos Procuradores da República, aos Procuradores da Fazenda Nacional ... (**Vetado**) ... Promotores Públicos, pela cobrança judicial da dívida ativa da União, passarão a ser pagas pelo executado*.
>
> § 1º *No Distrito Federal e nos Estados da Guanabara e São Paulo a percentagem será de 1% para cada Procurador, não podendo exceder o limite de 10% por categoria. Nos demais Estados a percentagem será de 6% para os Procuradores da República e 6% para os Procuradores da Fazenda Nacional*.
>
> § 2º O total das percentagens estabelecias no parágrafo anterior será dividido, em quotas iguais, entre os Procuradores da República ou Procuradores da Fazenda Nacional com exercício no Distrito Federal ou Estados, onde se processar a execução.
>
> § 3º (*Vetado*).
>
> § 4º Os Promotores Públicos farão jus a percentagem de 6% pela cobrança judicial da dívida ativa da União ... (*Vetado*) ... nas comarcas do interior dos Estados.
>
> § 5º Em nenhuma hipótese, a percentagem será paga aos Procuradores ou Promotores, antes do recolhimento, aos cofres públicos, da dívida objeto da execução. (destaquei)

Tais percentuais foram incrementados e uniformizados nacionalmente pelo Decreto-Lei n. 147/67, o qual estabeleceu, também, o seu recolhimento junto com o tributo devido ou o pagamento diretamente ao Procurador nas comarcas do interior, bem como o rateio de parte do montante arrecadado com os demais servidores da Procuradoria da Fazenda Nacional, *verbis*:

> Art. 32. A percentagem a que tem direito os Procuradores da Procuradoria da Fazenda Nacional pela apuração, inscrição e cobrança da dívida ativa da União, paga pelo devedor, será calculada sobre o montante do débito liquidado.
>
> § 1º *A percentagem é uniformizada, em todo o País, em 10% (dez por cento) para os Procuradores da República ou Promotor Público e 10% (dez por cento) para os Procuradores da Fazenda Nacional*.
>
> § 2º *A percentagem será recolhida aos órgãos arrecadadores juntamente com a dívida ativa da União através das mesmas guias*, expedidas pelo Cartório, Secretaria ou Procuradoria, obrigatoriamente conferidas e visadas, nas capitais dos Estados, pelo Procurador da República e pelo Procurador da Fazenda Nacional, e nas comarcas do interior, pelo Promotor Público.
>
> § 3º As quantias relativas às percentagens serão escrituradas como "Depósito de Diversas Origens para quem de direito", que serão levantadas mediante folhas mensais organizadas pelo Procurador-Chefe.
>
> § 4º O montante das percentagens, em cada unidade federativa, será lateado, em cotas iguais, entre os Procuradores da Fazenda Nacional lotados na respectiva

> Procuradoria, incluído, se for o caso, o funcionário, que estiver respondendo pelo expediente, nos termos do parágrafo único do artigo 38.
>
> § 5º *A percentagem do Promotor Público, devida nos Executivos Fiscais que propuser nas comarcas do interior, lhe será entregue pelo Escrivão do Cartório, mediante recibo nos autos*.
>
> § 6º *Do montante mensal das percentagens devidas, em cada unidade federativa, aos Procuradores da Fazenda Nacional e depositado nos órgãos arrecadadores, será deduzida uma percentagem de 10% (dez por cento), que constituirá um "Fundo de Estímulo" a ser distribuído, semestralmente, aos servidores pelo efetivo exercício nas Procuradorias da Fazenda Nacional, em cotas proporcionais aos respectivos vencimentos; os servidores em efetivo exercício no órgão central da P.G.F.N. participarão do "Fundo de Estímulo" pelo Estado da Guanabara, enquanto não ocorrer sua transferência definitiva para o Distrito Federal*. (destaquei)

Ainda em 1967, o encargo foi extinto pelo Decreto-Lei n. 200 e, posteriormente, coube à Lei n. 5.421/68 restabelecê-lo nos seguintes termos:

> Art. 1º. *O pagamento da dívida ativa da União, em ação executiva (Decreto-Lei n. 960, de 17 de dezembro de 1938), será feito com a atualização monetária do débito, na forma da lei e o acréscimo dos seguintes encargos*:
>
> I - juros de mora previstos no artigo seguinte;
>
> II - *percentagens devidas ao Procurador-Geral e Procuradores da Fazenda Nacional, bem como aos Subprocuradores-Gerais da República, aos Procuradores da República ou Promotor Público, que serão calculados e entregues na forma do art. 21 da Lei n. 4.439, de 27 de outubro de 1964, com as modificações constantes do art. 32 do Decreto-Lei número 147, de 3 de fevereiro de 1967*;
>
> III - custas de despesas judiciais.

Em 21.10.1969, foi editado o Decreto-Lei n. 1.025, cujo texto, além de instituir a "taxa" de 20% (vinte por cento) a ser paga pelo devedor nos executivos fiscais e o seu recolhimento aos cofres públicos como renda da União, extinguiu a participação de servidores públicos na cobrança da dívida ativa federal, mantendo, contudo, a destinação de parte dos valores arrecadados à composição da remuneração dos procuradores, *litteris*:

> *Art. 1º. É declarada extinta a participação de servidores públicos na cobrança da Dívida da União, a que se referem os artigos 21 da Lei n. 4.439, de 27 de outubro de 1964, e 1º, inciso II, da Lei n. 5.421, de 25 de abril de 1968, passando a taxa, no total de 20% (vinte por cento), paga pelo executado, a ser recolhida aos cofres públicos, como renda da União*.

> Art. 2º. Fica fixada em valor correspondente até a um mês do vencimento estabelecido em lei, e será paga mensalmente com este, *a parte da remuneração, pela cobrança da dívida ativa e defesa judicial e extrajudicial da Fazenda Nacional, dos cargos de Procurador da República e Procurador da Fazenda Nacional*, observado o limite de retribuição fixado para os servidores civis e militares.
>
> § 1º É fixada no valor correspondente a um mês do vencimento do cargo de Procurador da República de 1ª categoria a parte variável da remuneração dos cargos de Procurador-Geral da Fazenda Nacional, Procurador-Geral da República e Subprocurador-Geral da República.
>
> § 2º Para efeito do cálculo de proventos da aposentadoria ou disponibilidade, será computada a parte variável de que trata este artigo.
>
> Art. 3º. As parcelas de percentagem pela cobrança da Dívida Ativa da União, incorporadas aos proventos da inatividade dos Procuradores da República e dos Procuradores da Fazenda Nacional, nos termos da legislação vigente, somente serão reajustadas quando houver aumento do funcionalismo, na mesma base percentual atribuída para majoração da parte fixa e será calculada, em relação aos que forem aposentados ou requererem aposentadoria até o dia 30 de outubro de 1969, tomando-se por base a média percebida nos últimos doze meses, devendo ser observado, no tocante ao total dos proventos, os tetos previstos em lei. (destaquei)

Sobreveio-lhe o revogado Decreto-Lei n. 1.569, de 1977, o qual, no art. 3º, substituiu o termo "taxa" por "encargo" e reduziu o percentual para 10% (dez por cento) na hipótese de pagamento do débito antes da remessa da certidão de dívida ativa ao órgão encarregado do ajuizamento da execução.

No ano seguinte, foi editado o Decreto-Lei n. 1.645/78, diploma normativo que expressamente outorgou ao encargo a natureza de honorários advocatícios substitutivos àqueles devidos à Fazenda Pública pela condenação do devedor.

Em 1979, a Lei n. 4.320/64 foi alterada pelo Decreto-Lei n. 1.735, que classificou o encargo como "receita da dívida ativa" e, em 1984, o Decreto-Lei n. 2.163 restaurou a terminologia de "taxa".

Em 1988, a Lei n. 7.711 destinou os valores recolhidos a título de encargo legal a programa de incentivo de arrecadação da dívida ativa da União, voltado à implementação e modernização dos sistemas envolvidos na sua cobrança, compondo, em subconta especial, o Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - FUNDAF, previsto no Decreto-Lei n. 1.437/75, *verbis*:

> Art. 3º. A partir do exercício de 1989 fica instituído programa de trabalho de "Incentivo à Arrecadação da Dívida Ativa da União", constituído de projetos

> destinados ao incentivo da arrecadação, administrativa ou judicial, de receitas inscritas como Dívida Ativa da União, *à implementação, desenvolvimento e modernização de redes e sistemas de processamento de dados, no custeio de taxas, custas e emolumentos relacionados com a execução fiscal e a defesa judicial da Fazenda Nacional e sua representação em Juízo, em causas de natureza fiscal*, bem assim diligências, publicações, *pro labore* de peritos técnicos, *de êxito, inclusive a seus procuradores e ao Ministério Público Estadual* e de avaliadores e contadores, e aos serviços relativos a penhora de bens e a remoção e depósito de bens penhorados ou adjudicados à Fazenda Nacional.
>
> Parágrafo único. *O produto dos recolhimentos do encargo de que trata o art. **1º Decreto-Lei n. 1.025**, de 21 de outubro de 1969, modificado pelo art. 3º do Decreto-Lei n. 1.569, de 8 de agosto de 1977, art. 3º do Decreto-Lei n. 1.645, de 11 de dezembro de 1978, e art. 12 do Decreto-Lei n. 2.163, de 19 de setembro de 1984, **será recolhido ao Fundo a que se refere o art. 4º, em subconta especial, destinada a atender a despesa com o programa previsto neste artigo*** e que será gerida pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, de acordo com o disposto no art. 6º desta Lei.
>
> Art. 4º. A partir do exercício de 1989, o produto da arrecadação de multas, inclusive as que fazem parte do valor pago por execução da dívida ativa e de sua respectiva correção monetária, incidentes sobre os tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal e próprios da União, constituirá *receita do Fundo instituído pelo Decreto-Lei n. 1.437*, de 17 de dezembro de 1975, excluídas as transferências tributárias constitucionais para Estados, Distritos Federal e Municípios. (destaquei)

Anote-se que diplomas normativos ulteriores incluíram o encargo na cobrança das taxas de fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, *Susep*, *Incra* e *Embratur*.

As Leis n. 7.799/89 e 8.383/91, por sua vez, dispuseram que o encargo seria calculado "sobre o montante do débito, inclusive multas, atualizado monetariamente e acrescido de juros e multa de mora".

O art. 37-A, § 1º, da Lei n. 10.522/02, incluído nesse diploma legal pela Lei n. 11.941/09, estendeu aos créditos das autarquias e fundações públicas federais inscritos em dívida ativa, a incidência do encargo legal "como substitutivo da condenação do devedor em honorários advocatícios".

Por fim, ao regulamentar o art. 85, § 19, do CPC/15, o qual dispõe sobre o direito ao percebimento, na forma da lei, de honorários sucumbenciais pelos advogados públicos, a Lei n. 13.327/16 estabeleceu, no pertinente:

> Art. 29. Os honorários advocatícios de sucumbência das causas em que forem parte a União, as autarquias e as fundações públicas federais pertencem *originariamente* aos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo.
>
> [...]
>
> Art. 30. *Os honorários advocatícios de sucumbência incluem*:
>
> I - o total do produto dos honorários de sucumbência recebidos nas ações judiciais em que forem parte a União, as autarquias e as fundações públicas federais;
>
> *II - **até 75%** (setenta e cinco por cento) do produto **do encargo legal** acrescido aos débitos inscritos na dívida ativa da União, previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025, de 21 de outubro de 1969*;
>
> III - *o **total** do produto **do encargo legal** acrescido aos créditos das autarquias e das fundações públicas federais inscritos na dívida ativa da União*, nos termos do § 1º do art. 37-A da Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002.
>
> Art. 31. Os valores dos honorários devidos serão calculados segundo o tempo de efetivo exercício no cargo, para os *ativos*, e pelo tempo de aposentadoria, para os *inativos*, com efeitos financeiros a contar da publicação desta Lei, obtidos pelo rateio nas seguintes proporções:
>
> [...]
>
> Art. 34. [...]
>
> § 7º Os *valores correspondentes ao imposto sobre a renda* devido em razão do recebimento dos honorários serão *retidos pela instituição financeira* a que se refere o inciso V do *caput*.
>
> Art. 35. Os órgãos da administração pública federal direta, autárquica e fundacional adotarão as providências necessárias para viabilizar o crédito dos valores discriminados no art. 30 *diretamente na instituição financeira mencionada no inciso V do* caput *do art. 34, sem necessidade de transitar pela conta única do Tesouro Nacional*.
>
> Art. 36. [...]
>
> Parágrafo único. *A normatização de que trata o* caput *será editada por portaria conjunta* do Advogado-Geral da União, do Ministro de Estado da Fazenda, do Ministro de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e do Ministro-Chefe da Casa Civil da Presidência da República. (destaquei)

Coube à Portaria Interministerial n. 8/2016, por delegação legal, discriminar os critérios para o rateio dos honorários, nos seguintes termos:

> Art. 1º. A presente Portaria Interministerial *rege a fixação do percentual do produto do encargo legal acrescido aos débitos inscritos em Dívida Ativa da União*

- *DAU*, previsto no *art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025*, de 21 de outubro de 1969, *que constituem os honorários advocatícios de sucumbência* devidos aos titulares dos cargos de Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional, Procurador Federal, Procurador do Banco Central do Brasil e dos quadros suplementares em extinção previstos no art. 46 da Medida Provisória n. 2.229-43, de 6 de setembro de 2001, nos termos da Lei n. 13.327, de 29 de julho de 2016.

Art. 2º. A parcela do encargo legal acrescido aos créditos da União que comporá os honorários advocatícios será definida em percentual de até 75% (setenta e cinco por cento) do valor arrecadado a esse título, a partir de critérios que contemplem a eficiência na atuação e a fase de recolhimento do crédito, de forma decrescente, conforme o lapso temporal entre o ato de inscrição da dívida ativa e o recebimento dos valores, ainda que parcial, nos seguintes termos:

I - 75% (setenta e cinco por cento) se a arrecadação ocorrer em até 36 (trinta e seis) meses da data da inscrição em dívida ativa;

II - 70% a partir do 37º (trigésimo sétimo) mês subsequente à inscrição em dívida ativa, decrescendo 5 (cinco) pontos percentuais a cada 12 (doze) meses; e

III - 50% (cinquenta por cento) para arrecadação em prazo igual ou superior a 96 (noventa e seis) meses da data da inscrição em dívida ativa, decrescendo 5% (cinco por cento) a cada 12 (doze) meses.

Parágrafo único. Em havendo pagamento ou quitação meramente parcial, quanto ao remanescente, serão observados os percentuais definidos nos incisos I a III quando da quitação ou arrecadação do saldo remanescente.

Art. 3º. Considera-se, *também*, além do efetivo recolhimento do crédito, como arrecadação para os fins de definição do percentual do encargo legal que constituirá os honorários advocatícios de sucumbência, o momento da:

I - constrição judicial por meio de bloqueio, arresto ou penhora, o que se der primeiro;

II - realização do depósito judicial ou extrajudicial;

III - celebração do acordo de parcelamento.

Art. 4º. A Advocacia-Geral da União instituirá Grupo de Trabalho - GT, com prazo de conclusão de 180 (cento e oitenta) dias, para definição, aperfeiçoamento e padronização de critério para aferimento da eficiência na atuação consultiva e extrajudicial, inclusive de seus órgãos vinculados, bem como a concepção de sistemas informatizados para essa finalidade.

Parágrafo único. Os critérios de eficiência de que tratam o *caput* deverão prestigiar o atendimento dos prazos regimentais e a segurança e solidez na manifestação jurídica.

Art. 5º. Na ausência de sistema informatizado que permita a identificação ou aferição dos marcos que definirão o percentual dos encargos legais que serão

> *vertidos à instituição financeira contratada pelo Conselho Curador dos Honorários Advocatícios - CCHA, serão aplicados como regra de transição os seguintes percentuais*:
>
> *I - 75% na hipótese de recolhimento em momento anterior ao ajuizamento, e*
>
> *II - 50% na hipótese de recolhimento após o ajuizamento.*
>
> *Parágrafo único. O percentual do inciso II será acrescido de 2,5 (dois e meio) pontos percentuais ao ano até a efetiva implementação dos sistemas que permitam a identificação, classificação e destinação automatizada dos valores de que trata a presente*. (destaquei)

III. Breve panorama doutrinário

Embora relativamente escassas, as opiniões doutrinárias sobre a natureza jurídica do encargo legal são dissonantes e orbitam, em essência, ao redor de três naturezas jurídicas: *i) tributária*; *ii)* de *contraprestação pelas despesas na cobrança da dívida ativa*; e *iii)* de *honorários sucumbenciais*, havendo, ainda, quem o repute inconstitucional.

Alessandro Mendes Cardoso, exemplificadamente, categoriza o encargo legal como taxa "[...] referente à movimentação da máquina estatal para a cobrança de débito tributário" (*Do Encargo Instituído pelo Decreto-Lei n. 1.025/96*. *in* Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo: Oliveira Rocha, mai. 2000, n. 56, p. 16).

Noutro vértice, com base na destinação dos recursos prevista na já apontada Lei n. 7.711/88, defende-se a índole de contraprestação do encargo pelos dispêndios efetuados na cobrança da dívida ativa, com o quê não concorda Yussef Sahid Cahali, para quem "as despesas com a inscrição da dívida são gerais da administração, e aquela inscrição é condição para a cobrança do crédito fiscal; hão de ser atendidas, consequentemente, pelos impostos gerais" (*Honorários Advocatícios*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 872).

Maria Helena Rau de Souza sustenta, por sua vez, a natureza jurídica de honorários advocatícios do encargo legal (*CTN Comentado*. Coord. Vladimir Passos de Freitas. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 1.064).

Por fim, para Sacha Calmon Coêlho, os "acréscimos" constituem meios aéticos de "enriquecimento sem causa" do Estado, porquanto "oneram o direito de litigar e constrangem ao pagamento antes da inscrição" (*Teoria e Prática das Multas Tributárias*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 84), sendo, portanto, inconstitucionais.

IV. O encargo legal na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

O extinto Tribunal Federal de Recursos assentou entendimento quanto à legalidade da cobrança, consolidado no verbete sumular n. 168, segundo o qual "o encargo de 20% do Decreto-Lei 1.025/69, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios".

A retrospectiva jurisprudencial revela que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a natureza jurídica do encargo legal oscilou entre três categorias: *i) honorários advocatícios sucumbenciais em prol da Fazenda Pública*; *ii) sanção ao contribuinte pelo não pagamento do tributo*; e *iii) verba destinada ao custeio das execuções fiscais*.

Tal juízo de legalidade foi confirmado pela 1ª Seção desta Corte, acrescentando, todavia, que, a partir da Lei n. 7.711/88, o encargo englobaria, além da verba honorária, os gastos com a arrecadação da dívida, como estampa o seguinte precedente:

> Processual Civil. Execução fiscal. Encargo previsto no art. 1º do Del. 1.025/69. Precedentes do STJ. Embargos de divergência acolhidos.
>
> I - *É legítima a cobrança do encargo de 20% previsto no art. 1º do Decreto-Lei 1.025/69, o qual serve para cobrir todas as despesas (inclusive honorários advocatícios) relativas à arrecadação dos tributos não recolhidos, não sendo mero substituto da verba honorária.*
>
> II - Embargos de Divergência acolhidos.
>
> (EREsp 124.263/DF, Rel. Ministro Adhemar Maciel, Primeira Seção, julgado em 29/04/1998, DJ 10/08/1998 - destaquei).

O encargo legal também já foi compreendido pela 1ª Turma exclusivamente como sanção ao devedor pelo inadimplemento do tributo, como segue:

> Processual. Execução fiscal. Acréscimo previsto no art. 1º do DL 1.025/69. *Sanção ao devedor recalcitrante*. Possibilidade.
>
> *O acréscimo ao valor do débito fiscal, determinado pelo DL 1.025/69,* ***constitui sanção****, cominada ao devedor recalcitrante, em percentagem legalmente fixada.* ***Não se confunde com os honorários de sucumbência****, previstos no art. 20 do Código de Processo Civil. Não é lícito ao Juiz eximir o devedor recalcitrante do pagamento do encargo.*
>
> (REsp 220.587/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julgado em 02/09/1999, DJ 03/11/1999 - destaquei).

Em novo exame da matéria, sob o rito do art. 543-C do CPC/73 e com enfoque na cobrança do encargo legal no processo falimentar, foi ratificada a orientação segundo a qual, a partir da Lei n. 7.711/88, a verba não mais se confundiria com honorários advocatícios, como espelha o julgado assim ementado:

> Direito Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Execução fiscal. Encargo de 20% previsto no Decreto-Lei 1.025/69. Massa falida. Exigibilidade. Precedentes da Primeira Seção. Recurso representativo de controvérsia. Artigo 543-C do CPC e Resolução 8/STJ.
>
> 1. Hipótese em que se discute a exigibilidade do encargo de 20% previsto no Decreto-Lei 1.025/69 nas execuções fiscais propostas contra massa falida, tendo em vista o disposto no artigo 208, § 2º, da antiga Lei de Falências, segundo o qual "A massa não pagará custas a advogados dos credores e do falido".
>
> 2. A Primeira Seção consolidou entendimento no sentido de que o encargo de 20%, imposto pelo artigo 1º do Decreto-Lei 1.025/69 pode ser exigido da massa falida. Precedentes: EREsp 668.253/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin; EREsp 466.301/PR, Rel. Ministro Humberto Martins; EREsp 637.943/PR, Rel. Ministro Castro Meira e EREsp 448.115/PR, Rel. Ministro José Delgado.
>
> 3. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.
>
> 4. Recurso especial provido.
>
> (REsp 1.110.924/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 10/06/2009, DJe 19/06/2009).

De tal precedente, registre-se, extraiu-se o enunciado sumular n. 400/STJ, com o seguinte teor: "o encargo de 20% previsto no DL n. 1.025/1969 é exigível na execução fiscal proposta contra a massa falida".

Em 2010, igualmente sob a sistemática *repetitiva*, a 1ª Seção assentou que "a condenação, em honorários advocatícios, do contribuinte, que formula pedido de desistência dos embargos à execução fiscal de créditos tributários da Fazenda Nacional, para fins de adesão a programa de parcelamento fiscal, configura inadmissível *bis in idem*, tendo em vista *o encargo estipulado no Decreto-Lei 1.025/69, que já abrange a verba honorária*" (1ª S., REsp 1.143.320/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 12.05.2010, DJe 21.05.2010 - destaquei).

Posteriormente, em 2012, com base no julgamento do mencionado Recurso Especial repetitivo n. 1.110.924/SP, esta Corte entendeu que "a natureza legal do encargo previsto no art. 1º do Decreto-Lei 1.025/1969 é de receita que

compõe Fundo de natureza contábil", não constituindo "despesa suportada pela União 'para fazer parte na falência'" (1ª S., REsp 1.304.076/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 08.08.2012, DJe 14.08.2012).

No mesmo ano, a 2ª Turma firmou compreensão segundo a qual "o encargo de que trata o art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69 *não possui natureza jurídica de pena pecuniária* e é devido como *parte integrante do crédito tributário*" (2ª T., REsp 1.327.067/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 28.08.2012, DJe 03.09.2012 - destaquei), entendimento que se mantém, mais recentemente, no âmbito daquele órgão fracionário, nos termos da ementa que segue:

> Tributário. Processual Civil. Falta de prequestionamento. Súmula 211/STJ. *Encargo legal. Natureza. Crédito tributário. Habilitação. Processo falimentar como crédito privilegiado*.
>
> 1. A indicada afronta do art. 208, § 2º, da Lei 7.661/1945 não deve ser analisada, pois o Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre esse dispositivo legal. O Superior Tribunal de Justiça entende ser inviável o conhecimento do Recurso Especial quando os artigos tidos por violados não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, a despeito da oposição de Embargos de Declaração, haja vista a ausência do requisito do prequestionamento. Incide, na espécie, a Súmula 211/STJ.
>
> 2. *O encargo legal do art. 1º do Decreto-Lei 1.025/1969 constitui crédito tributário da União, portanto pode ser habilitado como crédito privilegiado tributário em processo falimentar, conforme dispõe o art. 83, III, da Lei 11.101/2005. Precedente: REsp 1.517.361/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29/5/2015*.
>
> 3. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.
>
> (REsp 1.527.022/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03/05/2016, DJe 25/05/2016 - destaquei).

A 1ª Turma, a seu turno, tem adotado a orientação fixada no Recurso Especial repetitivo n. 1.143.320/RS, o qual atribuiu ao encargo legal a natureza de honorários advocatícios, a demonstrá-lo os seguintes precedentes, no essencial:

> Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Recurso especial provido. Desistência de embargos à execução fiscal em face de adesão a programa de parcelamento fiscal com inclusão de 1% do débito a título de honorários advocatícios. Extinção de cumprimento de sentença para cobrança de honorários advocatícios em razão de *bis in idem*. Argumentos insuficientes para desconstituir a decisão atacada.
>
> [...]

II - Esta Corte firmou entendimento, em precedente julgado sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, segundo a qual a condenação em honorários advocatícios, do contribuinte que formula pedido de desistência dos embargos à execução fiscal de créditos tributários da Fazenda Nacional, para efeito de adesão a programa de parcelamento fiscal, configura inadmissível *bis in idem*, tendo em vista *o encargo prescrito no Decreto-Lei 1.025/69, que já abrange a verba honorária (REsp 1.143.320/RS)*.

[...]

V - Agravo Interno improvido.

(AgInt no REsp 1.644.435/AL, de minha relatoria, Primeira Turma, julgado em 19/09/2017, DJe 28/09/2017 - destaquei).

Tributário. Processo Civil. Embargos à execução fiscal. Desistência da ação judicial para fins de adesão a programa de parcelamento fiscal. Honorários advocatícios (artigo 26, do CPC). Descabimento. Verba honorária compreendida no encargo de 20% previsto no Decreto-Lei 1.025/69. Violação da coisa julgada. Não ocorrência. Revisão do entendimento da Corte de origem. Impossibilidade. Inteligência da Súmula 7/STJ. Agravo a que se nega provimento.

1. *A Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.143.320/RS, processado sob o rito do art. 543-C do CPC, consolidou o entendimento de ser descabida a condenação em honorários de sucumbência em sede de embargos à execução do contribuinte que adere ao parcelamento fiscal. Ademais, reiterou o entendimento fixado na Súmula 168 do extinto TFR que dispõe que o encargo de 20%, do Decreto-Lei 1.025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios*.

[...]

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.102.720/DF, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 15/03/2016, DJe 04/04/2016 - destaquei).

Agravo regimental no recurso especial. Embargos à execução fiscal. Pedido de desistência. PGFN/RFB 6/2009. Adesão. Homologação. Renúncia do direito ao qual se funda a ação. Desistência do recurso especial. Honorários advocatícios (artigo 26 do CPC). Descabimento. Verba honorária compreendida no encargo de 20% previsto no DL 1.025/69. Recurso representativo de controvérsia - REsp 1.143.320/RS, Min. Luiz Fux, DJ de 21/05/2010. Ausência de impugnação aos fundamentos da decisão agravada. Súmula 182/STJ. Agravo regimental da Fazenda Nacional desprovido.

1. A decisão impugnada consignou que a Agravada desistiu da Ação de Embargos à Execução - na qual ficou vencida -, para fins de adesão à parcelamento; nesse contexto, *segundo a orientação desta Corte, se já incluído o encargo de*

> *20%, nos termos do DL 1.025/1969, não são devidos honorários advocatícios (REsp 1.143.320/RS, Rel. Min.* ***Luiz Fux****, DJe 21.05.2010)*.
>
> [...]
>
> 4. Agravo Regimental da Fazenda Nacional desprovido.
>
> (AgRg no REsp 1.218.378/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 05/06/2014, DJe 24/06/2014 - destaquei).

V. Não configuração do encargo legal como tributo ou penalidade pecuniária (multa) por infração administrativa

É possível extrair-se do texto constitucional, claramente, cinco espécies tributárias, com regimes jurídicos próprios, que apontam para as categorias de imposto, taxa, contribuição de melhoria, empréstimo compulsório e demais contribuições.

A verba em discussão, todavia, não se amolda a nenhuma dessas espécies, distanciando-se do regime jurídico tributário.

Ademais, *a própria Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, embora afirme a natureza de tributo do encargo legal (fls. 245e e 248e), não declina, nas razões do seu recurso especial, em qual categoria a verba estaria inserida*.

Noutro plano, cabe relembrar que infração administrativa é "o descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê sanção cuja imposição é *decidida por uma autoridade no exercício de função administrativa* – ainda que não necessariamente *aplicada* nesta esfera" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 263).

Por força do princípio constitucional da legalidade, a imposição de penalidade exige o cometimento de ato ilícito, o qual deve estar prévia e expressamente descrito em lei em sentido estrito, com a cominação das sanções correspondentes, vedada a interpretação extensiva ou analógica.

Desse modo, constituiria pressuposto indispensável ao enquadramento do encargo legal como penalidade pecuniária por prática de infração administrativa, a previsão legal *específica e particularizada* da caracterização do ilícito e da pena a ser aplicada.

Isso considerado, verifica-se que *a apontada legislação pertinente não tipifica, sequer genericamente, a cobrança forçada do crédito tributário mediante execução*

fiscal, elemento ensejador da cobrança do encargo, como infração administrativa, e nem poderia fazê-lo, como assinala Sacha Calmon Coêlho:

> Que ilícito cometeu o contribuinte/executado? Não nos parece possa ensejar, o simples fato da inscrição da dívida, a imposição de uma multa ao devedor. *Faltaria à lei 'razão de punir', já que o contribuinte tem o direito de resistir ao pagamento e até mesmo, o que é mais, o de embargar a execução (direito previsto na Constituição brasileira)*.
>
> [...]
>
> Outros tipos de acréscimos prefixados são abusivos e devem ser considerados injurídicos. *Multas é que não podem ser por ausência de tipicidade do ilícito*. Tampouco poderão ser tributários, vez que na espécie não há 'fato gerador'. (Ob. cit., p. 80).

Ademais, a inadimplência do contribuinte não constitui ilícito apto a justificar a cobrança do encargo legal, notadamente porque o descumprimento da obrigação tributária principal já enseja sanção específica.

Igualmente, o Supremo Tribunal Federal afastou, categoricamente, a natureza tributária ou sancionatória do acréscimo, ao proclamar a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei n. 10.421/71, do Estado de São Paulo, que instituiu encargo similar de 20% (vinte por cento) pela inscrição do débito fiscal na dívida ativa estadual, *verbis*:

> [...] procede a rebeldia dos contribuintes contra acréscimo que, *sem ser tributo nem multa*, e sem corresponder a qualquer obrigação tributária, principal ou acessória, se lhes carrega pelo só fato de ser inscrita a dívida, fato que pertine apenas ao Fisco e traduz o privilégio, que lhe toca, de criar seu próprio título de crédito. Tal acréscimo afigura-se-me, na verdade, incompatível com as normas dos arts. 113 e *201 do Código Tributário Nacional*.
>
> Tem sido invocado, em favor do discutido acréscimo, o art. 161 do mesmo código, que reza:
>
> > O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta lei ou em lei tributária.
>
> Não vejo, contudo, no que possa esse preceito aproveitar à legitimidade do encargo impugnado. *Nem constitui ele qualquer das penalidades cabíveis, que se resolvem nas multas, moratórias ou com caráter de* ***pena administrativa****, nem traduz medida de garantia de nenhuma espécie*.

> (STF RE n. 84.994/SP. Rel. Min. Xavier de Albuquerque, Tribunal Pleno, j. 13/04/1977, DJ 16/06/1978 - destaquei).

VI. A natureza jurídica do encargo legal

Delineados os quadros legal, doutrinário e jurisprudencial acerca do tema, cumpre estabelecer a natureza jurídica do encargo previsto no Decreto-Lei n. 1.025/69.

A plurissignificação revelada pelo instituto ao longo do tempo, fruto de opções legislativas variadas e de convívio com posicionamentos jurisprudenciais pendulares, não infirmaram, porém, uma característica legal invariável e perene desde a sua gênese, na Lei n. 4.439/64: *o propósito de remunerar procuradores dedicados à cobrança judicial da dívida ativa*.

Os sucessivos diplomas legais promoveram alterações na sua nomenclatura, percentual, beneficiários e destinação; no entanto, nunca lhe subtraíram a *tônica marcadamente remuneratória*, chegando, ao contrário, a conferir-lhe, de forma expressa, a tipologia de honorários advocatícios substitutivos àqueles devidos na condenação do devedor.

Aliás, não foi outro o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, ao analisar a matéria antes do advento da Constituição de 1988, no Recurso Extraordinário n. 95.146/RS, cujo acórdão recebeu a seguinte ementa:

> ***Honorários advocatícios. Decreto-Lei n. 1.025, de 21.10.69***. *Execução fiscal contra massa falida. Incidência da verba. Inaplicabilidade de dispositivo da Lei de Falências (parágrafo 2º do art. 208). Recurso extraordinário conhecido e provido*.
>
> (STF RE 95.146/RS, Rel. Min. Sydney Sanches, Primeira Turma, julgado em 15/03/1985, DJ 03/05/1985 - destaquei).

Colhe-se do voto condutor:

> Incide, pois, no caso, *a norma que regula a verba de honorários advocatícios em execuções fiscais promovidas pela União: o já referido art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025, de 21/10/1969 c/c art. 39, "caput", do Decreto-Lei n. 1.645 de 11/12/1978*.
>
> [...]
>
> Pelas mesmas razões, é de se acrescentar aqui: incide, mesmo contra massa falida, a norma do art. 1º do Decreto-Lei 1.025, de 21/10/1969 c/c art. 39, "caput", do Decreto-Lei n. 1.645, de 11/12/1978, *criadora de encargo que, em execução fiscal, promovida pela União, substitui a condenação do devedor em honorários de advogado*, determinando que o respectivo produto, sob esse titulo, seja recolhido integralmente ao Tesouro Nacional. (destaquei)

Noutro giro, o Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - FUNDAF, para o qual a Lei n. 7.711/88 verteu o produto da arrecadação do encargo legal, tem por finalidade, dentre outras, suportar o pagamento do *pro labore* de êxito nas execuções fiscais aos procuradores fazendários, a teor do disposto em seu art. 3º.

Na seara jurisprudencial, conquanto a matéria tenha sido analisada em diversas oportunidades por esta Corte, como mencionado, despontam precedentes com eficácia *vinculante*, cujas razões de decidir enquadraram o encargo legal na categoria de honorários advocatícios sucumbenciais.

A rigor, a compreensão de que a verba foi, efetivamente, concebida para gratificar os responsáveis pela defesa dos interesses fazendários nos executivos fiscais – e persiste com esse desiderato –, foi reafirmada pela *Lei n. 13.327/16*, ao determinar que *até 75%* (setenta e cinco por cento) dos honorários de sucumbência devidos aos advogados públicos serão compostos *pelo produto do encargo legal*, e de *100%* (cem por cento) quando o montante advier de execuções de créditos das autarquias e fundações públicas federais (art. 30, I e II).

Por sua vez, ao regulamentar o art. 85, § 19, do CPC/15, tal diploma legal, além de estabelecer que os honorários sucumbenciais pertencerão, *originariamente*, aos advogados e procuradores públicos, determinou o creditamento *direto*, na instituição financeira oficial, dos valores correspondentes ao recolhimento do encargo, *sem necessidade de transitar pela conta única do Tesouro Nacional*.

Ademais, referência que não pode ser desprezada na definição da prevalência da finalidade remuneratória do encargo sobre as demais, consiste na retenção, na fonte, do Imposto de Renda sobre os honorários, constituídos essencialmente pelo montante da arrecadação do encargo (art. 34, § 7º).

Consigne-se que o rateio dos honorários será realizado entre defensores *ativos e inativos*, observados os critérios legais, e caberá ao Conselho Curador dos Honorários Advocatícios - CCHA, órgão criado pela lei para, dentre outras competências, operacionalizar a distribuição dos valores e fiscalizar a sua correta destinação, a partir de parâmetros que contemplem a *eficiência da atuação e a fase de recolhimento do crédito*, os quais foram discriminados, por delegação legal, à portaria interministerial, conforme já referido (arts. 31, 34 e 36, I e parágrafo único).

Dessarte, sob a perspetiva legal – pretérita e atual –, e, até o momento, jurisprudencial com efeito vinculante, a verba ostenta, em meu sentir, em

essência, índole remuneratória, *apresentando a natureza jurídica de honorários advocatícios sucumbenciais em prol dos advogados e procuradores públicos, decorrente da cobrança judicial da dívida ativa da União, autarquias e fundações públicas federais*.

VII. Posição do encargo legal no elenco dos créditos falimentares

A Lei n. 11.101/05 estampa a seguinte ordem de preferência para pagamento dos créditos falimentares pela massa falida:

> Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:
>
> I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinqüenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;
>
> II – créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;
>
> III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;
>
> IV – créditos com privilégio especial, a saber:
>
> a) os previstos no art. 964 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002;
>
> b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;
>
> c) aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia;
>
> d) aqueles em favor dos microempreendedores individuais e das microempresas e empresas de pequeno porte de que trata a Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006.
>
> V – créditos com privilégio geral, a saber:
>
> a) os previstos no art. 965 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002;
>
> b) os previstos no parágrafo único do art. 67 desta Lei;
>
> c) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;
>
> VI – créditos quirografários, a saber:
>
> a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo;
>
> b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento;
>
> c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do *caput* deste artigo;

VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias;

VIII – créditos subordinados, a saber:

a) os assim previstos em lei ou em contrato;

b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício.

§ 1º Para os fins do inciso II do *caput* deste artigo, será considerado como valor do bem objeto de garantia real a importância efetivamente arrecadada com sua venda, ou, no caso de alienação em bloco, o valor de avaliação do bem individualmente considerado.

§ 2º Não são oponíveis à massa os valores decorrentes de direito de sócio ao recebimento de sua parcela do capital social na liquidação da sociedade.

§ 3º As cláusulas penais dos contratos unilaterais não serão atendidas se as obrigações neles estipuladas se vencerem em virtude da falência.

§ 4º Os créditos trabalhistas cedidos a terceiros serão considerados quirografários.

Art. 84. Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, os relativos a:

I – remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares, e créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência;

II – quantias fornecidas à massa pelos credores;

III – despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do seu produto, bem como custas do processo de falência;

IV – custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa falida tenha sido vencida;

V – obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência, e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

A Corte Especial deste Superior Tribunal, ao julgar recurso especial sob o rito do art. 543-C do CPC/73, assentou que os honorários advocatícios detêm *caráter alimentar* e, por isso, equiparam-se aos créditos de natureza trabalhista para efeito de habilitação em processo falimentar, seja pela regência do Decreto-Lei n. 7.661/45, seja pela forma prevista na Lei n. 11.101/05, observado, neste último caso, o limite de valor fixado no art. 83, I, nos termos do precedente que segue:

> Direito Processual Civil e Empresarial. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Honorários advocatícios. Falência. Habilitação. Crédito de natureza alimentar. Art. 24 da Lei n. 8.906/1994. Equiparação a crédito trabalhista.
>
> 1. *Para efeito do art. 543-C do Código de Processo Civil*:
>
> 1.1) *Os créditos resultantes de honorários advocatícios têm natureza alimentar e equiparam-se aos trabalhistas para efeito de habilitação em falência, seja pela regência do Decreto-Lei n. 7.661/1945, seja pela forma prevista na Lei n. 11.101/2005, observado, neste último caso, o limite de valor previsto no artigo 83, inciso I, do referido Diploma legal*.
>
> 1.2) São créditos extraconcursais os honorários de advogado resultantes de trabalhos prestados à massa falida, depois do decreto de falência, nos termos dos arts. 84 e 149 da Lei n. 11.101/2005.
>
> 2. Recurso especial provido.
>
> (REsp 1.152.218/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 07/05/2014, DJe 09/10/2014 - destaquei).

Logo, fixada a premissa quanto à natureza de honorários advocatícios sucumbenciais do encargo legal, verifica-se que a verba deve ser enquadrada no art. 83, I, da Lei n. 11.101/05, nivelada com os créditos de natureza trabalhista, submetendo-se, contudo, ao limite de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos.

VIII. Proposição da tese a ser firmada e prospecção dos efeitos do julgamento

Nesse contexto, proponho a seguinte tese para efeito do art. 1.036 do CPC/15: *o encargo legal, previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69, possui natureza jurídica de honorários advocatícios sucumbenciais, devendo ser enquadrado, na habilitação dos créditos em processo falimentar, no art. 83, I, da Lei n. 11.101/05, porquanto equiparada a verba honorária aos créditos trabalhistas, em sede de julgamento de Recurso Especial repetitivo (Corte Especial, REsp n. 1.152.218/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 07.05.2014, DJe 09.10.2014)*.

Por fim, ausentes os requisitos do art. 927, § 3º, do CPC/15, revela-se desnecessária a modulação dos efeitos do presente julgamento.

IX. Solução do caso concreto

A Fazenda Nacional postula, nas razões do recurso especial, a reforma do acórdão recorrido, sustentando, para tanto, a natureza tributária do encargo legal e o seu enquadramento no art. 83, III, da Lei n. 11.101/05.

Diante do reconhecimento da natureza de honorários advocatícios sucumbenciais do encargo, bem como da equiparação dessa remuneração aos créditos trabalhistas, os quais ocupam a mais elevada posição na escala de preferências da Lei de Falências (art. 83, I), verifica-se a impossibilidade de acolher a pretensão recursal, sob pena de incorrer em julgamento *extra petita*.

Isto posto, acompanho o Senhor Relator para *negar provimento* ao recurso especial, fazendo-o, todavia, por fundamentos diversos, consoante apontado.

É o voto.

VOTO

Ementa: Processual Civil, Tributário e Falimentar. Recurso especial submetido ao rito dos repetitivos. Encargo pecuniário previsto no art. 1º do Decreto-Lei 1.025/1969. Natureza jurídica. Crédito quirografário, devendo ser enquadrado na Lei de Falências no inciso VI do art. 83 da Lei 11.101/2005.

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se o Recurso Especial que busca definir qual a natureza jurídica do encargo pecuniário previsto no art. 1º do Decreto-Lei 1.025/1969, para fins de classificá-lo como crédito privilegiado (crédito tributário) ou crédito quirografário no concurso de credores na falência.

2. O encargo previsto no art. 1º do Decreto-Lei 1.025/1969 possui dupla função: a) honorários advocatícios; e b) custeio de despesas de arrecadação da dívida ativa federal.

3. A Lei de Falências traz a seguinte ordem de pagamento dos créditos:

> Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:
>
> (...).
>
> III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;
>
> (...).
>
> VI – créditos quirografários, a saber:
>
> a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo;
>
> b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento;

> c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do *caput* deste artigo;

4. Na espécie, se os créditos previstos no encargo legal instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei 1.025/69 forem considerados de natureza tributária, estarão inseridos no item III do rol de credores, enquanto que, se forem classificados como quirografários, figurarão no item VI desse rol.

5. A 1ª Seção ao julgar como recurso repetitivo o REsp 1.110.924/SP, Rel. Min. *Benedito Gonçalves*, DJe 19.6.2009, concluiu que o encargo previsto no art. 1º do Decreto-Lei 1.025/1969 *abrangeria, além das despesas relativas à verba honorária, outras despesas destinadas a custear as execuções fiscais*, ensejando, inclusive, a edição da Súmula 400 do STJ: o *encargo de 20% previsto no DL 1.025/1969 é exigível na execução fiscal proposta contra a massa falida*.

6. A 2ª Turma desta Corte entende que *o encargo legal possui natureza de crédito tributário*, e por essa razão faria parte dos créditos privilegiados na Falência, previsto no inciso III do art. 83 da Lei 11.101/2005. A saber, citem-se precedentes:

> Tributário. Processual Civil. Falta de prequestionamento. Súmula 211/STJ. Encargo legal. Natureza. Crédito tributário. Habilitação. Processo falimentar como crédito privilegiado.
>
> 1. A indicada afronta do art. 208, § 2º, da Lei 7.661/1945 não deve ser analisada, pois o Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre esse dispositivo legal. O Superior Tribunal de Justiça entende ser inviável o conhecimento do Recurso Especial quando os artigos tidos por violados não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, a despeito da oposição de Embargos de Declaração, haja vista a ausência do requisito do prequestionamento. Incide, na espécie, a Súmula 211/STJ.
>
> 2. O encargo legal do art. 1º do Decreto-Lei 1.025/1969 constitui crédito tributário da União, portanto pode ser habilitado como crédito privilegiado tributário em processo falimentar, conforme dispõe o art. 83, III, da Lei 11.101/2005. Precedente: REsp 1.517.361/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29/5/2015.
>
> 3. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido (REsp 152722/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 25.5.2016).

> Tributário. Encargo legal. Decreto-Lei n. 1.025/69. Natureza jurídica para fins de classificação de créditos na falência. Parte integrante do crédito tributário.
>
> 1. "O encargo de que trata o art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69 não possui natureza jurídica de pena pecuniária e é devido como parte integrante do crédito

tributário. Com efeito, além do montante apurado a título de obrigação tributária principal, compõem o crédito tributário a correção monetária, os juros de mora, as multas tributárias e, quando exigível, também o encargo de que tratam o art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69, o art. 3º do Decreto-Lei n. 1.569/77, o art. 3º do Decreto-Lei n. 1.645/78. Das parcelas ou rubricas que compõem os créditos tributários, a Lei n. 11.101/2005 classificou como créditos subquirografários apenas as multas tributárias" (REsp 1.327.067/DF, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Segunda Turma*, julgado em 28/08/2012, DJe 03/09/2012).

2. O encargo previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69 representa parte integrante do crédito tributário, legitimando sua classificação como crédito tributário previsto no inciso III do art. 83 da Lei n. 11.101/2005.

Recurso especial provido (REsp 1.517.361/SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 29.5.2015).

Processual Civil e Financeiro. Falência. Habilitação de créditos pela Fazenda Nacional. Inclusão do encargo previsto no art. 1º do Decreto-Lei 1.025/1969. Possibilidade. Classificação na ordem do art. 83 da Lei n. 11.101/2005.

1. A Primeira Seção do STJ, ao julgar o REsp 1.304.076/SP (Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 14.8.2012), acabou por endossar o entendimento adotado por esta Turma, no julgamento do REsp 1.234.893/SP (Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 8.9.2011), no sentido de que o encargo previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69 constitui receita da União, e não despesa, razão pela qual, por integrar a dívida ativa da Fazenda Pública, pode ser exigido em execução fiscal ou, opcionalmente, habilitado em processo de falência.

2. O encargo de que trata o art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69 não possui natureza jurídica de pena pecuniária e é devido como parte integrante do crédito tributário. Com efeito, além do montante apurado a título de obrigação tributária principal, compõem o crédito tributário a correção monetária, os juros de mora, as multas tributárias e, quando exigível, também o encargo de que tratam o art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69, o art. 3º do Decreto-Lei n. 1.569/77, o art. 3º do Decreto-Lei n. 1.645/78. Das parcelas ou rubricas que compõem os créditos tributários, a Lei n. 11.101/2005 classificou como créditos subquirografários apenas as multas tributárias.

3. Recurso especial provido para classificar o encargo de que trata o art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69 no inciso III do art. 83 da Lei n. 11.101/2005 (REsp 1.327.067/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 3.9.2012).

7. Como já dito, esse encargo possui dupla função: a) honorários advocatícios; e b) custeio de despesas de arrecadação da dívida ativa federal. Dessa forma, não há como permitir que rubrica que não possui a natureza

jurídica de crédito tributário passe a ser enquadrada como tal para fins de classificação na ordem de recebimento do processo falimentar. Pensar de forma diversa, estaria permitindo subverter a ordem prevista na Lei de Falências, criando privilégio que a lei não previu.

8. Observe-se que o art. 85, § 19 do Novo Código de Processo Civil, dispõe que *os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei*. A Lei que regulamentou foi a 13.327/2016, em seu art. 30, que assim prevê:

> Art. 30. Os honorários advocatícios de sucumbência incluem:
>
> I - o total do produto dos honorários de sucumbência recebidos nas ações judiciais em que forem parte a União, as autarquias e as fundações públicas federais;
>
> II - *até 75% (setenta e cinco por cento) do produto do encargo legal acrescido aos débitos inscritos na dívida ativa da União, previsto no art. 1º do Decreto-Lei 1.025, de 21 de outubro de 1969*;
>
> III - o total do produto do encargo legal acrescido aos créditos das autarquias e das fundações públicas federais inscritos na dívida ativa da União, nos termos do § 1º do art. 37-A da Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002.
>
> Parágrafo único. O recolhimento dos valores mencionados nos incisos do *caput* será realizado por meio de documentos de arrecadação oficiais.

9. Concluiu-se que o art. 30 da Lei 13.327/2016, veio dizer que o encargo engloba os honorários de sucumbência, tanto que passou a ser destinado, em grande parte, à remuneração dos advogados públicos federais. Há, apenas, um pequeno percentual que não lhes é distribuído e que poderia, dessa forma, ser enquadrado como crédito tributário.

10. Assim, por mais esse motivo não se verifica razão em permitir que tal encargo tenha natureza jurídica de crédito tributário para fins de classificação na ordem de recebimento do processo falimentar.

11. Ante o exposto, voto por *negar provimento ao Recurso Especial* da Fazenda Nacional e entendo que a tese a ser fixada nos termos do art. 1.036 do CPC/2015 (art. 543-C do CPC/1973) é que *o encargo pecuniário previsto no art. 1º do Decreto-Lei 1.025/1969 possui natureza jurídica de crédito quirografário, devendo ser enquadrado na Lei de Falências no inciso VI do art. 83 da Lei 11.101/2005*.

12. É como voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Encargo previsto no art. 1º do Decreto-Lei 1.025/1969. Habilitação no juízo falimentar como crédito tributário privilegiado da União, por força do disposto no art. 4º, § 4º, da Lei 6.830/1980. Art. 83, inc. III da Lei 11.101/2005. Recurso especial da Fazenda Nacional provido, acompanhando o e. Min. Gurgel de Faria.

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional contra acórdão proferido pelo TJSP, assim ementado (fls. 231):

> Falência. Habilitação de crédito. É exigível da massa falida o valor do encargo legal previsto no Decreto-Lei n. 1.025/69. O acréscimo não só possui natureza de honorários como também se destina a custear despesas com a arrecadação de divida ativa. Entendimento consolidado do STJ. Súmula 400 do C. STJ. Inclusão, contudo, como crédito quirografário, por não ostentar natureza tributária. Não provimento.

Em suas razões, a recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação dos artigos 83, III, da Lei 11.101/2005, 1º do Decreto-Lei 1.025/69, 23, II, e 208, § 2º, do Decreto-Lei 7.661/45, defendendo, em suma, que o encargo legal previsto no DL 1.025/69 possui natureza tributária a implicar a sua habilitação no juízo falimentar na classe dos créditos tributários (e não quirografários).

O feito foi afetado ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC/73), nos termos do acórdão cuja ementa consta às fls. 297.

O MPF opinou pelo provimento do recurso, mediante parecer assim ementado (fls. 343):

> *Recurso especial representativo de controvérsia*. Art. 1.036 do CPC/15. Direito Tributário. Encargo pecuniário previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69. Natureza Jurídica. Crédito Tributário. Habilitação em processo falimentar. Possibilidade. Entendimento firmado pela Primeira Seção do STJ. Parecer pelo provimento do Recurso Especial.

O e. Relator, Min. Sérgio Kukina, após fazer um histórico legislativo e jurisprudencial desta Corte acerca do tema, negou provimento recurso, por entender que, diferente do que vem sendo decido pelas Turmas que compõem

a 1ª Seção, o encargo legal em questão não possui natureza tributária, constituindo-se em inegável penalidade administrativa pelo inadimplemento voluntário da obrigação tributária, a se enquadrar, por consequência, como crédito subquirografário no processo falimentar, nos termos do art. 83, VII, da Lei 11.101/2005.

Em voto-vista, a e. Min. Regina Helena Costa também negou provimento ao recurso, porém com fundamento diverso, por entender que o referido encargo ostenta natureza jurídica de honorários advocatícios sucumbenciais, portanto alimentar (REsp 1.152.218/RS, da Corte Especial), a se posicionar na habilitação dos créditos falimentares no inciso I do art. 83 da Lei 11.101/2005, nivelado com os créditos de natureza trabalhista.

Por sua vez, o e. Min. Gurgel de Faria, em divergência, deu provimento ao recurso especial da Fazenda, ao fundamento de que, embora o crédito em questão não seja tributário, possui as mesmas preferências do crédito tributário (por força do art. 4º, § 4º, da Lei 6.830/1980), sendo, portanto, adequado o seu enquadramento para fins falimentares como tal, no inciso III, do art. 83, da Lei 11.101/2005. Esse entendimento foi acompanhado pelos e. Ministros Herman Benjamin e Francisco Falcão.

Por fim, o e. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, nego provimento ao recurso por um outro fundamento, diferente dos até então apresentados, no sentido de que o crédito pecuniário previsto no artigo 1º do DL 1.025/69 possui natureza jurídica de crédito quirografário, devendo se enquadrar no inciso IV do do art. 83, da Lei de Falências.

Pedi vista dos autos.

Como visto, a matéria discutida nos presentes autos consiste em saber a natureza jurídica do encargo pecuniário previsto no art. 1º do Decreto-Lei 1.025/69, para fins de classificação de tal crédito no processo de falência (art. 83 da Lei 11.101/2005).

O art. 1º do DL 1.025/69 estabelece o pagamento adicional pelo devedor de um percentual de 20% sobre o montante relativo à dívida ativa da União (tributária e não tributária), nos seguintes termos:

> Art. 1º. É declarada extinta a participação de servidores públicos na cobrança da Dívida da União, a que se referem os artigos 21 da Lei n. 4.439, de 27 de outubro de 1964, e 5.421, de 25 de abril de 1968, passando a taxa, no total de 20% (vinte por cento), paga pelo executado, a ser recolhida aos cofres públicos, como renda da União.

Por sua vez, a Lei de Falências traz a seguinte ordem de pagamentos dos créditos:

> Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:
>
> I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinqüenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;
>
> II – créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;
>
> III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;
>
> IV – créditos com privilégio especial, a saber:
>
> a) os previstos no art. 964 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002;
>
> b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;
>
> c) aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia;
>
> d) aqueles em favor dos microempreendedores individuais e das microempresas e empresas de pequeno porte de que trata a Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006 ei Complementar n. 147, de 2014)
>
> V – créditos com privilégio geral, a saber:
>
> a) os previstos no art. 965 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002;
>
> b) os previstos no parágrafo único do art. 67 desta Lei;
>
> c) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;
>
> VI – créditos quirografários, a saber:
>
> a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo;
>
> b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento;
>
> c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do *caput* deste artigo;
>
> VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias;
>
> VIII – créditos subordinados, a saber:
>
> a) os assim previstos em lei ou em contrato;
>
> b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício.

Do minucioso histórico legislativo trazido nos voto dos e. Ministros Sérgio Kukina e Min. Regina Helena, depreende-se que o encargo em questão teve origem na Lei 4.439/64, que estabelecia, em prol de Procuradores da Fazenda, Procuradores da República e Promotores Públicos, uma verba a ser paga, pelos devedores, nas execuções de dívida ativa (art. 21).

Tal norma sofreu, ao longo do tempo, diversas e sucessivas alterações, que promoveram modificações em sua nomenclatura (*taxa - DL 1.025/69; encargo - DL 1.569/77; honorários advocatícios substitutivos - DL 1.645/78; receita da dívida ativa - DL 1.735/79; taxa - DL 2.163/84*), percentual (*redução para 10% na hipótese de pagamento antes execução - DL 1.569/77)*, beneficiários (*inclusão dos créditos das Autarquias e Fundações Públicas inscritos em dívida ativa - Lei 11.941/09 e taxas de fiscalização da CVM,* ***Susep****,* ***Incra*** *e* ***Embratur****)*, e também na sua destinação (*FUNDAF - Lei 7.711/88*).

Da referida legislação, pode-se perceber que o encargo criado tinha inicialmente apenas a natureza de verba honorária (Leis 4.439/64 e 5.421/68), passando, após o advento da Lei 7.711/88, a também custear as despesas concernentes à arrecadação da dívida ativa da União.

Por sua vez, no âmbito da jurisprudência desta Corte, verifica-se que a questão já foi analisada pela Primeira Seção sobre diversos enfoques que tangenciam a presente controvérsia, havendo entendimento no sentido de que:

i) não obstante o disposto no art. 208, § 2º da Lei de Falência, o encargo de 20%, previsto no no artigo 1º do DL 1.025/69, pode ser exigido da massa falida, mormente porque tal verba não se limita a substituir condenação em verbas honorárias, mas também se destina a uma série de outros gastos decorrentes da propositura das execuções fiscais (REsp Repetitivo 1.110.924/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 19/06/2009). Tal precedente deu ensejo à edição da Súmula 400/STJ, cujo teor é o seguinte: "O encargo de 20% previsto no DL n. 1.025/1969 é exigível na execução fiscal proposta contra a massa falida";

ii) é descabida a condenação em honorários de sucumbência em sede de embargos à execução do contribuinte que adere ao parcelamento fiscal a condenação, sob pena de inadmissível *bis in idem*, tendo em vista a incidência do encargo estipulado no DL 1.025/69, que já abrange a verba honorária (REsp Repetitivo 1.143.320/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 21/05/2010); e

iii) o encargo previsto no DL 1.025/69 não constitui despesa suportada pela União para fazer parte na falência, mas sim receita da União, que compõe

o Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - FUNDAF, razão pela qual, por integrar a dívida ativa da Fazenda Pública, pode ser habilitado em processo de falência, não se enquadrando no art. art. 5º da Lei 11.101/05 (REsp 1.304.076/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 14/08/2012).

Na Segunda Turma, há diversos precedentes no sentido de que o encargo de que trata o DL 1.025/69 não possui natureza jurídica de pena pecuniária e é devido como parte integrante do crédito tributário, podendo, assim, ser habilitado como crédito privilegiado tributário em processo falimentar, conforme dispõe o art. 83, III, da Lei 11.101/2005. Nesse sentido: REsp 1.527.022/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 25/05/2016; REsp 1.540.855/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 18/12/2015; REsp 1.517.361/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29/05/2015.

Por sua vez, na Primeira Turma, encontra-se precedentes aplicando o entendimento firmado no REsp Repetitivo 1.143.320/RS, de que é descabida a condenação em honorários de sucumbência em sede de embargos à execução do contribuinte que adere ao parcelamento fiscal. A esse respeito: AgInt no REsp 1.644.435/AL, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 28/09/2017; AgRg no REsp 1.218.378/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maria Filho, Primeira Turma, DJe 24/06/2014; AgRg nos EDcl na Desis no REsp 1.279.718/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 25/10/2013). Já em monocráticas, depara-se com decisões no mesmo sentido que vem entendendo a Segunda Turma, de que o encargo em questão tratar-se de crédito tributário da União, que deve ser habilitado na falência como crédito privilegiado, nos termos do art. 83, III da Lei 11.101/2005, Vejamos: REsp 1.414.213/SP. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 01/09/2017; REsp 1.481.657/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, DH 02/02/2017; REsp 1.555.813/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ 19.12.2016; REsp 1.507.812/DF, Rel. Min. Regina Helena Costa, DJ 22.9.2016.

Do que se tem nos autos, parece-me que o encargo de que trata o art. 1º do DL 1.021/69 não constitui penalidade ao devedor pelo seu inadimplemento, principalmente em razão da ausência de configuração de infração administrativa.

Tampouco se confunde com a verba honorária prevista no CPC, porquanto, não obstante sua maior parte seja destinada à remuneração dos advogados públicos, possui, também, outros fins, como o custeio de despesas

associadas à arrecadação da dívida ativa federal, por meio do Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - Fundaf.

A esse respeito, como bem salientou o e. Min. Sérgio Kukina, em sua complementação de voto, não há também como desconsiderar que. diferentemente do que ocorre com a advocacia pública, os advogados da iniciativa privada são profissionais liberais autônomos e, portanto, "*dependentes, para seu sustento, da verba advocatícia derivada de sua prestação de serviços, a justificar seu posicionamento no topo do rol de credores da massa falida, por possuírem estrito caráter alimentar*". Além disso, sequer a própria Fazenda Nacional está a defender tal tese, até mesmo porque o enquadramento do encargo em questão na categoria alimentar, o direcionaria ao topo da ordem legal dos credores, conferindo-lhe, incongruentemente, relevância maior que o próprio crédito tributário a ela atrelado.

E, por força do que dispõe os artigos 145 da CF e art. 3º do CTN, não se caracteriza como crédito tributário, porquanto não se amolda em nenhuma das espécies lá previstas, no qual estão incluídos somente a correção monetária e os juros de mora incidentes sobre o tributo devido pelo falido, nos termos do art. 161 do CTN, senão vejamos:

> Constituição Federal:
>
> Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
>
> I - impostos;
>
> II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;
>
> III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.
>
> Código Tributário Nacional:
>
> Art. 3º 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.
>
> Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

Isso tudo considerado, parece-me adequada a solução adotada pelo e. Min. Gurgel de Faria, no sentido de que o encargo legal instituído pelo art. 1º do DL 1.025/69, embora não ostente natureza tributária, pode ser inserido como tal na classificação dos créditos na falência, ou seja, no inciso III, do art. 83 da Lei 11.1101/2005, na medida em que o art. 4º, § 4º, da Lei 6.830/1980 expressamente estendeu ao crédito não tributário inscrito em dívida ativa a preferência dada ao crédito tributário, senão vejamos:

> Lei 6.830/1980:
>
> Art. 4º - A execução fiscal poderá ser promovida contra:
>
> (...)
>
> § 4º - Aplica-se à Dívida Ativa da Fazenda Pública de natureza não tributária o disposto nos artigos 186 e 192 do Código Tributário Nacional.
>
> CTN:
>
> Art. 186. O tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho. (Redação dada pela Lcp n. 118, de 2005) Parágrafo único. Na falência: (Incluído pela Lcp n. 118, de 2005)
>
> I – o crédito tributário não prefere aos créditos extraconcursais ou às importâncias passíveis de restituição, nos termos da lei falimentar, nem aos créditos com garantia real, no limite do valor do bem gravado; (Incluído pela Lcp n. 118, de 2005)
>
> II – a lei poderá estabelecer limites e condições para a preferência dos créditos decorrentes da legislação do trabalho; e (Incluído pela Lcp n. 118, de 2005)
>
> III – a multa tributária prefere apenas aos créditos subordinados. (Incluído pela Lcp n. 118, de 2005)
>
> (...)
>
> Art. 188. São extraconcursais os créditos tributários decorrentes de fatos geradores ocorridos no curso do processo de falência. (Redação dada pela Lcp n. 118, de 2005)
>
> § 1º Contestado o crédito tributário, o juiz remeterá as partes ao processo competente, mandando reservar bens suficientes à extinção total do crédito e seus acrescidos, se a massa não puder efetuar a garantia da instância por outra forma, ouvido, quanto à natureza e valor dos bens reservados, o representante da Fazenda Pública interessada.
>
> § 2º O disposto neste artigo aplica-se aos processos de concordata.
>
> (...)

> Art. 192. Nenhuma sentença de julgamento de partilha ou adjudicação será proferida sem prova da quitação de todos os tributos relativos aos bens do espólio, ou às suas rendas.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial da Fazenda Pública, para que o crédito em questão seja enquadrado no inciso III do art. 83 da Lei 11.101/2005, acompanhando o voto do e. Min. Gurgel de Faria.

É como voto.

VOTO-VOGAL

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Os autos versam sobre Recurso Especial repetitivo, em que se discute "a natureza jurídica do encargo legal previsto no Decreto-Lei 1.025/69 e, assim, classificá-lo no rol de créditos na falência".

Eis o que dispõe a Lei 11.101/2005, no que interessa:

> Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:
>
> I - os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e ciquenta) salários mínimos por credor, e os decorrentes de acidente de trabalho;
>
> II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;
>
> III - créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição excetuadas as multas tributárias;
>
> (...)
>
> VI - créditos quirografários, a saber:
>
> a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo;
>
> b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento;
>
> c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do *caput* deste artigo;
>
> VII - as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias

O acórdão proferido pelo Tribunal de origem classificou o encargo legal, de que cuida o Decreto-Lei 1.025/69, como crédito quirografário, com base no art. 83, inciso VI, *a*, da Lei 11.101/2005.

O Ministro *Sérgio Kukina*, Relator, ao entendimento de que se trata de penalidade administrativa, encaminha o voto no sentido de classificar o mencionado encargo legal, para fins de habilitação na falência, *como subquirografário*, em conformidade com o inciso VII do art. 83 do mencionado diploma legal.

A Ministra *Regina Helena*, em seu voto-vista, concluiu pela natureza alimentar do encargo, à compreensão de que teria como principal propósito remunerar os Advogados Públicos da União, o que demonstra se tratar de *verba trabalhista*, a ensejar o enquadramento no inciso I do artigo em referência.

Em seu voto-vista, o Ministro *Gurgel de Faria* assevera que o aludido encargo tem as mesmas preferências do *crédito tributário, por equiparação*, a determinar seu enquadramento no inciso III do art. 83 da Lei 11.101/2005. Assentou que as Leis 6.830/80 e 7.711/88 e o CTN afirmam sua natureza não tributária, embora componha a dívida ativa da Fazenda Nacional.

Alinho-me ao entendimento apresentado pelo Ministro *Gurgel de Faria*.

Cabe ressaltar que a Segunda Turma vem decidindo no sentido de que a Dívida Ativa é composta pelo valor decorrente da obrigação principal, pela correção monetária, pelos juros de mora, pela multa e pelo encargo legal. Nesse sentido:

> Processual Civil e Financeiro. Falência. Habilitação de créditos pela Fazenda Nacional. Inclusão do encargo previsto no art. 1º do Decreto-Lei 1.025/1969. Possibilidade. Classificação na ordem do art. 83 da Lei n. 11.101/2005.
>
> *1.* A Primeira Seção do STJ, ao julgar o REsp 1.304.076/SP (Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 14.8.2012), acabou por endossar o entendimento adotado por esta Turma, no julgamento do REsp 1.234.893/SP (Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 8.9.2011), no sentido de que o encargo previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69 constitui receita da União, e não despesa, razão pela qual, por integrar a dívida ativa da Fazenda Pública, pode ser exigido em execução fiscal ou, opcionalmente, habilitado em processo de falência.
>
> *2. O encargo de que trata o art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69 não possui natureza jurídica de pena pecuniária e é devido como parte integrante do crédito tributário.* Com efeito, além do montante apurado a título de obrigação tributária principal, compõem o crédito tributário a correção monetária, os juros de mora, as multas tributárias e, quando exigível, também o encargo de que tratam o art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69, o art. 3º do Decreto-Lei n. 1.569/77, o art. 3º do Decreto-Lei n. 1.645/78. Das parcelas ou rubricas que compõem os créditos tributários, a Lei n. 11.101/2005 classificou como créditos subquirografários apenas as multas tributárias.

> *3.* Recurso especial provido para classificar o encargo de que trata o art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69 no inciso III do art. 83 da Lei n. 11.101/2005 (STJ, REsp 1.327.067/DF, Segunda Turma, DJe de 03/09/2012).

> Tributário. Encargo legal. Decreto-Lei n. 1.025/69. Natureza jurídica para fins de classificação de créditos na falência. Parte integrante do crédito tributário.
>
> 1. '*O encargo de que trata o art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69 não possui natureza jurídica de pena pecuniária e é devido como parte integrante do crédito tributário*. Com efeito, além do montante apurado a título de obrigação tributária principal, compõem o crédito tributário a correção monetária, os juros de mora, as multas tributárias e, quando exigível, também o encargo de que tratam o art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69, o art. 3º do Decreto-Lei n. 1.569/77, o art. 3º do Decreto-Lei n. 1.645/78. Das parcelas ou rubricas que compõem os créditos tributários, a Lei n. 11.101/2005 classificou como créditos subquirografários apenas as multas tributárias' (REsp 1.327.067/DF, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Segunda Turma*, julgado em 28/08/2012, DJe 03/09/2012).
>
> 2. *O encargo previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69 representa parte integrante do crédito tributário, legitimando sua classificação como crédito tributário previsto no inciso III do art. 83 da Lei n. 11.101/2005*.
>
> Recurso especial provido (STJ, REsp 1.517.361/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29/05/2015).

Registro que o acórdão proferido nos autos do REsp 1.251.513/PR, julgado sob a sistemática dos recursos especiais representativos de controvérsia repetitiva, embora tenha feito alusão à composição do crédito tributário, cuidou de tema diverso, relacionado ao pagamento mediante conversão, em pagamento definitivo, de depósitos judiciais vinculados a ações transitadas em julgado.

Eis a ementa do acórdão:

> Processual Civil. Tributário. Recurso representativo da controvérsia. Art. 543-C, do CPC. Parcelamento ou pagamento à vista com remissão e anistia instituídos pela Lei n. 11.941/2009. Aproveitamento do benefício mediante a transformação em pagamento definitivo (conversão em renda) de depósito judicial vinculado a ação já transitada em julgado. Impossibilidade de devolução da diferença entre os juros que remuneram o depósito judicial e os juros de mora do crédito tributário que não foram objeto de remissão.
>
> *1.* A alegação de violação ao art. 535, do CPC, desenvolvida sobre fundamentação genérica chama a aplicação da Súmula n. 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

2. A possibilidade de aplicação da remissão/anistia instituída pelo art. 1º, § 3º, da Lei n. 11.941/2009, aos créditos tributários objeto de ação judicial já transitada em julgado foi decidida pela instância de origem também à luz do princípio da isonomia, não tendo sido interposto recurso extraordinário, razão pela qual o recurso especial não merece conhecimento quanto ao ponto em razão da Súmula n. 126/STJ: "É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário".

3. De acordo com o art. 156, I, do CTN, o pagamento extingue o crédito tributário. Se o pagamento por parte do contribuinte ou a transformação do depósito em pagamento definitivo por ordem judicial (art. 1º, § 3º, II, da Lei n. 9.703/98) somente ocorre depois de encerrada a lide, o crédito tributário tem vida após o trânsito em julgado que o confirma. Se tem vida, pode ser objeto de remissão e/ou anistia neste ínterim (entre o trânsito em julgado e a ordem para transformação em pagamento definitivo, antiga conversão em renda) quando a lei não exclui expressamente tal situação do seu âmbito de incidência. Superado, portanto, o entendimento veiculado no item "6" da ementa do REsp n. 1.240.295-SC, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 5.4.2011.

4. O § 14, do art. 32, da Portaria Conjunta PGFN/RFB n. 6/2009, somente tem aplicação para os casos em que era possível requerer a desistência da ação. Se houve trânsito em julgado confirmando o crédito tributário antes da entrada em vigor da referida exigência (em 9.11.2009, com a Portaria Conjunta PGFN/RFB n. 10/2009), não há que se falar em requerimento de desistência da ação como condição para o gozo do benefício.

5. A remissão de juros de mora insertos dentro da composição do crédito tributário não enseja o resgate de juros remuneratórios incidentes sobre o depósito judicial feito para suspender a exigibilidade desse mesmo crédito tributário. O pleito não encontra guarida no art. 10, parágrafo único, da Lei n. 11.941/2009. Em outras palavras: "Os eventuais juros compensatórios derivados de supostas aplicações do dinheiro depositado a título de depósito na forma do inciso II do artigo 151 do CTN não pertencem aos contribuintes-depositantes." (REsp n. 392.879-RS, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 13.8.2002).

6. No caso concreto, muito embora o processo tenha transitado em julgado em 12.12.2008 (portanto desnecessário o requerimento de desistência da ação como condição para o gozo do benefício) e a opção pelo benefício tenha antecedido a ordem judicial para a transformação do depósito em pagamento definitivo (antiga conversão em renda), as reduções cabíveis não alcançam o crédito tributário em questão, pois o depósito judicial foi efetuado antes do vencimento, não havendo rubricas de multa, juros de mora e encargo legal a serem remitidas.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008 (STJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 17/08/2011).

Não obstante os julgados referidos, cabe ressaltar que a própria Lei 11.101/2005 (Lei de Falências) faz uma distinção, vale dizer, um nítido recorte, no crédito tributário, ao estabelecer que os "créditos tributários" ocupam a 3ª classificação na ordem (inciso III do art. 83), ao tempo em que remete as "multas tributárias" para os subquirografários, pois estas figuram no inciso VII do dispositivo. Quer dizer, para fins de falência, o fato de integrar a CDA não determina, por si só, a preferência requerida pela Fazenda Nacional, porquanto a própria Lei estabelece diferenciação expressa.

De outro lado, o encargo legal tem duas especiais funções: a) honorários advocatícios (REsp 1.143.320/RS, Rel. Min. *Luiz Fux*, Primeira Seção, DJe de 21/05/2010); b) custeio de despesas de arrecadação da dívida federal. Além disso, integra a receita do Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização – FUNDAR, segundo a Lei 7.711/88 (REsp 1.110.924/SP, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, Primeira Seção, DJe de 19/6/2009), julgamento que deu origem à edição da Súmula 400/STJ: "O encargo de 20% previsto no DL n. 1.025/1969 é exigível na execução fiscal proposta contra a massa falida".

Nesse contexto, o encargo legal possui natureza *sui generis*.

Conforme bem asseverou o Ministro *Gurgel de Faria*, o encargo em tela integra a Dívida Ativa, embora não seja propriamente crédito tributário, na forma do disposto nos arts. 4º, § 4º, da Lei 6.830/80 combinado com os arts. 186 e 188, 189, 190, 191 e 192 do CTN. Basta ver que é exigível nas execuções de crédito não tributário. Assim, embora sutil a diferença em relação à tese adotada nos julgados da Segunda Turma, apresenta-se adequada a classificação como crédito tributário por equiparação, para fins de classificação na falência.

Por essas breves razões, pedindo vênia aos que pensam em contrário, acompanho o voto do Ministro *Gurgel de Faria*, no sentido de que o encargo legal do Decreto-lei 1.025/69 tem as mesmas preferências do crédito tributário, devendo, por isso, ser classificado, na falência, na ordem estabelecida pelo art. 83, III, da Lei 11.101/2005.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Na sessão de 20/06/2018, após o voto da em. Ministra Regina Helena Costa, que acompanhou o voto do em. Ministro

Sérgio Kukina, pela negativa de provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, por fundamentos diversos, com a proposição de tese distinta da formulada pelo relator, para fins do art. 1.036 do CPC/2015, pedi vista dos autos para análise da matéria.

Quanto ao conhecimento do recurso, acompanho o relator.

A respeito do tema controvertido, observo que, sem seu voto, o em. Min. Sérgio Kukina nega provimento ao recurso fazendário, classificando o encargo do DL n. 1.025/1969 como penalidade administrativa, e, por isso, propõe a tese de que ele deve ser enquadrado no art. 83, VII, da Lei n. 11.101/2005, ou seja, de que se trata de crédito subquirografário, para fins de sua (do crédito) classificação na falência.

Chamo atenção para o fato de Sua Excelência, o relator, ter feito menção de precedentes da Primeira Turma que teriam externado a natureza de crédito tributário do encargo do DL n. 1.025/1969. Entre os citados, aponta o REsp 1.542.312/SP, de minha relatoria.

Ao contrário da afirmação, destaco não ser esse o meu posicionamento, como mais adiante explicito, pois tenho ser nítida *a natureza não tributária* do referido encargo legal, como manifestei na decisão monocrática citada no voto do Ministro relator.

Por sua vez, a em. Ministra Regina Helena conclui pela natureza alimentar do referido encargo, por entendê-lo espécie de honorários advocatícios de sucumbência e, por isso, com apoio no entendimento firmado pela Corte Especial, no REsp 1.152.218/RS, sugere a sua classificação nos termos do inciso I do art. 83 da Lei n. 11.101/2005, equiparando-o aos créditos de natureza trabalhista.

Sua Excelência, assim, propõe a tese de que "o encargo legal, previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69, *possui natureza jurídica de honorários advocatícios sucumbenciais*, devendo ser enquadrado, na habilitação dos créditos em processo falimentar, *no art. 83, I, da Lei n. 11.101/05*, porquanto equiparada a verba honorária aos créditos trabalhistas, em sede de julgamento de Recurso Especial repetitivo".

Pois bem.

Nos termos do art. 1º do DL n. 1.025/1969, o encargo de 20% inserido nas cobranças promovidas pela União, pago pelo executado, é recolhido aos cofres públicos como renda da União, sendo que, com o advento da Lei n. 7.711/1988,

conforme previsão do parágrafo único do art. 3º, "será recolhido ao Fundo a que se refere o art. 4º, em subconta especial, destinada a atender a despesa com o programa previsto neste artigo [...]". E o programa referido, nos termos do art. 3º dessa lei: "de 'Incentivo à Arrecadação da Dívida Ativa da União', constituído de projetos destinados ao incentivo da arrecadação, administrativa ou judicial, de receitas inscritas como Dívida Ativa da União, à implementação, desenvolvimento e modernização de redes e sistemas de processamento de dados, no custeio de taxas, custas e emolumentos relacionados com a execução fiscal e a defesa judicial da Fazenda Nacional e sua representação em Juízo, em causas de natureza fiscal, bem assim diligências, publicações, pro labore de peritos técnicos, de êxito, inclusive a seus procuradores e ao Ministério Público Estadual e de avaliadores e contadores, e aos serviços relativos a penhora de bens e a remoção e depósito de bens penhorados ou adjudicados à Fazenda Nacional".

Portanto, o encargo do DL n. 1.025/1969 é ***crédito não tributário*** destinado à recomposição das despesas necessárias à arrecadação, à modernização e ao custeio de diversas outras (despesas) pertinentes à atuação judicial da Fazenda Nacional.

Não obstante, *considero ser adequado o seu enquadramento no inciso III do art. 83 da atual Lei de Falências*.

Anoto, desde logo, à luz do art. 3º do CTN, não ser correta a interpretação que confere natureza de tributo ao encargo do DL n. 1.025/1969 para fins de classificação do crédito no processo falimentar, sob pena de modificação da norma do art. 83 da Lei n. 11.101/2005, com alteração das regras concursais previstas pelo legislador ordinário.

Aceitar a inclusão de créditos não tributários na classificação de créditos tributários, sem permissão legal, pode transmitir a ideia de certa confusão a respeito do conceito de dívida ativa previsto no art. 2º da Lei n. 6.830/1980, no qual, expressamente, estão abrangidos "atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato" (§ 2º).

Aliás, as multas tributárias, expressamente excluídas do inciso III do art. 83 da Lei de Falências, estão previstas no inciso VII desse artigo, o que denota não ser essa parcela integrante do conceito de crédito tributário referido naquele inciso. *Vide*:

> Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:
>
> [...]

> III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;
>
> [...]
>
> VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias;

No crédito tributário a que se refere a lei falimentar, estão incluídos somente a correção monetária e os juros de mora incidentes sobre o tributo devido pelo falido (art. 161 do CTN).

Nessa linha e em tese, na falta de previsão legal, admitir que o encargo do DL n. 1.025/1969 seja classificado como crédito tributário poderia implicar violação do princípio do *par conditio creditorum* (igualdade de tratamento dos credores), segundo o qual todos os credores de uma mesma categoria devem ser tratados de forma igualitária (art. 126 da Lei n. 11.101/2005), pois um acréscimo de 20% da dívida cobrada da massa tem impacto na expectativa dos demais credores da mesma estatura (Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias).

Entretanto, o § 4º do art. 4º da Lei n. 6.830/1980 dispõe: "Aplica-se à Dívida Ativa da Fazenda Pública de natureza ***não tributária*** o disposto nos artigos 186 e 188 a 192 do Código Tributário Nacional." Os dispositivos do CTN elencados têm o seguinte teor:

> Art. 186. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho. (Redação dada pela Lcp n. 118, de 2005)
>
> Parágrafo único. Na falência: (Incluído pela Lcp n. 118, de 2005)
>
> I – o crédito tributário não prefere aos créditos extraconcursais ou às importâncias passíveis de restituição, nos termos da lei falimentar, nem aos créditos com garantia real, no limite do valor do bem gravado; (Incluído pela Lcp n. 118, de 2005)
>
> II – a lei poderá estabelecer limites e condições para a preferência dos créditos decorrentes da legislação do trabalho; e (Incluído pela Lcp n. 118, de 2005)
>
> III – a multa tributária prefere apenas aos créditos subordinados. (Incluído pela Lcp n. 118, de 2005)
>
> Art. 188. São extraconcursais os créditos tributários decorrentes de fatos geradores ocorridos no curso do processo de falência.
>
> Art. 189. São pagos preferencialmente a quaisquer créditos habilitados em inventário ou arrolamento, ou a outros encargos do monte, os créditos tributários

> vencidos ou vincendos, a cargo do de cujus ou de seu espólio, exigíveis no decurso do processo de inventário ou arrolamento.
>
> Art. 190. São pagos preferencialmente a quaisquer outros os créditos tributários vencidos ou vincendos, a cargo de pessoas jurídicas de direito privado em liquidação judicial ou voluntária, exigíveis no decurso da liquidação.
>
> Art. 191. A extinção das obrigações do falido requer prova de quitação de todos os tributos.
>
> Art. 192. Nenhuma sentença de julgamento de partilha ou adjudicação será proferida sem prova da quitação de todos os tributos relativos aos bens do espólio, ou às suas rendas.

Como se observa, por opção do legislador, foi estendida expressamente *ao crédito não tributário inscrito em dívida ativa* a preferência dada ao crédito tributário, preferência já existente antes da LC n. 118/2005.

Assim, se o encargo do mencionado decreto-lei tem natureza não tributária (Lei n. 7.711/1988), compõe a dívida ativa da Fazenda Nacional (art. 2º, §§ 2º, 5º, II, da Lei n. 6.830/1980) e tem as mesmas preferências do crédito tributário, por força da autorização contida no art. 4º, § 4º, da Lei n. 6.830/1980, *pode-se concluir pelo seu enquadramento, por equiparação, no inciso III do art. 83 da Lei n. 11.101/2005*.

Caso a questão surja sob a égide do DL n. 7.661/1945, antiga Lei de Falências, com o mesmo raciocínio, deve-se-lhe assegurar a classificação pertinente aos créditos tributários, nos termos do art. 186 do CTN, antes da alteração implementada pela LC n. 118/2005.

Nessa linha, para os fins do art. 1.036 do CPC/2015, proponho a seguinte tese: "*O encargo do DL n. 1.025/1969 tem as mesmas preferências do crédito tributário, devendo, por isso, ser classificado, na falência, na ordem estabelecida pelo art. 83, III, da Lei n. 11.101/2005*".

Com a devida vênia, não considero possível o enquadramento do encargo do DL n. 1.025/1969 no conceito de penalidade administrativa, uma vez que a sua incidência na cobrança de créditos tributários não é imposta em razão do cometimento de ato ilícito por parte do contribuinte.

Igualmente não se revela razoável tê-lo como honorários advocatícios *stricto sensu*, o que afasta a aplicação do repetitivo da Corte Especial antes citado, pois entendo que a opção do legislador, superveniente à instauração da controvérsia, pela destinação financeira de parte do produto arrecadado aos advogados públicos, ainda que diretamente (sem esquecer que, concomitantemente, eles

também percebem subsídio), não é suficiente para alterar a natureza jurídica ditada pelo art. 3º da Lei n. 7.711/1988, acima mencionado e ainda em vigência, o qual, aliás, também previu sua utilização para o custeio do *pro labore* de procuradores da Fazenda Nacional, sem, contudo, desconsiderar o custeio de outras atividades realizadas em prol da cobrança do crédito tributário.

Da leitura do art. 85, § 19, do CPC/2015 e da Lei n. 13.327/2016, não comungo da conclusão da em. Min. Regina Helena.

O parágrafo 19 do art. 85 do CPC/2015 estabelece que "os advogados públicos perceberão honorários de *sucumbência*, nos termos da lei".

Não obstante, ao tratar dos honorários sucumbenciais a serem destinados aos advogados públicos, no que se refere àqueles integrantes do quadro funcional da União Federal, o legislador ordinário optou por destinar-lhes tão somente uma parte do produto do encargo do DL 1.025/1969, *e não especificamente os honorários de sucumbência devidos no processo*, os quais estão descritos especificamente no inciso I do art. 30 da Lei n. 13.327/2016.

A parcela do mencionado encargo destinada aos advogados públicos tem mais semelhança a um benefício remuneratório da categoria a qual eles pertencem do que com os honorários advocatícios de sucumbência propriamente ditos, até porque sua (do encargo) incidência se dá com o ato de inscrição em dívida ativa do crédito inadimplido, o que não depende, de forma obrigatória, da instauração do processo para sua (da dívida) quitação, uma vez que o devedor pode efetuar tal pagamento administrativamente (hipótese em que não há falar em sucumbência).

Essa conclusão também se apoia no fato de o art. 30, II, da Lei n. 13.327/2016, cuja edição e vigência são bem posteriores ao início da controvérsia em análise, dispor que honorários advocatícios de sucumbência incluem "*até* 75% do produto do encargo legal acrescido aos débitos inscritos na *dívida ativa da União*, previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025, de 21 de outubro de 1969", o que denota não ser todo o produto da respectiva arrecadação destinada à "remuneração do trabalho" do advogado público.

Esse entendimento inclusive é reforçado pelo art. 36, I, da Lei n. 13.327/2016, que faz menção expressa de que "a parcela do encargo legal acrescido aos créditos da União que comporá os honorários advocatícios será definida em percentual de até 75% (setenta e cinco por cento) do total apurado do encargo legal, a partir de critérios que contemplem a eficiência na atuação e a fase de recolhimento do crédito".

Como se vê, a parcela do encargo legal, até o momento de ingresso no patrimônio do servidor público, passa por um procedimento próprio de cálculo (para a sua apuração), o que impede a sua equiparação aos honorários advocatícios de sucumbência (até então assim considerados).

E a destinação de 100% "do produto" do encargo legal para os honorários advocatícios sucumbenciais prevista no inciso III do art. 30 não altera tal conclusão.

É que a própria Lei n. 13.327/2016, no art. 31, estabelece regras que revelam ser o encargo do DL 1.025/1969 tão somente uma base de cálculo de mais um benefício remuneratório, o qual se convencionou nominar, no legislativo, de honorários advocatícios de sucumbência.

De fato.

Se "os valores dos honorários devidos serão calculados segundo o tempo de efetivo exercício no cargo, para os ativos, e pelo tempo de aposentadoria, para os inativos [sendo] para os ativos, *50% de uma cota-parte* após o primeiro ano de efetivo exercício, *crescente na proporção de 25 pontos percentuais* após completar cada um dos 2 (dois) anos seguintes; [e] para os *inativos*, *100%* de uma cota-parte *durante o primeiro ano de aposentadoria*, decrescente à proporção de 7 (sete) pontos percentuais a cada um dos 9 (nove) anos seguintes, mantendo-se o percentual fixo e permanente até a data de cessação da aposentadoria" (art. 31, incisos I e II), não há como entendê-los honorários de sucumbência *stricto sensu* a que se refere o art. 85 do CPC/2015.

Assim, em interpretação sistemática, a lei não enquadrou todo o encargo do DL n. 1.025/1969 como honorários de sucumbência em prol dos advogados públicos.

A equiparação feita pelo legislador, se aceita, ainda que imprópria, enseja a conclusão de que se trata de honorários sucumbenciais *sui generis*, razão pela qual não há como lhe estender o entendimento firmado pela Corte Especial no REsp 1.152.218/RS (inciso I do art. 83 da Lei n. 11.101/2005).

Após essas ponderações finais, observo que, na hipótese dos autos, o Tribunal de Justiça decidiu: "[...] o encargo legal não tem natureza de crédito tributário, pois não decorre do fato gerador da exação, já que se destina a ressarcir as despesas com a arrecadação de tributos (art. 3º da Lei n. 7.711/88), de modo que deve ser classificado como quirografário" (e-STJ fl. 235).

Ante o exposto, reafirmo a tese acima proposta, para os fins do art. 1.036 do CPC/2015: "*O encargo do DL n. 1.025/1969 tem as mesmas preferências do*

crédito tributário devendo, por isso, ser classificado, na falência, na ordem estabelecida pelo art. 83, III, da Lei n. 11.101/2005."

Quanto ao caso concreto, renovando as vênias aos eminentes pares que já se manifestaram, *dou provimento* ao recurso especial da Fazenda Nacional para autorizar a classificação do referido crédito no inciso III do art. 83 da Lei n. 11.101/2005.

É como voto.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Em atenção ao alentado voto-vista que, nesta data, apresenta a em. Ministra Regina Helena Costa, animo-me, em complemento ao voto que, como relator, já apresentei a esse douto Colegiado, agregar as considerações em frente.

Numa análise apriorística, pode mesmo parecer que os créditos debatidos tenham a natureza exclusiva de honorários pertencentes à advocacia pública. Isso, inclusive, é o que parece indicar o § 1º do art. 37-A da Lei 10.522/2002, ao dispor que "Os créditos inscritos em Dívida Ativa serão acrescidos de encargo legal, substitutivo da condenação do devedor em honorários advocatícios, calculado nos termos e na forma da legislação aplicável à Dívida Ativa da União".

Nesse ponto, cumpre refletir sobre o argumento trazido de a verba, porque em sua maior parte justificada como honorários dos procuradores federais, poder inserir-se no inciso I do art. 83 do rol do quadro geral de credores na Falência.

É certo que a Corte Especial, no *REsp 1.152.218/RS* (Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 7/5/2014, DJe 9/10/2014), afetado ao rito dos repetitivos, em que se discutiu "a ordem na qual os créditos resultantes de honorários advocatícios devem ser satisfeitos no processo falimentar", firmou compreensão no sentido de que "os créditos resultantes de honorários advocatícios têm natureza alimentar e equiparam-se aos trabalhistas para efeito de habilitação em falência, seja pela regência do Decreto-Lei n. 7.661/1945, seja pela forma prevista na Lei n. 11.101/2005, observado o limite de valor previsto no artigo 83, inciso I, do referido Diploma legal".

Ocorre que não se pode dizer que o entendimento ali firmado se aplique de forma direta e irrestrita à hipótese vertida no caso sob julgamento.

Isso porque no referido julgado repetitivo analisava-se a posição dos honorários advocatícios no estrito sentido inserto na Lei 8.906/94 (OAB), a saber, "Art. 22. *A prestação de serviço profissional* assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência" e "Art. 24. A decisão judicial que fixar ou arbitrar honorários e o contrato escrito que os estipular são títulos executivos e constituem *crédito privilegiado na falência*, concordata, concurso de credores, insolvência civil e liquidação extrajudicial."; bem assim naquele previsto no CPC/73 ("Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria").

A partir daí não se pode pretender que, pela coincidência do emprego do termo "honorários", constante no art. 3º do Decreto-Lei 1.645/78 e nas Leis supra-indicadas, que se trate de verba idêntica, ou seja, de igual quilate e natureza para fins de alocação no rol de credores falimentares.

Basta verificar que, no caso dos Procuradores Federais, a quem se destinará grande parte da verba decorrente do encargo legal, existe subjacente vínculo funcional destes com a Administração Pública, junto à qual, sob regime remuneratório, exercem seu trabalho de defesa dos interesses do Fisco. Noutros termos: a verba decorrente do encargo legal, em verdade, *não* se constitui em sua primária e exclusiva fonte alimentar.

Convém relembrar a origem legislativa do examinado encargo legal – criado para que os procuradores tivessem *participação* (Decreto-Lei 200/1967, art. 104, V) no resultado pecuniário auferido nas execuções fiscais.

Assim, em razão de fidedignidade aos conceitos legais, inadequado seria o tratamento do encargo legal em pé de igualdade com "honorários" percebidos por *advogados autônomos* da iniciativa privada, estes sim profissionais liberais autônomos e dependentes, para o seu sustento, da verba advocatícia derivada de sua prestação de serviços, a justificar seu posicionamento no topo do rol de credores da massa falida: por possuírem *estrito caráter* ***alimentar***.

Uma outra observação importante é a de que, no representativo de controvérsia *REsp 1.143.320/RS* (Rel. Ministro Luiz Fux), mencionado pela em. Ministra Regina Helena Costa em seu voto-vista, a questão jurídica e o suporte fático *não* se mostram coincidentes com os dos presentes autos. Realmente, do sítio eletrônico do STJ, extrai-se que a *questio* ali submetida a julgamento versou sobre os seguintes pontos: "(i) possibilidade de o juiz decretar de ofício a extinção do feito 'com' resolução de mérito, ao fundamento de que a *adesão*

do devedor à programa de parcelamento caracterizaria renúncia do direito sobre o qual se fundam os embargos à execução; e (ii) a condenação do embargante ao pagamento de honorários advocatícios, a despeito do encargo legal de 20% previsto no Decreto-Lei 1.025/69". O suporte fático desses autos radicava sobre contribuinte que desistira de embargos à execução fiscal em razão de adesão a parcelamento, pedindo para não ser condenado a arcar com honorários de sucumbência, ao argumento de que, no montante incluído no parcelamento, já constava o encargo legal do Decreto-Lei 1.025/69.

Já no caso ora em julgamento, está-se diante de processo falimentar, no qual se discute em que nível do quadro geral de credores deve ser enquadrado o encargo legal antes mencionado, isso tudo no âmbito de execução fiscal em curso, sem o predicado do parcelamento.

Com a devida vênia, conceder ao encargo legal, de que aqui se cuida, *status* exclusivamente alimentar, guindando-o ao topo da ordem legal de credores, salvo melhor juízo, equivaleria a conferir a essa parcela relevância maior do que aquela concernente ao próprio crédito tributário a que atrelado, o qual, como se sabe, ocupa nível hierarquicamente inferior (art. 83, III, da Lei 11.101/2005). Não se pode, ademais, esquecer que a própria Procuradoria da Fazenda Nacional, em seu especial apelo, postula o enquadramento do encargo legal no inciso III do art. 83, sem advogar tese em torno de sua eventual natureza alimentar.

Em suma, renovando respeitosas vênias ao entendimento explicitado pela il. Ministra Regina Helena Costa, *ratifico* o voto que anteriormente proferi, ou seja, no sentido de se classificar o encargo legal do Decreto-Lei n. 1.025/1969 no patamar dos *créditos subquirografários* (art. 83, VII, da Lei n. 11.101/2005).

RECURSO ESPECIAL N. 1.624.297-RS (2016/0233973-4)

Relatora: Ministra Regina Helena Costa
Recorrente: Fazenda Nacional
Recorrido: Pittol Calçados e Confecções Ltda
Advogados: Raphael dos Santos Bigaton - SC016924
Fernanda Roberta Signor Dilda e outro(s) - SC035972
Interes.: Ministério Público Federal

EMENTA

Tributário. Recurso especial repetitivo. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB. Lei n. 12.546/11. Inclusão do ICMS na base de cálculo. Impossibilidade. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte. Julgamento submetido à sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/15.

I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se, no caso, o Código de Processo Civil de 2015.

II – Os valores de ICMS não integram a base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB, prevista na Lei n. 12.546/11. Precedentes.

III – Recurso especial da Fazenda Nacional desprovido. Acórdão submetido ao rito do art. 1.036 e seguintes do CPC/15.

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 unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria (voto-vista), Francisco Falcão, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães e Sérgio Kukina votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 10 de abril de 2019 (data do julgamento).

Ministra Regina Helena Costa, Relatora

DJe 26.4.2019

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Trata-se de Recurso Especial interposto pela ***Fazenda Nacional*** contra acórdão prolatado pela 2ª Turma do

Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, no julgamento de apelação, assim ementado (fl. 166e):

> Tributário. Mandado de segurança. Contribuição previdenciária. Art. 7º da Lei n. 12.546, de 2011. Base de cálculo. ICMS. Exclusão. Possibilidade. Compensação.
>
> 1. Os valores referentes ao ICMS devem ser excluídos da base de cálculo de tributo que incida sobre aquelas grandezas, tal como ocorre no caso da contribuição substitutiva prevista no art. 7º da Lei n. 12.546/2011.
>
> 2. Em se tratando do recolhimento indevido de contribuição instituída a título de substituição de contribuição previdenciária, fica afastada a aplicação do art. 74 da Lei n. 9.430, de 1996, podendo a compensação tributária se dar somente com contribuições previdenciárias.

Com amparo no art. 105, III, *a*, da Constituição da República, aponta-se ofensa aos dispositivos a seguir relacionados, alegando-se, em síntese, que:

– Arts. 7º, 8º e 9º, § 7º, IV da Lei n. 12.546/11 – "A base de cálculo da contribuição substitutiva sob comento é, portanto, como se extrai dos transcritos arts. 7º e 8º da Lei n. 12.546/11, a receita bruta das empresas abrangidas pela política de desoneração. E, embora, não diga quais parcelas integram a receita bruta, a referida lei cuida, no *caput* dos já mencionados arts. 7º e 8º, de excluir as vendas canceladas e os descontos incondicionais, além de, no art. 9º, estabelecer algumas balizas para a definição da receita bruta, dentre as quais se encontra a exclusão do ICMS, mas apenas 'quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário' (§ 7º, IV). [...] O ICMS cobrado, diferentemente do IPI, está incluído no valor total da nota fiscal de venda, compondo o preço da mercadoria ou do serviço, de modo que integra, indiscutivelmente, a receita bruta. O ICMS, como sabido, incide sobre si próprio, ou seja, é um imposto cobrado 'por dentro'" (fls. 191/192e e 197e).

Com contrarrazões (fls. 248/251e), o recurso foi admitido (fl. 258e).

O Ministério Público Federal manifestou-se, inicialmente, às fls. 280/284e, "[...] pelo prosseguimento do trâmite processual, deixando de enfrentar a questão de mérito do recurso".

Preenchidos os pressupostos formais e materiais de admissibilidade, propus a submissão do presente recurso, juntamente com os REsps n. 1.629.001/SC e 1.638.772/SC, a julgamento pela sistemática repetitiva, prevista no art. 1.036 e seguintes do CPC/15, tendo sido acolhida a proposta pela 1ª Seção, por unanimidade, com determinação para suspender a tramitação de todos os

processos pendentes, individuais ou coletivos, no território nacional, inclusive nos juizados especiais (fls. 288/293e).

Expedidas as comunicações e intimações pertinentes (fls. 296e e 312/327e), transcorreu *in albis* o prazo para manifestações (fl. 328e).

Com nova vista dos autos, nos termos do art. 256-M, do RISTJ, o Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso especial (fls. 301/311e).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa (Relatora): Por primeiro, consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

I. Da admissibilidade do recurso especial

Os requisitos formais e materiais de admissibilidade foram oportunamente examinados quando da afetação do recurso, nos seguintes termos (fl. 291e):

> Inicialmente, 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 e/ou preliminares a serem examinadas.
>
> Convém assinalar, outrossim, que o exame da pretensão veiculada no Recurso Especial não demanda reexame fático-probatório, porquanto 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 suficientes.

II. Delimitação do tema, disciplina normativa e natureza da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta – CPRB

A questão controvertida diz com a *inclusão de valores de ICMS na base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta – CPRB, instituída pela Medida Provisória n. 540/11*, mais tarde convertida na atual Lei n. 12.546/11, a

qual sofreu sucessivas alterações introduzidas pelas Leis n. 12.715/12, 12.794/13, 13.043/14, frutos da conversão, respectivamente, das Medidas Provisórias n. 563/12, 582/12 e 651/14, além da promovida pela Lei n. 12.844/13.

Inicialmente prevista para perdurar até 31.12.2014, a contribuição em tela foi prorrogada até que, a partir do advento da aludida MP n. 651/14, tornou-se definitiva.

Posteriormente, as Leis n. 13.161/15 e 13.670/18 implementaram modificações nos arts. 7º e 8º da Lei n. 12.546/11, dispositivos pertinentes à discussão, cujas redações atuais dispõem:

> Art. 7º. Até 31 de dezembro de 2020, poderão contribuir sobre o valor *da receita bruta*, excluídos as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos, *em substituição às contribuições previstas nos incisos I e III do* caput *do art. 22 da Lei n. 8.212*, de 24 de julho de 1991: (Redação dada pela Lei n. 13.670, de 2018)
>
> [...]
>
> Art. 7º-A. A alíquota da contribuição sobre a receita bruta prevista no art. 7º será de 4,5% (quatro inteiros e cinco décimos por cento), exceto para as empresas de *call center* referidas no inciso I, que contribuirão à alíquota de 3% (três por cento), e para as empresas identificadas nos incisos III, V e VI, todos do *caput* do art. 7º, que contribuição à alíquota de 2% (dois por cento). (Redação dada pela Lei n. 13.202, de 2015)
>
> Art. 8º Até 31 de dezembro de 2020, poderão contribuir sobre o valor da receita bruta, excluídos as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos, em substituição às contribuições previstas nos incisos I e III do *caput* do art. 22 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991: (Redação dada pela Lei n. 13.670, de 2018)
>
> [...]
>
> VI - as empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens de que trata a Lei n. 10.610, de 20 de dezembro de 2002, enquadradas nas classes 1811-3, 5811-5, 5812-3, 5813-1, 5822-1, 5823-9, 6010-1, 6021-7 e 6319-4 da CNAE 2.0; (Incluído pela Lei n. 13.670, de 2018)
>
> [...]
>
> VIII - as empresas que fabriquem os produtos classificados na TIPI nos códigos: (Incluído pela Lei n. 13.670, de 2018)
>
> [...]
>
> IX - as empresas de transporte rodoviário de cargas, enquadradas na classe 4930-2 da CNAE 2.0; (Incluído pela Lei n. 13.670, de 2018) (destaquei)

Quanto à *base de cálculo*, assim estabelece o art. 9º, § 7º, do mesmo diploma legal, não alcançado pelas mais recentes modificações legislativas:

> Art. 9º. [...]
>
> [...]
>
> § 7º. Para efeito da determinação da base de cálculo, *podem ser excluídos da receita bruta*: (Incluído pela Lei n. 12.715, de 2012)
>
> I – as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos; (Incluído pela Lei n. 12.715, de 2012)
>
> II – (*Vetado*); (Incluído pela Lei n. 12.715, de 2012)
>
> III – o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, se incluído na receita bruta; e (Incluído pela Lei n. 12.715, de 2012)
>
> *IV – o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário*. (destaquei)

Em breve contextualização, tem-se que a Medida Provisória n. 540/11 normatizou um amplo espectro de providências legislativas, denominado "Plano Brasil Maior", consistente num conjunto de medidas fiscais destinadas a estimular o desenvolvimento e a promover o reaquecimento da economia nacional, ainda sob os efeitos da crise econômica global de 2008.

Dentre as providências adotadas, incluiu-se a redução de encargos sobre a mão de obra, por intermédio de diminuição de alíquotas, abrangendo empresas de diversos segmentos, como o de tecnologia da informação e comunicação, navegação, hoteleiro, transporte aéreo, dentre outros, previstos na Lei n. 12.546/11 e no Decreto n. 7.828/12.

Coube especificamente à Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB o papel de instrumento da implementação dessa política voltada à *desoneração* da folha de salários, substituindo "[...] pela receita bruta a remuneração paga aos segurados empregados, avulsos e contribuintes individuais contratados, como base de cálculo da contribuição previdenciária devida pelas empresas que atuem nos setores contemplados", conforme explicitado na Exposição de Motivos da mencionada medida provisória.

Isso porque, ainda de acordo com a justificativa legislativa:

> Nos últimos anos, em virtude da busca pela redução do custo da mão de obra, as empresas passaram a substituir os seus funcionários empregados pela

> prestação de serviços realizada por empresas subcontratadas ou terceirizadas. Muitas vezes, as empresas subcontratadas são compostas por uma única pessoa, evidenciando que se trata apenas de uma máscara para afastar a relação de trabalho.
>
> Em virtude dessa nova relação contratual, os trabalhadores ficam sem os direitos sociais do trabalho (férias, 13º salário, seguro desemprego, hora extra, etc.), pois se trata de uma relação jurídica entre iguais (empresa-empresa) e não entre trabalhador e empresa. Essa prática deixa os trabalhadores sem qualquer proteção social e permite que as empresas reduzam os gastos com encargos sociais.
>
> Apesar da melhora do cenário econômico após a crise de 2008/2009, as empresas que prestam serviços de tecnologia da informação - TI e tecnologia da informação e comunicação - TIC, bem como as indústrias moveleiras, de confecções e de artefatos de couro têm enfrentado maiores dificuldades em retomar seu nível de atividade. *Nesse contexto, a medida proposta favorece a* ***recuperação do setor****, bem como incentiva a implantação e a modernização de empresas com* ***redução dos custos de produção***.
>
> A importância e a urgência da medida são facilmente percebidas em razão do *planejamento tributário nocivo que tem ocorrido mediante a constituição de pessoas jurídicas de fachada com o único objetivo de reduzir a carga tributária*, prática que tem conduzido a uma crescente precarização das relações de trabalho; bem como, em razão do risco de estagnação na produção industrial e na prestação de serviços nos setores contemplados. (destaquei)

III. A Posição Fazendária

A Fazenda Nacional opõe-se à pretensão de excluir-se o ICMS da base de cálculo da CPRB, essencialmente porque: *i)* consistindo o valor do imposto estadual custo que integra o preço, deve compor a receita bruta, base de cálculo da contribuição; *ii)* é irrelevante o fato de o ICMS ser destinado aos cofres públicos estaduais; e *iii)* a Lei n. 12.546/11 exclui da base de cálculo o montante do ICMS apenas nas hipóteses nas quais o vendedor dos bens ou o prestador de serviços seja substituto tributário.

IV. Impossibilidade de incluir-se o ICMS na base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta – CPRB

De início, oportuno remarcar que, hodiernamente, despontam no cenário das questões tributárias preocupantes discussões tendentes a legitimar o alargamento de bases de cálculo por intermédio da inclusão de outros tributos,

isto é, a situação denominada *tributo sobre tributo*, tal como a da inserção do ICMS na base cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

No ponto, convém reavivar, conforme lição de Geraldo Ataliba, que "a base imponível é a dimensão do aspecto material da hipótese de incidência", e, assim, "enquanto aspecto da hipótese de incidência, a base imponível é um conceito-legal, a que fica preso o intérprete", e sua mensuração "só pode ser feita de acordo com o critério normativo que na base de cálculo (legal) se adota" (*Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 108 e 110).

A base de cálculo, inquestionavelmente, haverá sempre de guardar pertinência com aquilo que pretende medir, não podendo conter aspectos estranhos, é dizer, absolutamente impertinentes à própria materialidade contida na hipótese de incidência.

A esse respeito, já advertia, há muito, Alfredo Augusto Becker:

> O critério de investigação da natureza jurídica do tributo que se demonstrará ser o único verdadeiramente objetivo e jurídico, parte da base de cálculo para chegar ao conceito do tributo. Este só poderá ter uma única base de cálculo. A sua conversão em cifra é que poderá variar de método: ou peso e/ou medida e/ou valor. Quando o método é o do valor, *surge facilmente o perigo de se procurar atingir este valor mediante* ***a valorização de outro elemento que consistirá, logicamente, outra base de cálculo e com isto, ipso facto, desvirtuou-se o pretendido gênero jurídico do tributo***. [...].
>
> (*Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 339 - destaquei).

Isso considerado, tem-se que a base imponível da contribuição em tela, como apontado, é a *receita bruta*, assim definida por Geraldo Ataliba:

> O conceito de receita refere-se a uma espécie de entrada. Entrada é todo o dinheiro que ingressa nos cofres de uma entidade. *Nem toda entrada é uma receita*. Receita é a entrada que passa a ***pertencer*** à entidade. Assim, só se considera receita o ingresso de dinheiro que venha a ***integrar o patrimônio*** da entidade que o recebe. As receitas devem ser escrituradas separadamente das meras entradas. É que estas ***não pertencem à entidade*** que as recebe. *Têm caráter eminentemente transitório. Ingressam a título provisório, para saírem, com destinação certa, em breve lapso de tempo*.
>
> (*Estudos e Pareceres de Direito Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, vol. 1, p. 85 - destaquei).

Cumpre recordar, *dada a estreita semelhança axiológica com o presente caso*, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em regime de repercussão geral, o *RE n. 574.706/PR*, assentou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS nas bases de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Entendeu o Plenário da Corte, por maioria, que o valor de ICMS *não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, constituindo mero ingresso de caixa, cujo destino final são os cofres públicos*, conforme acórdão assim ementado:

> *Recurso extraordinário com repercussão geral. Exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS. Definição de faturamento. Apuração escritural do ICMS e regime de não cumulatividade. Recurso provido*. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, *in fine*, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.
>
> (STF, RE 574.706/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, DJe 29/09/2017).

Portanto, à acepção de receita atrela-se o requisito da *definitividade*, motivo pelo qual, consoante pontuado pelo Ministro Marco Aurélio no voto proferido, "[...] o contribuinte não fatura e não tem, como receita bruta, tributo, ou seja, o ICMS".

Antes de acompanhar, no mérito, o entendimento sustentado pela Ministra Relatora, o Ministro Celso de Mello, em seu voto, ressaltou, preliminarmente, a importância de proceder-se à interpretação do Direito Tributário pela essência dos institutos e princípios que lhes são próprios, rechaçando a interpretação econômica, nos seguintes termos:

> *Veja-se*, pois, que, ***para efeito*** de definição *e* identificação do conteúdo *e* alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, ***o Código Tributário Nacional***, em seu art. 110, "***faz prevalecer*** o império do Direito Privado – Civil ou Comercial (...)" (ALIOMAR BALEEIRO, "**Direito Tributário Brasileiro**", p. 687, item n. 2, **atualizada** pela Professora MISABEL ABREU MACHADO DERZI, 11ª ed., 1999, Forense – **grifei**), ***razão pela qual esta Suprema Corte***, para fins jurídico-tributários, ***não pode recusar*** a definição que aos institutos ***é dada*** pelo direito privado, ***sem*** que isso envolva interpretação da Constituição *conforme as leis*, ***sob pena de prestigiar-se***, no tema, ***a interpretação econômica*** do direito tributário, ***em detrimento*** do postulado da tipicidade, ***que representa***, no contexto de nosso sistema normativo, ***projeção natural e necessária*** *do princípio constitucional da reserva de lei em sentido formal*, ***consoante adverte*** autorizado magistério doutrinário (*GILBERTO DE ULHÔA CANTO*, "in" ***Caderno de Pesquisas Tributárias*** *n. 13/493, 1989, Resenha Tributária; GABRIEL LACERDA TROIANELLI, "****O ISS sobre a Locação de Bens Móveis****"*, "in" ***Revista Dialética de Direito Tributário****, vol. 28/7-11,* ***8-9***). (destaques do original)

Por conseguinte, a posição defendida pela Recorrente conflita com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, *antagônico* à formulação conceitual de receita por ela adotada.

Note-se que, pela lógica do raciocínio abraçada no precedente vinculante, a inclusão do ICMS na base de cálculo de contribuição instituída *no contexto de incentivo fiscal*, não teria, *com ainda mais razão*, o condão de integrar a base de cálculo de outro tributo, como quer a União em relação à CPRB, porque, uma vez mais, não representa receita do contribuinte.

Aliás, assinale-se que *o Supremo Tribunal Federal já expandiu o posicionamento firmado no RE n. 574.706/PR para as demandas envolvendo a inclusão do ICMS na base de cálculo da CPRB*, como estampa o seguinte julgado:

> Recurso extraordinário. Tributário. *Contribuição previdenciária substitutiva. Base de cálculo. Não inclusão do valor relativo ao ICMS. Entendimento firmado com base em orientação que o Plenário do Supremo Tribunal Federal proclamou na apreciação do RE 574.706-RG/PR*. Possibilidade de julgamento imediato pelo relator de idêntica controvérsia independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do acórdão proferido no "leading case". Sucumbência recursal (CPC, art. 85, § 11). Não decretação, no caso, ante a inadmissibilidade de condenação em verba honorária, por tratar-se de processo de mandado de segurança (Súmula 512/STF e Lei n. 12.016/2009, art. 25). Agravo interno improvido.
>
> (STF, RE 1.089.337/PB AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 27/04/2018, DJe 14/05/2018).

Em idêntico sentido: STF, RE 1.015.285/RS AgR, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, DJe 17.08.2018; RE 1.098.816/SC AgR, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, DJe 31.07.2018.

Na mesma linha, decisões monocráticas exaradas por diversos Ministros daquela Corte: RE n. 1.124.717/PR, Rel. *Min. Marco Aurélio*, DJe 19.09.2018; RE 1.045.941/RS, Rel. *Min. Rosa Weber*, DJe 05.09.2018; RE n. 1.112.546/RS, *Min. Ricardo Lewandowski*, DJe 04.04.2018; RE 1.066.786/SP, Rel. *Min. Alexandre de Moraes*, DJe 08.09.2017; ARE n. 1.038.323/SP, Rel. *Min. Roberto Barroso*, DJe 26.06.2017; RE n. 943.804/RS, Rel. *Min. Dias Tofolli*, DJe 04.05.2017; RE 1.021.180/SC, Rel. *Min. Edson Fachin*, DJe 10.03.2017; RE 967.623/RS, Rel. *Min. Luiz Fux*, DJe 03.11.2016; RE n. 954.015/RS, Rel. Min. *Teori Zavascki*, DJe 08.08.2016.

Neste Superior Tribunal, *ambas* as Turmas de Direito Público adotam as razões de decidir esposadas no RE n. 574.706/PR para afastar a pretensão de alargar a base de cálculo da CPRB mediante a inserção de valores de ICMS, como o demonstram os seguintes precedentes:

> Tributário. Recurso especial. ICMS. Não inclusão na base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB. Posicionamento do STF, em repercussão geral, afirmando a não inclusão do ICMS da base cálculo do PIS/COFINS, por se tratar de valor que não se incorpora ao patrimônio do contribuinte (RE 574.706/PR). *Ratio decidendi* que se aplica ao caso em exame. Matriz argumentativa acolhida pelo eminente Ministro Dias Toffoli no RE 943.804, julgado em 20.4.2017, publicado no Diário Eletrônico DJe-093. Recurso especial do contribuinte provido para excluir o ICMS da base da cálculo da CPRB.
>
> 1. Na sessão do dia 15.3.2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgando o RE 574.706/PR, em regime de repercussão geral, sendo Relatora a douta Ministra *Cármen Lúcia*, afirmou que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS/COFINS, contribuições destinadas ao financiamento da Seguridade Social.
>
> 2. *A lógica adotada naquele julgamento do STF se aplica, em tudo e por tudo, na solução do caso sob exame, porquanto aqui se trata de matéria jurídica idêntica, também redutível àquela mesma constatação de sua não integração ao patrimônio do contribuinte. Desse modo*, mutatis mutandis, *aplica-se aquela diretriz de repercussão do STF ao caso dos autos, pois, igualmente, se está diante de tributação que faz incluir o ICMS, que efetivamente não adere ao patrimônio do Contribuinte, na apuração base de cálculo da CPRB.*
>
> 3. Reporta-se a vetusta hermenêutica que manda aplicar a mesma solução jurídica a situações controversas idênticas, recomendação remontante aos

juristas medievais, fortemente influenciados pela lógica aristotélica-tomista, que forneceu a base teórica e argumentativa da doutrina positivista do Direito, na sua fase de maior vinculação ou adstricção aos fundamentos das leis naturais.

4. Anote-se que, no julgamento do RE 943.804, o seu Relator, o douto Ministro *Dias Toffoli*, adotou solução semelhante, ao determinar a devolução dos autos ao Tribunal de origem, para aplicação da sistemática da repercussão geral acima apontada precisamente a um caso de CPRB (DJe-093, 4.5.2017), ou seja, uma situação rigorosamente igual a esta que porá se examina.

5. Recurso Especial do contribuinte provido.

(REsp 1.694.357/CE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 21/11/2017, DJe 01/12/2017 - destaquei).

Tributário. Recurso especial. Código de Processo Civil de 1973. Aplicabilidade. Ofensa ao art. 535 do CPC/73. Inocorrência. Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB. Lei n. 12.546/11. Inclusão do ICMS na base de cálculo. Ilegalidade. Receita bruta não caracterizada. Aplicação da *ratio decidendi* do RE n. 574.706/PR, julgado em repercussão geral pelo STF. Precedente.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se, no caso, o Código de Processo Civil de 1973.

II - O tribunal de origem apreciou todas as questões relevantes apresentadas com fundamentos suficientes, mediante apreciação da disciplina normativa e cotejo ao posicionamento jurisprudencial aplicável à hipótese. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade.

III - *Os valores relativos ao ICMS não integram a base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB, prevista na Lei n. 12.546/11, porquanto não se incorporam ao patrimônio do contribuinte, é dizer, não caracterizam receita bruta, em observância à axiologia das razões de decidir do RE n. 574.706/PR, julgado em repercussão geral pelo STF, no qual foi proclamada a inconstitucionalidade do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS*. Precedente.

IV - Recurso especial desprovido.

(REsp 1.568.493/RS, de minha relatoria, Primeira Turma, julgado em 13/03/2018, DJe 23/03/2018 - destaquei).

Processual Civil e Tributário. Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB. Lei 12.546/2011. Inclusão do ICMS na base de cálculo. Ilegalidade. Receita bruta não caracterizada. Aplicação da *ratio decidendi* do Recurso Extraordinário 574.706/PR, julgado em repercussão geral pelo STF.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706/PR, com repercussão geral reconhecida, concluiu que o valor arrecadado

a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS.

2. Na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal, o STJ realinhou seu posicionamento para reconhecer que o ICMS não integra a base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS. Precedentes: AgInt no REsp 1.609.669/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 13.4.2018; EDcl no Ag 1.330.432/DF, Rel. Min. Sérgio Kulina, Primeira Turma, DJe 27.3.2018; REsp 1.487.421/MG, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 23.3.2018.

3. *Nada obstante a controvérsia dos autos – se o ICMS integra a base de cálculo da contribuição previdenciária dos arts. 7º e 8º da Lei 12.456/2011 – se distinga da tratada no Tema 69 da repercussão geral, o STF e o STJ entendem ser similar o debate. Nesse sentido: RE 1.017.483/SC, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 17.2.2017; EDcl no AgInt no REsp 1.651.857/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 10.4.2018; REsp 1.568.493/RS, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 23.3.2018*.

4. In casu, *observa-se que a posição adotada pelo STJ não se harmoniza com a orientação firmada pelo STF, razão pela qual se justifica, em juízo de retratação, a modificação do julgado para equiparar-se com o decidido pela Suprema Corte*.

5. Recurso Especial não provido.

(REsp 1.650.491/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/08/2018, DJe 26/11/2018 - destaquei).

Tributário e Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Incidência do ICMS na base de cálculo da contribuição previdenciária substitutiva, prevista na Lei 12.546/2011. Julgamento pelo STF, em regime de repercussão geral. RE 574.706/PR. Juízo de retratação. Art. 1.040, II, do CPC/2015. Agravo interno provido, em juízo de retratação, para negar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, quanto ao tema objeto da repercussão geral.

I. Agravo interno aviado contra decisão que deu provimento ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, contra acórdão que, negando provimento à Apelação e à Remessa Oficial, havia mantido a sentença que concedera o Mandado de Segurança.

II. A Segunda Turma do STJ, considerando a jurisprudência pacífica da Corte, quando do julgamento do Recurso Especial interposto, no sentido da incidência do ICMS na base de cálculo da contribuição previdenciária substitutiva, prevista na Lei 12.546/2011, negou provimento ao Agravo interno do contribuinte.

III. Entretanto, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, sob o regime da repercussão geral, firmou a tese de que "o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (STF, RE 574.706/PR, Rel. Ministra *Cármen Lúcia*, *Tribunal Pleno*, DJe de 02/10/2017), porquanto o valor arrecadado, a título de ICMS, não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da

> COFINS, contribuições destinadas ao financiamento da Seguridade Social. Diante da nova orientação da Suprema Corte, o STJ realinhou o seu posicionamento (STJ, REsp 1.100.739/DF, Rel. Ministro *Sérgio Kukina*, *Primeira Turma*, DJe de 08/03/2018; AgInt no AgInt no AgRg no AREsp 392.924/SP, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, *Primeira Turma*, DJe de 06/03/2018). Mutatis mutandis, *a mesma lógica deve ser aplicada para a contribuição previdenciária substitutiva, prevista nos arts. 7º e 8º da Lei 12.546/2011, em razão da identidade do fato gerador (receita bruta)*. Com efeito, "os valores relativos ao ICMS não integram a base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB, prevista na Lei n. 12.546/11, porquanto não se incorporam ao patrimônio do contribuinte, é dizer, não caracterizam receita bruta, em observância à axiologia das razões de decidir do RE n. 574.706/PR, julgado em repercussão geral pelo STF, no qual foi proclamada a inconstitucionalidade do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS" (STJ, REsp 1.568.493/RS, Rel. Ministra *Regina Helena Costa*, *Primeira Turma*, DJe de 23/03/2018). Em igual sentido: STJ, REsp 1.694.357/CE, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, *Primeira Turma*, DJe de 01/12/2017.
>
> IV. Nesse contexto, retornaram os autos – por determinação da Vice-Presidência do STJ, para fins do disposto no art. 1.040, II, do CPC/2015 –, em face do aludido julgado do Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral.
>
> V. Agravo interno provido, para, em juízo de retratação, previsto no art. 1.040, II, do CPC/2015, negar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional.
>
> (AgInt no REsp 1.592.338/SC, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 17/04/2018, DJe 23/04/2018 - destaquei).

Assinale-se, por oportuno, que, no período compreendido entre a instituição da contribuição pela MP n. 540, de 03.08.2011, e 30.11.2015, o regime de tributação, pela receita bruta, das pessoas jurídicas especificadas, foi *impositivo*, a comprová-lo os termos claramente imperativos empregados nos arts. 7º e 8º dos sucessivos diplomas legais disciplinadores (cf. "a contribuição devida pelas empresas [...] *incidirá*"; "*contribuirão* sobre a receita bruta [...]").

Com efeito, a opção pelo regime de tributação sobre a folha de salário *ou* sobre a receita bruta foi franqueada aos contribuintes somente a partir de 1º.12.2015, pela Lei n. 13.161/15 (arts. 1º e 7º, I), ao prever que as empresas, cujas atividades foram contempladas, *poderiam* contribuir sobre o valor da receita bruta, diretriz mantida na Lei n. 13.670/18, a qual estendeu a prerrogativa até 31.12.2020.

Conquanto atualmente eletiva a sistemática de tributação, tal faculdade não elide os fundamentos do apontado precedente judicial de aplicação obrigatória, segundo os quais, como mencionado, os valores correspondentes ao ICMS são

ingressos transitórios, que não constituem faturamento ou receita da empresa, estranhos, portanto, ao critério normativo definidor da composição da base de cálculo das contribuições.

Noutro vértice, não bastasse a impossibilidade de incluir o ICMS na base de cálculo da CPRB, esta, ainda assim, não estaria adstrita à hipótese de substituição tributária, como defende a Fazenda Nacional

De fato, tal entendimento *ressente-se de previsão legal específica*.

Isso porque, para o Fisco, a lei, ao prever a não inclusão do ICMS na base de cálculo da CPRB para o substituto tributário, estaria a autorizar, *automaticamente*, a sua inclusão em *todas* as demais hipóteses, em interpretação equivocada, com a devida vênia, que olvida a *necessidade de norma expressa* para a fixação da base de cálculo, em consonância com o princípio da legalidade tributária (arts. 150, I, CR, e 97, IV, do CTN).

A rigor, portanto, mesmo em se tratando de substituição tributária, revela-se duplamente inviável a inclusão do tributo estadual na base de cálculo da contribuição em foco, quer pela ausência da materialidade da hipótese de incidência (receita bruta), quer pela previsão legal nesse sentido (art. 9º, § 7º, da Lei n. 12.546/11).

V. Proposição da tese a ser firmada

Diante do exposto, propõe-se a seguinte tese para efeito dos arts. 1.036 do CPC/15 e 256-Q do RISTJ: ***os valores de ICMS não integram a base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB, instituída pela Medida Provisória n. 540/2011, convertida na Lei n. 12.546/2011***.

Ausentes os requisitos do art. 927, § 3º, do CPC/15, mostra-se desnecessária a modulação dos efeitos do presente julgamento.

VI. Solução do caso concreto (recurso especial da Fazenda Nacional)

Na origem, trata-se de ação mandamental mediante a qual se objetiva a concessão de segurança para "[...] declarar a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo das contribuições previdenciárias sobre a receita bruta, excluindo-se o ICMS da base de cálculo da referida exação, por violar direito líquido e certo da autora em submeter aos ditames da Constituição Federal" (fl. 15e).

A sentença denegou a segurança (fls. 100/106e) e, interposta apelação pela empresa, foi provida pelo tribunal de origem, essencialmente sob os seguintes fundamentos (fls. 162/163e):

> Relativamente à base de cálculo do PIS/COFINS, a discussão não é nova e pode ser aplicada, analogicamente, no cálculo da contribuição previdenciária criada pela Lei 12.546/2011.
>
> Nesse sentido, na sessão do dia 08/10/2014, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao finalizar o julgamento do RE n. 240.785, de relatoria do Min. Marco Aurélio, reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, por violação ao art. 195, inc. I, alínea 'b', da Constituição Federal, ao entendimento de que os valores referentes àquele tributo não têm natureza de faturamento.
>
> [...]
>
> Ainda que tal julgamento não tenha sido submetido ao regime de repercussão geral, tenho por bem adequar o entendimento à orientação nele contida, estendendo-o ao PIS e à contribuição ora em discussão.
>
> Portanto, os valores referentes ao ICMS devem ser excluídos da base de cálculo de tributo que incida sobre aquelas grandezas, tal como ocorre no caso da contribuição substitutiva prevista no art. 7º da Lei n. 12.546/2011.

Dessarte, diante da tese fixada e nos termos do art. 255, § 5º, do RISTJ, impõe-se a manutenção do acórdão recorrido.

No que tange aos honorários advocatícios, da conjugação dos Enunciados Administrativos n. 3 e 7, editados em 09.03.2016 pelo Plenário desta Corte, depreende-se que as novas regras relativas ao tema, previstas no art. 85 do Código de Processo Civil de 2015, serão aplicadas apenas aos recursos sujeitos à novel legislação, tanto nas hipóteses em que o novo julgamento da lide gerar a necessidade de fixação ou modificação dos ônus da sucumbência anteriormente distribuídos quanto em relação aos honorários recursais (§ 11).

Ademais, vislumbrando o nítido propósito de desestimular a interposição de recurso infundado pela parte vencida, entendo que a fixação de honorários recursais, em favor do patrono da parte recorrida, está adstrita às hipóteses de não conhecimento ou improvimento do recurso.

Quanto ao momento em que deva ocorrer o arbitramento dos honorários recursais (art. 85, § 11, do CPC/15), afigura-se-me acertado o entendimento segundo o qual incidem apenas quando esta Corte julga, pela vez primeira, o recurso, sujeito ao Código de Processo Civil de 2015, que inaugure o grau

recursal, revelando-se indevida sua fixação em agravo interno e embargos de declaração.

Registre-se que a possibilidade de fixação de honorários recursais está condicionada à existência de imposição de verba honorária pelas instâncias ordinárias, revelando-se vedada aquela quando esta não houver sido imposta.

In casu, impossibilitada a majoração de tais honorários, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, porquanto não houve anterior fixação de verba honorária.

Posto isso, ***nego provimento*** ao recurso especial.

Sem condenação em honorários sucumbenciais, a teor do art. 25 da Lei n. 12.016/09, e do verbete sumular n. 105/STJ.

Publicado o acórdão, determino a comunicação à Presidência do Superior Tribunal de Justiça, aos Ministros da Primeira Seção, bem como aos Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça e à Turma Nacional de Uniformização.

É o voto.

VOTO-VISTA

> Ementa: Tributário. Contribuição sobre a receita bruta. Lei n. 12.546/2011. Base de cálculo. Inclusão do ICMS. Impossibilidade. Tese firmada pelo STF em repercussão geral. Questão jurídica semelhante. Aplicabilidade.

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Os presentes autos versam acerca da seguinte questão de direito controvertida: "possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta, instituída pela MP n. 540/2011, convertida na Lei n. 12.546/2011".

A em. Min. Regina Helena propõe entendimento pela não inclusão do ICMS na base de cálculo da Contribuição Social sobre a Receita Bruta da Lei n. 12.546/2011, citando, por "estreita semelhança axiológica", a tese desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 574.706/PR: O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

Nos termos do voto de Sua Excelência e à luz da doutrina de Geraldo Ataliba, o ICMS, por não poder ser qualificado como receita do contribuinte, não pode compor a receita bruta, base de cálculo da contribuição ora em análise.

Como assinalado pela relatora, o STF já reconheceu a extensão do entendimento firmado no RE 574.706/PR à Contribuição sobre a Receita Bruta da Lei n. 12.546/2011:

> Recurso extraordinário. Tributário. *Contribuição previdenciária substitutiva*. Base de cálculo. Não inclusão do valor relativo ao ICMS. *Entendimento firmado com base em orientação que o Plenário do Supremo Tribunal Federal proclamou na apreciação do RE 574.706-RG/PR*. Possibilidade de julgamento imediato pelo relator de idêntica controvérsia independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do acórdão proferido no "leading case". Sucumbência recursal (CPC, art. 85, § 11). Não decretação, no caso, ante a inadmissibilidade de condenação em verba honorária, por tratar-se de processo de mandado de segurança (Súmula 512/STF e Lei n. 12.016/2009, art. 25). Agravo interno improvido.
>
> (RE 1.089.337 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julg. 27/04/2018, pub. 15/05/2018, DJe-093) (Grifos acrescidos).

No caso específico, concordo com os fundamentos bem lançados pela em. Ministra relatora, razão pela qual acompanho seu voto.

Contudo, quero destacar que a controvérsia atinente à base de cálculo da Contribuição sobre a Receita Bruta, especificamente, autoriza a mesma conclusão do julgado do Supremo Tribunal Federal, pois, ao final, a controvérsia em ambos os casos passa pelo conceito de receita. Assim, em havendo precedente obrigatório do STF e tratando-se de questões jurídicas semelhantes, não há falar em eventual violação do art. 97 da CF/1988.

Aliás, esse é o entendimento do Pretório Excelso:

> [...] a obediência à cláusula de reserva de plenário não se faz necessária quando houver orientação consolidada do STF sobre a questão constitucional discutida. Possibilidade de reconhecimento de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público pelos órgãos fracionários dos Tribunais, com base em julgamentos do plenário ou órgão especial que, *embora não guardem identidade absoluta com o caso em concreto, analisaram matéria constitucional equivalente* (STF, RE 571.968 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 22/05/2012, DJe-109).

> [...] Não há reserva de Plenário (art. 97 da Constituição) à aplicação de jurisprudência firmada pelo Pleno ou por ambas as Turmas desta Corte. *Ademais, não é necessária identidade absoluta para aplicação dos precedentes dos quais resultem a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade. Requer-se, sim, que as matérias examinadas sejam equivalentes*. Assim, cabe à parte que se entende prejudicada discutir a simetria entre as questões fáticas e jurídicas que

> lhe são peculiares e a orientação firmada por esta Corte (STF, AI 607.616 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 31/08/2010, DJe-185). (Grifos acrescidos).

De fato, "incumbe ao Supremo Tribunal Federal definir o alcance dos vocábulos 'receita' e 'faturamento' contidos na Constituição Federal" (RE 592.616 RG, Rel. Min. *Menezes Direito*, julgado em 09/10/2008, DJe-202 - inclusão do ISSQN na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS; ainda pendente de julgamento).

Então, exercendo sua competência de intérprete da Constituição, o Supremo Tribunal Federal pode moldar conceitos expressos na lei em conformidade com o que entende ser a vontade do Poder Constituinte, sem, no entanto, atuar como legislador positivo. Porém, no âmbito infraconstitucional, salvo na hipótese de declaração de inconstitucionalidade ou em havendo precedente obrigatório do Plenário do STF, o Poder Judiciário não pode, tão somente por aplicação da analogia, decidir contrariamente ao que dispõe a lei, sob pena de usurpação da função legislativa e violação da Súmula Vinculante 10 ("Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte").

Faço essa anotação porque entendo que a repercussão geral julgada pelo STF não permite, no âmbito infraconstitucional, o entendimento automático de que um tributo não possa compor a base de cálculo de outro, ou que valores transitórios na contabilidade do contribuinte não podem ser nela computados.

Data venia, entendo que o precedente do STF não veicula regra que possa ser seguida quanto a outros tributos, caso inexistente a "semelhança axiológica" pontuada pela em. Min. Regina, pois o legislador, por força da discricionariedade técnica própria, tem, em tese, permissão para eleger os critérios pertinentes à base de cálculo dos tributos, como o fez no inciso I do § 1º do art. 13 da LC n. 87/1996 (Lei Kandir), na redação da LC n. 114/2002, no qual dispõe que o ICMS integra a base de cálculo do próprio imposto. Quanto a esse tema, a própria Constituição Federal assim determina, no art. 155, § 2º, XII, "i" ("cabe a lei complementar fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço").

Assim, deve-se frisar: não se pode afirmar que a conclusão da Primeira Seção, neste julgamento, com base no já mencionado recurso extraordinário, sirva para legitimar, por si só, a exclusão do ICMS da base de cálculo de outros tributos.

Deve haver ponderação específica, caso a caso, até porque o art. 150, § 6º, da Constituição Federal, ao exigir edição de lei específica para a redução de base de cálculo de impostos, taxas e contribuições, denota não ser extensível uma decisão judicial a respeito de um tributo a outro.

Com exceção daqueles (tributos) que, porventura, forem julgados inconstitucionais, por um ou outro motivo, não se pode, no âmbito do Poder Judiciário, desnaturar os conceitos definidos pelas leis tributárias, sob pena de esvaziar a base de cálculo eleita pelo Poder Legislativo, a qual, logo após o início de vigência da lei correlata, permite ao Estado proceder às mais diversas previsões orçamentárias com base em prognóstico da receita derivada do tributo.

É fato que a base de cálculo é uma ficção jurídica que se apropria de conceitos afetos a áreas de outras ciências, como a contabilidade, e, ao ser definida no âmbito do Poder Legislativo, nem sempre é talhada com termos ou expressões técnico-conceituais precisas ou exatas. Contudo, na tarefa de interpretar a legislação infraconstitucional, não se pode ignorar que a hermenêutica exige uma interpretação que não só seja compatível com a Constituição, como também que extraia a maior efetividade da norma, conforme o fim buscado pelo legislador. Digo isso a título de observação, uma vez que a aplicação irrestrita de teses firmadas em precedentes judiciais, sem ponderação a respeito da razoabilidade de sua adequação ao caso concreto, pode implicar a ineficiência da equação matemática construída pela lei para a tributação de determinadas riquezas.

Vale anotar que a preocupação, *mutatis mutandis*, foi manifestada pelo em. Min. Gilmar Mendes no RE 240.785/MG:

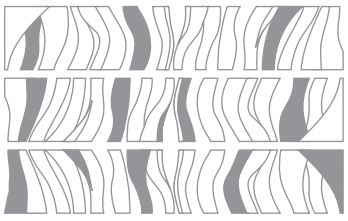
> Se adentrarmos por essa discussão, parece-me ser apenas um critério, depois vai determinar - isso, penso, já foi objeto até de outras discussões - como se aferir. Tanto é que, se formos fazer esse "distinguishing" constante, certamente, podemos esvaziar o conceito de faturamento.
>
> Sei que a toda hora temos tentativas aqui e acolá, mas por que não excluirmos tais ou quais custos; por que não excluir tais ou quais despesas do conceito de faturamento. É preciso ver que isso, na verdade - embora o Ministro Eros Grau condene sempre quando mencionamos esta palavra -, diz respeito com a natureza deste tipo de tributo. Se trilharmos esse caminho, vamos descaracterizar essas chamadas contribuições sobre faturamento.
>
> Esse é o meu temor.
>
> [...]

> É para fins de cálculo tão-somente, uma técnica de tributação. Este é meu temor: que estejamos abrindo porta para dizer que daqui a pouco também - sei lá - custo de energia elétrica.

Ante o exposto, feitas as observações necessárias quanto à fundamentação adotada, acompanho o voto da em. Ministra relatora, tanto no que diz respeito à tese formulada quanto ao julgamento do caso concreto.

É como voto.

Nesse sentido: REsp 1.629.001/SC e REsp 1.638.772/SC.



Primeira Turma

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 1.021.394-PR (2016/0308584-7)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves
Agravante: Voith Hydro Ltda
Advogados: Ricardo Dornelles Chaves Barcellos - RS022980
Francisco Ribeiro Todorov - DF012869
Tiago Cardoso Vaitekunas Zapater - SP210110
Márcio de Souza Polto - SP144384
Mauro Pedroso Gonçalves - DF021278
Ricardo Quass Duarte e outro(s) - SP195873
Agravante: Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda
Advogado: Rômulo Greff Mariani e outro(s) - RS081105
Agravado: Itaipu Binacional
Advogados: Fernando Cezar Vernalha Guimaraes - PR020738
Luiz Fernando Casagrande Pereira e outro(s) - PR022076
Interes.: Siemens Ltda

EMENTA

Processual Civil. Agravos em recurso especial. Ação declaratória c/c cobrança. Decisão que resolve questões eminentemente interlocutórias e reconhece a prescrição de parte do débito. Interposição de agravo de instrumento e apelação. Violação do art. 535 do CPC/1973. Não ocorrência. Hipótese de excepcional afastamento do princípio da unicidade recursal, a ensejar o conhecimento da apelação. Necessidade de retorno dos autos ao Tribunal de origem para julgar a apelação.

1. Hipótese em que, contra a mesma decisão, a *Itaipu manejou agravo de instrumento* em relação ao reconhecimento da necessidade de formação de litisconsórcio passivo e chamamento ao processo, *e* ***apelação*** quanto ao demais pontos, relativos ao acolhimento da ilegitimidade passiva, prescrição de parte dos débitos, e condenação de verbas sucumbenciais, os quais *deram origem, respectivamente, ao REsp 1.625.833/PR e ao* ***presente AREsp 1.021.394/PR***.

2. No que diz respeito ao caso dos autos, a Corte de origem, por maioria, entendeu por bem *acolher a questão de ordem suscitada pelo relator, para, diante das peculiaridades do caso dos autos, afastar a violação do princípio da unicidade recursal e conhecer da apelação*. Ato contínuo, *anulou, de ofício, a decisão impugnada na parte em que reconheceu a prescrição*, por entender se tratar de inadmissível sentença parcial de mérito (decisão mista), *julgando a apelação prejudicada quanto ao ponto*. Além disso, não conheceu da apelação no tocante ao reconhecimento da ilegitimidade passiva *ad causam* das rés para responder por algumas despesas, por entender que essa matéria deveria ser impugnada em agravo de instrumento.

3. No *presente recurso*, as recorrentes Voith Hydro Ltda. e Alston Brasil Energia e Transporte Ltda. defendem, em suma, que a Apelação da Itaipu não poderia ser conhecida, porque o recurso cabível era o de agravo de instrumento, além de que não há nulidade na decisão de primeiro grau, que reconhece a prescrição de parte dos pedidos da Itaipu e determina o prosseguimento do feito quanto aos demais.

4. Não há violação do artigo 535 do CPC/1973 quando o acórdão recorrido manifesta-se de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia.

5. Esta Corte já se manifestou no sentido de que a decisão que reconhece a prescrição de parte da dívida executada, sem por fim ao processo, é *interlocutória*, desafiando o recurso de agravo de instrumento e não de apelação. Precedentes: REsp 1.727.032/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24/05/2018; AgInt no REsp 1.517.815/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 01/09/2016; REsp 1.186.022/RO, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 29/04/2010; AgRg no REsp 1.318.312/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 08/04/2014.

6. Ocorre que, no caso dos autos, não obstante a decisão atacada não tenha posto fim ao processo, o *próprio juiz* singular nomeou o provimento jurisdicional de sentença e, ainda, discorreu acerca das consequências de eventual interposição de agravo de instrumento e de apelação, *dando a entender ser necessária a interposição de dois recursos para atacar integralmente o* decisum.

7. Diante desse cenário, assim como decidiu o Tribunal de origem, o princípio da unirrecorribilidade há de ser mitigado no caso específico dos autos, porquanto a decisão proferida, além de causar tumulto processual, claramente induziu o recorrente a erro, o que afasta a ocorrência de erro grosseiro e de má-fé, *propiciando o conhecimento da apelação e, por conseguinte, a análise da matéria nela impugnada*. Precedentes: EAREsp 230.380/RN, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, DJe 11/10/2017; AgRg no AREsp 228.816/RN, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 10/05/2016; REsp 1.104.451/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 15/08/2011; REsp 898.115/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 21/05/2007.

8. Porém, *o acórdão há de ser reformado no ponto em que decretou a nulidade da decisão impugnada na parte em que reconheceu a prescrição*, na medida em que tal decisão, ao contrário do assentado na origem, *não se trata de sentença parcial de mérito, inadmissível no nosso ordenamento jurídico sob a égide do CPC/1973, mas sim de decisão interlocutória sobre matéria elencada no artigo 269 do CPC, não havendo, portanto, óbice legal ou processual à sua prolação, a ensejar qualquer nulidade*.

9. Agravos das empresas Voith Hidro e Alstom Brasil conhecidos, para dar parcial provimento aos recursos especiais, tão somente para que os autos retornem ao Tribunal de origem, para que seja julgada a apelação na parte em que foi considerada prejudicada (prescrição).

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, por maioria, vencida parcialmente a Sra. Ministra Regina Helena Costa, conhecer do agravo para dar parcial provimento aos recursos especiais, tão somente para que os autos retornem ao Tribunal de origem, para que seja julgada a apelação na parte em que foi considerada prejudicada (prescrição), nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Gurgel de Faria (Presidente) e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de maio de 2019 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 14.5.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Tratam-se de *agravos* interpostos por Voith Hidro Ltda. e Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda. contra decisão da Corte de origem que não admitiu os seus recursos especiais, em razão, respectivamente: i) da inexistência de ofensa ao art. 1.022 do CPC/1973 e incidência das Súmulas 7 e 83/STJ e 283/STF; e ii) da incidência das Súmulas 7 e 83/STJ e 283/STF

O apelo nobre obstado enfrenta *acórdão*, assim ementado (fl. 3.969):

> Questão de ordem em apelação. Decisão mista. Nulidade parcial. Cisão do processo. Determinação judicial que não se coaduna com o direito processual pátrio. Questão de mérito devolvida a processamento. Observância do devido processo legal.
>
> 1. Mesmo após as alterações promovidas pela Lei 11.232/2005 no conceito de sentença (arts. 162, § 1º, 269 e 463 do CPC), não se admite a resolução definitiva fracionada da causa mediante prolação de sentenças parciais de mérito. Precedente Superior Tribunal de Justiça.
>
> 2. Constata-se erro in procedendo ao ser proferida decisão mista, tendo o Magistrado de origem impulsionado a parte a interpor duplo recurso, com ofensa ao princípio da unirrecorribilidade e desencadeando a cisão processual, o que não se coaduna com o direito processual pátrio.
>
> 3. Questão de ordem solvida para reconhecer a nulidade parcial da decisão proferida, não conhecer do recurso na parte em que a matéria era agravável (ilegitimidade de parte) e julgar prejudicado o pleito na parte em que enfrenta o mérito decidido parcialmente. Devolução do tema ao Julgador originário para unificação da demanda.

Todas as partes opuseram *Embargos de declaração*, que foram acolhidos a título de esclarecimento, nos seguintes termos (4.050/4.051):

> Embargos de declaração. Nulidade afastada. Omissões e contradições inexistentes. Rediscussão. Prequestionamento.
>
> 1. A retificação de acórdão só tem cabimento nas hipóteses de inexatidões materiais, erros de cálculo, omissão, contradição ou obscuridade.

2. A questão de ordem apresentada fincou-se em admissibilidade recursal, tópico a ser enfrentado em qualquer recurso processual, tanto que veio expressamente devolvido a esta Corte pelas partes em razões e contrarrazões recursais. O tema sobre a nulidade parcial da decisão foi objeto de sustentação oral das partes e, após iniciado o julgamento pelo Colegiado, a embargante apresentou memoriais sustentando a impossibilidade do conhecimento de ofício de questões quando se teve não conhecimento do recurso, bem ainda, sobre a inexistência de nulidade a ser reconhecida.

3. Os embargos declaratórios não servem ao objetivo de rediscutir o mérito da causa.

4. O julgador não está obrigado a se manifestar sobre todas as teses levantadas pelas partes, bastando que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

5. De forma a viabilizar o acesso às Instâncias Superiores, possível o acolhimento dos embargos de declaração, ainda que seja para tão-somente explicitar que a decisão embargada não contrariou nem negou vigência aos dispositivos legais invocados.

A *Voith Hidro Ltda.*, em seu recurso especial, alega violação do artigo 535, I e II, do CPC/1973, ao argumento de que a Corte local foi omisso quanto ao fundamento para afastar o princípio da unirrecorribilidade, bem como incorreu nas seguintes contradições: i) reconhecimento de que o recurso de apelação é inadmissível e, ao mesmo tempo, o acolhimento de questão de ordem pública, para anular parte da decisão atacada; e ii) a fundamentação do acórdão, embasada no entendimento firmado no REsp 1.281.978/RS, é inconciliável com o seu dispositivo.

Quanto ao mérito, aduz ofensa aos seguintes artigos:

i) art. 162, *caput* e §§ 1º e 2º do CPC, eis que é indubitável que a decisão saneadora, impugnada pela apelação na origem, possui natureza interlocutória (e não decisão mista ou sentença parcial de mérito), mesmo tendo deliberado sobre as matérias do art. 267 (ilegitimidade passiva) e 269 (prescrição), posto que não extinguiu a fase de conhecimento (determinou o prosseguimento do processo, produção de provas, citação de terceiros trazidos ao processo);

ii) arts. 473, 513, 522 do CPC, na medida em que, dada a natureza interlocutória da decisão, o único recurso cabível da decisão impugnada na origem era o agravo de instrumento, sendo caso de não conhecimento da apelação manejada, por erro grosseiro, o que impossibilita a análise de quaisquer questões relativas à decisão de primeiro grau, ainda que de ordem pública.

A esse respeito, acrescenta ter havido preclusão consumativa e violação ao princípio da unirrecorribilidade recursal, além de defender que, "ainda que a decisão recorrida pudesse causar qualquer dúvida, mesmo aos mais experientes advogados de uma empresa binacional, competia à parte opor embargos de declaração para esclarecer essa questão, o que, contudo, a *Itaipu* deixou de fazer" (fls. 4.097);

iii) arts. 512 e 515, *caput*, §§ 1º e 2º do CPC, tendo em vista que: "i) a *Itaipu* não suscitou, em seu recurso de apelação, a suposta nulidade da decisão recorrida; (ii) ademais, se o recurso não foi conhecido, nenhuma questão atinente à decisão de primeiro grau, nem mesmo de ordem pública, poderia ser analisada" (fls. 4.009); e

iv) arts. 219, § 5º, 295, IV, e 329 do CPC, ante a possibilidade do juiz de primeiro grau pronunciar a prescrição de parte da pretensão do autor por meio de decisão interlocutória, ou seja, de modo incidental, ordenando-se o prosseguimento do feito em relação aos pedidos não prescritos.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso, para que: "(i) o recurso de apelação da *Itaipu* não seja conhecido, impossibilitando-se a análise de quaisquer questões relativas à decisão de primeiro grau, ainda que de ordem pública, e (ii) seja restaurada a decisão de primeiro grau que reconheceu a prescrição de parte dos pedidos formulados pela *Itaipu*, restaurando-se ainda a condenação da *Itaipu* ao pagamento das verbas de sucumbência" (fls. 4.109).

A empresa *Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda.*, por sua vez, traz argumentações coincidentes com o recurso da Voith, sustentando, além de dissídio jurisprudencial, contrariedade aos artigos: i) arts. 473, 512 e 522 do CPC, ao argumento de que a Apelação não deveria ter sido conhecida, pois o recurso cabível era o agravo de instrumento; ii) 515, §§ 1º e 2º (atual art. 1.013, §§ 1º e 2º); 162, §§ 1º e 2º (atual art. 203, §§ 1º e 2º); e 269, IV (atual art. 487, II) do CPC/1973, ante a inexistência de nulidade da decisão de primeiro grau, que reconheceu a prescrição de parte dos pedidos da Itaipu.

A Itaipu apresentou contrarrazões aos recursos, respectivamente, às fls. 4.380/4.415 e 4.350/4.378, pugnando, em suma, pela manutenção integral do acórdão recorrido.

Aduziu, preliminarmente, o não conhecimento do recurso especial, ante a ofensa a Súmula 207 do STJ: "É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem". Defende que "os embargos infringentes eram cabíveis, uma vez que o Acórdão recorrido acolheu a questão de ordem pública para anular a decisão de primeira

instância na parte em que era sentença. Houve aqui uma análise de mérito" (fls. 4.354). Ressalta que tal julgamento se deu por maioria, durante a vigência do CPC/1973, e que a oposição dos embargos declaratórios, ainda que julgados por unanimidade, não altera a regra acima delineada.

Quanto ao mérito, defende a inexistência de erro grosseiro ou de ofensa ao princípio da unirrecorribilidade, já que a interposição de dois recursos pela Itaipu (apelação contra a sentença e agravo contra a decisão) se deu em razão de erro cometido pelo julgador de primeira instância, que indevidamente desrespeitou a regra da incindibilidade da sentença, proferindo sentença parcial de mérito em conjunto com decisão interlocutória e acrescentando, ao final, a possibilidade de interposição de dois recursos.

Sustenta que tal situação (decisão mista), por ser inadmissível na vigência do CPC/1973, se traduz, inevitavelmente, em nulidade do *decisum* na parte em que era sentença, como bem fez o Tribunal de origem ao acolher a questão de ordem suscitada pela Itaipu em sede de apelação, não havendo a alegada ofensa ao artigo 162 do CPC/73.

Por fim, registra a inexistência de divergência jurisprudencial, ante a ausência de similitude fática e/ou jurídica entre os julgados confrontados.

Neste agravo afirma que seu recurso especial satisfaz os requisitos de admissibilidade e que não se encontram presentes os óbices apontados na decisão agravada.

O MPF opinou pelo conhecimento dos agravos, para conhecer em parte dos recursos especiais e, nessa extensão, dar-lhes provimento, apenas para afastar a nulidade do *decisum* de 1º grau, nos termos da ementa com o seguinte teor (fls. 4.695):

> *Ação declaratória c/c cobrança. Apelação. Decisão que reconhece a prescrição da maior parte do pedido e determina a cisão do feito. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Ofensa ao art. 535 do CPC/73 não configurada. Indução a erro pelo juiz. Princípio da unicidade e erro grosseiro. Hipótese excepcional de afastamento. Possibilidade de conhecer a apelação. Não ocorrência de preclusão consumativa. Questão de ordem pública. Licitude do seu exame de ofício, independentemente de o recurso ser admitido. Prescrição declarada em interlocutória. Extinção parcial do processo com julgamento de mérito. Ausência de nulidade. Necessidade de retorno dos autos à origem para julgar a apelação. Pelo conhecimento dos agravos para conhecer em parte dos recursos especiais e, nessa extensão, dar-lhes provimento apenas para afastar a nulidade do* decisum *de 1º grau*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Consta dos autos que a Itaipu Binacional celebrou o contrato n. 6.128, em 13.11.2000, com o consórcio Ceitaipu, formado por doze empresas, para a implantação, em regime de empreitada integral, de duas unidades geradoras de energia elétrica na Usina Hidrelétrica de Itaipu.

Em razão do descumprimento de prazos na execução do contrato e da previsão da responsabilidade solidária entre as contratadas, a Itaipu Binacional ajuizou *ordinária de cobrança*, cumulada com ressarcimento e declaratória de direitos, em desfavor de apenas duas empresas contratadas, quais sejam, Voith Hydro Ltda. e Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda., visando:

> i) o pagamento de *multas* pelo atraso no cumprimento das etapas da obra, no valor correspondente a R$ 36.951.322,18 (atualizado até 30.11.2013);
>
> ii) o pagamento de *pendências financeiras* do contrato (despesas operacionais: empréstimos oneroso de equipamentos, disponibilização de técnicos, mão de obra e materiais, cessão de ramais telefônicos), no montante de R$ 1.311.086,58 (atualizado até 30.11.2013);
>
> iii) o *ressarcimento* dos valores gastos com a substituição do óleo isolante (contaminado com enxofre corrosivo) dos transformadores principais de algumas unidades geradoras, no valor de R$ 1.896.298,63 (atualizado até 30.11.2013); e
>
> iv) a *declaração da existência de situações jurídicas* que já se consumaram no decorrer da execução do contrato e que consistem no Aditamento Contratual n. 3 (alteração da descrição do evento de pagamento previsto no Aditamento n. 2, extensão de garantia dos equipamentos e modificações de itens da cláusula quarta dos anexos do contrato).

Na *primeira instância*, houve: *i)* o afastamento da preliminar de falta de interesse processual da pretensão de cunho declaratório; *ii)* o reconhecimento da necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário no que se refere à pretensão de cunho declaratório; *iii)* a declaração de ilegitimidade passiva das rés para responder judicialmente por algumas despesas operacionais; *iv)* o deferimento do chamamento ao processo da Siemens Ltda. no que se refere à pretensão de indenização pela substituição do óleo isolante; *v)* o reconhecimento da prescrição da pretensão de cobrar a multa contratual; *vi)* o reconhecimento da prescrição da pretensão de cobrar algumas despesas operacionais; e *vii)* a condenação da Itaipu (porque decaiu da maior parte do pedido) a arcar com as custas processuais e a pagar honorários sucumbenciais, no montante de 10%

sobre os valores reconhecidos como prescritos, a serem rateados pelas rés.

Ao final, em sua *parte dispositiva*, a referida decisão assentou que, na hipótese de ser interposto agravo de instrumento, a decisão fica mantida por seus próprios fundamentos, devendo aguardar eventual deferimento de efeito suspensivo; e, se interposto apelação, esta será recebida no duplo efeito, salvo se intempestiva ou não tiver sido efetuado o preparo.

Em razão disso, a *Itaipu manejou agravo de instrumento* em relação ao conteúdo interlocutório (chamamento ao processo e a formação de litisconsórcio - itens ii e iv acima mencionados) *e apelação* quanto ao demais pontos da mesma decisão (ilegitimidade passiva da rés quanto à algumas despesas operacionais, reconhecimento da prescrição de parte das parcelas pleiteadas e condenação da Itaipu em valores sucumbenciais - itens iii, v, vi, vii), os quais deram origem, respectivamente, ao *REsp 1.625.833/PR e ao presente AREsp 1.021.394/PR*.

O *Tribunal de origem negou provimento ao agravo de instrumento*, mantendo a decisão que reconheceu: i) a necessidade de formação de litisconsórcio passivo entre todas as empresas consorciadas no que diz respeito a pretensão declaratória (reconhecimento da existência de aditamento contratual, que envolvem também as demais empresas contratadas); e ii) o deferimento do chamamento ao processo da empresa Siemens no tocante ao pedido relacionado ao óleo isolante (por ser esta empresa a fornecedora deste produto). *Contra este acórdão foi interposto, como já referido, o REsp 1.625.833/PR, que será julgado concomitantemente com o presente processo*.

Em relação ao apelo, ou seja, o caso dos autos, a Corte de origem, por maioria, entendeu por bem acolher a questão de ordem suscitada pelo relator, para afastar a violação do princípio da unicidade recursal e conhecer da apelação. Ato contínuo, anulou, de ofício, a decisão impugnada na parte em que reconheceu a prescrição, julgando a apelação prejudicada quanto ao ponto. Além disso, *não conheceu da apelação no tocante ao reconhecimento da ilegitimidade passiva* ad causam *das rés* para responder pelas despesas contidas nos avisos de débitos de 14/06/2007, 27/07/2009, 15/04/2010 e de 29/06/2010, por entender que essa matéria *deveria ser impugnada em agravo de instrumento*.

Feitas tais considerações, necessárias para a compreensão da controvérsias, passo a analisar os recursos, em conjunto, já que as alegações da Alstom incluem-se nas da Voith.

De início, em atenção ao alegado pela Itaipu em contrarrazões, registra-se não ser caso de aplicação da *Súmula 207/STJ*, tendo em vista que não houve

provimento, por maioria, da apelação, a ensejar o cabimento de embargos infringentes, mas sim anulação de parte da decisão de primeiro grau, por envolver questão de ordem pública.

Nesse sentido:

> Processual Civil. Ação rescisória. Servidor público federal. Art. 485, V, do CPC/1973. Julgado rescindendo que aprecia o mérito do recurso especial. Competência do Superior Tribunal de Justiça. Preliminares rejeitadas. Embargos infringentes. Art. 530 do CPC/1973. Acórdão não unânime que reconhece a nulidade da sentença por vício procedimental. Não cabimento. Precedentes da 1ª Seção do STJ. Tema controvertido. Não cabimento de ação rescisória. Súmula n. 343/STF. Ação rescisória improcedente.
>
> 1. Na ação rescindenda, ao apreciar o recurso especial de iniciativa da União, o Ministro Relator ultrapassou a fase de admissibilidade, pois conheceu do recurso e, no exame do mérito recursal, deu-lhe provimento por entender configurada a violação do art. 530 do CPC/1973, questão controversa submetida a julgamento pela parte recorrente. Desse modo, com o trânsito em julgado da referida decisão que deliberou sobre o mérito da postulação recursal (violação do art. 530 do CPC), é indiscutível a competência do Superior Tribunal de Justiça para o julgamento da presente ação rescisória. Incidência por analogia da Súmula n. 249/STF: "É competente o Supremo Tribunal Federal para ação rescisória quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida".
>
> 2. *A exegese do art. 530 do CPC/1973 implica conclusão no sentido de que o cabimento dos embargos infringentes foi reduzido às hipóteses de reforma da sentença, em decorrência do provimento do recurso de apelação ou julgamento de procedência da ação rescisória. Ou seja, o referido dispositivo apenas contempla a hipótese de o acórdão dar solução à controvérsia em sentido contrário àquele firmado pela sentença, acolhendo ou rejeitando o pedido do autor, razão pela qual* ***não se pode admitir a interposição do recurso em foco quando o acórdão determina a cassação ou anulação da sentença de mérito por vício procedimental, sem apreciar o mérito propriamente dito***.
>
> 3. *Sobre o tema, vale citar precedente desta Corte Superior no sentido de que "o acórdão que decide, por maioria, anular a sentença por vício de forma não traduz coisa julgada material, pois há, notadamente, renovação da lide na origem, não se admitindo, também por este fundamento, os embargos infringentes"* (REsp 1.091.438/RJ, Primeira Turma, rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 22/06/2010).
>
> 4. Nesse contexto, o julgado rescindendo decidiu a controvérsia em conformidade com a jurisprudência firmada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, para admissão dos embargos infringentes, o regime

do art. 530 do CPC/1973 exige que o acórdão embargado seja "não unânime" e "reformador" da sentença apelada que ostente conteúdo "de mérito" (além da hipótese de ter julgado procedente ação rescisória). Ou seja, o fato de o acórdão *a quo* ter anulado a sentença de mérito inviabilizou a interposição de embargos infringentes.

5. Tampouco prospera a tese defendida pela parte autora de que o Tribunal Regional Federal da 5ª Região teria desconstituído o próprio título executivo que deu ensejo à demanda executiva, reconhecendo a improcedência da pretensão executiva dos exequentes, proferindo verdadeiro juízo de mérito.

6. Precedentes desta Primeira Seção.

7. Incidência da Súmula n. 343/STF.

8. Pedido rescisório improcedente (AR 5.078/AL, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 19/12/2017).

Processual Civil. Administrativo. Ação rescisória. Acórdão que aprecia o mérito do recurso especial. Competência do Superior Tribunal de Justiça. Litispendência. Ausência de comprovação. Preliminares rejeitadas. Embargos infringentes. Art. 530 do CPC. Acórdão não unânime proferido em sede de apelação em embargos à execução. Anulação da execução e de atos do processo de conhecimento pelo reconhecimento de vício de intimação na ação cognitiva. Matéria controvertida. Ausência de literal violação a dispositivo de lei. Súmula 343/STF. Ação rescisória improcedente.

1. Compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar ação rescisória que visa desconstituir acórdão proferido em recurso especial no qual é apreciada a questão federal controvertida. Incidência, por analogia, do enunciado da Súm. 249/STF.

2. A ausência de comprovação da alegada litispendência importa na rejeição da respectiva preliminar.

3. *Se o artigo 530 do CPC declara serem cabíveis embargos infringentes "quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito", deve-se compreender que o legislador não estendeu esse recurso para a hipótese de o acórdão anular a sentença. Houve nítido propósito de restringir o cabimento desse recurso, razão pela qual vale para a hipótese a máxima* inclusio unius alterius exclusio.

4. *Reconhecido por maioria, em sede de apelação, o* error in procedendo, *tem-se um juízo de anulação, que conduz à inexistência do ato anulado, e não um juízo de reforma, caracterizado pelo* error in judicando, *importando no não cabimento da via reservada aos embargos infringentes.*

5. "Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais" (Súm. 343/STF).

> 6. Ação rescisória julgada improcedente (AR 4.795/AL, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 01/09/2017).

Em seguida, afasta-se a alegação da Voith Hidro Ltda. de violação do *artigo 535 do CPC/1973*, porquanto o acórdão recorrido manifestou-se de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia, inclusive sobre as quais ora se alegam omissão e contradições.

Na oportunidade, foram devidamente expostas as razões que ensejaram, excepcionalmente, o afastamento do princípio da unirrecorribilidade e a consequente admissibilidade da apelação, bem como esclarecido que o conhecimento do apelo se deu parcialmente, a permitir a análise de questões de ordem pública.

É o que se extrai dos seguintes excertos dos votos proferidos na origem, senão vejamos:

> ***Voto do relator (fls. 3.898 a 3.899):***
>
> Do conteúdo da decisão proferida na origem e de sua incompatibilidade com o sistema processual civil pátrio atual No evento 34, a ínclita Magistrada proferiu decisão mista, conhecida pela jurisprudência e doutrina como sendo aquela que define questões interlocutórias e de mérito no mesmo ato. Ainda, ciente da decisão que proferira, impulsionou as partes a interporem agravo de instrumento e/ou apelação e, recebendo o apelo, cindiu o processo para que o mesmo pudesse ter continuidade na origem e nesta Corte.
>
> (...)
>
> Dito isso, concluo que não andou bem a Magistrada ao proferir a decisão mista, e, mais ainda, ao impulsionar a parte a interpor duplo recurso, ofendendo princípio da unirrecorribilidade e, ainda, desencadeando a cisão processual.
>
> A cisão processual não se coaduna com o direito pátrio atual e, conquanto se verifique previsão de que, sob o advento do Novo Código de Processo Civil, seja alcançado ao Magistrado a possibilidade de julgamento antecipado parcial de mérito, também há o de que o recurso cabível será o de agravo de instrumento, *in verbis*:
>
> (...)
>
> Da cisão processual - e recebimento do recurso de apelação. Da via recursal adequada em se tratando de decisão mista que reconhece a ilegitimidade passiva da parte.
>
> A situação desencadeada pela Julgadora acabou proporcionando prejuízo à parte que recorreu duplamente da decisão. E, conquanto seja ônus do patrono da parte a escolha correta do recurso para fins de manifestação de sua insurgência

à instância superior, tratando-se de erro grosseiro a interposição de apelação quando se está diante de decisão interlocutória, a aplicação dessa conclusão merece certo tempero na situação dos autos, não se havendo aniquilar por completo o direto recursal da recorrente Itaipu Binacional.

Voto-vista (fls. 3.924/3.925):

Em princípio, estaria inclinado a dizer que impera aqui o princípio da unicidade recursal, e que um ato judicial só pode ser atacado por um único recurso. Deduzido um recurso pela parte contra aquele ato judicial, ou contra parte daquele ato judicial, teríamos preclusão consumativa quanto ao restante, e outro recurso não poderia depois ser interposto na sequência pela mesma parte.

Fossemos aplicar esse princípio da unicidade recursal, não seria possível conhecer a apelação agora em julgamento, porque tanto ela (apelação do evento 67, apresentada em 12/5/15) quanto o outro recurso (agravo de instrumento do evento 59, apresentado em 7/5/15) atacam o mesmo ato judicial, embora partes diferentes desse ato judicial.

Entretanto, aqui me parece que esse princípio da unicidade recursal deva ser afastado, admitindo-se excepcionalmente conhecer os dois recursos interpostos pela parte contra partes diferentes do ato judicial impugnado.

(...)

Não houvesse a parte final do ato judicial duplamente recorrido, talvez estivesse inclinado a reconhecer que deveria imperar o princípio da unicidade recursal.

Mas existe a parte final do ato impugnado, que foi lançado pelo juízo de origem nestes termos:

(...)

Embargos declaratório (fls. 4.059/4.060)

(i) *Não há contradição entre o conhecimento do recurso e a análise de questões de ordem pública. O conhecimento do recurso se deu parcialmente. Não conhecido o recurso na parte em que se insurgia sobre ilegitimidade e julgar prejudicado o recurso na parte que anulada a decisão, na forma parcial que ocorreu.*

(ii) Sobre a indicação do aresto e a contradição alegada, tem-se que o acórdão do STJ serviu como jurisprudência a fim de corroborar com o entendimento de que decisão parcial de mérito, ao tempo do antigo regramento processual inexistia. Não há contradição a ser sanada.

(iii) *A questão da unicorribilidade foi enfrentada pela decisão do Relator* ao manifestar que "A situação desencadeada pela Julgadora acabou proporcionando prejuízo à parte que recorreu duplamente da decisão. E, conquanto seja ônus do patrono da parte a escolha correta do recurso para fins de manifestação de

> sua insurgência à instância superior, tratando-se de erro grosseiro a interposição de apelação quando se está diante de decisão interlocutória, a aplicação dessa conclusão merece certo tempero na situação dos autos, não se havendo aniquilar por completo o direto recursal da recorrente Itaipu Binacional.
>
> (...)
>
> *Como se vê, a questão da unicidade recursal foi bem debatida e, ainda que não encaminhado o julgamento pela conclusão pretendida pela embargante, não se há em falar de ausência de enfrentamento da tese.*

A tutela jurisdicional foi prestada de forma eficaz, não havendo razão para a anulação do acórdão proferido em sede de embargos de declaração.

No mais, as argumentações recursais podem ser assim resumidas: i) natureza da decisão: decisão interlocutória. ii) recurso cabível: agravo de instrumento, sendo caso de não conhecimento da Apelação, por preclusão e princípio da unirrecorribilidade recursal; iii) impossibilidade de declaração de nulidade parcial da decisão, ainda que se trate de ordem publica, diante da ausência de pedido e da hipótese de não conhecimento da apelação; e iv) validade da decisão de primeiro grau, ante a possibilidade de pronunciar prescrição em decisão interlocutória.

Em relação a *natureza do* decisum *e ao recurso cabível*, não se desconhece que esta Corte já se manifestou no sentido de que a decisão que reconhece a prescrição de parte da dívida executada, sem por fim ao processo, é *interlocutória*, sendo atacável por meio de *agravo de instrumento*, senão vejamos:

> Processual Civil. Ausência de indicação do dispositivo tido por violado. Incidência, por analogia, da Súmula 284/STF. Execução fiscal. Decisão que reconheceu a inexigibilidade parcial da dívida executada. Natureza interlocutória. Interposição do recurso de apelação. Erro grosseiro. Inaplicabilidade do princípio da fungibilidade recursal. Ausência de prequestionamento. Súmula 211/STJ.
>
> (...)
>
> 2. O *acórdão recorrido está em consonância com o entendimento firmado pelo STJ, à luz do Código de Processo Civil de 1973, de que a decisão que declara a inexigibilidade parcial da execução pelo reconhecimento da prescrição possui natureza interlocutória, sendo, portanto, recorrível mediante Agravo de Instrumento.* A interposição de Apelação configura erro grosseiro, o que inviabiliza a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.
>
> 3. É inadmissível Recurso Especial quanto a questão que, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal de origem. Incidência da Súmula 211/STJ.

4. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido (REsp 1.727.032/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24/05/2018).

Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Decisão que, em processo de execução, acolheu parcialmente a exceção de pré-executividade e declarou a prescrição de parte da dívida executada, sem por fim ao processo. Natureza de decisão interlocutória. Recurso cabível. Agravo de instrumento. Interposição de apelação. Erro grosseiro. Princípio da fungibilidade recursal. Inaplicabilidade. Precedentes do STJ. Agravo interno improvido.

I. Agravo interno interposto em 11/05/2016, contra decisão publicada em 02/05/2016.

II. Na forma da jurisprudência predominante no STF e no STJ, o princípio da fungibilidade recursal somente se aplica quando preenchidos os seguintes requisitos: a) dúvida objetiva quanto ao recurso a ser interposto; b) inexistência de erro grosseiro; e c) observância do prazo do recurso cabível. Assim, na hipótese de erro grosseiro, não se aplica o princípio da fungibilidade. Nesse sentido: STF, Pet 5.707 AgR-ED/SP, Rel. Ministro *Ricardo Lewandowski*, *Tribunal Pleno*, DJe de 16/03/2016; STJ, AgRg no MS 9.232/DF, Rel. Ministro *Gilson Dipp*, *Corte Especial*, DJU de 17/12/2004; STJ, AgRg na SEC 10.885/EX, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Corte Especial*, DJe de 14/08/2015.

III. *Também é firme a jurisprudência do STJ no sentido de que a decisão que, em processo de execução, declara a inexigibilidade de parte da dívida executada, sem por fim ao processo, possui natureza interlocutória e deve ser impugnada por Agravo de Instrumento*, constituindo erro grosseiro a interposição de Apelação, sendo inaplicável, por conseguinte, o princípio da fungibilidade recursal. Precedentes: REsp 457.181/PE, Rel. Ministro *Francisco Peçanha Martins*, *Segunda Turma*, DJU de 06/03/2006; AgRg no Ag 1.091.109/SP, Rel. Ministro *Castro Meira*, *Segunda Turma*, DJe de 14/04/2009; REsp 1.123.288/RO, Rel. Ministra *Eliana Calmon*, *Segunda Turma*, DJe de 25/11/2009; REsp 1.186.022/RO, Rel. Ministro *Castro Meira*, *Segunda Turma*, DJe de 29/04/2010; REsp 1.138.871/RO, Rel. Ministro *Castro Meira*, *Segunda Turma*, DJe de 02/06/2010; AgRg no Ag 1.159.377/SP, Rel. Ministro *Aldir Passarinho Junior*, *Quarta Turma*, DJe de 10/12/2010; AgRg no AREsp 230.380/RN, Rel. Ministro *Raul Araújo*, *Quarta Turma*, DJe de 10/06/2016.

IV. Quanto aos acórdãos proferidos no REsp 641.431/RN (Rel. Ministro *Luiz Fux*, *Primeira Turma*, DJU de 17/12/2004), no REsp 898.115/PE (Rel. Ministro *Teori Albino Zavascki*, *Primeira Turma*, DJU de 21/05/2007) e nos EREsp 197.857/RJ (Rel. Ministro *Paulo Medina*, Rel. p/ acórdão Ministro *Luiz Fux*, *Primeira Seção*, DJU de 16/12/2002) - acórdãos estes citados, pela parte agravante, tanto nas contrarrazões ao Recurso Especial, quanto no presente Agravo -, não bastasse estar superada a orientação adotada nestes três arestos, não guardam eles a necessária similitude fática e jurídica com o caso dos autos, no qual foi interposta Apelação, e não Agravo de Instrumento, contra a decisão que reconhecera a

prescrição de parte da dívida executada e determinara o prosseguimento do feito, quanto à parcela não prescrita.

V. Com efeito, nos presentes autos de Execução Fiscal, o Juiz de 1º Grau acolheu apenas em parte a Exceção de Pré-Executividade para "reconhecer prescrita a cobrança dos tributos dos exercícios de 1995 e 1996, devendo a execução prosseguir quanto ao imposto devido no ano de 1997". Nesse contexto, tendo havido interposição de Apelação, ao invés do cabível Agravo de Instrumento, restou configurada a hipótese de erro grosseiro, a impedir a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, de acordo com os precedentes específicos citados na decisão agravada.

(...)

VIII. Agravo interno improvido (AgInt no REsp 1.517.815/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 01/09/2016).

Processual Civil. Execução fiscal. Violação do art. 535 do CPC. Inocorrência. Ausência de prequestionamento. Súmula 211/STJ. Reconhecimento de prescrição parcial do crédito tributário. Decisão de natureza interlocutória. Recurso cabível. Agravo de instrumento.

1. O acórdão recorrido consignou que a decisão agravada se deteve tão-somente na análise acerca do cabimento do recurso interposto e, por esta razão, as demais alegações não seriam analisadas. Entendeu, ainda, que o recurso de apelação não é adequado para impugnar decisão de natureza interlocutória - que reconheceu a prescrição de alguns títulos fiscais e determinou o prosseguimento da execução com relação aos outros.

(...)

4. *A natureza da decisão que reconhece a prescrição de parte da dívida executada, sem por fim ao processo, é interlocutória*. Assim, o recurso que a desafia não é o de apelação, mas de agravo de instrumento. Não se aplica no caso o princípio da fungibilidade recursal.

(...)

7. Recurso especial conhecido, em parte, e provido, também em parte (REsp 1.186.022/RO, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 29/04/2010)

Processual Civil e Administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Ação de reparação de danos. Acidente de trabalho. Decisão do juízo singular que declara a prescrição parcial da pretensão do autor. Prosseguimento da ação. Natureza jurídica de decisão interlocutória. Recurso cabível: agravo de instrumento. Inaplicabilidade do princípio da fungibilidade recursal. Precedentes do STJ. Súmula 83/STJ. Agravo regimental desprovido.

1. *A decisão que reconhece a prescrição de parte da pretensão do autor, sem por fim ao processo, é interlocutória*. Assim, o recurso que a desafia não é o de

> Apelação, mas sim de Agravo de Instrumento. Não se aplica no caso o princípio da fungibilidade recursal. Precedentes desta Corte. Aplicação da Súmula 83/STJ.
>
> 2. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1.318.312/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 08/04/2014)

Ocorre que, no caso dos autos, não obstante a decisão atacada não tenha posto fim ao processo, o *próprio juiz* singular *nomeou* o provimento jurisdicional de *sentença* e, ainda, *discorreu* acerca das *consequências de eventual interposição de agravo de instrumento e de apelação, dando a entender ser necessária a interposição de dois recursos para atacar integralmente o* decisum, consoante se extrai do trecho (fls. 3.8.07):

> (...)
>
> *f)* Condeno a Itaipu Binacional, porque decaiu da maior parte do pedido, a arcar com as custas processuais e a pagar honorários sucumbenciais, que fixo em 10% (dez por cento) dos valores reconhecidos como prescritos por esta *sentença*. Os honorários sucumbenciais serão rateados pela parte ré.
>
> *Em sendo interposto(s) agravos pela(s) parte(s), desde já manifesto que mantenho esta decisão por seus próprios fundamentos.*
>
> Interposto agravo retido ou sendo o agravo de instrumento convertido em retido, caberá à Secretaria abrir vista à parte contrária para contrarrazões, salvo em caso de intempestividade, hipótese que deverá ser certificada.
>
> Aguarde-se decisão da instância superior acerca de eventual concessão de efeito suspensivo/ativo ao agravo de instrumento.
>
> *Em sendo interposta(s) apelação(ões)* (artigo 513 c/c artigos 162, § 1º, 267 e 269, todos do Código de Processo Civil), *recebo-a(s) no duplo efeito*, salvo no caso de intempestividade ou ausência de preparo, hipóteses que serão oportunamente certificadas pela Secretaria.
>
> Interposto(s) o(s) recurso(s), caberá à Secretaria abrir vista à parte contrária para contrarrazões e, na sequência, remeter os autos ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Tal situação, por certo, como bem assentado no parecer do Ministério Público, deixou a Itaipu "em uma situação "sem saída" ou "sem alternativa", correndo o risco de interpor o agravo de instrumento para impugnar a decisão e não ser admitido porque cabível era a apelação, e vice-versa, ou seja, manejar a apelação que não seria admitida por ser hipótese de agravo de instrumento" (4.709).

Consoante exposto no voto-vista proferido na origem, constata-se que a parte vencida nada mais vez do que seguir o que o juízo da causa havia

sinalizado, interpondo apelação contra uma parte do ato judicial, e interpondo agravo de instrumento contra outra parte, sem que, com isso, tenha interposto dois recursos contra as mesmas questões, mas sim dois recursos atacando cada um questões diferentes, sem que exista sobreposição na pretensão recursal.

Diante desse cenário, parece-me, assim como decidiu o Tribunal de origem, que *o princípio da unirrecorribilidade há de ser mitigado no caso específico dos autos*, porquanto a decisão proferida, além de causar tumulto processual, claramente induziu o recorrente a erro, o que afasta a ocorrência de erro grosseiro e de má-fé, propiciando o *conhecimento da apelação* e, por conseguinte, a análise da matéria nela impugnada.

Nesse sentido:

> *Processual Civil. Embargos de divergência em agravo em recurso especial. Divergência entre as Turmas da 2ª Seção em casos idênticos, inclusive envolvendo as mesmas partes e órgãos judiciais de 1ª e 2ª instâncias. Excepcionalidade do caso concreto. Execução de título extrajudicial. Exceção de pré-executividade. Exclusão de executado do polo passivo.* ***Interposição de apelação ao invés de agravo de instrumento. Inexistência de má-fé. Indução a erro pelo juízo. Relativização da dúvida objetiva na restrita hipótese dos autos. Princípio da fungibilidade. Aplicabilidade. Precedentes****. Embargos de divergência a que se dá provimento*. (EAREsp 230.380/RN, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, DJe 11/10/2017).

> Processo Civil. Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Exceção de pré-executividade. Exclusão de executado do polo passivo. Recurso cabível. Indução a erro pelo juiz. Princípio da fungibilidade recursal.
>
> 1. *A decisão que exclui da execução um dos litisconsortes, prosseguindo-se o feito com relação aos demais co-executados, desafia agravo de instrumento, e não recurso de apelação, cabível, contudo, a aplicação do princípio da fungibilidade recursal na hipótese em que o jurisdicionado for induzido a erro pelo magistrado.*
>
> 2. Agravo regimental provido (AgRg no AREsp 228.816/RN, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 10/05/2016)

> Processo Civil. Recurso especial. Incidente de falsidade. Interposição de agravo de instrumento em vez de apelação. Inexistência de má-fé e erro grosseiro. Princípio da fungibilidade. Aplicabilidade.
>
> 1. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível.
>
> 2. É possível sanar o equívoco na interposição do recurso pela aplicação do princípio da fungibilidade recursal, se inocorrente erro grosseiro e inexistente má-fé por parte do recorrente.

3. *Induzir a interposição de recurso equivocado pelo próprio órgão recorrido, aliada ao prazo mais exíguo do agravo de instrumento, quando em comparação com a apelação, afasta a suspeita de má-fé e o erro grosseiro, permitindo a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.*

4. Recurso especial a que se nega provimento (REsp 1.104.451/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 15/08/2011)

Processual Civil. Recurso especial. Interposição de agravo de instrumento ao invés de apelação. Inexistência de má-fé e erro grosseiro. Princípio da fungibilidade. Aplicabilidade.

1. É possível sanar o equívoco na interposição do recurso pela aplicação do princípio da fungibilidade recursal, se inocorrente erro grosseiro e inexistente má-fé por parte do recorrente, além de comprovada a sua tempestividade.

2. Informa o acórdão recorrido que o recorrente interpôs recurso de agravo de instrumento em situação em que o juiz de 1º grau determinou o arquivamento, com baixa na distribuição, situação em que seria cabível a apelação. Ocorre, entretanto, que ao apreciar os embargos declaratórios opostos pelo ora recorrente contra a decisão terminativa, denominada de "despacho", o próprio juiz de 1º grau o induziu a erro, no que consignou que: "a irresignação dos autores traz ínsito o escopo de reforma do decisório, vertendo-se, pois, contra os próprios argumentos de direito abraçados em sua fundamentação, insurgência que não cabe na estreita via declaratória, havendo de conformar-se ao recurso cabível, precisamente o de agravo de instrumento" (fl. 275).

3. *A indução à interposição de recurso equivocado pelo próprio órgão recorrido, aliada ao prazo mais exíguo do agravo de instrumento, quando em comparação com a apelação, afasta a suspeita de má fé e o erro grosseiro, permitindo a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.*

4. Recurso especial provido (REsp 898.115/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 21/05/2007).

Assim, *uma vez conhecida a apelação pelos excepcionais motivos elencados, não há que se falar em ofensa ao art. 162*, caput *e § 1º e § 2º do CPC, sendo, por conseguinte, possível o exame pelo Tribunal de origem de questões atinentes à decisão de primeiro grau apelada, mormente as de ordem pública (nulidade), o que também afasta a apontada afronta aos artigos 473, 512, 513, 515 e 522 do CPC.*

Porém, quanto ao ponto relativo à validade da decisão apelada, tenho que o acórdão merece reforma.

Isso porque, o Tribunal de origem, não obstante tenha afastado o princípio da singularidade e conhecido a apelação pelos fundamentos supra, concluiu, de ofício, pela nulidade parcial da decisão atacada, no tocante à decretação da

prescrição de parte dos débitos, por entender que esta declaração, por adentrar antecipadamente no mérito da ação, configurou sentença parcial de mérito, inadmissível em nosso ordenamento jurídico sob a égide do CPC/1973. Ao final, decidiu, ainda, por não conhecer do recurso na parte em que a matéria era indubitavelmente agravável (ilegitimidade da parte) e julgar prejudicada a apelação no ponto que questionava a questão relativa à prescrição. Eis os fundamentos do voto, senão vejamos (fls. 3.902):

> *A situação desencadeada pela Julgadora acabou proporcionando prejuízo à parte que recorreu duplamente da decisão. E, conquanto seja ônus do patrono da parte a escolha correta do recurso para fins de manifestação de sua insurgência à instância superior, tratando-se de erro grosseiro a interposição de apelação quando se está diante de decisão interlocutória, a aplicação dessa conclusão merece certo tempero na situação dos autos, não se havendo aniquilar por completo o direto recursal da recorrente Itaipu Binacional.*
>
> O presente recurso pretende reconhecer a legitimidade passiva das rés Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda. e Voith Hydro Ltda. para responderem a ação pelas despesas estampadas nos avisos de débitos; afastar a prescrição da pretensa cobrança das multas moratórias; afastar a prescrição da pretensão de cobrança das despesas anteriores a 2008 e modificar o valor dos honorários advocatícios em face da desproporcionalidade.
>
> *No que concerne à ilegitimidade passiva das empresas Alstom e Voith, reconhecida na decisão recorrida, tenho que o pleito recursal não merece conhecimento. Para tanto, considero a jurisprudência pátria no sentido de que o recurso cabível de decisão que reconhece ilegitimidade da parte é o agravo de instrumento, tenho por não conhecer do recurso no tocante.* Acerca do recurso cabível nesses casos, colaciono rr. precedentes desta Corte e da Superior:
>
> (...)
>
> *No que remanesce, reconhecimento de prescrição em relação a algumas cobranças, tenho por bem reconhecer a nulidade parcial do* decisum, *excluindo de seu conteúdo a antecipação de mérito, mantendo a controvérsia a respeito. A conclusão que chego busca evitar a cisão processual - hipótese que não se coaduna com o direito pátrio - bem ainda, evitar a ofensa aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa.*
>
> *O recurso de apelação resta prejudicado no ponto.*
>
> *Concluindo, é a presente questão de ordem suscitada para, de ofício, anular a decisão na parte em que adentra no mérito, julgando prejudicado o apelo no tocante; e, não conhecer do recurso na parte que sustenta a legitimidade passiva das rés Alstom e Voith.*

Ocorre que, consoante a jurisprudência já citada desta Corte, é plenamente possível o reconhecimento da ocorrência de prescrição em decisão interlocutória ou saneadora do feito.

É dizer que é admissível a decisão proferida em primeira instância que reconhece a prescrição de parte da dívida cobrada, sem por fim ao processo, a qual não possui natureza de sentença, mas sim de decisão interlocutória. Não se trata, portanto, de sentença parcial de mérito, incompatível com o ordenamento jurídico então vigente (CPC/73), mas sim em decisão interlocutória sobre matéria elencada no artigo 269 do CPC, tais quais as que apreciam a liquidação, não havendo óbice legal ou processual à sua prolação, a ensejar qualquer nulidade.

Sendo assim, *o acórdão deve ser reformado quanto ao ponto, para que a apelação, conhecida diante dos peculiaridades do caso dos autos*, que ensejaram o afastamento do erro grosseiro e do princípio da unirrecorribilidade, *seja devidamente julgada* quanto a parte que atacou a prescrição (que foi tida como prejudicada no julgado de origem em razão da decretação da nulidade da decisão atacada).

Ante o exposto, *conheço dos agravos para dar parcial provimento aos recursos especiais, tão somente para que os autos retornem ao Tribunal de origem, para que seja julgada a apelação na parte em que foi considerada prejudicada (prescrição)*.

É como voto.

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 758.361-TO (2015/0196075-5)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Relator para o acórdão: Ministro Benedito Gonçalves
Agravante: TIISA - Infraestrutura e Investimentos S.A
Advogados: Cairo Roberto Bittar Hamú Silva Júnior - DF017042
Marco Antonio dos Santos Ferrari Mello - DF022044
Luiz Tadeu Guardiero Azevedo e outro(s) - TO000116B
Agravado: Ministério Público Federal
Interes.: José Francisco das Neves

Interes.: Ulisses Assad
Interes.: Mario Pereira

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação de improbidade administrativa. Competência para o processamento e julgamento do feito. Local do dano. Aferição. Petição inicial. Dano de natureza nacional ou regional. Foro competente. Capital do Estado ou Distrito Federal. Opção do autor. Competência do Juízo da Seção Judiciária do Estado de Tocantins (Palmas/TO). Agravo interno não provido, divergindo do voto do Sr. Relator.

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, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator e Sérgio Kukina, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Benedito Gonçalves, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Benedito Gonçalves (voto-vista) os Srs. Ministros Regina Helena Costa (Presidente) e Gurgel de Faria.

Brasília (DF), 21 de agosto de 2018 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator p/ Acórdão

DJe 18.9.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Agravo Interno interposto por *TIISA-Infraestrutura e Investimentos S.A.* contra Decisão monocrática de minha lavra, que contou com a seguinte ementa:

> *Administrativo e Processual Civil. Agravo em recurso especial. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Intempestividade do apelo raro brandida*

pelo Parquet. *Rejeita-se a alegação de interposição fora do prazo legal, pois o acórdão recorrido foi republicado no Diário de Justiça do TRF da 1ª Região, não podendo a parte ser prejudicada em seu direito recursal por equívoco da serventia judicial. Alegação de violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência. Competência jurisdicional. Local do dano. Art. 2º da Lei 7.347/85. Agravo em recurso especial de TIISA desprovido* (fls. 2.673/2.684).

2. Nas razões de seu Agravo Interno, a parte Agravante argumenta que o Acórdão do Tribunal *a quo* realmente violou o art. 535 do CPC, pois teria apresentado afirmações diametralmente opostas, rendendo ensejo a julgado contraditório. Quanto ao mérito, reedita os argumento do Apelo Raro de que a ACP trata de averiguação de alegada improbidade administrativa praticada na Licitação 01/07, promovida pela empresa *Valec S.A.*, localizada em Brasília/DF, onde teria ocorrido o suposto dano aos cofres públicos. Na ótica da parte Agravante, o local do dano alegado pelo *Parquet* ocorreu em Brasília-DF, motivo pelo qual argumenta que a competência para processar e julgar a Ação pertenceria a uma das Varas Federais da Seção Judiciária do Distrito Federal e não ao Juízo Federal de Tocantins.

3. Pugna pela reconsideração da Decisão Agravada ou, caso assim não se proceda, pela submissão do feito aos ilustres Pares da Turma Julgadora, a fim de que seja dado provimento à insurgência.

4. O MPF apresentou impugnação às fls. 2.701/2.705, em que defendeu seja mantida o *decisum* agravado, ao argumento de que a ação, por tratar também da fase executiva do contrato, deveria ser apreciada pelo Juízo de Tocantins.

5. É o relatório, em síntese.

VOTO VENCIDO

Ementa: Direito sancionador. Agravo interno. Ação civil pública com imputação por conduta ímproba. Competência jurisdicional. Critério de fixação. Argumento de que os atos supostamente ímprobos dizem respeito à inserção de cláusulas no edital restritivas da concorrência na licitação realizada em Brasília/DF, sede da Valec S.A., empresa contratante. Local do dano. Art. 2º da Lei 7.347/85. Na espécie, a alegada lesão aos cofres públicos ocorreu em Brasília-DF, local do alegado dano. Agravo interno da parte implicada provido para, em melhor reflexão, reformar a decisão agravada e prover o

recurso especial, declarando-se competente o Juízo Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal para processar e julgar a ACP.

1. Esta Corte Superior tem a diretriz de que a competência para julgamento de demanda coletiva deve ser a do local do dano (AgRg nos EDcl no CC 120.111/DF, Rel. Min. *Eliana Calmon*, DJe 17.5.2013). Com efeito, a *ratio legis* da utilização do local do dano como critério definidor da competência nas ações coletivas é proporcionar maior celeridade no processamento, na instrução e, por conseguinte, no julgamento do feito, dado que é muito mais fácil apurar o dano e suas provas no juízo em que os fatos ocorreram (CC 97.351/SP, Rel. Min. *Castro Meira*, DJe 10.6.2009).

2. Na demanda vertente, discute-se qual teria sido o exato local do dano para efeito de fixação da competência jurisdicional em Ação Civil Pública, nos termos em que dispõe o art. 2º da Lei 7.347/85 e segundo precedentes desta Corte.

3. Nessa linha de raciocínio, não brande a parte agravante interpretação díspar da lei, nem do entendimento jurisprudencial deste Tribunal Superior. Apenas alega que se apreciarão, na Ação Civil Pública de origem, elementos documentais da licitação – cujo objeto foi adjudicado à parte agravante – e da contratação com a *Valec S.A.*, sobre os quais pairam as alegações do Órgão Acusador de improbidade administrativa por restrição no edital do certame e por desvio de recursos em sobrepreço.

4. Conforme se dessume do caderno processual, toda a alegação de condutas ímprobas tem órbita no procedimento licitatório realizado na sede da *Valec S.A.*, em Brasília/DF, *local em que a suposta inserção de cláusulas restritivas da concorrência no certame permitiu que a pessoa jurídica acionada se sagrasse vencedora e fosse contratada para a construção de trecho da Ferrovia Norte-Sul.*

5. Noutras palavras, pode ser estabelecida a conclusão de que, se estão sendo alegados em Ação Civil Pública vícios de procedimento licitatório referentes a obras e serviços públicos a serem executados em diferentes unidades da Federação, a competência jurisdicional para efeito de local do dano se vincula ao foro da sede da empresa contratante e não ao local em que o objeto licitado será desempenhado.

6. Agravo Interno da parte acionada provido, em ordem a prover o Recurso Especial e proclamar a competência do Juízo Federal da

> Seção Judiciária do Distrito Federal para processar e julgar o feito de origem, determinando-se a remessa do caderno processual para o referido juízo competente, anulando-se os atos decisórios, mantidos, porém, os instrutórios.

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Inicialmente, a parte Agravante insiste no argumento de que o Acórdão do Tribunal de origem violou o art. 535 do CPC/1973, isto é, conteria vícios que não teriam sido afastados, pois, a esse respeito, apresentou proposições inconciliáveis, uma expressando que a ACP decorreu de improbidade praticada no curso do certame licitatório de trecho de ferrovia e outra concluindo que as ilicitudes foram constatadas durante a execução da obra, observe-se que a decisão agravada não se olvidou em transcrever que a própria Corte de origem esclareceu integralmente as dúvidas da parte acerca da alegada contradição, assim aduzindo:

> (...) não se encontra configurada a alegada contradição, erro de fato e/ou obscuridade no acórdão embargado, eis que o acórdão embargado foi proferido em consonância com o objeto da ação de improbidade, ao concluir que a demanda limita-se às ilicitudes constatadas durante a execução do lote 15 (Contrato 038/2007) (cf. fl. 83).
>
> Esclareço, ainda, que os itens 1 e 3 do voto condutor do acórdão não trazem afirmações opostas, conforme quer fazer crer a embargante. Na verdade, a afirmação no sentido de que a Ação Civil Pública decorreria de suposta improbidade praticada no curso do certame licitatório (Concorrência 001/2007) foi extraída da petição recursal, segundo as razões da agravante. Já o item 3 refere-se ao objeto da ação de improbidade, nos termos descritos pelo Ministério Público Federal na petição inicial.

2. Como se vê, não há falar, de modo algum, em vulneração do art. 535 do CPC pelo Aresto recorrido, pois houve manifestação expressa do Tribunal *a quo* acerca do ponto alegadamente contraditório, tendo asseverado, na resposta aos aclaratórios, que uma afirmação decorre da peça recursal, ao passo que outra se refere ao objeto da ACP, tendo como referência a petição inicial do *Parquet*, inocorrendo fundamentação com proposições inconciliáveis – como pretende a parte Agravante.

3. Quanto ao mérito, cinge-se a controvérsia em saber, no caso concreto, qual é o *local do dano* a que alude o art. 2º da Lei 7.347/85 como critério definidor do *foro competente* para o processamento da Ação Civil Pública por ato de Improbidade Administrativa.

4. Alega a parte insurgente que, contrariamente ao *decisum* agravado, os fatos narrados na Ação Civil Pública proposta em seu desfavor pelo *Parquet* se restringiriam a supostos atos ímprobos praticados durante o processo licitatório realizado em Brasília-DF, na sede da *Valec*, cujo objeto é a execução de obras civis em certos trechos da Ferrovia Norte-Sul localizados no Estado de Tocantins.

5. Sobre o tema, deve-se observar que, na decisão de fls. 2.673/2.684 dos autos, afirmei que a competência para processar e julgar a ACP em questão era do douto Juízo Federal da Seção Judiciária de Tocantins. Isso porque entendi, naquela análise prefacial do problema, que os alegados atos de improbidade objeto da ACP teriam ocorrido na fase de execução do contrato das obras da Ferrovia Norte-Sul, mais precisamente no espaço territorial do Estado de Tocantins; em tal suposição, esta conclusão teria abono na jurisprudência desta Corte, tal como exposto pelo eminente Ministro *Castro Meira*, no julgamento do CC 97.351/SP (DJe 10.6.09).

6. Essa circunstância deixei-a bem delineada na referida decisão, o que não impediu, porém, à parte Agravante desenvolver argumentação específica em que concentrou-se na demonstração de que, ao contrário do afirmado no julgado agravado, os ilícitos alegadamente perpetrados neste caso teriam sede, segundo alegação do insurgente, na fase licitatória daquelas obras, consistentes tais ilícitos basicamente na manipulação da licitação, mediante a inserção, no instrumento convocatório, de cláusulas restritivas da concorrência, com o fito de favorecer determinadas empresas e assim facilitar o desvio de recursos públicos.

5. Verdadeiramente, a matriz das ilicitudes na demanda vertente é a conformação do edital da licitação, com suposto viés dirigista para a produção de certo resultado no que se refere à escolha do licitante vitorioso; referida afirmação é lançada sem excluir, porém, que na fase da execução das obras possa ocorrer - ou mesmo tenham ocorrido - outros eventos lesivos ao Erário, tais como, por exemplo, o emprego de materiais de qualidade inferior ou outras deturpações que comprometam a solidez ou durabilidade das obras ferroviárias.

7. Conforme se dessume do caderno processual, toda a alegação de condutas ímprobas tem órbita no procedimento licitatório realizado na sede da *Valec S.A.*, em Brasília/DF, local em que a suposta inserção de cláusulas restritivas da concorrência no certame permitiu que a pessoa jurídica acionada se sagrasse vencedora e fosse contratada para a construção de trecho da Ferrovia Norte-Sul. Confira-se excerto da petição inicial:

> Desse modo, verifica-se que os gestores da *Valec*, pretendendo manipular a licitação para a construção da Ferrovia Norte-Sul, inseriram no edital diversos itens que restringiram a concorrência, facilitando a manobra de favorecer determinada empresa e possibilitar o desvio de recursos por meio de sobrepreço.
>
> Nesse sentido, avulta a intensidade do dolo dos réus quando se tem em mente que o próprio orçamento-base constante no edital já vinha recheado de valores que beneficiavam as empresas em detrimento do erário. No ponto, deve-se ponderar que, em razão da ausência de competição real entre as empresas, as vencedoras sequer tiveram o trabalho de abaixar os preços constantes no orçamento-base, o que é comum em ambientes em que a competição vigora (fls. 87).

8. Sabe-se que os atos de improbidade administrativa podem ser praticados por particulares, porém jamais sem o concurso de um Agente Público, que deve estar no polo passivo do feito. Na espécie, consta que são acionados o ex-Presidente da *Valec S.A.*, um ex-Diretor, além da ora Agravante e o seu Presidente, tendo como mote a suposta manipulação da licitação, a fim de que determinada empresa fosse favorecida para possibilitar o desvio de recursos por meio de sobrepreço.

9. Bem por isso, a execução das obras é apenas o exaurimento dos atos ímprobos, pois a *fattispecie* concreta para aplicação das iras da Lei 8.429/92 é a realização de um certame em Brasília/DF direcionado a tais e quais empresas, conforme o subtrecho da ferrovia. O sobreapreçamento e os desvios ulteriores na consecução contratual tem gênese no *dirigismo da licitação*, sendo perceptível que aí reside o dano para efeito de fixação do foro competente.

10. O critério definidor *local do dano* está, na espécie, como dito, aproximado ao momento procedimental de formulação do edital de concorrência e da realização dos atos de escolha e contratação da empresa que desempenharia a importante obra ferroviária no trecho que atravessa o Estado de Tocantins. Foram atos alegadamente praticados em Brasília/DF, isto é, na sede da empresa pública contratante, a *Valec S.A.*, motivo pelo qual a competência, por ser induvidoso que se orienta pelo foro do local em que o dano ocorreu, é do Juízo Federal do Distrito Federal, contrariamente ao que se apontou na decisão recorrida.

11. Portanto, revendo posicionamento anterior, dou provimento ao Agravo Interno da parte acionada na ACP, em ordem a prover o Recurso Especial e proclamar a competência do o Juízo Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal para processar e julgar o feito de origem, determinando-se a remessa

do caderno processual para o referido juízo competente, anulando-se os atos decisórios, mantidos os instrutórios.

12. É como voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Processual Civil e Administrativo. Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação de improbidade administrativa. Competência para o processamento e julgamento do feito. Local do dano. Aferição. Petição inicial. Dano de natureza nacional ou regional. Foro competente. Capital do Estado ou Distrito Federal. Opção do autor. Competência do Juízo da Seção Judiciária do Estado de Tocantins (Palmas/TO). Agravo interno não provido, divergindo do voto do Sr. Relator.

1. Deve ser rejeitada a ofensa ao art. 535, I, do CPC/1973, pois não se observa obscuridade ou contradição no acórdão quanto à fixação do foro da Capital do Estado (Juízo da Seção Judiciária do Tocantins) para processar e julgar a ação de improbidade administrativa. Está claro que a competência foi definida em razão de a petição inicial consignar que as supostas ilicitudes teriam sido constatadas durante a execução do Lote 15, ou seja, durante a execução do Contrato n. 038/2007.

2. Os artigos 2º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/1985 e 93 da Lei n. 8.078/1990 (CDC) são aplicáveis na definição da competência territorial para o julgamento de ações civis públicas por improbidade administrativa, notadamente quando necessário se faz a observância do local em que teria ocorrido o dano. Nesse sentido, confiram-se: CC 97.351/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJe 10/6/2009; e CC 143.698/PR, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Seção, DJe 3/5/2017.

3. No caso dos autos, embora a petição inicial tenha feito referência ao certame licitatório original (Concorrência n. 001/2007, firmada em Brasília/DF), constata-se que o Ministério Público Federal busca comprovar, por meio da ação de improbidade, supostas condutas ilícitas ocorridas na execução do Lote 15 do Contrato 038/2007 da referida concorrência. O aludido lote, segundo consta

na decisão do Juízo Federal da Subseção Judiciária de Gurupi/TO (fls. 421-422) e no relatório do TCU (Processo n. 010.530/2010-0, fl. 110) diz respeito a obras no trecho da ferrovia Norte-Sul situado entre o Km 1.029,89 (Córrego do Chicote), no Estado de Tocantins, e o Km 1.095,71 (Rio Canabrava) em Goiás. Assim, tem-se que o suposto dano circunscreve-se à região em que os fatos ilícitos foram, em tese, praticados, o que denota o acerto do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região em manter a competência para o julgamento da ação no Juízo da Seção Judiciária do Tocantins.

4. Agravo interno não provido.

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de agravo interno interposto por TIISA-Infraestrutura e Investimentos S.A. contra decisão que contém a seguinte ementa:

> *Administrativo e Processual Civil. Agravo em recurso especial. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Intempestividade do apelo raro brandida pelo* Parquet. *Rejeita-se a alegação de interposição fora do prazo legal, pois o acórdão recorrido foi republicado no Diário de Justiça do TRF da 1ª Região, não podendo a parte ser prejudicada em seu direito recursal por equívoco da serventia judicial. Alegação de violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência. Competência jurisdicional. Local do dano. Art. 2º da Lei 7.347/85. Agravo em recurso especial de TIISA desprovido.*

O agravante reitera os argumentos do recurso especial e requer o provimento do recurso.

Com impugnação do Ministério Público Federal às fls. 2.701-2.705.

O Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho apresentou voto no qual mantém o afastamento de ofensa ao artigo 535, I, do CPC/1973, mas provê o agravo interno e, por conseguinte, o recurso especial, para reconhecer a competência do Juízo Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal para processar e julgar a ação de improbidade administrativa.

Pedi vista dos autos.

Cuida-se, na origem, de ação de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público Federal contra José Francisco das Neves, Ulisses Assad, Mário Pereira e Construtora *TIISA-Triunfo Iesa Infra-Estrutura* (fls. 81-102), inicialmente distribuída ao Juízo da Vara Única da Subseção Judiciária de Gurupi/TO que declarou a incompetência absoluta do juízo e remeteu os autos

ao Juízo da Seção Judiciária do Estado do Tocantins (Palmas/TO) (fls. 421-422). Dessa decisão, TIISSA opôs embargos de declaração que foram rejeitados (fl. 644). Contra as referidas decisões, seguiu-se agravo de instrumento do ora recorrente a fim de que fosse declarada a competência do Juízo da Seção Judiciária do Distrito Federal (fls. 1-19). O recurso não foi provido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, mantida, portanto, a competência do Juízo Federal da Seção Judiciária do Tocantins (fls. 2.422-2.429). O julgamento ainda sofreu a oposição de aclaratórios, que foram rejeitados (fls. 1.481-1.477). Esse é, em síntese, o histórico do que ocorrido nas instâncias ordinárias.

O ora agravante (TIISA) interpôs então recurso especial (fls. 2.501-2.517) contra os acórdãos da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no qual alega: (a) violação do artigo 535, I, do CPC/1973, pois haveria contradição e obscuridade não sanadas quanto à suposta improbidade ter sido praticada no curso do certame licitatório ou na execução de uma das etapas da obra; (b) violação do artigo 2º da Lei n. 7.347/1985, ao argumento de que os fatos supostamente ilícitos ocorreram durante o certame licitatório realizado na sede da *Valec/SA* em Brasília/DF (Concorrência n. 001/2007), o que definiria a competência absoluta da Seção Judiciária do Distrito Federal para julgar a ação.

Feitos esses esclarecimentos, passo ao exame da controvérsia.

Inicialmente, acompanho o Ministro Relator no que diz respeito à rejeição da ofensa ao artigo 535, I, do CPC/1973. Não observo obscuridade ou contradição no acórdão quanto à fixação da competência do Juízo da Seção Judiciária do Tocantins, pois está claro que a competência foi definida em razão de a petição inicial consignar que as supostas ilicitudes teriam sido constatadas durante a execução do lote 15, ou seja, durante a execução do contrato n. 038/2007. Confira-se (fl. 2.424):

> Observa-se, ainda, por simples leitura da inicial da Ação Civil Pública, que a *"demanda limita-se às ilicitudes constatadas durante a execução do lote 15 (Contrato 038/2007), que compreende o trecho entre o Córrego Chicote, km 1.029,89, e o Rio Canabrava, km 1.095,71, orçado inicialmente em R$ 160.435.543,71 (sessenta milhões quatrocentos e trinta e cinco mil quinhentos e quarenta e três reais e setenta e um centavos)"*. (Fls. 83)

A referência feita no acórdão ao processo de concorrência originário (Concorrência n. 001/2007, firmada em Brasília/DF) contextualiza os fatos antecedentes à execução do Lote 15, mas não induz falta de clareza ou

proposições inconciliáveis na delimitação do objeto e na fixação da competência do juízo para processar e julgar a causa.

Na questão de fundo todavia, peço vênias ao Ministro Relator para dele divergir.

Com efeito, o artigo 2º da Lei n. 7.347/1985 contém a seguinte redação:

> Art. 2º As ações previstas nesta Lei *serão propostas no foro do local* ***onde ocorrer o dano***, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.
>
> Parágrafo único A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto (grifo nosso).

Necessário registrar inicialmente que esta Corte Superior sedimentou o entendimento segundo o qual a definição de juízo competente previsto no artigo 2º da Lei n. 7.347/1985 se aplica aos casos de improbidade em razão da ausência de disciplina da questão na Lei n. 8.429/1992. A propósito: "Não há na Lei 8.429/92 regramento específico acerca da competência territorial para processar e julgar as ações de improbidade. Diante de tal omissão, tem-se aplicado, por analogia, o art. 2º da Lei 7.347/85, ante a relação de mútua complementariedade entre os feitos exercitáveis em âmbito coletivo, autorizando-se que a norma de integração seja obtida no âmbito do microssistema processual da tutela coletiva" (CC 97.351/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJe 10/6/09).

Nesse sentido:

> Embargos de declaração no conflito negativo de competência. Juízos Federais vinculados a Tribunais Regionais Federais distintos. Ação civil pública sob a imputação da prática de atos de improbidade administrativa cumulada com pedido de anulação de atos e contratos firmados pela Administração Pública. Alegação de ocorrência de dano em mais de um lugar e atingindo entidades integradas em níveis distintos de governo. Reconhecimento da prevenção do Juízo de Araçatuba/SP em face do ajuizamento de ação de improbidade administrativa, baseada em inquérito civil público instaurado naquela cidade. A colheita de provas na ação cível será melhor produzida no foro de domicílios dos réus. Fixação da competência no foro onde a maioria das condutas foi praticada e onde ocorre o dano. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para fixar a competência do do Foro Federal de Araçatuba para o processamento e julgamento da ação.
>
> 1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto ao cabimento de propositura de Ação Civil Pública para apuração de improbidade

administrativa, aplicando-se, para apuração da competência territorial, a regra prevista no art. 2º da Lei 7.347/85, que dispõe que a ação deverá ser proposta no foro do local onde ocorrer o dano (AgRg no AgRg no REsp. 1.334.872/RJ, Rel. Min. *Arnaldo Esteves Lima*, DJe 14.08.2013).

2. Trata-se de uma regra de competência territorial funcional, estabelecida pelo legislador, a par da excepcionalidade do direito tutelado, no intuito de facilitar o exercício da função jurisdicional, dado que é mais eficaz a avaliação das provas no Juízo em que se deram os fatos. Dest'arte, tem-se que a competência do local do dano é funcional e, portanto, de natureza absoluta.

3. Em situações tais, entende-se que a solução do caso, para a verificação do efetivo local do dano, reside na perscrutação declinada no pedido e da causa de pedir posta na Ação Civil Pública; no presente caso, de acordo com a moldura fática decantada na exordial, o *Parquet*, fixa como local da fraude o Município de Araçatuba, ao argumento de que os Agentes Públicos Municipais permitiram o arrendamento de área pública que não era destinada a uma indústria naval, facilitando a ilicitude do processo licitatório, além disso, dos 8 atos ilegais descritos 5 foram realizados em Araçatuba.

4. Soma-se a tal constatação, o fato de que dos 32 réus apontados na ACP, 11 tem domicílio em Araçatuba e outros 6 residem no Estado de São Paulo.

5. Deve-se levar em conta, ainda, que a Ação de Improbidade Administrativa se baseou em Inquérito Civil Público instaurado na cidade de Araçatuba/SP, o que tornaria prevento o Juízo Federal daquele Município.

6. Como bem assinalou o eminente Ministro *Castro Meira*, a *ratio legis* da utilização do local do dano como critério definidor da competência nas ações coletivas é proporcionar maior celeridade no processamento, na instrução e, por conseguinte, no julgamento do feito, dado que é muito mais fácil apurar o dano e suas provas no juízo em que os fatos ocorreram (CC 97.351/SP, DJe 10.6.2009), fixando orientação da qual não se tem motivos para dissentir.

7. Ante o exposto, acolho os Embargos de Declaração, com efeitos infringentes, para declarar competente para processar e julgar a demanda a que ele se refere o digno *Juízo Federal da 1ª Vara de Araçatuba-SJ/SP*, nos limites de sua competência funcional (EDcl no CC 138.068/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 07/03/2017).

Administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Ação civil pública para apuração de improbidade administrativa. Foro competente. Local da ocorrência do dano. Precedentes da Primeira Seção. Revisão em sede especial. Inviabilidade. Premissas fáticas. Incidência do Verbete Sumular 7/STJ. Agravo não provido.

1. "Não há na Lei 8.429/92 regramento específico acerca da competência territorial para processar e julgar as ações de improbidade. Diante de tal omissão, tem-se aplicado, por analogia, o art. 2º da Lei 7.347/85, ante a relação de mútua

> complementariedade entre os feitos exercitáveis em âmbito coletivo, autorizando-se que a norma de integração seja obtida no âmbito do microssistema processual da tutela coletiva" (CC 97.351/SP, Primeira Seção, Rel. Min. *Castro Meira*, DJe 10/6/09).
>
> 2. A pretensão de modificação das conclusões expostas pelas instâncias judiciárias de origem não se mostra congruente com o propósito da via especial, haja vista a necessidade de se revisitar as premissas fáticas da causa, providência sabidamente vedada pelo enunciado sumular 7/STJ.
>
> 3. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1.359.958/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 13/11/2013).

No caso, extrai-se, logo na segunda página da petição inicial (fl. 82), que os fatos dizem respeito à constatação de sobrepreço de R$ 29.607.994,01 (vinte e nove milhões, seiscentos e sete mil, novecentos e noventa e quatro reais e um centavo) na execução do Contrato n. 038/2007 (Lote 15 da Concorrência 001/2007), situação essa que teria sido observada pela auditoria do TCU (Decisão TCU n. 010.530/2010-0).

Ao prosseguir na inicial, o Ministério Público Federal narra (fls. 82-89):

> Inicialmente, é de se destacar *que a presente demanda limita-se às ilicitudes constatadas durante a execução do lote 15 (Contrato 038/2007)*, que compreende o trecho entre o Córrego do Chicote, km 1.029,89, e o Rio Canabrava, Km 1.095,71, orçado inicialmente em R$ 160.435.543,71 (cento e sessenta milhões, quatrocentos e trinta e cinco mil, quinhentos e quarenta e três reais e setenta e um centavos), conforme quadro de quantidades e preços a ff. 43/46.
>
> Para o lote em questão, participaram as empresas *Constran S/A Contruções e Comércio*, *Galvão Engenharia S/A.*, *Covap Engenharia Construções S/A, Construtora Ferreira Guedes e Iesa, Projetos, Equipamentos e Montagens S/A*, tendo a última se sagrado vencedora do certame, com a proposta de menor preço, no valor de R$ 150.451.004,32 (cento e cinquenta milhões, quatrocentos e cinquenta e um mil, quatro reais e trinta e dois centavos). (ff. 47/58)
>
> Ato contínuo, em 16/01/2008, foi firmado o Contrato 38/2007, com prazo inicial de validade de 12 (doze) meses, contando hoje com onze termos aditivos, sendo o último datado de 16/06/2011. O referido ajuste foi assinado pelos demandados *José Francisco das Neves* (Presidente da *Valec*) e *Ulisses Assad* (Diretor de Engenharia da *Valec*) e pelo, à época, procurador, e hoje presidente da empresa IESA Projetos, Equipamentos e Montagens S/A, *Mário Pereira*. O valor inicial do contrato foi de R$ 150.451.004,32 (cento e cinquenta milhões, quatrocentos e cinquenta e um mil, quatro reais e trinta e dois centavos), estando hoje, com seus aditivos, num montante de R$ 188.063.747,47 (cento e oitenta e oito milhões, sessenta e três mil, setecentos e quarenta e sete reais e quarenta e sete centavos). (ff. 77/122)

> [...]
>
> *Com relação ao objeto desta demanda, o TCU, por meio do acórdão n. 3.061/2011 (TC 010.530/2010-0, ff. 3 e ss.) apontou sobrepreço e superfaturamento no importe de R$ 29.607.994,01 (vinte e nove milhões, seiscentos e sete mil, novecentos e noventa e quatro reais e um centavo).*
>
> *No ponto, tem-se que a auditoria do TCU detectou a ocorrência de desvio de recursos públicos no pagamento de inúmeros itens, tais como: a) excedente de 10,38 km no trecho do Lote 15 em razão da quantificação a mais de dormentes; b) utilização de cimento em saco em vez de "a granel", c) utilização de brita comercial e não extraída; d) utilização de BDI discrepante dos valores referenciais de 2007 e e) transporte por rodovia não pavimentada e composição de preços unitários deficientes, tanto no cotnrato quanto no projeto básico. (Relatório de Fiscalização de ff. 123/163).*
>
> *O trecho referente ao Lote 15 da Ferrovia Norte-Sul, de acordo com o Projeto Básico apresentado pela* ***Valec****, tem extensão de 65,82 Km, com um desvio de 1,8 Km, o que totaliza 67,62 Km.*
>
> *No entanto, a fiscalização levada a efeito pelo TCU apontou que o referido lote foi licitado com excedente na quantidade de dormentes (cerca de 16.667 - dezesseis mil, seiscentos e sessenta e sete), o que corresponde a 10,38 Km a mais do que efetivamente era necessário.*
>
> *Por tal fraude, segundo a equipe de auditoria, houve um aumento no valor do contrato estimado em quase quatro milhões, consubstanciados em serviços não executados. (ff. 123/163)* (grifos nosso).

Como visto, não obstante o certame licitatório original (Concorrência n. 001/2007) ter sido firmado em Brasília/DF, local da sede da *Valec*, e a petição inicial a ele fazer referência em alguns de seus pontos, evidencia-se que o Ministério Público Federal busca comprovar, por meio da ação de improbidade, supostas condutas ilícitas ocorridas na execução do Lote 15 do Contrato 038/2007 da referida concorrência. O aludido lote, segundo também vem referido na decisão do Juízo Federal da Subseção Judiciária de Gurupi/TO (fls. 421-422) e no relatório do TCU (Processo n. 010.530/2010-0, fl. 110), citado na inicial, diz respeito a obras no trecho da ferrovia Norte-Sul situado entre o Km 1.029,89 (Córrego do Chicote), no Estado de Tocantins, e termina no Km 1.095,71 (Rio Canabrava), em Goiás. O suposto dano, portanto, circunscreve-se a essa região.

Desse modo, com as vênias do Relator, entendo ser o caso de manter a competência para o processamento e julgamento da ação no Juízo Federal da Seção Judiciária do Tocantins, conforme já determinado pela Corte de origem e aceito pelo autor da ação civil pública.

Ante o exposto, pedindo vênias ao Relator, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.483.800-RS (2014/0240623-2)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Recorrente: Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS
Repr. por: Procuradoria-Geral Federal
Recorrido: Felipe Raskin Cardon
Advogado: José Hilário de Oliveira Brandão e outro(s) - RS019637

EMENTA

Recurso especial. Administrativo. Concurso público. Reserva de vagas a portadores de deficiência. Limites mínimo e máximo fixados, respectivamente, em 5 e 20%, pelo Decreto 3.298/1999 e pela Lei 8.112/1990. Entendimento da Suprema Corte que indica a imprescindibilidade de prevalência do limite máximo de 20% quando o total de vagas não permite a oferta de ao menos 1 posto de trabalho sem que extrapole o referido percentual, como no caso dos autos. Posição à qual se adere, devendo, no entanto, ser observada a proporção legal se surgidas vagas suficientes ao longo do período de validade do certame. Recurso especial da UFRGS provido.

1. Discute-se nos autos o atendimento à regra de reserva de vagas de concurso público para os portadores de deficiência física, de modo a garantir, na hipótese, a oferta de 1 vaga, do total de 2, para pessoas com essa característica. A parte ré, ora recorrente, assevera que o pleito extrapola o comando legal que exige o máximo de 20% das vagas reservadas, defendendo que o número a ser disponibilizado aos deficientes é em relação ao total de vagas ofertadas no concurso, não para cada cargo.

2. A necessidade de preservação de vagas dirigidas aos candidatos portadores de necessidades especiais adveio com o art. 37, VIII da CF/1988, segundo o qual a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

3. Com fundamento nessa norma, o Decreto 3.298/1999, em seu art. 37, §§ 1º e 2º, assegurou à pessoa portadora de deficiência a reserva de percentual mínimo de 5% das vagas oferecidas, elevado até o primeiro número inteiro subsequente quando resultar em valor fracionado.

4. Por sua vez, o art. 5º, § 2º da Lei 8.112/1990 determina que às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; *para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.*

5. Por certo os percentuais acima referidos se referem às vagas em cada cargo, sob pena de permitir situações extremas de oferta de vagas a portadores de necessidades especiais somente para os cargos de menor expressão, deturpando a função da referida política pública de inserção do detentor de deficiência no mercado de trabalho. Precedente do STF: RMS 25.666/DF, Rel. Min. *Joaquim Barbosa*, DJe 3.12.2009.

6. A aplicação dos valores mínimos e máximos referidos no Decreto 3.298/1999 e na Lei 8.112/1990 não geram maiores problemas quando relacionados a concursos com número de vagas mais elevado. Por exemplo, para um cargo com 20 vagas, o mínimo seria de 1 posto de trabalho destinado aos portadores de necessidades especiais, e o máximo de 4 vagas. Seria, desse modo, mantida para a livre concorrência o total de 16 vagas.

7. O problema surge para os cargos de menor oferta de vagas, em que a ausência de vagas a PNE's deixaria de observar o percentual do Decreto 3.298/1999, e a sua previsão causaria o transbordamento do máximo de 20% estabelecido na Lei 8.112/1990. A título ilustrativo, seria o que ocorreria na hipótese de um concurso com 3 vagas; a reserva de uma delas, por si só, representaria aproximadamente 33% do total.

8. O tema já foi objeto de debate no Plenário do Supremo Tribunal Federal, na ocasião do julgamento do MS 26.310-5/DF, de relatoria do eminente Ministro *Marco Aurélio de Mello*. Na oportunidade, a Suprema Corte fez prevalecer a necessidade de prestigiar o tratamento igualitário como regra, acima da política pública, quando esta extrapolar o limite máximo do art. 5º, § 2º da Lei 8.112/1990.

9. Enfrentando hipóteses de concursos cujo edital oferecia apenas 1 vaga para o cargo intentado, esta Corte Superior de Justiça seguiu o posicionamento do STF, afastando a reserva do único posto de trabalho disponível para a concorrência. Citem-se precedentes: RMS 38.595/MG, Rel. Min. *Mauro Campbell Marques*, DJe 12.11.2013; MS 8.417/DF, Rel. Min. *Paulo Medina*, DJ 14.6.2004.

10. A oferta de apenas 2 vagas indica que a reserva de uma delas, de fato, acarretará a desproporção combatida pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, sendo certo, porém, que o eventual surgimento de vagas no período de validade do certame, em quantitativo que permita a observância do limite previsto na Lei 8.112/1990, deve garantir a nomeação do candidato PNE's primeiro colocado.

11. Recurso Especial da UFRGS provido, para reconhecer a legalidade da não nomeação do autor, enquanto não surgidas vagas suficientes a garantir que sua posse deixará de ofender o percentual máximo de 20% aos candidatos portadores de deficiência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao Recurso Especial para reconhecer a legalidade da não nomeação do autor, enquanto não surgidas vagas suficientes a garantir que sua posse deixará de ofender o percentual máximo de 20% aos candidatos portadores de deficiência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 6.12.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Recurso Especial interposto pela *Universidade Federal do Rio Grande do Sul-UFRGS*, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

> Administrativo. Concurso público. Acesso de portador de deficiência em vaga própria de certame público.
>
> Apelação desprovida.

2. Após o retorno dos autos para novo exame dos Embargos de Declaração, imposto por decisão deste STJ, a Corte de origem proferiu julgado acolhendo parcialmente os Aclaratórios, sem conferir a estes efeito modificativo.

3. Inconformada, a recorrente alega violação do art. 5º, § 2º da Lei 8.112/1990, sustentando que o percentual de reserva de vagas a portadores de deficiência é aplicável em relação ao total de vagas disponibilizadas no edital, e não para cada cargo.

4. Contrarrazões às fls. 311/321.

5. Ouvido, opinou o Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso.

6. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Tem-se, na espécie, a discussão acerca do atendimento à regra de reserva de vagas de concurso público para os portadores de deficiência física, de modo a garantir, na hipótese, a oferta de 1 vaga, do total de 2, para pessoas com essa característica. A parte ré, ora recorrente, assevera que o pleito extrapola o comando legal que exige o máximo de 20% das vagas reservadas, defendendo que o número a ser disponibilizado aos deficientes é em relação ao total de vagas ofertadas no concurso, não para cada cargo.

2. A necessidade de preservação de vagas dirigidas aos candidatos portadores de necessidades especiais adveio com o art. 37, VIII da CF/1988, segundo o qual *a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.*

3. Com fundamento nessa norma, o Decreto 3.298/1999, em seu art. 37, §§ 1º e 2º, assegurou à pessoa portadora de deficiência a reserva de percentual mínimo de 5% das vagas oferecidas, elevado até o primeiro número inteiro subsequente quando resultar em valor fracionado.

4. Por sua vez, o art. 5º, § 2º da Lei 8.112/1990 determina que *às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras;* ***para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso***.

5. Por certo os percentuais acima referidos se referem às vagas em cada cargo, sob pena de permitir situações extremas de oferta de vagas a portadores de necessidades especiais somente para os cargos de menor expressão, deturpando a função da referida política pública de inserção do detentor de deficiência no mercado de trabalho. A propósito, cite-se precedente do STF:

> Constitucional. Direito Administrativo. Concurso público. Reserva de vagas à específica concorrência. Estruturação de fase do concurso em duas turmas de formação. Lei 8.112/1990, art. 5º, § 2º. Decreto 3.298/1999. Especificidades da estrutura do concurso. Irrelevância para a alteração do número total de vagas oferecidas. Modificação do número de vagas reservadas. Impossibilidade. Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança.
>
> 1. Recurso ordinário em mandado de segurança interposto de acórdão do Superior Tribunal de Justiça que entendeu ser plausível o cálculo da quantidade de vagas destinadas à específica concorrência de acordo com o número de turmas do curso de formação.
>
> 2. Os limites máximo e mínimo de reserva de vagas para específica concorrência tomam por base de cálculo a quantidade total de vagas oferecidas aos candidatos, *para cada cargo público, definido em função da especialidade.* Especificidades da estrutura do concurso, que não versem sobre o total de vagas oferecidas para cada área de atuação, especialidade ou cargo público, não influem no cálculo da reserva.
>
> 3. Concurso público. Provimento de cinqüenta e quatro vagas para o cargo de fiscal federal agropecuário. Etapa do concurso dividida em duas turmas para freqüência ao curso de formação. Convocação, respectivamente, de onze e quarenta e três candidatos em épocas distintas. Reserva de quatro vagas para

> candidatos portadores de deficiência. Erro de critério. Disponíveis cinqüenta e quatro vagas e, destas, reservadas cinco por cento para específica concorrência, três eram as vagas que deveriam ter sido destinadas à específica concorrência. A convocação de quarto candidato, ao invés do impetrante, violou direito líquido e certo à concorrência no certame.
>
> Recurso ordinário em mandado de segurança conhecido e provido. Julgado prejudicado, por perda de objeto, o Recurso em Mandado de Segurança n. 25.649. (STF - RMS 25.666/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 3.12.2009).

6. A aplicação dos valores mínimos e máximos referidos no Decreto 3.298/1999 e na Lei 8.112/1990 não geram maiores problemas quando relacionados a concursos com número de vagas mais elevado. Por exemplo, para um cargo com 20 vagas, o mínimo seria de 1 posto de trabalho destinado aos portadores de necessidades especiais, e o máximo de 4 vagas. Seria, desse modo, mantida para a livre concorrência o total de 16 vagas.

7. O problema surge para os cargos de menor oferta de vagas, em que a ausência de vagas a PNE's deixaria de observar o percentual do Decreto 3.298/1999, e a sua previsão causaria o transbordamento do máximo de 20% estabelecido na Lei 8.112/1990. A título ilustrativo, seria o que ocorreria na hipótese de um concurso com 3 vagas; a reserva de uma delas, por si só, representaria aproximadamente 33% do total.

8. O tema já foi objeto de debate no Plenário do Supremo Tribunal Federal, na ocasião do julgamento do MS 26.310-5/DF, de relatoria do eminente Ministro *Marco Aurélio de Mello*. Segue a ementa do julgado:

> *Concurso público. Candidatos. Tratamento igualitário*. A regra é a participação dos candidatos, no concurso público, em igualdade de condições. *Concurso público. Reserva de vagas. Portador de deficiência. Disciplina e viabilidade*. Por encerrar exceção, a reserva de vagas para portadores de deficiência faz-se nos limites da lei e na medida da viabilidade consideradas as existentes, afastada a possibilidade de, mediante arredondamento, majorarem-se as percentagens mínima e máxima previstas (STF - MS 26.310-5/DF, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, DJ 31.10.2007).

9. Colhe do voto condutor o trecho que esclarece o ponto de vista da Suprema Corte quando ocorre a dicotomia no atendimento dos percentuais mínimo e máximo:

> Ora, considerando o total de vagas no caso – duas – não se tem, aplicada a percentagem mínima de cinco ou a máxima de vinte por cento, como definir

> vaga reservada a teor do aludido inciso VIII. Entender-se que um décimo de vaga ou mesmo quatro décimos, resultantes da aplicação de cinco ou vinte por cento, respectivamente, sobre duas vagas, dão ensejo à reserva de uma delas implica verdadeira igualização, olvidando-se que a regra é a não distinção entre os candidatos, sendo exceção a participação restrita, consideradas vagas reservadas. Essa conclusão levaria os candidatos em geral a concorrerem a uma das vagas e os deficientes, à outra, majorando-se os percentuais mínimo, de cinco por cento, e máximo, de vinte por cento, para cinquenta por cento. O enfoque não é harmônico com o princípio da razoabilidade.
>
> Há de se conferir ao texto constitucional interpretação a preservar a premissa de que a regra geral é o tratamento igualitário, consubstanciando exceção a separação de vagas para um certo segmento. A eficácia do que versado no artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal pressupõe campo propício a ter-se, com a incidência do percentual concernente à reserva para portadores de deficiência sobre cargos e empregos públicos previstos em lei, resultado a desaguar em certo número de vagas, e isso não ocorre quando existentes apenas duas. Daí concluir pela improcedência do inconformismo retratado na inicial, razão pela qual indefiro a ordem.

10. Prevalece, portanto, na opinião do Supremo Tribunal Federal, a necessidade de prestigiar o tratamento igualitário como regra, acima da política pública, quando esta extrapolar o limite máximo do art. 5º, § 2º da Lei 8.112/1990.

11. Enfrentando hipóteses de concursos cujo edital oferecia apenas 1 vaga para o cargo intentado, esta Corte Superior de Justiça seguiu o posicionamento do STF, afastando a reserva do único posto de trabalho disponível para a concorrência. Citem-se precedentes:

> Administrativo. Recurso em mandado de segurança. Concurso público. Candidato portador de necessidades especiais. Reserva da única vaga. Limites estabelecidos no art. 37, §§ 1º e 2º, do Decreto 3.298/99 e no art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/90. Percentual mínimo de 5% das vagas. Número fracionado. Arredondamento para o primeiro número inteiro subsequente. Observância do limite máximo de 20% das vagas oferecidas.
>
> 1. Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança em que se discute a legalidade da nomeação de candidato portador de deficiência para a única vaga prevista no edital (Técnico do Ministério Público - especialidade em direito - Comarca de Lavras).
>
> 2. O Tribunal *a quo* denegou a segurança sob o argumento de que "o item 11.4 do edital do concurso assegura nomeação preferencial aos candidatos portadores de deficiência (f. 12-TJ), razão pela qual a Administração Pública, ao

garantir a única vaga prevista para a Comarca de Lavras à candidata portadora de deficiência classificada em 1º lugar, nada mais fez do que dar cumprimento efetivo às regras do certame" (fls. 210).

3. A partir da análise do art. 37, §§ 1º e 2º, do Decreto 3.298/99 e do art. 5º, § 2º, da Lei n. 8.112/90, conclui-se que deverá ser reservado, no mínimo, 5% das vagas ofertadas em concurso público aos portadores de necessidades especiais e, caso a aplicação do referido percentual resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente, desde que respeitado o limite máximo de 20% das vagas ofertadas.

4. Na hipótese dos autos, o Ministério Público Estadual, em seu concurso, previu a reserva de dez por cento das vagas ofertadas aos portadores de deficiência (item 3.5 do edital - fl. 10). Para o cargo em questão (Técnico do Ministério Público - especialidade em direito - Comarca de Lavras) havia apenas 1 (uma) vaga (fls. 13). Dessa forma, como o edital oferece apenas 1 (uma) vaga para a área que concorrem a impetrante e o deficiente físico litisconsorte, a aplicação da regra editalícia de reserva de 10% das vagas implicaria no resultado de 0,10 vagas, o que não é razoável. Como no caso foi disponibilizada apenas 1 vaga, resta evidente que a reserva desta única vaga ofertada ultrapassaria o percentual de 20%, perfazendo 100%.

5. Recurso ordinário provido (RMS 38.595/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 12.11.2013).

Mandado de segurança. Servidor público. Concurso público. Reserva de vagas. Constitucionalidade. Legalidade. Inaplicabilidade ao caso de existência de apenas uma vaga. Participação na segunda etapa do certame. Segurança concedida em parte.

A regra do edital que prevê a reserva de vagas para deficientes físicos é válida e, no caso, sua discussão em favor da impetrante fica prejudicada pela decadência.

Entretanto, o pedido concessão de ordem para participação na segunda etapa do concurso não sofre os efeitos da decadência, pois não se dirige contra o edital, e pode ser apreciado a despeito da legalidade de suas regras.

A regra genérica de reserva de 5% das vagas do concurso para deficientes físicos só é aplicável se resulta em pelo menos uma vaga inteira.

No caso em que se disputa apenas uma vaga, a aplicação da regra implica na reserva de absurdas 0,05 vagas, portanto não pode ser aplicada. De outro turno, a reserva da única vaga para deficientes físicos implica em percentual de 100%, o que, além de absurdo, não está previsto pelo edital.

Havendo apenas uma vaga, a disputa rege-se pela igualdade de condições, e a convocação de deficiente físico que logrou classificação inferior à da impetrante, fere o direito líquido e certo desta.

Segurança concedida em parte (MS 8.417/DF, Rel. Min. Paulo Medina, DJ 14.6.2004).

12. Na espécie, a oferta de apenas 2 vagas indica que a reserva de uma delas, de fato, acarretará a desproporção combatida pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, sendo certo, porém, que o eventual surgimento de vagas no período de validade do certame em quantitativo que permita a observância do limite previsto na Lei 8.112/1990, deve garantir a nomeação do candidato PNE's primeiro colocado.

13. Ante o exposto, dá-se provimento ao Recurso Especial da *Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS*, para reconhecer a legalidade da não nomeação do autor, enquanto não surgidas vagas suficientes a garantir que sua posse deixará de ofender o percentual máximo de 20% aos candidatos portadores de deficiência.

14. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.536.573-RS (2011/0185743-8)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Relator para o acórdão: Ministro Sérgio Kukina
Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul
Recorrido: Armindo Barnart e outro
Advogado: Silvana Afonso Dutra e outro(s) - RS039747
Recorrido: Tecnoeletro Comercial e Instaladora de Materiais Elétricos Ltda
Advogado: Sem representação nos autos - SE000000M
Interes.: Município de Riozinho
Advogado: Carlos Eduardo de La Torres Dias e outro(s) - RS054063

EMENTA

Administrativo. Processual Civil. Improbidade. Reconhecimento do elemento anímico na conduta dos demandados. Desnecessidade de

reexame fatos ou provas. Quadro fático incontroversamente delineado pelas instâncias de origem. Revaloração jurídica de fatos certos. Presença de dolo genérico nas condutas dos demandados. Reiteração na compra de materiais elétricos e de serviços pela municipalidade. Empresa fornecedora pertencente à Secretária Municipal de Fazenda cujo genitor ocupava o cargo de prefeito. Conduta vedada pelo art. 9º, III, da Lei n. 8.666/93. Ofensa a diversos princípios reitores da Administração Pública. Configuração do ato de improbidade descrito no art. 11 da Lei n. 8.429/92. Recurso especial do *parquet* provido.

1. Hipótese em que o reconhecimento do elemento anímico na conduta dos demandados não reclama o reexame de fatos ou provas, mas sua tão só revaloração jurídica.

2. Do arcabouço fático delineado no acórdão estadual, emerge demonstrado o dolo, no mínimo genérico, na reiterada aquisição de materiais elétricos e serviços, pela municipalidade, junto a empresa pertencente à então Secretária do Município, que tinha por Prefeito seu próprio genitor. Tal arranjo familiar, sobretudo atentatório aos princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa, no caso concreto, conduz à desenganada caracterização do de improbidade descrito no art. 11 da Lei n. 8.429/92, certo ademais, que restou também ignorada a regra vedatória do art. 9º, III, da Lei de Licitações, segundo a qual não pode participar do fornecimento de bens para o ente público "servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação".

3. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para a configuração dos atos de improbidade administrativa que atentam contra princípios da Administração Pública (art. 11 da Lei n. 8.429/92), é necessária a presença do dolo genérico, não se exigindo dolo específico nem prova de prejuízo ao erário ou de enriquecimento ilícito do agente (*AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 1.066.824/PA*, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 18/9/2013; *REsp 951.389/SC*, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 4/5/2011).

4. Recurso especial do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Sérgio Kukina, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Sérgio Kukina os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Regina Helena Costa (Presidente) e Gurgel de Faria.

Brasília (DF), 19 de março de 2019 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 28.3.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Recurso Especial interposto pelo *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul* com fundamento na alínea *a* do art. 105, III da Constituição Federal, a partir do qual objetiva a reforma do Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que contou com a seguinte ementa:

> Apelação cível. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Aquisição de materiais elétricos, com dispensa de licitação, de empresa pertencente à servidora municipal, filha do ex-prefeito, que ocupou o cargo de Secretária da Fazenda. Art. 11, *caput* da Lei 8.429/92. Ofensa aos princípios que regem a Administração Pública. Inocorrência. Dolo não configurado. Manutenção da sentença que julgou improcedente a ação.
>
> O Município de Riozinho adquiriu mateirais elétricos e serviços da empresa *Tecnoeletro* sem procedimento licitatório; entretanto, tal se deu em virtude de o valor de cada uma das aquisições ter ficado abaixo do limite de obrigatoriedade de licitação. Também não se verifica ter havido fracionamento nas compras com o intuito de afastar a necessidade de licitação, não só porque não eram elevados os valores, mas também porque as aquisições eram feitas de acordo com as necessidades do Município.
>
> O fato de *Jana Lúcia Barnart Magalhães*, como Secretária Municipal da Fazenda, ter ordenado alguns pagamentos e, ao mesmo tempo, recebido os valores pela empresa *Tecnoeletro*, não pressupõe desonestidade, má-fé ou favorecimento pessoal. Os materiais foram fornecidos, não havendo prova em sentido contrário. Não há, nos autos, qualquer alegação acerca de enriquecimento ilícito ou prejuízo

ao erário, tanto que o pedido do Ministério Público lastreia-se unicamente no art. 11 da Lei 8.429/92 (violação aos princípios da Administração Pública).

A responsabilização com base no art. 11 da Lei 8.429/92 exige dolo, não configurado no caso *sub judice*. Precedentes do STJ e deste Tribunal.

Apelo desprovido (fls. 582/605).

2. Nas razões de seu Apelo Nobre, a parte Recorrente sustentou violação, pelo Acórdão recorrido, do art. 11 da Lei 8.429/92, ao argumento de que uma vez que está comprovado nos autos o ato de improbidade administrativa pelo ex-Prefeito do Município de Riozinho/RS *adquiriu, sem prévio certame, materiais elétricos da empresa Tecnoeletro, cuja titularidade pertence a sua filha* ***Jana Lúcia*** *e a seu genro* ***Maurício Borsato*** (fls. 620). Sustenta que se demonstrou no feito que *Jana Lúcia*, na qualidade de servidora pública municipal, autorizou pagamentos e recebeu valores decorrentes de aquisições dos materiais elétricos, em proveito da empresa que lhe pertence. Aduz que as condutas analisadas vulneraram a transparência da gestão administrativa, desalinhadas dos vetores da legalidade e da moralidade.

3. O Recurso Especial foi inadmitido na origem (fls. 651/658), sobrevindo o Agravo de fls. 662/669.

4. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República *Aurélio Virgílio Veiga Rios*, manifestou-se pelo *provimento do Agravo*.

5. Às fls. 587, foi proferida decisão monocrática pelo Relator, negando-se provimento ao Recurso Especial. Porém, em Questão de Ordem, e à vista de Agravo Regimental interposto pelo *Parquet*, determinou-se a conversão do Agravo em Recurso Especial, para julgamento Colegiado (fls. 712/714).

6. É o que havia de relevante para relatar.

VOTO VENCIDO

Ementa: Administrativo. Recurso especial. Improbidade administrativa. Acusação pelo art. 11, *caput* da Lei 8.429/92, sob a alegação de desrespeito aos princípios norteadores às licitações e contratos públicos. Compra de material elétrico e de iluminação pelo Município de Riozinho/RS, sem licitação e em dez ocasiões. Aquisição em empresa alegadamente de propriedade do genro e da filha do então

Alcaide. Compras efetuadas consoante os permissivos legais. Ausência de efetivo prejuízo ao erário, consignado expressamente pelo Tribunal de origem. Ausência de conduta dolosa dos agentes. Ação fundada somente no art. 11 da LIA. Impossibilidade de acusação isolada de violação a princípios, por não conter tipo no referido dispositivo, exigindo-se, em qualquer caso, a produção de resultado naturalístico para a viabilidade de ACP por ato ímprobo, é dizer, a prática dolosa de locupletar-se do patrimônio público ou de lhe causar dano. Parecer do Ministério Público pelo provimento do recurso. Recurso especial do MP/RS conhecido e desprovido.

1. Cinge-se a controvérsia em saber se importa em ato de improbidade administrativa a aquisição, pelo Município de Riozinho/RS, sem licitação e por ordem do Prefeito, mercadorias de empresa de propriedade do genro e da filha do ex-Alcaide. O TJ/RS, com base na prova dos autos, afirmou que não houve fracionamento nas compras com o intuito de afastar a necessidade de licitação, não só porque não eram elevados os valores, mas também porque as aquisições eram feitas de acordo com as necessidades do Município (fls. 597).

2. Sobre o tema, a distinção conceitual entre ilegalidade e improbidade deve ser aprofundada e proclamada definitiva, para se evitar que a confusão entre esses termos termine por tornar ímprobas as condutas administrativas apenas ilegais e sancionar com as severas punições da Lei 8.429/92 infrações que seriam adequadamente reprimidas por meio de outras sanções.

3. A simples alegação de ofensa aos princípios da Administração Pública, desatrelada de qualquer resultado naturalístico, não configura a conduta típica prevista no art. 11 da Lei de Improbidade, que demanda a comprovação de uma efetiva e concreta lesão ao Erário ou, ao menos, aos administrados. É que, se o art. 11 contivesse tipos sancionadores, estaria se superpondo aos arts. 9º e 10 da LIA. Se o caso descortinar a presença de enriquecimento ilícito ou de dano ao Erário, ter-se-á aplicação dos arts. 9º e 10, não do art. 11.

4. A ação teve por suporte apenas o art. 11 da Lei 8.429/92 e, ao que se infere da conclusão emanada do Tribunal *a quo*, não houve ato dos Agentes Públicos, Prefeito e Servidora, que tenha violado os princípios basilares da Administração Pública, tais como a legalidade e

a honestidade, na medida em que a aquisição de bens ou a contratação de serviços pelo Ente Público, sem licitação, somente caracteriza infração punível quando se verificar que a conduta administrativa teve escopo de escamotear a exigência do certame ou fracionar os contratos para permitir a dispensa de concurso de interessados - o que não se evidencia *in casu*.

5. Segundo o Tribunal de origem, o intuito de praticar ilegalidade qualificada não ocorreu na espécie, pois os materiais elétricos e de iluminação só eram adquiridos pela Municipalidade, na pessoa do Prefeito, na medida das necessidades, conforme se infere da moldura fática delineada pelo Tribunal *a quo*, que, por além do mais, verificou não ter havido o superamento do limite de R$ 8.000,00 previsto no art. 24, II da Lei de Licitações. Por isso, não há que se falar em violação a princípios administrativos; as aquisições foram efetuadas sob o albergue da Lei.

6. A Corte Gaúcha não teve por relevante o parentesco, consanguíneo ou afim, entre o Agente Público e os dirigentes ou sócios do fornecedor dos bens ou serviços; assim, tal circunstância não induz, por si só e independentemente de outras causas, a ocorrência de ilicitude, maxime quando, como no caso vertente, o Tribunal *a quo*, proeminente em matéria factual, afirma, enfaticamente, não ter havido, no caso, prejuízo ao Erário ou enriquecimento ilícito; a eventual ilegalidade não há de ser abonada, mas também não há de ser punida com as sanções da improbidade.

7. Ausentes o enriquecimento ilícito, o dano ao Erário ou a violação dolosa a princípios nucleares da Administração Pública nas condutas do Agente Público, não há falar em responsabilização por ato ímprobo, dada inexistência da atuação malsã dos agentes; cumpre pôr em ressalto que conduta culposa não viabiliza as sanções do art. 11 da Lei 8.429/92.

8. Parecer do Ministério Público pelo provimento do recurso. Recurso Especial do MP/RS conhecido e desprovido.

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Dessume-se dos autos que o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ingressou, em novembro de 2005, com Ação Civil Pública em desfavor de *Armindo Barnart e*

outro, com fundamento na suposta irregularidade na compra, sem licitação, de materiais elétricos da empresa *Tecnoeletro*, cuja propriedade é de *Jana Lúcia*, filha do então Prefeito do Município de Riozinho/RS e servidora pública municipal, que ocupava cargo de Secretária Municipal da Fazenda.

2. O pedido foi julgado *improcedente* em primeira instância, tendo o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em sede recursal, *mantido a sentença* por entender que não houve efetivo dano ao Erário, nem conduta dolosa dos recorridos.

3. Ao que se constata da narrativa processual, cinge-se a controvérsia em saber se importa em ato de improbidade administrativa a aquisição, pelo Município de Riozinho/RS, sem licitação e por ordem do Prefeito, mercadorias de empresa que alegadamente seriam de propriedade do genro e da filha do ex-Alcaide.

4. O *Parquet* Gaúcho sustenta que a aquisição do material elétrico e de iluminação, em dez oportunidades, no valor total de R$ 8.430,18 em produtos e R$ 180,00 em serviços, representou violação ao art. 9º da Lei de Licitações, que veda a servidor, ou empresa da qual seja sócio, participe de licitação ou forneça bens à administração pública. A seu respeito, *não poderia a empresa demandada* ***Tecnoeletro****, de propriedade do genro e da filha do Prefeito, ter fornecido mercadoria ao Município de Riozinho. Igualmente, não poderia o Prefeito ter determinado ou orientado que a administração pública adquirisse bens da referida empresa* (fls. 5).

5. Sobre o tema, sabe-se que a improbidade administrativa é a ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, ao atuar sob impulsos eivados de desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave, consoante a inteligência da Lei 8.429/92.

6. Se assim não se interpretasse a lei, terminaria a atividade sancionadora aplicando o mesmo tratamento repressivo aos atos tão somente ilegais e aos que revestissem a qualidade de maliciosos, de má-fé ou mesmo eivados de culpa grave; essa uniformidade já foi rejeitada por este STJ:

> Administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Improbidade administrativa. Ilegalidade em procedimento de inexigibilidade de licitação. Ausência de comprovação do elemento subjetivo. Ato de improbidade administrativa não configurado. Agravo regimental improvido.
>
> I. Recurso Especial manifestado contra acórdão que, por não vislumbrar a presença de dolo ou culpa na conduta dos réus, manteve sentença que julgou improcedente o pedido, em Ação Civil Pública, na qual o Ministério

Público Federal postula a condenação dos agravados pela prática de ato de improbidade administrativa, consubstanciado na ilegalidade de procedimento de inexigibilidade de licitação para a contratação de serviço de avaliação de imóveis de propriedade do ora agravante.

II. No caso, o agravante alega, em síntese, que "desde a origem, vem sustentando a desnecessidade de se perquirir acerca do elemento volitivo para a caracterização do ato improbidade, a atrair a aplicação da Lei 8.249/92, vez que, no seu entendimento, a lei respectiva, ao caracterizar como ato de improbidade a dispensa indevida da licitação, gera uma presunção absoluta de ilicitude da conduta" (fl. 3.167e).

III. Em se tratando de improbidade administrativa, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10 (STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro *Teori Albino Zavascki*, *Corte Especial*, DJe de 28/09/2011). Em igual sentido: STJ, REsp 1.420.979/CE, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Segunda Turma*, DJe de 10/10/2014; STJ, REsp 1.273.583/SP, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, *Primeira Turma*, DJe de 02/09/2014; STJ, AgRg no AREsp 456.655/PR, Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Segunda Turma*, DJe de 31/03/2014.

IV. Agravo Regimental improvido (AgRg no REsp 1.397.590/CE, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 5.3.2015).

Processual Civil. Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Lei 8.429/92. Ressarcimento de dano erário. Imprescritibilidade. Contratação de servidores sem concurso público. Ausência de dano ao erário e de má-fé (dolo). Aplicação das penalidades. Princípio da proporcionalidade. Divergência indemonstrada.

1. O caráter sancionador da Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

2. A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve se realizada *cum granu salis*, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, *a fortiori*, ir além de que o legislador pretendeu.

3. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.

4. À luz de abalizada doutrina: "A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4º). A probidade administrativa consiste no dever de o funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem(...). *in* José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 24ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p-669.

5. O elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, *in casu*, inexistente, por isso que a ausência de dano ao patrimônio público e de enriquecimento ilícito dos demandados, tendo em vista a efetiva prestação dos serviços, consoante assentado pelo Tribunal local à luz do contexto fático encartado nos autos, revelam a desproporcionalidade da sanção imposta à parte, ora recorrente, máxime porque não restou assentada a má-fé do agente público, ora Recorrente, consoante se conclui do voto condutor do acórdão recorrido: Baliza-se o presente recurso no exame da condenação do Apelante em primeiro grau por ato de improbidade, em razão da contração de servidores sem a realização de concurso público. Com efeito, a tese do Apelante está adstrita ao fato de que os atos praticados não o foram com dolo ou culpa grave, mas apenas decorreram da inabilidade do mesmo, além de não terem causado prejuízo ao erário (...).

6. Consectariamente, o Tribunal local incidiu em *error in judicando* ao analisar o ilícito somente sob o ângulo objetivo.

(...).

13. Recurso Especial provido. (REsp 909.446/RN, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 22.4.2010).

7. Ademais, da atuação malsã do Agente deve resultar (i) o enriquecimento ilícito próprio ou alheio (art. 9º da Lei 8.429/92), (ii) a ocorrência de prejuízo ao erário (art. 10 da Lei 8.429/92) ou (iii) a infringência aos princípios nucleares da Administração Pública (art. 37 da Constituição e 11 da Lei 8.429/92).

8. Observe-se que a simples alegação de ofensa aos princípios da Administração Pública, desatrelada de qualquer resultado naturalístico, não

configura a conduta típica prevista no art. 11 da Lei de Improbidade, que demanda a comprovação de uma efetiva e concreta lesão ao Erário ou, ao menos, aos administrados. É que, se o art. 11 contivesse tipos sancionadores, estaria se superpondo aos arts. 9º e 10 da LIA. Se o caso descortinar a presença de enriquecimento ilícito ou de dano ao Erário, ter-se-á aplicação dos arts. 9º e 10, não do art. 11.

9. Por isso é que, na esfera do Direito Sancionador, a caracterização do ato de improbidade exige a *imperiosa produção de resultado empiricamente verificável e apreensível pelos sentidos*, demandando-se, sem dúvida alguma, a evidência de enriquecimento ilícito pelo agente ou de dano ao patrimônio público.

10. Tal fato, por si só, já seria suficiente para abalar a própria petição inicial da presente Ação de Improbidade, na medida em que o feito se lastrou na suposta violação ao art. 11 da LIA.

11. De qualquer modo, evitando-se, portanto, amalgamar conceitos de improbidade e ilegalidade e exigindo-se a *fluência de resultado* para a conformação de ato ímprobo, analisa-se o caso concreto.

12. Na hipótese em comento, o Tribunal *a quo*, ao manter a sentença de improcedência, reconheceu a inexistência de ato ímprobo da parte acionada, ao fundamento de que não houve, pelos por parte do Recorridos, o dolo de macular os valores nucleares da Administração, conforme se infere do seguinte trecho do Acórdão:

> Restou incontroverso que o Município de Riozinho adquiriu materiais elétricos e serviços da empresa *Tecnoeletro* sem procedimento licitatório; entretanto, tal se deu em virtude de o valor de cada uma das aquisições ter ficado abaixo do limite de obrigatoriedade de licitação - R$ 8.000,00, conforme se observa à fl. 04. Também não se verifica ter havido fracionamento nas compras com o intuito de afastar a necessidade de licitação, não só porque não eram elevados os valores, mas também porque as aquisições eram feitas de acordo com as necessidades do Município.
>
> A testemunha Cláudia Geib (fl. 449), que ocupava o cargo de Tesoureira do Município, declarou que os pagamentos feitos à empresa *Tecnoeletro*, referentes às compras de equipamentos elétricos, eram realizados através dos pedidos feitos pelo eletricista que atuava na Prefeitura, quando então era emitida uma nota de empenho e efetuado o pagamento.
>
> Valdoir Tamos Borges, eletricista, em seu depoimento (fl. 451), disse que encaminhava a relação de materiais ao Secretário de Obras, recebendo-os posteriormente para efetuar os serviços.

> O inciso III do art. 9º da Lei 8.666/93 proíbe a participação, em licitações, de empresas cujos sócios sejam servidores ou dirigentes dos órgãos contratantes. Caso concreto, em que pese seja a empresa *Tecnoeletro* de propriedade da demandada *Jana Lúcia* e de seu marido, incidindo, portanto, a vedação constante desse artigo, não verifico a ocorrência de atos de improbidade administrativa em razão da compra de materiais e contratação de serviços da referida empresa.
>
> Primeiro, porque havia também outra empresa fornecedora de materiais elétricos para o Município, denomiada Maqui Materiais (conforme mencionou a testemunha Clédio Fernandes Colombo - fl. 450) ou Paulo Maqui (segundo a testemunha Valdoir Ramos Borges - fl. 451, que disse que as duas empresas atendiam satisfatoriamente as necessidades do Município). O Ministério Público não comprovou que tenha havido favorecimento à *Tecnoeletro* em detrimento dessa outra empresa.
>
> Segundo, porque o fato de *Jana Lúcia Barnart Magalhães*, como Secretária Municipal da Fazenda, ter ordenado alguns pagamentos e, ao mesmo tempo, recebido os valores pela empresa *Tecnoeletro*, não pressupõe desonestidade, má-fé ou favorecimento pessoal. Os materiais foram fornecidos, não havendo prova em sentido contrário. Não há, nos autos, qualquer alegação acerca do enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário, tanto que o pedido do Ministério Público lastreia-se unicamente no art. 11 da Lei 8.429/92 (violação aos princípios da Administração Pública).
>
> Terceiro, porque com razão o magistrado *a quo* quando afirma na sentença:
>
> No caso em apreço, constato que a prova testemunhal não demonstra a ocorrência de dolo na contratação nem o alegado prejuízo ao erário; pelo contrário, demonstra que os pedidos se deram de acordo com as necessidades, inexistindo demonstração nos autos de que o valor dos produtos adquiridos e registrados nas notas fiscais ocasionaram superfaturamento ou preços acima daqueles praticados pelo mercado (fls. 3.203/3.204).

13. Ao que se infere da conclusão emanada do Tribunal *a quo*, não houve ato dos Agentes Públicos, Prefeito e Servidora, que tenha violado os princípios basilares da Administração Pública, tais como a legalidade e a honestidade, na medida em que a aquisição de bens ou a contratação de serviços pelo Ente Público, sem licitação, somente caracteriza infração punível quando se verificar que a conduta administrativa teve escopo de escamotear a exigência do certame ou fracionar os contratos para permitir a dispensa de concurso de interessados.

14. No caso dos autos, o intuito de praticar ilegalidade qualificada não ocorreu, pois os materiais elétricos e de iluminação só eram adquiridos pela Municipalidade, na pessoa do Prefeito, *na medida das necessidades*, conforme se infere da moldura fática delineada pelo Tribunal *a quo*, que, além do mais,

verificou não ter havido o superamento do limite de R$ 8.000,00 previsto no art. 24, II da Lei de Licitações. Por isso, não há que se falar em violação a princípios administrativos, pois as aquisições foram efetuadas sob o albergue da Lei 8.666/93.

15. Mais a mais, o parentesco, consanguíneo ou afim, entre o Agente Público e os dirigentes ou sócios do fornecedor dos bens ou serviços não induz, por si só e independentemente de outras causas, à ocorrência de ilicitude qualificada, máxime quando, como no caso vertente, o Tribunal *a quo*, soberano em matéria probatória, afirma, enfaticamente, não ter havido, no caso, prejuízo ao Erário ou enriquecimento ilícito; a eventual ilegalidade não há de ser abonada, mas também não há de ser punida com as sanções da improbidade.

16. Assim, não sendo associado à conduta dos Recorridos o elemento subjetivo doloso, qual seja, o propósito desonesto, tampouco enriquecimento ilícito, lesão ao Erário e, principalmente, hostilização dos valores superiores administrativos, não há que se falar em cometimento de Improbidade Administrativa.

17. A Ação Civil Pública não merece guarida, devendo ser prestigiadas, sem dúvida alguma, as decisões proferidas pelas Instâncias Ordinárias, que julgaram improcedente a pretensão.

18. É como voto.

VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Cuida-se, na origem, de ação civil pública por ato de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul em face de *Armindo Barnart* (ex-prefeito de Riozinho), *Jana Lúcia Barnart Magalhães* (filha do ex-prefeito e servidora pública municipal) e *Tecnoeletro Comercial e Instaladora de Materiais Elétricos Ltda.*, sob a alegação de prática das seguintes condutas ímprobas (fls. 6/7):

> [...]
>
> Nos exercícios de 1999 e 2000, o demandado *Armindo Barnart*, agindo na condição de Prefeito de Riozinho, atentou contra os princípios da administração pública (legalidade, impessoalidade e moralidade), violando os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade ao Poder Público Municipal (art. 11, "caput"), consistente no fato de que determinou, orientou ou permitiu que o Município de Riozinho adquirisse, em dez oportunidades, mercadorias da

empresa *Tecnoeletro*, situada no Município vizinho de Rolante, com dispensa de licitação, tendo em vista que os valores dos produtos assim permitiam, mas que é de propriedade de seu genro e de sua filha. Além disso, determinou ou permitiu que os pagamentos fossem feitos pelo Município de Riozinho diretamente para sua filha *Jana Lúcia*, quando era servidora pública municipal (assistente administrativa), inclusive quando atuava na condição de Secretária Municipal da Fazenda. Com efeito, violou preceitos de isonomia e imparcialidade que protegem os contratos da administração pública.

Também, a demandada *Jana Lúcia Barnart Magalhães*, nos mesmos exercícios de 1999 e 2000, agindo na condição de assistente administrativa (1999) e Secretária Municipal da Fazenda de Riozinho (2000), atentou contra os princípios da administração pública (legalidade, impessoalidade e moralidade), violando os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade ao Poder Público Municipal (art. 11, "caput"), consistente no fato de que, em comunhão de vontades com seu pai, o Prefeito e demandado Armindo Barnart, determinou, orientou ou permitiu que o Município de Riozinho adquirisse, em dez oportunidades, mercadorias da empresa *Tecnoeletro*, situada no Município vizinho de Rolante, com dispensa de licitação, tendo em vista que os valores dos produtos assim permitiam, mas que é de propriedade sua e de seu marido. Além disso, determinou ou permitiu que os pagamentos fossem feitos pelo Município de Riozinho diretamente para ela, quando era servidora pública municipal (assistente administrativa), inclusive quando atuava na condição de Secretária Municipal da Fazenda. Com efeito, violou preceitos de isonomia e imparcialidade que protegem os contratos da administração pública.

Em conseqüência, a empresa *Tecnoeletro Comercial e Instaladora de Materiais Elétricos Ltda.*, diante da violação aos princípios que regem a administração pública, bem como pela indevida preferência dada pelos demandados *Armindo* e *Jana Lúcia*, foi beneficiada pelas condutas ímprobas.

As condutas acima descritas atentaram contra princípios da legalidade e impessoalidade, além de violarem antecedente lógico de moralidade inerente ao pensamento médio da comunidade, porquanto restaram violados deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade exigidos dos agentes públicos. Não restou dúvida que foi frustrada a impessoalidade na contratação pelo Município de Riozinho, pois a ingerência do ex-Prefeito e demandado *Armindo*, bem como da demandada *Jana Lúcia*, em todas as aquisições feitas da empresa *Tecnoeletro*, macularam a impessoalidade e moralidade que devem nortear os atos da administração pública.

[...]

A sentença de improcedência do pedido autoral foi mantida pela 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em acórdão assim ementado (fl. 589):

> Apelação cível. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Aquisição de materiais elétricos, com dispensa de licitação, de empresa pertencente à servidora municipal, filha do ex-prefeito, que ocupou o cargo de Secretária da Fazenda. Art. 11, *caput*, da Lei 8.429/92. Ofensa aos princípios que regem a Administração Pública. Inocorrência. Dolo não configurado. Manutenção da sentença que julgou improcedente a ação.
>
> O Município de Riozinho adquiriu materiais elétricos e serviços da empresa *Tecnoeletro* sem procedimento licitatório; entretanto, tal se deu em virtude de o valor de cada uma das aquisições ter ficado abaixo do limite de obrigatoriedade de licitação. Também não se verifica ter havido fracionamento nas compras com o intuito de afastar a necessidade de licitação, não só porque não eram elevados os valores, mas também porque as aquisições eram feitas de acordo com as necessidades do Município.
>
> O fato de *Jana Lúcia Barnart Magalhães*, como Secretária Municipal da Fazenda, ter ordenado alguns pagamentos e, ao mesmo tempo, recebido os valores pela empresa *Tecnoeletro*, não pressupõe desonestidade, má-fé ou favorecimento pessoal. Os materiais foram fornecidos, não havendo prova em sentido contrário. Não há, nos autos, qualquer alegação acerca de enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário, tanto que o pedido do Ministério Público lastreia-se unicamente no art. 11 da Lei 8.429/92 (violação aos princípios da Administração Pública).
>
> A responsabilização com base no art. 11 da Lei 8.429/92 exige dolo, não configurado no caso *sub judice*. Precedentes do STJ e deste Tribunal.
>
> *Apelo desprovido*.

Nas razões do recurso especial, manejado com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul aponta violação ao art. 11, *caput*, da Lei n. 8.429/92. Alega que, "ainda que considerada regular a dispensa de certame para a aquisição dos materiais elétricos, o só fato de a empresa contratada pelo Município pertencer à filha do Chefe do Poder Executivo Municipal, sendo esta igualmente servidora pública municipal, autorizando e percebendo valores diretamente em razão do contrato firmado, já se faz suficiente para configurar a afronta à lei e à moralidade". Outrossim, aduz que, "restando indubitável a ilicitude da conduta, bem como a vontade livre dos demandados em adotá-la, mais não é necessário para reputar-se presente o dolo administrativo, notadamente, porque, como já mencionado, agiram os demandados em desconformidade à boa-fé objetiva" (fls. 621-622).

Contrarrazões às fls. 630-638.

O especial foi inadmitido pela Corte de origem, por meio de decisão que foi objeto do agravo de fls. 662/669.

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra do Subprocurador-Geral da República Aurélio Virgílio Veiga Rios, opinou pelo provimento do agravo, para melhor exame da matéria debatida no recurso especial.

Prossigo para anotar que o Relator do feito, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, num primeiro momento, negou provimento ao agravo em recurso especial mediante decisão monocrática e, na sequência, submeteu o agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal ao Colegiado.

Após o voto do ilustre Relator que negava provimento ao regimental, propus à Turma uma questão de ordem no sentido de converter o AREsp em recurso especial, tendo em conta a relevância da controvérsia.

Acolhida por unanimidade essa questão de ordem, o Ministro Napoleão submeteu novamente o feito aos eminentes pares, firmando a seguinte compreensão sobre o caso em exame: (*I*) "segundo o Tribunal de origem, o intuito de praticar ilegalidade qualificada não ocorreu na espécie, pois os materiais elétricos e de iluminação só eram adquiridos pela Municipalidade, na pessoa do Prefeito, na medida das necessidades, conforme se infere da moldura fática delineada pelo Tribunal *a quo*, que, por além do mais, verificou não ter havido o superamento do limite de R$ 8.000,00 previsto no art. 24, II da Lei de Licitações. Por isso, não há que se falar em violação a princípios administrativos; as aquisições foram efetuadas sob o albergue da Lei"; (*II*) "a Corte Gaúcha não teve por relevante o parentesco, consanguíneo ou afim, entre o Agente Público e os dirigentes ou sócios do fornecedor dos bens ou serviços; assim, tal circunstância não induz, por si só e independentemente de outras causas, a ocorrência de ilicitude, maxime quando, como no caso vertente, o Tribunal *a quo*, proeminente em matéria factual, afirma, enfaticamente, não ter havido, no caso, prejuízo ao Erário ou enriquecimento ilícito; a eventual ilegalidade não há de ser abonada, mas também não há de ser punida com as sanções da improbidade"; (*III*) "ausentes o enriquecimento ilícito, o dano ao Erário ou a violação dolosa a princípios nucleares da Administração Pública nas condutas do Agente Público, não há falar em responsabilização por ato ímprobo, dada inexistência da atuação malsã dos agentes; cumpre pôr em ressalto que conduta culposa não viabiliza as sanções do art. 11 da Lei 8.429/92".

É o relatório. Segue a fundamentação.

Ouso, com todo respeito, divergir do entendimento de Sua Excelência o relator.

Esclareço, desde logo, como bem consignado no parecer ministerial, que o reconhecimento do elemento anímico na conduta dos demandados, em casos como o presente, não reclama o reexame de fatos ou provas. O juízo que se impõe restringe-se ao enquadramento jurídico, ou seja, à consequência que o Direito atribui aos fatos e provas que, ***tal como delineados no acórdão***, dão suporte (ou não) à tese de configuração da prática do imputado ato ímprobo.

Pois bem, o Tribunal estadual, ao analisar a controvérsia em torno do elemento anímico e motivador da conduta dos agentes para a prática de ato de improbidade, consignou o seguinte (fls. 597-600):

> [...]
>
> Restou incontroverso que o Município de Riozinho adquiriu materiais elétricos e serviços da empresa *Tecnoeletro* sem procedimento licitatório; entretanto, tal se deu em virtude de o valor de cada uma das aquisições ter ficado abaixo do limite de obrigatoriedade de licitação - R$ 8.000,00, conforme se observa à fl. 04. Também não se verifica ter havido fracionamento nas compras com o intuito de afastar a necessidade de licitação, não só porque não eram elevados os valores, mas também porque as aquisições eram feitas de acordo com as necessidades do Município.
>
> A testemunha Cláudia Geib (fl. 449), que ocupava o cargo de Tesoureira do Município, declarou que os pagamentos feitos à empresa *Tecnoeletro*, referentes às compras de equipamentos elétricos, eram realizados através dos pedidos feitos pelo eletricista que atuava na Prefeitura, quando então era emitida uma nota de empenho e efetuado o pagamento.
>
> Valdoir Ramos Borges, eletricista, em seu depoimento (fl. 451), disse que encaminhava a relação de materiais ao Secretário de Obras, recebendo-os posteriormente para efetuar os serviços.
>
> O inciso III do art. 9º da Lei n. 8.666/93 proíbe a participação, em licitações, de empresas cujos sócios sejam servidores ou dirigentes dos órgãos contratantes. Caso concreto, em que pese seja a empresa *Tecnoeletro* de propriedade da demandada *Jana Lúcia* e de seu marido, incidindo, portanto, a vedação constante desse artigo, não verifico a ocorrência de atos de improbidade administrativa em razão da compra de materiais e contratação de serviços da referida empresa.
>
> Primeiro, porque havia também outra empresa fornecedora de materiais elétricos para o Município, denominada "Maqui Materiais" (conforme mencionou a testemunha Clédio Fernandes Colombo - fl. 450) ou "Paulo Maqui" (segundo a testemunha Valdoir Ramos Borges - fl. 451, que disse que "as duas empresas atendiam satisfatoriamente as necessidades do Município). O Ministério Público não comprovou que tenha havido favorecimento à *Tecnoeletro* em detrimento dessa outra empresa.

Segundo, porque o fato de *Jana Lúcia Barnart Magalhães*, como Secretária Municipal da Fazenda, ter ordenado alguns pagamentos e, ao mesmo tempo, recebido os valores pela empresa *Tecnoeletro*, não pressupõe desonestidade, má-fé ou favorecimento pessoal. Os materiais foram fornecidos, não havendo prova em sentido contrário. Não há, nos autos, qualquer alegação acerca de enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário, tanto que o pedido do Ministério Público lastreia-se unicamente no art. 11 da Lei n. 8.429/92 (violação aos princípios da Administração Pública).

Terceiro, porque com razão o magistrado *a quo* quando afirma na sentença:

> No caso em apreço, constato que a prova testemunhal não demonstra a ocorrência de dolo na contratação nem o alegado prejuízo ao erário; pelo contrário, demonstra que os pedidos se deram de acordo com as necessidades, inexistindo demonstração nos autos de que o valor dos produtos adquiridos e registrados nas notas fiscais ocasionaram superfaturamento ou preços acima daqueles praticados pelo mercado.
>
> Conforme assente na jurisprudência, a improbidade administrativa, consubstanciada nas condutas previstas no artigo 11 da Lei n. 8.429/92, impõe "necessária cautela na exegese das regras nele insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete induzindo-o a acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa." (REsp 480.387/SP, Rel. Min Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 24.05.2004).

[...]

A responsabilização com base no art. 11 da Lei n. 8.429/92, portanto, exige dolo, o qual não restou configurado no caso *sub judice*.

[...]

Ora, diversamente do entendimento esposado pela instância recursal de origem, parece-me que, do arcabouço fático delineado no acórdão recorrido, ressai claramente demonstrado o dolo, no mínimo genérico, na reiterada aquisição de materiais elétricos e serviços, pelo município de Riozinho, da empresa *Tecnoeletro*, de propriedade da demandada *Jana Lúcia Barnart Magalhães* (por essa época, Secretária Municipal da Fazenda durante a gestão de seu genitor também demandado *Armindo Barnart*) e de seu marido. Tal arranjo familiar, atentatório aos princípios da *impessoalidade e da moralidade*, é suficiente para configurar o ato de improbidade capitulado no art. 11 da Lei n. 8.429/92, certo ademais, que presente se fazia a regra vedatória do art. 9º, III, da

Lei de Licitações, segundo a qual não pode participar do fornecimento de bens para o ente público "servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação".

Convém, por outro vértice, ressaltar que o comportamento dos recorridos se amolda, de forma inequívoca, à figura desenhada no *caput* do aludido art. 11 da LIA, que diz constituir ato de improbidade a conduta que "atenta contra os princípios da administração pública", violadores, dentre outros, do dever de "imparcialidade". Na espécie examinada, não há negar, os partícipes do evento distanciaram-se dos primados da legalidade, da impessoalidade, da imparcialidade e da moralidade administrativa, notadamente quando a agravada *Jana Lúcia Barnart Magalhães*, enquanto filha do alcaide *Armindo Barnart* e na qualidade de Secretária Municipal da Fazenda de Riozinho/RS, ordenou pagamentos e recebeu valores em proveito de sua própria empresa, a corré *Tecnoeletro Comercial e Instaladora de Materiais Elétricos Ltda.*, pessoa jurídica, aliás, sediada em município diverso (Rolante/RS).

Ressalte-se que o STJ 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).

Nesse mesmo rumo: *REsp 1.229.495/SP*, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 26/6/2013, e *AgRg no REsp 1.368.125/PR*, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28/5/2013.

Tem-se, pois, que, relativamente à recorrida *Jana Lúcia Barnart Magalhães*, para além dos indicados laços familiares, valeu-se ela, de forma deliberada e dolosa, para ordenar pagamentos e receber valores em proveito de sua própria empresa. E quanto a *Armindo Barnart*, seu genitor e então prefeito, não há como afastar a reprovabilidade e o viés igualmente doloso consubstanciado no ato de adquirir produtos e serviços da loja da própria filha, ocupante de cargo público em sua gestão.

Releva, mais, salientar que o ilícito de que trata o art. 11 da Lei n. 8.429/92 dispensa a prova de prejuízo ao erário e de enriquecimento ilícito do agente.

A respeito da matéria, destaca-se a seguinte ementa:

> Processual Civil e Administrativo. Agravo regimental nos embargos de declaração no agravo regimental no recurso especial. Improbidade administrativa. Pedido subsidiário. Enquadramento dos atos descritos na inicial. Condutas previstas no art. 11, da Lei 8.429/92. Prova de dano ao erário. Desnecessidade. Lesão a princípios da Administração. Elemento subjetivo.
>
> 1. A jurisprudência do STJ entende que, para fins de análise do pedido subsidiário de condenação dos réus pela prática de atos lesivos aos princípios da administração pública para o "enquadramento das condutas previstas no art. 11 da Lei 8.429/92, não é necessária a demonstração de dano ao erário ou enriquecimento ilícito do agente." (AgRg no EREsp 1.119.657/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJ de 25/9/2012).
>
> 2. Agravo regimental não provido.
>
> (*AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 1.066.824/PA*, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 19/3/2013, DJe 18/9/2013)

Enfim, na espécie, as desviantes condutas imputadas aos agravados (pessoas físicas e jurídica), devidamente comprovadas, puseram-se em frontal colisão com os princípios estruturantes da Administração Pública.

Nessa compreensão, considerando a baixa expressão pecuniária das aquisições descritas na exordial e o largo tempo já decorrido desde as infrações (cerca de duas décadas), tenho por suficiente, com amparo no art. 12, III, da LIA, a imposição das seguintes *reprimendas*: ***a)*** aos réus *Armindo Barnart* e *Jana Lúcia Barnart Magalhães*, unicamente, o pagamento de multa civil correspondente a *uma vez* o valor da remuneração por eles percebida no mês de dezembro de 2000, a ser monetariamente atualizado pelos índices oficiais e com juros moratórios contados desde as respectivas citações iniciais (art. 405 do Código Civil); ***b)*** à empresa *Tecnoeletro Comercial e Instaladora de Materiais Elétricos Ltda.*, a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócia majoritária, pelo prazo de *3 (três) anos*.

Ante o exposto, rogando a máxima vênia para dissentir da conclusão a que chegou o ilustre Relator, *dou provimento* ao recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, nos termos da fundamentação. Custas processuais pelos réus. Sem honorários advocatícios.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.638.420-CE (2012/0216915-7)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Recorrente: Ministério Público Federal
Recorrido: Banco do Nordeste do Brasil SA
Advogado: André Luiz de Castro Fernandes e outro(s) - PE019779

EMENTA

Constitucional e Processual Civil. Recurso especial. Quebra de sigilo fiscal por iniciativa do Ministério Público para apurar supostos atos de improbidade administrativa. Ausência de autorização judicial. Impossibilidade. Recurso especial do Ministério Público Federal desprovido.

1. Impõe-se ao Ministério Público, órgão detentor da titularidade da Ação Penal incondicionada e da Ação Civil Pública contra atos tidos ímprobos, como postulado ético e de razoabilidade, a adoção de mecanismos garantísticos fortemente estabelecidos no Direito e no justo processo para não permitir a instauração ou a tramitação de persecuções afoitas, desprovidas de mínimo lastro de culpabilidade. Assim, cabe ao Juiz, dotado das diretrizes de proteção às garantias individuais – e somente ele –, a análise da pertinência da gravosa quebra do sigilo bancário e da revelação das informações financeiras do particular.

2. Conforme lição do eminente Ministro *Celso de Mello*, exposta no julgamento do MS 23.452/RJ, *o postulado de Reserva Constitucional de Jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos Magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do Juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem haja eventualmente atribuído o exercício de poderes de investigação próprios das Autoridades Judiciais* (DJ 12.5.2000).

3. A Teoria da Separação dos Poderes, que remonta ao filósofo iluminista e escritor francês CHARLES-LOUIS DE SECONDAT, Barão de Montesquieu, imortalizado em sua obra *Do Espírito das Leis*,

exige, para sua equilibrada aplicação, o chamado Sistema de Freios e Contrapesos, ou *checks and balances*, de modo a que ocorra um controle do poder pelo próprio poder, em que cada setor deve ser autônomo no exercício de sua função, sendo um, no entanto, controlado pelos demais.

4. Assim, na prática, a legislação confere ao Ministério Público a prerrogativa de solicitar a quebra do sigilo bancário, porém impõe ao seu exercício a necessidade de autorização judicial, permitindo ao Poder Judiciário a realização do controle de excessos eventualmente cometidos por arbitrariedades ou por errôneas convicções que possam, por acaso, advir da operacionalização das funções do *Parquet*.

5. A quebra de sigilo bancário, por iniciativa do Ministério Público, depende de autorização judicial, não se admitindo a requisição direta à instituição financeira. Precedentes: AgRg no REsp 1.348.076/PR, Rel. Min. *Reynaldo Soares da Fonseca*, DJe 10.12.2015; RMS 25.375/PA, Rel. Min. *Felix Fischer*, DJe 7.4.2008; HC 160.646/SP, Rel. Min. *Jorge Mussi*, DJe 19.9.2011; RHC 20.329/PR, Rel. Min. *Jane Silva*, DJ 22.10.2007; HC 316.870/ES, Rel. Min. *Gurgel de Faria*, DJe 24.9.2015.

6. Hipótese em que a requisição de quebra de sigilo bancário foi formulada pelo *Parquet*, diretamente à instituição bancária, sem autorização judicial, para a apuração de supostos atos de improbidade administrativa.

7. Recurso Especial do *Ministério Público Federal* desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao Agravo Interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Brasília (DF), 04 de dezembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 14.12.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Recurso Especial interposto pelo *Ministério Público Federal*, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado:

> Constitucional e Processual Civil. Requisição direta do Ministério Público Federal ao Banco do Nordeste. Dados protegidos pelo sigilo bancário. Intervenção judicial. Necessidade.
>
> 1. Nos termos da jurisprudência assentada nas Cortes Superiores, não possui o Ministério Público a prerrogativa de ter acesso a dados acobertados pelo sigilo bancário, sem a respectiva autorização judicial.
>
> 2. Hipótese em que restou demonstrada a correção da apelante em recusar a fornecer ao *Parquet* os dados das pessoas que realizaram empréstimos no âmbito daquela instituição financeira.
>
> 3. Apelação provida (fls. 157).

2. Opostos Embargos de Declaração, foram eles acolhidos sem efeitos infringentes.

3. Alega a parte recorrente violação do art. 8º, II e IV, além do § 2º da LC 75/1993, sustentando, em síntese, a legitimidade do *Parquet* para a requisição direta de dados acobertados por sigilo bancário, independentemente de autorização judicial.

4. Contrarrazões às fls. 243/246.

5. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Discute-se nos autos, em síntese, a legitimidade da requisição de quebra de sigilo bancário formulada pelo *Parquet* diretamente à instituição bancária – no caso, o Banco do Nordeste do Brasil S.A-BNB –, sem autorização judicial, para a apuração de supostos atos de improbidade administrativa.

2. O sigilo bancário é assegurado em decorrência das disposições constitucionais contidas no art. 5º, X e XII da CF/1988, de defesa da intimidade, vida privada e de inviolabilidade relativa aos dados, positivado no art. 1º da LC 105/2001 (*As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados*).

3. A rigor, somente é admitida a quebra quando necessária para a apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, *sempre mediante autorização judicial expressa.*

4. Conforme lição do eminente Ministro *Celso de Mello*, exposta no julgamento do MS 23.452/RJ, *o postulado de Reserva Constitucional de Jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos Magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do Juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem haja eventualmente atribuído o exercício de poderes de investigação próprios das Autoridades Judiciais.*

5. Nota-se que, inclusive, em relação ao Ministério Público, a Lei Orgânica do MPU (LC 75/1993), apesar de conferir, em seu art. 8º, IV, o poder de *requisitar informações e documentos a Entidades Privadas*, no § 2º do mesmo dispositivo prevê a exceção às informações e documentos de caráter sigiloso, como é o caso das informações bancárias.

6. A Teoria da Separação dos Poderes, que remonta ao brilhante trabalho do filósofo iluminista e escritor francês CHARLES-LOUIS DE SECONDAT, o Barão de Montesquieu, imortalizado em sua obra *Do Espírito das Leis*, exige, para sua equilibrada aplicação, o chamado Sistema de Freios e Contrapesos, ou *checks and balances*, de modo que ocorra um controle do poder pelo próprio poder, em que cada setor deve ser autônomo no exercício de sua função, sendo um, no entanto, controlado pelos demais.

7. Assim, na prática, a legislação confere ao Ministério Público a prerrogativa de solicitar a quebra do sigilo bancário, porém impõe ao seu exercício a necessidade de autorização judicial, permitindo ao Poder Judiciário a realização do controle de excessos eventualmente cometidos por arbitrariedades ou por errôneas convicções que possam advir da operacionalização das funções do *Parquet*.

8. Há, no caso, o conflito de direitos fundamentais e de valores do Estado. De um lado, a proteção ao sigilo bancário e fiscal; de outro, o relevante interesse

público na persecução de eventuais atos de improbidade atribuídos a integrantes de Associação Comunitária na implementação de projeto agrícola. Como regra, nessas hipóteses se demanda a prudente ponderação dos direitos confrontados, não permitindo que um subjugue o outro por completo, mantendo, de alguma forma, a aplicação ainda que parcial das prerrogativas, permitindo a sua convivência simultânea.

9. Por essa razão, a própria Lei (art. 3º, § 1º da LC 105/2001) cuidou de instituir a indispensabilidade da prévia autorização judicial para a quebra do sigilo bancário, fiscal e de dados, impedindo a solicitação direta e imediata do *Parquet*.

10. O tema já foi objeto de apreciação desta Corte Superior de Justiça inúmeras vezes, que se manifestou, em regra, pelo posicionamento que exige a prévia autorização do Poder Judiciário para que se proceda à requisição das informações pelo Ministério Público junto às Instituições Financeiras e demais Órgãos da Administração Pública. Seguem precedentes:

> Penal. Processo Penal. Agravo regimental no recurso especial. Quebra de sigilo fiscal realizada diretamente pelo Ministério Público. Requisição de cópias de declarações de imposto de renda sem autorização judicial. Impossibilidade.
>
> 1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a intervenção penal constitui incursão qualificada em direitos individuais protegidos no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição da República. Por explícito mandamento constitucional, a quebra de sigilo bancário ou fiscal de pessoa física ou jurídica não pode ser realizada à revelia da atuação do Poder Judiciário para fins de investigação criminal ou para subsidiar a *opinio delicti* do *Parquet*, sendo nitidamente ilícitas, no caso, as provas remetidas pela Receita Federal do Brasil diretamente ao Ministério Público, com posterior oferecimento de denúncia (HC 243.034/SP, Rel. Ministra *Laurita Vaz*, *Quinta Turma*, julgado em 26/08/2014, DJe 02/09/2014). Precedentes.
>
> 2. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1.348.076/PR, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 10.12.2015).

> Recurso em mandado de segurança. Procedimento investigatório criminal. Quebra de sigilo fiscal pelo Ministério Público. Ausência de autorização judicial. Impossibilidade.
>
> I - A proteção ao sigilo bancário e fiscal não consubstancia direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de interesse público relevante ou de elementos aptos a indicar a possibilidade de prática delituosa (Precedentes).

II - Entretanto, o Ministério Público não tem legitimidade para proceder a quebra de sigilo bancário e fiscal sem autorização judicial (Precedentes).

Recurso desprovido (RMS 25.375/PA, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 7.4.2008).

Habeas corpus. Quebra de sigilo fiscal realizada diretamente pelo Ministério Público. Requisição de cópias de declarações de imposto de renda sem autorização judicial. Ilicitude da prova. Desentranhamento dos autos. Concessão da ordem.

1. Considerando o artigo 129, inciso VI, da Constituição Federal, e o artigo 8º, incisos II, IV e § 2º, da Lei Complementar 75/1993, há quem sustente ser possível ao Ministério Público requerer, diretamente, sem prévia autorização judicial, a quebra de sigilo bancário ou fiscal.

2. No entanto, numa interpretação consentânea com o Estado Democrático de Direito, esta concepção não se mostra a mais acertada, uma vez que o Ministério Público é parte no processo penal, e embora seja entidade vocacionada à defesa da ordem jurídica, representando a sociedade como um todo, não atua de forma totalmente imparcial, ou seja, não possui a necessária isenção para decidir sobre a imprescindibilidade ou não da medida que excepciona os sigilos fiscal e bancário.

3. A mesma Lei Complementar 75/1993 - apontada por alguns como a fonte da legitimação para a requisição direta pelo Ministério Público de informações contidas na esfera de privacidade dos cidadãos - dispõe, na alínea a do inciso XVIII do artigo 6º, competir ao órgão ministerial representar pela quebra do sigilo de dados.

4. O sigilo fiscal se insere no direito à privacidade protegido constitucionalmente nos incisos X e XII do artigo 5º da Carta Federal, cuja quebra configura restrição a uma liberdade pública, razão pela qual, para que se mostre legítima, se exige a demonstração ao Poder Judiciário da existência de fundados e excepcionais motivos que justifiquem a sua adoção.

5. É evidente a ilicitude da requisição feita diretamente pelo órgão ministerial à Secretaria de Receita Federal, por meio da qual foram encaminhadas cópias das declarações de rendimentos do paciente e dos demais investigados no feito.

6. Conquanto sejam nulas as declarações de imposto de renda anexadas à medida cautelar de sequestro, não foi juntada ao presente *mandamus* a íntegra do mencionado procedimento, tampouco o inteiro teor da ação penal na qual a citada documentação teria sido utilizada, de modo que este Sodalício não pode verificar quais provas e atos judiciais estariam por ela contaminados, exame que deverá ser realizado pelo Juízo Federal responsável pelo feito.

7. Ordem concedida para determinar o desentranhamento das provas decorrentes da quebra do sigilo fiscal realizada pelo Ministério Público sem autorização judicial, cabendo ao magistrado de origem verificar quais outros elementos de convicção e decisões proferidas na ação penal em tela e na medida

cautelar de sequestro estão contaminados pela ilicitude ora reconhecida (HC 160.646/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 19.9.2011).

Recurso em *habeas corpus*. Crimes contra a ordem tributária, contra o sistema financeiro e de lavagem de dinheiro. Investigações preliminares. Quebra do sigilo fiscal do investigado. Inexistência de autorização judicial. Requisição feita pelo membro do Ministério Público diretamente à Receita Federal. Ilicitude da prova. Desentranhamento dos autos. Trancamento do inquérito policial. Impossibilidade. Existência de outros elementos de convicção não contaminados pela prova ilícita. Dado parcial provimento ao recurso.

I. A requisição de cópias das declarações de imposto de renda do investigado, feita de forma unilateral pelo Ministério Público, se constitui em inequívoca quebra de seu sigilo fiscal, situação diversa daquela em que a autoridade fazendária, no exercício de suas atribuições, remete cópias de documentos ao *parquet* para a averiguação de possível ilícito penal.

II. A quebra do sigilo fiscal do investigado deve preceder da competente autorização judicial, pois atenta diretamente contra os direitos e garantias constitucionais da intimidade e da vida privada dos cidadãos.

III. As prerrogativas institucionais dos membros do Ministério Público, no exercício de suas funções, não compreendem a possibilidade de requisição de documentos fiscais sigilosos diretamente junto ao Fisco.

IV. Devem ser desentranhadas dos autos as provas obtidas por meio ilícito, bem como as que delas decorreram.

V. Havendo outros elementos de convicção não afetados pela prova ilícita, o inquérito policial deve permanecer intacto, sendo impossível seu trancamento.

VI. Dado parcial provimento ao recurso (RHC 20.329/PR, Rel. Min. Jane Silva, DJ 22.10.2007).

Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Inadequação da via eleita. Quebra do sigilo bancário pela Receita Federal. Inexistência de autorização judicial. Utilização de dados para fins de investigação penal. Ilegalidade. Prova ilícita.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.134.665/SP, sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, firmou o entendimento de que a quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de

constituição de crédito tributário, é autorizada pela Lei n. 8.021/1990 e pela Lei Complementar n. 105/2001, normas procedimentais cuja aplicação é imediata (relator Ministro Luiz Fux, DJe 18/12/2009).

3. Posteriormente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 389.808/PR (não obstante o reconhecimento da repercussão geral do tema no RE 601.314/SP), assentou a inconstitucionalidade da interpretação dada à norma que autoriza a Receita Federal a ter acesso direto aos dados bancários do contribuinte.

4. A jurisprudência atual de ambas as Turmas da Terceira Seção deste Superior Tribunal vem se firmando no sentido de que é imprescindível a prévia autorização judicial para utilização dos dados bancários para fins de investigação penal, haja vista que a Receita Federal, órgão interessado no processo administrativo tributário, não possui competência constitucional para fornecer diretamente tais elementos aos órgãos investigatórios ou de acusação criminal. Precedentes.

5. *In casu*, consta dos autos que, após requisição de informação formulada pela Receita Federal, foram apresentados pelas instituições bancárias, sem consentimento do Juízo competente, extratos de movimentações de conta, além da relação de cheques nominais aos pacientes emitidos pela empresa por eles administrada, dados que confrontados com os tributos recolhidos, levaram à instauração de procedimento fiscal e, por sua vez, do processo criminal impugnado através deste *writ*.

6. Ainda que se admita, com base no art. 6º da Lei Complementar n. 105/2001, a legalidade do acesso a essas informações bancárias pela autoridade fazendária, não há norma no ordenamento jurídico pátrio que ampare a sua utilização para fins de investigação e deflagração de ação penal - como na presente hipótese.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a nulidade das provas obtidas mediante a quebra de sigilo bancário dos pacientes sem autorização judicial e, consequentemente, anular a ação penal desde o início, garantida a possibilidade de nova demanda ser proposta com esteio em prova lícita (HC 316.870/ES, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 24.9.2015).

11. Em recente julgado, no entanto, a Segunda Turma da Suprema Corte Federal invocou a tese de que, em se tratando da gestão de dinheiro público, não haveria proteção a sigilo privado a ser invocada pelo particular responsável pela destinação desses recursos. Nesse contexto, conferiu maior autonomia ao Ministério Público para, diretamente, postular informações mantidas pelas Instituições Financeiras, sejam públicas ou privadas, acerca das contas correntes de titulatidade de Entes Públicos. Segue ementa:

Ementa Recurso ordinário em *habeas corpus*. Ação penal. Associação criminosa, fraude a licitação, lavagem de dinheiro e peculato (arts. 288 e 313-A, CP; art.

90 da Lei n. 8.666/93; art. 1º da Lei n. 9.613/98 e art. 1º, I e II, do DL n. 201/67). Trancamento. Descabimento. Sigilo bancário. Inexistência. Conta corrente de titularidade da municipalidade. Operações financeiras que envolvem recursos públicos. Requisição de dados bancários diretamente pelo Ministério Público. Admissibilidade. Precedentes. Extensão aos registros de operações bancárias realizadas por particulares, a partir das verbas públicas creditadas naquela conta. Princípio da publicidade (art. 37, *caput*, CF). Prova lícita. Recurso não provido.

1. Como decidido pelo Supremo Tribunal Federal, ao tratar de requisição, pelo Tribunal de Contas da União, de registros de operações financeiras, "o sigilo de informações necessárias para a preservação da intimidade é relativizado quando se está diante do interesse da sociedade de se conhecer o destino dos recursos públicos" (MS n. 33.340/DF, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 3/8/15).

2. Assentou-se nesse julgado que as "operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar n. 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal (…)".

3. O Supremo Tribunal Federal reconheceu ao Ministério Público Federal o poder de requisitar informações bancárias relativas a empréstimos subsidiados pelo Tesouro Nacional, ao fundamento de que "se se trata de operação em que há dinheiro público, a publicidade deve ser nota característica dessa operação" (MS n. 21.729/DF, Pleno, Relator para o acórdão o Ministro Néri da Silveira, DJ 19/10/01).

4. Na espécie, diante da existência de indícios da prática de ilícitos penais com verbas públicas, o Ministério Público solicitou diretamente à instituição financeira cópias de extratos bancários e microfilmagens da conta corrente da municipalidade, além de fitas de caixa, para a apuração do real destino das verbas.

5. O poder do Ministério Público de requisitar informações bancárias de conta corrente de titularidade da prefeitura municipal compreende, por extensão, o acesso aos registros das operações bancárias realizadas por particulares, a partir das verbas públicas creditadas naquela conta.

6. De nada adiantaria permitir ao Ministério Público requisitar diretamente os registros das operações feitas na conta bancária da municipalidade e negar-lhe o principal: o acesso ao real destino dos recursos públicos, a partir do exame de operações bancárias sucessivas (v.g., desconto de cheque emitido pela Municipalidade na boca do caixa, seguido de transferência a particular do valor sacado).

7. Entendimento em sentido diverso implicaria o esvaziamento da própria finalidade do princípio da publicidade, que é permitir o controle da atuação do administrador público e do emprego de verbas públicas.

8. Inexistência de prova ilícita capaz de conduzir ao trancamento da ação penal.

9. Recurso não provido (RHC 133.118/CE, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 8.3.2018).

12. Da mesma forma, reconheceu-se no STF a possibilidade de solicitação de informações pelo Ministério Público diretamente ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras-COAF ou à Secretaria da Receita Federal-SRF para subsidiar e instruir procedimentos investigatórios sancionatórios (AgRg no RE 1.058.429/SP, Rel. Min. *Alexandre de Moraes*, DJe 6.3.2018; AgRg no RE 1.041.272/SP, Rel. Min. *Roberto Barroso*, DJe 4.10.2017). É certo, porém, que os dados mantidos por essas Entidades não correspondem aos resguardados nas Instituições Bancárias de natureza privada.

13. Na espécie, o sigilo resguardado é mantido por Instituição Financeira privada – *Banco do Nordeste do Brasil S.A.* –, e as informações que se busca são dos integrantes da Associação Comunitária que se investiga. Logo, não recai nas hipóteses excepcionais, nas quais o Supremo Tribunal Federal entendeu por bem afastar a prévia autorização judicial para viabilizar a quebra do sigilo. É importante essa distinção porque, para os Entes Públicos, vigoram os Princípios da publicidade e da moralidade, não lhes sendo estendido o direito à intimidade e à privacidade, específicos da pessoa humana, dos indivíduos que compõem a sociedade e das pessoas jurídicas de direito privado.

14. Em que pese o advento dos referidos julgados da Suprema Corte, penso que a necessidade de proteção do sigilo bancário e de dados financeiros, notadamente em Direito Sancionador, demanda a maior consagração das garantias individuais do investigado. A atuação do Poder Judiciário, apreciando a pertinência e a necessidade da quebra de sigilo no caso concreto, não impede a medida em si, mas visa controlar e coibir eventuais abusos que gerem indevida fustigação do indivíduo com pretensões sancionadoras infundadas.

15. Impõe-se, ao Ministério Público, órgão detentor da titularidade da Ação Penal incondicionada e da Ação Civil Pública contra atos tidos ímprobos, como postulado ético e de razoabilidade, a adoção de mecanismos garantísticos fortemente estabelecidos na Lei e no processo para não permitir a instauração ou a tramitação de persecuções afoitas, desprovidas de mínimo lastro de culpabilidade. Assim, cabe ao Juiz, dotado das diretrizes de proteção às garantias individuais – e somente ele –, a análise da pertinência da gravosa quebra do sigilo bancário e da revelação das informações financeiras do particular.

16. Ante o exposto, nega-se provimento ao Recurso Especial do *Ministério Público Federal*. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.728.658-MS (2017/0315959-4)

Relatora: Ministra Regina Helena Costa
Recorrente: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul
Recorrido: Joao Parron Maria
Advogado: Fábio Augusto Assis Andreasi - MS009662
Interes.: Usimix Ltda
Interes.: Nelson Trad Filho
Interes.: Michel Issa Filho
Interes.: Kerolly Garcia Lopes
Interes.: Felipe Miyasato de Oliveira
Interes.: Abimael Lossavero
Interes.: Selco Infraestrutura Ltda
Interes.: Joao Antonio de Marco
Interes.: Sylvio Darilson Cesco
Interes.: Semy Alves Ferraz
Interes.: Valtemir Alves de Brito
Interes.: Bertholdo Figueiro Filho
Interes.: Vera Lúcia Ferreira Vargas
Interes.: Caio Vinícius Trindade
Interes.: Luziano dos Santos Neto
Interes.: Gerson Nina Prado
Interes.: Angelita Brun Cesco
Interes.: Endrigo Muller Cesco

EMENTA

Recurso especial. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Indisponibilidade

de bens a fim de assegurar o ressarcimento do dano. Responsabilidade solidária. Constrição limitada ao valor suficiente para recompor o erário. "Quantum" a ser determinado pelo juiz. Pedido de bloqueio para garantir o pagamento de condenação em multa civil. Preclusão consumativa. Indenização por danos morais coletivos. Inaplicabilidade do julgado no REsp n. 1.366.721/BA. Tutela de urgência. Necessidade de preenchimento dos requisitos do "fumus boni iuris" e do "periculum in mora". Recurso parcialmente conhecido e 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 - Havendo solidariedade entre os corréus da ação até a instrução final do processo, o valor a ser indisponibilizado para assegurar o ressarcimento ao erário deve ser garantido por qualquer um deles, limitando-se a medida constritiva ao "quantum" determinado pelo juiz, sendo defeso que o bloqueio corresponda ao débito total em relação a cada um. Precedentes.

III - A ausência de insurgência, no momento oportuno, quanto à indisponibilidade de bens a fim de garantir o pagamento da sanção de multa civil impede à parte recorrente suscitá-la por meio de recurso especial, em virtude da ocorrência da preclusão consumativa.

IV - Não se aplica o entendimento firmado no REsp 1.366.721/BA para a indisponibilidade de bens a fim de assegurar o pagamento de indenização por danos morais coletivos, sendo necessário o preenchimento dos requisitos da tutela de urgência para a sua concessão.

V - Recurso Especial parcialmente conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencido o Sr. Ministro Sérgio Kukina, rejeitar preliminar de afetação à egrégia Primeira Seção e, no mérito, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento,

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.

Brasília (DF), 04 de dezembro de 2018 (data do julgamento).

Ministra Regina Helena Costa, Relatora

DJe 11.12.2018

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa:

Vistos.

Trata-se de Recurso Especial interposto pelo ***Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul***, contra acórdão prolatado, por unanimidade, pela 1ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul no julgamento de Agravo de Instrumento, assim ementado (fls. 424/425e):

> Agravo de instrumento. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Matérias não apreciadas em primeiro grau. Impossibilidade de análise pelo Tribunal *ad quem*. Supressão de instância. Indisponibilidade de bens. Decretação. Requisitos. Exegese do art. 7º da Lei n. 8.429/1992 *periculum in mora* presumido. Fumaça do bom direito. Presença de indícios. Alegações de inexistência de ato de improbidade. Impossibilidade de esgotamento do mérito nesta fase processual. Necessidade de produção de provas. Recurso, na parte conhecida, parcialmente provido para limitar a indisponibilidade de bens.
>
> Não se admite o exame de fatos e questões inéditas ainda carentes de enfrentamento pelo próprio órgão julgador de origem, sob pena de ocorrer julgamento *per saltum* e ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição.
>
> Nos termos do entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, a medida cautelar em ação civil pública, própria das ações regidas pela Lei de Improbidade Administrativa, não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio ou encontra-se na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o *periculum in mora* encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa, sendo possível ao juízo que preside a ação, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado, quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa.
>
> O momento processual do recebimento da inicial não é adequado para o esgotamento das questões de mérito, eis que nela são analisados, sumariamente,

as alegações das partes e a probabilidade da ocorrência de atos de improbidade (indícios).

O pedido de condenação por danos morais, cumulado na ação de improbidade, cujos valores foram acolhidos na decisão agravada para fins de indisponibilidade de bens, não pode ser amparado na Lei n. 8.429/92.

Fixa-se o valor da constrição dos bens utilizando-se como parâmetro os valores apontados pelo Ministério Público como superfaturamento.

Não houve oposição de Embargos de Declaração.

Com amparo no art. 105, III, *a*, da Constituição da República, aponta-se ofensa aos arts. arts. 7º da Lei n. 8.429/92 e 275 do Código Civil, alegando-se, em síntese, que a indisponibilidade dos bens deve atingir o valor total do ressarcimento, multa e pagamento de indenização a título de danos morais coletivos em relação a cada um dos réus da ação, tendo em vista haver solidariedade entre eles até o final da instrução probatória.

Sem contrarrazões (fls. 476e), o recurso foi inadmitido (fls. 479/484e), tendo sido interposto Agravo, posteriormente convertido em Recurso Especial (fls. 535/536e).

O Ministério Público Federal, na qualidade de "custos legis" manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 525/533e).

Feito breve relato, decido.

VOTO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa (Relatora): Por primeiro, consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

Na origem, trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra decisão que determinou a indisponibilidade dos bens no valor de R$ 315.891.321,37 (trezentos e quinze milhões, oitocentos e noventa e um mil, trezentos e vinte e um reais e trinta e sete centavos) em desfavor de cada um dos réus da ação, a fim de assegurar o ressarcimento ao erário e o pagamento de indenização por danos morais coletivos (fls. 36/48e).

Quando do julgamento do recurso, o tribunal de origem deu-lhe parcial provimento, por entender ter sido a medida deferida de forma indiscriminada. Destaco trechos da decisão (fls. 440/443e):

> Na hipótese ora em apreço, na medida que foi decretada a indisponibilidade de bens de forma genérica, o gravame imposto aos réus da ação epigrafada, antes mesmo de uma condenação, é muito grande, pois eles precisariam de autorização judicial para simples atos cotidianos, razão pela qual neste ponto merece reparos a decisão ora recorrida.
>
> Por tais razões, entendo que deverão ser liberadas as verbas de caráter alimentar, tais como salários e depósitos em caderneta de poupança no montante de até 40 (quarenta) salários mínimos, nos termos do art. 649, IV e X, do CPC/73.
>
> (...)
>
> Seguindo essa linha de raciocínio, entendo que o valor limite da indisponibilidade de bens também merece reforma.
>
> Verifico, com efeito, que o valor do suposto desvio apontado pelo Ministério Público é de R$ 28.727.392,87 ou, na hipótese de se considerar apenas o superfaturamento, é de R$ 22.439.925,84.
>
> Como se vê, valores estes muito menores que aquele fixado como limite da indisponibilidade de bens (R$ 315.891.321,37), o qual inclui danos coletivos estimados de forma unilateral pelo *Parquet* estadual, atingindo um montante a toda evidência exponencial.
>
> (...)
>
> Assim, reputo desproporcional e inadequado o *quantum* cuja indisponibilidade é pretendida pelo Ministério Público Estadual como pedido principal (315 milhões: abrangidos ressarcimento integral do dano e danos morais coletivos também com base no valor do dano), isto porque o parâmetro indicado não corresponde a um dano concretamente esperado segundo as regras da experiência a partir dos fatos já descritos na inicial e demonstrados de maneira indiciária pelos documentos que a instruem.
>
> Por tais razões, fixo o limite da indisponibilidade de bens em R$ 22.439.925,84 (valor do superfaturamento apontado pelo Ministério Público Estadual), para todos os réus, e não individualmente, nos termos do disposto no art. 7º da LIA.

Interposto Recurso Especial pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, passo à sua análise.

I - Da solidariedade entre os réus na ação civil pública ajuizada para apurar cometimento de ato ímprobo

No que diz respeito à solidariedade entre os réus da ação no tocante à obrigação de garantir o valor para o ressarcimento ao erário, o tribunal de origem, ao reformar a decisão proferida pelo juiz de primeira instância, determinou que o "quantum" a ser indisponibilizado seja limitado ao valor total do dano, independentemente do número de réus na ação.

Com efeito, havendo solidariedade entre os corréus da ação até a instrução final do processo, o valor a ser indisponibilizado para assegurar o ressarcimento ao erário deve ser garantido por qualquer um deles, limitando-se a medida constritiva ao "quantum" determinado pelo juiz, sendo defeso que o bloqueio corresponda ao débito total em relação a cada um.

Assim, verifico que a Corte "a qua" adotou a firme orientação deste tribunal sobre o assunto, consoante se depreende da leitura das ementas dos seguintes julgados:

> *Administrativo. Agravo interno no recurso especial. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens. Solidariedade obrigacional. Medida constritiva que deve limitar-se ao total do dano apontado. Agravo interno parcialmente provido para dar provimento ao recurso especial.*
>
> (AgInt no REsp 1.497.327/ES, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 09/10/2018, DJe 25/10/2018).

> Processo Civil. Improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens. Presença do *fumus boni iuris*. Comprovação de efetiva dilapidação patrimonial. Desnecessidade. *Periculum in mora* presumido. Matéria fático-probatória. Incidência da Súmula 7/STJ. A responsabilidade dos réus é solidária até a instrução final do processo. Alínea "c". Não demonstração da divergência. Recurso especial não provido. Histórico da demanda
>
> 1. Cuida-se, na origem, de Agravo de Instrumento interposto pelo ora recorrente, em face de decisão que determinou a indisponibilidade de bens e o seu afastamento do cargo de Vereador do Município de São Miguel do Iguaçu, na Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público estadual.
>
> (...)
>
> *Responsabilidade solidária dos réus até a instrução final do processo*
>
> 7. Como bem destacado pelo *Parquet* federal no seu parecer, *o STJ firmou o entendimento de que "nos casos de improbidade administrativa a responsabilidade é solidária até a instrução final do feito, em que se delimitará a quota de responsabilidade de cada agente para a dosimetria da pena. Não existe, portanto, ofensa alguma aos preceitos da solidariedade."* (AgRg no REsp 951.528/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 31/3/2009). Nesse sentido: AgRg no REsp 1.314.061/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16/5/2013; REsp 1.195.828/MA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 4/10/2010; AgRg no REsp 951.528/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 31/3/2009; AgRg no AREsp 249.045/RN, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 20/11/2013; REsp 1.407.862/RO, Rel. Ministro

> Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 19/12/2014; e REsp 1.438.344/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 9/10/2014.
>
> (...)
>
> 9. Recurso Especial não provido.
>
> (REsp 1.651.676/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/03/2017, DJe 20/04/2017, destaque meu).

> Recurso especial. Improbidade administrativa. Responsabilidade solidária. Indisponibilidade de bens. Limite da constrição. *Quantum* suficiente ao integral ressarcimento do dano.
>
> 1. No ato de improbidade administrativa do qual resulta prejuízo, a responsabilidade dos agentes em concurso é solidaria.
>
> *2. É defeso a indisponibilidade de bens alcançar o débito total em relação a cada um dos co-obrigados, ante a proibição legal do excesso na cautela.*
>
> 3. Os patrimônios existentes são franqueados à cautelar, tanto quanto for possível determinar, até a medida da responsabilidade de seus titulares obrigados à reparação do dano, seus acréscimos legais e à multa, não havendo, como não há, incompatibilidade qualquer entre a solidariedade passiva e as obrigações divisíveis.
>
> 2. Recurso especial improvido.
>
> (REsp 1.119.458/RO, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 13/04/2010, DJe 29/04/2010, destaque meu).

Dessa maneira, não prospera o argumento do "Parquet", segundo o qual é necessária a decretação da indisponibilidade do valor total dos bens em relação a cada um dos réus em decorrência da solidariedade.

II - Da indisponibilidade de bens para o pagamento de multa civil

No que diz respeito à alegação formulada no recurso especial no sentido de ser possível o bloqueio de bens para garantir a condenação ao pagamento de multa civil, transcrevo trechos da petição inicial da ação de improbidade, da decisão proferida pelo juiz de primeira instância e do julgamento do tribunal de origem quando da apreciação do Agravo de Instrumento, a fim de verificar a possibilidade de análise de tal insurgência por esta Corte.

Na petição inicial, o Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul formulou o pleito de indisponibilidade de bens nos seguintes termos (fls. 208/209e):

> Nessa esteira, comprovado que houve prejuízo ao erário e enriquecimento ilícito, e, ainda, considerando que a medida de indisponibilidade de bens cuida-se de tutela de evidência, a decretação da indisponibilidade dos bens dos requeridos, em quantidade suficiente para assegurar o integral ressarcimento do dano material e moral coletivo, é medida que se impõe.
>
> ***Tem-se, então, como necessária a indisponibilização do montante de R$ 315.891.321,37, sendo R$ 28.717.392,87 (dano material) mais R$ 287.173.928,70 (dano moral coletivo)***.
>
> (...)
>
> Posto isso, o Ministério Público requer seja(m):
>
> a) liminarmente, *decretada a indisponibilidade de bens dos requeridos, em quantidade que assegure a integral reparação do dano material e moral coletivo, bem como o pagamento da multa a ser imposta como sanção pelo ato ímprobo (quantia como sendo de R$ 315.891.321,37)*, e que sejam adotadas as providências para efetivação da medida, em especial o bloqueio de valores em suas contas bancárias, a constrição de veículos junto ao RenaJUD e a indisponibilidade de imóveis junto aos Cartórios de Registro de Imóveis desta Comarca (destaques meus).

Quando da análise do pedido, o juiz de primeira instância assim se pronunciou (fls. 46/47e):

> Em relação ao valor do prejuízo ao erário, serão levados em conta aqueles apontados pelo Ministério Público Estadual, alcançando pelo menos o valor de R$ 315.891.327,37 (trezentos e quinze milhões, oitocentos e noventa e um mil, trezentos e vinte e um reais e trinta e sete centavos).
>
> Assim, por mais extrema que possa ser a medida, deve ser ressaltado que a indisponibilidade de bens é o modo mais eficaz para garantir o ressarcimento aos cofres públicos.
>
> Por tais motivos, verifica-se que a indisponibilidade de bens na forma pleiteada na inicial é a melhor medida para resguardar o bem público, o que se faz visando a garantia de futura indenização ao erário.
>
> (...)
>
> *Diante do exposto e presentes os requisitos autorizadores acolho o pedido de liminar, para o fim de decretar a indisponibilidade dos bens dos requeridos (...) até o valor total de* ***R$ 315.891.321,37*** (destaque meu).

Dessa decisão, houve a interposição de Agravo de Instrumento pelo corréu João Parron Maria, cujos pedidos foram parcialmente deferidos pelo tribunal de origem, nos seguintes termos (fls. 427; 441/445e):

> Segundo apurações do Ministério Público Estadual foram encontradas irregularidades nos processos licitatórios que culminaram na contratação da empresa Selco Engenharia Ltda., além de prejuízos ocasionados em razão da má qualidade dos serviços prestados de recuperação asfáltica popularmente conhecidos como 'tapa-buracos' ao Município de Campo Grande.
>
> Referida má prestação dos serviços foi alvo de denúncia por parte da imprensa, que flagrou diversas irregularidades na sua execução, em especial a de um funcionário tapando um buraco inexistente.
>
> (...)
>
> (...) entendo que o valor limite da indisponibilidade de bens também merece reforma.
>
> Verifico, com efeito, que o valor do suposto desvio apontado pelo Ministério Público é de R$ 28.727.392,87 ou, na hipótese de se considerar apenas o superfaturamento, é de R$ 22.439.925,84.
>
> Como se vê, valores estes muito menores que aquele fixado como limite da indisponibilidade de bens (R$ 315.891.321,37), o qual inclui danos morais coletivos estimados de forma unilateral pelo *Parquet* estadual, atingindo um montante a toda evidência exponencial.
>
> (...)
>
> *Assim, reputo desproporcional e inadequado o* quantum *cuja indisponibilidade é pretendida pelo Ministério Público Estadual como pedido principal (315 milhões: abrangidos ressarcimento integral do dano e danos morais coletivos também com base no valor do dano), isto porque o parâmetro indicado não corresponde a um dano concretamente esperado segundo as regras da experiência a partir dos fatos já descritos na inicial e demonstrados de maneira indiciária pelos documentos que a instruem*.
>
> *(...)*
>
> *Ante o exposto, na parte conhecida, dou parcial provimento ao recurso para (i) fixar o limite da indisponibilidade de bens em R$ 22.439.925,84, para todos os réus, e não individualmente, nos termos do disposto no art. 7º da LIA* (destaque meu).

Como se vê, no pedido formulado pelo Ministério Público Estadual requereu-se a indisponibilidade de bens para assegurar o pagamento dos danos materiais e morais coletivos, bem como o de condenação de eventual multa civil.

Porém, o juiz de primeira instância decretou o bloqueio do valor de R$ 315.891.327,37 (trezentos e quinze milhões, oitocentos e noventa e um mil, trezentos e vinte e um reais e trinta e sete centavos), referentes aos danos materiais e morais coletivos, tão somente.

Dessa decisão, *não houve a interposição de recurso de Agravo de Instrumento pelo "Parquet" a fim de questionar a necessidade de indisponibilidade de bens para garantir o pagamento de multa civil.*

Assim sendo, verifico que a pretensão veiculada no recurso especial revela-se manifestamente inadmissível, tendo em vista a ocorrência da *preclusão consumativa, porquanto não arguida oportunamente por meio de interposição de agravo de instrumento.*

Nesse sentido:

> Civil. Processo Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Recurso manejado sob a égide do NCPC. Ação indenizatória. Falsificação de assinatura em contrato de locação. Reconhecimento de firma por cartório extrajudicial. Prescrição. Data da ciência da autora de que o cartório reconheceu como verdadeira assinatura falsa. Citação na ação de despejo. Responsabilidade do notário. Inovação recursal. Impossibilidade. Decisão mantida por seus próprios fundamentos. Recurso manifestamente inadmissível. Incidência da multa do art. 1.021, § 4º, do NCPC. Agravo não provido.
>
> (...)
>
> *5. É vedado à parte recorrente suscitar matéria que não foi arguida anteriormente, em virtude da ocorrência da preclusão consumativa*.
>
> 6. Não sendo a linha argumentativa apresentada capaz de evidenciar a inadequação dos fundamentos invocados pela decisão agravada, o presente agravo não se revela apto a alterar o conteúdo do julgado impugnado, devendo ele ser integralmente mantido em seus próprios termos.
>
> 7. Em virtude do não provimento do presente recurso, e da anterior advertência quanto a aplicação do NCPC, incide ao caso a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do NCPC, no percentual de 3% sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito da respectiva quantia, nos termos do § 5º daquele artigo de lei.
>
> 8. Agravo interno não provido, com imposição de multa.
>
> (AgInt no AREsp 1.236.957/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 24/09/2018, DJe 27/09/2018, destaque meu).

> Processual Civil. Administrativo. Código de Processo Civil de 1973. Aplicabilidade. Omissões. Nulidade. Ausência de intimação da União. Tese não suscitada perante o juízo *a quo*. Inovação recursal. Preclusão consumativa. Violação ao art. 535 do CPC. Inocorrência. Mandado de segurança. Participação em banca examinadora de concurso público. Remuneração. Súmula n. 269 do STF. Inadequação da via eleita. Extinção do feito sem resolução do mérito. Recurso provido.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II - No que toca à alegação de nulidade do acórdão, por ausência de intimação da União, a tese não foi suscitada perante o juízo a quo, *sendo trazida tão somente em sede de recurso especial, o que configura, no ponto, indevida inovação recursal, impedindo o conhecimento da insurgência, em decorrência da preclusão consumativa*, ainda que verse sobre matéria de ordem pública. Precedentes.

III - A Corte de origem apreciou todas as questões relevantes apresentadas com fundamentos suficientes. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade.

IV - Os Impetrantes buscam o pagamento de remuneração correspondente à participação na banca examinadora do 39º Concurso Público para provimento de cargos de Juiz de Direito Substituto do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, a teor dos Editais n. 2, de 04.09.2012, e n. 20, de 28.01.2013.

V - O acórdão recorrido vai de encontro à remansosa jurisprudência, cristalizada no enunciado da Súmula n. 269 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual "o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança", sendo de rigor a extinção do feito, sem resolução do mérito, por inadequação da via eleita, sem embargo à postulação da pretensão nas vias ordinárias. Precedentes.

VI - Ainda que a pretensão estivesse cingida tão somente à declaração de ilegalidade do ato administrativo, mediante o qual foi indeferida a percepção de retribuição estipendiária pela atuação dos Impetrantes em banca examinadora de concurso público, como consignado pelo tribunal de origem, uma vez concedida a segurança, seria incabível o pagamento de tais valores em sede mandamental, por força do disposto no art. 14, § 4º, da Lei n. 12.016/09. Precedentes.

VII - Recurso especial provido.

(REsp 1.502.598/DF, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 13/03/2018, DJe 06/04/2018, destaque meu).

Processual Civil. Exceção de incompetência. Oferecimento posterior à contestação e dentro do prazo para resposta. Preclusão consumativa. Ocorrência.

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

2. De acordo com o que dispõe o art. 297 do CPC/1973, o réu poderá oferecer, no prazo de resposta ao pedido, contestação, exceção e reconvenção, "cabendo à parte oferecer exceção, no prazo de quinze dias contado do fato que ocasionou a incompetência, o impedimento ou a suspeição", a teor do art. 305 daquele diploma.

> 3. A doutrina processual pátria, conforme o escólio de Calmon de Passos, leciona que, para a exceção de incompetência, o prazo de quinze dias é o mesmo que a parte dispõe para contestar o pedido, de modo que o oferecimento daquela defesa pelo excipiente deve ocorrer de modo concomitante com a contestação, em petições separadas, ou, se o réu preferir, deve ofertar apenas a exceção. Se o demandado contestar e, ainda no curso do prazo para resposta, excepcionar, tem-se por prorrogada a competência do juízo (in Comentários ao Código de Processo Civil, 9ª edição, Vol. III, Forense: Rio de Janeiro, 2005, p. 324/325).
>
> 4. No caso, discute-se a possibilidade de o réu, ora recorrente, opor exceção de incompetência após haver apresentado contestação, ainda dentro do prazo de que dispõe para oferecer resposta, tendo o Regional a inadmitido e pronunciado a preclusão consumativa.
>
> 5. Este Superior Tribunal já reconheceu que não há preclusão quando a exceção é protocolizada antes da contestação, embora no mesmo dia (REsp 457.710/ES, Rel. Ministro *Ruy Rosado de Aguiar*, *Quarta Turma*, julgado em 03/04/2003, DJ 05/05/2003, p. 309), sendo certo que, no caso em exame, constatou-se hipótese contrária: o réu contestou e, dias depois, excepcionou.
>
> 6. Recurso especial desprovido.
>
> (REsp 1.450.395/PR, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 21/06/2018, DJe 08/08/2018).

III - Dos critérios para a indisponibilidade de bens a fim de assegurar o pagamento de indenização por danos morais coletivos

No que tange à possibilidade de bloqueio de bens para garantir o pagamento de indenização a título de danos morais coletivos, impõem-se algumas reflexões sobre a questão.

De início, cumpre esclarecer que esta Corte entende que a pessoa jurídica de direito público não é titular de direito à indenização por dano moral relacionado à ofensa de sua honra ou imagem, porquanto, tratando-se de direito fundamental, seu titular imediato é o particular. Portanto, o reconhecimento desse direito ao Estado acarreta a subversão da ordem natural dos direitos fundamentais.

Nessa linha:

> Direito Civil-Constitucional. Responsabilidade civil. Informações veiculadas em rede de rádio e televisão. Ação indenizatória por dano moral ajuizada por município contra o particular. Impossibilidade. Direitos fundamentais. Pessoa jurídica de direito público. Reconhecimento limitado.

1. A tese relativa à indenização pelo dano moral decorrente de ofensa à honra, imagem, violação da vida privada e intimidade das pessoas somente foi acolhida às expressas no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, incisos V e X), que o alçou ao seleto catálogo de direitos fundamentais. Com efeito, por essa ótica de abordagem, a indagação acerca da aptidão de alguém sofrer dano moral passa necessariamente pela investigação da possibilidade teórica de titularização de direitos fundamentais, especificamente daqueles a que fazem referência os incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal.

2. A inspiração imediata da positivação de direitos fundamentais resulta precipuamente da necessidade de proteção da esfera individual da pessoa humana contra ataques tradicionalmente praticados pelo Estado. É bem por isso que a doutrina vem entendendo, de longa data, que os direitos fundamentais assumem "posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos" (MENDES, Gilmar Ferreira [et. al.]. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 222-223).

3. Em razão disso, de modo geral, a doutrina e jurisprudência nacionais só têm reconhecido às pessoas jurídicas de direito público direitos fundamentais de caráter processual ou relacionados à proteção constitucional da autonomia, prerrogativas ou competência de entidades e órgãos públicos, ou seja, direitos oponíveis ao próprio Estado e não ao particular. Porém, ao que se pôde pesquisar, em se tratando de direitos fundamentais de natureza material pretensamente oponíveis contra particulares, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nunca referendou a tese de titularização por pessoa jurídica de direito público. Na verdade, há julgados que sugerem exatamente o contrário, como os que deram origem à Súmula n. 654, assim redigida: "A garantia da irretroatividade da lei, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado".

4. Assim, o reconhecimento de direitos fundamentais - ou faculdades análogas a eles - a pessoas jurídicas de direito público não pode jamais conduzir à subversão da própria essência desses direitos, que é o feixe de faculdades e garantias exercitáveis principalmente contra o Estado, sob pena de confusão ou de paradoxo consistente em se ter, na mesma pessoa, idêntica posição jurídica de titular ativo e passivo, de credor e, a um só tempo, devedor de direitos fundamentais, incongruência essa já identificada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão (BVerfGE 15, 256 [262]; 21, 362. Apud. SAMPAIO, José Adércio Leite. Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2013 p. 639).

5. No caso em exame, o reconhecimento da possibilidade teórica de o município pleitear indenização por dano moral contra o particular constitui a completa subversão da essência dos direitos fundamentais, não se mostrando

presente nenhum elemento justificador do pleito, como aqueles apontados pela doutrina e relacionados à defesa de suas prerrogativas, competência ou alusivos a garantias constitucionais do processo. Antes, o caso é emblemático e revela todos os riscos de se franquear ao Estado a via da ação indenizatória.

6. Pretende-se a responsabilidade de rede de rádio e televisão local por informações veiculadas em sua programação que, como alega o autor, teriam atingido a honra e a imagem da própria Municipalidade.

Tal pretensão representa real ameaça a centros nervosos do Estado Democrático de Direito, como a imprensa livre e independente, ameaça que poderia voltar-se contra outros personagens igualmente essenciais à democracia.

7. A Súmula n. 227/STJ constitui solução pragmática à recomposição de danos de ordem material de difícil liquidação - em regra, microdanos - potencialmente resultantes do abalo à honra objetiva da pessoa jurídica. Cuida-se, com efeito, de resguardar a credibilidade mercadológica ou a reputação negocial da empresa, que poderiam ser paulatinamente fragmentadas por violações a sua imagem, o que, ao fim e ao cabo, conduziria a uma perda pecuniária na atividade empresarial. Porém, esse cenário não se verifica no caso de suposta violação à imagem ou à honra - se existente - de pessoa jurídica de direito público.

8. Recurso especial não provido.

(REsp 1.258.389/PB, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 15/04/2014, destaques meus).

Civil e Processual Civil. Meio ambiente. Direito de informação. Art. 225, § 1º, VI, da Constituição. Art. 4º, V, da Lei 6.938/1981. Princípio 10 da declaração do Rio. Direito de participação. Art. 2º, § 1º, da Lei 10.650/2003. Princípio da precaução. Cultura da transparência ambiental. Art. 3º, IV, da Lei 12.527/2011. Ação indenizatória por dano moral. Ibama versus particular. Impossibilidade. Direitos fundamentais. Pessoa jurídica de direito público. Reconhecimento limitado.

1. Trata-se, na origem, de Ação Ordinária ajuizada em desfavor da União e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama, na qual a Associação Brasileira da Indústria de Pneus Remoldados - ABIP e a BS Colway Pneus Ltda.

postulam: a) declaração da ilegalidade de publicação de "cartilha" pelo Ibama contendo informações alegadamente inverídicas e prejudiciais às autoras; b) imposição de obrigação de fazer consistente no recolhimento do material impresso já distribuído e sua retirada dos meios de comunicação, sob pena de multa diária; c) condenação em obrigação de não fazer qualquer anúncio ou divulgação do conteúdo questionado; e d) pagamento por danos morais sofridos.

Por sua vez, o Ibama, em Reconvenção, buscou indenização por danos morais, aduzindo que fora denegrida sua honra objetiva.

(...)

> *4. O acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do STJ, consoante o qual é impossível à pessoa jurídica de Direito Público (Administração Pública direta, autarquias, fundações públicas), de índole não comercial ou lucrativa, ser vítima de dano moral por ofensa de particular, já que constituiria subversão da ordem natural dos direitos fundamentais. Precedentes*.
>
> (...)
>
> 7. Recurso Especial não provido.
>
> (REsp 1.505.923/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 21/05/2015, DJe 19/04/2017, destaque meu).

Assim, tem-se que o dano moral ora em discussão reporta-se ao coletivo, ou seja, à ofensa a bens juridicamente tutelados capaz de atingir a esfera extrapatrimonial de toda uma comunidade, consoante se depreende da leitura dos julgados assim ementados:

> Agravo em recurso especial. Decisão agravada. Fundamentos. Impugnação específica. Inocorrência. Não conhecimento.
>
> 1. O agravo interposto contra decisão denegatória de processamento de recurso especial que não impugna, especificamente, todos os fundamentos por ela utilizados, não deve ser conhecido, conforme disposto na Súmula 182/STJ.
>
> 2. Agravo em recurso especial interposto por *Banco Bonsucesso S/A* não conhecido.
>
> *Recurso especial. Consumidor. Interesses individuais homogêneos. Ação civil pública. Débito. Pagamento antecipado. Art. 52, § 2º, do CDC. Valores essenciais. Lesão intolerável. Ausência. Danos morais coletivos. Inocorrência.*
>
> 1. Acórdão recorrido publicado em: 03/03/2016; concluso ao gabinete em: 02/10/2017; julgamento: CPC/73.
>
> 2. Na presente ação coletiva, o Ministério Público questiona a ocorrência de prática abusiva, decorrente do fato de não ter sido encaminhado aos consumidores o boleto necessário para o pagamento da dívida contraída com instituição financeira que não possui agência na cidade de seu domicílio, o que violaria o direito dos consumidores de quitarem antecipadamente o débito (art. 52, § 2º, do CDC).
>
> 3. O interesse individual homogêneo é um direito individual que acidentalmente se torna coletivo e, pois, indisponível, quando transcender a esfera de interesses puramente particulares, envolvendo bens, institutos ou valores jurídicos superiores, cuja preservação importa à comunidade como um todo.
>
> *4. O dano moral coletivo é categoria autônoma de dano que não se identifica com os tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico),*

mas com a violação injusta e intolerável de valores fundamentais titularizados pela coletividade (grupos, classes ou categorias de pessoas). Tem a função de: a) proporcionar uma reparação indireta à lesão de um direito extrapatrimonial da coletividade; b) sancionar o ofensor; e c) inibir condutas ofensivas a esses direitos transindividuais.

5. Se, por um lado, o dano moral coletivo não está relacionado a atributos da pessoa humana e se configura in re ipsa, *dispensando a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral, de outro,* ***somente ficará caracterizado se ocorrer uma lesão a valores fundamentais da sociedade e se essa vulneração ocorrer de forma injusta e intolerável***.

6. A lesão de interesses individuais homogêneos pode acarretar o comprometimento de bens e institutos jurídicos superiores cuja preservação é cara à própria comunidade, vulnerando, pois, valores fundamentais da comunidade, razão pela qual é passível, em tese, de reclamar a compensação de danos morais coletivos.

7. Na hipótese em exame, todavia, a lesão ao direito previsto no art. 52, § 2º, do CDC não acarreta a violação de valores essenciais da sociedade e o não envio dos boletos necessários à quitação do débito, ainda que possa configurar negativa de vigência à lei de regência, não configura lesão intolerável a interesse individual homogêneo, razão pela qual não há dano moral coletivo a ser indenizado.

8. Recurso especial conhecido interposto pelo *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul* conhecido e desprovido.

(REsp 1.643.365/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05/06/2018, DJe 07/06/2018, destaque meu).

Administrativo e Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Ação civil pública. Alegada violação ao art. 458, II, do CPC/73. Inexistência. Venda de combustível adulterado. Indenização por dano moral coletivo. Cabimento. Acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência desta Corte. Precedentes do STJ. Agravo regimental improvido.

I. Agravo Regimental interposto contra decisão publicada na vigência do CPC/73.

II. Na origem, trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, objetivando a condenação da empresa ré em medidas de reparação por danos decorrentes da venda de combustível adulterado.

III. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 458, II, do CPC/73, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão dos Embargos Declaratórios apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

IV. Da leitura da exordial e das circunstâncias identificadas pela Instância de origem, ressaem nítidos a abrangência e o alcance social dos fatos narrados na Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal, para defender os interesses da coletividade, a teor do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor.

V. A necessidade de correção das lesões às relações de consumo transcende os interesses individuais dos consumidores, havendo interesse público na prevenção da reincidência da conduta lesiva por parte da empresa ré, ora agravada, exsurgindo o direito da coletividade a danos morais coletivos. Com efeito, patente a configuração, no caso concreto, do dano moral coletivo, consistente na ofensa ao sentimento da coletividade, caracterizado pela espoliação sofrida pelos consumidores locais, gravemente maculados em sua vulnerabilidade, diante da comercialização de combustível adulterado.

VI. O acórdão recorrido encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte, consolidada no sentido de ser possível a condenação por danos morais coletivos, em sede de Ação Civil Pública, eis que "a possibilidade de indenização por dano moral está prevista no art. 5º, inciso V, da Constituição Federal, não havendo restrição da violação à esfera individual. A evolução da sociedade e da legislação têm levado a doutrina e a jurisprudência a entender que, quando são atingidos valores e interesses fundamentais de um grupo, não há como negar a essa coletividade a defesa do seu patrimônio imaterial. O dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de direito transindividual de ordem coletiva, valores de uma sociedade atingidos do ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade, pois o dano é, na verdade, apenas a consequência da lesão à esfera extrapatrimonial de uma pessoa". (STJ, REsp 1.397.870/MG, Rel. Ministro ***Mauro Campbell Marques, Segunda Turma****, DJe de 10/12/2014).*

Outros precedentes do STJ: REsp 1.509.923/SP, Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Segunda Turma*, DJe de 22/10/2015; AgRg no REsp 1.526.946/RN, Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Segunda Turma*, DJe de 24/09/2015; AgRg no REsp 1.541.563/RJ, Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Segunda Turma*, DJe de 16/09/2015; AgRg no REsp 1.404.305/RJ, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Segunda Turma*, DJe de 03/09/2015; REsp 1.397.870/MG, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Segunda Turma*, DJe de 10/12/2014.

VII. Estando o acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência sedimentada nesta Corte, afigura-se acertada a decisão ora agravada que, com fundamento na Súmula 83 do STJ, obstou o processamento do Recurso Especial.

VIII. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.529.892/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 27/09/2016, DJe 13/10/2016, destaque meu).

Feitas essas considerações, passo à análise da possibilidade de utilização dos critérios fixados no REsp n. 1.366.721/BA, julgado sob o rito dos repetitivos, para a determinação de indisponibilidade de bens a fim de assegurar o

pagamento de indenização por danos morais coletivos. Para tanto, peço licença para transcrever excertos dos votos então prolatados pelos Srs. Ministros Og Fernandes e Mauro Campbell Marques, na sessão de julgamento de 13.05.2015:

> Como é possível verificar, aludida legislação estabelece um *regime acautelatório próprio a assegurar o ressarcimento dos cofres públicos, em casos de improbidade administrativa*, sendo necessária a existência de fortes indícios de responsabilidade do promovido pela prática de *ato de improbidade que cause dano ao Erário*. Nesse sentido, é a compreensão formada por esta Corte Superior de Justiça, a exemplo do julgamento proferido para o Recurso Especial 1.135.548/PR, de relatoria da em. Min. Eliana Calmon, segundo o qual: 'O requisito cautelar do 'periculum in mora' está implícito no próprio comando legal, que prevê a medida de bloqueio de bens, uma vez que visa a 'assegurar o integral ressarcimento do dano" (DJ 22/6/2010).
>
> (...)
>
> Essencial, nesse ponto, ainda, trazer a lume os fundamentos que constaram do julgamento do Recurso Especial 1.319.515/ES, de relatoria do em. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator para acórdão ministro Mauro Campbell Marques (DJe 21/9/2012):
>
> > (...)
> >
> > Verifica-se no comando do art. 7º da Lei 8.429/1992 que a indisponibilidade de bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o 'periculum in mora' implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição, segundo a qual 'os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível'.
> >
> > (...)
> >
> > Assim, a Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes tráfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do *'periculum in mora' (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 798 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público*, da coletividade, bem assim o acréscimo patrimonial ilegalmente auferido.

> (...)
>
> Oportuno notar que é pacífico nesta Corte Superior entendimento segundo o qual a indisponibilidade de bens deve recair sobre o patrimônio dos réus em ação de improbidade administrativa de modo *suficiente a garantir o ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, levando-se em consideração, ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma.*
>
> (...)
>
> Ocorre que, no caso da indisponibilidade de bens em ação civil de improbidade administrativa, prevista no art. 7º da LIA, não se vislumbra uma típica tutela de urgência, como descrito acima, mas sim uma tutela de evidência, uma vez que o 'periculum in mora' não é oriundo da intenção do agente de dilapidar seu patrimônio visando frustrar a reparação do dano e sim da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, o que atinge toda a coletividade.
>
> (...)
>
> Oportuno notar que é pacífico nesta Corte Superior entendimento segundo o qual a constrição patrimonial deve recair sobre os bens dos réus em ação civil de improbidade administrativa de modo suficiente a garantir o ressarcimento de eventual prejuízo ao erário (...).
>
> (...)
>
> ***A constrição patrimonial deve alcançar o valor da totalidade da lesão ao erário, bem como sua repercussão no enriquecimento ilícito do agente, decorrente do ato de improbidade que se imputa (...).***

(...)

> Ante o exposto, rogando vênias ao entendimento do ilustre Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, voto no sentido de *dar provimento aos recursos especiais*, a fim de ***determinar a indisponibilidade dos bens da parte recorrida desde que observados a possível extensão do dano causado ao erário, o proveito patrimonial decorrente do ato imputado como ímprobo, bem como de eventual multa civil a ser aplicada*** (destaques meus).

Pois bem. Registro que, naquela oportunidade, a controvérsia limitou-se à análise da possibilidade de indisponibilidade de bens para assegurar o ressarcimento ao erário, a devolução dos valores ilicitamente auferidos pelo agente e o pagamento de multa civil nas ações por ato de improbidade administrativa.

Assim, tendo em vista cuidar-se de medida restritiva, entendo que esse julgado não se aplica à indisponibilidade de bens para assegurar o pagamento de indenização

por danos morais coletivos, mesmo que o pedido de condenação a tal dano seja formulado no bojo de ação que busca, precipuamente, a punição por cometimento de ato ímprobo.

Outrossim, cumpre esclarecer que não se está a excepcionar a aplicação do decidido no REsp 1.366.721/BA ao caso concreto, mas, sim, a afirmar que esse julgado não apontou a possibilidade de presunção do requisito do "periculum in mora", de natureza excepcional, para a decretação de indisponibilidade de bens a fim de garantir o pagamento de indenização por danos extrapatrimoniais coletivos.

Dito isso, necessário examinar a natureza da tutela em discussão, se de urgência ou de evidência.

No regime das tutelas provisórias, tem-se a tutela de urgência e a de evidência, consoante arts. 294, 300 e 311, do CPC/15.

A tutela de urgência pode ser concedida quando demonstrados a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (art. 300 o CPC/15), porquanto visa proteger a parte em situação de perigo, podendo revestir-se de natureza satisfativa ou cautelar.

Já a tutela da evidência, por sua vez, pode ser concedida independente de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (art. 311 do CPC/15) e somente será satisfativa.

Em relação ao assunto, à luz do Código de Processo Civil de 1973, ensina o saudoso Ministro Teori Albino Zavascki:

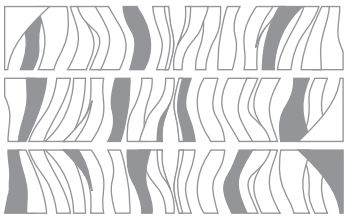
> 5. Tutela provisória e urgência de tutelar.
>
> A primeira nota característica dessa espécie de tutela jurisdicional está na circunstância de fato que lhe serve de pressuposto. *Ela supõe a existência de uma situação de risco ou de embaraço à efetividade da jurisdição, a saber: risco de dano ao direito, risco de ineficácia da execução*, obstáculo que o réu maliciosamente põe ao andamento normal do processo e assim por diante.
>
> (...)
>
> Em tais ocasiões, ou se promove desde logo a medida para garantir a execução e para antecipar a tutela requerida, ou se terá frustrada a futura execução e o próprio direito que eventualmente vier a ser reconhecido (...). Sem essa qualificação, a da efetividade, a tutela jurisdicional estará comprometida e poderá ser inteiramente inútil. *Em situações de risco, de perigo de dano, de comprometimento da efetividade da função jurisdicional, será indispensável, por isso, alguma espécie de providência imediata, tomada antes do esgotamento das vias ordinárias. Daí a razão pela qual se pode afirmar que a tutela destinada a prestar tais providências é a* ***tutela de urgência***.

> O conceito de urgência, que enseja tutela provisória, deve ser entendido em sentido amplo, mais amplo que o sentido pelo qual é geralmente adotado, ou seja, de representar situação apta a gerar dano irreparável. A urgência, no sentido que aqui se utiliza, está presente em qualquer situação fática de risco ou embaraço à efetividade da jurisdição.
>
> (...)
>
> *Nova hipótese de antecipação de tutela foi criada pela Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002, que acrescentou o seguinte parágrafo ao art. 273 do Código de Processo Civil: '§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso' (...). Resulta clara a intenção do legislador: não retardar a prestação jurisdicional de um direito manifestamente evidente* que, por circunstâncias meramente processuais, está atrelado a outro direito, controvertido (...).
>
> *A fórmula da antecipação da* ***tutela fundada na evidência do direito postulado****, prevista no § 6º, busca, sem dúvida, privilegiar celeridade da função jurisdicional.* O princípio constitucional da efetividade do processo se exterioriza, entre outros modos, também pela pronta resposta do Estado às demandas que lhe são dirigidas. Não se estará atendendo àquele princípio se a demora na entrega da tutela reclamada decorrer de motivo injustificado ou irrazoável. De certo modo, o julgamento conforme o estado do processo (art. 328) representa forma de concretizar esse princípio (...).
>
> (...)
>
> *Como se percebe, a hipótese de antecipação da tutela em face da evidência do direito, ora em foco, reveste-se do ponto de vista constitucional, de natureza peculiar.* Diferentemente das demais hipóteses previstas no art. 273 do Código de Processo Civil, em que a tutela antecipada tem a função de estabelecer condições de convivência entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade do processo eventualmente em colisão, *a nova espécie de antecipação, que ocorre em cenário onde não existe o citado conflito, representa simplesmente uma ação afirmativa em benefício do princípio constitucional da efetividade* e, mais especificamente, do direito fundamental explicitado no art. 5º, LXXVIII, da Constituição (introduzido pela EC n. 45/2004), segundo o qual 'a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação' (Cf. Teori Albino Zavascki, *Antecipação da Tutela*, 7ª ed., Editora Saraiva, 2009, pp. 28/29 e pp. 108/110, destaques meus).

Nessa sintonia, entendo que a indisponibilidade de bens a fim de assegurar o pagamento de indenização por danos morais coletivos possui natureza jurídica de tutela de urgência; trata-se de providência cujo objetivo é garantir a efetividade do processo. Portanto, constituem requisitos concomitantes para a sua concessão a demonstração de probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

No caso concreto, verifico que o entendimento adotado pela Corte "a qua", no tocante à impossibilidade de se determinar a indisponibilidade dos bens, com base no disposto no art. 7º da LIA, para assegurar o pagamento de indenização por danos morais coletivos, merece ser mantido.

Isto posto, ***conheço em parte*** do Recurso Especial e ***nego-lhe provimento***.



Segunda Turma

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 1.290.543-MG (2018/0108405-0)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Agravante: Empabra Empresa de Mineracao Pau Branco S/A
Advogado: Sandro Roberto dos Santos - DF014409
Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Interes.: Phoenix Mineracao e Comercio Ltda
Advogados: Nilson Reis - MG008078
Sergio Antonio de Resende e outro(s) - MG007883

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Ação civil ambiental. Transporte de minério. Rodovia estadual. TAC descumprido. Abstenção de trafegar. Liminar concedida em sede de agravo. Fato superveniente. Ausência de prequestionamento. Lei municipal. Incidência da Súmula n. 280/STF. Embargos de declaração. Arts. 489 e 1.022, do CPC/2015. Omissões não verificadas. Tráfego. Abstenção. Pedido expresso para a empresa recorrente. Ausência de procurador. Violação do art. 525 CPC/73. Súmula 7/STJ. Acórdão *a quo* proferido em decisão liminar. Incidência das Súmulas n. 7/STJ e 735/STF.

I - Na origem o Ministério Público de Minas Gerais ajuizou ação civil alegando ter firmado um TAC com empresa mineradora para mitigação de riscos ambientais decorrentes da respectiva atividade e que, posteriormente, a empresa, de forma unilateral, alterou o trajeto já definido para o escoamento do minério, passando a transitar por rodovia estadual – MG30. Requereu, liminarmente, que as empresas se abstivessem de trafegar na respectiva rodovia.

II - O acórdão recorrido especialmente, proferido em sede de liminar, acolheu o pedido no sentido de determinar que as empresas responsáveis cessassem o respectivo transporte.

III - O fato superveniente alegado, relativo à posterior edição de lei municipal que vedou o tráfego de minério também por rodovia municipal, inviabilizando a atividade da recorrente, não pode ser

analisado no âmbito do recurso especial, que tem seus limites delimitados constitucionalmente, sendo um deles a necessidade de prequestionamento.

IV - Ademais, eventual debate sobre o tema, esbarraria no óbice da Súmula n. 280/STF, por demandar análise sobre legislação local.

V - No que trata da apontada violação dos arts. 489 e 1.022, do CPC/2015, verifica-se não assistir razão à recorrente, pois o Tribunal *a quo* decidiu a matéria de forma fundamentada, analisando todas as questões que entendeu como pertinentes ao deslinde da análise da liminar.

VI - Nesse panorama, a oposição dos embargos declaratórios caracterizou, tão somente, a irresignação da embargante diante de decisão contrária a seus interesses, o que não viabiliza o referido recurso, sendo de rigor o afastamento das apontadas violações.

VII - A alegação de que não teria havido pedido expresso na ação originária no sentido de que a ora recorrente se abstivesse de trafegar na rodovia MG-030 não procede, uma vez que a decisão *a quo* consignou de forma expressa acerca do pedido feito pelo Ministério Público nesse sentido e, ainda, que teria acolhido pedido da PGJ para determinar a extensão dos efeitos da tutela à ora recorrente "[...] ou a quem lhe fizer as vezes".

VIII - Para se infirmar a fundamentação do *decisum*, no sentido de averiguar eventual violação do art. 525 do CPC/73, sob a alegação de ausência de certidão sobre a ausência de procurador da *Empabra*, seria necessário o revolvimento do acerbo probatório dos autos, vedado pela Súmula n. 7/STJ, pois o acórdão recorrido deliberou de forma expressa que a empresa juntou procuração, e que não teve qualquer prejuízo em decorrência disso.

IX - O acórdão recorrido foi prolatado em sede de análise de pleito liminar, com ampla verificação e debate sobre as provas e alegações da parte. Incidência dos óbices sumulares n. 7/STJ e 735/STF.

X - Agravo conhecido para conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do agravo para conhecer em parte do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a). Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 28 de março de 2019 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe 2.4.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou ação civil púlica contra Phoenix Mineração e Comércio Ltda e Empresa de Mineração Pau Branco Ltda – *Empabra*, com pedido de liminar, tendo por objetivo, em síntese, fazer cessar a atividade de transporte de fino minério na Rodovia MG 030, realizado pelas respectivas empresas.

O pedido de tutela antecipada foi indeferido no juízo *a quo* (fls. 12-13), mas em grau recursal o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais reformou a decisão, nos termos da seguinte ementa (fl. 1.264):

> Agravo de instrumento. Ação civil pública. Meio-ambiente. Tutela antecipada indeferida. Requisitos demonstrados. Plano de recuperação da área degradada. Mina *Corumi*. Transporte de minério. Via de escoamento. Alteração unilateral do trajeto pelas requeridas. Princípio da prevenção ou precaução. Recurso provido.
>
> 1. Os requisitos autorizadores do deferimento da tutela específica de urgência em ação cujo objeto seja o cumprimento de obrigação de fazer e de não fazer são a relevância do fundamento e o justificado receio de ineficácia do provimento final, na forma do artigo 461 do Código de Processo Civil então vigente, pressupostos esses menos rigorosos do que os exigidos pelo artigo 273 do CPC/1973.
>
> 2. Tendo o órgão responsável concedido a autorização para recuperação da área degradada, com condicionantes, o que restou desatendido pelas requeridas, que alteraram de forma unilateral o trajeto anteriormente ajustado para o transporte de minério, reforçando os impactos ambientais já causados na área,

prejudicando, outrossim, o trânsito da região e a segurança de seus usuários, deve ser reformada a decisão que indeferiu a tutela antecipada, posto que em matéria ambiental vige o princípio da prevenção ou da precaução.

3. Recurso provido.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 1.309-1.325).

A *Empabra* interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal alegando, inicialmente, violação dos arts. 489, § 1º, IV e 1.022 do CPC/2015, sustentando ter havido graves omissões na análise de sua pretensão, relacionadas a sete esclarecimentos necessários à formação do convencimento do magistrado, inclusive matérias que seriam de ordem pública: ausência de pedido recursal no tocante à proibição de tráfego pela ora recorrente, e supressão de instância.

Por violação aos mesmos dispositivos, afirma não ter havido manifestação *a quo* sobre o fato de se estar diante de licenciamento de âmbito estadual, e não municipal, no que não seria o caso de inobservância do PRAD, e não haveria qualquer óbice legal ao tráfego de caminhões da embargante em vias públicas.

Invoca, ainda, afronta ao art. 1.016, III, do CPC/2015, uma vez que o Tribunal *a quo* teria concedido além do que o ora agravado requereu, pois não houve pedido de proibição de tráfego de caminhões da *Empabra*.

Aponta violação do art. 525, I, do CPC/73, afirmando que o agravo não foi instruído com certidão informando que a empresa não teria ainda constituído procurador.

A recorrente ainda alega a existência de fato superveniente, ocorrido após o deferimento da liminar que determinou a proibição do tráfego de caminhões pela MG 030, qual seja: em janeiro de 2018 a Câmara Municipal de Rio Acima editou lei municipal (n. 1.563/2018), proibindo o tráfego de caminhões com mais de 23 toneladas pelas vias urbanas, situação que inviabilizou totalmente o transporte de minério de ferro também por essa rodovia (fls. 1.421-1.460).

Após o oferecimento de contrarrazões (fls. 1.362-1.373), o Tribunal de origem negou seguimento ao recurso (fls. 1.374-1.376), ensejando a interposição do presente agravo.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do recurso, nos termos da seguinte ementa (fl. 1.413):

Agravo em recurso especial. Processual Civil Tutela antecipada. Requisitos demonstrados. Plano de recuperação da área degradada. Transporte de minério.

Acórdão com conteúdo de decisão interlocutória. Retenção do recurso especial. Questão de mérito ainda não julgada, em única ou última instância, pelo Tribunal de origem. Exame. Impossibilidade. Súmula n. 735/STF. I. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela aplicabilidade da retenção do recurso especial, conforme o disposto no art. 542, § 3º, do CPC, na hipótese de acórdão com conteúdo de decisão interlocutória, ainda mais que no caso concreto, não se verifica receio de esvaziamento da utilidade do recurso especial em razão do aguardo da decisão final da lide. II. O agravante não trouxe qualquer argumento novo capaz de ilidir o entendimento firmado na decisão agravada. Com efeito, o Tribunal *a quo* se manifestou acerca dos pontos arguidos em sede de embargos de declaração opostos pelo ora agravante, sendo observada a devida prestação jurisdicional na instância ordinária, revelando-se evidente tão somente o mero inconformismo da parte com o entendimento firmado nestes autos. III. A jurisprudência do STJ não admite a interposição de Recurso Especial com objetivo de discutir a correção de acórdão que nega ou defere medida liminar ou antecipação de tutela, por não se tratar de decisão em única ou última instância. Incide, analogicamente, o enunciado 735 da Súmula do STF. IV. Parecer, em preliminar, pela retenção do agravo em recurso especial, em conformidade com o disposto no artigo 542, § 3º do Código de Processo Civil anterior. Sendo ultrapassada a preliminar, este órgão ministerial opina pelo não conhecimento do agravo em recurso especial.

Encontra-se vinculada ao presente feito, a TP 1.317/MG, cujo pedido foi por mim indeferido liminarmente.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Considerando que a agravante impugnou a fundamentação apresentada na decisão agravada, e atendidos os demais pressupostos de admissibilidade do agravo, passo ao exame do recurso especial.

De início cumpre ressaltar que ainda que o fato superveniente possa ter certa relevância, na medida em que culminou por impedir o trânsito de caminhões da empresa recorrente nas respectivas rodovias, o fato é que não pode ser dirimido no âmbito do recurso especial, que tem seus limites bem definidos constitucionalmente, não sendo cabível para amplo debate acerca de todas as questões alegadas, sendo o prequestionamento um de seus principais requisitos de admissibilidade.

Ademais, a controvérsia envolve legislação municipal, cujo debate não pode se dar em autos de recurso especial, conforme aplicação, por analogia, dos

termos da Súmula n. 280/STF. Tal questão deve ser alvo de insurgência pela parte interessada nos limites da competência judiciária do Tribunal competente.

Quanto às alegações de violação de lei federal, a primeira e mais importante para a recorrente está relacionada com as supostas omissões perpetradas pela Corte *a quo*, a despeito da oposição dos embargos de declaração.

Ocorre que não se vislumbram as alegadas omissões, tendo o julgador abordando a controvérsia, limitada à análise de pedido de liminar, tal que lhe fora proposta, não estando obrigado a responder um a um todos os questionamentos das partes, desde que apresente decisão devidamente fundamentada, sendo essa exatamente a hipótese dos autos.

E a despeito de o acórdão recorrido apresentar-se devida e manifestamente fundamentado, ainda em sede de declaratórios foram expressamente citadas algumas questões, senão, vejamos:

> Consta da decisão de fls. 1.137/1.139, por pertinente, que "Primeiramente, rejeito a preliminar suscitada pela segunda agravada de não conhecimento do recurso, eis que, consoante consignado na decisão de fls. 941/943-TJ, encontram-se reunidos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade do agravo, em conformidade com o artigo 522 e seguintes do Estatuto Processual de 1973. A propósito, verifica-se que a empresa *Empabra*, que juntou procuração nos autos à fl. 962-TJ, está representada pelos mesmos patronos da primeira agravada, como se observa dos instrumentos acostados às fls. 302 e 632-TJ, não se aferindo que aquela tenha sofrido qualquer tipo de prejuízo, até porque, ao que se afere da contraminuta de fls. 1.042/1.050-TJ, não havia sido juntado o mandato em primeiro grau de jurisdição, restringindo-se o pedido de tutela antecipada, na petição inicial, à Phoenix Mineração e Comércio Ltda. (fl. 34-TJ)".
>
> Nesse mister, verifico primeiramente que o indeferimento da preliminar de não conhecimento do recurso na decisão de fls. 1.137/1.139, devidamente publicada, não causou prejuízo à embargante, tendo sido a questão relatada no projeto de acórdão submetido ao julgamento colegiado, não se aferindo, nesse passo, a existência de vício no julgado, mostrando-se despicienda a juntada de certidão atestando a ausência de procuração no feito de origem.
>
> Passando adiante, não vislumbro que tenha havido a violação ao disposto no artigo 1.016, III do NCPC, que corresponde ao artigo 524 do Código de Processo Civil de 1973, inexistindo óbice à extensão dos efeitos da tutela antecipada, na forma dos artigos 462 do CPC/1973 e 493 do CPC/2015, demonstrando o *Parquet* ter havido transferência da execução das obras da primeira para a segunda agravada, com a permanência do tráfego de minério na Rodovia Estadual MG-030, que havia sido vedada, todavia, na decisão que deferira a antecipação da tutela recursal.

> Não há que se falar, ademais, em omissão no que toca à suposta regularidade da operação, constando expressamente do julgado que as agravadas deixaram de comprovar, a contento, a existência de autorização para que pudessem utilizar percurso diverso daquele descrito, não se desincumbindo de seus ônus probatório, denotando-se na realidade a tentativa de nova interpretação das questões, segundo as convicções da embargante, o que se mostra vedado.
>
> Como sabido, não se mostra este recurso como a via processual adequada para que a parte possa rediscutir matérias já apreciadas em grau recursal, devendo os declaratórios limitar-se tão-somente à presença dos vícios apontados na lei.
>
> A propósito, destaca-se que a omissão que enseja complementação é aquela em que ocorre o tribunal, sobre ponto que deveria ter se pronunciado, ou porque a parte o requerera, ou por se tratar de matéria de ordem pública, ao que se acresce que a contradição a ser apontada deve ser intrínseca à decisão objurgada, que deve contradizer-se, apresentando falta de nexo ou de lógica, incoerência ou discrepância, o que não se observa na hipótese, não se cuidando, por fim, de decisão obscura.
>
> Não prospera, nesse passo, a assertiva da empresa de indevida interpretação de condicionante do PRAD, encontrando-se limitada a autorização para a recuperação da área degradada, reafirma-se, na via de escoamento do minério, considerando-se as peculiaridades que envolvem a região, consoante explicitado no acórdão, que concluiu, à unanimidade de votos, pela presença dos requisitos para a tutela antecipada, não se olvidando da extensa documentação apresentada.
>
> Não se pode deixar de considerar que os declaratórios, modalidade recursal especifica, não se prestam a proceder à nova análise da prova ou do direito relativo ao processo, sendo que, se a embargante entende que o julgado não solucionou a demanda em conformidade com a prestação jurisdicional esperada, outra há de ser a via recursal escolhida, que não os embargos, limitados aos pressupostos do artigo 1.022 do NCPC/15, repita-se, não se erigindo como meio processual para espancar eventual erro na apreciação da prova ou do direito, pois não se admite que possa inovar além do simples aclaramento do que foi decidido.
>
> Dessa forma, em regra, os embargos que encobrirem propósito infringente devem ser afastados, uma vez que os efeitos modificativos, na via eleita, somente são admitidos excepcionalmente, como conseqüência da correção de um dos vícios aludidos.

Nesse panorama, a oposição dos embargos declaratórios caracterizou, tão somente, a irresignação da embargante diante de decisão contrária a seus interesses, o que não viabiliza o referido recurso.

Descaracterizada a alegada omissão, tem-se de rigor o afastamento da suposta violação dos arts. 489 e 1.022, do CPC/2015, conforme pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Civil e Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Ação de exibição de documentos. Embargos de declaração. Omissão, contradição ou obscuridade. Não ocorrência. Violação do art. 489 do CPC/15. Inocorrência. Fundamentação. Deficiente. Súmula 284/STF. Reexame de fatos e provas. Inadmissibilidade.

1. Ausentes os vícios do art. 1.022 do CPC/15, rejeitam-se os embargos de declaração.

2. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e fundamentado corretamente o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há que se falar em violação do art. 489 do CPC/15.

3. A ausência de fundamentação ou a sua deficiência importa no não conhecimento do recurso quanto ao tema.

4. Nas ações cautelares de exibição de documentos, em razão dos princípios da sucumbência e da causalidade, haverá a condenação ao pagamento de honorários advocatícios quando estiver demonstrada a resistência à exibição dos documentos.

5. Alterar o decidido no acórdão impugnado, no que concerne à existência de pretensão resistida, bem como quanto à legitimidade passiva configurada, exige o reexame de fatos e provas, o que é vedado em recurso especial pela Súmula 7/STJ.

6. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1.719.870/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/09/2018, DJe 26/09/2018)

Processual Civil. Embargos de declaração no agravo interno no recurso especial. Enunciado Administrativo n. 3/STJ. Ofensa ao art. 489, § 1º, IV, e art. 1.022, II, ambos do CPC/2015. Reajuste de 28,86%. Compensação em face das Leis n. 8.622/93 e 8.627/93 alegada em se de embargos à execução. Suposta omissão quanto aos limites do título executivo. Ausência de previsão de compensação. Irrelevância. Fundamento autônomo apresentado pelo Tribunal de origem para manter o julgado, ainda que o título executado não previsse a compensação. Negativa de prestação jurisdicional não configurada. Embargos de declaração acolhidos sem efeitos infringentes.

1. Os embargos de declaração representam recurso de fundamentação vinculada ao saneamento de omissão, contradição, obscuridade ou erro material, não se prestando, contudo, ao mero reexame da causa.

2. A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que o provimento do recurso especial por contrariedade ao art. 1.022 do CPC/2015 pressupõe que sejam demonstrados, fundamentadamente, os seguintes motivos: (a) que a questão supostamente omitida tenha sido invocada na apelação, no agravo ou nas contrarrazões a estes recursos, ou, ainda, que se cuide de matéria de ordem pública a ser examinada de ofício, a qualquer tempo, pelas instâncias

> ordinárias; (b) a oposição de aclaratórios para indicar à Corte local a necessidade de sanar a omissão em relação ao ponto; (c) que a tese omitida seja fundamental à conclusão do julgado e, se examinada, poderá conduzir a anulação ou reforma do julgado; (d) a inexistência de outro fundamento autônomo, suficiente para manter o acórdão.
>
> 3. No presente caso, ao contrário do que afirmam os embargantes, o Tribunal de origem apresentou fundamento autônomo para a compensação do reajuste de 28,86% em face das Leis n. 8.626/93 e 8.627/93 em sede de execução, qual seja, de que a reestruturação da carreira promovida pela MP n. 2.150/01 teria ocorrido após o encerramento da jurisdição ordinária, razão pela qual referida compensação poderia ser requerida em sede de execução sem caracterizar ofensa à coisa julgada, nos termos do entendimento firmado por esta Corte Superior quando do julgamento do REsp n. 1.235.513/AL, submetido à sistemática dos recursos repetitivos.
>
> 4. Desta forma, ainda que o Tribunal de origem não tenha se manifestado sobre o erro material suscitado nos aclaratórios opostos na origem, tal fato se mostra irrelevante para a solução dada, pois apresentado outro fundamento autônomo capaz de manter, por si só, o acórdão recorrido, não restando preenchidos os requisitos para o reconhecimento da negativa de prestação jurisdicional.
>
> 5. Conforme pacífica orientação deste Tribunal Superior, não há que se falar em negativa de prestação jurisdicional, nem em vício, quando o acórdão impugnado aplica tese jurídica devidamente fundamentada, promovendo a integral solução da controvérsia, ainda que de forma contrária aos interesses da parte.
>
> 6. Embargos de declaração acolhidos para integralização do julgado, sem efeitos modificativos.
>
> (EDcl no AgInt no REsp 1.659.455/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018)

Em relação à suposta ausência de pedido para que a *Empabra* trafegasse na respectiva rodovia, veja-se que já na decisão monocrática consignou-se que o Ministério Público pretendia que "[...] as rés se abstenham de utilizar a MG-030, trecho Nova Lima/BH Shoppíng, para o transporte finos de minério da Mina Corumbi" (fl. 14).

Ademais, colhe-se da decisão recorrida, *verbis* (fls. 1.268-1.269);

> Na mesma ocasião, deferi o pedido da PGJ "para determinar a extensão dos efeitos da tutela antecipada para a segunda agravada, ou seja, o impedimento do transporte de finos de minério na Rodovia MG 030, nos estritos termos da decisão de fls. 951/953-TJ, refere-se à empresa Phoenix Mineração e Comércio Ltda. ou a quem lhe fizer às vezes"

Dessa forma, a alegação de violação do referido dispositivo do CPC/2015 não procede.

No que diz respeito à possível violação do art. 525, do CPC/73, sob a alegação de que o processo não teria se formado com a certidão de que a parte não teria procurador, o Tribunal *a quo* deliberou a respeito, conforme transcrição já realizada acima, no sentido de que a *Empabra* juntara procuração nos autos, estando devidamente representada pelos mesmos patronos da primeira agravada, e que ela não teve qualquer prejuízo.

Rebater tal fundamentação nesta instância, demandaria o revolvimento do conjunto probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula n. 7/STJ.

Ademais, cumpre ressaltar que o acórdão recorrido foi proferido em sede de análise de pleito liminar, com ampla análise e debate sobre as respectivas provas e alegações das partes, conforme se constata da leitura das razões expendidas pelo relator (fls. 1.265-1.279), que assim concluiu:

> Sem desconsiderar o extenso conjunto probatório dos autos, especialmente a documentação de fls. 194/263 e 349/502; tenho que razão assiste ao agravante ao destacar que "permitir a alteração unilateral do trajeto estabelecido pelo órgão ambiental licenciador da atividade (COMAM) é fazer do licenciamento ambiental letra morta, conferindo maior peso aos interesses econômicos da agravada, em detrimento do meio ambiente urbano, da segurança e da qualidade de vida das pessoas que utilizam a rodovia MG 030 no já saturado trecho limítrofe dos municípios de Nova Lima e Belo Horizonte" (fl. 11).

Nesse panorama, revisar tais questões no âmbito do recurso especial é descabido, uma vez que a pretensão esbarra no óbice da Súmula n. 7/STJ e, por analogia, na Súmula n. 735/STF, *verbis*:

> Súmula 7/STJ - A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.
>
> Súmula 735/STF - Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar.

A jurisprudência desta Corte é absolutamente sedimentada nesse sentido:

> Processual Civil e Administrativo. Agravo interno no agravo em recurso especial. Contrariedade ao art. 535 do CPC/1973. Deficiência na alegação. Incidência da Súmula 284 do STF. Ação civil pública. Antecipação de tutela. Deferimento contra o poder público. Possibilidade. Revisão dos requisitos concessivos da medida

liminar. Inviabilidade. Questão enfrentada pela Corte de origem com base nos elementos de prova. Incidência da Súmula 7 do STJ. Precedentes.

1. É deficiente a fundamentação do recurso especial em que a alegada ofensa ao art. 535 do CPC/1973 se faz sem a demonstração objetiva dos pontos omitidos pelo acórdão recorrido, individualizando o erro, a obscuridade, a contradição ou a omissão supostamente ocorridos, bem como sua relevância para a solução da controvérsia apresentada nos autos. Incidência da Súmula 284/STF.

2. O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudencial consolidada de que a verificação dos requisitos para a concessão da medida liminar de natureza cautelar ou antecipatória dos efeitos da tutela consiste em matéria de fato, e não de direito, sendo sua análise defesa em recurso especial. Incidência, portanto, da Súmula 7 do STJ.

3. Também é orientação pacífica desta Corte de que o art. 1º, § 3º, da Lei n. 8.437/1992, o qual estabelece que não será cabível medida liminar contra o Poder Público que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação, diz respeito "às liminares satisfativas irreversíveis, ou seja, àquelas cuja execução produz resultado prático que inviabiliza o retorno ao status quo ante, em caso de sua revogação" (REsp 664.224/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 1º/3/2007), circunstância que não se revela presente na espécie.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 785.407/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 11/12/2018, DJe 17/12/2018)

Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Recurso manejado sob a égide do NCPC. *Querela nullitatis*. Tutela antecipada. Suspensão *ope judicis* do cumprimento de sentença. Plausibilidade do direito. *Periculum in mora*. Ausência. Negativa de prestação jurisdicional. Alegação de ofensa ao art. 1.022 do NCPC. Omissão inexistente. Acórdão recorrido devidamente fundamentado. Decisão de natureza provisória. Incidência, por analogia, da Súmula n. 735 do STF. Decisão mantida. Recurso manifestamente inadmissível. Incidência da multa do art. 1.021, § 4º, do NCPC. Agravo interno não provido.

1. Agravo interno interposto contra decisão publicada na vigência do novo Código de Processo Civil, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, nos termos do Enunciado Administrativo n. 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

2. Não há ofensa ao art. 1.022 do NCPC quando o Tribunal de origem enfrenta todas as questões postas, não havendo no acórdão recorrido omissão, contradição ou obscuridade.

3. Qualquer outra análise acerca dos requisitos do art. 300 do NCPC e da suposta existência de premissa falsa, capaz de alterar o resultado do julgamento, seria inevitável o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial, com respaldo na Súmula n. 7 desta Corte.

4. A teor do que dispõe a Súmula n. 735 do STF, não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar. Desse modo, não é cabível recurso especial para reexaminar decisão que defere ou indefere liminar ou antecipação de tutela.

5. Em virtude do não provimento do presente recurso, e da anterior advertência em relação a aplicação do NCPC, incide ao caso a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do NCPC, no percentual de 3% sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito da respectiva quantia, nos termos do § 5º daquele artigo de lei.

6. Agravo interno não provido, com imposição de multa.

(AgInt no REsp 1.727.285/AM, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 10/12/2018, DJe 13/12/2018)

Processual Civil. Agravo interno submetido ao Enunciado Administrativo 3/STJ. Violação ao art. 535 do CPC/1973. Não configuração. Recurso especial interposto contra acórdão que trata de antecipação dos efeitos da tutela. Não cabimento. Súmula 735/STF.

1. O Tribunal de origem decidiu de modo integral e suficiente a questão da competência da Justiça Estadual, bem assim da necessidade de suspensão da comercialização e habilitação de novas linhas telefônicas em determinada localidade, enquanto não tomadas as providências necessárias para melhorar a qualidade na prestação do serviço. Não remanescendo sem apreciação questão essencial à solução da controvérsia, não há falar em ofensa ao art. 535 do CPC/1973.

2. Contra acórdão que concede ou indefere liminar ou antecipação de tutela, compete à parte recorrente apontar como violados os dispositivos relacionados à própria medida, e não aqueles que dizem respeito ao mérito da causa, consoante orientação da Súmula 735/STF.

3. O recurso especial não pode ser conhecido quanto à alegada ofensa aos arts. 295, I, c/c 286 do CPC/1973, tendo em vista que a Corte de origem não se manifestou quanto à tese de que a decisão que antecipara os efeitos da tutela contém comando genérico.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1.182.853/AM, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 06/11/2018, DJe 13/11/2018)

Ante o exposto, conheço do agravo para conhecer parcialmente do recurso especial e, nesta parte, negar-lhe provimento.

É o voto.

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL N. 1.420.488-SC (2013/0388395-3)

Relator: Ministro Og Fernandes
Agravante: Katiana Trichês Bunn e outro
Advogado: Ricardo Reitz Bunn - SC017020
Agravado: Fazenda Nacional
Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PR000000O

EMENTA

Processual Civil. Tributário. Agravo interno no recurso especial. Execução fiscal. Alienação de bem imóvel. Adquirente de boa-fé. Inscrição em dívida ativa. Fraude à execução. Presunção absoluta. Inaplicabilidade da Súmula 375/STJ. Impenhorabilidade de bem de família. Nulidade do negócio jurídico anterior. Vício de forma da inscrição na dívida ativa. Ausência de prequestionamento.

1. O tema afeto ao alegado vício de forma da inscrição do débito na dívida ativa, que os agravantes entendem não poder caracterizar a nulidade do negócio, não foi objeto de debate pelo Tribunal *a quo*, carecendo do indispensável prequestionamento e atraindo o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF.

2. Para hipótese ocorrida antes da vigência da Lei Complementar n. 118, de 9/6/2005, considerava-se absoluta a presunção de fraude à execução quando a alienação do bem se dava em momento posterior à mera citação da alienante nos autos de execução fiscal contra ela movida.

3. Com o advento da Lei Complementar n. 118/2005, que conferiu nova redação ao art. 185 do Código Tributário Nacional,

convencionou-se que a mera alienação de bens pelo sujeito passivo com débitos inscritos na dívida ativa, sem a reserva de meios para a satisfação dos referidos débitos, pressupõe a existência de fraude à execução ante a primazia do interesse público na arrecadação dos recursos para o uso da coletividade.

4. Registre-se, por oportuno, que a Primeira Seção deste Superior Tribunal, no julgamento do Recurso Especial n. 1.141.990/PR, de relatoria do Ministro Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008, consolidou entendimento segundo o qual não se aplica à execução fiscal a Súmula 375/STJ: "O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente."

5. Quanto à impenhorabilidade do bem de família, a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que, mesmo quando o devedor aliena o imóvel que lhe sirva de residência, deve ser mantida a cláusula de impenhorabilidade, visto que imune aos efeitos da execução e, caso reconhecida a invalidade do negócio, o imóvel voltaria à esfera patrimonial do devedor ainda como bem de família. Todavia, essa não é a hipótese dos autos, pois o imóvel somente passou a ostentar a qualidade de bem de família porque os últimos adquirentes, que são os ora agravantes, deram-lhe destinação de moradia, não sendo oponível para validar negócios jurídicos anteriores.

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 Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, 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), 21 de março de 2019 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 28.3.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de agravo interno manejado por Katiana Trichês Bunn e outro contra a decisão monocrática de e-STJ, fls. 469-474, integrada pela decisão de e-STJ, fls. 529-532, por meio das quais se deu provimento ao recurso especial fazendário para declarar a nulidade da alienação do bem imóvel em questão, tendo em vista a caracterização da fraude à execução.

Em suas razões, os agravantes sustentam que, no julgamento do AgInt no REsp 1.486.437/PR, a Segunda Turma deste Superior Tribunal de Justiça teria dado tratamento diametralmente contrário quanto ao tema do bem de família penhorado em ação de execução fiscal.

Asseveram que a gravação do imóvel com a cláusula de impenhorabilidade do bem de família é matéria de fato reconhecida nas instâncias inferiores, não sendo tema controvertido.

Acrescentam que o recurso especial fazendário nem poderia ser conhecido por ausência de prequestionamento do art. 185 do CTN, bem como porque a caracterização, ou não, da questionada fraude à execução demandaria o reexame das provas dos autos.

Aduzem que "o v. despacho de redirecionamento da execução fiscal, proferido por Juiz Federal, por afronta direta aos dispositivos dos artigos 201 e 202, do CTN, não pode ser interpretado como ato de regular inscrição em dívida ativa, conforme exige o *caput*, parte final, do artigo 185, do CTN" (e-STJ, fl. 562).

Assim, protestam pelo juízo de retratação ou pelo provimento do agravo interno.

Sem impugnação ao agravo interno.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Como registrado na oportunamente, cinge-se a questão à presunção de existência de fraude à execução quando terceiro de boa-fé adquire bem imóvel de alienante réu em processo de execução fiscal.

Inicialmente, há de registrar-se que o tema recebeu diferentes interpretações ao longo do tempo, de acordo com a legislação de regência.

Em um primeiro momento, considerava-se absoluta a presunção de fraude à execução quando a alienação do bem ocorria posteriormente à mera citação da alienante nos autos de execução fiscal contra ela movida.

Em seguida, a jurisprudência afinou-se no sentido de que, para admitir a hipótese de fraude à execução, era exigido o registro da penhora no respectivo cartório, garantindo a publicidade da constrição aos terceiros de boa-fé.

Passou-se, todavia, a traçar uma diferenciação entre a fraude civil e a fraude fiscal, negando-se aplicação às execuções fiscais da orientação da Súmula 375/STJ: "O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente."

Por fim, com o advento da Lei Complementar n. 118/2005, que conferiu nova redação ao art. 185 do CTN, convencionou-se que a mera alienação de bens pelo sujeito passivo de débitos inscritos na dívida ativa, sem a reserva de meios para a satisfação dos referidos débitos, pressupõe a existência de fraude à execução devido à primazia do interesse público na arrecadação dos recursos para o uso da coletividade.

Desse ,modo, impende reconhecer que, em termos práticos, o aresto recorrido está em dissonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, uma vez que a presunção de fraude à execução não pode ser afastada pela boa-fé de terceiro adquirente.

Nessa linha, confiram-se:

> Processual Civil. Agravo regimental em agravo em recurso especial. Execução fiscal. Alienação de bem imóvel posteriormente à citação do executado. Fraude à execução. Ocorrência.
>
> 1. Após a nova redação do art. 185, *caput*, do CTN pela LC 118/2005, a oneração ou alienação de bens, rendas ou direitos após a inscrição em dívida ativa de crédito tributário presume-se em fraude à execução.
>
> 2. *A presunção de fraude é* jure et de jure, *sendo irrelevante a existência ou não de boa-fé do terceiro adquirente*.
>
> 3. *No período anterior à vigência da LC 118/2005, presumem-se fraudulentas as alienações de bens ocorridas após a citação do executado*. Precedentes: AgRg no REsp 1.106.045/MT, Rel. Ministro *Teori Albino Zavascki*, *Primeira Turma*, julgado em 07/06/2011, DJe 10/06/2011 e AgRg no REsp 1.335.365/MG, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Segunda Turma*, julgado em 20/09/2012, DJe 26/09/2012.
>
> 4. Verifica-se que o agravo ataca decisão que se fundamentou em precedente julgado pelo art. 543-C, razão que justifica a aplicação da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC, no valor de 10% sobre o valor atualizado da causa.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.324.851/MS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 7/2/2014)

Tributário. Embargos de terceiro. Fraude à execução fiscal. Alienação de bem posterior à citação do devedor. Ineficácia do negócio jurídico realizado após a citação. Art. 185 do CTN, com a redação anterior à LC n. 118/2005. Súmula 375/STJ. Inaplicabilidade. Matéria submetida ao rito dos recursos repetitivos. Sucessivas alienações.

1. *A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.141.990/PR, de Relatoria do Min. Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ, consolidou entendimento segundo o qual não se aplica à execução fiscal a Súmula 375/STJ: "O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente"*.

2. A caracterização da má-fé do terceiro adquirente ou mesmo a prova do conluio não é necessária para caracterização da fraude à execução. A natureza jurídica do crédito tributário conduz a que a simples alienação de bens pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta de fraude à execução, mesmo no caso da existência de sucessivas alienações.

3. Hipótese em que muito embora tenha ocorrido duas alienações do imóvel penhorado, a citação do executado se deu em momento anterior à transferência do bem para o primeiro adquirente e deste para ora agravante, o que, de acordo com a jurisprudência colacionada, se caracteriza como fraude à execução fiscal.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 135.539/SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 17/6/2014)

Agravo regimental no recurso especial. Processual Civil e Tributário. Embargos de terceiro. Fraude à execução fiscal. Alienação de bem posterior à citação do devedor. Ineficácia do negócio jurídico. Irrelevância da ausência de penhora gravada no registro de imóveis e da boa-fé do terceiro. Súmula 375/STJ. Inaplicabilidade. Julgamento, pela Primeira Seção, de recurso especial representativo da controvérsia (REsp 1.141.990/PR). Multa por agravo regimental manifestamente infundado. Artigo 557, § 2º, do CPC. Aplicação.

1. *A lei especial prevalece sobre a lei geral* (lex specialis derrogat lex generalis), *por isso que a Súmula 375/STJ ("O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.") não se aplica às execuções fiscais (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 1.141.990/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 10.11.2010, DJe 19.11.2010)*.

2. Com efeito, o artigo 185 do CTN, assentando a presunção de fraude à execução, na sua redação primitiva, dispunha que:

"Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução."

3. A Lei Complementar 118, de 9 de fevereiro de 2005, alterou o artigo 185 do Codex Tributário, que passou a ostentar o seguinte teor:

"Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita."

4. *Consectariamente, antes da entrada em vigor da LC 118/2005 (09.06.2005), a alienação efetivada após a citação válida do devedor configurava presumida fraude à execução; ao passo que, a partir da vigência da LC 118/2005 (09.06.2005), presumem-se fraudulentas as alienações efetuadas pelo devedor fiscal após a inscrição do crédito tributário na dívida ativa*.

5. 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.

6. É que, consoante a doutrina do tema, a fraude de execução, diversamente da fraude contra credores, opera-se *in re ipsa*, vale dizer, tem caráter absoluto, objetivo, dispensando o *concilium fraudis*. (Luiz Fux, *in* "O Novo Processo de Execução: O Cumprimento da Sentença e A Execução Extrajudicial", 1ª ed., 2008, Ed. Forense, Rio de Janeiro, págs. 95/96; Cândido Rangel Dinamarco, *in* "Execução Civil", 7ª ed., 2000, Ed. Malheiros, São Paulo, págs. 278/282; Hugo de Brito Machado, *in* "Curso de Direito Tributário", 22ª ed., 2003, Ed. Malheiros, São Paulo, págs. 210/211; Luciano Amaro, *in* "Direito Tributário Brasileiro", 11ª ed., 2005, Ed. Saraiva, São Paulo, págs. 472/473; e Aliomar Baleeiro, *in* "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., 1996, Ed. Forense, Rio de Janeiro, pág. 604).

7. Outrossim, a inaplicação do artigo 185 do CTN implica violação da cláusula de reserva de plenário e enseja reclamação por infringência da Súmula Vinculante 10/STF, segundo a qual: "Viola a cláusula de reserva de plenário (cf, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte."

8. *Conclusivamente*: (i) a natureza jurídica tributária do crédito conduz a que a simples alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gere presunção absoluta (*jure et de jure*) de fraude à execução (lei especial que se sobrepõe ao regime do direito processual civil); *(ii) a alienação engendrada até 08.06.2005 exige que tenha havido prévia citação no processo judicial para caracterizar a fraude de execução*; se o ato translativo foi praticado a partir de 09.06.2005, data de início da vigência da Lei Complementar 118/2005, basta a efetivação da inscrição em dívida ativa para a configuração da figura da fraude; (iii) a fraude de execução prevista no artigo 185 do CTN encerra presunção *jure et de jure*, conquanto componente do elenco das "garantias do crédito tributário"; e (iv) a inaplicação do artigo 185, do CTN, dispositivo que não condiciona a ocorrência de fraude a qualquer registro público, importa violação da Cláusula Reserva de Plenário e afronta à Súmula Vinculante 10/STF.

9. *In casu*, cuida-se de alienação efetivada antes da entrada em vigor da LC 118/2005 (09.06.2005), razão pela qual se presume a fraude à execução fiscal, uma vez devidamente citada a devedora em 14.05.2002.

10. O agravo regimental manifestamente infundado ou inadmissível reclama a aplicação da multa entre 1% (um por cento) e 10% (dez por cento) do valor corrigido da causa, prevista no § 2º do artigo 557 do CPC, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.

11. Deveras, "se no agravo regimental a parte insiste apenas na tese de mérito já consolidada no julgamento submetido à sistemática do art. 543-C do CPC, é certo que o recurso não lhe trará nenhum proveito do ponto de vista prático, pois, em tal hipótese, já se sabe previamente a solução que será dada ao caso pelo colegiado", revelando-se manifestamente infundado o agravo, passível da incidência da sanção prevista no artigo 557, § 2º, do CPC (Questão de Ordem no AgRg no REsp 1.025.220/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgada em 25.03.2009).

12. Agravo regimental desprovido, condenando-se a agravante ao pagamento de 1% (um por cento) a título de multa pela interposição de recurso manifestamente infundado (artigo 557, § 2º, do CPC).

(AgRg no REsp 1.065.799/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 28/2/2011)

Como visto, para os casos posteriores ao advento da LC 118/2005, que disciplinou a questão da presunção de fraude de execução fiscal a partir do Código Tributário Nacional, considera-se fraudulenta a alienação havida após a efetivação da inscrição em dívida ativa, que é a hipótese dos autos.

Ou seja, ao contrário do que defendem os agravantes, não se trata de presunção relativa de fraude, mas, sim, de presunção absoluta, a qual, nessa

condição, não pode ser desconstituída diante da alegação de boa-fé do terceiro adquirente.

Vale ainda acrescentar, como feito na decisão integrativa, que merece uma abordagem mais específica o tema atinente à pretensa impenhorabilidade do bem de família, ora questionada pelos agravantes.

Inicialmente, impende destacar o trecho do acórdão recorrido em que se versou sobre o tema (e-STJ, fls. 422-424):

> No caso concreto, reproduzo parte da sentença no tocante aos registros constantes:
>
> R01
>
> -29-09-1989: Venda de Manoel Carlos Cardoso/Maria Aparecida de Brito Cardoso para Manoel Gonçalves Medeiros/Olésia Marques Medeiros.
>
> R02
>
> -29-09-1989: Hipoteca Banco Itaú/SA.
>
> R03
>
> -23-02-1994: Aquisição de Manoel Gonçalves Medeiros da totalidade do bem em razão de separação judicial litigiosa.
>
> AV04
>
> -19-05-1994: Cancelamento hipoteca R-03.
>
> R05
>
> -09-11-1994: Venda de Manoel Gonçalves Medeiros para Anemar Antonio de Figueredo/Marta Darós Figueredo.
>
> R06
>
> -25-03-1999: Penhora. 1ª Vara Cível de Criciúma.
>
> AV07
>
> -06-10-1999: Cancelada penhora R-06.
>
> R08
>
> -06-10-1999: Hipoteca.
>
> R09
>
> -03-02-2000: Penhora. 2ª JCJ da Justiça do Trabalho de Criciúma.
>
> AV10
>
> -13-02-2001: Cancelada a hipoteca R-08.

AV11

-08-05-2001: Cancelada a penhora R-09.

R12

-22-02-2005: Penhora Vara da Fazenda da Comarca de Criciúma.

R13

-02-12-2005: Penhora 1ª Vara do trabalho.

AV14

-13-10-2006: Cancelada a penhora R12.

AV15

-30-11-2006: Cancelada a penhora R13.

R16

-11-06-2007: Venda de Anemar Antonio de Figueredo/Marta Darós Figueredo para Luiz Carlos Martins/Maristela Barchinski Martins.

R17

-11-06-2007: Alienação fiduciária em garantia.

AV18

-30-04-2009: Cancelada a alienação fiduciária R-17.

R19

-30-04-2009: Venda de Luiz Carlos Martins/Maristela Barchinski Martins para Ricardo Reitz Bunn/Katiana Trichês Bunn.

R20

-30-04-2009: Alienação fiduciária em garantia.

Como se percebe, ao tempo em que realizada a alienação aos embargantes Ricardo Reitz Bunn e Katiana Trichês Bunn a matrícula do imóvel nada indicava quanto à fraude.

A sentença não comporta reparos, pois levou em conta a peculiaridade relativa à forma como se deu a compra do imóvel, a boa-fé dos compradores e a circunstância de que se trata de bem de família. Transcrevo trecho relevante da sentença:

> Segundo a súmula 357 do Superior Tribunal de Justiça, o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.Como se percebe, ao tempo em que os embargantes Ricardo Reitz Bunn/Katiana Trichês Bunn adquiriram e promoveram a transferência da titularidade do apartamento de matrícula 39.420, não havia qualquer indício de que se pudesse deduzir que o imóvel

> em questão participara de alguma forma de fraude à execução em período pretérito. A matrícula do imóvel, documento que dá publicidade aos eventuais ônus e restrições, nada indicava.
>
> Ademais, a gama de documentos e informações noticiando a forma como se deu a compra (aproximação dos compradores/vendedores por intermediação de uma imobiliária), o pagamento pelo valor de mercado (parte paga com recursos próprios e outra através de financiamento habitacional), só reforçam os indícios de que os embargantes adquiriram o bem de boa-fé.
>
> *Como se não bastasse, também há notícia de que o bem penhorado seja o único do casal e serve de moradia da família (vide CERT7, FATURA11).*
>
> Nesse contexto, considero suficientemente provada a posse dos embargantes.

Nota-se, portanto, que o Tribunal de origem, encampando as razões do Juízo primário, utilizou-se do argumento de reforço de que o imóvel serviria de bem de família aos terceiros embargantes, para afastar a hipótese de fraude à execução fiscal e desconstituir a penhora que recaiu sobre o imóvel.

Quanto à impenhorabilidade do bem de família, a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que, mesmo quando o devedor aliena o imóvel que lhe sirva de residência, deve ser mantida a cláusula de impenhorabilidade, visto que imune aos efeitos da execução e, caso reconhecida a invalidade do negócio, o imóvel voltaria à esfera patrimonial do devedor ainda como bem de família.

Todavia, como se verifica, essa não é a hipótese dos autos.

No caso em exame, o imóvel somente passou a ostentar a qualidade de bem de família porque os últimos adquirentes, que são os ora agravantes, deram-lhe destinação de moradia.

A cláusula de impenhorabilidade, contudo, não é oponível para validar negócios jurídicos anteriores, se o imóvel não gozava dessa proteção jurídica quando na esfera patrimonial dos antigos proprietários. E, mesmo que houvesse, era ao patrimônio daqueles que o imóvel retornaria caso reconhecida a invalidade da transferência.

Portanto, afigura-se indiferente à solução da demanda o fato de o imóvel servir atualmente de bem de família aos terceiros adquirentes de boa-fé, pois, como salientado na decisão embargada, a hipótese é de presunção absoluta de fraude à execução fiscal.

Por fim, quanto ao alegado vício de forma da inscrição do débito na dívida ativa, que se entende não poder caracterizar a nulidade do negócio, o tema carece do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial, razão pela qual não merece ser apreciado, nos termos do que preceituam as Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente transcritas:

> É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.
>
> O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

A propósito, confira-se o seguinte julgado:

> Processual Civil. Agravo regimental em recurso especial. Ação civil pública por atos de improbidade. Análise do conjunto fático-probatório dos autos. Súmula 7/STJ. Ausência de prequestionamento. Súmulas 282 e 356 do STF e 211 do STJ. Inovação recursal.
>
> 1. A falta de prequestionamento da matéria suscitada no recurso especial, a despeito da oposição de embargos de declaração, impede o seu conhecimento (Súmula 211 do STJ), bem como é manifestamente inadmissível o recurso especial em relação às teses que configuram inovação recursal e, por isso, não foram apreciadas pelo acórdão recorrido.
>
> 2. Inviável análise de pretensão que demanda o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ.
>
> 3. É inadmissível o recurso especial se o dispositivo legal apontado como violado não fez parte do juízo firmado no acórdão recorrido e se o Tribunal *a quo* não emitiu qualquer juízo de valor sobre a tese defendida no especial (Súmulas 282 e 356/STF).
>
> 4. Agravo regimental não provido.
>
> (AgRg no AREsp 15.180/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 10/5/2013)

Não havendo, pois, motivação hábil para alterar o entendimento anteriormente exarado, mantenho a decisão agravada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 51.486-MG (2016/0178487-8)

Relatora: Ministra Assusete Magalhães
Recorrente: Conorte - Comercial Norte de Minas de Baterias Ltda
Advogados: Celso Luiz de Oliveira - SP077977
Patricia Maria Maaze Viegas Loiola e outro(s) - PE021465
Recorrido: Estado de Minas Gerais
Procurador: Soraia Brito de Queiroz Goncalves e outro(s) - MG094980N

EMENTA

Tributário e Processual Civil. Recurso em mandado de segurança. Pretensão de afastamento da aplicabilidade da Resolução 3.166/2001, do Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais, que veda a apropriação de crédito de ICMS nas entradas, decorrentes de operações interestaduais, de mercadorias cujos remetentes sejam beneficiados com incentivos fiscais concedidos, por outros Estados, em desacordo com o entendimento do Fisco mineiro acerca da legislação de regência do imposto. Impetração contra lei em tese. Impossibilidade. Incidência da Súmula 266/STF. Ilegitimidade do Secretário de Estado da Fazenda para figurar, como autoridade impetrada, no polo passivo do mandado de segurança. Precedentes do STJ. Extinção do processo, de ofício, sem resolução do mérito, restando prejudicado o recurso ordinário.

I. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança, ajuizado em 29/10/2014, contra o Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais, perante o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no qual se pretende afastar a aplicabilidade da Resolução 3.166, de 11/07/2001, que veda a apropriação de créditos do ICMS nas entradas, decorrentes de operações interestaduais, de mercadorias cujos remetentes sejam beneficiados com incentivos fiscais concedidos, por outros Estados, em desacordo com o entendimento do Fisco mineiro acerca da legislação de regência do imposto.

II. De acordo com os arts. 267, VI, § 3º, 301, X, § 4º, 515 e 540 do CPC/73 (correspondentes aos arts. 485, VI, § 3º, 337, XI, § 5º, 1.013 e 1.028 do CPC/2015, respectivamente) c/c os arts. 34 da Lei 8.038/90 e 247 do RISTJ, este Tribunal, no exercício de sua competência recursal ordinária, pode, de ofício, extinguir o processo de Mandado de Segurança, sem resolução do mérito, quando a parte impetrante for carecedora de ação, por ausência de qualquer das condições da ação mandamental. Ainda que o Tribunal de origem haja considerado presentes os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, bem como as condições da ação, o STJ pode reconhecer, de ofício, a ausência de qualquer pressuposto processual ou condição da ação, não havendo que se falar, nessa hipótese, em ofensa ao princípio que veda a *reformatio in pejus*.

III. Sendo preventivo o mandado de segurança, desnecessária a existência concreta de ato coator, porquanto o receio de ato que venha a violar o direito líquido e certo da parte impetrante é suficiente a ensejar a impetração. Entretanto, *in casu*, diante da argumentação constante da impetração, não se verifica a existência de possíveis atos de efeitos concretos, a serem praticados pelo Secretário de Estado da Fazenda – a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça –, tendentes a violar ou ameaçar suposto direito líquido e certo da impetrante, a dar ensejo à impetração, ainda que na forma preventiva. Com efeito, a impetrante não aponta ato algum, de efeitos concretos, a ser praticado pela autoridade que se aponta coatora – o Secretário de Estado da Fazenda –, a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça. Apenas impetra o *mandamus* contra a Resolução 3.166/2001, do Secretário de Estado da Fazenda, por reputar inconstitucional tal norma de direito local. Assim, incide, na espécie, a Súmula 266/STF ("Não cabe mandado de segurança contra lei em tese").

IV. A Primeira Seção do STJ, ao julgar o MS 4.839/DF (Rel. Ministro *Ari Pargendler*, DJU de 16/02/98), deixou anotado que "a autoridade coatora, no mandado de segurança, é aquela que pratica o ato, não a que genericamente orienta os orgãos subordinados a respeito da aplicação da lei no âmbito administrativo; mal endereçado o *writ*, o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito".

V. A Primeira Turma do STJ, ao julgar o AgRg no RMS 36.846/RJ (Rel. Ministro *Ari Pargendler*, DJe de 07/12/2012), decidiu que, no regime do lançamento por homologação, a iminência de sofrer o lançamento fiscal, acaso não cumpra a legislação de regência, autoriza o sujeito passivo da obrigação tributária a impetrar mandado de segurança contra a exigência que considera indevida. Nesse caso, porém, autoridade coatora é aquela que tem competência para o lançamento *ex officio*, que, certamente, não é o Secretário de Estado da Fazenda.

VI. Sobre a teoria da encampação, a Primeira Seção do STJ, nos autos do MS 10.484/DF (Rel. Ministro *José Delgado*, DJU de 26/09/2005), firmou o entendimento de que tal teoria apenas se aplica ao mandado de segurança, quando preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: (a) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; (b) manifestação a respeito do mérito, nas informações prestadas; (c) ausência de indevida modificação ampliativa de competência jurisdicional absoluta.

VII. A mais recente jurisprudência da Segunda Turma do STJ orienta-se no sentido de que o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, em mandado de segurança que visa afastar restrições ao aproveitamento de créditos de ICMS. Nesse sentido: AgRg no RMS 32.648/PE, Rel. Ministro *Og Fernandes*, *Segunda Turma*, DJe de 18/11/2015; AgRg no RMS 49.945/MG, Rel. Ministra *Assusete Magalhães*, *Segunda Turma*, DJe de 30/03/2016. No mesmo sentido são os seguintes precedentes atuais da Primeira Turma desta Corte: AgInt no RMS 51.519/MG, Rel. Ministro *Sérgio Kukina*, *Primeira Turma*, DJe de 16/12/2016; AgInt no RMS 46.013/RJ, Rel. Ministro *Gurgel de Faria*, *Primeira Turma*, DJe de 29/08/2016; AgRg no RMS 30.771/RJ, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, *Primeira Turma*, DJe de 30/11/2016; AgInt no RMS 49.232/MS, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, *Primeira Turma*, DJe de 18/05/2016.

VIII. A partir da interpretação analítica da legislação estadual pertinente à Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais, ao Secretário de Estado da Fazenda e aos Agentes Fiscais de Tributos

Estaduais, Auditores Fiscais da Receita Estadual e Fiscais de Tributos Estaduais, especialmente os arts. 201, § 1º, da Lei estadual 6.763/75 e 188 do Decreto estadual 43.080/2002, impõe-se a conclusão de que a fiscalização e a cobrança do ICMS não se incluem entre as atribuições do Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais. Ao contrário, tais atos de fiscalização e cobrança competem, exclusivamente, aos Agentes Fiscais de Tributos Estaduais, Auditores Fiscais da Receita Estadual e Fiscais de Tributos Estaduais.

IX. Não se aplica ao caso a teoria da encampação, pois a indevida presença do Secretário de Estado da Fazenda, no polo passivo deste Mandado de Segurança, implicou modificação da competência jurisdicional, disciplinada pela Constituição do Estado de Minas Gerais.

X. Julgado extinto o presente Mandado de Segurança, sem resolução do mérito, logicamente não cabe ao STJ pronunciar-se sobre o mérito da causa ou do Recurso Ordinário, porquanto tal pronunciamento seria incompatível com a decisão tomada. Nesse contexto, também não se justifica o sobrestamento do feito, até o julgamento do Recurso Extraordinário 628.075/RS, pelo STF, na forma estabelecida pelo art. 1.030, III, do CPC/2015.

XI. Extinção do Mandado de Segurança, de ofício, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, VI, § 3º, do CPC/2015.

XII. Recurso Ordinário prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, "Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Herman Benjamin, acompanhando a Sra. Ministra-Relatora para extinguir o Mandado de Segurança, sem resolução do mérito, e julgar prejudicado o Recurso Ordinário; os votos do Srs. Ministros Francisco Falcão e Og Fernandes acompanhando a Sra. Ministra Assusete Magalhães, a Turma, por maioria, julgou extinto o Mandado de Segurança, sem resolução do mérito, e julgou prejudicado o recurso ordinário, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Vencido o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão (Presidente), Herman Benjamin (voto-vista) e Og Fernandes votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 12 de fevereiro de 2019 (data do julgamento).

Ministra Assusete Magalhães, Relatora

DJe 30.4.2019

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Recurso Ordinário, interposto por *Conorte – Comercial Norte Minas de Baterias Ltda*, em 26/11/2015, com fundamento no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que recebeu a seguinte ementa:

> *Mandado de segurança. Tributário. ICMS. Creditamento indevido. Entradas com benefício fiscal. Princípio da não-cumulatividade. Inexistência de ofensa.* Não há ofensa ao princípio da não-cumulatividade pela previsão de estorno proporcional do crédito quando o remetente da mercadoria sujeita ao ICMS for beneficiário de incentivos fiscais (fl. 245e).

No Recurso Ordinário, a impetrante defende a inconstitucionalidade da Resolução 3.166/2001, do Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais – que veda a apropriação de créditos do ICMS nas entradas, decorrentes de operações interestaduais, de mercadorias cujos remetentes sejam beneficiados com incentivos fiscais concedidos, por outros Estados, em desacordo com o entendimento do Fisco mineiro acerca da legislação de regência do imposto –, consoante razões recursais das quais se destacam os seguintes argumentos:

> Se o digno Secretário quer combater a guerra fiscal, exigindo que Estados da Federação só concedam incentivos previamente aprovados no âmbito do CONFAZ, deve ele se utilizar do mecanismo jurídico adequado para combater tal ilegalidade, qual seja, a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade - ADIn contra a norma que concedeu o benefício fiscal, referido remédio está previsto no art. 102 da CF/88 (...)
>
> A Recorrente, por ser distribuidora exclusiva de bateria automotiva, recebe para comercialização, baterias fabricadas pela Acumuladores Moura S/A, estabelecida no Estado de Pernambuco e beneficiaria de incentivo local de ICMS - PRODEPE.

Nesta transação interestadual, a Recorrente paga normalmente, no preço do produto adquirido, o ICMS calculado e destacado no documento fiscal, que lhe seria crédito para redução do ICMS a recolher no Estado Mineiro.

Ocorre que a Recorrente, exatamente por esse ilegal procedimento do Senhor Secretário de Fazenda previsto na citada Resolução de sua lavra, teve contra si lavrados vários autos de infração, ora exigindo diferença de ICMS na barreira fiscal, ora relacionados à glosa de créditos regularmente tomados em sua escrita fiscal (...)

Todos estes autos de infração estão sendo devidamente discutidos em ações próprias, com o ônus disto decorrente e espera a Recorrente que consiga reverter estas ilegais cobranças.

Porém, não pode a Recorrente, a cada nova remessa de baterias oriundas do Estado de Pernambuco - enviada por sua fornecedora Acumuladores Moura S/A, ter que continuar a suportar novas autuações sempre baseadas em ilegal "norma" estadual e daí suportar os ônus das discussões judiciais já que as "discussões" administrativas se mostram infrutíferas, pois as autuações são baseadas em norma estadual em vigor.

Assim, Excelências, o presente Mandado de Segurança tem por objetivo por meio desta medida constitucional, que o Recorrido se abstenha de, por si e por seus prepostos, exigir a "diferença de ICMS" nas barreiras fiscais e de glosar os créditos de ICMS relativos às notas fiscais de compras interestaduais, reconhecendo-se da ilegalidade da Resolução 3.166/01 do Estado de Minas Gerais, por se tratar de forma indireta de exigir ICMS devido por outro contribuinte e para outro ente da Federação.

(...)

Da recente jurisprudência favorável à tese do writ

Do brilhante acórdão exarado nos autos do RMS 38.041, quando a 1ª Seção do STJ entendeu que a Resolução 3.166/01 é absolutamente ilegal e restritiva de direito na medida em que cobra valores que não são devidos ao Estado de Minas Gerais.

Ilustres Ministros, conforme será minuciosamente demonstrado, o direito pleiteado pela Recorrente envolve questões jurídicas relevantes, tais como a não cumulatividade do ICMS, a autonomia dos Estados e o caráter nacional do referido imposto.

Com efeito, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em recentíssimo julgamento, quando apreciou o RMS 38.041, resultante do Mandado de Segurança impetrado pela *Cominas* que realiza operações que em muito se assemelham com as praticadas pela Recorrente, também rechaçou os procedimentos adotados pela Fazenda Mineira e entendeu que era ilegítima a cobrança do ICMS por Minas Gerais com base da malfadada Resolução 3.166/2001, sendo este acórdão a

primeira decisão que unificou o entendimento das turmas de Direito Publico do STJ (...)

Em suma, o objeto do presente *mandamus* não é a legislação das unidades da Federação mencionadas - que supostamente concediam favor fiscal relativo ao ICMS em desacordo com a LC 24/75 -, mas o mecanismo utilizado pelo Estado de Minas Gerais para reagir à guerra fiscal supostamente desencadeada pelos Estados-membros no Anexo Único da Resolução 3.661/2001.

A mesma orientação foi adotada pela Segunda Turma/STJ no julgamento do RMS 31.714/MT (2ª Turma, Rel. Min. *Castro Meira*, DJe de 19.9.2011). (...)

Inclusive, ao examinar a questão o STF, seguindo posição do Ministro *Eros Grau*, declarou a inconstitucionalidade da vedação imposta por Mato Grosso do Sul, que em muito se assemelha ao mecanismo da Resolução 3.166/2001 (veda o aproveitamento de parte do crédito destacado em nota fiscal idônea) (...)

Outra decisão que reconheceu a inconstitucionalidade da Resolução 3.166/2001, foi proferida pela ex-Ministra e ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal, *Ellen Gracie*, em 21/06/2010, nos autos da Ação Cautelar 2.611 (...)

Diante de todos os entendimentos acima transcritos, vê-se que deve ser afastado todo e qualquer ato ilícito da Autoridade Coatora, reconhecendo-se definitivamente a ilegalidade da Resolução 3.166/01 do Estado de Minas Gerais, por tudo já mencionado ao longo deste *mandamus*, e principalmente por esta forma indireta de exigir ICMS devido para outro ente da Federação.

Da inconstitucionalidade da Resolução 3.166/01 do Estado de Minas Gerais - ofensa aos princípios da supremacia da Constituição e da não cumulatividade.

Douto Ministro, ao contrário de que se faz querer entender no acórdão de fls. ora combatido, é de sabença peculiar que a sistemática estabelecida no art. 155, § 2º, IV, da Constituição Federal de 1988, traduz em favor da Recorrente, que nas operações interestaduais destinadas a contribuinte do ICMS (é o caso, entre contribuintes de Pernambuco e de Minas Gerais), o imposto é repartido pelos Estados envolvidos, de forma que a edição da Resolução 3.166/01 não teria o condão de alterar tal mandamento constitucional, e exigir, de adquirente de mercadoria de boa-fé (a Recorrente), o que não foi pago pelo remetente ao Estado de origem (Estado que concedeu incentivo fiscal).

A atual Constituição Federal, além de distribuir a competência tributária entre os Entes políticos, estabelece também a norma-padrão de cada tributo. Dessa forma, prev, em seu art. 155, ainda que de maneira genérica as características básicas do ICMS que deverão ser observadas pelos Estados e Distrito Federal quando da sua instituição em seus respectivos territórios.

Nesse sentido, a negativa dos créditos oriundos da entrada real de mercadoria adquirida e paga integralmente pela Recorrente, suportada por nota fiscal idônea com destaque de ICMS no limite constitucional (12%, conforme Resolução

Senatorial n. 22/89), ofende diretamente a Constituição Federal, especificamente seu artigo 155, § 2º, I, que dispõe sobre a não cumulatividade do ICMS (...)

Tanto é assim que as exceções ao direito de crédito, como nào poderia deixar de ser, são trazidas pela própria Carta Magna no inciso II, do mesmo § 2º do art. 155; estabelecendo que apenas a isenção ou não-incidência não implicarão direito ao crédito, especificamente nas alíneas 'a' e 'b' do inciso II.

Desta feita, entende-se que apenas os incentivos fiscais consistentes na isenção e na não incidência expressa podem dar ensejo à vedação da compensação com o montante devido nas operações subsequentes, bem como, acarretar a anulação do crédito relativo às operações anteriores, nos exatos termos do art. 155, § 2º, II da CF (...)

Observando esse entendimento, verifica-se que leis complementares, convênios, leis ordinárias, portarias não têm o condão de introduzir novas hipóteses de vedação e anulação do crédito do ICMS. Pois nada pode se sobrepor ao princípio da supremacia de Constituição, que elegeu o princípio da não-cumulatividade como regra geral, sendo exceção às duas hipóteses citadas acima.

Entretanto, o acórdão de fls. combatido prega o contrário quando dispõe que "a inconstitucional concessão de benefícios fiscais sem a prévia aprovação do CONFAZ autoriza os demais Estados a desconsiderá-los para efeito de aproveitamento de créditos deles decorrentes e a proceder ao estorno dos mesmos, tal como tem feito o Estado de Minas Gerais, ao comando da Res. SEF/MG n. 3.166/2001, sob pretenso respaldo da Constituição Federal e da Lei Complementar 24/75".

(...)

Tanto isso tudo é verdade, que o Estado do Mato Grosso tomou iniciativa semelhante à que se está querendo fazer valer nos presentes autos, isto é, apropriar-se da parte do ICMS que pretensamente não foi recolhida aos cofres de Estados com benefícios fiscais fora do âmbito do CONFAZ, reduzindo-se o direito de apropriação do crédito destacado em notas fiscais idôneas.

Esse julgamento foi pelo Plenário do STF na ADIn 3.312/DF, proposta pelo Governo do Distrito Federal e que teve por objeto questionar a vedação imposta pelo Estado do Mato Grosso (Decreto 989, de 23/07/03) aos créditos do ICMS destacados em notas fiscais decorrentes de operações que na origem tiveram benefícios fiscais concedidos pelo Distrito Federal, sendo que foram analisados justamente os seguintes temas:

• ofensa o princípio da não discriminação tributária - art. 152 da CF/88; e

• usurpação da competência do Senado Federal para dispor sobre alíquota do ICMS - Resolução 22/89.

Ao examiná-los o STF, seguindo posição do Ministro Eros Grau, acolheu o segundo dos fundamentos e decretou a inconstitucionalidade da vedação

imposta por Mato Grosso do Sul, que em muito se assemelha ao mecanismo da Resolução n. 3.166/2001 (veda o aproveitamento de parte do crédito destacado em nota fiscal idônea) (...)

Portanto, esse julgamento do STF aponta inequivocamente que a alegação de benefício fiscal outorgado por um Estado fora do âmbito do CONFAZ não autoriza que outro Estado exija o imposto que só àquele outro é devido.

Pior: cobrado por Minas Gerais e contra o adquirente de boa-fé (a Recorrente), que nada tem que ver com os benefícios fiscais outorgados por Pernambuco, e está de posse de nota fiscal idônea que foi paga integralmente, com destaque de ICMS cobrado por aquele Estado no limite constitucional de 12%, conforme Resolução Senatorial n. 22/89.

O que poderia fazer o Estado de Minas Gerais seria apontar no STF a lei interna ilícita de Pernambuco, sem autorização do CONFAZ, em ação declaratória de inconstitucionalidade da norma de benefício, a qual certamente será acolhida pelo STF.

Daí, o Estado de Pernambuco, não o de Minas Gerais, será obrigado (Obrigação *ex leqe*, conforme arts. 3º e 142 do CTN) a exigir dos seus contribuintes (remetente da mercadoria) o que não foi recolhido sob a norma de benefício declarada inconstitucional, aplicando-se na prática o art. 100 do CTN.

Portanto, se fosse devido algum recolhimento, seria de responsabilidade da Remetente (Acumuladores Moura) ao Estado de Pernambuco, e não a Minas Gerais, pois não pode este último Estado exercer a competência de cobrança que constitucionalmente não lhe pertence.

Observe Ilustre Ministro, que a atitude do Estado de Minas Gerais se assemelha ao seguinte:

1 - O contribuinte pernambucano destaca o imposto em sua nota fiscal e não recolhe ao Estado Pernambucano, por exemplo, por inadimplência.

2 - O Fisco Mineiro sabendo da inadimplência do fornecedor pernambucano pode pretender cobrar este imposto não recolhido do contribuinte mineiro que recebeu esta mercadoria?

3 - Evidente que não. Esse imposto pertence ao Estado de Pernambuco, e se não cobrou poderá ainda fazê-lo no prazo decadencial. Essa é a questão.

Tudo isso, Douto Ministro, é matéria derivada diretamente de lei (CTN) e da Constituição Federal de 1988, comprovado de plano pelos documentos acostados junto a este *mandamus* e confessado pela própria Fazenda Estadual em respostas a consultas ao final relatadas, o que impõe o reconhecimento do direito da Recorrente.

Então, depois de discutidas estas questões, pode-se verificar a fragilidade dos fundamentos utilizados pelo Recorrido para realizar a retenção das mercadorias da Impetrante, ora Recorrente advindas do estado de Pernambuco, uma vez que nada se sustenta legalmente.

> Portanto, se o Recorrido nega os créditos oriundos da entrada real de mercadoria adquirida e paga integralmente, suportada por nota fiscal idônea (o Fisco nunca as questionou), faz isso de forma ilegal, contrariando, como já foi dito anteriormente, a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 155, § 2º, I (transcrito acima) (fls. 377/402e).

Ao final, requer "seja provido o presente Recurso Ordinário e reformado o acórdão *a quo* para que seja concedida a segurança e deferida *in totum* a ordem mandamental suplicada, para que seja reconhecida, definitivamente, a ilegalidade da Resolução 3.166/01 do Estado de Minas Gerais, por estar de forma indireta exigindo ICMS devido para outro ente da Federação, e ainda para que: a) se abstenha, por si e por seus prepostos e agentes, de exigir diferença de ICMS, nas barreiras fiscais, diferença essa relativa a pretenso incentivo fiscal concedido no Estado de origem da mercadoria; b) se abstenha de glosar, por si e por seus prepostos e agentes, crédito de ICMS especificamente relativo a eventual incentivo fiscal concedido em ente da Federação de origem das mercadorias, tudo conforme mencionado nos tópicos anteriores" (fls. 402/403e).

Em contrarrazões, o Estado de Minas Gerais pugna pelo improvimento do Recurso (fls. 487/492e).

O Ministério Público Federal, em seu parecer, manifesta-se pelo sobrestamento do feito, até o julgamento do Recurso Extraordinário 628.075/RS, pelo STF, na forma estabelecida pelo art. 1.030, III, do CPC/2015 (fls. 505/508e).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Relatora): O presente processo deve ser extinto, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, VI, § 3º, do CPC/2015.

Na hipótese, trata-se, na origem, de Mandado de Segurança, ajuizado em 29/10/2014, contra o Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais, perante o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, cuja petição inicial contém os seguintes pedidos:

> 1 - Seja concedida medida liminar *inaudita altera pars*, no sentido que Vossa Excelência se digne de determinar que Autoridade Coatora, ora Impetrado:

> a) Se abstenha, por si e por seus prepostos, de exigir diferença de ICMS, nas barreiras fiscais, diferença essa relativa a pretenso incentivo fiscal concedido no Estado de origem da mercadoria;
>
> b) Se abstenha de glosar, por si e por seus prepostos, credito de ICMS especificamente relativo a eventual incentivo fiscal concedido em ente da Federação de origem das mercadorias, tudo conforme mencionado nos tópicos anteriores.
>
> 2 - Seja intimada a Autoridade apontada como coatora para que cumpra inteiramente a liminar e preste as informações de estilo, nos termos da Lei 12.016;
>
> 3 - Seja colhido o parecer do Ilustríssimo representante do Ministério Público;
>
> 4 - Que ao final, seja concedida em definitivo a segurança, confirmando-se integralmente o pedido liminar, *reconhecendo-se definitivamente a ilegalidade da Resolução 3.166/01 do Estado de Minas Gerais*, por tudo já mencionado ao longo deste *mandamus*, e principalmente por esta forma indireta exigir ICMS devido para outro ente da Federação (fl. 32e).

De acordo com os arts. 267, VI, § 3º, 301, X, § 4º, 515 e 540 do CPC/73 (correspondentes aos arts. 485, VI, § 3º, 337, XI, § 5º, 1.013 e 1.028 do CPC/2015, respectivamente) c/c os arts. 34 da Lei 8.038/90 e 247 do RISTJ, este Tribunal, no exercício de sua competência recursal ordinária, pode, de ofício, extinguir o processo de Mandado de Segurança, sem resolução do mérito, quando a parte impetrante for carecedora de ação, por ausência de qualquer das condições da ação mandamental. Ainda que o Tribunal de origem haja considerado presentes os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, bem como as condições da ação, o STJ pode reconhecer, de ofício, a ausência de qualquer pressuposto processual ou condição da ação, não havendo que se falar, nessa hipótese, em ofensa ao princípio que veda a *reformatio in pejus*.

Nesse sentido:

> Processual Civil e Tributário. Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. *ICMS. Insurgência contra a cobrança de tributo. Decreto 13.162/2011 (Protocolo ICMS 21/2011). Ato atribuído ao Secretário de Estado de Fazenda. Ilegitimidade passiva*.
>
> 1. *"Por se tratar de uma condição da ação, e portanto, matéria de ordem pública, a legitimidade das partes deve ser apreciada a qualquer tempo pelo Juízo singular ou pela instância ordinária* ad quem*" (AgRg no Ag 879.865/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 22/10/2007).*

2. *Não compete ao Secretário de Estado de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul, mas, sim, aos Agentes Fiscais, a fiscalização e a cobrança do tributo do ICMS*. Inteligência dos arts. 219, § 1º, incisos I e II da Lei 1.810/97 (Código Tributário Estadual) e 123, §§ 1º, 2º e 3º, do Decreto 9.203/1998 (Regulamento do ICMS). Precedentes: RMS 38.960/MS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 22/05/2013; RMS 37.270/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 22/04/2013.

3. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no RMS 38.355/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 02/08/2013).

Administrativo. *Processual Civil. Condições da ação. Matéria de ordem pública. Exame pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso ordinário em mandado de segurança. Possibilidade. Precedentes*. Pleito relativo à imposição de respeito e obediência a decisão judicial exarada em outro processo. *Writ of mandamus*. Via processual não apropriada. Seara correta: reclamação.

1. *Em sede de recurso ordinário em mandado de segurança, é possível a esta Corte Superior de Justiça, de ofício, examinar matérias de ordem pública, tais como as relativas às condições da ação.*

2. O mandado de segurança não se presta a albergar pretensão cujo objeto seja impor o respeito e, por via de consequência, o cumprimento de decisões judiciais proferidas em outros processos, sendo a reclamação, dirigida ao órgão do Poder Judiciário de onde proveio o *decisum* supostamente inadimplido, a seara adequada a tal desiderato.

3. Mandado de segurança, de ofício, extinto, sem resolução de mérito, prejudicado o recurso ordinário (STJ, RMS 30.287/MT, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe de 19/12/2011).

Agravo regimental. Recurso especial. Processual Civil. *Ilegitimidade de parte. Matéria de ordem pública*. Reformatio in pejus. *Inocorrência*. Efeito expansivo subjetivo. Art. 509 do CPC. Litisconsórcio simples. Inaplicabilidade.

1. *As questões de ordem pública, no caso a ilegitimidade das partes, podem ser alegadas em qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária, podendo ser, até mesmo, conhecidas de ofício pelo juiz, o que afasta as teses de julgamento* ultra petita *e* reformatio in pejus, *levantadas pelos recorrentes.*

2. O entendimento que firmemente prevalece nesta Corte é o de que o recurso produz efeitos somente ao litisconsorte que recorre, ressalvados os casos de litisconsórcio unitário, que não é o caso dos autos.

3. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ, AgRg no REsp 770.326/BA, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe de 27/09/2010).

A Constituição Federal, ao disciplinar os direitos e garantias individuais, no art. 5º, LXIX, dispõe que se concederá mandado de segurança, "para proteger direito líquido e certo, não amparado por 'habeas-corpus' ou 'habeas-data', quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".

A garantia constitucional pressupõe direito líquido e certo, de um lado, e ilegalidade ou abuso de poder, cometido por autoridade pública, de outro.

A Lei 12.016/2009 – ao disciplinar o instituto, em nível infraconstitucional – prevê o cabimento do *mandamus* "para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça".

Incontestável, então, que a Lei 12.016/2009 consagra o mandado de segurança preventivo, cujo cabimento, segundo o texto legal, terá lugar sempre que o titular do direito líquido e certo suportar *justo receio* de sua violação, por ilegalidade ou abuso de poder.

Não se olvida que, sendo preventivo o mandado de segurança, o receio de ocorrência futura de ato que venha a violar o suposto direito líquido e certo da parte impetrante é suficiente a dar ensejo à impetração.

Ocorre que, *in casu*, diante da argumentação constante da impetração, não se verifica a iminência de possíveis atos de efeitos concretos, a serem praticados pelo Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais – a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais –, tendentes a violar ou ameaçar suposto direito líquido e certo da impetrante, a dar ensejo à impetração, ainda que na forma preventiva.

De fato, a impetrante não indicou qualquer ato, *de efeitos concretos*, já praticado, ou na iminência de ser praticado, pela autoridade impetrada – o Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais –, a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apenas alegou a suposta inconstitucionalidade da Resolução 3.166, de 11/07/2001, que veda a apropriação de créditos do ICMS nas entradas, decorrentes de operações interestaduais, de mercadorias cujos remetentes sejam beneficiados com incentivos fiscais concedidos, por outros Estados, em desacordo com o entendimento do Fisco mineiro acerca da legislação de regência do imposto.

Enfatize-se que o texto integral da Resolução 3.166/2001, do Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais (fl. 413), acompanhado do inteiro teor do respectivo Anexo Único (fls. 414/480e), demonstra que a Resolução impugnada não se qualifica como ato de efeitos concretos, mas como ato normativo, de efeitos gerais e abstratos.

Ou seja, neste Mandado de Segurança preventivo, ajuizado em 29/10/2014, a impetrante impugnou a Resolução 3.166, de 11/07/2001, a qual se caracteriza como *norma genérica e abstrata*, deixando de observar, inclusive, em relação a esse ato infralegal impugnado, o prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias, previsto no art. 23 da Lei 12.016/2009.

Assim, é o caso de incidência do óbice previsto na Súmula 266/STF, que contém a seguinte redação: "Não cabe mandado de segurança contra lei em tese".

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado da Primeira Seção do STJ:

> Processual Civil. *Mandado de segurança*. Portaria interministerial. Ilegitimidade do Ministro de Estado. *Impetração contra lei em tese. Descabimento. Súmula 266/STF*.
>
> 1. *Em mandado de segurança, a legitimidade para figurar no pólo passivo é daquele que detém atribuição para adoção das providências tendentes a executar o ato combatido pela segurança, e não daquele responsável pela edição da norma geral e abstrata.*
>
> 2. *Inexistindo na impetração qualquer referência à situação que objetivamente viole direito líquido e certo, não há como conceder mandado de segurança. Aplicação da Súmula 266 do STF* **(*não cabe mandado de segurança contra lei em tese*)**.
>
> 3. Mandado de segurança que se julga extinto, com base no art. 267, VI, do CPC (STJ, MS 9.507/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJU de 28/06/2004).

Do voto proferido pelo saudoso Ministro *Teori Albino Zavascki*, no supracitado julgamento, extrai-se a seguinte lição doutrinária do rememorado HELY LOPES MEIRELLES:

> O objeto do mandado de segurança será sempre a correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo de direito individual ou coletivo, líquido e certo, do impetrante. Este ato ou omissão poderá provir de autoridade de qualquer dos três Poderes. *Só não se admite mandado de segurança contra atos meramente normativos (lei em tese)*, contra a coisa julgada e contra os *interna corporis* de órgãos colegiados. *E as razões são óbvias para essas restrições: as leis*

> *e os decretos gerais, enquanto normas abstratas, são insuscetíveis de lesar direitos*, salvo quando proibitivos; a coisa julgada só é invalidável por ação rescisória (CPC, art. 485 e STF, Súmula 268); e os *interna corporis*, se realmente o forem, não se sujeitam à correção judicial. *A lei em tese, como norma abstrata de conduta, não é atacável por mandado de segurança (STF, Súmula 266), pela óbvia razão de que não lesa, por si só, qualquer direito individual. Necessária se torna a conversão da norma abstrata em ato concreto, para expor-se à impetração, mas nada impede que, na sua execução, venha a ser declarada inconstitucional pela via do* mandamus (Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, etc., RT, 13ª. edição, pág. 17/18).

Ainda no referido julgamento, foi citada a seguinte lição do saudoso Ministro *Carlos Alberto Menezes Direito*:

> *O* writ *há de atacar o ato que, diretamente, vulnera o direito líquido e certo do impetrante. O que caracteriza a lei em tese é a generalidade do comando; desde que o ato atacado seja uma norma não individualizada, é incabível o mandado de segurança*. Toda vez que o ato administrativo, por sua natureza, produzir efeitos concretos e imediatos, perde ele sua característica de ato normativo. Sem que tenha havido qualquer medida de execução contra interesse da impetrante, porquanto pede apenas a declaração de ilegalidade da cobrança antecipada do ICMS, descabe a impetração. Os decretos editados pelo Presidente da República, que disciplinam a criação de novos cursos de ensino superior, não se expõem ao controle jurisdicional por meio da ação de mandado de segurança, pois configuram, em face de seu próprio conteúdo normativo, atos em tese, absolutamente insuscetíveis de contraste mediante utilização do *writ*. *Atos em tese são os que dispõem sobre situações gerais e impessoais, têm alcance genérico e disciplinam hipóteses que neles se acham abstratamente previstas. O mandado de segurança não é sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade e nem pode substituí-la, sob pena de grave deformação do instituto e inaceitável desvio de sua verdadeira função jurídico-processual* (Manual de Mandado de Segurança, 4ª edição, Editora Renovar, 2003, p. 44/45).

No mesmo sentido:

> *Processo Civil. Mandado de segurança*. A impetração que tem por objeto a Portaria Interministerial n. 134, de 2011 - enquanto ato normativo sem repercussão imediata e concreta em direito de quem quer que seja - é inviável. Agravo regimental desprovido (STJ, AgRg no MS 18.243/DF, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Seção, DJe de 01/02/2013).

Mesmo que não incidisse, na espécie, a Súmula 266/STF, ainda assim o Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, no polo passivo deste Mandado de Segurança,

que visa afastar as restrições normativas ao aproveitamento do crédito de ICMS, espécie de tributo sujeito a lançamento por homologação, com base em argumentos de suposta inconstitucionalidade da Resolução n. 3.166/2001.

Isto porque, de acordo com a orientação jurisprudencial predominante no STJ, no regime do lançamento por homologação, a iminência de sofrer o lançamento fiscal, acaso não cumpra a legislação de regência, autoriza o sujeito passivo da obrigação tributária a impetrar mandado de segurança contra a exigência que considera indevida. Nesse caso, porém, autoridade coatora é aquela que tem competência para o lançamento *ex officio*, que, certamente, não é o Secretário de Estado da Fazenda.

Com efeito, a Primeira Seção do STJ, ao julgar o MS 4.839/DF (Rel. Ministro *Ari Pargendler*, DJU de 16/02/98), deixou anotado que "a autoridade coatora, no mandado de segurança, é aquela que pratica o ato, não a que genericamente orienta os orgãos subordinados a respeito da aplicação da lei no âmbito administrativo; mal endereçado o *writ*, o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito".

Por sua vez, a Primeira Turma do STJ, ao julgar o AgRg no RMS 36.846/RJ (Rel. Ministro *Ari Pargendler*, DJe de 07/12/2012), enfrentou situação semelhante à dos presentes autos, ocasião em que decidiu que, no regime do lançamento por homologação, a iminência de sofrer o lançamento fiscal, acaso não cumpra a legislação de regência, autoriza o sujeito passivo da obrigação tributária a impetrar mandado de segurança contra a exigência que considera indevida. *Nesse caso, porém, autoridade coatora é aquela que tem competência para o lançamento* ex officio, *que, certamente, não é o Secretário de Estado da Fazenda.*

Também a Primeira Turma do STJ, ao julgar, sob a relatoria do Ministro *Ari Pargendler*, tanto o RMS 40.373/MS (DJe de 14/05/2013), quanto o RMS 38.960/MS (DJe de 22/05/2013), e, posteriormente, o RMS 38.735/CE (DJe de 19/12/2013), reafirmou que *o respectivo Secretário de Estado da Fazenda não está legitimado a figurar, como autoridade coatora, em mandados de segurança que visam evitar a prática de lançamento fiscal*.

Consoante ficou assentado nos retromencionados precedentes da Primeira Turma do STJ, "a autoridade coatora desempenha duas funções no mandado de segurança: a) uma, internamente, de natureza processual, consistente em defender o ato impugnado pela impetração; trata-se de hipótese excepcional de legitimidade *ad processum*, em que o órgão da pessoa jurídica, não o representante judicial desta, responde ao pedido inicial; b) outra, externamente, de natureza

executiva, vinculada à sua competência administrativa; ela é quem cumpre a ordem judicial. A legitimação da autoridade coatora deve ser aferida à base das duas funções acima descritas; só o órgão capaz de cumpri-las pode ser a autoridade coatora. A pessoa jurídica sujeita aos efeitos da sentença no mandado de segurança só estará bem *presentada* no processo se houver correlação material entre as atribuições funcionais da autoridade coatora e o objeto litigioso; essa identificação depende de saber, à luz do direito administrativo, *qual o órgão encarregado de defender o ato atacado pela impetração*" (RMS 40.373/MS, Rel. Ministro *Ari Pargendler*, DJe de 14/05/2013; RMS 38.960/MS, Rel. Ministro *Ari Pargendler*, DJe de 22/05/2013; RMS 38.735/CE, Rel. Ministro *Ari Pargendler*, DJe de 19/12/2013).

No mesmo sentido são os seguintes julgados da Segunda Turma: AgRg no RMS 36.113/PR, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, DJe de 25/09/2013; AgRg no RMS 42.792/CE, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, DJe de 11/03/2014; RMS 54.333/RN, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, DJe de 20/10/2017.

Sobre a autoridade que deve figurar no polo passivo de mandado de segurança que visa o afastamento de exigência fiscal, supostamente ilegítima, confira-se a lição doutrinária de HELY LOPES MEIRELLES:

> *Considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para sua execução*. Não há confundir, entretanto, o simples executor material do ato com a autoridade por ele responsável. Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concretamente e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequencias administrativas; executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela. *Exemplificando: numa imposição fiscal ilegal, atacável por mandado de segurança, o coator não é nem o Ministro ou o Secretário da Fazenda que expede instruções para a arrecadação de tributos, nem o funcionário subalterno que cientifica o contribuinte da exigência tributária; o coator é o chefe do serviço que arrecada o tributo e impõe as sanções fiscais respectivas, usando do seu poder de decisão* (**Mandado de Segurança**, 29ª edição, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 63).

Sobre a denominada teoria da encampação, a Primeira Seção do STJ, nos autos do MS 10.484/DF (Rel. Ministro *José Delgado*, DJU de 26/09/2005), firmou o entendimento de que tal teoria apenas se aplica ao mandado de segurança, quando preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: (a) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a

que ordenou a prática do ato impugnado; (b) manifestação a respeito do mérito, nas informações prestadas; (c) ausência de indevida modificação ampliativa de competência jurisdicional absoluta.

Em consonância com a orientação jurisprudencial e doutrinária acima, a mais recente jurisprudência da Segunda Turma do STJ orienta-se no sentido de que o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, em mandado de segurança que visa afastar restrições ao aproveitamento de créditos de ICMS, como evidenciam as seguintes ementas:

> Agravo regimental no recurso em mandado de segurança. Processual Civil. *Ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora. Inaplicabilidade da teoria da encampação. Modificação de competência*. Decisão de extinção do processo na origem mantida.
>
> 1. *A autoridade coatora apontada pela impetrante – Secretário de Estado – goza de foro especial por prerrogativa de função no Tribunal de Justiça, ao passo que a autoridade que efetivamente detém competência para decidir sobre o aproveitamento de créditos de ICMS – Diretor de Administração Tributária – está vinculada à jurisdição de juiz de primeiro grau.*
>
> 2. *Reconhecimento da ilegitimidade passiva do Secretário da Fazenda do Estado de Pernambuco, bem como da inaplicabilidade da teoria da encampação por acarretar alargamento da competência originária do Tribunal de Justiça*.
>
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ, AgRg no RMS 32.648/PE, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 18/11/2015).

> Processual Civil e Tributário. Agravo regimental no recurso em mandado de segurança. *Pretensão de afastamento da aplicabilidade da Resolução 3.166/2001, do Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais, que veda a apropriação de crédito de ICMS nas entradas, decorrentes de operações interestaduais, de mercadorias cujos remetentes sejam beneficiados com incentivos fiscais concedidos, por outros Estados, em desacordo com o entendimento do Fisco mineiro acerca da legislação de regência do imposto. Impetração contra lei em tese. Impossibilidade. Incidência da Súmula 266/STF. Ilegitimidade do Secretário de Estado da Fazenda para figurar, como autoridade coatora, no polo passivo do mandado de segurança. Precedentes do STJ*. Agravo regimental improvido.
>
> I. Na hipótese, a associação impetrante, ao apontar, como autoridade coatora, o Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais – a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça de Minas Gerais –, bem como ao sustentar inconstitucionais, tanto a Resolução 3.166/2001, do Secretário de Estado da Fazenda, quanto os arts. 28, § 5º, e 225 da Lei estadual 6.763/75 e 62, §§ 1º e 2º, do RICMS/MG (Decreto estadual 43.080/2002), buscou, liminarmente, decisão judicial que afastasse a aplicabilidade da aludida Resolução, com autorização

para que seus associados se apropriassem integralmente dos créditos de ICMS, nas entradas de mercadorias provenientes de outros Estados, e, ainda, que se determinasse à autoridade coatora, e a seus subordinados, que se abstivessem da prática de quaisquer atos tendentes à exigência do ICMS, com base nas supracitadas disposições normativas, tais como a instauração de processos administrativos tributários. No mérito, buscou a confirmação da liminar, declarando-se, em caráter definitivo, a inconstitucionalidade e ilegalidade das disposições normativas acima.

II. Sendo preventivo o mandado de segurança coletivo, desnecessária a existência concreta de ato coator, porquanto o receio de ato que venha a violar o direito líquido e certo dos associados da impetrante é suficiente a ensejar a impetração. *Ocorre que*, in casu, *diante da argumentação constante da impetração, não se verifica a existência de possíveis atos de efeitos concretos, a serem praticados pelo Secretário de Estado da Fazenda – a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça –, tendentes a violar ou ameaçar suposto direito líquido e certo dos associados da impetrante, a dar ensejo à impetração, ainda que na forma preventiva. Com efeito, a impetrante não aponta ato algum, de efeitos concretos, a ser praticado pela autoridade que se aponta coatora, o Secretário de Estado da Fazenda, a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça. Apenas impetra o* mandamus *contra a Resolução 3.166/2001, do Secretário de Estado da Fazenda, e os arts. 28, § 5º, e 225 da Lei Estadual 6.763/75 e 62, §§ 1º e 2º, do RICMS/MG (Decreto estadual 43.080/2002), por reputar ilegais e inconstitucionais tais normas de direito local. Assim, incide, na espécie, a Súmula 266/STF ("Não cabe mandado de segurança contra lei em tese")*.

III. A Primeira Seção do STJ, ao julgar o MS 4.839/DF (Rel. Ministro *Ari Pargendler*, DJU de 16/02/1998), deixou anotado que "a autoridade coatora, no mandado de segurança, é aquela que pratica o ato, não a que genericamente orienta os orgãos subordinados a respeito da aplicação da lei no âmbito administrativo; mal endereçado o *writ*, o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito".

IV. *A Primeira Turma do STJ, ao julgar o AgRg no RMS 36.846/RJ (Rel. Ministro* ***Ari Pargendler****, DJe de 07/12/2012), decidiu que, no regime do lançamento por homologação, a iminência de sofrer o lançamento fiscal, acaso não cumpra a legislação de regência, autoriza o sujeito passivo da obrigação tributária a impetrar mandado de segurança contra a exigência que considera indevida. Nesse caso, porém, autoridade coatora é aquela que tem competência para o lançamento* ex officio, *que, certamente, não é o Secretário de Estado da Fazenda*.

V. Agravo Regimental improvido (STJ, AgRg no RMS 49.945/MG, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe DE 30/03/2016).

Confiram-se, no mesmo sentido, os atuais precedentes da Primeira Turma do STJ:

Recurso fundado no novo CPC. Tributário e Processual Civil. Agravo interno em recurso ordinário em mandado de segurança. *ICMS. Insurgência contra cobrança do tributo. Secretário de Estado de Fazenda apontado como autoridade coatora. Ilegitimidade passiva. Teoria da encampação. Inaplicabilidade*.

1. *Secretário de Estado de Fazenda não ostenta legitimidade para figurar no pólo passivo do mandado de segurança, questionando a obrigatoriedade de pagamento de ICMS, pois não é de sua competência determinar a nulidade de eventual lançamento tributário. Precedentes: RMS 47.206/RJ, Rel. Ministro* ***Humberto Martins***, ***Segunda Turma***, *julgado em 03/03/2015, DJe 09/03/2015); RMS 37.270/MS, Rel. Ministro* ***Benedito Gonçalves***, ***Primeira Turma***, *julgado em 16/04/2013, DJe 22/04/2013*.

2. *Inaplicabilidade da teoria da encampação na hipótese dos autos porquanto o conhecimento do* writ *esbarra na alteração de competência estabelecida pela Constituição Federal. Precedentes: RMS 45.902/RJ, Rel. Ministro* ***Og Fernandes***, ***Segunda Turma***, *julgado em 15/09/2016, DJe 21/09/2016; AgInt no RMS 49.232/MS, Rel. Ministro* ***Benedito Gonçalves***, ***Primeira Turma***, *julgado em 05/05/2016, DJe 18/05/2016*.

3. Agravo interno a que se nega provimento (STJ, AgInt no RMS 51.519/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 16/12/2016).

Processual Civil. Agravo interno no recurso ordinário em mandado de segurança. *ICMS. Ilegitimidade passiva do Secretário da Fazenda*.

1. *O Secretário de Fazenda não está legitimado para figurar como autoridade coatora em mandados de segurança em que se discute a exigibilidade de débitos de ICMS*.

2. Agravo interno desprovido (STJ, AgInt no RMS 46.013/RJ, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 29/08/2016).

Processual Civil. Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. *ICMS*. Alíquotas aplicáveis sobre valores decorrentes de fornecimento de energia elétrica. *Ilegitimidade passiva do Secretário do Estado. Não incidência do art. 6º, § 3º da Lei 12.016/2009. Ausência dos requisitos para aplicação da teoria da encampação*. Agravo regimental do contribuinte ao qual se nega provimento.

1. Para aplicar ocorrência da teoria da encampação necessita-se do preenchimento de alguns requisitos: (a) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; (b) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas; e (c) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal.

2. *A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica acerca da ilegitimidade do Secretário de Estado da Fazenda para integrar o pólo passivo da Ação Mandamental em que se busca alterar a alíquota e a base de cálculo do ICMS incidente sobre a*

prestação de serviços de energia elétrica, a teor do disposto no Decreto 40.613/2007, do Estado do Rio de Janeiro.

3. *Destarte, a teoria da encampação é inaplicável no caso concreto, porquanto, ainda que o Secretário de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro tivesse defendido o mérito do ato, sua indicação como autoridade coatora resulta em alteração na competência jurisdicional, na medida em que compete originariamente ao Tribunal de Justiça Estadual o julgamento de Mandado de Segurança contra Secretário de Estado, prerrogativa de foro não extensível ao servidor responsável pelo lançamento tributário ou pela expedição da certidão de regularidade fiscal. Precedentes: RMS 31.412/RJ, Rel. Min.* ***Sérgio Kukina****, DJe 29.2.2016; RMS 29.490/RJ, Rel. Min.* ***Benedito Gonçalves****, DJe 19.8.2009*.

4. Agravo Regimental do Contribuinte desprovido (STJ, AgRg no RMS 30.771/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 30/11/2016).

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental no recurso em mandado de segurança. *ICMS. Insurgência contra a cobrança de tributo. Ilegitimidade passiva do Secretário da Fazenda Estadual. Teoria da encampação. Inaplicabilidade*.

1. Nos termos do que decidido pelo Plenário do STJ, '[a]os recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Enunciado Administrativo n. 2).

2. *Esta Corte já decidiu que o Secretário de Fazenda não é parte legítima para figurar no polo passivo do mandado de segurança em que se discute a exigibilidade de tributos, situação análoga ao caso* sub examine. *Precedentes: RMS 37.270/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 22/4/2013; AgRg no RMS 39.284/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24/6/2013*.

3. *É descabida*, in casu, *a aplicação da teoria da encampação pois, malgrado o Secretário de Estado da Fazenda tenha defendido o mérito do ato atacado pelo* mandamus, *sua indicação como autoridade coatora modifica a regra de competência jurisdicional do Tribunal de Justiça. Precedentes: AgRg no RMS 47.916/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 5/8/2015; EDcl no RMS 32.110/PA, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 19/4/2011; REsp 818.473/MT, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 17/12/2010*.

4. Agravo regimental não provido (STJ, AgInt no RMS 49.232/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 18/05/2016).

Nos presentes autos, trata-se de Mandado de Segurança impetrado, pela ora recorrente, em 29/10/2014, contra o Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais, visando afastar a aplicabilidade da Resolução n. 3.166, de 11/07/2001, que veda a apropriação de créditos do ICMS nas entradas, decorrentes de

operações interestaduais, de mercadorias cujos remetentes sejam beneficiados com incentivos fiscais concedidos, por outros Estados, em desacordo com o entendimento do Fisco mineiro acerca da legislação de regência do imposto.

Aliás, com o propósito de confirmar – na forma da jurisprudência invocada – a ilegitimidade do Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais para figurar, como autoridade coatora, no polo passivo deste Mandado de Segurança, convém analisar a legislação estadual pertinente à Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais, ao Secretário de Estado da Fazenda e aos Agentes Fiscais de Tributos Estaduais, Auditores Fiscais da Receita Estadual e Fiscais de Tributos Estaduais.

No plano constitucional, a Constituição do Estado de Minas Gerais, no § 1º de seu art. 93, prevê que compete ao Secretário de Estado, além de outras atribuições conferidas em lei: I – exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos de sua Secretaria e das entidades da administração indireta a ela vinculadas; II – referendar ato e decreto do Governador; III – expedir instruções para a execução de lei, decreto e regulamento; IV – apresentar ao Governador do Estado relatório anual de sua gestão, que será publicado no órgão oficial do Estado; V – comparecer à Assembléia Legislativa, nos casos e para os fins indicados nesta Constituição; VI – praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Governador do Estado.

No plano legal, a Lei Delegada 179/2011, que dispõe sobre a organização básica e a estrutura da Administração Pública do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais, especificamente no inciso XII de seu art. 5º, menciona, entre as Secretarias de Estado, a Secretaria de Estado de Fazenda e as respectivas Subsecretarias: a) Subsecretaria da Receita Estadual; b) Subsecretaria do Tesouro Estadual.

Também em seu art. 6º, XII, a aludida Lei Delegada contempla o cargo de Secretário de Estado da Fazenda.

Por sua vez, a Lei Delegada 180/2011, que dispõe sobre a estrutura orgânica da Administração Pública do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais, em seu Capítulo XV, trata da Secretaria de Estado da Fazenda, nos seguintes termos:

> *Capítulo XV*
>
> *Da Secretaria de Estado de Fazenda*
>
> Art. 188. A Secretaria de Estado de Fazenda - SEF -, a que se refere o inciso XII do art. 5º da Lei Delegada 179, de 2011, tem por finalidade planejar, organizar,

dirigir, coordenar, executar, controlar e avaliar a política tributária e fiscal, a gestão dos recursos financeiros e as atividades pertinentes à gestão da governança corporativa estadual, assim como responsabilizar-se pela implementação das políticas tributária e fiscal e pelo provimento, controle e administração dos recursos financeiros necessários à consecução dos objetivos da Administração Pública Estadual, competindo-lhe:

I - subsidiar a formulação das políticas tributária e fiscal do Estado e promover sua execução, controle, acompanhamento e avaliação;

II - gerir o Sistema Tributário Estadual para garantir a efetivação do potencial contributivo da economia e assegurar o controle da arrecadação tributária;

III - promover a gestão dos recursos financeiros e o efetivo controle dos gastos públicos para viabilizar a execução financeira das políticas governamentais;

IV - propor anteprojetos de lei tributária estadual, assegurar a correta interpretação e aplicação da legislação tributária e promover a conscientização do significado social do tributo;

V - gerir o processo de arrecadação dos tributos estaduais por meio do acompanhamento, da apuração, da análise e do controle da integralidade de seus produtos;

VI - promover o registro e o controle administrativo das atividades econômicas sujeitas à tributação;

VII - exercer o controle das atividades econômicas, na forma da legislação tributária e fiscal, para assegurar a compatibilidade entre a real capacidade contributiva da economia e a receita efetiva;

VIII - *formalizar e exercer o controle do crédito tributário e dos procedimentos relacionados à sua liquidação*;

IX - *rever, em instância administrativa, o crédito tributário constituído e questionado pelo contribuinte*;

X - aplicar medidas administrativas e penalidades pecuniárias, inclusive a representação para o procedimento criminal cabível nos delitos contra a ordem tributária;

XI - conduzir, promover, examinar e autorizar a negociação para a contratação de empréstimos, financiamentos ou outras obrigações contraídas por órgãos ou entidades da Administração Pública Estadual, relativas a programas e projetos previamente negociados pela Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, bem como estabelecer normas para a concessão de fiança, aval ou outra forma de garantia oferecida pelo Tesouro Estadual;

XII - exercer a orientação, a supervisão e a fiscalização das atividades de administração financeira do Estado;

XIII - exercer a administração da dívida pública estadual, a coordenação e a execução da política de crédito público, a centralização e a guarda dos valores mobiliários;

XIV - exercer a orientação, a apuração e a correção disciplinar sobre seus servidores, mediante a promoção regular de ações preventivas, e a instauração de sindicância e processo administrativo disciplinar, bem como zelar por suas unidades administrativas e pelo patrimônio, observadas as diretrizes estabelecidas pela Controladoria-Geral do Estado;

XV - manter programas, projetos e atividades de desenvolvimento e aperfeiçoamento permanente do pessoal fazendário, indispensáveis ao cumprimento de seus objetivos;

XVI - assessorar o Governador em assuntos relacionados às políticas tributária, fiscal, econômica e financeira;

XVII - exercer a orientação normativa, a supervisão técnica e o controle das atividades contábeis relativas à gestão orçamentária, financeira e patrimonial do Estado;

XVIII - exercer atividades correlatas; e

XIX - exercer o poder de polícia no âmbito de sua competência.

Art. 189. A Secretaria de Estado de Fazenda tem a seguinte estrutura orgânica básica:

I - Gabinete;

II - Auditoria Setorial;

III - Corregedoria;

IV - Assessoria Jurídica;

V - Assessoria de Comunicação Social;

VI - Assessoria de Planejamento;

(Expressão "Assessoria de Gestão Estratégica e Inovação" substituída por "Assessoria de Planejamento", pelo art. 5º da Lei n. 21.693, de 26/3/2015.)

VII - Superintendência de Gestão e Finanças;

VIII - Superintendência de Tecnologia da Informação;

IX - Superintendência de Recursos Humanos;

X - Subsecretaria da Receita Estadual:

a) Superintendência de Fiscalização;

b) Superintendência de Tributação;

c) Superintendência de Arrecadação e Informações Fiscais; e

d) Superintendências Regionais da Fazenda, até o limite de dez unidades; e

XI - Subsecretaria do Tesouro Estadual:

a) Superintendência Central de Administração Financeira;

b) Superintendência Central de Governança de Ativos e da Dívida Pública; e

c) Superintendência Central de Contadoria-Geral.

§ 1º São de responsabilidade do Gabinete as atividades administrativas do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, nos termos de decreto.

§ 2º Subordinam-se ao Gabinete o Auditor Fiscal, a que se refere o Anexo I da Lei Delegada n. 176, de 26 de janeiro de 2007, e o pessoal de apoio administrativo do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, cujas atividades serão executadas sob supervisão e orientação técnica do Presidente do Conselho de Contribuintes, nos termos de decreto.

Art. 190. Serão estabelecidas em decreto:

I - a localização das Superintendências Regionais da Fazenda;

II - a localização, a abrangência e a subordinação das unidades integrantes da estrutura orgânica complementar das Superintendências Regionais da Fazenda; *e*

III - a classificação das unidades de que trata o inciso II deste artigo, segundo padrões de planejamento geoeconômico e outras variáveis de natureza tributária e fiscal.

No plano regulamentar, o Decreto 45.780/2011, que dispõe sobre a organização da Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais, estabelece o seguinte:

Capítulo I

Disposição Preliminar

Art. 1º A Secretaria de Estado de Fazenda - SEF, de que trata o art. 188 da Lei Delegada n. 180, de 20 de janeiro de 2011, tem sua organização regida por este Decreto e pela legislação aplicável.

(...)

Capítulo IV

Da Estrutura Orgânica

Art. 4º A SEF tem a seguinte estrutura orgânica:

(...)

X - *Subsecretaria da Receita Estadual*:

a) Superintendência de Fiscalização:

1. Diretoria de Planejamento e Avaliação Fiscal;

2. Diretoria de Gestão de Projetos; e

3. Diretoria Executiva de Fiscalização;

b) Superintendência de Tributação:

1. Diretoria de Gestão Tributária;

2. Diretoria de Orientação e Legislação Tributária; e

3. Diretoria de Análise de Investimentos;

c) Superintendência de Arrecadação e Informações Fiscais:

1. Diretoria de Cadastros, Arrecadação e Cobrança;

2. Diretoria de Informações Econômico-Fiscais; e

3. Diretoria de Gestão do Atendimento ao Público;

d) Superintendências Regionais da Fazenda, até o limite de dez unidades:

1. *Delegacia Fiscal - 1º nível*;

2. *Delegacia Fiscal - 2º nível*;

3. *Delegacia Fiscal de Trânsito - 1º nível*;

4. *Delegacia Fiscal de Trânsito - 2º nível*;

5. *Administração Fazendária - 1º nível*;

6. *Administração Fazendária - 2º nível*;

7. *Administração Fazendária - 3º nível*;

8. *Posto de Fiscalização - 1º nível*;

9. *Posto de Fiscalização - 2º nível*; *e*

10. *Serviço Integrado de Assistência Tributária e Fiscal*;

(...)

Capítulo XIV

Da Subsecretaria da Receita Estadual

Art. 27. *A Subsecretaria da Receita Estadual tem por finalidade* estabelecer políticas e diretrizes relativas ao Sistema Tributário Estadual, gerir as receitas estaduais, tributárias e não tributárias, *orientar e supervisionar as unidades a ela subordinadas*, bem como representar a SEF junto à Comissão Técnica Permanente do ICMS - COTEPE, *competindo-lhe*:

I - desenvolver e gerir o sistema de gestão estratégica das receitas estaduais, bem como subsidiar e propor as diretrizes para a alocação dos recursos necessários ao desenvolvimento e à gestão do referido sistema;

II - coordenar, em articulação com as demais unidades da SEF, as ações desenvolvidas pelas unidades subordinadas, visando ao alcance de seus objetivos estratégicos, acompanhando e avaliando os resultados com base em indicadores e metas quantitativas e qualitativas;

III - estabelecer normas, diretrizes e políticas em matéria tributária;

IV - coordenar as ações da Comissão de Política Tributária;

V - definir, orientar, coordenar, acompanhar e avaliar a execução da política tributária e fiscal, o controle da arrecadação e a gestão das informações econômico-fiscais;

VI - *gerir, avaliar e controlar as atividades relativas à constituição do crédito tributário e à revisão de ofício do lançamento*;

VII - *gerir, coordenar, orientar, acompanhar, avaliar e harmonizar a formulação, a implementação e a execução dos planos, programas, projetos e atividades das unidades a ela subordinadas, visando à integração das ações e à potencialização dos resultados*;

VIII - promover a articulação das ações fiscais inter-regionais com as instâncias Federal, Estadual e Municipal e com o Ministério Público;

IX - coordenar as atividades desenvolvidas pelo Núcleo de Apoio ao Ministério Público; e

X - *coordenar e compatibilizar as ações de controle, análise e apuração da arrecadação, cadastro de contribuintes e controle fiscal, garantindo o alinhamento e a integração das ações definidas pelo sistema de gestão estratégica das receitas estaduais e a atuação articulada das unidades a ela subordinadas*.

§ 1º *Integram a área de competência da Subsecretaria da Receita Estadual e exercerão as competências e as funções que lhes são próprias, segundo as políticas e as diretrizes por ela estabelecidas, as unidades centralizadas e descentralizadas*, a Comissão de Política Tributária, os Núcleos de Contribuintes Externos do ICMS, o Núcleo de Análise e Pesquisa, o Núcleo de Acompanhamento Criminal e o Núcleo de Apoio ao Ministério Público.

§ 2º As disposições relativas às funções e à área de abrangência dos Núcleos de Contribuintes Externos do ICMS serão estabelecidas pelo Secretário de Estado de Fazenda.

§ 3º As disposições relativas às funções da Comissão de Política Tributária, dos Núcleos de Análise e Pesquisa, de Acompanhamento Criminal e de Apoio ao Ministério Público serão estabelecidas pela Subsecretaria da Receita Estadual.

§ 4º A competência prevista no inciso IV do *caput* deste artigo poderá ser exercida, a critério do Subsecretário da Receita Estadual, por um dos integrantes da Comissão de Política Tributária.

Seção I

Da Superintendência de Fiscalização

Art. 28. *A Superintendência de Fiscalização* tem por finalidade planejar e gerir, em articulação com a Superintendência de Arrecadação e Informações Fiscais e

a Superintendência de Tributação, *as atividades pertinentes ao controle fiscal, bem como executar sua avaliação*, competindo-lhe:

I - promover o planejamento, a implementação, a gestão, a coordenação, a orientação, a supervisão, o acompanhamento, o controle e a avaliação da execução de planos, programas, projetos, operações e ações pertinentes ao controle fiscal das atividades econômicas sujeitas à tributação;

II - promover o desenvolvimento e a gestão de programas, projetos, operações e ações, visando à implementação de métodos, técnicas e procedimentos para o acompanhamento e o controle fiscal de setores ou atividades econômicas priorizadas;

III - promover e gerenciar intercâmbios com a Secretaria da Receita Federal do Brasil, o Ministério Público, as Secretarias de Fazenda de outras unidades da Federação e outros órgãos técnicos voltados para o tratamento de matérias na área de atuação da Superintendência;

IV - promover a coordenação, a orientação, a supervisão, o acompanhamento, o controle e a avaliação das atividades relacionadas às autuações fiscais e aos pedidos de restituição;

V - promover, em articulação com a Superintendência de Arrecadação e Informações Fiscais, a coordenação, a orientação, a supervisão, o acompanhamento, o controle e a avaliação das atividades relacionadas ao crédito tributário e à tramitação de Processo Tributário Administrativo relativo a crédito tributário e a pedido de restituição, exceto na hipótese de o Processo Tributário Administrativo já ter sido recebido pelo Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais e enquanto nele permanecer;

VI - promover, em articulação com a Superintendência de Arrecadação e Informações Fiscais, a coordenação, a orientação, a supervisão e a proposta de normatização das atividades pertinentes às formas de extinção e exclusão do crédito tributário;

VII - promover, em articulação com as Superintendências de Tributação e de Arrecadação e Informações Fiscais, o planejamento, a coordenação e a proposta de normatização das atividades referentes aos arquivos eletrônicos de entrega obrigatória à SEF; e

VIII - exercer a coordenação do Núcleo de Análise e Pesquisa.

Parágrafo único. Para os fins do disposto neste Decreto, o controle fiscal compreende:

I - as ações e os procedimentos de fiscalização; e

II - o controle administrativo-tributário realizado pela Superintendência de Fiscalização, em articulação com a Superintendência de Arrecadação e Informações Fiscais e a Superintendência de Tributação.

(...)

Subseção III

Da Diretoria Executiva de Fiscalização

Art. 31. *A Diretoria Executiva de Fiscalização tem por finalidade gerir e executar, em articulação com as Superintendências Regionais da Fazenda, as atividades e operações de controle fiscal do trânsito e da circulação de mercadorias, bens e serviços, competindo-lhe*:

I - *coordenar, orientar, acompanhar e executar as atividades de controle fiscal do trânsito e da circulação de mercadorias, bens e serviços*;

II - gerir as ações e os procedimentos de fiscalização emergenciais, em atendimento a demandas que exijam pronta intervenção;

III - executar atividades de controle fiscal, em contribuintes selecionados, definidas previamente entre a respectiva Superintendência Regional da Fazenda e a Superintendência de Fiscalização;

IV - promover o desenvolvimento e a execução de ações fiscais especiais, em conjunto com órgãos externos, inclusive a articulação de procedimentos para atuação conjunta com o Ministério Público, visando ao combate aos crimes contra a ordem tributária;

V - apoiar as unidades fiscais descentralizadas no desenvolvimento de suas atividades de controle fiscal do trânsito e da circulação de mercadorias, bens e serviços, quando necessário; e

VI - formalizar o crédito tributário, aplicar penalidades e arrecadar tributos, no âmbito de sua competência.

(...)

Seção IV

Das Superintendências Regionais da Fazenda

Art. 40. *As Superintendências Regionais da Fazenda têm por finalidade, em sua área de abrangência, superintender, coordenar e orientar a execução da política fiscal e tributária do Estado, competindo-lhes*:

I - exercer a representação da SEF;

II - *coordenar, orientar e controlar a execução das atividades desenvolvidas pelas unidades a elas subordinadas*; e

III - *alinhar, articular e garantir a atuação integrada das unidades a elas subordinadas em relação ao atendimento ao público e às ações de controle fiscal, visando assegurar a gestão articulada do controle administrativo-tributário exercido pelas Delegacias Fiscais, Delegacias Fiscais de Trânsito, Postos de Fiscalização, Administrações Fazendárias e Serviço Integrado de Assistência Tributária e Fiscal*.

§ 1º *Ficam subordinados administrativamente às Superintendências Regionais da Fazenda, observada a sua área de abrangência*:

I - as Delegacias Fiscais;

II - as Delegacias Fiscais de Trânsito;

III - as Administrações Fazendárias;

IV - os Postos de Fiscalização; *e*

V - os Serviços Integrados de Assistência Tributária e Fiscal.

§ 2º *Os Serviços Integrados de Assistência Tributária e Fiscal subordinam-se tecnicamente à Administração Fazendária de 1º, 2º ou 3º nível em cuja área de abrangência estiverem localizados*.

Subseção I

Das Delegacias Fiscais

Art. 41. *As Delegacias Fiscais têm por finalidade, em sua área de abrangência, executar o controle fiscal, conforme as orientações da Superintendência Regional da Fazenda a que estiverem subordinadas e as diretrizes e normas emanadas das unidades centralizadas, competindo-lhes*:

I - *coordenar, orientar, acompanhar e executar as atividades de controle fiscal dos agentes econômicos sujeitos aos tributos estaduais*;

II - *gerir as ações e os procedimentos de fiscalização e, em articulação com as Administrações Fazendárias, as atividades de controle administrativo-tributário*;

III - formalizar o crédito tributário, aplicar penalidades e arrecadar tributos, no âmbito de sua competência;

IV - prestar esclarecimentos aos contribuintes, no âmbito de sua competência;

V - acompanhar o cumprimento das regras estabelecidas em regimes especiais, propondo alterações, quando necessário;

VI - impor Regime Especial de Controle e Fiscalização;

VII - *executar ações referentes à cobrança do crédito tributário*; e

VIII - promover a conscientização sobre o significado social do tributo.

Parágrafo único. *Cabe às Delegacias Fiscais coordenar, orientar, acompanhar e executar as atividades de controle fiscal do trânsito e da circulação de mercadorias, bens e serviços, em locais não abrangidos por Delegacias Fiscais de Trânsito*.

Subseção II

Das Delegacias Fiscais de Trânsito

Art. 42. *As Delegacias Fiscais de Trânsito têm por finalidade, em sua área de abrangência, executar o controle fiscal do trânsito e da circulação de mercadorias, bens e serviços, atendendo às orientações da Superintendência Regional da Fazenda a que estiverem subordinadas e às diretrizes e normas emanadas das unidades centralizadas, competindo-lhes*:

I - *coordenar, orientar, acompanhar e executar as atividades de controle fiscal do trânsito e da circulação de mercadorias, bens e serviços, inclusive nos Postos de Fiscalização sob sua subordinação técnica*;

II - *gerir as ações e os procedimentos de fiscalização e, em articulação com as Administrações Fazendárias, as atividades de controle administrativo-tributário*;

III - *formalizar o crédito tributário, aplicar penalidades e arrecadar tributos, no âmbito de sua competência*;

IV - *executar o controle fiscal dos contribuintes, impor Regime Especial de Controle e Fiscalização e exercer todas as atribuições das Delegacias Fiscais naquelas localidades onde houver acordo prévio com a respectiva Delegacia Fiscal e Superintendência Regional da Fazenda e com a Superintendência de Fiscalização*;

V - prestar esclarecimentos aos contribuintes, no âmbito de sua competência;

VI - *executar ações referentes à cobrança do crédito tributário*; e

VII - promover a conscientização sobre o significado social do tributo.

Subseção III

Das Administrações Fazendárias de 1º ou 2º nível

Art. 43. *As Administrações Fazendárias de 1º ou 2º nível têm por finalidade, em sua área de abrangência, executar e supervisionar as atividades administrativo-tributárias, atendendo às orientações da Superintendência Regional da Fazenda a que estiverem subordinadas e às diretrizes e normas emanadas das unidades centralizadas, competindo-lhes*:

I - executar, acompanhar e controlar as atividades relativas à manutenção das informações cadastrais e à tramitação de Processo Tributário Administrativo;

II - gerir, em articulação com a respectiva Delegacia Fiscal ou Delegacia Fiscal de Trânsito, as atividades de controle administrativo-tributário dos agentes econômicos sujeitos aos tributos estaduais;

III - prestar esclarecimentos aos contribuintes, no âmbito de sua competência, bem como proceder ao seu enquadramento e às autorizações que se fizerem necessárias à legalização de seu funcionamento;

IV - *executar, acompanhar e controlar as atividades referentes à cobrança e à administração do crédito tributário*;

V - coordenar, executar e avaliar as atividades pertinentes à administração geral, orçamentária e financeira; e

VI - promover a conscientização sobre o significado social do tributo.

Subseção IV

Das Administrações Fazendárias de 3º nível

Art. 44. *As Administrações Fazendárias de 3º nível têm por finalidade, em sua área de abrangência, executar e supervisionar as atividades administrativo-*

tributárias, atendendo às orientações da Administração Fazendária de 1º ou 2º nível a que estiverem subordinadas tecnicamente e às diretrizes e normas emanadas das unidades centralizadas, competindo-lhes:

I - executar, acompanhar e controlar as atividades relativas à manutenção das informações cadastrais e à tramitação de Processo Tributário Administrativo;

II - gerir, em articulação com a respectiva Delegacia Fiscal ou Delegacia Fiscal de Trânsito, as atividades de controle administrativo-tributário dos agentes econômicos sujeitos aos tributos estaduais;

III - prestar esclarecimentos aos contribuintes, no âmbito de sua competência, bem como proceder ao seu enquadramento e às autorizações que se fizerem necessárias à legalização de seu funcionamento;

IV - *executar, acompanhar e controlar as atividades referentes à cobrança e à administração do crédito tributário*;

V - coordenar, executar e avaliar as atividades pertinentes à administração geral; e

VI - promover a conscientização sobre o significado social do tributo.

Subseção V

Dos Postos de Fiscalização

Art. 45. *Os Postos de Fiscalização têm por finalidade executar o controle do trânsito e da circulação de mercadorias, bens e serviços, atendendo às orientações da Delegacia Fiscal de Trânsito a que estiverem subordinados tecnicamente e às diretrizes e normas emanadas das unidades centralizadas, competindo-lhes*:

I - *exercer atividades de fiscalização, visando assegurar o controle do trânsito e da circulação de mercadorias, bens e serviços*;

II - formalizar o crédito tributário, aplicar penalidades e arrecadar tributos, no âmbito de sua competência;

III - executar atividades de controle fiscal, em contribuintes selecionados, quando houver prévio acordo com a respectiva Delegacia Fiscal de Trânsito e Superintendência Regional da Fazenda e com a Superintendência de Fiscalização; e

IV - promover a conscientização sobre o significado social do tributo.

Da Lei 6.763/75, que consolida a legislação tributária do Estado de Minas Gerais, também se destacam os seguintes dispositivos:

Livro Primeiro

Parte Geral

(...)

Título II

Do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação

(...)

Capítulo XIII

Da Fiscalização

Art. 49 - A fiscalização do imposto compete à Secretaria de Estado de Fazenda, observado o disposto no art. 201 desta Lei.

(...)

Livro Segundo

Do Processo Tributário-Administrativo e da Administração-Tributária

(...)

Título II

Da Administração Tributária

Capítulo I

Da Fiscalização dos Tributos

Art. 201 - A fiscalização tributária compete à Secretaria de Estado de Fazenda, por intermédio dos seus funcionários fiscais e, supletivamente, em relação às taxas judiciárias, à autoridade judiciária expressamente nomeada em lei.

§ 1º - Compete exclusivamente aos Auditores Fiscais da Receita Estadual, aos Agentes Fiscais de Tributos Estaduais e aos Fiscais de Tributos Estaduais o exercício das atividades de fiscalização e de lançamento do crédito tributário.

O Regulamento do ICMS de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto 43.080/2002, dispõe o seguinte:

Art. 188 - A fiscalização do imposto compete aos órgãos próprios da Secretaria de Estado de Fazenda e será realizada exclusivamente pelos Agentes Fiscais de Tributos Estaduais, Auditores Fiscais da Receita Estadual e Fiscais de Tributos Estaduais.

Art. 195. Na hipótese do contribuinte do ICMS ter escriturado créditos ilegítimos ou indevidos, tais créditos serão estornados mediante exigência integral em Auto de Infração, acrescidos dos juros de mora, das multas relativas ao aproveitamento indevido e da penalidade a que se refere o inciso II do art. 56 da Lei n. 6.763, de 1975, a partir dos respectivos períodos de creditamento.

A partir da interpretação sistemática dos supracitados dispositivos constitucionais, legais e regulamentares – especialmente os arts. 201, § 1º, da Lei estadual 6.763/75 e 188 do Decreto estadual 43.080/2002 –, impõe-se a conclusão de que a fiscalização e a cobrança do ICMS não se incluem entre as atribuições do Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais. Ao contrário, tais atos de fiscalização e cobrança competem, exclusivamente, aos Agentes Fiscais de Tributos Estaduais, Auditores Fiscais da Receita Estadual e Fiscais de Tributos Estaduais.

Outrossim, diferentemente do Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais, os servidores da Secretaria de Estado da Fazenda não possuem prerrogativa de foro perante o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em se tratando de mandados de segurança contra atos por eles praticados.

Com efeito, o art. 106, I, **c**, da Constituição do Estado de Minas Gerais prevê que compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar, originariamente, ressalvada a competência das justiças especializadas, "*o mandado de segurança contra ato* do Governador do Estado, da Mesa e da Presidência da Assembléia Legislativa, do próprio Tribunal ou de seus órgãos diretivos e colegiados, de Juiz de Direito, nas causas de sua competência recursal, *de Secretário de Estado*, do Presidente do Tribunal de Contas, do Procurador-Geral de Justiça, do Advogado-Geral do Estado e contra ato da Presidência de Câmara Municipal ou de suas comissões, quando se tratar de processo de perda de mandato de Prefeito" (grifou-se).

Portanto, ainda que não incidisse, na espécie, a Súmula 266/STF, o Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, no polo passivo deste Mandado de Segurança, que visa afastar a aplicabilidade da Resolução 3.166/2001, sendo inaplicável a teoria da encampação, pois haveria indevida modificação ampliativa da competência prevista no supracitado art. 106, I, **c**, da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Por fim, julgado extinto o presente Mandado de Segurança, sem resolução do mérito, logicamente não cabe ao STJ pronunciar-se sobre o mérito da causa ou do Recurso Ordinário, porquanto tal pronunciamento seria incompatível com a decisão tomada. Nesse contexto, também não se justifica o sobrestamento do feito, até o julgamento do Recurso Extraordinário 628.075/RS, pelo STF, na forma estabelecida pelo art. 1.030, III, do CPC/2015.

Ante o exposto, com fundamento no art. 485, VI, § 3º, do CPC/2015, julgo, de ofício, extinto o presente Mandado de Segurança, sem resolução do mérito, e julgo prejudicado, em consequência, o Recurso Ordinário.

É como voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Tributário. ICMS. Resolução 3.166/2001 (da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais). *Mecanismo de reação à "Guerra Fiscal"*. Não ocorrência de impetração contra lei em tese. Reconhecimento da legitimidade passiva da autoridade impetrada.

1. Não obstante o mandado de segurança seja preventivo, fica caracterizado o justo receio, tendo em vista que demonstrada, concretamente, a ameaça a suposto direito líquido e certo. Desse modo, não há falar em impetração contra lei em tese.

2. É da competência da autoridade impetrada (Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais) regulamentar o tema constante do ato impugnado (Resolução 3.166/2001). Assim, além de ter ordenado a prática do ato tido por ilegal, é ele que possui competência para corrigir a suposta ilegalidade (art. 6º, § 3º, da Lei 12.016/2009). Por tais razões, revela-se correta a sua indicação como autoridade impetrada.

3. Voto vista no sentido de afastar os óbices constantes do voto proferido pela eminente Ministra Relatora, a fim de que a Turma prossiga no exame do recurso ordinário (com a sua venia).

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Como já observado pela eminente Ministra Relatora, o recurso ordinário foi interposto em face de acórdão proferido em mandado de segurança, no qual se pretende afastar a Resolução 3.166/2001 "que veda a apropriação de créditos do ICMS nas entradas, decorrentes de operações interestaduais, de mercadorias cujos remetentes sejam beneficiados com incentivos fiscais concedidos, por outros Estados, em desacordo com o entendimento do Fisco mineiro acerca da legislação de regência do imposto".

Em seu voto, a eminente Ministra Assusete Magalhães julga extinto o mandado de segurança, reconhecendo a ilegitimidade passiva da autoridade impetrada, e julga prejudicado o recurso ordinário.

Para melhor exame, pedi vista dos autos.

Inicialmente, registre-se que o presente recurso submete-se à regra prevista no Enunciado Administrativo n. 3, *in verbis*: "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC".

Por outro lado, registro que, em voto vista proferido nos autos dos EDcl no AgRg no RMS 49.945/MG (Rel. Ministra *Assusete Magalhães*, *Segunda Turma*, julgado em 16/08/2016, DJe 10/10/2016), apresentei, em suma, os seguintes fundamentos:

> (...) Registro que, ao menos em tese, o entendimento da Primeira Turma alinha-se ao entendimento da Primeira Seção, tendo em vista que este Órgão Julgador analisou a questão relativa à constitucionalidade/legalidade da Resolução 3.166/2001 da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, nos autos do RMS 38.041/MG, no qual o Secretário de Estado de Fazenda figurava como autoridade coatora, reconhecendo, ainda que implicitamente, a legitimidade de tal autoridade.
>
> Não obstante a relevância desses fundamentos, verifica-se que eles estão atrelados ao mérito da questão controvertida (legitimidade ou não da autoridade apontada como coatora), em relação ao qual, certo ou errado, houve expressa manifestação desta Turma.
>
> Assim, considerando que os embargos de declaração não constituem a via adequada ao rejulgamento da causa, impõe-se, no caso, a sua rejeição.

No caso concreto, considerando que não existem os limites mencionados, passo à análise de dois pontos que fundamentam o voto da eminente Ministra Relatora: (a) aplicação do óbice da Súmula 266/STF; (b) ilegitimidade passiva da autoridade impetrada.

Em relação aos pontos mencionados, peço venia para transcrever o seguinte excerto extraído da respectiva ementa:

> Sendo preventivo o mandado de segurança, desnecessária a existência concreta de ato coator, porquanto o receio de ato que venha a violar o direito líquido e certo da parte impetrante é suficiente a ensejar a impetração. Entretanto, *in casu*, diante da argumentação constante da impetração, não se verifica

> a existência de possíveis atos de efeitos concretos, a serem praticados pelo Secretário de Estado da Fazenda – a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça –, tendentes a violar ou ameaçar suposto direito líquido e certo da impetrante, a dar ensejo à impetração, ainda que na forma preventiva. Com efeito, a impetrante não aponta ato algum, de efeitos concretos, a ser praticado pela autoridade que se aponta coatora – o Secretário de Estado da Fazenda –, a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça. Apenas impetra o *mandamus* contra a Resolução 3.166/2001, do Secretário de Estado da Fazenda, por reputar inconstitucional tal norma de direito local. Assim, incide, na espécie, a Súmula 266/STF ("Não cabe mandado de segurança contra lei em tese").
>
> A Primeira Seção do STJ, ao julgar o MS 4.839/DF (Rel. Ministro *Ari Pargendler*, DJU de 16/02/98), deixou anotado que "a autoridade coatora, no mandado de segurança, é aquela que pratica o ato, não a que genericamente orienta os orgãos subordinados a respeito da aplicação da lei no âmbito administrativo; mal endereçado o *writ*, o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito".
>
> V. A Primeira Turma do STJ, ao julgar o AgRg no RMS 36.846/RJ (Rel. Ministro *Ari Pargendler*, DJe de 07/12/2012), decidiu que, no regime do lançamento por homologação, a iminência de sofrer o lançamento fiscal, acaso não cumpra a legislação de regência, autoriza o sujeito passivo da obrigação tributária a impetrar mandado de segurança contra a exigência que considera indevida. Nesse caso, porém, autoridade coatora é aquela que tem competência para o lançamento *ex officio*, que, certamente, não é o Secretário de Estado da Fazenda.
>
> A mais recente jurisprudência da Segunda Turma do STJ orienta-se no sentido de que o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, em mandado de segurança que visa afastar restrições ao aproveitamento de créditos de ICMS. Nesse sentido: AgRg no RMS 32.648/PE, Rel. Ministro *Og Fernandes*, *Segunda Turma*, DJe de 18/11/2015; AgRg no RMS 49.945/MG, Rel. Ministra *Assusete Magalhães*, *Segunda Turma*, DJe de 30/03/2016. No mesmo sentido são os seguintes precedentes atuais da Primeira Turma desta Corte: AgInt no RMS 51.519/MG, Rel. Ministro *Sérgio Kukina*, *Primeira Turma*, DJe de 16/12/2016; AgInt no RMS 46.013/RJ, Rel. Ministro *Gurgel de Faria*, *Primeira Turma*, DJe de 29/08/2016; AgRg no RMS 30.771/RJ, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, *Primeira Turma*, DJe de 30/11/2016; AgInt no RMS 49.232/MS, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, *Primeira Turma*, DJe de 18/05/2016.

A despeito dos precedentes citados, entendo, com a maxima venia, que análise dos pontos mencionados deve ocorrer *concretamente*, ou seja, levando-se em consideração os termos da inicial.

Nesse contexto, destaco o pedido central efetuado no *mandamus*:

> (...) Que ao final, seja concedida em definitivo a segurança, confirmando-se integralmente o pedido liminar, reconhecendo-se definitivamente a ilegalidade

> da Resolução 3.166/01 do Estado de Minas Gerais, por tudo já mencionado ao longo deste *mandamus*, e principalmente por esta forma indireta exigir ICMS devido para outro ente da Federação.

A impetrante, a fim de demonstrar a existência do *justo receio*, argumenta em sua petição que:

> Ocorre que a Impetrante, exatamente por esse ilegal procedimento do Senhor Secretário de Fazenda, previsto na citada Resolução de sua lavra, teve contra si lavrados vários autos de infração, ora exigindo diferença de ICMS na barreira fiscal, ora relacionados à glosa de créditos regularmente tomados em sua escrita fiscal:
>
> 1 - Auto de Infração n. 01.000157072.94, de 22/11/2007, montante de R$ 89.119,92, lavrado com base no art. 1º, item 10.1 do anexo único da Resolução 3.166/01, exigindo diferença de ICMS na Barreira Estadual;
>
> 2 - Auto de Infração n. 01.000157024.03, de 14/11/2007, montante de R$ 76.152,07, lavrado com base no art. 1º, item 10.1 do anexo único da Resolução 3.166/01, exigindo diferença de ICMS na Barreira Estadual;
>
> 3 - Auto de Infração n. 02.000212861.71, de 10/07/2007, montante de R$ 2.249,10, lavrado com base no art. 1º, item 10.1 do anexo único da Resolução 3.166/01, exigindo diferença de ICMS na Barreira Estadual;
>
> Todos estes autos de infração estão sendo devidamente discutidos em ações próprias, com o ônus disto decorrente e espera a Impetrante que consiga reverter estas ilegais cobranças. Porém, não pode a Impetrante, a cada nova remessa de baterias oriundas do Estado de Pernambuco, ter que continuar a suportar novas autuações, sempre baseadas em ilegal "norma" estadual, e daí "suportar os ônus das discussões judiciais já que discussões administrativas se mostram infrutíferas, pois as autuações são baseadas em norma estadual em vigor.

Conforme demonstrado, em razão do ato impugnado no presente *mandamus*, a impetrante sofre constantes autuações por parte da fiscalização tributária do Estado de Minas Gerais.

Registro que o caso concreto não trata propriamente da guerra fiscal. O que se discute é a legalidade do *mecanismo utilizado pelo Estado de Minas Gerais para reagir à guerra fiscal supostamente desencadeada pelos Estados-membros arrolados no Anexo Único da Resolução 3.166/2001* (da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais), quais sejam: Espírito Santo, Mato Grosso, Bahia, Goiás, Distrito Federal, Tocantins, Rio de Janeiro, São Paulo, Mato Grosso do Sul, Pernambuco, Paraná, Ceará, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Rondônia, Rio Grande do Norte, Sergipe, Paraíba, Alagoas, Pará e Amazonas.

Nesse contexto, *sem adentrar o mérito do* mandamus, as autuações citadas na inicial integram a *causa de pedir*, e são aptas a comprovar a existência do justo receio, razão pela qual não há falar em impetração contra lei em tese.

Em relação ao tema, peço venia para transcrever o seguinte excerto extraído do voto vista que proferi nos autos do RMS 38.041/MG (Rel. Ministra *Eliana Calmon*, Rel. p/ Acórdão Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, *Primeira Seção*, julgado em 28/08/2013, DJe 04/11/2013):

> Não obstante o mandado de segurança seja preventivo, fica caracterizado o *justo receio*, tendo em vista que demonstrada a ameaça a suposto direito líquido e certo. Entendo oportuna essa observação, em razão da manifesta natureza abstrata do *ato infralegal* objeto da impetração.

Registro que o meu voto vista alinhou-se à posição vencedora, no âmbito da Primeira Seção.

Não obstante, entendo oportuno ressaltar que a questão em comento não foi enfrentada pelo Tribunal de origem. Não foi enfrentada, sobretudo, porque nem sequer constou das informações prestadas pela autoridade impetrada (fls. 207/218), a qual se limitou a defender a inexistência de ato ilegal e abusivo, impugnando o mérito da impetração.

Por outro lado, no que concerne à legitimidade passiva da autoridade impetrada, registro que:

> 1) Não foi enfrentada, ao menos expressamente, pela Primeira Seção no julgamento do RMS 38.041/MG;
>
> 2) No caso concreto, não foi suscitada nas informações prestadas pela autoridade apontada como coatora nem foi enfrentada pelo Tribunal de origem.

Sobre a questão, peço venia para transcrever o seguinte excerto extraído da ementa do voto apresentado pela eminente Ministra Relatora:

> A partir da interpretação analítica da legislação estadual pertinente à Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais, ao Secretário de Estado da Fazenda e aos Agentes Fiscais de Tributos Estaduais, Auditores Fiscais da Receita Estadual e Fiscais de Tributos Estaduais, especialmente os arts. 201, § 1º, da Lei estadual 6.763/75 e 188 do Decreto estadual 43.080/2002, impõe-se a conclusão de que a fiscalização e a cobrança do ICMS não se incluem entre as atribuições do Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais. Ao contrário, tais atos de fiscalização e cobrança competem, exclusivamente, aos Agentes Fiscais de Tributos Estaduais, Auditores Fiscais da Receita Estadual e Fiscais de Tributos Estaduais.

Afirmo, novamente, que as autuações mencionadas na inicial do *mandamus* não se referem ao pedido, e sim à causa de pedir.

Nesse contexto, com a venia da eminente Ministra Relatora, entendo que o objeto (pedido) do *mandamus* não tem relação direta com as atribuições dos "Agentes Fiscais de Tributos Estaduais, Auditores Fiscais da Receita Estadual e Fiscais de Tributos Estaduais", pois tais autoridades não possuem competência para desfazer o ato impugnado — *Resolução 3.166/2001* (da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais).

Ressalto que tais servidores estaduais não possuem autonomia para efetuar ou não as autuações, porque lhes cabe apenas cumprir a legislação tributária do Estado de Minas Gerais.

Sobre o tema, Hely Lopes Meirelles (Mandado de segurança e ações constitucionais, 35ª Edição, Malheiros, 2013, p. 73) ensina que "incabível é a segurança contra autoridade que não disponha competência para corrigir a ilegalidade impugnada. A impetração deverá ser sempre dirigida contra autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário".

Observo que essa mesma doutrina amparou o voto proferido pela eminente Ministra Relatora, nos autos do AgRg no MS 21.629/DF (Rel. Ministra *Regina Helena Costa*, Rel. p/ Acórdão Ministra *Assusete Magalhães*, *Primeira Seção*, julgado em 14/09/2016, DJe 17/04/2017), cujo excerto peço venia para transcrever:

> (...) No mesmo sentido é o entendimento de Hely Lopes Meirelles (Mandado de segurança e ações contitucionais, 34ª ed., atual. e ampl., São Paulo, Malheiros, 2011, págs. 33/72):
>
> > Ato de autoridade é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. *Por "autoridade" entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal*.
> >
> > *Deve-se distinguir autoridade pública do simples agente público. Aquela detém, na ordem hierárquica, poder de decisão e é competente para praticar atos administrativos decisórios, os quais, se ilegais ou abusivos, são suscetíveis de impugnação por mandado de segurança quando ferem direito líquido e certo*; o agente público não pratica atos decisórios, mas simples atos executórios, e, por isso, não está sujeito ao mandado de segurança, pois é apenas executor de ordem superior.

> (...) É autoridade coatora, para os efeitos da lei, a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado e o superior que baixa normas gerais para sua execução. Não há confundir, entretanto, o simples executor material do ato com a autoridade por ele responsável. Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequências administrativas; executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela. Por exemplo, numa imposição fiscal ilegal, atacável por mandado de segurança, o coator não é nem o Ministro ou Secretário da Fazenda que expede instruções gerais para a arrecadação de tributos, nem o funcionário subalterno que cientifica o contribuinte da exigência tributária; o coator é o chefe do serviço que arrecada o tributo e impõe as sanções fiscais respectivas, usando do seu poder de decisão.
>
> *Incabível é a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. A impetração deverá ser sempre dirigida contra autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário*; tratando-se de, porém, de simples ordem proibitiva (não fazer), é admissível o *writ* contra o funcionário que está realizando o ato ilegal, a ser impedido pelo mandado.

Em suma, "a 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. Inteligência do art. 6º, § 3º, da Lei n. 12.016/2009" (RMS 36.836/SC, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Segunda Turma*, julgado em 19/06/2012, DJe 27/06/2012)

Não obstante os fundamentos já mencionados, observo que realizei pesquisa de jurisprudência no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a fim de encontrar precedentes que enfrentaram expressamente a questão relativa à legitimidade do Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais — porquanto suscitada pela autoridade impetrada. Por oportuno, destaco os seguintes excertos:

> Afirma o Sr. Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais ser inconteste a sua ilegitimidade passiva, vez que o ato impugnado, o de negar o direito ao aproveitamento integral do crédito de ICMS, não foi praticado pelo Secretário da Fazenda. Ressalta que o ato coator, se existente, foi praticado pelo Chefe de Divisão Tributária da Região afeta ao domicílio da empresa impetrante, ou, no máximo, pelo Diretor ou Superintendente da Receita Estadual.
>
> Na ação mandamental a autoridade coatora é aquela que pratica ou se omite de praticar o ato impugnado, lesivo a direito líquido e certo.

Na hierarquia de uma Secretaria de Estado há diversos níveis de competência e cada servidor é responsável pelo que ocorre dentro de seu nível funcional. Se é perfeitamente discriminada a atuação funcional da autoridade indicada, é legitimada para responder a segurança.

S.m.j., maior razão socorre ao impetrante, pois, na qualidade de gestor da arrecadação e repasse do ICMS, o Secretário de Estado da Fazenda representa a autoridade competente para eventual reparo no cálculo equivocado dos percentuais de crédito de ICMS utilizados pela impetrante.

A rigor, é quem detém atribuição para corrigir o ato atentatório ao direito líquido e certo sustentado, na medida em que é da sua competência exclusiva a revogação da Resolução ora atacada, sendo certo que o impetrado é o signatário de tal ato, portanto, tem o autor da impetração interesse jurídico na cessação da alegada ilegalidade consubstanciada na edição da Resolução n. 3.166/2001, editada pelo Sr. Secretário de Estado da Fazenda.

Portanto, inafastável o reconhecimento da legitimidade dessa autoridade para figurar no pólo passivo da ação mandamental.

(TJMG - Mandado de Segurança 1.0000.16.045371-8/000, Relator(a): Des.(a) Heloisa Combat, 4ª *Câmara Cível*, julgamento em 22/09/2016, publicação da súmula em 26/09/2016)

Versando o mandado de segurança sobre suposto abuso de poder, em razão da restrição ao aproveitamento de créditos de ICMS, oriundos da entrada de mercadorias beneficiadas por incentivos fiscais procedentes de outros Estados (Resolução n. 3.166/01), cuja regulamentação é ato de atribuição da autoridade apontada como coatora, resta evidente a legitimidade passiva desta no feito.

(TJMG - Mandado de Segurança 1.0000.15.028386-9/000, Relator(a): Des.(a) Hilda Teixeira da Costa, 2ª *Câmara Cível*, julgamento em 01/09/0015, publicação da súmula em 09/09/2015)

Em suma:

1) Não obstante o mandado de segurança seja preventivo, fica caracterizado o *justo receio*, tendo em vista que demonstrada, concretamente, a ameaça a suposto direito líquido e certo. Desse modo, não há falar em impetração contra lei em tese.

2) É da competência da autoridade impetrada (Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais) regulamentar o tema constante do ato impugnado (Resolução 3.166/2001). Assim, além de ter ordenado a prática do ato tido por ilegal, é ele que possui competência para corrigir a suposta ilegalidade (art. 6º, § 3º, da Lei 12.016/2009). Por tais razões, revela-se correta a sua indicação como autoridade impetrada.

Diante do exposto, com a venia da eminente Ministra Relatora, afasto os óbices constantes do seu voto (impetração contra lei em tese e ilegitimidade passiva da autoridade impetrada), a fim de que a Turma prossiga no exame do recurso ordinário.

É o voto.

ADITAMENTO AO VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Em atenção ao voto-vista do eminente Ministro *Mauro Campbell Marques*, registro que observei, no caso, os termos da petição inicial, ao suscitar as duas preliminares ora em julgamento.

Com efeito, o pedido foi formulado do seguinte modo:

> 1 - Seja concedida medida liminar *inaudita altera pars*, no sentido que Vossa Excelência se digne de determinar que Autoridade Coatora, ora Impetrado:
>
> a) *Se abstenha, por si e por seus prepostos, de exigir diferença de ICMS, nas barreiras fiscais, diferença essa relativa a pretenso incentivo fiscal concedido no Estado de origem da mercadoria*;
>
> b) *Se abstenha de glosar, por si e por seus prepostos, crédito de ICMS especificamente relativo a eventual incentivo fiscal concedido em ente da Federação de origem das mercadorias, tudo conforme mencionado nos tópicos anteriores*.
>
> 2 - Seja intimada a Autoridade apontada como coatora para que cumpra inteiramente a liminar e preste as informações de estilo, nos termos da Lei 12.016;
>
> 3 - Seja colhido o parecer do Ilustríssimo representante do Ministério Público;
>
> 4 - Que ao final, seja concedida em definitivo a segurança, *confirmando-se integralmente o pedido liminar, reconhecendo-se definitivamente a ilegalidade da Resolução 3.166/01 do Estado de Minas Gerais*, por tudo já mencionado ao longo deste *mandamus*, e principalmente por esta forma indireta exigir ICMS devido para outro ente da Federação (fl. 32e).

Formulou-se, a final, pedido, para confirmar a liminar postulada e para reconhecer a ilegalidade da aludida Resolução 3.166/2001. Não se requereu que o Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais – autoridade administrativa apontada como coatora – *anule* ou *desfaça* a Resolução 3.166/2001, mas para que *o Poder Judiciário reconheça a ilegalidade dessa Resolução* (fl. 32e).

Ressalto que não se afirmou que não seria preventivo o presente Mandado de Segurança, tampouco que as autuações, citadas na inicial, integrariam o

pedido, ao invés da causa de pedir. Na realidade, o que se afirmou é que não há, no caso, justo receio de ocorrência de ato a ser praticado pelo Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais, porquanto não tem ele competência para fiscalizar, autuar e lançar créditos tributários de ICMS, na forma do art. 201, § 1º, da Lei 6.763/75, que consolida a legislação tributária do Estado de Minas Gerais, e dos arts. 188 e 195 do Regulamento do ICMS de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto 43.080/2002:

> *Art. 201 - A fiscalização tributária compete à Secretaria de Estado de Fazenda, por intermédio dos seus funcionários fiscais* e, supletivamente, em relação às taxas judiciárias, à autoridade judiciária expressamente nomeada em lei.
>
> *§ 1º - Compete exclusivamente aos Auditores Fiscais da Receita Estadual, aos Agentes Fiscais de Tributos Estaduais e aos Fiscais de Tributos Estaduais o exercício das atividades de fiscalização e de lançamento do crédito tributário.*
>
> *Art. 188 - A fiscalização do imposto compete aos órgãos próprios da Secretaria de Estado de Fazenda e será realizada exclusivamente pelos Agentes Fiscais de Tributos Estaduais, Auditores Fiscais da Receita Estadual e Fiscais de Tributos Estaduais.*
>
> *Art. 195. Na hipótese do contribuinte do ICMS ter escriturado créditos ilegítimos ou indevidos, tais créditos serão estornados mediante exigência integral em Auto de Infração*, acrescidos dos juros de mora, das multas relativas ao aproveitamento indevido e da penalidade a que se refere o inciso II do art. 56 da Lei n. 6.763, de 1975, a partir dos respectivos períodos de creditamento.

Disse eu, no voto: "Entretanto, *in casu*, diante da argumentação constante da impetração, não se verifica a existência de possíveis atos de efeitos concretos a serem praticados pelo Secretário de Estado da Fazenda – a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça –, tendentes a violar ou ameaçar suposto direito líquido e certo da impetrante, a dar ensejo à impetração, ainda que na forma preventiva. Com efeito, a impetrante não aponta ato algum, de efeitos concretos, a ser praticado pela autoridade que se aponta coatora – o Secretário de Estado da Fazenda –, a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça. Apenas impetra o *mandamus* contra a Resolução 3.166/2001, do Secretário de Estado da Fazenda, por reputar inconstitucional tal norma de direito local. Assim, incide, na espécie, a Súmula 266/STF ('Não cabe mandado de segurança contra lei em tese')".

Com efeito, neste Mandado de Segurança preventivo, ajuizado em 29/10/2014, a impetrante impugna a Resolução 3.166, de 11/07/2001, que se caracteriza como *norma genérica e abstrata*, deixando de observar, inclusive, em

relação a esse ato infralegal impugnado, o prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias, previsto no art. 23 da Lei 12.016/2009.

O Ministro *Mauro Campbell Marques* – tanto em seu voto-vista proferido na Primeira Seção do STJ, nos autos do RMS 38.041/MG, quanto em seu voto-vista proferido no presente caso – reconhece a natureza abstrata (e não concreta) da Resolução 3.166/2001, do Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais, o que vem corroborar meu entendimento pela incidência da Súmula 266/STF.

Da leitura do inteiro teor do acórdão proferido pela Primeira Seção do STJ, no retromencionado RMS 38.041/MG, verifica-se que não foram expressamente enfrentadas, naquela ocasião, as duas preliminares por mim suscitadas, no presente feito (Súmula 266/STF e ilegitimidade passiva *ad causam* do Secretário de Estado da Fazenda).

Impende salientar que o fato de o Tribunal de origem não haver enfrentado, expressamente, tais preliminares, e de as informações restringirem-se ao mérito da causa não impede que o STJ, no exercício da sua competência recursal ordinária, reconheça, de ofício, a ausência de quaisquer dos pressupostos processuais ou condições da ação, como demonstrei no meu voto.

Consoante o meu voto, a partir da interpretação analítica da legislação estadual pertinente à Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais, ao Secretário de Estado da Fazenda e aos Agentes Fiscais de Tributos Estaduais, Auditores Fiscais da Receita Estadual e Fiscais de Tributos Estaduais, especialmente os arts. 201, § 1º, da Lei estadual 6.763/75 e 188 do Decreto estadual 43.080/2002, impõe-se a conclusão de que a fiscalização e a cobrança do ICMS não se incluem entre as atribuições do Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais. Ao contrário, tais atos de fiscalização e cobrança competem, exclusivamente, aos Agentes Fiscais de Tributos Estaduais, Auditores Fiscais da Receita Estadual e Fiscais de Tributos Estaduais.

Da lição doutrinária de HELY LOPES MEIRELLES, por mim citada, tanto no AgRg no MS 21.629/DF (Rel. Ministra *Regina Helena Costa*, do qual fui relatora para o acórdão, DJe de 17/04/2017), quanto neste feito, destaca-se o seguinte trecho, que corrobora meu entendimento pela ilegitimidade passiva *ad causam* do Secretário de Estado da Fazenda, em se tratando de mandado de segurança que visa afastar exigência fiscal: "(...) *numa imposição fiscal ilegal, atacável por mandado de segurança, o coator não é nem o Ministro ou o Secretário da Fazenda que expede instruções para a arrecadação de tributos, nem o funcionário*

subalterno que cientifica o contribuinte da exigência tributária; o coator é o chefe do serviço que arrecada o tributo e impõe as sanções fiscais respectivas, usando do seu poder de decisão" (Mandado de Segurança, 29ª edição, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 63).

O eminente Ministro *Mauro Campbell Marques*, em se tratando de recursos ordinários em mandados de segurança que visam afastar exigências fiscais, vem decidindo pela ilegitimidade passiva *ad causam* do Secretário de Estado da Fazenda, como ilustram os seguintes precedentes da relatoria de Sua Excelência:

> Processual Civil. Agravo regimental no recurso ordinário. Teoria da encampação. Inaplicabilidade.
>
> 1. *Como bem observado pelo Tribunal de origem, considerando a pretensão contida no* mandamus *— afastamento do ICMS nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos da impetrante —, verifica-se que a atribuição para a prática do ato é do Diretor da Coordenação da Receita da Secretaria da Fazenda (art. 56, XI, da Lei Estadual 11.580/2006), inexistindo ato que possa ser atribuído ao Governador do Estado ou ao Secretário de Fazenda.*
>
> 2. É inviável a aplicação da teoria da encampação quando enseja a ampliação indevida da competência originária do Tribunal de Justiça.
>
> 3. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no RMS 36.113/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 25/09/2013).

> Processual Civil. Agravo regimental no recurso ordinário. Teoria da encampação. Inaplicabilidade. Teoria da encampação. Inaplicabilidade.
>
> 1. *Como bem observado pelo Tribunal de origem, o Governador do Estado e o Secretário da Fazenda do Estado do Ceará não possuem legitimidade para responder por atos de natureza tributária, pois tais autoridades não têm competência legal para lançar tributos ou constituir créditos tributários, sendo que tais atividades, por determinação legal, são atribuídas a outras autoridades fiscais, de escalão hierárquico subalterno. Assim, na hipótese, inexiste ato que possa ser atribuído ao Governador do Estado ou ao Secretário de Fazenda.*
>
> 2. É inviável a aplicação da teoria da encampação quando enseja a ampliação indevida da competência originária do Tribunal de Justiça.
>
> 3. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no RMS 42.792/CE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 11/03/2014).

Quanto aos precedentes do Tribunal de origem, citados no voto-vista proferido pelo Ministro *Mauro Campbell Marques*, da leitura dos trechos transcritos desses precedentes verifica-se que não foram ali sequer mencionados

os dispositivos da legislação estadual pertinente à Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais, ao Secretário de Estado da Fazenda e aos Agentes Fiscais de Tributos Estaduais, Auditores Fiscais da Receita Estadual e Fiscais de Tributos Estaduais, especialmente os arts. 201, § 1º, da Lei estadual 6.763/75 e 188 do Decreto estadual 43.080/2002, que foram exaustivamente analisados em meu voto.

Como registrei no voto, ainda que não incidisse, na espécie, a Súmula 266/STF, o Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, no polo passivo deste Mandado de Segurança, em face do pedido formulado, além do que haveria indevida modificação ampliativa da competência originária do Tribunal de Justiça, prevista no art. 106, I, **c**, da Constituição do Estado de Minas Gerais, sendo inaplicável ao caso, portanto, a teoria da encampação.

Ante o exposto, em aditamento ao voto por mim proferido, renovando as vênias ao Ministro *Mauro Campbell Marques*, reafirmo meu entendimento pela incidência da Súmula 266/STF e pela ilegitimidade passiva *ad causam* do Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais, no caso.

ADITAMENTO AO VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Senhor Presidente, tomei conhecimento do voto em aditamento da Ministra Assusete Magalhães neste momento. Não vou pedir vista regimental, vou proferir um voto em aditamento ao meu, em contraposição ao de Sua Excelência lançado agora em sessão, nos seguintes termos, Ministra Assusete: os itens "a" e "b" que Vossa Excelência alega como pedido estão atrelados à medida acautelatória e não ao pedido do mandado de segurança. Então, as premissas que fulcram o voto de Vossa Excelência do ponto 1, "a" e "b", estão atrelados ao pedido de liminar, não de mérito.

Por isso que, no meu voto, eu trouxe o pedido do mérito do mandado de segurança, que é o item 4, portanto, do pedido. O pedido do mandado de segurança é o item 4 do pedido.

Quanto aos precedentes citados, meus, nenhum deles é de Minas Gerais, nenhum deles trata da Resolução 3.166 e não há similitude fática com o caso concreto agora em julgamento.

Agora, pediria a atenção de Vossa Excelência para o que pode causar esse julgamento na Segunda Turma.

A Segunda Turma, para pacificar o entendimento sobre esse tema de guerra fiscal, afetou à Primeira Seção o RMS. Naquele julgamento, a Súmula n. 266 foi expressamente afastada. Não se tratou da legitimidade, é verdade, mas a súmula foi afastada, inclusive consta do meu voto-vista. Registro que o fato de não haver referência numérica à Súmula é irrelevante. O que importa é que no meu voto vista a matéria foi expressamente tratada, ou seja, afirmou-se que houve demonstração do *justo receio*, concretamente, o que afasta, evidentemente, a alegação de impetração contra lei em tese.

Só para rememorar, os Ministros Herman Benjamim e Og Fernandes estavam na Seção, recordam-se que quando proferi meu voto, Ministros, ao final o Ministro Napoleão falou assim: "Isso era tudo o que eu queria dizer para o meu voto". Quando eu expliquei qual era a situação de guerra fiscal naquele instante.

Acrescento, em consideração ao que foi bem observado pelo senhor Advogado na Tribuna, que, nos autos do RMS 24.608/MG, esta Segunda Turma, em caso idêntico, afastou expressamente o óbice da Súmula 266/STF. Por oportuno, destaco a respectiva ementa:

> Processual Civil e Tributário. Mandado de segurança preventivo. Cabimento. Inaplicabilidade da Súmula 266/STF. Resolução 3.166/2001. Benefício fiscal restritivo. Redução de base de cálculo. Produtos que compõem cesta básica. Lei de efeitos concretos.
>
> 1. Doutrina e jurisprudência entendem que, se a lei gera efeitos concretos quando é publicada, ferindo direito subjetivo, é o mandado de segurança via adequada para impugná-la.
>
> 2. A Resolução 3.166/2001 do Estado de Minas Gerais, em seu art. 1º, vedou o creditamento pelo valor total de operações mercantis com produtos da cesta básica, impedindo, no sentir da impetrante, a não-cumulatividade do tributo, na medida em que o montante debitado é superior ao creditado, por força da redução da base de cálculo do tributo.
>
> 3. Contribuinte que se dedica ao ramo varejista e que comprova realizar operações mercantis com produtos que compõem a cesta básica é passível de sofrer os efeitos concretos da Resolução em tela.
>
> 4. Diante da inexorável incidência da norma tributária e da conduta vinculada da Administração tributária, é de se reconhecer a aptidão da Resolução 3.166/2001 de provocar danos ao patrimônio jurídico do impetrante.

5. Inaplicabilidade da Súmula 266/STF.

6. Recurso ordinário parcialmente provido.

(RMS 24.608/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21/10/2008, DJe 21/11/2008)

Outro ponto que coloco: os precedente citados, também do Ministro Og Fernandes, do Ministro Benedito Gonçalves e do Ministro Gurgel de Faria, parece-me que também não guardam similitude fática, não tratam do Estado de Minas Gerais nem abrangem a resolução em comento.

Ao fim e ao cabo, Ministra Assusete Magalhães, a indagação que resta irrespondível de outra maneira senão negativamente é a seguinte: os fiscais na barreira podem fazer algo que não seja cumprir a resolução do secretário? Não. Eles só podem cumprir, sob pena de praticarem desídia funcional e até ato de improbidade administrativa. Então a única pessoa capaz, a meu sentir, de rever ou corrigir o ato para adequá-lo à não guerra fiscal é o próprio secretário de estado. Então, são posições antagônicas, reconheço, mas repito: o pedido do mandado de segurança está no item 4 e foi expresso.

Portanto, fica feito, Senhor Presidente, com as vênias renovadas à Ministra Assusete Magalhães, o meu aditamento ao voto, que faço neste momento, para reafirmar a posição e declarar legítima a autoridade indicada na impetração, o Secretário de Fazenda do Estado de Minas Gerais.

É o voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Processual Civil e Tributário. Recurso ordinário em mandado de segurança. ICMS. Resolução 3.166/2001 do Estado de Minas Gerais. Impetração contra lei em tese. Impossibilidade. Súmula 266/STJ. Ilegitimidade passiva do Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais. Precedentes do STJ.

1. Trata-se de Recurso Ordinário (art. 105, II, "b", da Constituição Federal) interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que denegou a segurança, considerando que "não há ofensa ao princípio da não-cumulatividade pela previsão de estorno proporcional do crédito quando o remetente da mercadoria sujeita ao ICMS for beneficiário de incentivos fiscais".

2. A parte recorrente pugna pelo provimento do Recurso Ordinário "(...) para que seja concedida a segurança e deferida *in totum* da ordem mandamental suplicada, para que seja reconhecida, definitivamente, a ilegalidade da Resolução 3.166/01 do Estado de Minas Gerais, por estar de forma indireta exigindo ICMS devido para outro ente da Federação (...)".

3. A eminente Relatora, Min. Assusete Magalhães, extinguiu o processo, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, VI, § 3º, do CPC/2015, considerando: a) a ilegitimidade passiva da autoridade impetrada; b) a impossibilidade de impetração de Mandado de Segurança contra lei em tese (Súmula 266/STJ).

4. O e. Min. Mauro Campbell Marques proferiu voto-vista, afastando os óbices constantes do voto da relatora, reconhecendo a existência de justo receio, uma vez demonstrada a ameaça a suposto direito líquido e certo. Ademais, sendo da competência da autoridade impetrada regulamentar o tema constante do ato impugnado (Resolução 3.166/2001), entende que seria dele a competência para corrigir a suposta ilegalidade.

5. A impetração preventiva se dirige, de fato, contra norma genérica e abstrata. A parte autora pugna pelo reconhecimento da "ilegalidade da Resolução 3.166/01 do Estado de Minas Gerais". *Não aponta, de forma precisa, nenhum ato de efeitos concretos, praticado ou a ser praticado pela autoridade apontada como coatora que caraterize a violação ao alegado direito líquido e certo*.

6. Como bem observa a e. Relatora: "(...) neste Mandado de Segurança preventivo, ajuizado em 29/10/2014, a impetrante impugna a Resolução 3.166, de 11/07/2001, que se caracteriza como *norma genérica e abstrata*, deixando de observar, inclusive, em relação a esse ato infralegal impugnado, o prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias, previsto no art. 23 da Lei 12.016/2009".

7. O não cabimento de Mandado de Segurança contra lei em tese, além de ser objeto do enunciado da Súmula 266/STJ, é reiteradamente reconhecido na jurisprudência do STJ. Precedentes: AgRg nos EDcl no RMS 39.788/RJ, Rel. Min. Diva Malerbi, Segunda Turma, DJe 2.5.2016; AgInt no AREsp 963.188/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30.11.2016; AgInt no REsp 1.530.846/MT, Rel.

Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 26.9.2017; RMS 29.349/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 19.8.2009.

8. Caracterizada a impetração contra norma em tese, deve ser reconhecida a ilegitimidade passiva do Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais.

9. O argumento de que, sendo da competência da referida autoridade a regulamentação do tema constante do ato impugnado (Resolução 3.166/2001), "(...) é ele que possui competência para corrigir a suposta ilegalidade" apenas reforça a compreensão de que a impetração se deu contra norma em tese. A insurgência contra a regulamentação da matéria, e não contra ato concreto de lançamento tributário, é que determinaria a inclusão do Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais no polo passivo da demanda.

10. No julgamento do AgRg no RMS 49.945/MG (DJe 30.3.2016), também da relatoria da e. Min. Assusete Magalhães, *a Segunda Turma compreendeu que o Secretário de Estado da Fazenda do Estado de Minas Gerais não possui legitimidade para figurar como autoridade coatora em Mandado de Segurança em que se pretende evitar a prática de lançamentos fiscais, ainda que em caráter preventivo*. Ainda nesse sentido: RMS 32.795/MG, Rel. Min. Francisco Falcão. Segunda Turma, DJe 9.5.2018; RMS 45.902/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 21.9.2016; AgInt no RMS 54.535/RJ, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 26.9.2018; AgInt no RMS 56.103/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 30.8.2018.

11. No acórdão proferido pela Primeira Seção no RMS 38.041/MG, não foram objeto de discussão as questões preliminares ora suscitadas. A compreensão esposada em tal julgado não se adequa ao presente caso.

12. *Voto-vista no sentido de acompanhar integralmente o voto da Relatora, para extinguir o presente Mandado de Segurança, sem resolução do mérito, e julgar prejudicado o Recurso Ordinário*.

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Ordinário (art. 105, II, "b", da Constituição Federal) interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais assim ementado:

> *Mandado de segurança. Tributário. ICMS. Creditamento indevido. Entradas com benefício fiscal. Princípio da não-cumulatividade. Inexistência de ofensa.* Não há ofensa ao princípio da não-cumulatividade pela previsão de estorno proporcional do crédito quando o remetente da mercadoria sujeita ao ICMS for beneficiário de incentivos fiscais.

A parte recorrente pugna pelo provimento do Recurso Ordinário "(...) para que seja concedida a segurança e deferida *in totum* da ordem mandamental suplicada, para que seja reconhecida, definitivamente, a ilegalidade da Resolução 3.166/01 do Estado de Minas Gerais, por estar de forma indireta exigindo ICMS devido para outro ente da Federação (...)".

Requer, ainda, que a autoridade apontada como coatora:

> a) Se abstenha, por si e por seus prepostos e agentes, de exigir diferença de ICMS, nas barreiras fiscais, diferença essa relativa a pretenso incentivo fiscal concedido no Estado de origem da mercadoria;
>
> b) Se abstenha de glosar, por si e por seus prepostos e agentes, crédito de ICMS especificamente relativo a eventual incentivo fiscal concedido em ente da Federação de origem das mercadorias, tudo conforme mencionado nos tópicos anteriores.

Contrarrazões apresentadas pelo Estado de Minas Gerais às fls. 487-492, e-STJ.

O Ministério Público Federal (fls. 505-508, e-STJ) opinou pelo sobrestamento do feito até o julgamento do Recurso Extraordinário 628.075/RS, com repercussão geral reconhecida.

A eminente Relatora, Min. Assusete Magalhães, entende que o presente processo deve ser extinto, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, VI, § 3º, do CPC/2015, considerando: a) a ilegitimidade passiva da autoridade impetrada; b) a impossibilidade de impetração de Mandado de Segurança contra lei em tese (Súmula 266/STJ).

O e. Min. Mauro Campbell Marques proferiu voto-vista, afastando os óbices constantes do voto da Relatora (ilegitimidade passiva da autoridade impetrada e aplicação da Súmula 266/STJ), por considerar:

> 1) Não obstante o mandado de segurança seja preventivo, fica caracterizado o *justo receio*, tendo em vista que demonstrada, concretamente, a ameaça a suposto direito líquido e certo. Desse modo, não há falar em impetração contra lei em tese.

> 2) É da competência da autoridade impetrada (Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais) regulamentar o tema constante do ato impugnado (Resolução 3.166/2001). Assim, além de ter ordenado a prática do ato tido por ilegal, é ele que possui competência para corrigir a suposta ilegalidade (art. 6º, § 3º, da Lei 12.016/2009). Por tais razões, revela-se correta a sua indicação como autoridade impetrada.

Pedi vista dos autos para melhor análise da questão.

É o breve *relatório*.

Após detida apreciação dos percucientes votos proferidos, entendo que a pretensão da recorrente não merece acolhida, como detalhadamente exposto pela e. Min. Assusete Magalhães.

Compulsando os autos, observei que a impetração preventiva se dirige, de fato, contra norma genérica e abstrata. A parte autora pugna pelo reconhecimento da "ilegalidade da Resolução 3.166/01 do Estado de Minas Gerais". *Não aponta, de forma precisa, nenhum ato de efeitos concretos, praticado ou a ser praticado pela autoridade apontada como coatora, que caraterize a violação ao alegado direito líquido e certo.*

Para dissipar qualquer dúvida acerca do objeto do Mandado de Segurança, transcrevo o seguinte trecho da petição inicial (fls. 1-33, e-STJ):

> [...]
>
> Assim, Excelência, este Mandado de Segurança possui o objetivo de que a Autoridade Coatora se abstenha de, por si e por seus prepostos, exigir a "diferença de ICMS" nas barreiras fiscais e de glosar os créditos de ICMS relativos às notas fiscais de compras interestaduais, reconhecendo-se da ilegalidade da Resolução 3.166/01 do Estado de Minas Gerais, por se tratar de forma indireta de exigir ICMS devido por outro contribuinte e para outro ente da Federação.

Nesse contexto, a e. Relatora bem observa que, "(...) neste Mandado de Segurança preventivo, ajuizado em 29/10/2014, a impetrante impugna a Resolução 3.166, de 11/07/2001, que se caracteriza como *norma genérica e abstrata*, deixando de observar, inclusive, em relação a esse ato infralegal impugnado, o prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias, previsto no art. 23 da Lei 12.016/2009".

O não cabimento de Mandado de Segurança contra lei em tese, além de ser objeto do enunciado da Súmula 266/STJ, é reiteradamente reconhecido na jurisprudência deste Tribunal Superior, como exemplificam os seguintes julgados:

Processual Civil. Tributário. Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso em mandado de segurança. ICMS-ST. Impetração contra lei em tese. Ausência de prova pré-constituída. Ato atribuído ao Secretário de Estado de Fazenda. Ilegitimidade passiva.

1. "Não cabe mandado de segurança contra lei em tese" (Súmula 266 do STF).

2. Hipótese em que o Tribunal *a quo* decidiu pela impropriedade da via mandamental por ausência de prova pré-constituída que afastasse a conclusão de impugnação de lei em tese, vale dizer, que as pessoas jurídicas associadas à entidade impetrante se submeteriam às disposições constantes do Decreto Estadual n. 24.427/2000, cuja legalidade foi questionada.

3. A impetrante não logrou comprovar a existência de qualquer ato concreto ou conduta do fisco que, com base no aludido Decreto estadual, tivesse efetivamente atingido o direito invocado neste *mandamus*, quer pela lavratura de auto de infração ou de indeferimento de pedido administrativo por parte dos contribuintes associados.

4. Não obstante, em casos análogos ao dos autos, a jurisprudência se firmou no sentido da ilegitimidade da autoridade apontada como coatora, uma vez que não ostenta legitimidade para responder mandado de segurança impetrado contra atos concretos levados a efeito pelo fisco estadual. Precedentes: EDcl no RMS 38.530/MS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 14/10/2014; AgRg no RMS 43.709/PA, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 30/9/2013.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg nos EDcl no RMS 39.788/RJ, Rel. Min. Diva Malerbi, Segunda Turma, DJe 2.5.2016)

Processual Civil. Tributário. Mandado de segurança. Impetração contra lei em tese. Descabimento. Súmula 266/STF. Pretensão contra fatos indeterminados. Ausência de direito líquido e certo.

1. Hipótese em que o Tribunal local consignou: "inadequada a via do mandado de segurança contra lei em tese, conforme verbete da Súmula 266 do STF. Matéria analisada pelo STJ no REsp n. 1.119.872/RJ, na forma do artigo 543-C, do CPC" (fl. 98, e-STJ).

2. Da análise dos autos, denota-se a ausência de direito líquido e certo da recorrente, porquanto sua pretensão encontra amparo em fatos ainda indeterminados, uma vez que "trata-se de impetração preventiva, que prescinde, portanto, da comprovação da ocorrência de ato coator, revelando-se bastante a demonstração do justo receio de que venha a ser violado um direito seu" (fl. 153, e-STJ).

3. Além disso, incide sobre a espécie o óbice contido na Súmula 266 do STF: "Não cabe mandado de segurança contra lei em tese". Isso porque Mandado de Segurança contra lei em tese é todo aquele que tenha por objeto ato normativo

abstratamente considerado ou, conforme já se manifestou a Suprema Corte, "... quando a impetração nada indica, em concreto, como representativo de ameaça de lesão à esfera jurídica do impetrante" (RE 99.416/SP, Primeira Turma, Min. Rafael Mayer, DJ de 22/04/1983). No mesmo sentido: MS 15.407/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 31.5.2013; AgRg no RMS 36.971/MS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28.8.2012.

4. Agravo Interno não provido. (AgInt no AREsp 963.188/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30.11.2016)

Processual Civil e Tributário. Mandado de segurança. Contribuição destinada ao Fundo de Transporte e Habitação - FETHAB. Lei em tese. Súmula 266 do STF.

1. O cabimento de mandado de segurança preventivo contra ato normativo abstrato instituidor de tributo está condicionado à prova da ocorrência de ato concreto ou de conduta rotineira do fisco que, com base na respectiva legislação, infirme o direito invocado, seja por meio de lavratura de auto de infração, seja pelo indeferimento de pedido administrativo.

2. Hipótese em que a impetrante pretende o não pagamento de contribuição instituída por lei estadual, sem indicar ato concreto e específico materializador de sua exigilibilidade, o que revela o não cabimento do *mandamus*, conforme entendimento sedimentado na Súmula 266 do STF.

3. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1.530.846/MT, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 26.9.2017)

Processual Civil. Tributário. Recurso ordinário em mandado de segurança. ICMS. Compra de mercadorias no Estado de São Paulo para revenda no Estado do Rio de Janeiro. Ausência de ato coator específico. Impetração contra lei em tese. Súmula n. 266 do STF.

1. Impetra-se mandado de segurança objetivando-se o não recolhimento, por meio da substituição tributária, de ICMS no Estado do Rio de Janeiro sobre mercadorias adquiridas no Estado de São Paulo, ao argumento de que inexistente Convênio entre os entes federados.

2. No caso, a impetrante não aponta nenhum ato concreto praticado, ou a ser praticado, pela autoridade que se aponta como coatora; ao contrário, impetra o *mandamus* contra as disposições constantes da Resolução SEFAZ n. 80/2004, por ausência de convênio apto a legitimar a cobrança do ICMS dos produtos de origem paulista, e para desconstituir eventuais autuações fiscais referentes ao tema. Tem-se, então, que a impetrante não discute nenhuma cobrança tributária de ICMS específica, mas, sim, por via indireta, a própria exigibilidade do ICMS incidente sobre a circulação de mercadorias que compra para revenda.

3. Mandado de segurança impetrado contra a legislação de regência da matéria, reputada pela impetrante ilegal e inconstitucional, caso que enseja a

> aplicação do entendimento sedimentado na Súmula n. 266 do STF, no sentido de que "não cabe mandado de segurança contra lei em tese".
>
> 4. Recurso ordinário não provido. (RMS 29.349/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 19.8.2009)

Estando caracterizada a impetração contra norma em tese, deve ser reconhecida a ilegitimidade passiva do Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais.

Pedindo vênia ao e. Min. Mauro Campbell Marques, observo que o argumento de que, sendo da competência da referida autoridade a regulamentação do tema constante do ato impugnado (Resolução 3.166/2001), "(...) é ele que possui competência para corrigir a suposta ilegalidade" apenas reforça a compreensão de que a impetração se deu contra norma em tese. *A insurgência contra a regulamentação da matéria, e não contra ato concreto de lançamento tributário, é que determinaria a inclusão do Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais no polo passivo da demanda.*

Lembro, ainda, que, no julgamento do AgRg no RMS 49.945/MG, também da relatoria da e. Min. Assusete Magalhães, a Segunda Turma compreendeu que *o Secretário de Estado da Fazenda do Estado de Minas Gerais não possui legitimidade para figurar como autoridade coatora em Mandado de Segurança em que se pretende evitar a prática de lançamentos fiscais, ainda que em caráter preventivo*:

> Processual Civil e Tributário. Agravo regimental no recurso em mandado de segurança. Pretensão de afastamento da aplicabilidade da Resolução 3.166/2001, do Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais, que veda a apropriação de crédito de ICMS nas entradas, decorrentes de operações interestaduais, de mercadorias cujos remetentes sejam beneficiados com incentivos fiscais concedidos, por outros Estados, em desacordo com o entendimento do Fisco mineiro acerca da legislação de regência do imposto. Impetração contra lei em tese. Impossibilidade. Incidência da Súmula 266/STF. Ilegitimidade do Secretário de Estado da Fazenda para figurar, como autoridade coatora, no polo passivo do mandado de segurança. Precedentes do STJ. Agravo regimental improvido.
>
> I. Na hipótese, a associação impetrante, ao apontar, como autoridade coatora, o Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais - a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça de Minas Gerais -, bem como ao sustentar inconstitucionais, tanto a Resolução 3.166/2001, do Secretário de Estado da Fazenda, quanto os arts. 28, § 5º, e 225 da Lei estadual 6.763/75 e 62, §§ 1º e 2º, do RICMS/MG (Decreto estadual 43.080/2002), buscou, liminarmente, decisão judicial que afastasse a aplicabilidade da aludida Resolução, com autorização para que seus associados se apropriassem integralmente dos créditos de ICMS,

nas entradas de mercadorias provenientes de outros Estados, e, ainda, que se determinasse à autoridade coatora, e a seus subordinados, que se abstivessem da prática de quaisquer atos tendentes à exigência do ICMS, com base nas supracitadas disposições normativas, tais como a instauração de processos administrativos tributários. No mérito, buscou a confirmação da liminar, declarando-se, em caráter definitivo, a inconstitucionalidade e ilegalidade das disposições normativas acima.

II. Sendo preventivo o mandado de segurança coletivo, desnecessária a existência concreta de ato coator, porquanto o receio de ato que venha a violar o direito líquido e certo dos associados da impetrante é suficiente a ensejar a impetração. Ocorre que, *in casu*, diante da argumentação constante da impetração, não se verifica a existência de possíveis atos de efeitos concretos, a serem praticados pelo Secretário de Estado da Fazenda - a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça -, tendentes a violar ou ameaçar suposto direito líquido e certo dos associados da impetrante, a dar ensejo à impetração, ainda que na forma preventiva. Com efeito, a impetrante não aponta ato algum, de efeitos concretos, a ser praticado pela autoridade que se aponta coatora, o Secretário de Estado da Fazenda, a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça. Apenas impetra o *mandamus* contra a Resolução 3.166/2001, do Secretário de Estado da Fazenda, e os arts. 28, § 5º, e 225 da Lei Estadual 6.763/75 e 62, §§ 1º e 2º, do RICMS/MG (Decreto estadual 43.080/2002), por reputar ilegais e inconstitucionais tais normas de direito local. Assim, incide, na espécie, a Súmula 266/STF ("Não cabe mandado de segurança contra lei em tese").

III. A Primeira Seção do STJ, ao julgar o MS 4.839/DF (Rel. Ministro *Ari Pargendler*, DJU de 16/02/1998), deixou anotado que "a autoridade coatora, no mandado de segurança, é aquela que pratica o ato, não a que genericamente orienta os orgãos subordinados a respeito da aplicação da lei no âmbito administrativo; mal endereçado o *writ*, o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito".

IV. A Primeira Turma do STJ, ao julgar o AgRg no RMS 36.846/RJ (Rel. Ministro *Ari Pargendler*, DJe de 07/12/2012), decidiu que, no regime do lançamento por homologação, a iminência de sofrer o lançamento fiscal, acaso não cumpra a legislação de regência, autoriza o sujeito passivo da obrigação tributária a impetrar mandado de segurança contra a exigência que considera indevida. *Nesse caso, porém, autoridade coatora é aquela que tem competência para o lançamento* ex officio, *que, certamente, não é o Secretário de Estado da Fazenda*.

V. Agravo Regimental improvido. (AgRg no RMS 49.945/MG, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 30.3.2016) (grifei)

Ainda nesse sentido:

ICMS. Incidência sobre serviços de comunicação. Convênio ICMS 69/98. Mandado de segurança. Ilegitimidade do Secretário de Estado da Fazenda para figurar, como autoridade coatora, no polo passivo do mandado de segurança.

I - Na hipótese dos autos, o impetrante busca afastar violação que estaria sofrendo por autoridade fiscal, na aplicação do Convênio 69/98, especificamente na tributação de ICMS por serviços que considera não serem tributáveis, apresentando argumentos que relacionam a atividade fiscal à ocorrência de suposta violação de seu direito líquido e certo, com amparo em precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

II - O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacífico no sentido de que nem o Secretário de Estado da Fazenda, nem o Governador de Estado, detêm legitimidade para figurar como autoridade coatora em mandado de segurança questionando a legalidade de lançamentos de ICMS efetuados sob a disciplina de convênios celebrados pelo Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ. Precedentes: AgRg no RMS 49.945/MG, Rel. Ministra *Assusete Magalhães*, *Segunda Turma*, julgado em 17/03/2016, DJe 30/03/2016 e AgRg no RMS 48.097/MT, Rel. Ministro *Og Fernandes*, *Segunda Turma*, julgado em 26/05/2015, DJe 10/06/2015.

III - Recurso ordinário em mandado de segurança improvido. (RMS 32.795/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 9.5.2018)

Processual Civil. Tributário. Recurso ordinário em mandado de segurança. ICMS-ST. Insurgência contra a cobrança de tributo. Ato atribuído ao Secretário de Estado de Fazenda. Ilegitimidade passiva caracterizada.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que nem o Secretário de Estado da Fazenda nem o Governador de Estado detêm legitimidade para figurar como autoridades coatoras em mandado de segurança em que se pretende evitar a prática de lançamentos fiscais, ainda que em caráter preventivo.

2. Inviável a pretensão de ver aplicada a teoria da encampação do ato pela autoridade apontada como coatora, pois, na linha jurisprudencial desta Corte, tal configuraria indevida ampliação da regra de competência absoluta insculpida na Constituição.

3. Recurso ordinário em mandado de segurança desprovido. (RMS 45.902/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 21.9.2016)

Tributário e Processual Civil. Agravo interno no recurso ordinário em mandado de segurança. ICMS. Insurgência contra cobrança do tributo. Secretário de Estado de Fazenda apontado como autoridade coatora. Ilegitimidade passiva. Declaração de inconstitucionalidade. Pedido autônomo. Via mandamental. Impossibilidade. Súmula 266/STF. Entendimento da Primeira Seção firmado pelo rito do art. 543-C do CPC/73 (REsp 1.119.872/RJ). Emenda à inicial. Impossibilidade. Alteração de competência. Precedentes.

1. O Secretário de Estado de Fazenda não ostenta legitimidade para figurar no pólo passivo do mandado de segurança questionando a exigibilidade de tributos, no caso, ICMS. Precedentes: RMS 45.902/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 21/09/2016; AgInt no RMS 49.232/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 18/05/2016.

2. "É incabível mandado de segurança que tem como pedido autônomo a declaração de inconstitucionalidade de norma, por se caracterizar mandado de segurança contra lei em tese" (Tema 430 dos Recursos Repetitivos).

3. A jurisprudência deste STJ compreende não ser possível autorizar a emenda da inicial para correção da autoridade indicada como coatora nas hipóteses em que tal modificação implica em alteração de competência jurisdicional. Isso porque compete originariamente ao Tribunal de Justiça Estadual o julgamento de mandado de segurança contra Secretário de Estado, prerrogativa de foro não extensível ao servidor responsável pelo lançamento tributário. Precedentes: RMS 38.129/GO, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 01/08/2017; e AgRg no RMS 46.748/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 17/03/2015.

4. Agravo interno não provido. (AgInt no RMS 54.535/RJ, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 26.9.2018)

Tributário. Processual Civil. Agravo interno no recurso ordinário em mandado de segurança. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. ICMS. Ordem de impedimento de cobrança e fiscalização. Ilegitimidade passiva da autoridade apontada. Teoria da encampação. Não cabimento. Argumentos insuficientes para desconstituir a decisão atacada. Aplicação de multa. Art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015. Descabimento.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - Esta Corte orienta-se no sentido de que a pretensão relacionada à emissão de ordem para impedir a fiscalização e cobrança do ICMS deve ser dirigida ao Agente Fiscal que detém atribuição para a prática do ato, e não ao Governador do Estado ou ao Secretário de Estado da Fazenda.

III - Revela-se incabível falar em aplicação da teoria da encampação, uma vez que a indevida presença do Secretário da Fazenda no polo passivo do Mandado de Segurança modificaria a regra de competência jurisdicional disciplinada pela Constituição do Estado.

IV - Os Agravantes não apresentaram argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

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

VI - Agravo Interno improvido. (AgInt no RMS 56.103/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 30.8.2018)

Por fim, no que tange ao acórdão proferido pela Primeira Seção no RMS 38.041/MG, não foram objeto de discussão, na ocasião, as questões preliminares ora suscitadas pela e. Relatora. Assim, quanto a esse aspecto, também me alinho à posição da Min. Assusete Magalhães de que a compreensão esposada em tal julgado não se adequa ao presente caso.

Diante do exposto, *peço vênia ao e. Min. Mauro Campbell Marques para, acompanhando integralmente o voto da relatora, extinguir o presente Mandado de Segurança, sem resolução do mérito, e julgar prejudicado o Recurso Ordinário.*

É como *voto*.

RECURSO ESPECIAL N. 1.672.100-PR (2017/0112466-6)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA

Recorrido: Syngenta Seeds Ltda

Advogados: Antônio José Loureiro Cerqueira Monteiro - SP070574
Leonardo Ruediger de Britto Velho - RS046860

EMENTA

Processual Civil e Ambiental. Enunciado Administrativo 3/STJ. Plantio de organismos geneticamente modificados (OGM'S) para fins de pesquisa. Autorização da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança. Anulação de termo de embargo e auto de infração lavrados pelo IBAMA.

1. Decorre o presente recurso especial de demanda ajuizada pela empresa Syngenta Seeds Ltda com o objetivo de anular termo de embargo e auto de infração lavrados pelo IBAMA em razão do plantio de organismos geneticamente modificados (OGM's) em área próxima ao Parque Nacional do Iguaçu (PR).

2. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região julgou o pedido procedente pelo entendimento de que o art. 11 da Lei 11.804/2003 - que embasou o auto de infração -, não proibia o plantio de organismos geneticamente modificados para fins de pesquisa.

3. Inexiste violação ao art. 1.022 do CPC/2015, pois o Tribunal de origem julgou a controvérsia de modo integral e suficiente nos termos acima resumidos, não remanescendo sem apreciação questão essencial ao deslinde da causa.

4. Não há falar em ofensa ao art. 551 do CPC/1973, tendo em vista que a causa é unicamente de direito e o Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 4ª Região dispensa atuação de revisor nessas circunstâncias.

5. O acórdão recorrido não merece reparos, pois, conforme bem pontuado no parecer do Ministério Público Federal, o art. 11 da Lei 11.804/2003 - que embasou o auto de infração - dizia respeito apenas aos plantios com finalidades comerciais, conclusão que também se extrai da leitura da exposição de motivos da Medida Provisória 131/2003 (que resultou na lei em questão). Ademais, o plantio objeto de autuação tinha finalidade científica e foi devidamente autorizado pela Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio.

6. As demais alegações apresentadas pelo recorrente não podem ser conhecidas, pois, além envolverem dispositivos cujas matérias não foram prequestionadas (Lei 9.985, arts. 27, § 4º, e 36), demandariam nova incursão ao acervo fático-probatório dos autos para examinar a higidez do auto de infração. Incidência das Súmulas 211/STJ e 7/STJ.

7. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: "A Turma, 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)." A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros

Francisco Falcão (Presidente), Herman Benjamin e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). Antônio José Loureiro Cerqueira Monteiro, pela parte recorrida: Syngenta Seeds Ltda

Brasília (DF), 19 de março de 2019 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 22.3.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial do IBAMA interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim ementado:

> *Administrativo. IBAMA. Ação ordinária declaratória de nulidade de ato administrativo visando à anulação de termo de embargo e de auto de infração determinados pela produção de organismos geneticamente modificados. Ação ordinária declaratória. Termo de embargo. Auto de infração. Multa. Nulidade.* Ante a legislação em vigor, se a apelante dá cumprimento às normas e aos pareceres emanados da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio, o que aparenta ser incontroverso, a ação fiscal do réu afigura-se insustentável.

Os embargos de declaração foram acolhidos, sem efeitos modificativos, para consignar que "[n]ão há contradição no julgado, que reconhece a revogação da Lei n. 10.814/03 pela Lei n. 11.105/05, que não para liberou o plantio de soja sem nenhuma limitação, mas o submete à regulação pertinente à Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio, segundo o entendimento deste Regional, no caso concreto, e na ocasião" (fl. 801-e); e, ainda, para fins de prequestionamento.

No recurso especial, o recorrente aponta violação aos seguintes dispositivos: (a) art. 1.022 do CPC/2015, aduzindo que não foram sanados os vícios apontados nos embargos de declaração; (b) art. 551 do CPC/1973, pois a apelação envolvia matéria fática e foi julgada sem a necessária participação de revisor; (c) art. 27, § 4º, I a IV, da Lei 9.985/2000 e 1º do Decreto 5.950/2006, pois o plantio de organismos geneticamente modificados (OGM's) na zona de amortecimento de Unidades de Conservação somente será possível se estiver

prevista e autorizada em Plano de Manejo e com atendimento às normas da CTNBio; (d) art. 36, § 3º, da Lei 9.985/2000, o plantio de OGM's (seja para para fins comerciais, seja para fins de pesquisa) não tinha autorização do órgão competente à época; (e) art. 225, § 1º, IV, da Constituição Federal, 10 da Lei 6.938/1981, e 3º da Resolução CONAMA 237/1997, sustentando que o plantio se deu sem EIA/RIMA e licença ambiental, necessários para a atividade em questão; (f) art. 27, § 4º, da Lei 9.985/2000, porque o plantio depende de prévia pesquisa do CTNBio.

No mais, afirma que o art. 10 da Lei 11.105/2005 não derrogou tacitamente o art. 11 da Lei 10.814/2003, pois trata de assunto distinto. Ainda, diz que o art. 11 da Lei 10.814/2003, ao contrário do decidido pela Corte de origem, proíbe plano de OGM's inclusive para fins de pesquisa científica. Por fim, defende que a legalidade do auto de infração deve ser analisada com base na legislação em vigor quando de sua lavratura, ou seja, que a novel legislação não pode retroagir ao caso concreto.

Houve contrarrazões.

O Ministério Público Federal, em seu parecer, opina pelo parcial conhecimento do recurso especial e, nessa extensão, pelo seu desprovimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Antes de mais nada, necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo 3/STJ: "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC".

I - Síntese da controvérsia

O presente recurso decorre de demanda proposta pela empresa Syngenta Seeds Ltda com o objetivo de anular termo de embargo e auto de infração lavrados pelo IBAMA em razão do plantio de organismos geneticamente modificados (OGM's) em área próxima ao Parque Nacional do Iguaçu (PR).

A sentença de improcedência do pedido foi reformada pelo acórdão recorrido pelos seguintes fundamentos: (i) a autora não realizou plantio com

o objetivo de colher safra, por isso inaplicável ao caso concreto o art. 11 da Lei 10.814/2003; (ii) além dessa norma ter sido revogada pelo art. 7º da Lei 11.460/2007, o atual art. 27, § 4º, incisos I a IV, da Lei 9.985/2000 (com as alterações introduzidas pelo art. 2º da referida Lei 11.460/2007) admite plantio de OGM's em zonas de amortecimento, ainda que condicionado ao atendimento de requisitos neles previstos; (c) a Lei 11.105/2005 derrogou tacitamente o art. 11 da Lei 10.814/2003, não para permitir o plantio de soja sem limitação como quer a autora, e sim para submetê-lo à regulação da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio.

Em conclusão, assentou a Corte de origem que, "se a apelante dá cumprimento às normas e aos pareceres emanados da mencionada Comissão, o que aparenta ser incontroverso, a ação fiscal do réu afigura-se insustentável" (fl. 586-e).

Após novo julgamento dos embargos de declaração, acolhidos sem efeitos modificativos para sanar omissão e para fins de prequestionamento, recorre o IBAMA defendendo principalmente que o art. 11 da Lei 10.814/2003, em vigor na época da autuação, também vedava o plantio de OGM's para fins de pesquisa; e, no mais, que o plantio exige prévia autorização do ICMBio e licenciamento ambiental.

Também advoga a anulação do acórdão da apelação, pois ausente atuação de revisor, bem assim a do acórdão dos embargos de declaração, pois persistiram vícios importantes não sanados.

Pois bem.

II - Da violação ao art. 1.022 do CPC/2015

Relativamente à alegada violação ao art. 1.022 do CPC/2015, sem razão o recorrente.

Como se sabe, cabe ao magistrado decidir a questão de acordo com o seu livre convencimento, não estando obrigado a rebater um a um os argumentos apresentados pela parte quando já encontrou fundamento suficiente para decidir a controvérsia.

No caso, bem ou mal, certo ou errado, a Corte de origem decidiu a controvérsia de modo integral e suficiente ao consignar que a Lei 10.814/2003 não se aplica ao caso dos autos, pois os OGM's não foram plantados com o intuito comercial, e sim para fins de pesquisas científicas; e, ainda, que a ação

fiscal do IBAMA mostra-se insustentável, tendo em vista ser incontroverso nos autos que foram cumpridos as normas e os pareceres técnicos da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio.

Ademais, não se evidencia necessária manifestação específica da Corte de origem acerca do plantio de milho geneticamente modificado como embasamento do auto de infração, pois assentado de modo inequívoco que o plantio de OGM's para fins de pesquisa e devidamente autorizado pelo CTNBio é o suficiente para anular o auto de infração que deu causa à demanda.

Assim, não remanescendo sem apreciação vício relevante acerca de questão decisiva para o deslinde da causa, não há necessidade de nova anulação do acórdão dos embargos de declaração.

III - Da violação ao art. 551 do CPC/1973

No que importa à violação ao art. 551 do CPC/1973, o recurso especial não merece provimento. É que o recorrente sustenta que o regimento interno da TRF da 4ª Região dispensa revisor apenas quando estiver sendo julgada questão exclusivamente de direito e que o caso demanda apreciação de matéria fática.

Ocorre que, conforme bem pontuado no parecer do MPF, a questão da licitude ou não de plantação de OGM's para fins científicos em zona de amortecimento de parque nacional evidentemente dispensa exame de fatos e provas.

De fato, não há necessidade de apurar se houve ou não plantio de milho transgênico para embasar o auto de infração, pois o fato não foi negado pela parte ora recorrida - conforme admitido pelo próprio recorrente.

Enfim, sendo a questão exclusivamente de direito, não há falar em nulidade pela ausência de participação de revisor.

Nesse sentido: AgInt no REsp 1.439.251/PR, Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 30/08/2018; AgRg no AREsp 830.654/DF, Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 15/03/2016.

IV - Da violação ao art. 11 da Lei 10.814/2003

Passa-se de imediato ao exame da alegação de que foi violado o art.11 da Lei 11.814/2003, tendo em vista que essa matéria vem antes das demais tratadas no recurso especial, considerando-se a ordem de prejudicialidade.

Nessa parte, o recorrente defende a reforma do acórdão recorrido pelo entendimento de que o art. 11 da Lei 10.814/2003 - que embasou o auto de infração -, proibia o plantio de organismos geneticamente modificados sem qualquer ressava em razão da potencialidade lesiva de sua existência. Reproduzo sua argumentação (fl. 827-e):

> O v. Acórdão entendeu que o art. 11 da Lei 10.814/2003 somente proibiria o plantio de organismos geneticamente modificados quando tivesse como finalidade a comercialização, não existindo proibição quando a semeadura fosse para fins científicos.
>
> Data máxima venia, o art. 11 da Lei 10.814/2003 *proíbe* o *plantio* sem qualquer ressalva. A proibição não se dá em razão da finalidade (comércio ou pesquisa), senão em razão da potencial lesividade de sua existência. Por acaso, o organismo geneticamente modificado plantado na zona de amortecimento da unidade de conservação sabe qual será sua destinação (lucro ou propósito científico), para então, deixar de poluir, ou deixar de propagar-se dentro da Unidade de Conservação?
>
> Observa-se que da leitura do art. 11 da Lei 10.814/2003 (em vigor na data da autuação), para que se afira que a proibição é para o plantio, *sem* qualquer ressalva no que se refere à destinação ou objetivos da plentação:
>
> > Art. 11. Fica vedado o plantio de sementes de soja geneticamente modificada nas áreas de unidades de conservação e respectivas zonas de amortecimento...

Sem razão.

O dispositivo legal que embasou o auto de infração decorre da Lei 10.814/2003 (resultante da conversação da Medida Provisória 131/2003), que "Estabelece normas para o plantio e comercialização da produção de soja geneticamente modificada da safra de 2004, e dá outras providências" - ou seja, decorre de diploma normativo que tem por escopo a plantação de organismo geneticamente modificado (soja) para fins comerciais, conforme assentado pela Corte de origem.

Em reforço, reproduzo trecho da exposição de motivos da MP 131/2003 que evidencia o escopo do Governo Federal de tutelar situação específica envolvendo safra agrícola, e nada mais.

Veja-se:

> (...) Em função da situação pré-constituída e de razões econômicas e culturais, na maioria das vezes relacionadas à sua condição de pequenos proprietários,

milhares de agricultores reservaram sementes da safra colhida em 2003, para plantio da futura safra, ainda que contrariando as disposições legais, situação que impõe ao governo a reconsideração de parte dessas disposições, sob pena de agravamento da crise social nas regiões onde este fato ocorreu.

Não é demais lembrar a importância da cultura de soja para o País e, em função dela, considerarem-se as seguintes informações relativas ao seu cultivo e às condições dos agricultores alcançados pela medida provisória que ora se propõe a Vossa Excelência, para justificar a sua urgência:

a) a soja é a principal cultura agrícola do País, respondendo por parcela considerável do PIB agropecuário, e suas exportações lideram a pauta comercial comercial brasileira; externalidades negativas nesta atividade podem gerar empobrecimento no campo e recrudescer o êxodo rural;

b) a produtividade dos cultivos de soja é significativamente afetada pelo calendário de plantio e atrasos fatalmente reduzem a produtividade a patamares antieconômicos;

c) a semente é insumo agrícola de caráter indispensável, sem a qual é impossível efetivar o plantio de qualquer cultura agrícola anual;

d) o índice de utilização de sementes salvas ou próprias é maior entre os agricultores de pequena e média escala. No Rio Grande do Sul, por exemplo, 95% dos plantadores de soja têm área de cultivo inferior a 50 hectares (IBGE, 1996) e taxa de uso de sementes certificadas ou fiscalizadas - além de tradicionalmente uma das mais baixas do País - apresenta tendência de queda acentuada nos últimos anos: a Taxa de Uso de Sementes de Soja, segundo informações do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, que era de 65% em meados da década de noventa, chegou a 43% na safra de 2000/2001 e a apenas 10% na safra 2002/2003, ou seja, mais de 80% dos agricultores gaúchos utilizaram sementes próprias de soja na última safra e presume-se, em escala significativa, transgênicas.

Assim, a presente proposta de medida provisória visa a atender, em caráter excepcional, situação específica vivenciada por número expressivo de pequenos produtores que reservaram, para uso próprio, sementes da safra de soja de 2003 e que, pelos motivos econômicos e culturais já mencionados, realizarão o plantio da safra de 2004, com risco de perderem-na integralmente se não houver dispositivo legal que lhes garanta o plantio, a colheita e posterior comercialização. (...)

Em suma, não se extrai do art. 11 da Lei 10.814/2003 vontade do legislador de regulamentar o plantio de organismo geneticamente modificado para fins científicos, e sim e apenas o propósito de salvar determinada safra de soja por motivos econômicos.

Na mesma linha é o parecer do Ministério Público Federal, da lavra da Subprocuradora-Geral da República Denise Vinci Tulio, cujo entendimento deve ser incluído na presente fundamentação:

> (...)
>
> c) Ofensa ao art. 11 da Lei n. 10.814/2003
>
> A controvérsia, no ponto, gira em torno de definir se a citada norma proibia, à época, todo e qualquer plantio de OGM´s ainda que de ínfima quantidade e apenas para fins científicos, ou apenas o cultivo de grande quantidade para fins comerciais.
>
> Pois bem. Da leitura atenta da norma é possível concluir que a proibição incidia apenas nas grandes culturas que poderiam, de fato, causar danos ambientais às áreas de proteção ambiental. Observa-se que os dispositivos da citada norma utilizam os termos: "safra", "agricultores", "comercialização", "estoque", o que indica que a proibição se refere ao plantio com finalidade comercial e não àquele destinado a estudos científicos.
>
> A propósito, confira-se teor de alguns dispositivos da Lei n. 10.814/03:
>
> > Art. 1º Às sementes da *safra* de soja geneticamente modificada de 2003, reservadas pelos agricultores para o uso próprio, consoante os termos do art. 2º, inciso XLIII, da Lei n. 10.711, de 5 de agosto de 2003, e que sejam utilizadas para plantio até 31 de dezembro de 2003, não se aplicam as disposições:
> >
> > Parágrafo único. É vedada a *comercialização* do grão de soja geneticamente modificada da safra de 2003 como semente, bem como a sua utilização como semente em propriedade situada em Estado distinto daquele em que foi produzido.
> >
> > Art. 2º Aplica-se à soja colhida a partir das sementes de que trata o art. 1º o disposto na Lei n. 10.688, de 13 de junho de 2003, restringindo-se a sua *comercialização* ao período até 31 de janeiro de 2005, inclusive.
> >
> > § 1º O prazo de *comercialização* de que trata o *caput* poderá ser prorrogado por até sessenta dias por ato do Poder Executivo.
> >
> > § 2º O *estoque* existente após a data estabelecida no *caput* deverá ser destruído, com completa limpeza dos espaços de armazenagem para recebimento da safra de 2005.
> >
> > Art. 3º Os *produtores* abrangidos pelo disposto no art. 1º, ressalvado o disposto nos arts. 3º e 4º da Lei n. 10.688, de 13 de junho de 2003 , somente poderão promover o plantio e *comercialização* da safra de soja do ano de 2004 se subscreverem Termo de Compromisso, Responsabilidade e Ajustamento de Conduta, conforme regulamento, observadas as normas legais e regulamentares vigentes.

> Assim, não havia nenhuma proibição na realização de estudos e experimentos científicos com organismos geneticamente modificados.
>
> Importa destacar, por oportuno, que a empresa recorrida além da autorização da CTNBio, também detém autorização da ANVISA e Ministério da Agricultura, sendo que o próprio IBAMA autorizou a utilização de herbicida em pesquisas no local.

Ademais, essa norma foi revogada pelo art. 7º da Lei 11.460/2007, cujo art. 1º veda o plantio de organismos geneticamente modificados em áreas de unidade de conservação, *mas não nas respectivas zonas de amortecimento*, senão vejamos:

> Art. 1º Ficam vedados a pesquisa e o cultivo de organismos geneticamente modificados nas terras indígenas e áreas de unidades de conservação, exceto nas Áreas de Proteção Ambiental.

Ao revés de proibir cabalmente o plantio de OGM's nas zonas de amortecimento, a Lei 11.460/2007, por meio de seu art. 2º, deu nova redação ao art. 27 da Lei 9.980/2000 (que *regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências*), nos termos seguintes:

> Art. 27. .....
>
> .....
>
> § 4º O Plano de Manejo poderá dispor sobre as atividades de liberação planejada e cultivo de organismos geneticamente modificados nas Áreas de Proteção Ambiental e nas *zonas de amortecimento* das demais categorias de unidade de conservação, observadas as informações contidas na decisão técnica da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio sobre:
>
> I - o registro de ocorrência de ancestrais diretos e parentes silvestres;
>
> II - as características de reprodução, dispersão e sobrevivência do organismo geneticamente modificado;
>
> III - o isolamento reprodutivo do organismo geneticamente modificado em relação aos seus ancestrais diretos e parentes silvestres; e
>
> IV - situações de risco do organismo geneticamente modificado à biodiversidade. (NR)

Em suma, a sucessão legislativa invocada pelo recorrente, na realidade, demonstra que o plantio de OGM's para fins de pesquisa em zona de amortecimento de unidade de conservação, além de não ser proibido na época

da lavratura do auto de infração, continuou permitido, mas submetido às regras do atual art. 27 da Lei 9.985/2000 por força de legislação superveniente.

Ademais, conforme lembrado no parecer do Ministério Público Federal, o acórdão recorrido, da lavra do então Desembargador Federal Waldemar Capeletti, pontuou que, "se a apelante dá cumprimento às normas e aos pareceres emanados da mencionada Comissão, a ação fiscal do réu afigura-se insustentável" (fl. 586-e).

Dito de outra forma, assentou a Corte de origem que, além de a legislação da época dos fatos não proibir o plantio de OGM's para fins de pesquisa, a parte recorrida atuou com a devida autorização da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio (circunstância reforçada no julgamento dos embargos de declaração), por isso não merece ser autuada pelo IBAMA.

Em conclusão, é de se desprover o recurso especial no ponto, pois o entendimento do acórdão recorrido não merece reparos.

V – Da violação ao art. 27, § 4º, I a IV, da Lei 9.985/2000 e 1º de Decreto 5.950/2006

O recurso especial não reúne condições de ser conhecido nessa parte.

Primeiramente, não há como extrair do acórdão recorrido e do próprio recurso especial informação de que o auto de infração foi lavrado também pela falta de previsão de plantio de OGM's no Plano de Manejo do Parque Nacional do Iguaçu.

O que há de incontroverso nas peças em questão é que a autuação se deu pelo simples plantio de OGM's em zona de amortecimento de unidade de conservação, fundamento que não está sendo chancelado no exame do presente recurso especial pelas razões demonstradas acima.

Sem embargo da ausência de informação acerca da falta de previsão em plano de manejo para embasar o auto de infração, também não há como extrair dessas peças processuais a data exata da autuação, pois o recorrente casualmente informa que ocorreu em 2006 (vide fl. 808-e), o que é insuficiente para estabelecer se o fato que deu causa à autuação é anterior ou posterior à previsão constante do ora invocado § 4º do art. 27 da Lei 9.985/2000, incluído pela Medida Provisória 327, de 31/10/2006, publicada no Diário Oficial da União em 1º/11/2006 (retificação publicada dois dias depois).

Enfim, o acolhimento de alegação de violação aos dispositivos ora tratados pressupõe juízo de matéria fática - mais especificamente análise das provas dos autos -, o que é inviável nesta seara, conforme orientação da Súmula 7/STJ.

No mesmo óbice esbarra o conhecimento do recurso especial por violação ao art. 27, § 4º, da Lei 9.985/2000 pela tese lançada no item 3.6 do recurso especial, segundo a qual não houve o necessário estudo do CTNBio sobre os riscos para a unidade de conservação.

Ora, consta do acórdão recorrido que o plantio de OGM' para fins de pesquisa no caso concreto se deu autorizado pelo CTNBio, por isso necessário novo juízo de matéria fática para infirmar tal fundamento.

De qualquer forma, não há como extrair do acórdão recorrido, conforme já explicado, se essa norma embasava a autuação.

VI - Da violação ao art. 36, § 3º, da Lei 9.985/2000

Nessa parte, aduz o recorrente que o plantio de OGM's, não importando sua finalidade, dependeria de expressa autorização do órgão então competente à época dos fatos (IBAMA).

Ocorre que o recurso especial não possui condições de ser conhecido nessa parte, pois, a despeito da falta de expressa manifestação do acórdão recorrido sobre a matéria tratada nesse dispositivo legal, não sendo o bastante o mero acolhimento dos embargos de declaração para fins de prequestionamento - o que é incontroverso nos autos, conforme esclarecido acima, é que o auto de infração que deu causa ao ajuizamento da demanda anulatória teve como base o plantio de OGM em zona de amortecimento de unidade de conservação, ou seja, não há informação no acórdão recorrido de que a falta de licenciamento ou autorização pelo IBAMA deu causa ao auto de infração.

Assim, além do óbice da Súmula 211/STJ impedir o conhecimento do recurso especial no ponto, a orientação da Súmula 7/STJ também representa obstáculo, pois necessária incursão no acervo fático-probatório dos autos para apurar se a falta de licenciamento pelo IBAMA também deu causa ao auto de infração, de forma seja acolhida argumentação recursal voltada a defender a sua higidez.

Pelos mesmos motivos acima, o recurso especial não pode ser conhecido na parte em que defendida violação ao art. 10 da Lei 6.938/1981, embasada na falta de EIA/RIMA para o plantio objeto de autuação pelo IBAMA.

A propósito, esse último dispositivo legal está em capítulo do recurso especial (item 3.5) em que o recorrente também aponta violação as artigos da Constituição Federal (art. 225, § 1º, IV) e da Resolução 237/1997 do CONAMA.

Ocorre que compete apenas ao Supremo Tribunal Federal examinar na via excepcional alegação de ofensa a dispositivo constitucional e, por outro lado, resolução não se enquadra no conceito de lei federal para fins de interposição de recurso especial - conforme se extrai dos arts. 102, III, *a*, e 105, III, *a*, da Constituição Federal, respectivamente.

VI – Dos demais argumentos apresentados pelo recorrente

Nos itens 3.7 e 3.9 de seu recurso especial, o IBAMA sustenta que o art. 11 da Lei 10.814/2003 não foi tacitamente derrogado pelo 10 da Lei 11.105/2005 e que a legalidade do auto de infração deve ser analisado pela lei vigente ao tempo de sua lavratura.

Ocorre que, mantido o fundamento do acórdão recorrido de que o art. 11 da Lei 10.814/2003 (que embasou o auto de infração) não vedava o plantio de OGM's para fins de pesquisa científica - o que é suficiente para a procedência do pedido inicial -, não se evidencia interesse do IBAMA em obter a reforma do acórdão recorrido na parte em que assentada a revogação tácita desse dispositivo legal pela Lei 11.105/2005, pois o resultado do julgamento permaneceria inalterado.

Dispositivo

Ante o exposto, *conheço em parte* do recurso especial do IBAMA e, nessa extensão, *nego-lhe* provimento.

Quanto aos honorários recursais, devem ser corresponder a 20% da verba honorária arbitrada no acórdão recorrido (R$-5.000,00 - cinco mil reais), devidamente atualizada, tendo em vista a autuação dos patronos da parte recorrida em causa que não se mostra singela.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.799.572-SC (2019/0050953-3)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA

Recorrido: Associação dos Pescadores Profissionais e Amadores de Canico do Rio Ararangua
Advogado: Sem representação nos autos - SE000000M

EMENTA

Tributário. Processual Civil. Inclusão do nome do executado em cadastro restritivo de crédito. Execução fiscal. Possibilidade.

I – O pedido de inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes, tal como o SerasaJUD, nos termos do art. 782, § 3º, do CPC/2015, não pode ser recusado pelo Poder Judiciário sob o argumento de que tal medida é inviável em via de execução fiscal.

II – Tal entendimento vai de encontro com o objetivo de promover a razoável duração do processo e a cooperação processual. Além disso, compete ao juízo da execução fiscal tomar as medidas necessárias para a solução satisfativa do feito, conforme interpretação dos arts. 4º, 6º e 139, IV, todos do CPC/2015.

III – Recurso especial 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 recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a). Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de maio de 2019 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe 14.5.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis

– Ibama, com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

> Tributário. Agravo de instrumento. SerasaJUD, Execução fiscal. Impossibilidade.
>
> Não cabe aplicação do disposto no art. 782, § 3º, do CPC às execuções fiscais, por serem execução de título extrajudicial, e não de título judicial, nos termos da previsão expressa do § 5º do mesmo dispositivo. Assim, não é cabível a utilização do SerasaJUD em execução fiscal.

Na origem, trata-se de execução fiscal cujo valor da causa, em dezembro de 2015, era de R$ 237.841,44 (duzentos e trinta e sete mil, oitocentos e quarenta e um reais e quarenta e quatro centavos).

Em via de decisão interlocutória, o juízo de piso indeferiu o pedido de inclusão de restrição ao devedor nos cadastros de inadimplentes por meio do sistema SerasaJUD.

O Tribunal *a quo* manteve a sentença, ao argumento de que a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes restringe-se às hipóteses de execução definitiva de título judicial consignando que, nas execuções fiscais, tal providência deve ser realizada pelo próprio exequente.

No presente recurso especial, o recorrente aponta violação dos arts. 139 e 782, § 3º, ambos do CPC/2015.

Sustenta, em síntese, que a inclusão do nome do devedor no cadastro de inadimplentes junto ao SerasaJUD é medida coercitiva que prestigia a razoável duração do processo e a celeridade, devendo ser determinada pelo juízo no âmbito da execução fiscal.

Aponta dissídio jurisprudencial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): A medida de inclusão do nome do devedor no cadastro de inadimplentes encontra previsão expressa no art. 782, § 3º, do CPC/2015, que assim dispõe:

> Art. 782. Não dispondo a lei de modo diverso, o juiz determinará os atos executivos, e o oficial de justiça os cumprirá.

> (...)
>
> § 3º A requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes.
>
> (...)

Com efeito, tal medida concretiza o princípio da efetividade do processo, possuindo respaldo basilar nas Normas Fundamentais do Processo Civil, considerando que "as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa" (art. 4º do CPC/2015) e o dever de cooperação processual, direcionado igualmente ao Poder Judiciário, "para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva" (art. 6º do CPC/2015).

Neste particular, vale ressaltar que, no exercício do poder de direção do processo, incumbe ao juiz "determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária" (art. 139, IV, do CPC/2015).

É certo que o art. 782, § 3º, do CPC/2015 não possui a abrangência de impor ao julgador o dever de determinar essa "negativação" do nome do devedor, considerando se tratar de mera faculdade (forma verbal "pode"), condicionada às circunstâncias do caso concreto. (REsp n. 1.762.254/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/10/2018, DJe 16/11/2018.)

Contudo, resultando frustradas as tentativas de satisfação do crédito executado e preenchidos os requisitos do art. 782, § 3º, do CPC/2015, não cabe a arguição de óbice relativo à impossibilidade de utilização da medida em via de execução fiscal.

No caso, não poderia o Tribunal de origem ter se negado ao deferimento da medida, sob o fundamento de que "não cabe aplicação do disposto no art. 782, § 3º, do CPC às execuções fiscais, por serem execução de título extrajudicial, e não de título judicial, nos termos da previsão expressa do § 5º do mesmo dispositivo" (fl. 30).

Isso porque, para além do caráter público dos cadastros de inadimplentes, a medida de inclusão do nome do executado em tais cadastros, no curso da execução de crédito público, insere-se, forçosamente, no interesse da Justiça.

Ademais, se o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que não é necessário o esgotamento das diligências na busca de bens a serem

penhorados a fim de autorizar a "penhora *on line*", não haveria óbice para medida que é menos gravosa ao executado, consistente na presente medida de simples inclusão do nome do devedor no cadastro de inadimplentes.

Diga-se, por fim, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que compete ao juízo da execução a efetivação de medidas executivas, a exemplo da utilização dos sistemas InfoJUD, RenaJUD e BacenJUD.

Nesse sentido, confiram-se:

> Recurso especial. Processual Civil. Cumprimento de sentença. Sistema RenaJUD. Consulta. Possibilidade. Exaurimento de diligências para busca de bens do executado. Desnecessidade.
>
> 1. Cinge-se a controvérsia a definir se é dado ao exequente solicitar ao Juízo a busca - pelo sistema RenaJUD - de informação acerca da existência de veículos de propriedade do executado, independentemente da comprovação do esgotamento das vias extrajudiciais para tal finalidade.
>
> 2. O RenaJUD é um sistema *on-line* de restrição judicial de veículos criado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que interliga o Judiciário ao Departamento Nacional de Trânsito (Denatran) e permite consultas e envio, em tempo real, à base de dados do Registro Nacional de Veículos Automotores (Renavam) de ordens judiciais de restrições de veículos, inclusive registro de penhora.
>
> 3. Considerando-se que i) a execução é movida no interesse do credor, a teor do disposto no artigo 612 do Código de Processo Civil; ii) o sistema RenaJUD é ferramenta idônea para simplificar e agilizar a busca de bens aptos a satisfazer os créditos executados e iii) a utilização do sistema informatizado permite a maior celeridade do processo (prática de atos com menor dispêndio de tempo e de recursos) e contribui para a efetividade da tutela jurisdicional, é lícito ao exequente requerer ao Juízo que promova a consulta via RenaJUD a respeito da possível existência de veículos em nome do executado, independentemente do exaurimento de vias extrajudiciais.
>
> 4. Recurso especial provido.
>
> (REsp n. 1.347.222/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25/8/2015, DJe 2/9/2015.)

> Processual Civil. Sistema RenaJUD. Esgotamento de diligências. Desnecessidade. Recurso especial provido.
>
> 1. Cuida-se, na origem, de Agravo de Instrumento interposto pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, contra decisão que indeferiu pedido de consulta, por meio do sistema RenaJUD, de veículos existentes em nome do executado.

2. O Tribunal *a quo* negou provimento ao Agravo de Instrumento.

3. Contudo, esclareça-se que esta "Corte, em precedentes submetidos ao rito do art. 543-C, firmou entendimento segundo o qual é desnecessário o esgotamento das diligências na busca de bens a serem penhorados a fim de autorizar-se a penhora on line (sistemas BACEN-JUD, RENAJUD ou INFOJUD), em execução civil ou execução fiscal". (AgInt no REsp 1.184.039/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 4/4/2017) (grifo acrescentado).

4. Ademais, o STJ posiciona-se no sentido de que o entendimento adotado para o Bacenjud deve ser aplicado ao Renajud e ao Infojud, haja vista que são meios colocados à disposição dos credores para simplificar e agilizar a busca de bens aptos a satisfazer os créditos executados. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.322.436, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 17/8/2015; REsp 1.522.644, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 1/7/2015; AgRg no REsp 1.522.840; Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 10/6/2015; REsp 1.667.420/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 14/6/2017; AgInt no REsp 1.619.080/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 19/4/2017; AgInt no REsp 1.184.039/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 4/4/2017; REsp 1.347.222/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 2/9/2015; REsp 1.522.678, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 18/5/2015, e REsp 1.582.421/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/5/2016.

5. Atualmente, a questão se encontra pacificada, nos termos do precedente fixado pela Corte Especial do STJ, no julgamento do REsp 1.112.943/MA, sujeito ao rito dos recursos repetitivos.

6. Recurso Especial provido.

(REsp n. 1.679.562/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22/8/2017, DJe 13/9/2017.)

Processual Civil. Inclusão do nome do devedor em cadastro restritivo de crédito. Pleito judicial. Possibilidade.

I - O pedido de inclusão do nome do devedor em cadastros de inadimplentes, tais como SERASAJUD ou SERASA, nos termos do art. 782, § 3º, do CPC/2015, não pode ser recusado pelo Poder Judiciário a pretexto de inexistência de convênio para negativação pela via eletrônica, tendo em vista a possibilidade de expedição de ofício para atendimento do pleito.

II - Tal entendimento vai de encontro com o objetivo de promover a razoável duração do processo e a cooperação processual, além de impor medidas necessárias para a solução satisfativa do feito, conforme interpretação dos arts. 4º, 6º e 139, IV, todos do CPC/2015.

III - Recurso especial provido.

(REsp n. 1.736.217/SC, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 21/2/2019, DJe 1º/3/2019.)

Administrativo e Ambiental. Infração ambiental. Inscrição do devedor em cadastros restritivos de crédito. Possibilidade. Acórdão em confronto com a jurisprudência da Corte.

I - Na origem, trata-se de ação de execução fiscal para a cobrança de débito do executado junto à autarquia ora recorrente. Após tentativas de localização de bens do devedor sem sucesso, a exequente requereu a inscrição da parte executada no cadastro de inadimplentes, SERASA, mediante a utilização do SERASAJUD ou a expedição de ofício. Indeferido o pedido e interposto agravo de instrumento pelo IBAMA, negou-se provimento ao recurso no Tribunal *a quo*.

II - A requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes (art. 782, *caput* e § 3º do CPC/2015). Essa tendência que se verifica com as novas regras do CPC/2015 foi importante para que o STJ decidisse, ainda sem que houvesse previsão expressa na lei, no sentido de autorizar tanto o protesto da dívida alimentar, por exemplo, como a inscrição do nome do devedor de alimentos nos cadastros de inadimplentes (STJ, REsp n. 1.533.206/MG, 4ª *Turma*, j. 17.11.2015). No casos dos autos, trata-se de dívida ativa decorrente de infração ambiental.

III - Os §§ 3º, 4º e 5º do art. |782 do Código de Processo Civil de 2015 estabelecem o cabimento e o procedimento para a inclusão do executado no cadastro de inadimplentes. Esta conduta dependerá de requerimento da parte e poderá gerar responsabilidade civil por danos morais em caso de inscrição indevida (STJ, AgRg no REsp n. 748.474/RS, 3ª T., j. 10.06.2014, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 17.06.2014 e AgRg 456.331/RS, 4ª T., j. 18.03.2014, rel. Min. Luis Felipe Salomão).

IV - O acórdão recorrido contraria a jurisprudência desta Corte, que admite a inscrição do devedor de débito fiscal em cadastros de inadimplentes (SERASA, SPC, CADIN). Nesse sentido: (REsp n. 1.762.254/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/10/2018, DJe 16/11/2018; AgRg no AREsp n. 800.895/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 5/2/2016; RMS 31.859/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 1º/7/2010; REsp 229.278/PR, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 3/8/2000, DJ 7/10/2002, p. 260.

V - Considerando que houve a tentativa de localização de bens do devedor, sem sucesso, é legítimo o pedido de inclusão do nome do devedor em cadastros de inadimplentes, com fundamento no art. 782, § 3º do CPC/2015.

VI - A negativa judicial, com fundamento em indisponibilidade do sistema, viola o dispositivo legal, que admite, por exemplo, a expedição pelo magistrado cadastrado de ofício ao banco de dados restritivo do crédito.

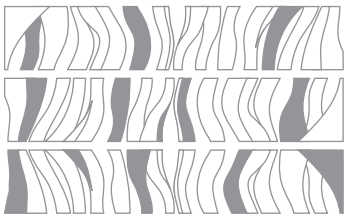
VII - Assim, deve ser provido o recurso determinando que a Corte *a quo* expeça ofício ao cadastro restritivo de créditos solicitado pela parte exequente.

VIII - Agravo em recurso especial conhecido para dar provimento ao recurso especial, nos termos da fundamentação.

(AREsp n. 1.339.480/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 7/2/2019, DJe 14/2/2019.)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para determinar ao juízo da execução fiscal que inclua o executado no cadastro de inadimplentes por meio do sistema SerasaJUD.

É o voto.



Segunda Seção

AÇÃO RESCISÓRIA N. 3.751-PR (2007/0087755-0)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Revisor: Ministro Marco Buzzi

Autor: Associação Hospitalar de Proteção à Infância Dr Raul Carneiro - Hospital Pequeno Príncipe

Advogado: Luiz Carlos da Rocha e outro(s) - PR013832

Advogada: Denise Campos Fischer e outro(s) - DF031306

Réu: Wilson Ferro de Lara

Réu: Rosângela Gaspar Lara

Advogado: Pedro Henrique Xavier - PR006511

EMENTA

Ação rescisória. Ação de indenização por danos morais e materiais. Competência do STJ. Súmula n. 249/STF. Violação de literal disposição de lei. Não ocorrência. Violação dos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil de 1973. Julgamento *extra petita*. Caracterização. Ausência. Utilização como sucedâneo recursal. Alegação de erro de fato. Nexo de causalidade entre o erro e a decisão. Necessidade. Não ocorrência. Morte da paciente. Responsabilidade do hospital.

1. O Superior Tribunal de Justiça é competente para apreciar a ação rescisória quando o órgão julgador adentra no mérito da questão federal controvertida no recurso especial.

2. A viabilidade da ação rescisória por ofensa a disposição de lei pressupõe violação frontal e direta da literalidade da norma jurídica.

3. Somente ocorre julgamento *extra petita* quando constatada discrepância entre o pedido, a causa de pedir e a prestação jurisdicional, o que, como bem decidido pelo acórdão rescindendo, não ocorreu na hipótese.

4. A sentença não extrapolou os limites da lide, tendo em vista se encontrar lastreada na causa de pedir suscitada na exordial, estando o conteúdo do provimento judicial compatível com o pedido formulado

na inicial, qual seja, a condenação do hospital por má prestação do serviço contratado.

5. A ação rescisória não pode ser utilizada como sucedâneo recursal, sendo cabível, excepcionalmente, somente nos casos em que flagrante a transgressão da lei.

6. O erro de fato apto a embasar a ação rescisória deve apresentar nexo de causalidade com a decisão rescindenda, isto é, ter influenciado no julgamento do feito.

7. Ação rescisória julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Seção, por unanimidade, julgou improcedente a ação rescisória, nos termos dos votos do Srs. Ministros Relator e Revisor. Os Srs. Ministros Marco Buzzi (Revisor), Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 27 de março de 2019 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

DJe 8.4.2019

VOTO-REVISÃO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de *ação rescisória*, aforada por *Associação Hospitalar de Proteção à Infância Dr. Raul Carneiro - Hospital Pequeno Príncipe*, com fundamento no art. 485, V e IX, do CPC/73, em que se alega violação literal aos arts. 128, 130, 264, 282, III, 295, I e parágrafo único; 303, 321, 420, 436 e 437, todos do Código de Processo Civil de 1973; 5º, LV, da Constituição Federal, bem como na existência de erro de fato.

A pretensão dirige-se à desconstituição de acórdão da Egrégia Quarta Turma, prolatado nos autos do Agravo de Instrumento n. 747.253/PR, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, assim ementado (fl. 694/701):

> Agravo em agravo de instrumento contra a inadmissão de recurso especial.

Subsistentes os fundamentos do decisório agravado, nega-se provimento ao agravo.

Da demanda originária:

Na origem, Wilson Ferro de Lara e Rosângela Gaspar Lara ajuizaram, em face da ora requerente, ação de indenização por danos morais e materiais em decorrência de atos ilícitos que teriam causado a morte de sua filha, Cláudia Renata de Lara, então com 13 (treze) anos de idade, quando a mesma estava internada em Unidade de Tratamento Intensivo do Hospital Pequeno Príncipe. Nesse contexto, aduziram, em resumo, que "(...) passavam temporada na praia quando sua filha, Cláudia Renata de Lira, passou a apresentar inesperadamente quadro febril; que em razão disso encaminharam-na ao Hospital local; que ela foi atendida pelo plantonista que suspeitou de infecção urinária, embora se mostrasse sério indício de se tratar de diabetes *melitus*; que foi solicitada vaga no Hospital Pequeno Príncipe, ocorrendo o atendimento pela pediatra de plantão, tendo esta solicitado internamento na UTI Pediátrica; no dia 7 de janeiro, que se constatou que a menina sofria de diabetes *melitus*, embora não tivesse sido consultada uma endocrinologista; na madrugada do dia 9 de janeiro, a intensivista, após receber os exames coletados às vinte horas do dia anterior e passar a controlar os níveis de glicose, utilizando o método Advantage, decidiu administrar insulina; que essa injeção foi aplicada às duas horas da manhã, quando Cláudia Renata estava lúcida; que minutos depois começou a se queixar de falta de ar, sentindo-se sufocada, tendo sido entubada e ventilada manualmente; que a intensivista considerou a possibilidade de anafilaxia e solicitou fosse providenciadas adrenalina e hidrocortisona; que antes dos medicamentos serem obtidos e administrados a paciente sofreu uma parada cardíaca que se tornou definitiva; que o réu agiu com negligência em relação à avaliação do tratamento a ser dispensado e que sofreram danos materiais e morais." (fls. 61/91)

Em sua contestação, o Hospital Pequeno Príncipe aduziu, em síntese, que "(...) quando da entrada da paciente no hospital foram colhidos todos os exames possíveis e necessários; que se a doença tivesse sido percebida antes a sorte da criança seria outra; que, em momento algum, a dose de insulina aplicada não foi a recomenda, o que descarta a ocorrência de anafilaxia; que a UTI possuía todas as drogas para reversão do quadro, não se podendo dizer que a evolução se deu por falta de tais drogas; que não agiu com culpa, não podendo ser responsabilizada, e que o caso é de improcedência do pleito inicial." (fls. 173/181)

O togado de origem, em novembro de 2000, julgou *parcialmente* procedente a demanda e, por conseguinte, condenou o réu "(...) ao pagamento das quantias pagas para o funeral, que totalizaram R$ 2.262,46 e os exames após o falecimento de Cláudia Renata, na quantia de R$ 1.500,00, corrigidas monetariamente a partir da data da citação, incidindo-se juros de 0,5% ao mês, corrigido pelo INPC, a contar da mesma data (...), Da mesma forma, condeno a requerida ao pagamento de R$ 30.200,00 a título de danos morais, quantia esta a ser devidamente atualizada, nos moldes antes consignados."

A sentença foi reformada pelo Tribunal de origem, em sede de apelação, por maioria de votos, para afastar a culpa do hospital pelo evento danoso. (fls. 430/458) Opostos embargos infringentes (fls. 484/504), esses foram acolhidos, por maioria de votos, de modo a restabelecer a sentença. (fls. 549/584)

Daí a interposição de recurso especial (fls. 604/621), fundamentado nas alíneas "a" e "c", do permissivo constitucional, no qual o Hospital Pequeno Príncipe alegou violação dos artigos 128, 264, 282, III, 295, I, parágrafo único, I, 303, 321, 530 e 535, II, do CPC/73. Preliminarmente, suscitou negativa de prestação jurisdicional. Aduziu, outrossim, que "(...) houve acompanhamento do serviço de endocrinologia e que todos os medicamentos necessários ao tratamento estavam disponíveis e a falta dos mesmos (não configurada) não influenciaria no trágico desfecho." Ao final, pediu o provimento do apelo nobre e, por conseguinte, a improcedência dos pedidos iniciais. (fls. 604/621)

O apelo nobre não foi admitido na origem (fls. 674/676), razão pela qual adveio o Agravo de Instrumento n. 747.253/PR que, após devida distribuição ao e. Min. Cesar Asfor Rocha, este foi *improvido* em razão dos seguintes fundamentos: *i)* inexistência de violação ao art. 535, II, do CPC/73; *ii)* incidência, na hipótese, dos enunciados das Súmulas 282 e 356/STF; *iii)* ausência de demonstração do dissídio jurisprudencial.

Interposto agravo regimental, o r. *decisum* foi mantido em julgamento colegiado proferido pela eg. Quarta Turma, nos termos da ementa supramencionada. (fls. 694/701)

O v. acórdão rescindendo *transitou em julgado* em *29/8/2006* (fl. 759).

Da ação rescisória:

O autor, com fundamento no art. 485, V e IX, do CPC, em que se alega violação literal aos arts. 128, 130, 264, 282, III, 295, I e parágrafo único; 303,

321, 420, 436 e 437, todos do Código de Processo Civil de 1973; 5º, LV, da Constituição Federal, pede a rescisão do v. acórdão ora impugnado.

Aduz, em resumo: *i)* há vício de julgamento *extra petita* em razão de alteração da causa de pedir no curso da demanda; *ii)* o Tribunal de origem deixou de observar o limite devolutivo dos embargos infringentes, proferindo decisão com fundamento em questão que não foi objeto de divergência; *iii)* erro de fato, consubstanciado na discrepância entre a solução conferida ao julgado e as provas produzidas nos autos.

O depósito prévio (art. 488, inciso II, do CPC/1973) está juntado à fl. 55 e o pedido de tutela antecipada foi indeferido pelo e. Min. Ari Pargendler às fls. 712, cujo *decisum* foi mantido, em sede de agravo regimental, pela eg. Segunda Seção (fls. 794/799).

O pedido de assistência judiciária gratuita foi indeferido às fls. 940/944.

Os réus apresentaram contestação, oportunidade em que alegaram: i) incompetência do STJ para apreciar o pedido rescisório; ii) inépcia da petição inicial; iii) pretensão do autor de conferir caráter recursal ao presente instrumento jurídico. Pediram, assim, o indeferimento liminar ou, pelo princípio da eventualidade, seja julgada improcedente a presente ação rescisória. (fls. 765/791)

Resposta à contestação apresentada às fls. 812/821, as razões finais foram juntadas às fls. 866/876 e 877/888, de modo que os autos foram remetidos ao Ministério Público Federal, o qual opinou pelo indeferimento da petição inicial, em parecer assim ementado:

> - Ação rescisória fundada no art. 485, V e IX, do CPC/1973.
>
> - Descabe ação rescisória ante o não preenchimento dos requisitos impostos pelo art. 485, do CPC/1973, mais especificamente a existência de decisão que tenha examinado o mérito da controvérsia. Precedentes do STJ.
>
> - Parecer pelo indeferimento da inicial da presente ação rescisória, extinguindo-se o respectivo processo, sem resolução de mérito.

O feito foi processado pelo eminente Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator, sendo enviado a este subscritor para indicação de dia para julgamento, nos termos do art. 237 do RISTJ.

É o relatório.

O pleito rescisório *não* merece ser acolhido.

Ab initio, passa-se ao exame da competência deste Superior Tribunal de Justiça para apreciar a presente ação rescisória, bem como quanto à preliminar suscitada pelos réus acerca da inépcia da petição inicial.

1. Das Preliminares:

1.1. Do conhecimento da presente ação rescisória - exame de mérito das questões processuais subjacentes: competência do STJ para processar e julgar o pedido rescisório.

Acompanha-se o e. Ministro Relator quanto ao conhecimento da presente ação rescisória.

O v. acórdão rescindendo, prolatado no Agravo de Instrumento n. 747.253/PR, pela egrégia Quarta Turma, analisou o mérito da questão processual devolvida pelo recurso especial, o que atrai a competência deste Tribunal Superior para a análise da presente ação rescisória.

Verifica-se, da acurada leitura dos autos, que a tese central contida no recurso especial - alegação de vício de julgamento *extra petita* em razão da alteração da causa de pedir - foi devidamente enfrentada pelo aresto hostilizado, embora, é certo, a conclusão a que chegou a eg. Quarta Turma não tenha sido, de fato, favorável ao ora requerente.

Por oportuno, retira-se trecho específico do v. acórdão rescindendo:

> (...) No que toca aos artigos 264, 282, III, 295, I, parágrafo único, I, 303 e 321 do Código de Processo Civil, a motivação lançada pela Corte de origem não encontra reprimenda nas normas invocadas, pelo que reproduzo os fundamentos expendidos no aresto proferido em embargos infringentes:
>
> "No voto vencido encontramos razões relevantes para desconhecer a alegada alteração da causa de pedir, pedindo vênia *para transcrevê-las*:
>
> *'Repito, antes, que não me impressiona o argumento da Apelante, no sentido de que os autores, no decorrer da lide, alteraram a causa de pedir, tão só porque, na inicial, particularizaram a imputação de negligência, que estaria caracterizada pela não intervenção de profissional especializado em endocrinologia, e pela inexistência de medicamentos na UTI do hospital. Se essa imputação de negligência se revela, afinal, no decorrer da instrução, nascida de outras circunstâncias, não fica ela prejudicada porque, a uma, o objetivo maior do processo é a busca da verdade real; depois, porque ao leigo, mesmo dispondo desde logo da documentação médico-hospitalar, não estaria obrigado a delas extrair a melhor qualificação dos fatos; ainda porque nenhum prejuízo ocorreu para a defesa da instituição ré, que participou da*

> *dilação probatória, arrolando testemunhas, produzindo documentos, indicando assistente-técnico, formulando quesitos e elaborando memoriais' (fls. 198)."*
>
> (...)
>
> *Diante da peculiaridade desse tipo de ação não se pode exigir que a petição vestibular, muitas vezes, contenha especificamente qual a efetiva causa de pedir.*
>
> *O advogado, as partes e o juiz, via de regra, são leigos em medicina, logo não se pode exigir em oportunidades especiais, na petição inicial, como no caso dos autos, demasiado rigor na indicação da "causa petendi", até porque o juiz quando a causa exige conhecimentos técnicos serve-se de perito.*

Dessa forma, observando-se o acórdão rescindendo - a despeito da negativa de provimento ao recurso especial - está absolutamente evidenciado que a egrégia Quarta Turma adentrou e examinou o mérito recursal do apelo nobre e, nessa oportunidade, com fundamentação adequada e pertinente ao caso *sub judice*, reputou correta a solução jurídica adotada pelo Tribunal *a quo*.

Assim, na hipótese dos autos, tendo em conta que o mérito da questão federal suscitada foi devidamente enfrentado pelo eg. órgão colegiado, mister reconhecer a instauração da competência do STJ para processar e julgar a presente ação rescisória, destinada a desconstituir acórdão desta Corte que, em decisão final, julgou a controvérsia subjacente à pleito rescisório. Nesse sentido, são os seguintes precedentes desta eg. Corte Superior:

> Ação rescisória. Processual Civil e Administrativo. *Decisão* do relator que apreciou o mérito da causa. Competência do Superior Tribunal de Justiça. Servidor público federal. Resíduo de 3,17%. Concessão. Arts. 28 e 29 da Lei n. 8.880/94. Precedentes.
>
> 1. (...) se o mérito da questão federal tratada tiver sido examinado pelo Ministro Relator no julgado monocrático que se pretende desconstituir, evidencia-se a competência deste Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar a presente ação rescisória.
>
> Aplicação do raciocínio expendido na Súmula 249 da Suprema Corte.
>
> Precedentes.
>
> (...)
>
> 3. Pedido julgado improcedente.
>
> (AR 1.597/AL, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, DJ 03/09/2007 p. 118).

E ainda: AgRg no REsp 1.064.424/RS, Rel. Min. *Luiz Fux*, DJe 14/04/2010.

1.2. Da inépcia da petição inicial. Inocorrência. Narração suficiente dos fatos atinentes ao conhecimento do pedido rescisório - Jurisprudência pacífica do STJ.

Quanto ao ponto, ressalte-se que a jurisprudência desta Corte entende ser "Inviável a alegação de inépcia da petição inicial se fornecidos satisfatoriamente os elementos necessários para a formação da lide, com a narração devida dos fatos, possibilitando-se a compreensão da causa de pedir, do pedido e do respectivo fundamento jurídico." (AgRg no AREsp 659.020/BA, Rel. Ministro ***Ricardo Villas Bôas Cueva***, *Terceira Turma*, julgado em 18/06/2015, DJe 06/08/2015).

No mesmo sentido, veja-se:

> Processual Civil e Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Violação do art. 535 do CPC/1973. Não ocorrência. Decadência e prescrição. Impossibilidade de análise. Reexame de conteúdo fático-probatório. Súmula n. 7/STJ. Decisão mantida.
>
> [...]
>
> 2. Não pode ser considerada inepta a petição inicial que narra de forma lógica a causa de pedir e os pedidos, e não contém nenhum dos vícios previstos no parágrafo único do art. 295 do CPC/1973.
>
> [...]
>
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> (AgRg no AREsp 219.058/MS, Rel. Ministro *Antonio Carlos Ferreira*, Quarta Turma, julgado em 27/02/2018, DJe 12/03/2018)

E ainda: AgRg na AR 5.604/MS, Rel. Min. *Moura Ribeiro*, DJe de 16/09/2015; AgRg na AR 5.526/MS, Rel. Min. *Marco Aurélio Bellizze*, DJe de 15/06/2015; EDcl na AR 5.282/MG, Rel. Min. *Maria Isabel Gallotti*, DJe de 22/10/2014.

Com esse norte hermenêutico, observa-se que, na hipótese dos autos, o autor, em sua peça exordial, narrou adequada e suficientemente, as questões de fato e de direito que, na sua compreensão, justificam o acolhimento do pleito rescisório, notadamente, acerca da existência de julgamento *extra petita*, de modo a possibilitar aos réus, o exercício adequado ao contraditório (fls. 765/791), permitindo-se, com efeito, a aferição do mérito da controvérsia por meio dos documentos acostados aos autos, sendo de rigor, assim, seja superada a preliminar de inépcia da petição inicial.

2. Do Mérito:

2.1. Da alegada ofensa literal aos artigos 128, 264, 282, III e 295, I, parágrafo único, 303, 321 e 460, todos do Código de Processo Civil de 1973. Inexistência de alteração da causa de pedir.

A fim de embasar seu pedido, alega o autor violação literal aos arts. 128, 130, 264, 282, III, 295, I e parágrafo único; 303, 321, e 460, do Código de Processo Civil de 1973.

Aduz, em resumo, que: *i)* há vício de julgamento *extra petita* em razão de alteração da causa de pedir no curso da demanda; *ii)* o Tribunal de origem não observou o limite devolutivo dos embargos infringentes; *iii)* o erro de fato está consubstanciado na discrepância entre a solução conferida ao julgado e as provas produzidas nos autos.

De início, cumpre gizar que a ação rescisória - como ação autônoma de impugnação - é medida *excepcional*, cabível nos limites das hipóteses taxativas de rescindibilidade previstas no art. 485 do CPC/73 (vigente na data da publicação do provimento jurisdicional impugnado), em razão da proteção constitucional à coisa julgada e do princípio da segurança jurídica.

A propósito, nessa compreensão, confira-se os estudos doutrinários de **BARBOSA MOREIRA**, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro. Forense. 23ª ed., p. 109; **MEDINA**, José Miguel Garcia e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recursos e ações autônomas de impugnação. São Paulo: RT. 2008, p. 496; **RIZZI**, Sérgio. Ação rescisória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, n. 96, p. 176 e **CÂMARA**, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. II, p. 19.

Nesse contexto, a letra do art. 485, V, do CPC/73 estabelece que "(...) A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando (...) violar a literal disposição de lei." Ao realizar comentários acerca de tal dispositivo, **Flávio Luiz Yarshell** afirma que "Quando este fala em violação a 'literal' disposição de lei, em primeiro lugar, há que se entender que está, aí, reafirmado o caráter excepcional da ação rescisória, que não se presta simplesmente a corrigir injustiça da decisão, tampouco se revelando simples abertura de uma nova instância recursal, ainda que de direito" (In. Ação Rescisória: Juízos Rescidente e Rescisório p. 323).

Na mesma linha de pensamento, lecionam **Nelson Nery Junior** e **Rosa Maria de Andrade Nery**, a ação rescisória é mecanismo de *exceção* no sistema

jurídico, "porque seu objetivo é apagar do mundo jurídico a decisão acobertada pela autoridade da coisa julgada, em aparente ofensa à CF 5º, XXXVI. Sendo instrumento de exceção, não pode ser utilizado indiscriminadamente bem ampliativamente, fora dos casos expressos e enunciados em *numerus clausus* pelo CPC." (In. Comentários ao Código de Processo Civil Novo CPC - Lei 13.105/2015, Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.919).

Dessa forma, para a hipótese inserta no art. 485, V, do CPC/73 (correspondente ao art. 966, V, do CPC/2015), a petição inicial da ação rescisória exige a narrativa da violação manifesta de norma jurídica, *o que significa dizer que a afronta deve ser*: *i)* direta, frontal, contrária à própria regra legal, não por *error in iudicando* decorrente de não correspondência dos fatos às *fattispecie* abstratas da norma, ou seja, por "*má apreciação da prova*", "*injustiça*" ou "*errônea interpretação dos fatos*" (*ut*. AgInt no REsp 1.341.284/BA, Rel. Min. *Luis Felipe Salomão*, DJe de 17/09/2018), situações que não permitem a rediscussão da causa na via rescisória; *ii)* ao *ius in thesi e in concreto*, não ao *ius in hypothesi* nem *in abstracto* (In. **Pontes de Miranda**, Comentários ao CPC, Tomo VI. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 338), isto é, a violação deve atingir a própria regra de direito em seus pressupostos subjetivos e objetivos; *iii)* de direito pronunciado na r. decisão rescindenda, vale dizer que se o "acórdão rescindendo não se pronunciou sobre a norma legal tida por contrariada, é inviável a ação que se funda na hipótese de ofensa a literal disposição de lei" (ut. AR 1.668/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. *Ellen Gracie*, j. 14/10/2009, com destaque ao precedente na AR 1.752-AgR/RJ, Rel. Min. *Sepúlveda Pertence*, DJ 20.05.2005); *iv)* evidente, clara, cristalina, induvidosa, à letra da lei" (ut. AR 991-PB, Rel. Min. *Moreira Alves*, RTJ 98/982), verificável, de modo especial, no termômetro do assentado entendimento jurisprudencial; *v)* incontroversa, ou seja, não resultante de interpretação divergente ou controvertida nos tribunais (Súmula 343 do STF); *vi)* aberrante, resultante de interpretação e aplicação *teratológica*, em patente contraste com a regra legal, em sua literalidade, pois se "se elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar" (ut. AgRg no Ag 470.388/GO, Rel. Min. *Humberto Gomes de Barros*, DJe de 18/12/2006).

Com esse norte hermenêutico e jurisprudencial, na hipótese dos autos, sustenta o autor violação literal dos artigos 128, 264, 282, III e 295, I, parágrafo único, 303, 321 e 460, todos do CPC/73, ao fundamento da existência de modificação da causa de pedir no curso da demanda.

Quanto ao ponto, ressai que as instâncias ordinárias, ao examinarem o objeto da delicada controvérsia, não extrapolaram os limites da lide porquanto fundamentaram suas conclusões - a despeito de contrárias aos interesses do autor - na causa de pedir suscitada na petição inicial - negligência do hospital - de modo que o conteúdo do provimento judicial definitivo - comprovação do caráter ilícito na conduta do nosocômio - é absolutamente compatível com o pedido formulado na exordial, não havendo se falar, pois, em modificação da *causa petendi*.

Nesse contexto, é importante destacar: *i)* a inicial tinha por objetivo imputar ao hospital conduta negligente, consubstanciada na alegação de que: *i.i)* faltou acompanhamento, na UTI pediátrica, de especialista em endocrinologia, a fim de examinar a adequada posologia de insulina em paciente diagnosticada com diabetes *mellitus*; *i.ii)* ausência de medicamentos aptos à reversão do quadro emergencial de insuficiência respiratória da criança; *ii)* durante a instrução processual, houve a inversão do ônus da prova (fl. 269), de modo que, ao hospital, se impôs a demonstração da negativa do dano e da adoção de todas as diligências necessárias ao pronto e correto atendimento da paciente; *iii)* a prova pericial produzida - apesar de concluir que a causa da morte da criança não foi a ausência de endocrinologista na UTI, bem como dos medicamentos necessários à crítica situação da paciente - foi examinada pelo r. juízo *a quo* que, no entanto, se apoiou em outros elementos de prova carreados aos autos, notadamente, a demonstração de que não houve a adequada e necessária aferição da pressão arterial da criança, além do que a médica plantonista olvidou-se, por longo período de tempo (mais de 12 horas) de avaliar a discrepância de valores obtidos por exames laboratoriais relativos ao índice glicêmico da paciente que, repita-se, encontrava-se internada em Unidade Terapia Intensiva, motivo pelo qual, segundo lê-se da sentença "(...) a polêmica havida em relação à ausência de medição da pressão arterial dá conta de não ter sido determinante da morte, eis que o expert consignou que a não verificação da pressão arterial caracteriza negligência, embora não tenha este ato causado a morte da paciente (fls. 241). Ocorre, entretanto, que a falta do acompanhamento da pressão arterial revela descaso para com o paciente, máxime numa Unidade de Terapia Intensivo, onde a leitura do próprio nome revela o cuidado e a assistência que necessitam os pacientes que nela se encontram." (fls. 347/353).

Com efeito, ressalta-se que a ausência de endocrinologista na UTI, apesar de não ser considerada, por si só, a *causa mortis* da paciente, inegavelmente acrescentou mais um elemento de risco à sua vida porquanto, consoante a prova

dos autos, a dose de insulina não foi avaliada por profissional especializado, sendo possível inferir, dessa forma, que se o seu estado clínico tivesse sido valorado adequadamente, o resultado, certamente, poderia ser outro, quem sabe, evitando-se, o trágico desfecho, circunstância apta, de fato, a caracterizar a conduta negligente do hospital, ensejando-se, assim, a necessária e devida reparação civil.

Além disso, não cabe exigir do autor - leigo em tema relacionado aos conceitos da medicina - o detalhamento preciso e específico acerca dos procedimentos médicos adotados para aferir eventual responsabilidade civil do hospital, de modo que, tratando-se de relação de consumo (ut. AgInt no REsp 1.224.538/CE, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe de 21/08/2017; AgRg no AREsp 768.239/MT, Rel. Min. Raul Araújo, DJe de 24/02/2016), a redação do art. 6º, VIII, do CDC, permite ao juiz a inversão do ônus da prova, a fim de possibilitar/imputar a quem possuir melhores condições técnicas, a responsabilidade pela demonstração do fato desconstitutivo do direito alegado pelo autor.

Nesse contexto, a hipótese dos autos revela ter sido imputada ao ora autor a responsabilidade pelo ônus da prova (fl. 269), exigindo-se deste a demonstração da correção do tratamento dispensado à criança, circunstância que, infelizmente, em razão da produção probatória carreada aos autos, deixou de ser adequadamente comprovada, não havendo se falar, portanto, em modificação da causa de pedir que, registra-se, continuou a mesma, qual seja, a demonstração da negligência do hospital no atendimento da criança que veio a falecer em sua Unidade de Terapia Intensiva. Não se modificou a causa de pedir. Na verdade, as provas técnicas periciais é que demonstraram a negligência do hospital e, por conseguinte, sua responsabilidade civil, em harmonia com o pedido contido na petição inicial.

Diante desse quadro, não se identifica julgamento *extra petita* quando o órgão julgador, atendo-se aos fatos narrados (causa de pedir próxima) empresta-lhes qualificação jurídica não indicada expressamente pelas partes (causa de pedir remota), de modo a vigorar, nessas hipóteses, a máxima segundo a qual o juiz, conhecendo a causa, deve aplicar o direito à espécie, consagrada nos enunciados da Súmula n. 456 do STF, no art. 257 do RISTJ e também nos brocardos *iura novit curia e da mihi factum dabo tibi jus*. Confira-se os precedentes:

> Recurso especial. Ação de reintegração de posse de imóvel cedido em comodato por prazo determinado (cem anos). Notificação extrajudicial do

comodatário sobre o desinteresse do comodante em manter a avença, por quebra de confiança e/ou desvio de finalidade. Posse precária. Esbulho configurado.

1. À luz dos artigos 128 e 460 do CPC de 1973, o vício de julgamento *extra petita* não se vislumbra na hipótese em que o magistrado, adstrito às circunstâncias fáticas (causa de pedir remota) e ao pedido constantes nos autos, procede à subsunção normativa com amparo em fundamentos jurídicos diversos dos esposados pelo autor e refutados pelo réu.

REsp 1.327.627/RS, Rel. Ministro ***Luis Felipe Salomão***, Quarta Turma, DJe 1º/12/2016.

Processo Civil. Agravo de instrumento. Causa de pedir próxima e remota. Indicação de dispositivo *legal. Jura novit cura.*

I - Nos termos do artigo 524, I, do Código de Processo Civil o agravante deve trazer a "exposição do fato e do direito".

II - A expressão "exposição do direito" constante da norma não pode ser interpretada de modo a se exigir que o recorrente indique, de forma absoluta, os artigos de lei em que amparada a sua pretensão.

Isso porque a exigência legal deve conviver com o princípio identificado pelos brocardos *iura novit curia* e da *mihi factum dabo tibi jus*.

REsp 818.738/PB, Rel. Ministro ***Sidnei Beneti***, Terceira Turma, DJe 16/11/2010.

Recursos especiais. Direito Civil, Processual Civil e Autoral. Qualificação jurídica dos fatos. Liberdade do julgador. Caráter personalíssimo do direito autoral. Contrato de edição. Cláusula de exclusividade. Objeto contratado. Princípio da relatividade dos efeitos do contrato. Sociedade despersonificada não caracterizada. Má-fé. Impossibilidade de presunção.

1. Cuida-se, na origem, de ação declaratória de direito de exclusividade de edição combinada com obrigação de não fazer e indenização por perdas e danos.

2. O magistrado possui liberdade para qualificar juridicamente os fatos narrados pelas partes em observância ao princípio da mihi factum, dabo tibi jus.

3. O direito autoral é considerado como personalíssimo e possui proteção constitucional (art. 5º, incisos XXVII e XXVIII, alíneas "a" e "b", da CF/1988), reconhecida a exclusividade dos direitos dos autores em relação a suas obras.

4. O objeto de proteção do direito autoral é a criação ou a obra intelectual e não a ideia em si mesma.

5. A dimensão patrimonial do direito do autor confere a possibilidade de se auferir vantagem econômica com a utilização da obra por ele criada conforme disposto em contrato escrito e cuja interpretação deverá ser restritiva nos termos da legislação de regência.

6. O princípio da relatividade dos efeitos do contrato determina que as consequências jurídicas da relação contratual restringem-se às partes que o concluíram.

7. Um projeto familiar de viagem ao redor do mundo a bordo de um veleiro não presume, sem prova específica, a existência de uma sociedade familiar despersonificada.

8. Ausente a expressa cessão do direito do autor, não pode terceiro dispor de direito autoral de outrem, não sendo possível ser considerado convencionado o que não constou expressamente no contrato de edição.

9. A conclusão da prova técnica - de que os livros de autoria de marido e esposa são obras diversas - descaracteriza o descumprimento da cláusula contratual de exclusividade firmada por apenas um deles.

10. A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova. O reconhecimento da má-fé exige prova de sua existência, o que não ocorreu no caso dos autos.

11. Recurso especial de Vilfredo Schürmann e outros parcialmente provido para reconhecer a ausência de violação contratual; recurso especial de Editora Grupo 1 LTDA prejudicado e recurso especial de Distribuidora Record de Serviços de Imprensa S.A. parcialmente conhecido e não provido.

REsp 1.546.140/PR, Rel. Min. *Ricardo Villas Bôas Cueva*, DJe de 28/03/2016. (grifos nossos)

Processual Civil. Agravo regimental. Acórdão recorrido que decide nos limites do pedido e da matéria devolvida ao tribunal. Inexistência de julgamento *extra petita*. Apreciação das questões dentro dos parâmetros da legalidade e do bom senso. Precedentes.

1. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento ao entendimento de que não ocorreu julgamento *extra petita*.

2. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que:

- Em tendo sido a lide decidida nos limites em que foi proposta, não há falar em ocorrência de julgamento *extra petita*. Não se verifica alteração da causa de pedir quando se atribui ao fato qualificação jurídica diversa da originalmente atribuída. Da *mihi factum*, *dabo tibi jus* (REsp 496.814/PE, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 01/07/2005).

- Decisão *extra petita* é aquela inaproveitável por conferir à parte providência diversa da almejada, como v.g., quando o acórdão confere pedido diverso ou baseia-se em *causa petendi* não eleita. Com efeito, não há decisão *extra petita* quando o juiz examina o pedido e aplica o direito com fundamentos diversos dos fornecidos na petição inicial ou mesmo na apelação, desde que baseados em fatos ligados ao fato-base (REsp 551.959/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 06/06/2005).

> 3. Inexiste julgamento *extra petita* quando a questão posta nos autos, referente ao acórdão *a quo*, foi devidamente apreciada e julgada dentro do que realmente pleiteado pelo autor. A motivação da decisão judicial deve guardar congruência com o pedido formulado na inicial, ainda que de forma concisa, de modo que o Juiz decida a lide nos limites em que foi proposta.
>
> 4. Decisão recorrida que apreciou a questão dentro dos parâmetros da legalidade e do bom senso, não incorrendo, assim, em mácula à legislação processual vigente.
>
> 5. O simples fato de o Tribunal *a quo* ter adequado a decisão por ele proferida não é motivo para se alegar julgamento *extra petita*.
>
> 6. Agravo regimental não-provido.
>
> AgRg no Ag 751.828/RS, Rel. Min. *José Delgado*, DJe de 26/06/2006.

A propósito e para corroborar esse entendimento, registra-se passagem do voto proferido pelo o e. Min. Herman Benjamin, na Corte Especial (ut. AgInt no EREsp 987.196, DJe de 23/10/2017), onde sua Excelência teve a oportunidade de sustentar que "não ocorre julgamento *extra petita* se o Tribunal local decide questão que é reflexo do pedido na exordial. Além do mais, o pleito inicial deve ser interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial como um todo, sendo certo que o acolhimento da pretensão extraído da interpretação lógico-sistemática da peça inicial não implica julgamento *extra petita*". Na mesma linha, veja-se: AgInt no AREsp 567.850/SP, *desta Relatoria*, DJe de 10/09/2018; AgRg no REsp 416.937/SC, Rel. Min. *Castro Meira*, DJe de 28/04/2011; REsp 1.170.459/PE, Rel. Min. *Nancy Andrighi*, DJe de 20/08/2010)

Com efeito, consoante fundamentação supramencionada, não merece prosperar a alegada ofensa literal aos artigos 128, 264, 282, III e 295, I, parágrafo único, 303, 321 e 460, todos do Código de Processo Civil de 1973, porquanto as instâncias ordinárias e o v. acórdão rescindendo, ao examinarem a controvérsia, não extrapolaram os limites cognitivos da lide, de modo que a responsabilidade do ora autor encontra-se fundamentada na causa de pedir suscitada na petição inicial e está coerente com o conteúdo do provimento jurisdicional exarado.

2.2. Da alegação de violação literal aos artigos 436 e 530, do Código de Processo Civil de 1973. Inexistência.

Aduz o autor que a divergência entre o voto vencedor e o vencido no julgamento da apelação teria sido de natureza parcial e, portanto, não daria ensejo ao cabimento dos embargos infringentes.

De início, é importante gizar que a antiga redação do art. 530 do CPC/73, autorizava a interposição dos embargos infringentes contra todo e qualquer julgamento não-unânime de apelação cível, *verbis*: *Cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgamento proferido em apelação ou em ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos ao objeto da divergência.*

Portanto, enquanto em vigor o revogado texto daquele dispositivo, revelavam-se irrelevantes, para aferir o cabimento dos embargos infringentes: i) ***o sentido do julgamento*** proferido na apelação cível; e, também, ii) ***o teor jurídico*** desse mesmo pronunciamento colegiado.

Com efeito, ***quanto ao sentido*** não importava se a apelação fosse provida, desprovida ou parcialmente provida. Cabiam os embargos infringentes em qualquer uma dessas hipóteses, desde que, obviamente, houvesse um voto vencido quando da apreciação do apelo. Também era ***irrelevante o teor jurídico*** do julgamento em apelação, pois estivesse sob questionamento a sentença que extinguiu o processo com julgamento do mérito ou sem julgamento do mérito, seriam, de qualquer modo, cabíveis os infringentes.

Em resumo: sem interessar o que foi decidido na apelação, existindo voto vencido, aberta estaria a via dos embargos infringentes.

O recurso tinha o objetivo de servir como um modo de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, possibilitando que a parte, *perplexa* em face de um pronunciamento judicial contra si proferido não dotado de uniformidade, possa buscar, no seio do próprio Tribunal, a solução da divergência instaurada perante um de seus órgãos julgadores.

Entretanto, essa via recursal, apesar de seu nobre intento, foi objeto de severas críticas da doutrina especializada (veja-se, por todos, **Barbosa Moreira**, José Carlos. Novas vicissitudes dos embargos infringentes, Revista de Processo. São Paulo, v. 28, n. 109, p. 113-123, jul-ago. 2004, p. 113), porquanto continha caráter amplo e dava ensejo a mais uma, dentre as infindáveis vias recursais brasileiras. Era preciso, pois, reduzir as hipóteses de seu cabimento, de modo a contribuir com a celeridade processual, reservando-o apenas para situações nas quais, efetivamente, estivessem em jogo interesses relevantes e em casos de maior plausibilidade quanto à verossimilhança da pretensão da parte recorrente.

E, nesse contexto, buscando acabar com a tábula rasa até então reinante, e estabelecer uma maior racionalidade de modo a contribuir com a celeridade processual, a Lei n. 10.352/2001 reduziu *sensivelmente* o espectro de abrangência do recurso de embargos infringentes no âmbito do processo civil, estabelecendo parâmetros mais rígidos para a sua admissão.

Deu-se a seguinte redação ao preceptivo legal:

> Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

Com efeito, para que o julgamento *não-unânime* potencialize o manejo dos infringentes, revela-se imprescindível a cumulação de duas circunstâncias objetivas essenciais: a) ***primeiro, que a decisão colegiada importe reforma da sentença***; b) ainda, que o julgamento colegiado ataque o mérito da causa. Afora dessas hipóteses, não serão admitidos os embargos infringentes, a despeito da existência de um voto vencido.

A propósito, no voto vencedor proferido nos *EDcl no REsp 1.087.717/SP*, de lavra deste signatário, a e. Quarta Turma adotou o entendimento de que para a oposição dos embargos infringentes não era suficiente a existência de acórdão não unânime, pois imperiosa a existência de uma *dissidência qualificada, consubstanciada na conformidade entre o resultado dado à causa pelo voto vencido, proferido em sede de apelação, e a sentença, despontando, assim, uma objetiva plausibilidade jurídica na tese encampada pela deliberação minoritária*.

Confira-se, no que interessa, a ementa do julgado:

> Agravo regimental. Ação indenizatória. Sentença reformada parcialmente em julgamento de apelação cível. Voto vencido provendo o apelo em maior extensão. Embargos infringentes (art. 530 do CPC). Interposição descabida e, portanto, desnecessária no caso dos autos. Critério da dupla sucumbência ou dupla conformidade. Instâncias ordinárias exauridas. Inaplicabilidade da Súmula n. 281/STF. Recurso especial admitido.
>
> 1. (...).
>
> *4. Nesse quadro, aplica-se o critério da dupla sucumbência, que impede aquele derrotado nas duas instâncias de valer-se do reclamo regrado no art. 530 do CPC. Por consequência, os embargos infringentes jamais serão instrumento jurídico recursal hábil a resguardar os interesses do apelante, mas apenas e sempre os do apelado. Isso porque, a reforma de sentença obtida à ocasião do julgamento do recurso de apelação jamais poderá vir a prejudicar o próprio autor do recurso, o apelante, até porque vigora em nosso sistema processual o princípio da proibição à reforma para piorar a situação do recorrente.*
>
> *5. Nos casos de provimento parcial da apelação e consequente reforma de parte da sentença, devem-se distinguir duas situações: a) na parte provida, a reforma da sentença prejudica apenas o apelado e beneficia o apelante; logo, se houver voto*

> *vencido para manter a sentença nesse aspecto, apenas o apelado terá interesse para propor embargos infringentes; b) na parte desprovida, não se opera reforma da sentença, havendo, nessa parcela, confirmação da sentença; portanto, a ocorrência de voto vencido, propondo provimento do apelo em maior extensão do que a maioria, não permite a interposição dos embargos infringentes, na medida em que o pronunciamento vencedor alinha-se à sentença de primeiro grau.*
>
> 6. Na hipótese dos autos, a sentença de primeiro grau concedeu indenização por danos morais e pensão mensal a bem das autoras da ação indenizatória. Em grau de apelação, por maioria de votos, a reparação por danos morais restou mantida, sendo reduzida apenas a pensão mensal. O voto vencido foi no sentido de julgar totalmente improcedente ambos os pedidos. Assim, verifica-se que o posicionamento minoritário em segunda instância, propondo o provimento da apelação em maior extensão, trata-se de pronunciamento único e isolado nos autos, não servindo de paradigma à interposição dos infringentes. Desnecessário, portanto, para exaurir a instância ordinária o manejo do recurso previsto no art. 530 do CPC, reservado apenas a discutir a parcela da sentença alvo de efetiva reforma pelo julgamento não-unânime. Inaplicabilidade, ao caso, da Súmula n. 281/STF.
>
> 7. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental, que resta desde logo provido, para revogar a decisão monocrática que não conheceu do recurso especial.
>
> (EDcl no REsp 1.087.717/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, relator para acórdão Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 19/06/2012, DJe de 10/10/2012 - grifou-se)

Essa mesmíssima conclusão foi *ratificada* no REsp 1.496.893/RJ, *desta Relatoria*, DJe de 09/10/2015.

No mesmo sentido, *confira-se*: AgRg no REsp 1.443.919/RS, Rel. Min. *Nancy Andrighi*, DJe de 21/05/2014; AgRg no REsp 1.441.120/RJ, Rel. Min. *Moura Ribeiro*, DJe de 03/11/2014; AgRg no REsp 1.158.621/RS, Rel. Min. *Ricardo Villas Bôas Cueva*, DJe de 24/02/2014; REsp 808.681/RJ, Rel. Min. *Luis Felipe Salomão*, DJe de 22/3/2011.

E, para corroborar essa compreensão, vale destacar a opinião de **Cândido Rangel Dinamarco**, para quem "(...) O critério da dupla sucumbência, adotado no novo art. 530 do Código de Processo Civil, significa que a parte vencida por um julgamento não-unânime em apelação ou ação rescisória *não terá direito aos embargos infringentes se houver sido vencida duas vezes* (no julgado posto em reexame perante o tribunal e também no próprio julgamento que o tribunal vier a proferir). *Só se admite esse recurso se houver divergência de votos e se, além*

disso, o voto divergente (minoritário) for no mesmo sentido do julgado anterior (sentença)." (ut. Dinamarco, Cândido Rangel. A Reforma da Reforma: São Paulo. Malheiros, 6ª ed., p. 197). (grifos nossos)

Ainda são dignos de nota os estudos doutrinários de **Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier** (Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil. RT: São Paulo: 2ª ed. p. 177); **Humberto Theodoro Júnior** (Curso de Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 619); **José Carlos Barbosa Moreira** (Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense; 2008, p. 531); **Fredie Diddier Júnior** (Curso de Direito Processual Civil: meio de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Salvador: Editora JusPodium, 2008, p. 216/218) e, finalmente, **Bernardo Pimentel Souza** (Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória. São Paulo: Saraiva, 9ª Ed. p. 502).

Com esse norte hermenêutico, trazendo os referidos balizamentos de natureza doutrinária e jurisprudencial ao caso concreto, fica evidente que a hipótese ora tratada contemplou o cabimento do recurso de embargos infringentes.

Isso porque os e. Desembargadores que acompanharam o voto vencedor, na oportunidade do julgamento do recurso de apelação, entenderam pela ausência de conduta negligente do hospital no atendimento da paciente. Por sua vez, o voto vencido reconheceu a culpa do hospital pelo evento danoso, justamente com fundamento na negligência - em conformidade com a sentença - motivo pelo qual reputou necessária a manutenção da conclusão do r. juízo de piso.

Com efeito, essa divergência de entendimento, ao contrário do que sustentado pela autora, é de natureza *qualificada*, ensejando-se, assim, o cabimento dos embargos infringentes.

Dessa forma, consoante fundamentação supramencionada, fica afastada a alegada ofensa literal aos artigos 436 e 530, do Código de Processo Civil de 1973, porquanto era, de fato, cabível a interposição dos embargos infringentes na hipótese dos autos.

3. Examina-se, finalmente, a alegação de erro de fato (violação ao art. 485, IX, do CPC/73), consubstanciada no fundamento de que: i) não corresponde à realidade a conclusão de que o edema agudo do pulmão era previsível e, assim, poderia ser evitado; ii) os médicos valoraram adequadamente a divergência dos resultados dos exames laboratoriais; iii) as doses de insulina foram ministradas de maneira correta à paciente.

Inicialmente, registra-se que no pedido de rescisão do julgado com base na alegação de *erro de fato* é indispensável demonstrar, em síntese: *i)* que o erro de fato seja relevante para o julgamento da questão, ou seja, sem ele a conclusão do julgamento necessariamente haveria de ser diferente; *ii)* seja apurável mediante simples exame das provas já constantes dos autos da ação matriz, sendo inadmissível a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo; e *iii)* não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato, consoante adverte o magistério doutrinário (ut. **Nelson Nery Júnior**, Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 9ª ed. Ed. Revista dos Tribunais, 2006, pág. 681; **Bernardo Pimentel Souza**, Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória. 7ª ed. Saraiva, 2010, p. 840/841; **José Carlos Barbosa Moreira**, Comentários ao Código de Processo Civil. Volume V - Arts. 476 a 565, 11ª ed., Forense, págs. 148/149; **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, A ação rescisória, Forense. 1991, p. 272; **Sydney Sanches**, Da ação rescisória. Revista dos Tribunais. vol. 501, p. 25/31).

Com efeito, a exegese explicativa do art. 485, inciso IX, do Código de Processo Civil/73 traduz entendimento, aplicado à espécie, de se afastar o erro de fato quando a decisão impugnada apenas contraria as pretensões do autor. Nesse sentido, registra-se os seguintes precedentes:

> Ação rescisória. Artigo 485, inciso IX, do Código de Processo Civil. Fundamento. Ausência de demonstração. Erro de fato. Inexistência. Questão jurídica amplamente discutida e decidida. Escólio jurisprudencial. Ação rescisória julgada improcedente.
>
> I - A exegese do art. 485, inciso IX, do Código de Processo Civil não admite a configuração de erro de fato, como motivo para a ação rescisória, quando a decisão impugnada apenas contraria as pretensões do autor;
>
> II - A questão atinente ao direito de devolução de parcelas pagas constituiu o tema central da lide, tendo sido objeto de controvérsia entre as partes e de pronunciamento judicial por todas as instâncias ordinárias e pelo Superior Tribunal de Justiça, o que afasta o alegado erro de fato;
>
> III - Ação rescisória julgada improcedente.
>
> AR 3.652/RS, Relator Ministro *Massami Uyeda*, DJe de 20/02/2011.

E ainda: AR 4.401/RJ, Relator Ministro *Humberto Martins*, DJe de 17/06/2011; AgRg na AR 3.822/RS, Relator Ministro *Sidnei Beneti*, DJe de 10/03/2011; AR 3.045/SP, Relator Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*, DJe de 16/06/2011.

Nesse contexto, a hipótese dos autos releva o não preenchimento do referido requisito, exigido pela doutrina e jurisprudência, *da inexistência de controvérsia ou de pronunciamento judicial acerca da discussão jurídica subjacente à presente hipótese*.

Destaca-se, por oportuno, que a tese central discutida no caso diz respeito ao cabimento ou não de reparação civil e, por conseguinte, a indenização por danos morais e materiais decorrentes do falecimento da filha dos ora réus, quando internada, em estado grave, em Unidade de Terapia Intensiva do ora autor.

Salienta-se que esse tema restou devidamente discutido, tanto pelas instâncias ordinárias quanto pelo v. acórdão ora hostilizado e embora a conclusão tenha sido desfavorável ao autor isso não leva, inexoravelmente, à conclusão de que esteja apto ao acolhimento do pleito rescisório.

No mesmo sentido, aponta **Barbosa Moreira** que:

> Quatro pressupostos hão de concorrer para que o erro de fato dê causa à rescindibilidade: a) que a sentença nele seja fundada, isto é, que sem ele a conclusão do juiz houvesse de ser diferente; b) que o erro seja apurável mediante o simples exame dos documentos e mais peças dos autos, não se admitindo de modo algum, na rescisória, a produção de quaisquer outras provas tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz, ou que ocorrera o fato por ele considerado inexistente; c) que 'não tenha havido controvérsia' sobre o fato (§ 2º); d) que sobre ele tampouco tenha havido 'pronunciamento judicial' (§ 2º).
>
> Comentários ao Código de Processo Civil. Volume V - Arts. 476 a 565, 11ª ed., Ed. Forense, págs. 148/149.

Na hipótese dos autos, observa-se que os réus na presente ação rescisória sustentaram, no curso da demanda originária, o cabimento da indenização por danos morais e materiais, decorrentes do falecimento de sua filha, como é possível identificar, por exemplo, às fls. 61/91, 381/399, 484/504, 639/672 e 765/791.

Por sua vez, o autor da presente rescisória, sustentando tese jurídica oposta, afirmou, em resumo, a inexistência do direito à indenização pleiteada porque, na sua compreensão, não ficou demonstrada a ocorrência de conduta ilícita, apta a justificar o pedido inicial.

Registra-se, nesse contexto, que a tese jurídica sustentada pelos ora réus foi acolhida pela sentença (fls. 347/353), daí porque, após a interposição de recurso

de apelação - provida, por maioria - e, posteriormente, de embargos infringentes - acolhidos, por maioria - de modo a restabelecer a sentença, essa conclusão foi mantida, por unanimidade de votos, pela eg. Quarta Turma deste Superior Tribunal de Justiça (fl. 694/701)

É certo, assim, que o relator do acórdão no Superior Tribunal de Justiça, e. Ministro Cesar Asfor Rocha, ciente da controvérsia, manifestou-se, *fundamentadamente*, em favor da manutenção do v. acórdão proferido em sede de embargos infringentes e, por conseguinte, em manter a indenização por danos morais e materiais.

Dessa forma, não há se falar em ocorrência de *erro de fato* porquanto a questão relativa ao cabimento da referida indenização e a inexistência de julgamento ***extra petita*** foi objeto de controvérsia entre as partes, bem como de manifestação judicial nas instâncias ordinárias e deste Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, registra-se:

> Processo Civil. Ação rescisória. Art. 485, IX, do CPC. Erro de fato. Inexistência.
>
> 1. Cabe ação rescisória fundada em erro somente "quando a sentença admitir um fato inexistente ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido. *É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia judicial sobre o fato*" (art. 485, §§ 1º e 2º, do CPC).
>
> 2. Ação rescisória julgada improcedente. AR 4.277/DF, Rel. Min. *Luiz Fux*, DJe 10/09/2010. (grifos nossos)

No mesmo sentido: AgRg no REsp 945.986/RS, Relator Ministro *Luis Felipe Salomão*, DJe 10/04/2012; REsp 169.603, Rel. Min. *Ari Pargendler*, DJ de 11/06/2001; AR 847, Rel. Min. *Waldemar Zveiter*, DJ de 12/03/2001; AgRg na AR 3.100/MT, Rel. Min. *Aldir Passarinho Junior*, DJe 11/09/2008; AR 366/SP, Rel. Min. *Fernando Gonçalves*, DJ de 17/12/2007; REsp 8.830/SP, Relator Ministro *Garcia Vieira*, DJU 24/2/1992.

4. Do exposto, meu voto é no sentido de, afastadas as preliminares, acompanhar o e. Relator a fim de julgar improcedente o pedido formulado na presente ação rescisória e, por conseguinte, condenar a parte autora nos ônus sucumbenciais, revertendo-se aos réus o depósito prévio, a teor do art. 488, II, do CPC/1973.

É o voto.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de ação rescisória proposta por *Associação Hospitalar de Proteção à Infância Dr. Raul Carneiro*, mantendora do *Hospital Pequeno Príncipe*, com base no artigo 485, incisos V e IX, do Código de Processo Civil de 1973, objetivando a desconstituição de acórdão da Quarta Turma, proferido nos autos do Agravo de Instrumento n. 747.253/PR, de relatoria do Ministro Cesar Asfor Rocha (e-STJ fls. 694-701).

Noticiam os autos que os réus ajuizaram ação de indenização por danos morais e materiais (e-STJ fls. 61-91) contra o autor em decorrência da morte de sua filha, então com 13 (treze) anos de idade, por choque anafilático, uma das causas que conduzem ao distress respiratório, que evoluiu para uma fatal parada cardiorespiratória.

Importante registrar que a menor Cláudia Renata de Lara foi internada na unidade de terapia intensiva - UTI - pediátrica do Hospital Pequeno Príncipe no dia 7.1.1998 com o diagnóstico de diabetes *mellitus*.

Na inicial da presente rescisória, o autor afirma que a paciente recebeu todo o tratamento conveniente na UTI, todavia, veio a óbito por insuficiência respiratória mesmo após o entubamento e a realização de manobras de reanimação cardiopulmonar por 50 (cinquenta) minutos.

O autor relata que a causa do óbito, após a necrópsia do corpo da paciente, foi "edema pulmonar severo, difuso e bilateral, compatível com síndrome de distress respiratório do adulto, fase exsudativa inicial ('edemapulmonar Agudo Severo')" (e-STJ fl. 8).

O Hospital insurge-se por meio da presente ação rescisória contra sua condenação porque, a seu ver, a petição inicial da ação indenizatória teria fixado 2 (dois) fundamentos aptos a ensejar a sua culpa, a saber:

(i) falta de acompanhamento por especialista em endocrinologia e

(ii) falta de dois medicamentos na UTI (adrenalina e hidrocortisona).

Sustenta ter impugnado, por meio da contestação (e-STJ fls. 173-181), essa causa de pedir, dentro os limites postos na inicial, esclarecendo a desnecessidade da presença permanente de médico especializado em endocrinologia dentro da UTI, e que as mencionadas drogas não apenas estavam disponíveis, como foram utilizadas na paciente (e-STJ fl. 9). Afirma que, a partir do laudo pericial, o distress respiratório não teria decorrido do choque anafilático ou da falha

na prestação do serviço médico, mas das próprias alterações do organismo da paciente, dada a gravidade da evolução do edema pulmonar de difícil reversão.

Alega, ainda, que, na origem, a ação foi julgada procedente pelo juízo de primeiro grau (e-STJ fls. 347-353) com base em "causa de pedir inteiramente divorciada daquela elencada na inicial", pois, a seu ver, teria ficado demonstrado que a causa da morte não foi o choque anafilático, motivo pelo qual a ausência de endocrinologista na UTI ou dos medicamentos hidrocortisona e adrenalina não teria alterado o resultado óbito (fls. 12 e 13).

Afirma que a sentença (e-STJ fls. 347-353), no entanto, condenou o Hospital com apoio em outras falhas, que não integraram a causa de pedir e, consequentemente, não foram objeto da defesa apresentada pelo Hospital, conforme se extrai da seguinte fundamentação adotada pelo julgador:

> (...) a polêmica havida em relação *à ausência de medição da pressão arterial* dá conta de não ter sido a causa determinante da morte, eis que o expert consignou que a não verificação da pressão arterial caracteriza negligência, embora não tenha este ato causado a morte da paciente (fls. 241). Ocorre, entretanto, que *a falta do acompanhamento da pressão arterial revela descaso para com o paciente, máxime numa Unidade de Tratamento Intensivo, onde a leitura do próprio nome revela o cuidado e a assistência que necessitam os pacientes que nela se encontram*. Não bastasse isso, *mesmo tendo sido salientado que a morte pode não ter se dado pela não verificação da discrepância entre os valores da glicemia obtidos pelo laboratório do hospital e pelo método Advantage (fls. 240, quesito 4),* ***há, efetivamente, que se reconhecer a negligência da ré nessa falta de cuidado*** (...)
>
> Aliás, na área da medicina não se pode perder de vista que os resultados de laboratório somente representam a segurança necessária e elucidativa, se estiverem intimamente relacionados com o quadro clínico apresentado, daí porque, apesar do que foi mencionado, *era necessária a monitorização cuidadosa da pressão arterial, além da avaliação clínica da perfusão periférica*.
>
> Portanto, *a exclusão de culpa da ré não encontra respaldo no conjunto probatório carreado aos autos, de molde a justificar a procedência do pleito inicial.*
>
> *Além do que, observando-se, ainda, os pontos controvertidos fixados em audiência de conciliação e saneamento (fls. 186), não logrando êxito a demandada na comprovação de suas alegações máxime em razão da inversão do ônus da prova.*
>
> Para tanto, basta a leitura da resposta ao quesito 11, de fls. 241, cuja conclusão foi de que:
>
> "*Não há elementos objetivos nos documentos médicos dos autos que nos permitam afirmar ou negar que a diferença entre os valores da glicemia pelos dois métodos possa ter contribuído ou causado o edema pulmonar severo que levou a paciente à morte*".

> Assim sendo, tem-se que *não se desincumbiu a requerida do ônus de demonstrar não terem laborado com culpa os seus prepostos quando do atendimento à menina*.
>
> Uma vez definida a responsabilidade da suplicada por ter agido com negligência, cabe-lhe o ressarcimento das perdas e danos materiais, bem como dano moral (...)
>
> *Isto posto*, com esteio no artigo 269, I, do Código de Processo Civil, julgo procedente o pedido de Wilson Ferro de Lara e Rosângela Gaspar Lara em face da Associação Hospitalar de Proteção à Infância Dr. Raul Carneiro, condenando a ré ao pagamento das quantias pagas para o funeral, que totalizaram R$ 2.262,46 (fls. 102/104), e os exames após o falecimento de Cláudia Renata, na quantia de R$ 1.500,00 (fls. 107), corrigidas monetariamente a partir da data citação, incidindo-se juros de 0,5 % ao mês, corrigido pelo INPC, a contar da mesma data, eis que o erro médico se trata de ilícito decorrente de contrato de prestação de serviços (REsp n. 228.199/RJ, DJU de 28 fev 2000, pág. 79), bem como das perdas e danos materiais sofridos pelos autores, relativas ao tratamento médico e o pensionamento mensal, quantia a ser aferida por liquidação de sentença.
>
> Da mesma forma, condeno a requerida ao pagamento de R$ 30.200,00, a título de danos morais, quantia esta a ser devidamente atualizada, nos moldes antes consignados.
>
> Deverá a parte demandada constituir capital, que assegure o cabal cumprimento das prestações vincendas, na forma do artigo 602 do Código de Processo Civil (...) (e-STJ fls. 349-353 - grifou-se).

Irresignado com a sua condenação, o autor interpôs apelação, que foi provida, *por maioria*, pelo extinto Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, consoante a seguinte ementa:

> Responsabilidade de hospital. Morte da filha menor dos autores em UTI do hospital réu. Diagnóstico de *diabetes Mellitus*. Alegação de culpa pelo não acompanhamento de especialista em endocrinologia na UTI e falta de medicamentos. Ausência de imprudência, imperícia, negligência, ação ou omissão da ré. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Inversão do ônus da prova. Hospital que demonstra não ter sido necessária a presença do endocrinologista nem dos medicamentos referidos. *Apelação provida*. Recurso adesivo prejudicado (e-STJ fl. 443).

Os embargos infringentes interpostos (e-STJ fls. 484-504) foram acolhidos (e-STJ fls. 549-584) *para restabelecer a sentença de procedência*, nos seguintes termos:

> *Internação hospitalar. Unidade de Terapia Intensiva. Paciente de alto risco. Diabetes* Mellitus *Tipo 01. Cetoacidose diabética. Causa da morte. Edema pulmonar.*

> *Perícia. Fato previsível. Endocrinologista. Assistência via telefônica 24 horas depois do internamento. Causa cooperante do exício. Pressão arterial. Ausência de anotação na ficha de enfermagem. Negligência caracterizada. Exames de glicemia.* ***Discrepância nos resultados. Exames laboratoriais e pelo Método Advantage. Ausência de providências para esclarecer tais diferenças. Níveis de glicosúria não compatíveis com o resultado do exame laboratorial para aferir nível de glicemia. Ausência de valoração pelos médicos das persistentes diferenças entre os valores de glicemia obtidos pelo laboratório e pelo Método Advantage. Negligência médica Insulina. Dose. Exames discrepantes. Perigosa oscilação dos níveis de glicose no sangue e na urina. Ausência de dosagem adequada. Erro. "Tiro no escuro"****. Culpa caracterizada. Negligência. Outras condutas culposas. Coleta de sangue com 02 horas de atraso e resultado de exame tardio. Tratamento negligente. Série de condutas culposas indesculpáveis. Dano e nexo de causalidade presentes. Condução ao óbito pelo edema pulmonar. Culpa reconhecida. Embargos acolhidos* (e-STJ fl. 550 - grifou-se).

Os embargos de declaração opostos pela Associação Hospitalar de Proteção à Infância Dr. Raul Carneiro foram rejeitados (e-STJ fl. 598).

O recurso especial interposto pela Associação (e-STJ fls. 604-621), com fulcro nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, aponta dissídio jurisprudencial e violação dos artigos 535, 530 e 282, III, 264, 303, 321 e 295, I, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1973. Sustenta em síntese, além de omissão pelo Tribunal de origem em dirimir questões a seu ver essenciais à solução da lide, a nulidade do acórdão recorrido por ter a Corte provido os embargos infringentes a partir do reconhecimento de circunstâncias fáticas diversas daquelas declinadas na inicial, com *alteração da causa de pedir, violando o contraditório e a ampla defesa*.

O apelo nobre não foi admitido na origem (e-STJ fls. 674-676), razão pela qual adveio o Agravo de Instrumento n. 747.253/PR, que foi desprovido (e-STJ fls. 694-701), assim como o subsequente agravo regimental (e-STJ fls. 721-725), no qual restou decidido que, "no que toca aos artigos 264, 282, III, 295, I, parágrafo único, I, 303 e 321 do Código de Processo Civil, a motivação lançada pela Corte de origem não encontra reprimenda nas normas invocadas, pelo que reproduzo os fundamentos expendidos no aresto proferido em embargos infringentes" (e-STJ fl. 18).

Nesta Corte, a egrégia Quarta Turma, na sessão de julgamento do dia 16.5.2006, acórdão publicado no DJ de 1º.8.2016, negou provimento ao agravo, Relator o Ministro Cesar Asfor Rocha, em acórdão assim fundamentado:

(...) Com efeito, inexiste a apontada ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal a quo, *fundamentadamente, destramou a questão controvertida, não padecendo o aresto hostilizado de qualquer omissão, contradição ou obscuridade*.

Não vislumbro qualquer afronta à regra inserta no artigo 530 do CPC, porquanto o acórdão estadual julgou os embargos infringentes opostos pelos agravados limitando-se, realmente, à matéria objeto da divergência. Observo que a discrepância de votos ocorreu quanto à existência de culpa do hospital, não se restringindo apenas à questão da disparidade dos exames pelo método Advantage e pelo método do laboratório de análises clínicas, como alega a parte.

Demais disso, observo que o voto vencedor dos embargos de divergência acolheu os fundamentos pelos quais o voto vencido concluiu pela configuração da conduta culposa do Hospital-agravante, amparando-se em pressupostos fáticos insuscetíveis de apreciação na via eleita, dado o teor do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte, assim resumidos:

'Portanto, presentes, assim, o dano, a culpa e a relação de causalidade entre um e outro, pois, como os peritos afirmaram, o edema pulmonar agudo ocorre com freqüência em pacientes portadores do diabetes *mellitus* nas primeiras 24 horas, sendo, portanto, fato previsível, ainda mais em uma Unidade de Terapia Intensiva Pediátrica, num hospital de referência, onde deve existir um protocolo de atendimento específico devidamente atualizado. Considere-se, igualmente, que diante da incompatibilidade nos resultados da glicosúria e glicemia, como nas diferenças entre os resultados dos níveis glicêmicos nos exames feitos via laboratório e via método advance não se investigou a fundo essa questão, essencial à fixação da dosagem de insulina, pois aplicar insulina em paciente com diagnóstico de cetoacidose diabética sem resultados corretos é um 'tiro no escuro' (fl. 578).

Reitero a ausência de prequestionamento do tema inserto no artigo 128 do CPC, o qual sequer foi alvo dos embargos declaratórios opostos. Inafastável, dessarte, a incidência dos verbetes n. 282 e 356 da Súmula do Pretório Excelso.

No que toca aos artigos 264, 282, III, 295, I, parágrafo único, I, 303 e 321 do Código de Processo Civil, a motivação lançada pela Corte de origem não encontra reprimenda nas normas invocadas, pelo que reproduzo os fundamentos expendidos no aresto proferido em embargos infringentes:

'No voto vencido encontramos razões relevantes para desconhecer a alegada alteração da causa de pedir, pedindo vênia para transcrevê-las: 'Repito, antes, que não me impressiona o argumento da Apelante, no sentido de que os autores, no decorrer da lide, alteraram a causa de pedir, tão só porque, na inicial, particularizaram a imputação de negligência, que estaria caracterizada pela não intervenção de profissional especializado em endocrinologia, e pela inexistência de medicamentos na UTI do hospital. Se essa imputação de negligência se revela, afinal, no decorrer da instrução, nascida de outras circunstâncias, não fica ela

> prejudicada porque, a uma, o objetivo maior do processo é a busca da verdade real; depois, porque ao leigo, mesmo dispondo desde logo da documentação médico-hospitalar, não estaria obrigado a delas extrair a melhor qualificação dos fatos; ainda porque nenhum prejuízo ocorreu para a defesa da instituição ré, que participou da dilação probatória, arrolando testemunhas, produzindo documentos, indicando assistente-técnico, formulando quesitos e elaborando memoriais' (fls. 198).
>
> ***O fato essencial é o erro médico***.
>
> ***Diante da peculiaridade desse tipo de ação não se pode exigir que a petição vestibular, muitas vezes, contenha especificamente qual a efetiva causa de pedir***.
>
> ***O advogado, as partes e o juiz, via de regra, são leigos em medicina, logo não se pode exigir em oportunidades especiais, na petição inicial, como no caso dos autos, demasiado rigor na indicação da 'causa petendi', até porque o juiz quando a causa exige conhecimentos técnicos serve-se de perito***.
>
> *Assim, desconheciam os autores os mecanismos dos fatos e suas implicações médicas, até porque os argumentos usados na petição inicial não integram a causa de pedir.*
>
> *Aqui o fato constitutivo do direito dos autores é uma conduta culposa, e isso está bem expresso na inicial.*
>
> *O fato gerador da pretensão deduzida pelos autores é a culpa pelo procedimento irregular dos prepostos do hospital.'* (fls. 560/561).
>
> Pela alínea 'c', segue obstado do trânsito do apelo em razão do descumprimento dos artigos 255, § 2º, do RISTJ e 541, parágrafo único, do CPC. Registro, ademais, a dessemelhança fática entre os arestos citados e o caso dos autos.
>
> Subsistentes, assim, os fundamentos do decisório agravado, nego provimento ao agravo (e-STJ fls. 699-701 - grifou-se).

Referido acórdão transitou em julgado em 17.8.2006 (fl. 748).

Na presente rescisória protocolizada em 18.4.2007 (e-STJ fl. 2), com fulcro nos incisos V e VI do art. 485 do Código de Processo Civil de 1973, o autor aponta violação das literais disposições dos artigos 128, 264, 282, III, e 295, I, e parágrafo único, 303 e 321, 130, 420, 436, 437 e 530 do Código de Processo Civil de 1973, bem como erro de fato.

Segundo o autor, nos infringentes não se observou o limite de devolução da matéria pelo voto vencido, "consoante se denota da leitura do voto vencido do apelo fls. 397/404, a divergência se estabeleceu unicamente com relação à discrepância dos resultados de glicemia, por métodos distintos", a saber pelos

métodos advantage e laboratorial, (e-STJ fl. 17) e não quanto à presença de endocrinologista na UTI, disponibilidade rápida de adrenalina e hidrocortisona na UTI, omissão na análise da discrepância entre os resultados de exame de glicemia realizados por métodos distintos e medição da pressão arterial. O Hospital alega que se ateve a impugnar as falhas indicadas na inicial, sobre as quais foram fixados os pontos controvertidos, limite objetivo do processo, contudo, após a instrução, houve a alteração da causa de pedir (e-STJ fl. 18).

Sustenta, desse modo, que a condenação tem "base em causa de pedir que não constou da inicial, não foi objeto de defesa, não delimitou os pontos controvertidos e, consequentemente, não foi objeto de perícia específica" (e-STJ fl. 18), o que justifica a rescisão da decisão, visto que, após a citação, a *causa petendi* só poderia ter sido alterada com a concordância da parte adversa, o que, caso contrário, violaria o devido processo legal.

E resume que a demanda visa "examinar se poderiam a sentença e o acórdão dos embargos infringentes introduzir uma nova causa de pedir, não suscitada na inicial, para dar pela procedência do pedido (e-STJ fl. 19).

Aduz, ainda, que as premissas do acórdão recorrido configuram erro de fato, a saber:

(i) o edema agudo de pulmão era previsível e, assim, poderia ser evitado ou revertido, *o que não corresponderia à realidade, tendo em vista versar consequência rara da evolução da doença*;

(ii) os médicos não valorizaram a divergência de resultados dos exames de glicemia, *ao contrário do que se extrairia dos autos tendo em vista a disparidade dos valores encontrados*, e

(iii) as doses de insulina foram ministradas como "tiro no escuro", haja vista a discrepância existente entre os exames. Todas essas suposições contrariam as provas dos autos, ora afirmando fato inexistente, ora negando fato cuja existência foi provada nos autos.

Sustenta, em resumo, na presente ação rescisória:

(i) violação de literal disposição dos artigos 128, 264, 282, inciso III, 295, inciso I e parágrafo único, 303 e 321 do Código de Processo Civil de 1973 e 5º, inciso LV, da Constituição Federal, invocando vício de julgamento *extra petita* diante da alteração da causa de pedir no curso da demanda; (ii) violação de literal disposição dos artigos 130, 420 e 437 do Código de Processo Civil de 1973 em virtude da subtração da oportunidade de produção de provas; (iii) violação de

literal disposição dos artigos 436 e 530 do Código de Processo Civil de 1973, porque o Tribunal de origem teria deixado de observar o limite devolutivo dos embargos infringentes, proferindo decisão com fundamento em questões que não foram objeto da divergência, e (iv) erro de fato, consubstanciado na discrepância entre a solução conferida ao julgado e as provas produzidas nos autos.

(ii) em relação à previsibilidade do edema agudo no pulmão, esta Corte não observa a literatura médica que indica sua raridade, visto ser possível, mas não comum sua ocorrência (e-STJ fl. 48), e

(iii) os médicos valoraram a divergência dos resultados de exames de glicemia, pois se pautaram pelo método Advantage.

Pugna, por fim, pela procedência da ação, com a rescisão do aresto atacado e a revogação dos acórdãos dos Embargos Infringentes n. 192.157-8/02, do extinto Tribunal de Alçada do Paraná, e do Agravo Regimental n. 747.253/PR.

O depósito prévio foi comprovado à fl. 55.

Com a contestação (e-STJ fls. 765-791), a sua resposta (e-STJ fls. 824-835) e as razões finais (e-STJ fls. 906-918 e 920-931), os autos foram remetidos ao Ministério Público Federal, que opinou, por meio do seu representante, o Subprocurador-Geral da República Maurício Vieira Bracks, pelo indeferimento da inicial (e-STJ fls. 1.049-1.053).

É o relatório.

À Revisão.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): A irresignação não merece prosperar.

I - Da competência

De início, verifica-se a competência do Superior Tribunal de Justiça para julgar a presente ação rescisória.

A jurisprudência desta Corte encontra-se sedimentada no sentido de que o Superior Tribunal de Justiça é competente para apreciar a ação rescisória quando adentra no mérito da questão federal controvertida, a teor do disposto

na Súmula n. 249/STF ("É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida"), aplicável por analogia, consoante se observa dos seguintes precedentes:

> Processual Civil. Recurso especial. Ação rescisória. Competência do STJ. Aplicação da Súmula 249/STF. Valor da causa. Correspondência ao valor atribuído à ação originária. Prazo. Decadência. Trânsito em julgado. Propositura de rescisória. Dispensabilidade do esgotamento de todos os recursos disponíveis. Incidência da Súmula 514/STF. Embargos declaratórios intempestivos. Não interrupção do prazo. Ausência de análise da matéria pelo Tribunal estadual. Ação rescisória improcedente.
>
> 1. *O Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar ação rescisória contra acórdão de Tribunal originário, quando o Relator aprecia a questão federal controvertida, em razão da aplicação analógica do teor da Súmula 249-STF. Precedentes do STJ.*
>
> 2. Em princípio o valor da causa em ação rescisória deve corresponder ao atribuído à ação originária, cuja sentença se pretende rescindir, devidamente corrigido.
>
> 3. O prazo decadencial da ação rescisória conta-se do trânsito em julgado da decisão rescindenda, que se aperfeiçoa com o exaurimento dos recursos cabíveis ou com o decurso dos prazos para sua interposição pelas partes.
>
> 4. É dispensável, para a propositura da ação rescisória, o esgotamento prévio de todos os recursos disponíveis, a teor do disposto na Súmula 514-STF. Precedentes.
>
> 5. A matéria decidida no Superior Tribunal de Justiça repousa na premissa de que os embargos de declaração, em primeiro grau, foram reconhecidamente intempestivos, assim parece evidente que esta Corte de Justiça não pode rescindir matéria que não fora decidida pela Corte Estadual, nos termos do artigo 538 do Código de Processo Civil.
>
> 6. Ação rescisória improcedente, com rejeição das preliminares (AR 2.845/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 14/09/2011, DJe 14/12/2011 - grifou-se).

> Processual Civil. Recurso especial. Ação rescisória. Competência do STJ. Súmula 249/STF. Violação ao art. 535, do CPC. Inocorrência.
>
> 1. *O Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar ação rescisória contra acórdão de Tribunal originário, quando o Ministro Relator do agravo de instrumento, ao desprovê-lo, adentra no mérito da questão federal controvertida, em razão da aplicação analógica do teor da Súmula 249-STF*. Precedentes do STJ: REsp 720.045/

> RS, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJU de 27.06.05; REsp 712.285/PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 29.08.05. (...)
>
> 3. Agravo Regimental desprovido (AgRg no REsp 1.064.424/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 23/03/2010, DJe 14/04/2010 - grifou-se).

> Ação rescisória. Processual Civil e Administrativo. Decisão do relator que apreciou o mérito da causa. Competência do Superior Tribunal de Justiça. Servidor público federal. Resíduo de 3,17%. Concessão. Arts. 28 e 29 da Lei n. 8.880/94. Precedentes.
>
> 1. *Ainda que o recurso especial não tenha sido conhecido, se o mérito da questão federal tratada tiver sido examinado pelo Ministro Relator no julgado monocrático que se pretende desconstituir, evidencia-se a competência deste Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar a presente ação rescisória. Aplicação do raciocínio expendido na Súmula 249 da Suprema Corte*. Precedentes.
>
> (...) 3. Pedido julgado improcedente.
>
> (AR 1.597/AL, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 08/08/2007, DJ 03/09/2007 - grifou-se).

A doutrina abalizada aponta dois motivos definidores dessa competência funcional dos tribunais superiores: (i) a relação hierárquica entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça e os demais tribunais e (ii) o fenômeno do efeito substitutivo dos recursos.

É o que se extrai da lição de Cândido Rangel Dinamarco em estudo especialmente dedicado ao tema:

> (...) São dois os pilares sistemáticos que conferem suporte à competência funcional do STF e do STJ, imposta pela Súm. 249. Esses pontos de apoio, intimamente associados, são a) a relação hierárquica entre esses tribunais e os tribunais das diversas justiças e b) o fenômeno da substituição da decisão judiciária recorrida pela que decide sobre o recurso (Ação rescisória, incompetência e carência de ação. Revista de Processo, São Paulo, n. 104, out./dez., 2001, pág. 12)

Com efeito, no que tocante à relação hierárquica, não é concebível que se admita a rescisão de decisão oriunda dos tribunais superiores pelos tribunais locais.

Daí a necessidade de se estabelecer, em cada caso concreto, se a decisão proferida em recurso especial operou o efeito substitutivo de que trata o art. 512 do CPC de 1973 ("O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso").

Nesse particular, não há dúvida de que a decisão que não conhece o recurso não substitui a decisão recorrida, não gerando nenhum efeito substitutivo, consoante ensina Luiz Guilherme Marinoni:

> (...) é importante, para a individualização do objeto da ação rescisória, a adequada análise a respeito do acórdão proferido no recurso especial. Não há dúvida que a decisão que não conhece o recurso não substitui a decisão recorrida ou não gera qualquer efeito substitutivo. Nesse caso, permanece à frente de qualquer outra, inclusive para efeito de ação rescisória, a decisão tomada pelo tribunal de origem. (O juízo de admissibilidade negativo do recurso especial e a sua influência sobre a ação rescisória. Genesis: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, n. 36, abr./jun., 2005, pág. 289)

Por outro lado, tendo sido conhecido o recurso, com a superação do juízo de admissibilidade e o ingresso no mérito recursal, tem-se por operado o efeito substitutivo, de modo que passa a prevalecer a decisão substitutiva e não a substituída.

A respeito:

> (...) Quando o recurso for conhecido, haverá o efeito substitutivo e o acórdão que substituiu a decisão recorrida é que poderá ser impugnado pela ação rescisória. O efeito substitutivo tem a ver, também, com a determinação da competência para a ação rescisória: será competente para processar e julgar a ação rescisória o tribunal que, por último, conhecer do recurso. Assim, se o STF ou o STJ conhecer do RE ou REsp, será esse tribunal superior competente para a rescisória desse acórdão (...). (NERY e NERY. Código de Processo Civil comentado. 11. ed. São Paulo: RT, 2010, pág. 886)

Seguindo os ensinamentos doutrinários, tem-se que "conhecer do recurso significa declarar que estão presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso e, em seguida, julgar o mérito do recurso" (Nery e Nery, *op. cit.*, pág. 886).

Logo, para efeitos de determinação da competência para o julgamento da ação rescisória, releva o julgamento do mérito recursal - após ultrapassados os requisitos de admissibilidade -, seja ele coincidente com o mérito da causa ou relacionado com aspectos estritamente processuais.

Nesse sentido:

> (...) o juízo negativo de admissibilidade proferido pelo órgão *ad quem* tem por efeito o encerramento do procedimento recursal sem que o *mérito do recurso* seja apreciado - isto é, sem que o órgão julgador se pronuncie sobre eventual *error in judicando* ou *in procedendo* contido na decisão sujeita a recurso. (...)

> A locução *mérito dos recursos* designa a pretensão levada ao tribunal pelo recorrente, ou seja, o pedido de nova decisão: a) quer essa pretensão coincida com o próprio mérito da causa (recurso com pedido de procedência do mérito onde o juiz ditara a improcedência, ou vice-versa), b) quer o recorrente esteja pedindo ao tribunal que afaste os efeitos de uma sentença terminativa, determinando que o juiz julgue o *meritum causae*; c) quer ele se limite a postular a anulação da sentença ou acórdão recorrido. Só no primeiro caso o mérito do recurso coincide com o da causa, mas sempre o mérito recursal existe e sua apreciação depende do prévio juízo de admissibilidade do próprio recurso. (DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. cit.*, pág. 15)

No caso dos autos, o acórdão rescindendo, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno no agravo de instrumento, afastando a alegação de contrariedade aos artigos 535 e 530 do Código de Processo Civil de 1973, por incidência da Súmula n. 7/STJ, falta de prequestionamento do art. 128 do CPC/1973 e ausência de violação dos arts. 264, 282, III, 295, I, parágrafo único, 303 e 321 do CPC/1973, nos seguintes termos:

> (...) Nada obstante o empenho da parte, persisto no entendimento externado no decisório agravado.
>
> Com efeito, inexiste a apontada ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal *a quo*, fundamentadamente, destramou a questão controvertida, não padecendo o aresto hostilizado de qualquer omissão, contradição ou obscuridade.
>
> Não vislumbro qualquer afronta à regra inserta no artigo 530 do CPC, porquanto o acórdão estadual julgou os embargos infringentes opostos pelos agravados limitando-se, realmente, à matéria objeto da divergência. Observo que a discrepância de votos ocorreu quanto à existência de culpa do hospital, não se restringindo apenas à questão da disparidade dos exames pelo método Advantage e pelo método do laboratório de análises clínicas, como alega a parte.
>
> Demais disso, observo que o voto vencedor dos embargos de divergência acolheu os fundamentos pelos quais o voto vencido concluiu pela configuração da conduta culposa do Hospital-agravante, amparando-se em pressupostos fáticos insuscetíveis de apreciação na via eleita, dado o teor do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte, assim resumidos:
>
> 'Portanto, presentes, assim, o dano, a culpa e a relação de causalidade entre um e outro, pois, como os peritos afirmaram, o edema pulmonar agudo ocorre com freqüência em pacientes portadores do diabetes mellitus nas primeiras 24 horas, sendo, portanto, fato previsível, ainda mais em uma Unidade de Terapia Intensiva Pediátrica, num hospital de referência, onde deve existir um protocolo de atendimento específico devidamente atualizado. Considere-se, igualmente,

que diante da incompatibilidade nos resultados da glicosúria e glicemia, como nas diferenças entre os resultados dos níveis glicêmicos nos exames feitos via laboratório e via método advance não se investigou a fundo essa questão, essencial à fixação da dosagem de insulina, pois aplicar insulina em paciente com diagnóstico de cetoacidose diabética sem resultados corretos é um 'tiro no escuro' (fl. 578).

Reitero a ausência de prequestionamento do tema inserto no artigo 128 do CPC, o qual sequer foi alvo dos embargos declaratórios opostos. Inafastável, dessarte, a incidência dos verbetes n. 282 e 356 da Súmula do Pretório Excelso.

No que toca aos artigos 264, 282, III, 295, I, parágrafo único, I, 303 e 321 do Código de Processo Civil, a motivação lançada pela Corte de origem não encontra reprimenda nas normas invocadas, pelo que reproduzo os fundamentos expendidos no aresto proferido em embargos infringentes:

'No voto vencido encontramos razões relevantes para desconhecer a alegada alteração da causa de pedir, pedindo vênia para transcrevê-las:

'Repito, antes, que não me impressiona o argumento da Apelante, no sentido de que os autores, no decorrer da lide, alteraram a causa de pedir, tão só porque, na inicial, particularizaram a imputação de negligência, que estaria caracterizada pela não intervenção de profissional especializado em endocrinologia, e pela inexistência de medicamentos na UTI do hospital. Se essa imputação de negligência se revela, afinal, no decorrer da instrução, nascida de outras circunstâncias, não fica ela prejudicada porque, a uma, o objetivo maior do processo é a busca da verdade real; depois, porque ao leigo, mesmo dispondo desde logo da documentação médico-hospitalar, não estaria obrigado a delas extrair a melhor qualificação dos fatos; ainda porque nenhum prejuízo ocorreu para a defesa da instituição ré, que participou da dilação probatória, arrolando testemunhas, produzindo documentos, indicando assistente-técnico, formulando quesitos e elaborando memoriais' (fls. 198).

O fato essencial é o erro médico.

Diante da peculiaridade desse tipo de ação não se pode exigir que a petição vestibular, muitas vezes, contenha especificamente qual a efetiva causa de pedir.

O advogado, as partes e o juiz, via de regra, são leigos em medicina, logo não se pode exigir em oportunidades especiais, na petição inicial, como no caso dos autos, demasiado rigor na indicação da 'causa petendi', até porque o juiz quando a causa exige conhecimentos técnicos serve-se de perito.

Assim, desconheciam os autores os mecanismos dos fatos e suas implicações médicas, até porque os argumentos usados na petição inicial não integram a causa de pedir.

Aqui o fato constitutivo do direito dos autores é uma conduta culposa, e isso está bem expresso na inicial.

> O fato gerador da pretensão deduzida pelos autores é a culpa pelo procedimento irregular dos prepostos do hospital.' (fls. 560/561).
>
> Pela alínea 'c', segue obstado do trânsito do apelo em razão do descumprimento dos artigos 255, § 2º, do RISTJ e 541, parágrafo único, do CPC. Registro, ademais, a dessemelhança fática entre os arestos citados e o caso dos autos.
>
> Subsistentes, assim, os fundamentos do decisório agravado, nego provimento ao agravo (e-STJ fls. 696-700).

Nota-se, portanto, que foram ultrapassados os requisitos de admissibilidade recursal e emitido pronunciamento sobre o mérito - incursionando na temática federal controvertida -, operando-se, o efeito substitutivo do recurso, e atraindo, por consequência, a competência desta Corte para a apreciação da ação rescisória.

Irrelevante, por fim, que o mérito do recurso especial esteja relacionado com questão meramente processual (alegação de julgamento *extra petita*), não coincidindo com o mérito da causa, consoante acima explicitado.

O depósito prévio de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa a que alude o artigo 488, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973 foi regularmente efetuado, consoante se extrai do comprovante à fl. 55.

II - Das preliminares suscitadas na contestação

Os réus afirmam que não teria sido formulado na inicial pedido de novo julgamento nos termos do art. 488, I, do CPC/1973.

Nesse particular, não assiste razão à parte ré porque o pedido decorre do inteiro teor da inicial, não podendo ser dissociado de uma interpretação lógico-sistemática do contexto dos autos.

Ademais, mesmo faltando o pedido de novo julgamento, quando este se revelar obrigatório, incumbe ao relator, nos termos do art. 284 do CPC/1973, determinar a intimação do autor para que emende a petição inicial e formule a pretensão acaso ausente.

Somente após o transcurso do prazo estabelecido para que o autor emende a inicial, sem a superação do vício, é que o relator poderia indeferir a petição inicial (vide: AgRg no REsp 1.227.735/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 22/3/2011, DJe 4/4/2011).

Nesse contexto, após longa tramitação dos autos, que se encontram na Corte desde 18.4.2007, e passaram por vários relatores, não se justifica um formalismo exacerbado, como já decidido em outras ocasiões:

Ação rescisória. Administrativo. Servidor público. Cópia integral do acórdão rescindendo. Desnecessidade. Possibilidade de delimitação da controvérsia com outros documentos juntados. Ausência de pedido de novo julgamento da causa. Impossibilidade em razão da natureza do pedido rescisório. Erro de fato. Art. 485, § 2º, do Código de Processo Civil. Controvérsia sobre o fato apontado. Impossibilidade de análise da rescisória.

1. Se a autora juntou aos autos cópia da decisão monocrática proferida pelo ilustre Ministro relator, bem como da ementa do aresto rescindendo (fl. 56), permitindo, assim, uma perfeita delimitação da controvérsia instaurada, não há como acolher o pedido de indeferimento da petição inicial.

2. O pedido da presente rescisória é para que seja afastada a prescrição decretada e para que seja restabelecido o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *Dessa forma, por certo, que houve pedido de novo julgamento da causa, porquanto requerer o restabelecimento de acórdão significa, em outras palavras, o novo julgamento da causa. Seria formalismo demasiado entender o contrário e julgar inepta a petição inicial.*

3. É inviável a análise de pleito rescisório, por erro de fato, se houve controvérsia nas decisões do processo de conhecimento sobre tal fato, de acordo com o art. 485, § 2º, do Código de Processo Civil. Doutrina e precedentes.

4. Pedido rescisório improcedente (AR n. 3.140/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 25/11/2009, DJe 10/12/2009 - grifou-se).

Processo Civil. Procurador com inscrição suspensa na OAB. Capacidade postulatória. Inexistência. Extinção da ação. Ação rescisória. Artigos 3º e 4º da Lei n. 8.906/1994. Violação literal demonstrada. Novo julgamento. Decorrência lógica do pedido.

1. À falta de capacidade postulatória, deve o processo ser extinto com base no artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil. Precedentes.

2. A Corte de origem reconheceu a indicação dos dispositivos tidos por violados, ao contrário do que alega a recorrente. Ainda que assim não fosse, a sua ausência não obsta ao êxito da ação rescisória, se houver clareza nos fatos narrados, apta a aplicar os fundamentos jurídicos pertinentes.

3. *Considera-se implícito o pedido de novo julgamento quando for decorrência lógica da desconstituição do* decisum *rescindendo, como na espécie.*

4. Agravo regimental improvido (AgRg no Ag 1.089.633/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 19/02/2009, DJe 06/04/2009 - grifou-se).

As demais alegações articuladas a título de preliminares estão afetas ao mérito da demanda.

III - Da violação literal a dispositivo de lei (art. 485, V, do CPC/1973)

Cumpre registrar que, para ser admitida, a ação rescisória fundada na alegada existência de violação literal de lei (art. 485, inciso V, do CPC/1973) exige-se que o acórdão rescindendo tenha expressamente se manifestado acerca da lei e, ao apreciá-la, tenha infringido a sua literalidade de forma direta, frontal.

É o que se extrai da doutrina:

> (...) Outra vertente a ser analisada refere-se ao alcance da expressão violação literal de lei.
>
> A mesma traduz a idéia de que o julgado não encampou uma interpretação teratológica, aberrante do texto, tendo, ao contrário, lhe emprestado exegese que razoavelmente poderia ter, considerando o seu caráter teleológico, para aquela situação, atendendo, em suma, aos ditames do art. 5º, da LICC, que preconiza, exatamente, a aplicação que visa a alcançar os fins sociais e o bem comum, alvos da norma. (...) *Em suma, o desrespeito à norma contida no texto da lei, isto é, o seu escopo, o seu* desideratum, *os valores que a mesma busca tutelar e que foram violados pela decisão rescindenda é que configuram o tipo processual contido no inc. V, em exame* (Ação Rescisória, Poul Erik Dirlund e Arnaldo Esteves Lima, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense Editora, 2001, pág. 28 - grifou-se).

Nesse sentido, firmou-se também a jurisprudência desta Corte:

> (...) A expressão "violar literal disposição de lei", contida no inciso V do art. 485 do CPC deve ser compreendida como violação do direito em tese, e abrange tanto o texto estrito do preceito legal, como a idéia de manutenção da integridade do ordenamento jurídico que não se consubstancie, numa determinada norma legal, mas que dela possa ser extraída, a exemplo dos princípios gerais do direito (REsp 329.267/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ 14/10/2002).

Em contrapartida, caso o acórdão rescindendo adote uma das interpretações possíveis, ainda que não a melhor ou a mais justa, não há falar no cabimento de ação rescisória, estribada na alegação de violação literal de lei, sob pena de tornar a ação rescisória, medida judicial excepcionalíssima, em recurso ordinário (com o dilatado prazo de dois anos), bem como flexibilizar, de forma temerária, a coisa julgada.

Outra não é a lição do Ministro Adhemar Maciel, quando proclama que

> (...) para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC prospere é necessário que a interpretação dada pelo *decisum* rescindendo seja de tal modo aberrante, que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o

> acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se um mero "recurso" com prazo de "interposição" de dois anos (REsp n. 9.086-SP, RSTJ vol. 93, págs. 416/417).

De fato, a ação rescisória não se presta para simples rediscussão da causa pois não tem por finalidade o inconformismo da parte com a decisão que lhe foi desfavorável.

IV) Da violação dos artigos 128, 264, 282, III e 295, I, parágrafo único, 303, 321 e 460 do Código de Processo Civil de 1973 e inexistência da alteração da causa de pedir constante da inicial

Os artigos apontados como malferidos estão assim redigidos:

> Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.
>
> Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei.
>
> Art. 282. A petição inicial indicará:
>
> III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;
>
> Art. 295. A petição inicial será indeferida:
>
> I - quando for inepta;
>
> (...) Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando:
>
> I - lhe faltar pedido ou causa de pedir; (...).
>
> Art. 303. Depois da contestação, só é lícito deduzir novas alegações quando:
>
> I - relativas a direito superveniente;
>
> II - competir ao juiz conhecer delas de ofício;
>
> III - por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo.
>
> Art. 321. Ainda que ocorra revelia, o autor não poderá alterar o pedido, ou a causa de pedir, nem demandar declaração incidente, salvo promovendo nova citação do réu, a quem será assegurado o direito de responder no prazo de 15 (quinze) dias.

> Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

A lide foi decidida nos limites em que proposta, aferindo-se a alegação da parte de que o hospital teria agido com negligência. O essencial da controvérsia foi identificar a má prestação do serviço hospitalar, relação, aliás, protegida pelo Código de Defesa do Consumidor. Para tanto, os autores apontaram inúmeras falhas ao logo do tratamento ofertado à paciente, que, ao final, veio a óbito.

Nesse sentido, não há falar em alteração da causa de pedir como bem assentado na sentença, pois, "diante da peculiaridade desse tipo de ação não se pode exigir que a petição vestibular, muitas vezes, contenha especificamente qual a efetiva causa de pedir" (e-STJ fl. 22).

O relator dos embargos infringentes se valeu do voto vencido no julgamento do recurso de apelação, concluindo que a inicial tinha por objetivo a imputação de negligência do hospital, independentemente das circunstâncias médicas mencionadas na inicial pelos autores da ação indenizatória, leigos por natureza.

No caso concreto, houve a constatação da culpa do hospital, ainda que por fatos diversos daqueles apontados na inicial, os quais, em verdade, dificilmente seriam de conhecimento dos autores, porquanto técnicos e próprios de especialistas da área médica. Por isso, ao longo da tramitação do feito, as minúcias do caso foram trazidas à baila, com ampla dilação probatória.

Após a inversão do ônus da prova com base no art. 6º, VIII, do CDC, o hospital assumiu a responsabilidade de afastar a sua culpa, devendo ter demonstrado a adoção de todas as diligências necessárias para a boa prestação do serviço, tarefa a qual, todavia, não logrou êxito, tendo em vista as inúmeras falhas remanescentes do tratamento extraídas do conjunto fático dos autos, a exemplo da inexistência de aferição da pressão arterial da paciente dentro da UTI, situação inadmissível, bem como a omissão do corpo médico em averiguar a manifesta disparidade dos índices glicêmicos extraídos por métodos distintos, informação indispensável para o tratamento da diabetes que exige cuidadosa e correta administração de insulina, sob pena de graves consequências.

Nessa toada, válido salientar que a autora teve inúmeras oportunidades para se manifestar quanto às conclusões dos laudos periciais que versaram acerca das nuances do tratamento dispensado à paciente, razão pela qual não há falar em cerceamento de defesa.

Assim, como bem posto na contestação, "o fato de que a efetiva individualização do erro médico somente foi possível no curso da instrução probatória não representa qualquer forma de afronta à lei processual ou mesmo a direitos e garantias constitucionais. Pois não houve a mudança da imputação realizada na petição inicial. Pelo contrário: *houve a confirmação da conduta negligente da autora*" (e-STJ fl. 773 - grifou-se).

Com a inversão do ônus da prova, não se exigiria do autor detalhar precisamente todos os procedimentos médicos e técnicos cabíveis para demonstrar a culpa do recorrido, que deveria ter se desincumbido de se defender da forma mais ampla possível, de modo a demonstrar a correção do tratamento dispensado à criança, o que não ocorreu. Não se pode exigir da vítima de eventual falha de serviço hospitalar que aponte detalhadamente todas as questões técnicas do serviço defeituoso, tendo em vista desconhecer a medicina por se tratar de um leigo.

Desse modo, a circunstância de a sentença acrescer aos argumentos postos na inicial outras questões extraídas de laudos e conclusões da perícia não acarreta a alteração da causa de pedir, como já assentou essa Corte:

> Administrativo. Responsabilidade civil. Erro médico. Julgamento *extra petita*. Não-ocorrência. Correlação lógica entre a causa de pedir e os pedidos formulados. Interpretação lógico-sistemática do pedido.
>
> 1. O pedido é aquilo que se pretende com a instauração da demanda e se extrai a partir de uma interpretação lógico-sistemática do afirmado na petição inicial, recolhendo todos os requerimentos feitos em seu corpo, e não só aqueles constantes em capítulo especial ou sob a rubrica dos pedidos.
>
> 2. *In casu*, há inquestionável correlação lógica entre a causa de pedir e os pedidos formulados na petição inicial. Ademais, é dado ao Juiz deferir pretensão que, conquanto não formulada expressamente, represente um *minus* em relação ao que perseguido, e exatamente por essa razão, esteja compreendida no pedido maior apresentado. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1.118.704/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º/09/2009, DJe 22/09/2009).

A leitura da inicial revela que a causa de pedir da ação foi a ocorrência de erro médico no tratamento da enfermidade, no caso, a diabetes *mellitus*, o que, ao final, ocasionou a morte da paciente.

Nesse sentido, eis o seguinte excerto do muito bem lançado o voto vencido na apelação, e que veio a prevalecer quando do julgamento dos embargos infringentes:

(...) Repito, antes, que não me impressiona o argumento da Apelante, no sentido de que os autores, no decorrer da lide, alteraram a causa de pedir, tão só porque, na inicial, particularizaram a imputação de negligência, que estaria caracterizada pela não intervenção de profissional especializado em endocrinologia, e pela inexistência de medicamentos na UTI do hospital. *Se essa imputação de negligência se revela, afinal, no decorrer da instrução, nascida de outras circunstâncias, não fica ela prejudicada porque, a uma, o objetivo maior do processo é a busca da verdade real; depois, porque ao leigo, mesmo dispondo desde logo da documentação médico-hospitalar, não estaria obrigado a dela extrair a melhor qualificação dos fatos; ainda, porque nenhum prejuízo ocorreu para a defesa da instituição ré, que participou da dilação probatória, arrolando testemunhas, produzindo documentos, indicando assistente-técnico, formulando quesitos e elaborando memoriais*.

O fato essencial é o erro médico.

Diante da peculiaridade desse tipo de ação não se pode exigir que a petição vestibular, muitas vezes, contenha especificamente qual a efetiva causa de pedir. O advogado, as partes e o juiz, via de regra, *são leigos em medicina, logo não se pode exigir em oportunidades especiais, na petição inicial, como no caso dos autos, demasiado rigor na indicação da 'causa petendi' até porque o juiz quando a causa exige conhecimentos técnicos serve-se de perito. Assim, desconheciam os autores os mecanismos dos fatos e suas implicações médicas, até porque os argumentos usados na petição inicial não integram a causa de pedir*.

Aqui o fato constitutivo do direito dos autores é uma conduta culposa, e isso está bem expresso na inicial o fato gerador da pretensão deduzida pelos autores é a culpa pelo procedimento irregular dos prepostos do hospital (...) (e-STJ fl. 460 - grifou-se).

E concluiu:

(...) Em suma, a paciente morreu de cetoacidose não debelada, mas que poderia tê-lo sido se medicada a tempo com a aplicação de insulina na dosagem adequada, fato que somente ocorreu às 2:00 horas do dia 9 de janeiro de 1998.

Caso antes tivesse sido valorizado adequadamente o seu quadro clínico, que inspirava cuidados redobrados por todas as acima apontadas razões, o resultado, certamente seria outro.

Destarte, mesmo repisando que considero a excelência do Hospital Pequeno Príncipe e de seu corpo clínico, sem a menor dúvida dos melhores neste estado, e que o tornam um centro de referência e também sem qualquer censura pessoal aos dedicados médicos e enfermeiras que trataram da paciente, e sempre bem ciente da delicadeza que essas questões encerram quando se aprecia o contrato do médico, que é de meios e não de resultado, ***não posso deixar de reconhecer que a filha dos autores não recebeu os cuidados que merecia naquele***

> ***atendimento de emergência na UTI da instituição de saúde, fazendo isso exsurgir a figura do comportamento omissivo caracterizador de negligência, a suportar a procedência da ação*** (e-STJ fls. 466-467 - grifou-se).

Por sua vez, do voto proferido nos embargos infringentes, objeto do recurso especial inadmitido por esta Corte, e que desafia a presente rescisória, extrai-se que:

> (...) O fato essencial é o erro médico.
>
> Diante da peculiaridade desse tipo de ação não se pode exigir que a petição vestibular, muitas vezes, contenha especificamente qual a efetiva causa de pedir.
>
> O advogado, as partes e o juiz, via de regra, são leigos em medicina, logo não se pode exigir em oportunidades especiais, na petição inicial, como no caso dos autos, demasiado rigor na indicação da "causa petendi", até porque o juiz quando a causa exige conhecimentos técnicos serve-se de perito.
>
> Assim, desconheciam os autores os mecanismos dos fatos e suas implicações médicas, até porque os argumentos usados na petição inicial não integram a causa de pedir.
>
> Aqui o fato constitutivo do direito dos autores é uma conduta culposa, e isso está bem expresso na inicial.
>
> O fato gerador da pretensão deduzida pelos autores é a culpa pelo procedimento irregular dos prepostos do hospital. (...)
>
> Portanto, a perícia deixa claro que o edema pulmonar que vitimou a paciente, dentre outras causas, pode ser decorrente, da cetoacidose diabética e ou pelas alterações do equilíbrio ácido-básico e hidroeletrolítico em conseqüência do próprio tratamento. Frise-se que o diagnóstico da internação foi cetoacidose diabética (fls. 41v). (...) *Conforme os peritos afirmam o edema pulmonar severo foi causado pela cetoacidose diabética "e/ou" pelo tratamento instituído* (...) Ora, com integral razão o ilustre subscritor do voto vencido, pois os exames para apurar o nível de glicose servem exatamente para que o médico possa calcular qual a dosagem de insulina a ser administrada no paciente portador de diabetes *mellitus* tipo 01.
>
> O erro na dosagem pode trazer sérias complicações, não se podendo admitir que existindo exames com diferença superior a 10%, como informa o médico intensivista ouvido às fls. 260, não se providencie, imediatamente, as medidas necessárias para dirimir a questão.
>
> *Não apurado onde estava o erro, qualquer dosagem de insulina administrada no paciente é um verdadeiro "tiro no escuro".*
>
> Aliás, *os peritos caracterizaram essa omissão como falha inadmissível em uma instituição hospitalar de referência (fls. 221)*. (...) O próprio médico intensivista

inquirido na audiência de instrução e julgamento, ressalta, que o procedimento padrão, é a realização do controle da glicemia de duas em duas horas (fls. 260), principalmente, é evidente, num caso agudo de descompensação glicêmica, o que não foi feito no caso presente, eis que *a paciente, conforme ressaltado no voto vencido, ficou por doze horas sem receber uma única dose de insulina, como também não foi dirimida a questão da discrepância do resultado dos exames dos níveis de glicemia realizados pelo laboratório e através do método advantage*, *havendo assim administração de doses de insulina,* ***sem uma base sólida***, da dosagem que deveria ser administrada, ***caracterizando, sem sombra de dúvida, negligência***.

Tivesse a paciente recebido tratamento adequado e zeloso, certamente, não teria chegado a óbito. (...) Convém salientar outra ocorrência. Rememorando-se que, às 20:00hs, do dia 08 de janeiro de 1998, foi colhido sangue para a realização de exame laboratorial para a medição do nível glicêmico, cujo resultado somenteo, às 23:45hs, chegou na UTI (...)

É fato notório na medicina que a cetoacidose se estabelece progressivamente pela deficiência de insulina, como também, que o portador de diabetes tipo 1, está muito mais vulnerável a complicações agudas do que o portador do tipo 2, vez que o controle dos níveis glicêmicos é bem mais difícil, diante das alterações do nível de glicemia que oscila para baixo ou para cima muito mais rapidamente. (...)

Ora, numa ou noutra hipótese o tratamento pelas condutas negligentes já apontadas, o cuidado com a paciente não foi adequado, levando-a ao edema pulmonar e óbito, tanto que os próprios peritos afirmam, que o edema pulmonar ocorre, com freqüência, em paciente com cetoacidose diabética, usualmente, nas primeiras 24 horas (fls. 217).

Deve-se salientar que o erro ocorreu por negligência médica e da própria enfermagem da UTI, não se podendo generalizar, mas somente daqueles que negligenciaram suas respectivas condutas profissionais como prepostos da entidade hospitalar.

Portanto, presentes, assim, o dano a culpa e a relação de causalidade entre um e outro, pois, como os peritos afirmaram o edema pulmonar agudo, ocorre com freqüência em pacientes portadores do diabetes *mellitus* nas primeiras 24 horas, sendo, portanto fato previsível, ainda, mais em uma Unidade de Terapia intensiva Pediátrica, num hospital de referência, onde deve existir um protocolo de atendimento específico devidamente atualizado. Considere-se, igualmente, que diante da incompatibilidade nos resultados da glicosúria e glicemia, como nas diferenças entre os resultados dos níveis glicêmicos nos exame feitos via laboratório e via método advance não se investigou a fundo essa questão, essencial à fixação da dosagem, de insulina, pois, *aplicar insulina em paciente com diagnóstico de cetoacidose diabética sem resultados corretos é um "tiro no escuro"* (e-STJ fls. 549-584 - grifou-se).

No caso concreto, exsurge a responsabilidade objetiva da instituição (por ato próprio) em decorrência de defeito no serviço prestado (art. 14, *caput*, do CDC), qual seja a falha na prestação dos serviços relativos ao atendimento hospitalar, tendo em vista que a causa de pedir assentou-se em negligência médica, que restou demonstrada ao longo do processo de conhecimento.

Extrai-se da inicial que à luz dos arts. 1.545 e 1.056 do Código Civil de 1916, o hospital falhou no pronto atendimento à filha dos autores da ação de indenização, que veio a óbito:

> (...) No dia 7 de janeiro a pequena paciente deu entrada no Hospital Infantil Pequeno Príncipe, onde foi atendida pela pediatra de plantão, a Dra. Vera Hamilko, que, após exame clínico superficial, solicitou o internamento da mesma na Unidade de Terapia Intensiva Pediátrica daquela instituição hospitalar. (...) Uma vez instalada na UTI, constatou-se que efetivamente a paciente sofria de diabetes *melitus* (...) Enfim, ao final do dia 8 de janeiro constatava-se que o tratamento dispensado à paciente surtira efeitos, inobstante não tivesse merecido a visita ou participação de especialista em endocrinologia para a análise das particularidades inerentes à moléstia em questão (...) São questões que ficaram sem resposta, e que afloram sempre que se analisar a cadeia de acontecimentos que se sucederam no principiar da madrugada do dia 9 de janeiro de 1998, quando o serviço da UTI Pediátrica se mostrou *despreparado para enfrentar a anafilaxia de que foi vítima a paciente. (...)* ***A UTI do Hospital Pequeno Príncipe falhara em tarefa primordial de manter ao alcance imediato dos intensivistas os meios de recursos tecnológicos imprescindíveis à manutenção da estabilidade dos parâmetros vitais da paciente colocada sob sua responsabilidade***. (...) *Ocorre, contudo, que não pode ser aceita ou justificada a conduta médica adotada pelo serviço da UTI Pediátrica do Hospital Infantil Pequeno Príncipe, uma vez que a morte de Cláudia Renata de Lara, em virtude de choque anafilático, poderia ter sido evitada pela adoção de procedimentos técnicos e logísticos corretos*.
>
> *As condições de avaliação do tratamento a ser dispensado à Cláudia Renata de Lara foram negligenciadas* (...)
>
> Enfim, embora não se possa afirmar - ao menos por ora - que a ausência de avaliação e acompanhamento pelo endocrinologista tenha contribuído decisivamente para o evento morte (malgrado por certo o especialista tivesse alertado quanto aos riscos do choque anafilático), pode-se dizer com toda a segurança que, houvera a UTI contado com medicamentos contra a anafilaxia, o choque poderia ter sido eficazmente combatido (...) *De se concluir, portanto, que tal incidente (anafilaxia) não pode, sob nenhuma hipótese, ser considerado uma possibilidade inesperada ou imprevisível para a equipe que compunha a unidade de tratamento intensivo*.

(...) *Em suma, e como já se afirmou, o serviço médico prestado pelo Hospital Infantil Pequeno Príncipe não manteve ao alcance imediato dos intensivistas os meios e recursos tecnológicos imprescindíveis à manutenção da estabilidade dos parâmetros vitais da paciente posta aos seus intensivos cuidados. Pode-se afirmar, pois, que a morte da pequena Cláudia Renata de Lara teve como causa direta e primária uma falha, ou falta do serviço da sua Unidade de Terapia Intensiva Pediátrica.*

E é precisamente para obter o ressarcimento dos danos decorrentes desse atendimento que se interpõe a presente ação (...)

Na hipótese vertente, tais requisitos estão clara e insofismavelmente configurados, pois a uma, a conduta da Ré mostrou-se objetivamente inadequada e insatisfatória, uma vez que seu serviço de terapia intensiva pediátrica funcionou mal ou tardiamente (ante a absurda inexistência, no local dos medicamentos para o controle e reversão da anafilaxia). E, a duas, porque desta falta ou falha do serviço, direta e imediatamente, resultaram inúmeros danos materiais e morais aos Autores. (...) *O referido contrato restou inadimplido pela Ré, uma vez que em virtude de seu agir culposo veio a menor, Cláudia Renata de Lara, a falecer* (...) a instituição hospitalar e seus "prepostos" não procederam consoante indicava a norma técnica acima referida, eis que, durante todo o período de internação da vítima, esta - em nenhum momento - foi pessoalmente examinada pela especialista em endocrinologia que necessária e obrigatoriamente deveria acompanhar a evolução do seu quadro clínico.

Tal situação dá a exata medida da negligência, imperícia e imprudência em que laborou a Ré. (...)

Como consequência direta das ponderações acima formuladas, impõe-se como exigência máxima da justiça, que seja invertido o ônus da prova envolvido no presente feito (...)

Em suma, como consequência da perda de sua filha, os Autores sofreram não só prejuízos materiais como também sérios e inegáveis danos morais. (...) (e-STJ fls. 61-80 - grifou-se).

Ao final, formularam os seguintes pedidos:

(...) a) condene a Requerida ao ressarcimento das perdas e danos materiais sofridos pelos Autores em decorrência da falha no serviço médico prestado, danos emergentes que devem corresponder à quantia necessária ao ressarcimento das despesas relativas ao tratamento médico, ao funeral e aos exames post-mortem da menor, Cláudia Renata de Lara, e lucros cessantes cristalizados na determinação do dever da Ré de prestar alimentos aos Autores, tudo conforme restar apurado na instrução probatória e na liquidação da sentença;

b) condene a Requerida ao ressarcimento, cumulado, dos danos morais afligidos aos Autores, consubstanciados em quantia fixa e a ser paga de uma

> única vez, que não só satisfaça à dor, à angústia psicológica e ao abalo emocional sofridos pelos Autores, mas também sirva de instrumento eficaz de dissuasão à reincidência de tal comportamento culposo por parte da Ré-ofensora, tudo conforme restar apurado na instrução probatória e na liquidação de sentença (e-STJ fl. 91).

Portanto, resta afastada a alegada ofensa aos arts. *128, 264, 282, III, e 295, I, parágrafo único, 303, 321 e 460 do Código de Processo Civil de 1973* porque a sentença não extrapolou dos limites da lide, tendo em vista encontrar-se lastreada na causa de pedir suscitada na exordial, estando o conteúdo do provimento judicial compatível com o pedido formulado na inicial.

O fato de os laudos periciais terem revelado outras negligências apenas reforça a alegação de responsabilidade do hospital, apuração que, obviamente, não deveria ensejar uma nova ação judicial. Ao contrário, caberia ao hospital, especialmente após a inversão do *onus probandi* (art. 6º, VIII, do CDC) demonstrar por completo a boa prestação dos serviços hospitalares. No entanto, limita-se a reiterar, durante o curso da instrução probatória, as premissas da inicial, demonstrando a dispensabilidade de endocrinoligista dentro da UTI e que os medicamentos hidrocortisona e adrenalina não teriam sido necessários no quadro da paciente, mercê de disponíveis. E que os demais vícios do serviço apontados, tais como os resultados do exame de glicemia e a anotação da pressão arterial, não poderiam ter sido considerados aptos a acarretar sua condenação por não terem sido descritos pormenorizadamente.

Ademais, a causa de pedir não fica delimitada pelas falhas apontadas pelos autores, leigos, vista que o erro médico somente poderia ser aferido após ampla produção probatória, como de fato ocorreu nos autos, sem mácula ou vícios.

Nesse sentido, acertada a conclusão proferida pelo Tribunal de origem:

> (...) Diante da peculiaridade desse tipo de ação não se pode exigir que a petição vestibular, muitas vezes, contenha especificamente qual a efetiva causa de pedir.
>
> O advogado, as partes e o juiz, via de regra, são leigos em medicina, logo não se pode exigir em oportunidades especiais, na petição inicial, como no caso dos autos, demasiado rigor na indicação da "causa petendi", até porque o juiz quando a causa exige conhecimentos técnicos serve-se de perito. (...)
>
> Aqui o fato constitutivo do direito dos autores é uma conduta culposa, e isso está bem expresso na inicial. O fato gerador da pretensão deduzida pelos autores é a culpa pelo procedimento irregular dos prepostos do hospital (e-STJ fl. 544).

No presente caso, a autora entende que aquele que propõe a ação indenizatória deve declinar precisa e minuciosamente qual foi o evento médico que deu causa ao evento danoso, ao passo que o acórdão transitado em julgado entendeu ser suficiente a descrição dos fatos contida na petição inicial e que posteriormente foi objeto de complementação por meio dos elementos trazidos pelo profissional responsável pela realização da prova pericial.

Nesse contexto, cumpre destacar que essa matéria é objeto de ampla controvérsia nos tribunais - o que inclusive é comprovado pelo simples fato de que, na ação originária, o julgamento final se deu somente após a análise de embargos infringentes, pois não foi possível se alcançar uma unanimidade quanto ao tema.

A autora não foi surpreendida com fatos novos postos em laudos periciais, pois por força da inversão determinada na sentença, estaria a seu cargo, observando-se as garantias do devido processo legal, avaliar a necessidade de impugnar as provas aptas a, eventualmente, corroborar o pedido de condenação por negligência médica.

Nesse sentido, ensina Enrico Tullio Liebman que, "*permanecendo o fato essencial inalterado, os fatos secundários e as circunstâncias que os circundam podem variar sem que isso represente modificação da causa de pedir*" (Manual de Direito Processual Civil. Tradução e notas de Cândido R. Dinamarco. - 3ª Edição - São Paulo: Malheiros, 2005, Volume 1, pág. 430 - grifou-se).

Ademais, saliente-se que segundo Pontes de Miranda, até mesmo a inclusão (explícita ou implicitamente) de uma *causa superveniens* durante o curso da lide *não altera nem o pedido, nem a causa de pedir já formulada*, consignando o jurista que "a afirmação do fato, como presente, vale para o fato em curso, ou para o fato continuativo, ou para as reiterações do mesmo fato" (Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1974, Tomo 4, págs. 433-434 - grifou-se).

(ii) Da violação dos arts. 130, 420 e 437 do Código de Processo Civil de 1973

A autora da rescisória pretende rediscutir o teor dos laudos periciais com base nos seguintes dispositivos do CPC/1973, ora transcritos:

> Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

> Art. 420. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.
>
> Parágrafo único. O juiz indeferirá a perícia quando:
>
> I - a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico;
>
> II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas;
>
> III - a verificação for impraticável.
>
> Art. 437. O juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida.

O hospital alega não ter direcionado a produção das provas para esclarecer outras questões postas nos autos.

Contudo, em verdade, não houve impugnação específica das conclusões do laudo pericial, que apontaram tais quesitos. Ademais, a decisão de inversão do ônus da prova não foi sequer objeto de recurso, restando, assim, incumbido o hospital, ao longo do feito, de afastar sua culpa para o evento danoso.

Por sua vez, registra-se não terem sido nem mesmo formulados quesitos complementares para solucionar eventual dúvida quanto às imputações. Dessa maneira, a insurgência ora apresentada deveria ter sido objeto durante o juízo de cognição, especialmente porque a ação rescisória não serve como sucedâneo recursal.

Ao que se tem, portanto, basta um simples cotejo entre o decidido no especial e os argumentos ora apresentados pela autora para se perceber que a rescisória é mera tentativa de reverter a conclusão do julgamento, em evidente maltrato ao ordenamento legal, o que, como dito, não se presta a presente via, mormente por não cumprir a função de sucedâneo recursal.

A propósito:

> Processual Civil. Ação rescisória. Matéria pacificada no Superior Tribunal de Justiça. Art. 485, inciso V, do CPC. Violação de literal disposição de lei. Inocorrência.
>
> 1. Por não se tratar de sucedâneo de recurso, a ação rescisória fundada no art. 485, inciso V, do CPC só tem lugar em casos de flagrante transgressão à lei.
>
> *2. O fato de o julgado haver porventura adotado a interpretação menos favorável à parte, ou mesmo a pior dentre as possíveis, não justifica o manejo daquela demanda. Não se cuida de via recursal com prazo de dois anos.*
>
> (...) 4. Processo extinto sem resolução do mérito (AR 2.261/PE, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJ 5/2/2007 - grifou-se).

Não há, portanto, violação de literal disposição dos mencionados dispositivos legais.

(iii) *Do processamento dos embargos infringentes (arts. 436 e 530 do CPC/1973)*

Melhor sorte não assiste à parte autora no tocante ao processamento dos infringentes, que aponta a violação dos seguintes dispositivos de lei:

> Art. 436. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados.
>
> Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença.

Ora, a pretensão da autora está essencialmente fundada na compreensão de que a divergência entre o voto vencedor e o vencido na apelação teria sido parcial.

Todavia, os desembargadores que aderiram ao voto vencedor quando do julgamento da apelação reputaram ausente a negligência do atendimento à menor, enquanto que no voto vencido, que se tornou prevalecente logo após o julgamento dos infringentes, o relator assentou a culpa do hospital, motivo pelo qual reputava necessária a manutenção da sentença de procedência. A divergência, portanto, não se limitou à análise de exames médicos ou meros fatos, mas, sim, ao próprio âmago da tese posta: a existência ou não de negligência.

E nesse sentido foi a conclusão do relator do acórdão rescindendo, Ministro Cesar Asfor Rocha, quando do julgamento do agravo de instrumento interposto nos autos da ação originária:

> (...) Não vislumbro qualquer afronta à regra inserida no artigo 530 do CPC, porquanto o acórdão estadual julgou os embargos infringentes opostos pelos agravados limitando-se, realmente, à matéria objeto da divergência. Observo que a discrepância de votos ocorreu quanto à existência de culpa do hospital, não se restringindo apenas à questão de disparidade de exames pelo método Advantage e pelo método do laboratório de análises clínicas, como alega a parte (e-STJ fl. 699).

(iv) do erro de fato

A teor do artigo 485, inciso IX, do Código de Processo Civil,

> Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
>
> (...) IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

A expressão "fundada", segundo a doutrina, denota a ideia da necessidade de configuração de nexo de causalidade entre o apontado erro de fato e o decidido no julgado rescindendo.

Nery e Nery, por exemplo, em seus Comentários ao Código de Processo Civil, apontam como primeiro requisito para que se possa rescindir o julgado por erro de fato que: "a) a sentença deve estar baseada no erro de fato; (...)" (*op. cit.*, pág. 817).

E complementam:

> "(...) Para que o erro de fato legitime a propositura da ação rescisória, é preciso que tenha influído decisivamente no julgamento rescindendo. Em outras palavras: é preciso que a sentença seja efeito do erro de fato; que haja entre aquela e este um nexo de causalidade" (Sydney Sanches. RT 501/25) (*op. cit.*, pág. 817)

Assim, exige-se, em qualquer caso, que o erro tenha influenciado a formação da decisão do tribunal, sido relevante para o julgamento, de modo que o acórdão tenha sido proferido no sentido em que foi em decorrência do erro de percepção do julgador.

Esta Corte já teve a oportunidade de se manifestar nesse sentido:

> Rescisória. Recurso especial. Decadência. Prazo. Erro de fato. Pronunciamento judicial. Fato controverso.
>
> I - A interposição de recurso intempestivo, em regra, não impede a fluência do prazo decadencial da ação rescisória, salvo a ocorrência de situações excepcionais, como por exemplo, o fato de a declaração de intempestividade ter ocorrido após a fluência do prazo da ação rescisória. Precedentes.
>
> II - *O erro de fato a justificar a ação rescisória, nos termos do artigo 485, IX, do Código de Processo Civil, é aquele relacionado a fato que, na formação da decisão, não foi objeto de controvérsia nem pronunciamento judicial.*
>
> III - Devem estar presentes os seguintes requisitos para que se possa rescindir sentença por erro de fato: *a) a sentença deve estar baseada no erro de fato*; b) sobre ele não pode ter havido controvérsia entre as partes, nem sobre ele não pode ter havido pronunciamento judicial; c) que seja aferível pelo exame das provas já constantes do autos da ação matriz, sendo inadmissível a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo.

> Recurso especial provido.
>
> (REsp 784.166/SP, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 13/03/2007, DJ 23/04/2007 - grifou-se)

Por isso, o óbito superveniente da autora não pode ser enquadrado no conceito de "erro de fato" apto a embasar o pedido de rescisão porque não apresenta nenhuma relação com os fundamentos do acórdão objurgado.

O autor alega que a questão principal ensejadora da condenação do hospital foi a suposta falta de valorização, pelos médicos, da divergência entre os resultados da glicemia pelos métodos advantage e laboratorial, apontando, porém, para erros de fato, tais como de se ter dado como certa a previsibilidade da evolução do quadro da paciente para um edema de pulmão, de se ter negada a valorização pelos médicos da divergência de resultados dos exames de glicemia e de que as doses de insulina teriam sido ministradas como "tiro no escuro".

O Tribunal local apreciou as provas, especialmente o laudo pericial para concluir pela manutenção da sentença de procedência da ação originária. Portanto, evidencia-se a existência de pronunciamento judicial a respeito dos fatos apresentados pela ora autora, que, em verdade, insurge-se contra as conclusões que não lhe satisfizeram.

Existiu controvérsia quanto a todos os fatos existentes ora apresentados, razão pela qual não há como se reconhecer a existência de erro de fato à luz do art. 485, § 2º, do CPC/1973:

> Art. 485. *A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:*
>
> IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;
>
> § 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.
>
> § 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

As provas foram exaustivamente analisadas e controvertidas perante as instâncias ordinárias e a irresignação com a conclusão a respeito delas não enseja ação rescisória.

Afasta-se, de pronto, a alegação de erro de fato.

III - Do dispositivo

Em vista do exposto, julgo improcedente o pedido, condenando a autora aos ônus da sucumbência e fixando os honorários advocatícios em 10% (dez por

cento) do valor atualizado da causa, revertendo-se aos réus o depósito prévio, conforme prescreve o art. 488, inciso II, do CPC/1973.

É como voto.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 1.106.999-SC (2008/0267341-1)

Relator: Ministro Moura Ribeiro
Embargante: Tetra Pak Ltda
Advogados: Mauro Eduardo Lima de Castro - SP146791
Raissa Roese da Rosa e outro(s) - DF052568
Embargado: Cooperativa Central Catarinense de Laticínios Ltda
Advogado: Renildo Dorow e outro(s) - SC016653B

EMENTA

Processual Civil. Embargos de divergência no recurso especial. *Recurso manejado sob a égide do CPC/73*. Embargos à monitória. Cobrança de quantia já paga. Art. 1.531 do CC/16 (correspondente ao art. 940 do CC/02). Dissenso quanto ao momento processual adequado para pleitear a condenação e sua possibilidade de fixação *ex officio*. Recurso conhecido e não provido.

1. Inaplicabilidade do NCPC ao caso ante os termos do Enunciado n. 2 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.*

2. O art. 1.531 do CC/16 sanciona a cobrança indevida de valores punindo o demandante ora com o dobro da quantia pleiteada, no caso de cobrança de dívida já paga, ora com a quantia equivalente a exigida, na hipótese de cobrança de valor maior do que o devido. A lei

estabeleceu indenização especial, previamente liquidada, para o caso de cobrança indevida.

3. A jurisprudência do STJ tem se posicionado no sentido da possibilidade da imposição da sanção civil prevista no art. 1.531 do CC/16 até mesmo de ofício porque ela configura um exercício abusivo do direito de ação, assim como ocorre na litigância de má-fé. Precedentes.

4. Embargos de divergência conhecidos e não providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em conhecer dos embargos de divergência e em negar-lhes provimento, para manter a tese do acórdão embargado, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze.

Sustentou oralmente a Dra. Raissa Roese da Rosa, pela parte Embargante Tetra Pak Ltda.

Brasília (DF), 27 de fevereiro de 2019 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

DJe 13.3.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: Trata-se de embargos de divergência em recurso especial manejados nos autos de ação monitória ajuizada por *Tetra Pak Ltda.* (*Tetra Pak*) contra *Cooperativa Central Catarinense de Laticínios Ltda.* (*Cooperativa*) alegando ser desta credora pela importância de R$ 1.850.613,34 (um milhão, oitocentos e cinquenta mil, seiscentos e treze reais e trinta e quatro centavos), representada por 17 (dezessete) notas promissórias prescritas.

A *Cooperativa*, por sua vez, manejou embargos a monitória. Alegou que as obrigações representadas pelas notas promissórias já haviam sido pagas.

O Juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial dos embargos por reconhecer que a maior parte da dívida cobrada já havia sido paga (R$ 1.659.803,77).

Interpostas apelações por ambas as partes, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina deu parcial provimento aos recursos, em acórdão assim ementado:

> Apelação cível. Ação monitória. Notas promissórias oriundas de contrato de confissão de dívidas. Ausência de novação. Quitação parcial da dívida comprovada. Litigância de má-fé configurada. Condenação da credora ao pagamento dos valores cobrados a maior. Exegese do art. 1.531 do Código Civil de 1916, reiterado pelo art. 940 do Código Civil de 2002. Sucumbência recíproca. Recursos conhecidos e parcialmente providos.
>
> Comprovada de forma inequívoca a conduta maliciosa do autor que, conhecedor da quitação parcial do débito, demanda pela totalidade do valor originariamente devido, deve ser aplicada a penalidade prevista na segunda parte do art. 1.531 do Código Civil de 1916, dispositivo correspondente ao art. 940 do Código Civil de 2002 (ap. cível n. 2003.020906-9, de Capinzal, Terceira Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Alcides Aguiar. j. em 14.12.2006).
>
> Nos casos em que resta evidente a atuação dolosa da parte litigante, caracterizando litigância de má-fé, é dever do magistrado aplicar as sanções previstas no art. 18, *caput*, do Código de Processo Civil.
>
> Para caracterizar a novação, faz-se imprescindível a comprovação da existência do animus das partes em extinguir a obrigação originária para contrair uma nova.
>
> Quando ambas as partes forem vencidas e vencedoras, as despesas processuais e honorários advocatícios deverão ser suportados na medida de suas derrotas e recebidos na proporção de suas vitórias. (e-STJ, fls. 437/454)

Os embargos de declaração opostos por *Tetra Pak* foram rejeitados (e-STJ, fls. 474/482).

Inconformada, a *Tetra Pak* interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, alínea "a", da CF, alegando violação dos arts. 21, 128, 515 e 535 do CPC/73.

O recurso especial não foi conhecido em decisão monocrática do Relator Ministro *Antonio Carlos Ferreira* (e-STJ, fls. 585/587).

Contra essa decisão foi interposto agravo regimental que não foi provido em acórdão da Quarta Turma que recebeu a seguinte ementa:

> Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Ação monitória. Embargos acolhidos parcialmente. Redução da dívida. Omissões não caracterizadas. Apelação adesiva. Inovação não verificada. Cobrança indevida. Valores pagos anteriormente. Má-fé. Devolução disciplinada no art. 1.531 do CC/1916 (art. 940 do CC/2002). Honorários advocatícios. Sucumbência recíproca.
>
> 1. Violação do art. 535 do CPC não caracterizada, tendo em vista que o Tribunal de origem, sucinta e objetivamente, deixou claro, no julgamento dos embargos de declaração, que a condenação vinculada ao art. 1.531 do CC/1916 era legal.
>
> 2. Arts. 128 e 515, § 1º, do CPC não contrariados, cabendo destacar que a pretensão deduzida pela cooperativa na sua apelação adesiva, no sentido de condenar a autora na indenização baseada no art. 1.531 do CC/1916 e no art. 940 do CC/2002, não foi inaugurada no referido apelo. Na inicial dos embargos à monitória, foi sustentada a quitação de grande parte da importância cobrada, e nas alegações finais houve debate expresso acerca da consequente aplicação do art. 1.531 do CC/1916 e do art. 940 do CC/2002, pedido que foi reiterado mediante petição protocolizada antes do julgamento dos embargos de declaração opostos pela autora à sentença de mérito.
>
> 3. A decisão agravada apreciou a alegação de *reformatio in pejus* vinculada à redistribuição dos honorários advocatícios em segundo grau, haja vista que tal matéria constou expressamente do recurso especial. Vício material ausente nesse ponto.
>
> 4. Premissa fática incorreta deduzida pela agravante, considerando que, no caso concreto, diversamente do que alega, o saldo credor devido à autora é superior à importância que ela pagará à ré a título de honorários advocatícios em decorrência da sucumbência recíproca.
>
> 5. Tendo sido afastada pelo Tribunal de origem a compensação dos honorários advocatícios com fundamento, apenas, na aplicação do art. 23 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, caberia à recorrente, no recurso especial, impugnar tal motivação, o que não fez. Incidência da Súmula n. 283 do STF.
>
> 6. Agravo regimental desprovido. (e-STJ, fl. 649)

Tetra Pak, então, interpôs os presentes embargos de divergência pugnando pelo reconhecimento do dissídio e pelo provimento do recurso, a fim de que prevaleça a solução adotada pela Terceira Turma quanto a necessidade de pedido inicial para a condenação ao pagamento dos valores cobrados a maior, conforme decidido no paradigma indicativo da divergência, o acórdão proferido no julgamento do AgRg no Agravo de Instrumento n. 689.254/RS, de relatoria do Ministro *Sidnei Beneti*, cuja ementa é do seguinte teor:

> Processual Civil. Agravo regimental. Incidência do CC/1916, art. 1.531. Honorários advocatícios na forma do art. 20, § 4º.

> 1.- A condenação a pagamento do valor em dobro de importância indevidamente cobrada (CC/1916, art. 1.531) não necessita de reconvenção ou propositura de nova ação, mas pressupõe existência de pedido inicial, o que, no caso de execução, deve ser formulado na petição de Embargos do Devedor.
>
> 2.- Honorários advocatícios, no caso de extinção do processo de execução ante a constatação de inexistência da dívida titulada, fixam-se de acordo com o art. 20, § 4º, do Cód. de Proc. Civil, podendo ser estabelecidos em quantia fixa, observadas a equidade e a modicidade. A alteração do valor de honorários, fixado sem percentual à moda do § 3º do art. 20 - reservado para as sentenças condenatórias, de que não se cogita no caso - é adequada, não significando *reformatio in pejus*.
>
> 3.- Agravo Regimental improvido.
>
> (AgRg no Ag 689.254/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 11/11/2008, DJe 16/12/2008)

Nas razões dos embargos de divergência, sustentou que enquanto o acórdão embargado concluiu pela possibilidade de se pleitear o pagamento dos valores cobrados a maior ao longo do processo, o acórdão paradigma entendeu que deve haver pedido inicial, ou seja, o pedido deve ser formulado na primeira oportunidade que a parte credora tiver para falar nos autos (e-STJ, fls. 654/672).

A impugnação foi apresentada aduzindo que não há similitude fática entre os julgados confrontados porque o acórdão embargado trata de ação monitória enquanto o paradigma de execução (e-STJ, fls. 687/695).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro (Relator): Inicialmente, vale pontuar que o presente recurso foi interposto com fundamento no CPC/73, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, com a interpretação dada pelo Enunciado n. 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2006:

> Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

(1) Breve histórico dos fatos

Conforme constou no relatório, trata-se de embargos de divergência em recurso especial manejados nos autos da ação monitória ajuizada por *Tetra Pak* contra *Cooperativa* alegando ser desta credora pela importância de R$ 1.850.613,34 (um milhão, oitocentos e cinquenta mil, seiscentos e treze reais e trinta e quatro centavos), representada por 17 (dezessete) notas promissórias prescritas.

A *Cooperativa*, por sua vez, manejou embargos à monitória. Alegou que as obrigações representadas pelas notas promissórias já haviam sido pagas.

O Juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial e reconheceu que a maior parte da dívida cobrada já havia sido paga (R$ 1.659.803,77). Confira-se:

> [...] os depósitos realizados (R$ 1.659.803,77), no espaço curto de menos de 12 (doze) meses, alguns em valores superiores a R$ 200.000,00 (fls. 50, 53, 54 e 55), no ano de 1996, não poderiam, em hipótese alguma, passar desapercebidos no sistema financeiro e contábil de empresa do porte da autora.
>
> Pode-se concluir, com fundamento nos fatos narrados e nos documentos apresentados pelas partes, que foram pagos, pela embargante, R$ 1.659.803,77, valor este que deverá ser deduzido do principal reclamado, ou seja, de R$ 1.850.613,34.
>
> [...]
>
> Ante o exposto e por tudo que mais consta dos autos, ***julgo parcialmente procedentes*** os pedidos formulados nos embargos monitórios interpostos por ***Cooperativa Central Catarinense de Laticínios Limitada*** em desfavor da ***Tetra Pak Limitada***, para determinar:
>
> a) o prosseguimento da ação monitória sobre o saldo resultante do débito requerido, deduzindo-se, para tanto, do valor principal, qual seja, R$ R$ 1.850.613,34, a quantia já paga, na cifra de R$ 1.659.803,77. O saldo resultante deverá ser devidamente corrigido, acrescido de juros de 6% ao ano a partir da data da citação, quantia esta efetivamente devida pela embargante à embargada;
>
> b) condenar a embargada/autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, devidamente atualizado, com fulcro no artigo 20, § 3º, do CPC. (e-STJ, fls. 295/308 – destaques no original)

Interpostas apelações por ambas as partes, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina deu parcial provimento aos recursos. O recurso da *Tetra Pak*

foi provido parcialmente para determinar a sucumbência recíproca na proporção da vitória de cada parte. O recurso da *Cooperativa* foi provido em parte a fim de condenar a *Tetra Pak* por litigância de má-fé, bem como ao pagamento do valor cobrado indevidamente, exigido na inicial da ação monitória (R$ 1.659.803,77), conforme disposto na segunda parte do art. 1.531 do CC/16, reiterado no art. 940 do CC/02. Veja-se:

> [...]
>
> O art. 1.531 do Código Civil de 1916, vigente ao tempo do contrato e, reiterado no Código Civil de 2002, em seu art. 940, assim dispunha:
>
> > Art. 1.531. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se, por lhe estar prescrito o direito, decair da ação.
>
> Conforme entendimento desta Terceira Câmara de Direito Comercial, para aplicação do artigo supra, faz-se necessária prova robusta da má-fé do credor que, sabedor da quitação parcial do débito, demanda, pugnando pela cobrança integral da dívida.
>
> [...]
>
> Outrossim, conforme bem observado pelo MM. Juiz na sentença recorrida: "a própria embargada admite que podem ter havidos os referidos depósitos em seu favor, depósitos estes efetuados para o pagamento da dívida em questão [...]".
>
> Diante de tais declarações, visível torna-se a má-fé da primeira apelante, cobrando o valor total do débito representado pelas 17 notas promissórias, enquanto deveria ser conhecedora da quitação de parte considerável da dívida (mais de 85%), até porque, mais de hum milhão e meio de reais dificilmente passaria despercebido por alguma empresa, mesmo as de grande porte, como é o caso da primeira apelante, tornando-se inviável admitir a abstração desta acerca do recebimento de referida monta.
>
> Ademais, conforme julgado que a seguir colaciona-se, a primeira apelante, após a juntada dos comprovantes de pagamento pela segunda apelante, poderia ter reconhecido o pagamento parcial, todavia, limitou-se a afirmar que tais pagamentos referiam-se a outras negociações.
>
> A propósito, o precedente do Superior Tribunal de Justiça:
>
> > *O que caracterizou, na espécie, a má-fé da recorrente foi o fato de, mesmo após a comprovação de quitação do débito pela recorrida, não ter reconhecido, na primeira oportunidade, o equívoco do ajuizamento da ação monitória.*

> *Constata-se, portanto, que a recorrente praticou conduta maliciosa quando, consciente de que não detinha o direito pretendido, insistiu na cobrança indevida, levando o processo até o final, o que configura motivo suficiente para aplicação da penalidade estabelecida no art. 1.531 do CC/16* (REsp 608.887/ES, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 18.8.05).

> Deste modo, deve incidir a penalidade prevista no art. 1.531 do Código Civil de 1916, dispositivo correspondente ao art. 940 do Código Civil de 2002.
>
> Ressalva-se que na hipótese em exame está caracterizada a segunda parte dos referidos dispositivos legais, já que a primeira apelante demandou por valor superior ao devido, devendo, portanto, ser condenada ao pagamento do "equivalente do que dele exigir", conforme disposto nos artigos supra.
>
> Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao apelo da segunda apelante, para condenar a primeira apelante ao pagamento do equivalente ao montante quitado, exigido na inicial desta ação monitória (R$ 1.659.803,77 - hum milhão, seiscentos e cinquenta e nove mil, oitocentos e três reais e setenta e sete centavos), consoante a segunda parte do art. 1.531 do Código Civil de 1916, reiterado no art. 940 do Código Civil de 2002, atualizado a partir deste julgado, com juros legais também a partir deste julgamento.
>
> [...]
>
> Ante o exposto, a Terceira Câmara de Direito Comercial, por unanimidade, decide conhecer do recurso interposto por Tetra Pak Ltda., para dar-lhe provimento parcial, no sentido de determinar a sucumbência recíproca na proporção de suas vitórias e derrotas e, conhecer do recurso adesivo interposto por Cooperativa Central Catarinense de Laticínios Ltda. CCCL, para dar-lhe provimento parcial, condenando a empresa Tetra Pak Ltda. por litigância de má-fé, bem como ao pagamento dos valores cobrados indevidamente. (e-STJ, fls. 441/454)

O recurso especial interposto por *Tetra Pak* não foi conhecido em decisão monocrática do Relator Ministro *Antonio Carlos Ferreira* (e-STJ, fls. 585/587). Contra essa decisão foi interposto agravo regimental que não foi provido pela Quarta Turma.

Tetra Pak, então, interpôs os presentes embargos de divergência pugnando pelo reconhecimento do dissídio e pelo provimento do recurso, a fim de que prevaleça a solução adotada pela Terceira Turma quanto a necessidade de pedido inicial para a condenação no pagamento dos valores cobrados a maior, conforme decidido no paradigma indicativo da divergência, o acórdão proferido no julgamento do AgRg no Agravo de Instrumento n. 689.254/RS, de relatoria do Ministro *Sidnei Beneti*.

(2) Da divergência quanto a necessidade de pedido inicial para condenação ao pagamento em dobro / pagamento do valor cobrado a maior

O dissenso submetido a análise da Segunda Seção do STJ diz respeito a exigência de pedido da parte para aplicar a sanção civil prevista no art. 1.531 do CC/16, que corresponde ao art. 940 do CC/02 (condenação ao pagamento em dobro ou, na hipótese dos autos, pagamento do valor cobrado a maior).

O art. 1.531 do CC/16 possui a seguinte redação:

> Art. 1.531. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se, por lhe estar prescrito o direito, decair da ação.

A questão trazida a debate discute a possibilidade de condenação de ofício pelo juiz ao pagamento do valor cobrado a maior / pagamento em dobro (art. 18 do CPC/73, correspondente ao art. 81 do NCPC), ou se é necessário pedido da parte na primeira oportunidade que tiver para falar nos autos, nos termos do disposto no art. 128 do CPC/73 (correspondente ao art. 141 do NCPC).

> Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

> Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

O acórdão embargado da Quarta Turma entendeu que não é necessário pedido inicial. Basta que o pedido indenizatório seja formulado antes da apelação:

> [...]
>
> Sustenta a agravante, igualmente, contrariedade aos arts. 128 e 515, § 1º, do CPC, que assim dispõem:
>
> > Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

> Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.
>
> § 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

Tal afronta, segundo a agravante, decorre do fato de que "a cooperativa-agravada só pediu a condenação da Tetra Pak no pagamento do equivalente às quantias já pagas pela apelante (artigo 1.531 do CCB-16 e 940 do Novo CCB) quando da interposição da apelação adesiva" (e-STJ fl. 592). Haveria, assim, uma inovação recursal indevida, sobretudo por não se cuidar de matéria de ordem pública, apreciável de ofício.

Ocorre que a condenação vinculada ao art. 1.531 do CC/1916 não representou inovação recursal, tendo sido postulada, ainda, durante o trâmite do processo em primeiro grau.

Nos *embargos à monitória* ofertados pela cooperativa, ora agravada, houve expressa manifestação acerca da novação e da realização de vários pagamentos, assim:

> A novação não se deu de forma vazia, em simples troca de contratos, sem qualquer contraprestação pela embargante. Ao contrário, o débito foi novado mediante a realização pela devedora de inúmeros e significativos pagamentos à credora, como abaixo relaciona:
>
> [...]
>
> Totalizam os pagamentos efetuados pela embargante à embargada, a astronômica cifra de R$ 1.659.803,77.
>
> Depreende-se, portanto, que o débito confessado no primeiro instrumento foi novado pelo segundo, havendo integral quitação pela embargante, como provam os inclusos recibos de depósito, realizados nos moldes acima relatados (e-STJ fls. 90/91).

Nas suas ***alegações finais***, a cooperativa voltou a cuidar da novação e da cobrança de débito pago (e-STJ fls. 272/274 e 276/277) e *invocou expressamente a aplicação do art. 1.531 do CC/1916, postulando fosse a embargada,* ***Tetra Pak Ltda.****, declarada "litigante de má-fé" e condenada na "devolução, em dobro, do valor indevidamente cobrado"* (e-STJ fls. 277/279).

Na sentença, o magistrado reconheceu que houve o pagamento da importância de R$ 1.659.803,77 (um milhão, seiscentos e cinquenta e nove mil, oitocentos e três reais e setenta e sete centavos) e que a autora, ora agravante, não poderia ter deixado de perceber tal fato. Confira-se o seguinte trecho do *decisum*:

> Importa relembrar, nesse passo, que, após a requerida juntar os respectivos comprovantes de pagamentos, a ré sustentou que não tinha conhecimento dos depósitos, e que, por isso, demandou.
>
> Tal tese não é digna de acolhimento, uma vez que os depósitos realizados (R$ 1.659.803,77), no espaço curto de menos de 12 (doze) meses, alguns em valores superiores a R$ 200.000,00 (fls. 50, 53, 54 55), no ano de 1996, não poderiam, em hipótese alguma, passar desapercebidos no sistema financeiro e contábil de empresa do porte da autora.
>
> Pode-se concluir, com fundamentos nos fatos narrados e nos documentos apresentados pelas partes, que foram pagos, pela embargante, R$ 1.659.803,77, valor este que deverá ser deduzido do principal reclamado, ou seja, de R$ 1.850.613,34 (e-STJ fl. 307).

Os embargos à monitória, então, foram julgados parcialmente procedentes para determinar "o prosseguimento da ação monitória sobre o saldo resultante do débito requerido, deduzindo-se, para tanto, do valor principal, qual seja, R$ 1.850.613,34, a quantia já paga, na cifra de R$ 1.659.803,77" (e-STJ fl. 308). Nada foi dito acerca da obrigação de devolver em dobro a importância paga anteriormente pela embargante.

A sentença, proferida em 8.4.2003, foi publicada em cartório apenas em 5.8.2003 (e-STJ fl. 309).

A cooperativa, em petição subscrita e protocolizada em junho de 2003 – juntada em 24.9.2003 (e-STJ fl. 314) –, ou seja, entre a prolação e a publicação da sentença, reiterou o pedido "de condenação na devolução em dobro das quantias já pagas pelo embargante (artigo 1.531 do CCB-16 e 940 do Novo CCB)" (e-STJ fl. 318).

Tetra Pak Ltda. opôs embargos de declaração à sentença (e-STJ fls. 331/337), que foram acolhidos parcialmente, em sentença de 1º.3.2004, "para sanar a contradição havida entre as decisões simultâneas proferidas, quais sejam, aquela do processo n. 033.01.026430-5 (fls. 141/150) e aquela objeto dos presentes embargos, adequando a verba honorária fixada aos parâmetros utilizados, de 20% para 10% sobre o valor da causa" (e-STJ fl. 344). Igualmente, o magistrado nada decidiu sobre a pretendida devolução.

Com efeito, a pretensão deduzida pela cooperativa na sua apelação adesiva, no sentido de condenar a ***Tetra Pak Ltda.*** *na indenização baseada no art. 1.531 do CC/1916 e no art. 940 do CC/2002 (cf. e-STJ fls. 390/396), não foi inaugurada no referido apelo, tendo sido objeto de debate e de requerimento expresso durante o trâmite do processo em primeiro grau, antes da sentença de mérito e da que julgou os embargos de declaração opostos pela ora agravante, o que afasta a alegada afronta aos arts. 128 e 515, § 1º, do CPC.*

> Destaco, para afastar qualquer dúvida, que, nessa parte, não se discute no recurso especial nem no presente agravo regimental qual seria a via adequada para se postular a indenização baseada no art. 1.531 do CC/1916 e no art. 940 do CC/2002 – contestação, embargos à monitória, reconvenção, ação própria, por simples petição ou por qualquer via processual etc. –, mas, tão somente, se houve pedido indenizatório anteriormente à apelação adesiva. (e-STJ, fls. 637/647 - sem destaques no original)

No acórdão embargado também foi destacado que *a obrigação de devolver os valores cobrados a maior encontra-se vinculada à má-fé da ora agravante e também decorre desse ardil* (cf. fls. 478/480) (e-STJ, fl. 642).

O acórdão paradigma da Terceira Turma, por sua vez, entendeu que o requerimento da indenização prevista no art. 1.531 do CC/16 deve ser formulado na petição inicial dos embargos do devedor:

> Processual Civil. Agravo regimental. Incidência do CC/1916, art. 1.531. Honorários advocatícios na forma do art. 20, § 4º.
>
> *1.- A condenação a pagamento do valor em dobro de importância indevidamente cobrada (CC/1916, art. 1.531) não necessita de reconvenção ou propositura de nova ação, mas pressupõe existência de pedido inicial, o que, no caso de execução, deve ser formulado na petição de Embargos do Devedor.*
>
> [...]
>
> 3.- Agravo Regimental improvido.
>
> (AgRg no Ag 689.254/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 11/11/2008, DJe 16/12/2008)

> [...] ainda que não se exija reconvenção ou outra ação, ao menos é necessário que haja algum pedido, da parte, que pretende receber em dobro, para que se instaure o contraditório constitucional a respeito (CF, art. 5º, LV) e possa a parte contrária responder a tal pretensão, como é pressuposto de qualquer condenação.
>
> *No processo de execução por título executivo extrajudicial, o momento de formular pedidos, de modo a possibilitar resposta em contraditório, é o do ajuizamento dos Embargos do Devedor, que, como vem da lição de LIEBMAN, são ação e, como ação, sua petição inicial, é o instrumento hábil a conter os pedidos do autor dessa ação de embargos – entre eles o pedido de pagamento em dobro, sob invocação, no caso, do art. 1.531 do Cód. Civil de 1916.*
>
> Não basta, assim, haver formulado requerimento em apelação, como no caso, nem em Recurso Especial, pois o recurso não é petição inicial, de modo que nele não se formulam pedidos processualmente qualificados (CPC, art. 282, IV). (e-STJ, fls. 662/670 - sem destaques no original)

A divergência trata, portanto, de questão de direito processual civil relativa ao modo e oportunidade de formulação do pedido de aplicação da penalidade prevista no art. 1.531 do CC/16.

Em que pese o pedido de devolução em dobro ter sido formulado no acórdão embargado antes da sentença, nas alegações finais, enquanto no paradigma o pedido foi formulado no próprio recurso de apelação, a existência de diferenças pontuais entre os acórdãos não impede o conhecimento da divergência se a questão nuclear foi abordada pelos julgados confrontados, exibindo claro o dissenso.

(3) Da sanção civil do pagamento em dobro / pagamento do valor cobrado a maior (art. 1.531 do CC/16, que corresponde ao art. 940 do CC/02)

O ordenamento jurídico não tolera comportamentos desleais, ilegítimos, abusivos ou enganosos. No âmbito do direito material a vedação a tais comportamentos tem como vetor o princípio da boa-fé objetiva.

Embora o CC/16 não tenha feito menção expressa à boa-fé, CLÓVIS V. DO COUTO E SILVA já defendia a vigência do princípio *em nosso direito das obrigações, pois se trata de proposição jurídica, com significado de regra de conduta. O mandamento de conduta engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam* (**A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Ed. FGV. 2007, p. 33).

O exercício do direito de cobrança deve se ater a uma limitação ética, além da qual desborda do lícito para o ilícito e do exercício regular de um direito para o exercício abusivo do direito pelas suas consequências.

O art. 1.531 do CC/16 sanciona a cobrança indevida de valores punindo o demandante ora com o dobro da quantia pleiteada, no caso de cobrança de dívida já paga, ora com a quantia equivalente a exigida, na hipótese de cobrança de valor maior do que o devido.

A lei estabeleceu indenização especial, previamente liquidada, para o caso de cobrança indevida.

A natureza da referida sanção civil é de cunho ressarcitório, uma vez que prefixa o valor a ser despendido pelo credor de má-fé por submeter o outro integrante da relação material a constrangimento infundado, diante da cobrança ilícita levada a efeito.

Para corroborar com o posicionamento defendido, confira-se doutrina sobre o tema:

> [...] o art. 940 do Código Civil estabelece uma sanção civil de direito material ou substantivo, e não de direito formal ou adjetivo, contra demandantes abusivos. Trata da responsabilidade civil do demandante por dívida já solvida, punindo o ato ilícito da cobrança excessiva. Essa responsabilidade civil decorre de infração de norma de direito privado e objetiva não só garantir o direito do lesado à segurança, protegendo-o contra exigências descabidas, como também servir de meio de reparação do dano, prefixando o seu montante e exonerando o lesado do ônus de provar a ocorrência da lesão.
>
> (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva. 2005, p. 54)

> Trata o art. 940 de responsabilidade civil do demandante por dívida já solvida ou por quantia superior à devida, punindo o ato ilícito da cobrança indébita [...]
>
> Essa responsabilidade civil constitui uma sanção civil, por decorrer de norma de direito privado, cujo objetivo é o interesse particular, em sua natureza, é compensatória, por abranger uma reparação de dano, sendo uma forma de liquidação do prejuízo decorrente de cobrança indevida. Por isso tem dupla função: garantir o direito do lesado à segurança, protegendo-o de contra exigência descabida, e servir de meio de reparar o dano, exonerando-se o lesado de provar a ocorrência da lesão.
>
> (DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Ed. Saraiva. 8ª edição. 2002, p. 552).

> Este dispositivo, bem como os arts. 940 e 941, são formas de liquidação do dano acarretado por cobrança indevida, que é havido como ato ilícito. Segundo tais dispositivos presume-se a culpa do agente na prática desse ilícito, cuja indenização é preestabelecida.
>
> (FIUZA, Ricardo. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Ed. Saraiva. 2008, p. 907)

A cobrança de quantia já paga constitui ilícito civil previsto em lei.

PONTES DE MIRANDA destacou que *os arts. 1.530 e 1.531 do Código Civil não são, rigorosamente, regras jurídicas sobre indenização no tocante a alguns atos ilícitos absolutos. Deles não resulta só dever de ressarcimento. Resultam penalidades, por infração de deveres que a lei criou*. (**Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Tomo LIV – Direito das Obrigações**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2012, p. 134).

O clássico doutrinador criticou a ausência de norma na legislação então vigente sobre o momento de alegar a cobrança indevida. A ausência de norma

sobre o tema persiste. Porém ele afirmou que ***se o demandado, na contestação, diz que a dívida não está vencida, ou já foi paga, é assunto para a sentença. O juiz há de aplicar o art. 1.530, ou o art. 1.531*** (*op. cit.*, p. 145).

E concluiu, afirmando que é possível pleitear a condenação por dívida já paga até mesmo em recurso:

> A pena do art. 1.531, como a do art. 1.530, pode ser pedida na contestação ou por reconvenção, ou em ação posterior ao pleito (1ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 8 de novembro de 1954; sem razão, por afastar a ação posterior, a 2ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 2 de setembro de 1941, R. Dos T., 134, 221)
>
> O devedor pode ignorar que a dívida não estava vencida e só saber disso depois da contestação, ou do prazo para a reconvenção. Pode ignorar que outrem pagou por ele, ou que banco ou empresa, que se costuma prestar o necessário a pagamento de dívidas, solveu a dívida. *Enquanto não se profere a sentença, há a alegabilidade, por se tratar de ignorância de fato. Após a sentença, a única solução é a de se alegar em recurso, ou em ação rescisória* (*op. cit.*, p. 146 – sem destaque no original).

Assim, a aplicação da penalidade deve ser considerada um dever do juiz a ser exercido, até mesmo de ofício, quando constatado o pressuposto legal da cobrança indevida.

A imposição da penalidade não se apresenta como uma surpresa para o demandante, visto que é sanção prevista em lei, já que ao demandante só cabe cobrar aquilo que lhe é devido, pois toda vantagem econômica deve possuir causa justa e legítima.

Ademais, só é possível ao juiz aplicar a sanção do art. 1.531 do CC/16 quando a prova dos autos evidenciar a cobrança indevida e a má-fé do demandante.

(4) Da jurisprudência do STJ sobre o tema

A imprescindibilidade da demonstração de má-fé do credor para impor a sanção civil do pagamento em dobro é o entendimento que tem sido adotado reiteradamente por esta Corte, inclusive já firmado em julgamento de tese repetitiva:

> Para os efeitos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, foi aprovada, por unanimidade, a seguinte tese: "A aplicação da sanção civil do pagamento

> em dobro por cobrança judicial de dívida já adimplida (cominação encartada no artigo 1.531 do Código Civil de 1916, reproduzida no artigo 940 do Código Civil de 2002) pode ser postulada pelo réu na própria defesa, independendo da propositura de ação autônoma ou do manejo de reconvenção, sendo imprescindível a demonstração de má-fé do credor.
>
> (REsp 1.111.270/PR, Rel. Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, j. 25/11/2015, DJe 16/2/2016)

A discussão sobre o meio processual para se pleitear a condenação do credor que pleiteia dívida já paga é matéria tormentosa, muito discutida nos Tribunais em razão da dicotomia entre sanção processual e sanção de direito material.

Aqueles que assemelham a cobrança de dívida já paga a litigância de má-fe, entendendo tratar-se de sanção processual, admitem a dedução da matéria na própria contestação do réu, nos embargos do devedor ou monitórios e até mesmo sua aplicação de ofício pelo juiz, conforme autoriza o art. 18 do CPC/73, que corresponde ao art. 81 do NCPC.

Para aqueles que vêem no instituto uma obrigação de direito material, entendem que a pretensão só pode ser pleiteada em ação própria, que pode ser uma reconvenção, salvo nas situações de ações dúplices e nas ações que tramitam pelo rito sumário.

A jurisprudência do STJ tem se posicionado no sentido da possibilidade de impor a sanção civil prevista no art. 1.531 do CC/16 até mesmo de ofício porque configura um exercício abusivo do direito de ação, assim como ocorre na litigância de má-fé.

A complementaridade entre a sanção civil do pagamento em dobro e a sanção processual da litigância de má-fé tem sido destacada nos julgados da Segunda Seção diante o objetivo comum de punir as partes que se utilizam do processo para conseguir objetivo ilegal. Daí por que os precedentes desta Corte têm se posicionado no sentido de que é aplicável por analogia o disposto no art. 18 do CPC/73.

Nesse sentido, confiram-se trechos de julgados que se debruçaram sobre o assunto:

> A sanção do art. 1.531 do CCivil deve ser aplicada pelo juiz sempre que verificar a existência de "demanda por dívida já paga." Não se exige uma nova ação, ou pedido reconvencional, uma vez que se trata de simples efeito do

reconhecimento de que o sedizente credor já estava satisfeito.

Assim, admitido pelo juiz que a dívida estava quitada, podia de ofício impor ao litigante malicioso a sanção de pagar em dobro o que estava indevidamente exigindo, uma vez que o pedido de falência contém também a possibilidade de elisão, isto é, de que se transforme em cobrança.

Como não se exige reconvenção nem ação própria para a condenação da parte que infringe dever processual, a obrigação de restituir em dobro, nos termos do art. 1.531 do CC, pode ser imposta no próprio processo em que se "demanda sobre dívida já paga", como ocorre com o pedido de falência. Fora desse entendimento, dificilmente haveria a aplicação do dispositivo legal.

(REsp 229.259/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 27/5/2003, DJ 1/9/2003, p. 290 – sem destaque no original)

Da natureza da sanção fixada no art. 1.531 do CC/16, depende a solução.

O referido dispositivo encontra-se inserido no Título VII do Livro III do CC/16, que dispõe sobre Obrigações por ato ilícito, e seu correspondente no CC/02 (art. 940) está incluído no Capítulo I do Título IX que trata da obrigação de indenizar. Assim, verifica-se que o novel legislador, portanto, considerou ato ilícito a cobrança indevida, estabelecendo o dever de indenizar àquele que foi demandado por dívida já paga.

Não obstante se tratar de norma de direito material, pode-se afirmar que o objetivo é punir o cometimento de ilícito processual, consubstanciado no abuso do exercício do direito de ação, isto é, ajuizar processo visando a cobrança de dívida já adimplida.

Não destoa a natureza da sanção estabelecida no art. 1.531 do CC/16 da penalidade por litigância de má-fé, definida no art. 18 do CPC, na medida em que em ambas as hipóteses o objetivo é o mesmo - punir a prática de ato processual ilícito.

Trilhando esta linha de raciocínio, é possível adotar para a hipótese prevista no art. 1.531 do CC/16 a mesma solução legal estabelecida para a litigância de má-fé, aplicando, por analogia, a regra definida no art. 18 do CPC que impõe que o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, condene o litigante de má-fé.

Assim, da mesma forma, a aplicação da penalidade do art. 1.531 do CC/16 deve ser considerada um dever do juiz a ser exercido, inclusive de ofício, quando constatado o pressuposto legal da cobrança indevida.

Como nas hipóteses de litigância de má-fé, o interesse público protegido pela norma justifica a repressão pelo juiz aos abusos cometidos pelos litigantes e à prática de qualquer ato contrário à dignidade da justiça, conforme estabelece o art. 125, III, do CPC.

Frise-se que o suposto credor, ao demandar por dívida já paga e praticar, de forma reiterada, atos processuais tendentes à cobrança indevida, provoca,

ilicitamente, a prestação jurisdicional e movimenta, de forma maliciosa, a máquina judiciária, ofendendo sobremaneira o Estado e, em consequência, o interesse público.

(REsp 608.887/ES, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 18/8/2005, DJ 13/3/2006, p. 315 – sem destaque no original)

[...]

Ademais, dada a complementaridade entre a sanção civil em tela e a penalidade processual por litigância de má-fé, ainda que possuam natureza jurídica distinta (REsp 1.339.625/GO, Quarta Turma, rel. Min. ***Marco Buzzi****, DJe de 14/02/2014), ambas são voltadas à punição dos demandantes que se utilizam do processo judicial para consecução de objetivo ilegal, afigura-se coerente a exegese no sentido da aplicação analógica da regra disposta no* caput *do artigo 18 do CPC*, segundo o qual:

Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

(...)

Com efeito, nos precisos termos de NOBERTO BOBBIO (*in* Teoria Geral do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2008), o direito positivo, com fundamento na premissa de completude sistêmica, vai de certa forma negar a existência de espaços vazios na ordem posta, "preenchendo-os" com normas. Assim, autorizado por norma geral inclusiva, o aplicador do direito tem competência para proceder à extensão analógica, enquanto processo interpretativo, de regra que prevê solução jurídica de um caso a outro que lhe é similar.

Nessa ordem de ideias, resguardando a boa-fé nas relações jurídicas e o interesse público de garantia da dignidade da justiça, incumbirá ao juiz, inclusive de ofício, a condenação do autor (imbuído de má-fé) ao pagamento em dobro ou do equivalente exigido a maior em virtude da conduta ilícita descrita no artigo 1.531 do Código Civil de 1916 (artigo 940 do Código Civil de 2002).

Em que pese a aludida sanção estar inserida em norma de direito material, constata-se que sua transgressão se dá por meio de um exercício abusivo do direito de ação, assim como ocorre em algumas das condutas tipificadas nos artigos 16 e 17 do CPC, o que autoriza a interpretação analógica acima destacada, a despeito da diversidade dos objetos jurídicos tutelados.

(REsp 1.111.270/PR, Rel. Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, j. 25/11/2015, DJe 16/2/2016 – sem destaque no original)

Além das considerações sobre a natureza jurídica da cobrança de dívida já paga, esta Corte já se pronunciou em voto do em. Ministro *Luis Felipe Salomão*

no sentido de que não é necessário o manejo de ação ou pedido contraposto com fundamento nos princípios da boa-fé e da finalidade econômica e/ou social do direito.

Confira-se a ementa e trecho do aresto:

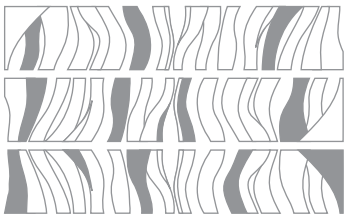
> Ação de cobrança. Demanda por quantia indevidamente paga. Má-fé do demandante afirmada como incontroversa pelo acórdão. Aplicação da sanção prevista no artigo 1.531 do Código Civil de 1916, correspondente ao artigo 940 do novo Código Civil. Desnecessidade de reconvenção ou ação autônoma. Possibilidade em contestação. Recurso especial provido.
>
> 1. A aplicação do artigo 1.531 do Código Civil de 1916, reproduzido no artigo 940 do Código Civil de 2002, não depende da propositura de ação autônoma ou de que a parte a requeira em sede de reconvenção.
>
> Precedentes.
>
> 2. Restando incontroversa a má-fé do demandante afirmada pelo Tribunal de origem, nada impede que este aplique a regra inserta no artigo 1.531 do CC/1916, sendo lícito ao demandado utilizar qualquer via processual para pleitear a sua incidência.
>
> 3. Recurso especial provido.
>
> [...]
>
> Contudo, o Tribunal recorrido, apesar de reconhecer a comprovada má-fé do Condomínio recorrido, estabeleceu outra condição ao cumprimento do artigo 1.531 do CC/1916: o seu requerimento em sede de reconvenção ou a propositura de ação própria.
>
> Parece-me, contudo, que esse entendimento labora contra quem a norma pretendeu proteger, carreado-lhe um ônus que a lei não estabeleceu. A norma inserta no preceito em debate tem como objetivo punir aquele que se vale de uma ação judicial afim de obter valores que sabe já quitados.
>
> *Na verdade, essa interpretação contraria os princípios da boa-fé, da finalidade econômica e/ou social do direito e induz à pratica do abuso de direito e ao uso indevido da máquina judiciária, não traduzindo a intenção do legislador, que é justamente tutelar os atos contrários ao direito.* [...]
>
> (REsp 661.945/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 17/8/2010, DJe 24/8/2010 – sem destaque no original)

Em suma, considerando a necessidade de uniformização da jurisprudência interna do STJ diante do dissídio de teses jurídicas sobre o momento oportuno para o pedido de condenação na penalidade por cobrança de dívida já paga, é o caso de se conhecer da divergência para firmar a tese de que é possível que a

alegação seja feita no curso do processo, e até mesmo poderá ser determinada pelo juiz de ofício, desde que fique comprovada a má-fé e a parte tenha tido a possibilidade de se defender sobre a matéria.

Nessas condições ***conheço*** dos embargos de divergência e lhes ***nego provimento*** para manter a tese do acórdão embargado.

É o voto.



Terceira Turma

RECURSO ESPECIAL N. 1.581.075-PA (2016/0022095-1)

Relator: Ministro Moura Ribeiro
Recorrente: Danone Ltda
Advogados: Savio de Faria Caram Zuquim e outro(s) - DF009191
Sílvia Zeigler - SP129611
Antônio de Pádua Soubhie Nogueira - SP139461
Sávio Barreto Lacerda Lima e outro(s) - PA011003
Antonio Cezar Peluso - SP018146
Recorrido: Distribuidora de Laticinios do Para Ltda - EPP
Recorrido: L. M. Fernandes & Cia. Ltda - EPP
Advogado: Armando Grelo Cabral e outro(s) - PA004869

EMENTA

Processual Civil. Direito Civil e Empresarial. Recurso especial. *Recurso manejado sob a égide do CPC/73*. Ação de indenização por danos materiais e morais. Resolução de contrato de distribuição. Violação do art. 565 do CPC/73. Inovação recursal. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Revaloração dos fatos e provas. Possibilidade. Fatos constitutivos do direito do autor. Prova. Ausência. Exceção do contrato não cumprido. Culpa concorrente não configurada. Onerosidade excessiva. Não ocorrência. *Supressio* não caracterizada. Recurso especial provido.

1. É inviável a análise da tese de nulidade do acórdão de origem diante do indeferimento do pedido para adiar o julgamento para sustentação oral, não suscitada no momento oportuno, por se tratar de indevida e inusitada inovação recursal.

2. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional, tampouco em fundamentação deficiente se o Tribunal de origem apreciou de maneira suficiente e fundamentada as questões que lhe foram deduzidas, apenas solucionando a controvérsia em sentido contrário a pretensão da recorrente.

3. A revaloração das provas e dos fatos expressamente transcritos e delineados no acórdão recorrido não encontra óbice na Súmula n. 7 do STJ.

4. A procedência do pedido se deu com base em mera presunção de veracidade das alegações iniciais, impondo-se reconhecer que as autoras não se desincumbiram do ônus probatório que lhes competia no processo, a teor do disposto no art. 333, I, do CPC/73.

5. Na hipótese, as distribuidoras pretendem ser indenizadas por danos materiais e morais decorrentes da celebração de instrumentos de confissão de dívida que lhes impingiram onerosidade excessiva. No entanto, o acervo fático-probatório delimitado no acórdão recorrido não permite concluir que houve culpa da ré no ato danoso.

6. Nos contratos bilaterais, caracterizados pela existência de direitos e deveres recíprocos, não é dado a um dos contratantes reclamar a prestação do outro antes de cumprida a sua própria (art. 476 do CC/02).

7. A culpa concorrente, embora possa ser estendida à responsabilidade contratual, só deve ser admitida em casos excepcionais, quando não se cogita de preponderância causal manifesta e provada da conduta do agente. Doutrina.

8. A configuração da culpa concorrente exige a simultaneidade dos atos jurídicos. Em consequência, a sucessividade no descumprimento dos deveres contratuais implica o seu afastamento. Na hipótese, o inadimplemento relevante foi o das autoras, que não honraram com o pagamento dos produtos adquiridos para distribuição.

9. Não configura onerosidade excessiva os riscos ordinários assumidos nas relações negociais no exercício da autonomia privada das partes contratantes. Inteligência do Enunciado n. 366, aprovado na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: *O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação.*

10. No caso, o inadimplemento das distribuidoras com o posterior parcelamento do débito em 70 vezes por instrumento de confissão de dívida constituiu risco negocial assumido para garantir a continuidade do contrato, não se incluindo o endividamento daí resultante no conceito de fato imprevisível ou extraordinário.

11. A *supressio* indica a possibilidade de se considerar suprimida uma obrigação contratual, na hipótese em que o não exercício pelo

credor do direito correspondente gere no devedor a justa expectativa de que esse não exercício se prorrogará no tempo.

12. As circunstâncias fáticas traçadas no acórdão recorrido não permitem concluir que tenha sido criada uma justa expectativa de continuidade do contrato de distribuição. A renegociação do pagamento das dívidas das distribuidoras não poderia ter sido interpretada como renúncia ao direito da credora de resolver motivadamente o contrato de distribuição, diante do inadimplemento do pactuado nas confissões de dívida.

13. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). Debora Ines Kram Baumöhl Zatz, pela parte recorrente: Danone Ltda

Brasília (DF), 19 de março de 2019 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

DJe 22.3.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: Trata-se de recurso especial interposto nos autos de ação indenizatória c.c. danos materiais e morais ajuizada por *Distribuidora de Laticínios do Pará Ltda.-EPP* e *L.M. Fernandes e Cia. Ltda. (Distribuidoras)* contra *Danone Ltda. (Danone)* objetivando a reparação dos prejuízos causados em virtude da resolução dos contratos de distribuição de mercadorias que celebraram.

O Juízo da 1ª Vara Cível de Belém/PA julgou o pedido procedente e condenou a *Danone* a pagar os danos materiais, morais e lucros cessantes no valor correspondente as compras efetuadas pelas *Distribuidoras* no período de novembro de 2006 a novembro de 2008, corrigido pelo INPC do IBGE (e-STJ, fls. 5.743/5.748).

O recurso de apelação interposto por *Danone* foi provido em parte pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará para reformar a sentença proferida pelo juízo de primeiro grau e julgar parcialmente procedentes os pedidos da ação diante do reconhecimento da culpa concorrente no rompimento do contrato, condenando a *Danone* ao pagamento de danos materiais no valor da soma total das compras feitas pelas *Distribuidoras* durante o período de novembro de 2006 a novembro de 2009, dividido por 1/12 (um doze avos), e, danos morais no montante de R$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais), ambos devidos juros, pelo INPC, desde a citação e correção do a partir da rescisão do contrato. Os honorários advocatícios foram fixados em 10% do valor da condenação. O acórdão recebeu a seguinte ementa:

> *Empresarial e Processual Civil. Ação de indenização por danos materiais e morais. Rescisão de contrato de representação, distribuição, transporte e merchandising. Nulidade da sentença. Julgamento* extra petita. *Não caracterizado. Correlação entre sentença e pedidos da inicial. Falta de provas. Onerosidade excessiva do contrato. Comprovada. Inadimplência das representantes. Configurada. Culpa concorrente. Aplicabilidade. Redução do valor da indenização. Compensação. Impossibilidade. Inexistência de reconvenção ou pedido contraposto. Apelação conhecida e parcialmente provida.*
>
> *I.* Não se concebe nulidade da sentença por suposto julgamento *extra petita* se há identidade entre o dispositivo da sentença e os pedidos da inicial, configurando, desse modo, a congruência objetiva entre o pleito delimitado na fase postulatória e a tutela jurisdicional formalizada na fase decisória.
>
> *II.* Em relação a falta de provas da onerosidade excessiva criada no contrato, tem-se que tal circunstância está devidamente evidenciada nos autos, através de compreensão contextual do contrato comercial, a partir do qual, verifica-se que a Apelante - enquanto representada - poderia ter rescindido o contrato assim que as autoras se tornaram inadimplentes, mas preferiu manter o negócio jurídico, estabelecendo às representantes, outras obrigações absurdas e impossíveis de serem integralmente cumpridas.
>
> *III.* Lado outro, não se pode considerar que a rescisão do contrato se deu exclusivamente por ação da Apelante, na medida em que as autoras, ora Apeladas, mantiveram-se inadimplentes com pagamento de duplicatas originadas na relação contratual.

IV. Na perspectiva da teoria da causalidade adequada, a inadimplência das autoras também constitui circunstância decisiva para o ato de rescisão contratual.

V. Firma-se, *in casu*, que ambos contratantes tiveram responsabilidade pela rescisão do contrato, situação que caracteriza mitigação da responsabilidade civil da Apelante, haja vista a concorrência de culpa, aplicável, excepcionalmente, às relações contratuais.

VI. Quanto ao pedido de compensação, assinala-se tratar de pleito originário no presente apelo, sem correspondência com as impugnações específicas da contestação ou, pela via adequada, que seria a ação reconvencional, na exata dicção do art. 315, do CPC.

VII. ***Apelação conhecida e parcialmente provida***. (e-STJ, fls. 5.829/5.830)

Contra esse acórdão foram apresentados embargos de declaração por *Danone* que foram conhecidos e parcialmente acolhidos para *(1)* corrigir a data final do período base da indenização por danos materiais, estabelecendo-se como novembro de 2008; *(2)* substituir o INPC pela taxa *Selic* como índice de correção dos danos materiais e morais; e, *(3)* fixar como termo inicial da atualização dos danos morais a data do arbitramento, isto é, 29/5/2015. Veja-se a ementa:

Embargos de declaração. Preliminar de inépcia. Afastada. Possibilidade de cumulação de danos decorrentes de investimentos e lucros cessantes. Art. 473, parágrafo único do CC. Omissões e contradição. Contrato de representação comercial, transporte, distribuição e merchandising. Rescisão contratual. Danos morais e materiais. Caracterizados. Erros materiais configurados. Período base da indenização dos danos materiais e índice de juros e correção monetária dos danos. Taxa Selic. Contradição. Termo inicial da correção dos danos morais. Data do arbitramento. Súmula 362 STJ. Correção do julgado. Embargos conhecidos e providos em parte.

I. Não se afigura violação ao art. 295, parágrafo único, inc. IV, do CPC em decorrência da cumulação de pedidos de reparação por lucros cessantes e indenização dos investimentos;

II. Verificada a ocorrência de erros materiais em relação ao período base do cálculo da indenização, vez que constou no acórdão o período de novembro de 2006 a novembro de 2009, quando deveria, na verdade, *constar de novembro de 2006 a novembro de 2008*; bem como no tocante ao índice de juros aplicável aos danos, devendo ser corrigido o indexador INPC pela taxa *Selic*, a qual já reflete os juros de mora e a correção monetária, conforme precedentes do STJ;

III. Além disso, necessário sanar a contradição no que se refere ao termo inicial de incidência da correção dos danos morais, porquanto, na esteira da Súmula 362 do STJ, a correção se dará a partir do arbitramento, e não do evento danoso.

> *IV.* No mais, mantém-se incólume o acórdão guerreado, haja vista que as demais alegações da embargante não são aptas a conceber efeito modificativos aos embargos, inexistindo, outrossim, qualquer outra omissão ou contradição.
>
> *V.* Embargos conhecidos e providos em parte. (e-STJ, fl. 5.874)

Inconformada, *Danone* interpôs o presente recurso especial com fundamento no art. 105, III, "a", da CF, alegando preliminarmente *(1)* a nulidade do acórdão de origem diante do indeferimento do pedido de sustentação oral, além de sustentar que *(2)* o julgado é nulo porque se omitiu sobre diversas questões de mérito sustentadas na apelação e nos aclaratórios, o que lhe compromete também a fundamentação, infringindo os arts. 131, 165, 282, III, 300, 505, 515, 485, II, e 535, 1 e II, do CPC/73; *(3)* foram violados os arts. 130 e 333, I, do CPC/73 porque a onerosidade excessiva depende de prova; *(4)* a onerosidade excessiva pressupõe a existência de extrema desvantagem para um dos contratantes em razão de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, circunstâncias que não foram descritas no julgado, violando o art. 478 do CC/02; *(5)* exerceu legitimamente seu direito de resolver o contrato de distribuição, não havendo que se falar em abuso de direito, o que caracteriza ofensa aos arts. 187 e 188, I, do CC/02; *(6)* a teoria da *supressio* não se aplica ao caso, infringindo o acórdão *a quo* o princípio do boa-fé previsto nos arts. 113, 421 e 422 do CC/02; *(7)* o art. 476 do CC/02 foi violado porque o contrato de distribuição é bilateral e, sendo assim, a inadimplência por uma das partes acarreta sua resolução; *(8)* a solução adotada no acórdão *a quo* violou os arts. 884 e 886 do CC/02 diante da indenização milionária fixada, resultando no enriquecimento sem causa das *Distribuidoras* que tiveram reconhecida uma indenização superior ao valor do débito; *(9)* os arts. 27, "j" e 35, "c", da Lei n. 4.886/65 (Lei de Representação Comercial) foram violados pois, além de não reger a hipótese dos autos, a aplicação das penalidades previstas nas normas mencionadas pressupõe inexistência de justa causa; *(10)* a inicial é inepta porque cumulou pedidos indenizatórios incompatíveis entre si, já que o pedido de indenização dos investimentos realizados exclui automaticamente o pedido de lucros cessantes, caracterizando ofensa aos arts. 267, I e 295, I, parágrafo único, IV, do CPC/73 e 473 e 720 do CC/02; *(11)* a petição inicial delimitou a causa, destacando os investimentos feitos para adimplir o negócio, razão por que o acórdão afrontou os limites do pedido consoante o disposto nos arts. 128, 293 e 460 do CPC; *(12)* os lucros cessantes devem ser certos, impossibilitando a indenização dos danos hipotéticos, o que ofendeu o art. 402 do CC/02; *(13)* a culpa concorrente é incompatível com a indenização integral por rompimento de contrato sem

justa causa prevista no art. 27, "j", da Lei n. 4.886/65, o que viola a essência do art. 945 do CC/02, sendo que, no caso, a indenização deveria ter sido reduzida proporcionalmente a 1/24 (um vinte e quatro avos) do valor líquido das compras efetivamente feitas e quitadas no período indicado no acórdão (novembro de 2006 a novembro de 2008); *(14)* se mantida a condenação, a base de cálculo deverá considerar apenas compras efetivamente realizadas, contabilmente lançadas e devidamente quitadas, abatendo-se todas as notas que tenham sido canceladas ou objeto de devolução (total ou parcialmente), bem como abatendo-se os impostos devidos e descontos, sob pena de violação do art. 27, "j", da Lei n. 4.886/65 que determina como critério para o arbitramento do dano material a "retribuição auferida" pelos distribuidores; *(15)* o acórdão determinou que a liquidação se dará por simples cálculos aritméticos, o que viola os arts. 475-A, 475-C, 475-D e 475-J do CPC/73, uma vez que a liquidação por arbitramento é obrigatória na hipótese; *(16)* os arts. 186 e 927 do CC/02 foram violados porque o simples inadimplemento contratual não determina, em regra, dano moral indenizável; *(17)* o indeferimento da compensação pelo Tribunal de origem violou os arts. 326 e 333, II, do CPC/73 porque compensação é matéria de defesa e, como tal, independe de reconvenção ou pedido contraposto; e, *(18)* o acórdão violou o art. 21 do CPC/73 ao fixar a sucumbência recíproca porque as *Distribuidoras* decaíram da maior parte do pedido, constituindo-se devedoras dos honorários advocatícios a favor dos patronos da *Danone*.

As contrarrazões não foram apresentadas, conforme certificado à e-STJ, fl. 5.928.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro (Relator): De plano, vale pontuar que o presente recurso foi interposto com fundamento no CPC/73, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, com a interpretação dada pelo Enunciado n. 2, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016:

> Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Conforme constou no relatório, o presente recurso especial foi interposto nos autos de ação indenizatória c.c. danos materiais e morais objetivando a reparação dos prejuízos causados em virtude da resolução dos contratos de distribuição de mercadorias celebrados entre as *Distribuidoras*, que atuam em Belém do Pará - PA, e a *Danone*.

O Juízo da 1ª Vara Cível de Belém/PA julgou o pedido procedente e condenou a *Danone* a pagar os danos materiais, morais e lucros cessantes no valor correspondente as compras efetuadas pelas *Distribuidoras* no período de novembro de 2006 a novembro de 2008, corrigido pelo INPC do IBGE (e-STJ, fls. 5.743/5.748).

O recurso de apelação interposto por *Danone* foi provido em parte pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará para reformar a sentença proferida pelo juízo de primeiro grau e julgar parcialmente procedentes os pedidos da ação diante do reconhecimento da culpa concorrente no rompimento do contrato, condenando aquela ao pagamento de danos materiais no valor da soma total das compras feitas pelas *Distribuidoras* durante o período de novembro de 2006 a novembro de 2009, dividido por 1/12 (um doze avos), e, danos morais no montante de R$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais), mais juros desde a citação, pelo INPC, e correção desde o rompimento do contrato. Os honorários advocatícios foram fixados em 10% do valor da condenação.

Contra esse acórdão foram apresentados embargos de declaração por *Danone* que foram conhecidos e parcialmente acolhidos para *(1)* corrigir a data final do período base da indenização por danos materiais, estabelecendo-se como novembro de 2008; *(2)* substituir o INPC pela taxa *Selic* como índice de correção dos danos materiais e morais; e, *(3)* fixar como termo inicial da atualização dos danos morais a data do arbitramento, isto é, 29/5/2015.

Daí o manejo do presente recurso especial com fundamento no art. 105, III, "a", da CF alegando, em síntese, *(1)* preliminar de nulidade diante do indeferimento do pedido de sustentação oral na origem, além de sustentar *(2)* negativa de prestação jurisdicional e nulidade do acórdão por fundamentação deficiente; *(3)* falta de prova do direito constitutivo das *Distribuidoras*; *(4)* o contrato de distribuição é bilateral e, sendo assim, a inadimplência por uma das partes acarreta sua resolução; *(5)* ausência de onerosidade excessiva; *(6)* inaplicabilidade da teoria da s*upressio*; e, subsidiariamente, *(7)* impossibilidade de cumulação de verbas indenizatórias (lucros cessantes e indenização por investimentos feitos negócio); *(8)* fixação do valor indenizatório sem observar a

culpa concorrente; *(9)* necessidade de determinar a liquidação por arbitramento; *(10)* ausência de fundamento para a condenação por danos morais; *(11)* cabimento da compensação; e, *(12)* não cabimento da sucumbência recíproca.

(1) Da nulidade em razão do indeferimento do pedido de sustentação oral na origem

A preliminar de nulidade do acórdão de origem diante do indeferimento do pedido para adiar o julgamento para sustentação oral não pode ser conhecida.

A *Danone* lançou as seguintes razões no recurso especial para sustentar a alegada ofensa ao art. 565 do CPC/73:

> Por último, cumpre notar que a recorrente, por seus novos advogados nos autos, requereram o *adiamento do julgamento para sustentação oral*, com fulcro no art. 565 do CPC, o que foi indeferido pelo DD. Des. Relator, na sessão de julgamento (doc. 02), sob argumento de que não haveria prejuízo, pois havia outros advogados constituídos nos autos, e os atuais não teriam juntado procuração. Mas o adiamento do julgamento por uma sessão é direito da parte, consoante já decidiu esse *STJ*, razão por que o indeferimento do pedido de adiamento, seja aos novos advogados, seja aos então patronos, significou *ofensa ao art. 565 do CPC*, impondo a anulação dos vv. acórdãos (para que seja retomado o julgamento da apelação, com oportunidade de sustentação oral). Ademais, o novo procurador tinha, sim, procuração outorgada nos autos, embora pudesse pedir o adiamento sem juntá-la de plano (art. 37 do CPC). (e-STJ, fls. 5.898/5.899 – destaques no original)

Além da evidente deficiência na fundamentação, por falta de indicação de que modo teria sido violado o art. 565 do CPC/73 (Súmula n. 284 do STF), *a* ***Danone*** *deixou de se insurgir contra o alegado indeferimento da sustentação oral no momento oportuno, no caso, nos embargos de declaração*. A matéria foi suscitada apenas nas razões do recurso especial, caracterizando indevida e inusitada *inovação recursal*, o que torna inviável a análise do pleito diante da configuração da preclusão consumativa.

Ressalte-se que na certidão de julgamento do acórdão nem sequer consta que houve pedido de adiamento da sessão de julgamento para sustentação oral (e-STJ, fl. 5.830).

Além disso, tampouco há nos autos decisão do Tribunal *a quo* indeferindo o pedido de adiamento da sessão de julgamento porque a publicação acostada ao recurso especial só disse o seguinte:

Inicialmente, o Des. Relator, monocraticamente, indeferiu as petições do Apelante. A primeira (protocolo 201501801473-45) em razão de norma regimental vedar vista e juntada aos autos com pedido de julgamento e a segunda (protocolo 201501828680-98), além da mesma razão do indeferimento anterior, em face da petição não vir acompanhada de nova procuração ou substabelecimento e, havendo procurador habilitado nos autos, não haverá prejuízo à apelante no julgamento do feito. (e-STJ, fl. 5.925)

Sobre a inovação recursal, confiram-se os precedentes desta Corte:

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação monitória. Extinção do processo por abandono. Intimação pessoal do autor e de seu advogado via Diário da Justiça. Alegação de violação aos arts. 75 e 280 do CPC/2015. Inovação recursal. Acórdão em harmonia com a jurisprudência desta Corte. Súmula 83/STJ. Revisão das conclusões estaduais. Impossibilidade. Necessidade de reexame do acervo fático-probatório dos autos. Súmula 7/STJ. Agravo interno desprovido.

1. A alegação de ofensa aos arts. 75 e 280 do CPC/2015 somente foi trazida nas razões do recurso especial, constituindo indevida inovação recursal, o que torna inviável a análise do pleito ante a configuração da preclusão consumativa.

2. Tendo o acórdão recorrido decidido em consonância com a jurisprudência desta Casa, incide, na hipótese, o enunciado n. 83 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que abrange os recursos especiais interpostos com amparo nas alíneas a e/ou c do permissivo constitucional. Precedentes.

3. A revisão da conclusão estadual - acerca da intimação da recorrente e de seu patrono no prazo legal para dar andamento ao feito - demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, providência vedada na via estreita do recurso especial, ante o óbice disposto na Súmula 7/STJ.

4. Razões recursais insuficientes para a revisão do julgado.

5. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 1.345.310/GO, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 17/12/2018, DJe 1/2/2019 – sem destaque no original)

Agravo interno no recurso especial. Processual Civil (CPC/2015). Agravo de instrumento. Arbitramento de honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença. Desnecessidade de vinculação aos limites percentuais previstos no § 3º do art. 20 do CPC/73. Arbitramento feito com base na equidade. Revisão do quantum *arbitrado a título de honorários sucumbenciais. Possibilidade restrita aos casos em que se verifique exorbitância ou irrisoriedade. Precedentes desta Corte no sentido de que a irrisoriedade restaria configurada quando não observado o piso de 1%. Configuração na espécie.* ***Alegada preclusão consumativa concernente aos honorários. Tese suscitada apenas na interposição do agravo interno. Indevida inovação recursal. Agravo interno desprovido***.

(AgInt no REsp 1.690.906/GO, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 19/11/2018, DJe 21/11/2018 – sem destaque no original)

(2) Da negativa de prestação jurisdicional e fundamentação deficiente

A *Danone* afirmou que apesar da oposição dos embargos de declaração, o Tribunal *a quo* não se manifestou sobre os vícios apontados nos aclaratórios e deixou de fundamentar o acórdão impugnado.

Não há falar em omissão ou ausência de fundamentação do acórdão recorrido que apreciou as questões que lhe foram submetidas, embora de forma desfavorável a pretensão da recorrente.

Com efeito, o julgador não está obrigado a responder a todos os questionamentos formulados pelas partes, cabendo-lhe apenas indicar a fundamentação adequada ao deslinde da controvérsia, observadas as peculiaridades do caso concreto.

Sem adentrar no acerto ou desacerto do julgamento, o Tribunal *a quo*, de forma clara, fundamentada e suficiente, consignou expressamente que *(1)* é possível cumular os pedidos de reparação por lucros cessantes e indenização dos investimentos; *(2)* a fundamentação da causa de pedir pelas *Distribuidoras* com base no art. 473, parágrafo único, do CC/02 não representa uma vedação à possibilidade de cumular pedido de indenização a título de lucros cessantes, além do que o fundamento legal citado na petição inicial não vincula o juiz; *(3)* a alegação de que os pedidos de reparação por lucros cessantes e indenização dos investimentos são incompatíveis entre si por se tratar de contrato empresarial por tempo indeterminado não foi feita nas razões da apelação, o que caracteriza indevida inovação recursal; *(4)* a mitigação da responsabilidade civil em virtude do reconhecimento da culpa concorrente foi considerada no julgado, uma vez que o art. 27, "j", da Lei de Representações Comerciais dispõe que o mínimo legal para indenização da parte representante será justamente 1/12 (um doze avos), ou seja, a reparação civil do representante já está fixada no patamar mínimo, não podendo ser quantificada em valor inferior, sob pena de se mitigar em excesso a responsabilidade civil da *Danone*, desconsiderando, assim, a sua culpa concomitante; *(5)* os fundamentos fáticos da onerosidade excessiva foram analisados, tendo sido explicitados os motivos que denotaram a culpa da *Danone*, a qual se evidenciou através de sucessivos pactos que subverteram o equilíbrio contratual entre as partes; *(6)* não há incerteza quanto a base da indenização por danos materiais fixados, que abrange tão somente as compras de produtos que

as *Distribuidoras* efetivamente realizaram, segundo as notas fiscais constantes nos autos; *(7)* quanto à forma de liquidação de sentença, é possível se alcançar o *quantum debeatur* mediante simples cálculo aritmético, além do que nada impede a alteração da forma de liquidação de sentença por ocasião da fase executiva; *(8)* o dano moral foi devidamente fundamentado e valorado; *(9)* a compensação não configura matéria de defesa mas sim pretensão do réu, deixando a *Danone* de formular o pedido pelo meio processual adequado – reconvenção ou pedido contraposto na contestação; *(10)* a fixação dos honorários de sucumbência no montante de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação já denota com máxima clareza a existência de sucumbência recíproca no caso concreto dos autos; *(11)* não há necessidade individualização da indenização em favor das *Distribuidoras* porque os danos morais e materiais dizem respeito a ambas em regime claro de solidariedade (e-STJ, fls. 5.874/5.884).

Ademais, a jurisprudência desta Casa é pacífica ao proclamar que *se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte* (AgRg no AREsp 529.018/MS, Rel. Ministro *Sidnei Beneti*, Terceira Turma, DJe 1º/9/2014).

No mesmo sentido, vejam-se os seguintes julgados:

> Processo Civil. Agravo regimental em recurso especial. Cumprimento de sentença. Decisão do juiz da causa. Inexistência de conteúdo decisório e de gravame para a parte. Irrecorribilidade. Jurisprudência do STJ. Violação dos arts. 165, 458 e 535 do CPC. Não ocorrência.
>
> *1. Considera-se improcedente a arguição de ofensa aos arts. 165, 458 e 535 do CPC quando o Tribunal* a quo *se pronuncia, de forma motivada e suficiente, sobre os pontos relevantes e necessários ao deslinde da controvérsia.*
>
> 2. O que distingue o despacho da decisão interlocutória impugnável via agravo de instrumento é a existência ou não de conteúdo decisório e de gravame para a parte. Jurisprudência do STJ.
>
> 3. Agravo regimental desprovido.
>
> (AgRg no REsp n. 1.309.949/MS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado aos 5/11/2015, DJe de 12/11/2015 - sem destaque no original).

> Agravo regimental no agravo em recurso especial. Civil. Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Responsabilidade civil. Dano moral. Publicação de matéria jornalística ofensiva à honra da parte autora. Dano moral caracterizado. Violação dos arts. 165, 458, II, e 535 do CPC. Omissão e falta de fundamentação inexistentes. Ofensa aos arts. 186, 188, I, e 927 do Código Civil. Ato ilícito e nexo

> de causalidade comprovados. Pleito de revisão do *quantum*. Desnecessidade. Verba fixada em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Reforma do julgado. Incidência da Súmula n. 7 do STJ. Dissídio jurisprudencial. Não comprovado.
>
> *1. Não há falar em violação dos arts. 165, 458, II, e 535 do CPC quando o Tribunal de origem resolveu fundamentadamente as questões pertinentes ao litígio, mostrando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes.* [...]
>
> 5. Agravo regimental não provido.
>
> (AgRg no REsp n. 1.422.943/RJ, da minha relatoria, Terceira Turma, julgado aos 20/10/2015, DJe de 11/11/2015 - sem destaque no original).

Nesse contexto, o julgado apreciou de maneira suficiente e fundamentada as questões que lhe foram deduzidas, apenas solucionando-a de forma diversa da almejada pela *Danone*.

Portanto, ponto omisso no julgado não há, pois entendimento contrário ao interesse da parte e omissão são conceitos díspares.

(3) Da falta de prova do direito constitutivo das ***Distribuidoras*** *(art. 333, I, do CPC/73)*

A matéria controvertida submetida a análise desta Corte Superior diz respeito a responsabilidade pela resolução do Contrato de Representação Comercial, Distribuição, Transporte e *Merchandising* firmado entre a *Danone* e as *Distribuidoras*, que atuavam em Belém do Pará.

O Tribunal de origem entendeu que houve culpa concorrente das partes no rompimento contratual diante da inadimplência das *Distribuidoras* e da onerosidade excessiva imposta pela *Danone* em razão de instrumentos de confissão de dívida com a estipulação de cláusulas leoninas, o que resultou em uma dívida vultosa e impossível de ser solvida, com a finalidade de impor a resolução do contrato.

Veja-se o que constou no acórdão recorrido:

> [...] a Ré sustenta que não há provas de que a formalização do contrato tenha, de alguma forma, causado ilimitada onerosidade às Autoras e, por isso mesmo, gerado um desiquilíbrio econômico; não houve - segundo a recorrente - prova firme e demonstrativa da onerosidade criada no contrato.
>
> Todavia, *a* ***comprovação da onerosidade excessiva*** *criada pela Apelante está basicamente evidenciada na sucessão de instrumentos de confissão de dívida e*

débito que as partes constituíram, sendo legítimo concluir que o negócio jurídico se viciou quando, inobstante a reiterada inadimplência das autoras, a Ré, ainda assim, manteve-se indiferente, formando e estabelecendo ***novos créditos*** *em desfavor daquelas, possibilitando o aumento considerável do valor da dívida.*

A compreensão do magistrado de primeiro grau, nesse ponto, mostra-se acertada quando fundamenta que (fls. 6.213/6.218-vol. XXXII):

> (...) Certo é que a Danone, diante da inadimplência das autoras, com o mais alto grau de dolo, preparou um contrato impossível de ser cumprido para impor a rescisão do contrato de distribuição (...) A primeira condição, imposta pela cláusula 7.1 do contrato de folha 6.130, seria que, após a assinatura do contrato, as autoras só poderiam comprar novos produtos à vista, ou seja, a *Danone* só remeteria seus produtos mediante a comprovação do pagamento antecipado. Assim como o fabricante não recebe à vista do distribuidor, este igualmente não recebe à vista do varejo. (...) A cláusula 2ª do contrato, que prevê pagamento semanal, combinada com a cláusula 7.1, que exige o pagamento antecipado na compra de mercadorias, para um distribuidor já com problemas de caixa, é irrecusavelmente contraditória (ou perplexa)

Não há como negar que os instrumentos de confissão de dívida e assunção de débito evidenciam com bastante clareza um desiquilíbrio econômico do contrato. De fato, a par dessas novas obrigações, as autoras se viram em situação totalmente desfavorável na formatação bilateral, haja vista que constituíram uma dívida vultuosa, sem qualquer possibilidade de saldá-la. E a Apelante tinha perfeitas condições de saber que tais prestações seriam inadimplidas, mas, mesmo assim, preferiu manter a relação contratual como forma de aumentar mais ainda seu crédito perante as autoras.

Na verdade, a ***Danone Ltda.*** *teve o direito de não adimplir com suas obrigações e rescindir motivadamente o pacto assim que se caracterizou a inadimplência da empresa* ***L. M. Fernandes & Cia Ltda - ME****, ou seja, por ocasião do primeiro contrato de confissão de dívida, promessa de pagamento e constituição de garantia (****12/02/2009****)*, contudo, aquiesceu a mantença da relação contratual, instituindo obrigações novas e, renovou essa conduta, por ocasião do *secundário contrato de assunção de débito formalizado em* ***19/05/2009***, criando assim, um plexo de prestações absurdas e impossíveis diante da situação das autoras.

Quando a Apelante firmou o instrumento de confissão de dívida, promessa de pagamento e constituição de garantia (fls. 6.115/6.118-vol. XXXI) sabia ou pelo menos poderia prever, que as autoras estavam em dificuldade econômica, posto que não conseguiram solver dívidas oriundas de duplicatas anteriormente emitidas. Ainda assim, menos de três meses depois, a Apelante formalizou com as Apeladas um instrumento de assunção de débito, promessa de pagamento e dação em pagamento (fls. 6.122/6.131-vol. XXXI), no qual estabeleceu novas obrigações às

autoras que conjuntamente tornaram o adimplemento do contrato impossível às autoras.

Observe-se as seguintes cláusulas: *d) cláusula 2 - cria obrigação de pagamento parcelado em 70 vezes de dívida de R$-1.037.761,55 (um milhão, trinta e sete mil e setecentos e sessenta e um reais e cinquenta e cinco centavos)*, com prestações que variavam entre R$-7.500,00 (sete mil e quinhentos reais) e R$-350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais); *ii) cláusula 2.4 - institui a possibilidade de a Apelante reter créditos da Cessionária* no valor de R$-10.000,00 (dez mil reais) como forma de amortização do débito principal, sendo que se média dos créditos for inferior a este valor, a cessionária deveria complementar; *iii) cláusula 7.1 - cria a obrigação para a Cessionária de pagamento à vista nos casos de compra de novas mercadorias.*

[...]

Conclui-se, portanto, que havia efetivamente justo motivo para rescisão unilateral por parte da Apelante, em que pese não tenha se utilizado dessa faculdade para rescindir contemporaneamente, já que esta preferiu manter o vínculo comercial com as autoras, mesmo já existindo débitos vultuosos relacionados ao contrato de representação, distribuição, transporte e merchandising. (e-STJ, fls. 5.824/5.839)

O Tribunal de origem presumiu que diante da inadimplência das *Distribuidoras* a *Danone* poderia prever que elas estavam em dificuldade econômica e não poderiam cumprir o avençado nos instrumentos de confissão de dívida, celebrados aos 12/02/2009 e 19/05/2009. Donde concluiu que tais instrumentos foram firmados com o objetivo de extrair de seu inadimplemento causa hábil à resolução dos contratos de distribuição.

Nesse contexto, evidencia-se que houve má-valoração das provas dos autos pelo Tribunal *a quo* no que concerne a fixação da culpa da *Danone* pela inadimplência das *Distribuidoras* e à existência de nexo de causalidade com a celebração de instrumentos de confissão de dívida com o objetivo de aumentar sobremaneira o seu crédito.

A demonstração de desequilíbrio econômico dos contratos de confissão de dívida e parcelamento do débito dependia da produção de prova técnica contábil ou de natureza econômico-financeira para que se pudesse concluir a respeito de eventual onerosidade decorrente do parcelamento da dívida e dos pagamentos semanais, da exigência de compra dos produtos à vista e da impossibilidade econômica das *Distribuidoras* cumprirem o avençado. Tais fatos são insuscetíveis de presunção.

O parecer contábil juntado com a inicial não se presta para tal fim. A perícia foi realizada objetivando apurar eventual excesso de execução decorrente

dos índices de correção e dos encargos indevidos utilizados na cobrança da dívida (e-STJ, fls. 150/156).

Ademais, intimadas para especificar provas, as *Distribuidoras* deixaram transcorrer o prazo sem manifestação (e-STJ, fls. 5.738/5.743).

Na espécie, é patente a fragilidade das provas do fato constitutivo do direito das *Distribuidoras* e incontestável que a procedência do pedido se deu com base em mera presunção de veracidade das alegações iniciais.

Portanto, dos fatos e documentos que integram o acórdão, impõe reconhecer que as *Distribuidoras* não se desincumbiram do ônus probatório que lhes competia no processo, a teor do disposto no art. 333, I, do CPC/73 (atual art. 373, I, do NCPC).

(4) Da exceção do contrato não cumprido e da não configuração da culpa concorrente

Nos contratos bilaterais, caracterizados pela existência de direitos e deveres recíprocos, não é dado a um dos contratantes reclamar a prestação do outro antes de cumprida a sua própria, nos termos do art. 476 do CC/02:

> Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

O fundamento da norma legal reside na equidade, devendo existir uma *execução simultânea das obrigações*, conforme leciona NELSON ROSENVALD:

> *O sistema jurídico pretende que haja uma* ***execução simultânea*** *das obrigações*. A boa-fé objetiva e a segurança do comércio jurídico demandam o respeito pelas obrigações assumidas de modo a unir o destino das duas obrigações, de forma que cada uma só será executada à medida que a outra também o seja. Trata-se de uma verdadeira situação de interdependência, que assegura não apenas o interesse das partes na realização da finalidade comum (função social interna), mas satisfaz a ordem social que procura pelo adimplemento como imposição de justiça comutativa (função social externa).
>
> A aplicação da exceção é a maneira de assegurar que as obrigações recíprocas se mantenham coesas, a fim de que uma das partes só possa ser compelida a prestar seu compromisso caso a outra proceda de igual modo. Note-se que, enquanto o descumprimento for temporário, a *exceptio* servirá como forma de pressão, hábil a compelir o devedor a executar sua obrigação, preservando a unidade indivisível do contrato, vista de maneira complexa e global, além de servir de garantia contra as consequências de uma inexecução definitiva. *Todavia,*

> *constatando-se a impossibilidade total de cumprimento, deverá o credor lesado pleitear a resolução contratual pelo inadimplemento, desvinculando-se da relação obrigacional* (art. 475 do CC). (**Código Civil Comentado**. Coord. MIN. CEZAR PELUSO. São Paulo: Manole, 2007, p. 371 – sem destaque no original).

A inadimplência das *Distribuidoras* configurou motivo legal para a resolução do contrato, afastando o dever de indenizar.

Em que pese a inadimplência das *Distribuidoras*, a *Danone* não deixou de lhes fornecer os produtos, apenas pactuou a dilação do pagamento dos atrasados através de instrumentos de confissão de dívida. Uma vez não cumprida a obrigação, a *Danone* notificou as *Distribuidoras* com a finalidade de formalizar a resolução contratual (e-STJ, fls. 242/247).

Diante da regra da bilateralidade, a culpa concorrente, embora possa ser estendida à responsabilidade contratual, *só deve ser admitida em casos excepcionais, quando não se cogita de preponderância causal manifesta e provada da conduta do agente* (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 59).

O acórdão do Tribunal Estadual concluiu que a inadimplência das ***Distribuidoras*** *não sobressai como única causa direta da descontinuidade do negócio jurídico firmado entre as partes contratantes, haja vista que a Apelante se manteve convenientemente inerte para o aumento do crédito* (e-STJ, fl. 5.837).

Não há na presumida intenção da *Danone* de constituir uma "dívida vultosa" culpa concorrente.

A concorrência de culpas demandaria que a causa do inadimplemento, por ato recíproco das partes, derivasse do mesmo evento. Se há *sucessividade* no descumprimento de cada uma das partes, deve ser buscado o primeiro inadimplemento relevante do contrato e, a partir dele, reconher-se à outra parte o direito de opor, como matéria de defesa, a exceção do contrato não cumprido.

Extrai-se do substrato fático-probatório dos autos que o primeiro inadimplemento relevante foi o das *Distribuidoras*, que não honraram com o pagamento dos produtos adquiridos da *Danone* recebidos para distribuição, o que impede a aplicação da teoria da concorrência de culpas.

Sobre culpa concorrente e fatos sucessivos, confira-se o precedente da Terceira Turma, da relatoria da Ministra *Nancy Andrighi*:

> Processo Civil. Ação de reintegração de posse e ação de rescisão de contrato, propostas por cada um dos titulares das posições contratuais, reciprocamente.

Contrato de arrendamento de estaleiro. Condição resolutiva consubstanciada na entrada em eficácia, na data fixada no instrumento, de contratos a serem firmados pela arrendatária para construção de embarcações no imóvel. Constante prorrogação da data-limite para referidas construções. Posterior mudança do controle acionário da arrendante, com substantiva redução patrimonial. Reconhecimento, pelo Tribunal, de hipótese de culpa concorrente para a rescisão da avença, distribuindo-se de maneira equânime as responsabilidades. Impossibilidade. *Necessidade de fatos simultâneos para caracterização de culpa concorrente. Rescisão que deve se orientar pelo princípio da causalidade adequada*. Discussão sobre a possibilidade de a arrendatária apresentar exceção de contrato não cumprido. Necessidade de anulação do acórdão, para que novo julgamento seja promovido.

- *O reconhecimento de culpa concorrente, desenvolvido para as hipóteses de responsabilidade civil por ato ilícito é, em princípio, passível de extensão para as hipóteses de inadimplemento contratual. Contudo, para a aplicação desse princípio é necessário que ambas as partes tenham dado causa à rescisão do contrato por ato simultâneo*.

- *Na hipótese em que, pela análise dos termos do acórdão recorrido, verifica-se a identificação de condutas independentes e isoladas, praticadas por cada uma das partes, o princípio da culpa concorrente deve ser afastado*.

- Afastado o fundamento do acórdão recorrido, só é possível o julgamento direto da causa na hipótese de não ser necessário revolvimento da matéria fática. Do contrário, convém promover a anulação do acórdão, para que outro seja exarado em seu lugar, com apreciação da matéria.

- Para identificação da responsabilidade pela rescisão do contrato, e consequente avaliação sobre a regularidade do exercício da exceção de contrato não cumprido por uma das partes, deve ser buscada a causa adequada da rescisão. Assim, se o inadimplemento da arrendante do estaleiro, consubstanciado no esvaziamento de seu capital, ocorreu no momento em que, pelo prazo contratual remanescente, já não seria mais possível à arrendatária cumprir sua prestação, tal adimplemento deve ser considerado irrelevante, buscando-se a causa da rescisão na conduta anterior da arrendatária, que será, portanto, civilmente responsável por seu inadimplemento. Contudo, será da arrendante a responsabilidade pela rescisão se no momento do esvaziamento de seu capital ainda fosse possível à arrendatária cumprir o contrato porque: (i) havia justa expectativa de prorrogação do prazo contratual, com base no reiterado comportamento das partes e observado os cânones da boa-fé objetiva; (ii) ainda que não se cogite de prorrogação do prazo, fosse ainda possível, no plano fático, que ela cumprisse sua sua prestação no exíguo prazo remanescente. Todas essas questões deverão ser reavaliadas pelo Tribunal no novo julgamento da causa.

Recurso especial de CCN provido para o fim de anulação do julgamento. Recurso especial de Niterói prejudicado.

> (REsp 725.963/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 23/2/2010, DJe 18/5/2010 – sem destaques no original)

(5) Da onerosidade excessiva

A resolução contratual por onerosidade excessiva requer a coexistência de três pressupostos: *(1)* estipulação de um contrato de execução continuada ou diferida no tempo; *(2)* superveniência de um acontecimento extraordinário que gere onerosidade excessiva; e, *(3)* imprevisibilidade do acontecimento extraordinário.

É o que se extrai do art. 478 do CC/02:

> Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Foi KARL LARENZ o grande sistematizador da doutrina da imprevisão. Defendeu a possibilidade de alteração das bases do contrato como forma de se evitar que ele provocasse uma desarrazoada desproporção entre a prestação e a contraprestação.

Confira-se o seu ensinamento:

> *La ley há estabelecido uma interessante regulación especial em los supuestos de modificación de las bases del negocio. Si en el transcurso del arriendo tiene lugar una alteración essencial "de aquelas relaciones que eran decisivas para la fijación del contenido del contrato", cada una de las partes podrá instar judicialmente la modificación del contenido dicho (excepto em cuanto a su duración, que sólo puede ser prorrogada a tenor del § 8), y sólo en el caso de que a consecuencia de la alteración las obligaciones bilaterales de ambos contratantes, teniendo em cuenta la duración del contrato, hayan "inurrido en una grave desproporción"* (**Derecho de obligaciones**. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1959. p. 257).

O ordenamento civil anterior não tratava desse instituto (imprevisão) que no Código Civil vigente foi disciplinado em seção própria do capítulo referente a extinção dos contratos (arts. 476 a 478). Colhe-se da doutrina que:

> No direito brasileiro, o Código Civil de 1916 não tratava desse instituto, tendo sua aplicação baseada no direito pretoriano. O Código Civil de 2002, suprindo esta lacuna, veio a regular a matéria em três artigos em capítulo próprio.

> Começa a tratar a matéria no art. 478: "Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação".
>
> Esse dispositivo introduz no Código Civil brasileiro de 2002 a fórmula 'rebus sic stantibus' ("enquanto as coisas estão assim"), sob inspiração do art. 1.467 do Código Civil italiano, referindo-se aos contratos de execução continuada ou diferida (de trato sucessivo ou a termo), em que é possível aplicar-se a teoria da imprevisão, limitadora do 'pacta sunt servanda', princípio que rege a força obrigatória dos contratos (MONTEIRO, Washington de Barros 'et ali'. **Curso de Direito Civil 5**. Direito das Obrigações. 2ª parte. 41ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 114-115).

A despeito de não incluído no ordenamento anterior, o instituto da onerosidade excessiva não era desconhecido da doutrina e da jurisprudência. Tanto é assim que PONTES DE MIRANDA já se referia a ele nos anos 50:

> *Assim no direito privado como em direito público, somente se há de atender, a favor do devedor, à mudança de circunstâncias, quando a continuidade das circunstâncias faz parte do conteúdo do negócio jurídico, ou se foi concluído tendo-se em conta, acordemente, circunstâncias cuja persistência ou aparição seria de esperar-se, ou se à resolução ou resilição do negócio jurídico é preferível, para o que há de atenuar as consequências, que se proceda a reajuste ou a revisão de contrato.*
>
> É preciso que, a par da onerosidade excessiva, haja, para o credor, lucro inesperado e injustificável conforme o tráfico. Não há limite 'a priori' para esse lucro, porque depende do uso do tráfico. Também ele há de ser excessivo.
>
> A sanção normal é a resilição, salvo se o credor admite o abatimento; ou o abatimento, salvo se o credor prefere a resilição (**Tratado de Direito Privado**. Parte especial. Tomo XXV. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1959. p. 263 - sem destaque no original).

MARIA HELENA DINIZ, em seu "Curso de Direito Civil Brasileiro", elucida, acerca da onerosidade excessiva:

> O princípio da autonomia da vontade não é onímono, mas sofre limitações, oriundas do dirigismo contratual, que, ao invocar a supremacia do interesse público, ínsita no princípio da socialidade do direito, intervém na economia do contrato, aplicando normas de ordem pública e impondo a adoção de sua revisão judicial. Isso acontece quando da superveniência de casos extraordinários e imprevisíveis por ocasião da formação do contrato, que o tornam, de um lado, excessivamente oneroso para um dos contraentes, gerando a impossibilidade

> subjetiva de sua execução, e acarretam, de outro, lucro desarrazoado para a outra parte. Isso é assim porque impera o entendimento de que, se se permitisse aos contratantes convencionar, a seu bel-prazer, o ato negocial, estipulando quaisquer cláusulas sem que o juiz pudesse intervir, mesmo quando se arruinasse uma das partes, a ordem jurídica não cumpriria o seu objetivo de assegurar a igualdade econômica, ou melhor, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Por isso, nos arts. 478 a 480 do Código Civil operou-se a revivescência da 'rebus sic stantibus' em termos mais adequados à realidade econômico-social.
>
> *Assim, a onerosidade excessiva, oriunda de evento extraordinário e imprevisível, que dificulta extremamente o adimplemento da obrigação de uma das partes, é motivo de resolução contratual, por se considerar subentendida a cláusula 'rebus sic stantibus', que corresponde à fórmula de que, nos contratos de trato sucessivo ou a termo, o vínculo obrigatório ficará subordinado, a todo tempo, ao estado de fato vigente à época de sua estipulação*. A parte lesada no contrato por esses acontecimentos supervenientes, extraordinários e imprevisíveis, que altera, profundamente a economia contratual, desequilibrando as prestações recíprocas, poderá, para evitar enriquecimento sem causa ou abuso de direito por desvio de finalidade econômico-social, sob a falsa aparência de legalidade, desligar-se de sua obrigação, pedindo a rescisão do contrato ou o reajustamento das prestações recíprocas, por estar na iminência de se tornar inadimplente tendo em vista a dificuldade de cumprir o seu dever (30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 183-183 – sem destaque no original).

Convém pontuar, como fez com mestria ORLANDO GOMES, que a onerosidade excessiva constitui hipótese em que o cumprimento da obrigação se torna extremamente custoso para a parte prejudicada.

Confiram-se os seus ensinamentos:

> *A onerosidade excessiva na prestação é apenas obstáculo ao cumprimento da obrigação. Não se trata, portanto, de inexecução por impossibilidade, mas de extrema dificuldade*. Contudo, não se pode dizer que é voluntária a inexecução por motivo de excessiva onerosidade. Mas, precisamente porque não há impossibilidade, a resolução se realiza por motivo diverso.
>
> Para a resolução do contrato é preciso, em primeiro lugar, que seja excessiva a diferença de valor do objeto da prestação entre o momento de sua perfeição e o da execução. *A onerosidade há de ser objetivamente excessiva, isto é, a prestação não deve ser excessivamente onerosa apenas em relação ao devedor, mas a toda e qualquer pessoa que se encontre em sua posição* (**Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 214-215 – sem destaques no original).

A doutrina citada ressalta a necessidade da ocorrência de evento extraordinário e imprevisível para que fique caracterizada a onerosidade excessiva.

Configurada a onerosidade excessiva, *a demanda judicial deve ser proposta na iminência do inadimplemento contratual, mas antes que ele ocorra*, momento em que o aderente se vê sufocado economicamente, atingindo o "*limite do sacrifício*" a que se referiu CLÓVIS V. DO COUTO E SILVA na magistral obra "A Obrigação como Processo". Confira-se:

> Antes de entrarmos no exame do problema, convém esclarecer que, com aplicação do princípio da boa-fé, se amenizaram em muitos casos soluções que externamente eram ou seriam consideradas injustas, tendo em vista a sua extraordinária dificuldade, que fazia equiparar com a impossibilidade, equiparação essa não decorrente de uma mera equidade do momento, ou de ocasião, mas derivada de uma proposição jurídica, de uma norma não escrita. [...] *Daí surgiu o conceito de "limite do sacrifício"* ('Opfergrenze'). O que se deve entender, entretanto, por limite de sacrifício e qual é a sua fundamentação? A fundamentação que então se encontrou foi ainda o conceito material de relação jurídica, como algo dimanante da justiça comutativa; em sua essência, tal como pensava o Estagirita. Historicamente, o maior problema para aplicação, e daí, também, até certo ponto, a recusa em pensar até o fim na idéia de relação jurídica como em que a justiça comutativa é imanente, foi o princípio da autonomia. [...] Certo (...) a vontade é a principal fonte de direitos e obrigações, mas não a única. (...) *Por esse motivo, a teoria do limite de sacrifício não a exila ou afasta do campo da ciência do direito, mas também não lhe pode dar uma extensão a ponto de tornar a relação jurídica algo meramente formal*.
>
> No conceito material de relação jurídica é que se adentra o conceito de justiça comutativa como algo imanente ao vínculo, como algo que não afasta a autonomia privada, mas que também não capitula em nome do princípio da autonomia da vontade, quando este outra coisa não é senão mera ficção (Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. pp. 104/105 - sem destaques no original).

A doutrina de ORLANDO GOMES, mais uma vez, fornece imprescindíveis lições a esse respeito. Ensina que o pedido judicial fundado na onerosidade excessiva deve ser intentado quando o cumprimento da obrigação se tornar insustentável, porém *antes de ocorrido o inadimplemento*. Confira-se seu raciocínio:

> A inexecução por onerosidade excessiva distingue-se das demais causas de resolução por aspectos singulares. *O pedido de resolução há de partir do contratante que está na iminência de se tornar inadimplente pela dificuldade de cumprir a obrigação*. Embora a futura inexecução não seja propriamente voluntária, a resolução deve ser pronunciada antes que se verifique. Tais particularidades diferenciam-na, nitidamente, das outras causas de resolução dos contratos.

> O fato de se tornar a prestação excessivamente onerosa, nas circunstâncias exigidas, não autoriza o devedor a declarar extinto o contrato. *A onerosidade excessiva não dissolve o contrato de pleno direito*. Necessária a decretação judicial, ocorrendo, por conseguinte, mediante sentença judicial. [...]
>
> A resolução não é, no caso, consequência da inexecução. Há de ser pleiteada antes que a obrigação seja cumprida. Se já foi, não tem cabimento o pedido. *Não pode o devedor tornar-se inadimplente e pretender em seguida que o contrato seja resolvido, como no caso de impossibilidade. Se incorre em 'mora solvendi', o credor, não obstante a agravação da onerosidade, tem direito a requerer a resolução do contrato por inexecução culposa ou declará-lo rescindido, se há pacto comissório expresso* (**Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 218-219 – sem destaques no original)

A demanda judicial deve ser proposta quando, verificada a onerosidade excessiva, a prestação estiver na iminência de não mais poder ser cumprida pela asfixia financeira do aderente.

RUY ROSADO DE AGUIAR, embasado em DARCY BESSONE DE OLIVEIRA, pontua que a falta de pagamento por uma das partes gera a extinção anormal do contrato, configurando-se o inadimplemento. Outra causa de extinção anormal do pactuado é a onerosidade excessiva, que não se confunde com o inadimplemento do devedor. Veja-se:

> A extinção do contrato que deriva do pagamento é a que se pode chamar de dissolução 'normal' do negócio; *são causas de extinção 'anormal' do contrato*, que se extingue antes de alcançar o fim para o qual foi estipulado: as causas contemporâneas à celebração (tais como a nulidade, anulação, lesão, abuso de direito) e as *causas supervenientes*, dentre as quais se incluem a impossibilidade superveniente, *o inadimplemento do devedor, a onerosidade excessiva*, a manifestação da vontade das partes, por consenso ou unilateral, a morte nas obrigações personalíssimas, a falência, a decadência ou a prescrição (**Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, vol. VI, tomo II, pág. 34 – sem destaques no original).

O fato extraordinário ***não se trata de pequenas alterações – que já se inserem nos riscos ordinários das partes -, afinal em toda relação obrigacional pequenas perdas são naturais e se inserem na álea ordinária das partes*** (ROSENVALD, Nelson. **Código Civil Comentado**. Coord. MIN. CEZAR PELUSO. São Paulo: Manole, 2007, p. 374 – sem destaque no original).

No mesmo sentido é o *enunciado n. 366*, aprovado na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: ***O fato extraordinário e imprevisível***

causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação.

Claro está que o pressuposto da existência de extrema desvantagem a um dos contratantes em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis não se encontra presente no caso.

O inadimplemento das *Distribuidoras* com o posterior parcelamento do débito em 70 vezes por instrumento de confissão de dívida constitui *risco negocial* inerente assumido para garantir a continuidade do contrato, não se incluindo no conceito de fato imprevisível ou extraordinário.

Sob o viés do Direito Empresarial, o *Enunciado n. 29 da I Jornada de Direito Comercial* diz que ***aplicam-se aos negócios jurídicos entre empresários a função social do contrato e a boa-fé objetiva (arts. 421 e 422 do Código Civil), em conformidade com as especificidades dos contratos empresariais***.

BERTRAND WANDERER afirma existir incompatibilidade entre a onerosidade excessiva e a conduta empresarial diante do risco assumido pelas empresas no mundo dos negócios:

> Alusivamente ao abordado quanto ao risco da atividade empresarial, ficou assentado que, nas avenças comerciais, existe, de maneira latente, a possibilidade de, por razões previsíveis ou imprevisíveis, restarem frustradas as expectativas que orientaram a conclusão do negócio. Como visto, *a característica fundamental de toda e qualquer empresa é a existência de atividade contendo risco em grau relevante*, motivo pelo qual eventual desproporção entre as prestações quando das contratações no exercício da empresa é algo inerente à práxis empresarial. Ressalte-se, mais uma vez, que será por intermédio do contrato que se poderá eliminar possibilidades de mais perdas e de distribuí-las entre os agentes econômicos (distribuição recíproca dos riscos).
>
> Ademais, a organização, outra característica inerente à atividade empresarial, evita a alegação de eventual vício de consentimento. *A prática de atos consecutivos de maneira organizada, como consequência do exercício de atividade com utilização de capital, sugere que o empresário, sopesando os riscos do negócio, somente contrate quando houver probabilidade real de ganhos mínimos*.
>
> (**Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos Empresariais**. São Paulo: Ed. Saraiva Jur. 2018, p. 173 – sem destaques no original)

No contrato de distribuição celebrado entre as partes deve vigorar o princípio da autonomia privada, com cada um dos contratantes avaliando, por si, suas necessidades e possibilidades, bem assim os riscos do negócio que objetivam formalizar.

(6) Da supressio

O princípio da boa-fé objetiva exerce três funções *(1)* a de regra de interpretação (art. 113 do CC/02); *(2)* a de fonte de direitos e de deveres jurídicos (art. 422 do CC/02); e, *(3)* a de limite ao exercício de direitos subjetivos (art. 187 do CC/02):

> Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.
>
> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.
>
> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

A função de limitar o exercício de direitos subjetivos (art. 187 do CC/02), permite valorar o comportamento dos contratantes, atribuindo-lhe a pecha de abusivo se houver quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas.

Nesta função limitadora se encontra a teoria do adimplemento substancial das obrigações e a teoria dos atos próprios: *surrectio*, *supressio*, *tu quoque* e vedação ao comportamento contraditório.

O instituto da *supressio diz-se da situação do direito que não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé* (NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994, p. 185).

Segundo FLÁVIO TARTUCE, *supressio significa a supressão, por renúncia tácita, de um direito ou de uma posição jurídica, pelo seu não exercício com o passar dos tempos* (**Direito Civil- Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 11ª edição, 2016, p. 111).

Assim, a *supressio* indica a possibilidade de se considerar suprimida uma obrigação contratual, na hipótese em que o não exercício pelo credor do direito correspondente incuta no devedor a justa expectativa de que esse não exercício se prorrogará no tempo.

A doutrina aponta dois requisitos para que se configure a *supressio* ***(i)*** *o decurso do prazo sem exercício do direito com indícios objetivos de que o direito não*

mais seria exercido; ***(ii)*** *o desequilíbrio, pela ação do tempo, entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor* (MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, p. 217/218).

O acórdão recorrido consignou que a ***Danone*** *tem responsabilidade pela rescisão contratual, e, assumiu a conveniente posição de inércia para depois se ver constituída em crédito de grande monta, exigível das Apeladas. Ocorreu, para Apelante a figura da* supressio *no que se refere a possibilidade hígida de rescisão contratual unilateral no exato instante em que verificou a prévia inadimplência contratual das representantes* (e-STJ, fl. 5.836).

As circunstâncias fáticas traçadas no acórdão recorrido não permitem concluir que tenha sido criada uma justa expectativa de continuidade do contrato de distribuição. Com efeito, nada impediria o rompimento contratual por justa causa pela *Danone* diante do inadimplemento do pactuado nas confissões de dívida pelas *Distribuidoras*.

Além disso, na hipótese não se operou longo decurso de prazo, visto que ambos os instrumentos de confissão de dívida foram celebrados em 2009, no curto interregno de três meses entre um e outro – 12/02/2009 e 19/05/2009.

A renegociação do pagamento do passivo das *Distribuidoras* não poderia ter sido interpretada como renúncia ao direito da *Danone* de resolver motivadamente o contrato de distribuição, se as devedoras tornassem a inadimplir o avençado.

A teoria da *supressio* deve ser interpretada conforme a boa-fé. Uma vez que as *Distribuidoras* se comprometeram a pagar a dívida para evitar a resolução dos contratos, o inadimplemento da obrigação não poderia militar a favor delas e, em uma completa inversão de valores, fundamentar a condenação da *Danone*, que foi quem colaborou para o melhor encaminhamento da relação jurídica de direito material.

A propósito, confira-se precedente que se assemelha à situação em debate:

> Processo Civil e Direito Civil. Direitos reais. Servidão de água. Estabelecimento. Condição resolutiva. Extinção pela autossuficiência em captação da água pelo prédio dominante, por fonte independente. Ação pleiteando o cumprimento da servidão. Propositura por condomínio. Legitimidade. Litisconsórcio ativo necessário. Inexistência. Hipótese de litisconsórcio ativo facultativo unitário. Litisconsórcio passivo entre o prédio serviente e a União. Inexistência. Competência da Justiça Federal. Inexistência. Julgamento de improcedência do pedido pelo Tribunal local. Consideração de que foi implementada a condição

> estabelecida para que se extinguisse a servidão. Aplicação do princípio da boa-fé objetiva, em seu aspecto de vedação de comportamentos contraditórios. *Supressio*. Equívoco. Impossibilidade de reconhecimento incidental da ineficácia do registro público. Necessidade de ação autônoma. *Princípio da boa-fé objetiva inaplicável para gerar a extinção de um direito, na espécie. Dever de colaboração adimplido pelos titulares do prédio dominante*. Necessidade de água. Bem público essencial à vida. Ponderação de valores. Impossibilidade de se privilegiar o uso comercial da água em detrimento de seu uso para o abastecimento das necessidades humanas. Recurso especiais conhecidos e parcialmente providos.
>
> [...]
>
> 9. A falta de requerimento de implementação da servidão por anos após firmado o contrato indica que o condomínio cumpriu com seu dever de colaboração, buscando seu abastecimento por fontes autônomas. Uma vez constatada a insuficiência dessas fontes, contudo, não se pode reputar caduca a servidão com fundamento no instituto da *supressio*. *O princípio da boa-fé objetiva não pode atuar contrariamente a quem colaborou para o melhor encaminhamento da relação jurídica de direito material*.
>
> 10. Se não há intuito protelatório na interposição de embargos de declaração, é imperativo o afastamento da multa fixada pelo art. 538 do CPC.
>
> 11. Recursos especiais conhecidos e parcialmente providos.
>
> (REsp 1.124.506/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 19/6/2012, DJe 14/11/2012 – sem destaque no original)

O entendimento do STJ é no sentido de que o instituto da *supressio* indica a possibilidade de um redimensionamento da obrigação pela *inércia qualificada de uma das partes*, durante o período da execução contratual, em exercer direito ou faculdade, criando para a outra parte a legítima expectativa de ter havido a renúncia aquela prerrogativa.

Sobre o tema, confiram-se os precedentes:

> Agravo interno. Agravo em recurso especial. Ação de cobrança. Alegação de violação do art. 535 do Código de Processo Civil de 1973. Inexistência. Recebimento de parcelas relativas à remuneração mínima mensal estabelecida em contrato. Prescrição. Fundamento do Tribunal de origem não impugnado. Súmula n. 283 do STF. Incidência do instituto da *supressio*.
>
> 1. O acórdão recorrido analisou todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia, não se configurando omissão, contradição ou negativa de prestação jurisdicional.
>
> 2. É inadmissível o recurso especial que não impugna especificamente os fundamentos do acórdão recorrido, suficientes, por si sós, à manutenção da conclusão a que chegou o Tribunal de origem (Súmula n. 283/STF).

3. A jurisprudência desta Corte já decidiu que a supressio indica a possibilidade de um redimensionamento da obrigação pela inércia qualificada de uma das partes em exercer um direito ou uma faculdade, durante o período da execução do contrato, criando para a outra parte a legítima expectativa de ter havido a renúncia àquela prerrogativa.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 296.214/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. 17/5/2018, DJe 22/5/2018 – sem destaques no original)

Recurso especial. Contrato. Promessa de compra e venda de combustíveis e derivados. Apelação. Regra do art. 514 do CPC. Atendimento. Aquisição de quantidade mínima de produtos. Inobservância no curso da relação contratual. Tolerância do credor. Cláusula penal. Inaplicabilidade. Princípio da boa-fé objetiva. Instituto da *suppressio*. Incidência. Honorários advocatícios. Súmula n. 7/STJ.

1. Trata-se de ação de cobrança de multa prevista em contrato de promessa de compra e venda de combustíveis e produtos derivados sob a alegação de que o posto de gasolina não adquiriu a quantidade mínima prevista.

2. A mera reiteração, nas razões do recurso de apelação, de argumentos apresentados na inicial ou na contestação não determina por si só ofensa ao art. 514 do Código de Processo Civil. Precedentes.

3. Segundo o instituto da suppressio, *o não exercício de direito por seu titular, no curso da relação contratual, gera para a outra parte, em virtude do princípio da boa-fé objetiva, a legítima expectativa de que não mais se mostrava sujeito ao cumprimento da obrigação, presente a possível deslealdade no seu exercício posterior.*

4. Hipótese em que a recorrente permitiu, por quase toda a vigência do contrato, que a aquisição de produtos pelo posto de gasolina ocorresse em patamar inferior ao pactuado, apresentando-se desleal a exigência, ao fim da relação contratual, do valor correspondente ao que não foi adquirido, com incidência de multa. Assim, por força do instituto da *suppressio*, não há ofensa ao art. 921 do Código Civil de 1916.

5. A revisão do montante fixado a título de honorários advocatícios, exceto se irrisórios ou exorbitantes, demanda o reexame de provas, atraindo o óbice da Súmula n. 7/STJ.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1.374.830/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 23/6/2015, DJe 3/8/2015 – sem destaques no original)

Desse modo, a teoria da *supressio* somente se aplica quando configurada a inércia qualificada de uma das partes, o que não resulta da dilação de prazo para pagamento do débito, com termo determinado e possibilidade de resolução do pactuado diante do não pagamento dos valores atrasados.

(7) Das questões subsidiárias

Diante do reconhecimento da improcedência da pretensão de ressarcimento de danos materiais e morais pelas *Distribuidoras* ficaram prejudicadas as questões subsidiárias alegadas no recurso especial, a saber: *(1)* impossibilidade de cumulação de verbas indenizatórias (lucros cessantes e indenização por investimentos feitos negócio); *(2)* fixação do valor indenizatório sem observar a culpa concorrente; *(3)* necessidade de determinar a liquidação por arbitramento; *(4)* ausência de fundamento para a condenação por danos morais; *(5)* cabimento da compensação; e, *(6)* não cabimento da sucumbência recíproca.

Em suma, é o caso de se dar provimento ao recurso especial para julgar improcedente a ação indenizatória c.c. danos materiais e morais diante da culpa exclusiva das *Distribuidoras* pela resolução dos contratos de distribuição em decorrência do inadimplemento delas, configurando a dilação do prazo para pagamento do débito e os instrumentos de confissão de dívida celebrados entre as partes negociação típica da praxe comercial, assumindo cada um dos contratantes os riscos inerentes ao pactuado de acordo com a autonomia privada conferida por lei.

Nestas condições, ***dou provimento*** ao recurso especial.

Em razão do provimento do presente recurso, condeno a *Distribuidora de Laticínios do Pará Ltda.-EPP* e a *L.M. Fernandes e Cia. Ltda.* ao pagamento das custas e despesas processuais a serem rateadas entre elas, além dos honorários advocatícios que fixo em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), de responsabilidade de cada uma delas, com base no art. 20, § 4º, do CPC/73. As custas e despesas processuais serão corrigidas monetariamente a partir de cada desembolso e os honorários a partir da publicação deste acórdão.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.631.278-PR (2016/0265893-1)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino
Recorrente: Mauricio Paulino
Recorrente: Adelina Paulino do Prado

Advogados: Flavio Pierro de Paula - PR041600
Mayra de Miranda Fahur e outro(s) - PR045274

EMENTA

Recurso especial. Direito Civil. Doação. Herdeiros necessários. Antecipação de legítima. Cláusula de inalienabilidade e usufruto. Morte dos doadores.

1. Controvérsia acerca da possibilidade de cancelamento de cláusula de inalienabilidade instituída pelos pais em relação ao imóvel doado aos filhos.

2. A doação do genitor para os filhos e a instituição de cláusula de inalienabilidade, por representar adiantamento de legítima, deve ser interpretada na linha do que prescreve o art. 1.848 do CCB, exigindo-se justa causa notadamente para a instituição da restrição ao direito de propriedade.

3. Possibilidade de cancelamento da cláusula de inalienabilidade após a morte dos doadores, passadas quase duas décadas do ato de liberalidade, em face da ausência de justa causa para a sua manutenção.

4. Interpretação do art. 1.848 do Código Civil à luz do princípio da função social da propriedade.

5. *Recurso especial provido*.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro (Presidente) e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de março de 2019 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

DJe 29.3.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de recurso especial interposto por *Mauricio Paulino* e *Adelina Paulino do Prado*, com fundamento na alínea "a" do inciso III do art. 105 da CF, contra o acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, cuja ementa está assim redigida:

> *Ação de cancelamento de cláusula de inalienabilidade. Imóvel gravado que fora doado aos autores, que pretendem vendê-lo. Doadores falecidos. Aplicação do art. 1.911 do CCB. Inexistência de indicação da particular conveniência econômica da venda e nem da sub-rogação da cláusula em outros bens a serem adquiridos. Autores que sequer indicam qual a necessidade da venda do bem. Impossibilidade de liberação irrazoada do imóvel. Assistência judiciária gratuita concedida. Recurso parcialmente provido.*

Em suas razões recursais, sustentaram a ofensa aos arts. 1.911 do CCB, 1109 do CPC/73, 5º da LICC, 5º, incs. XXII e XXIII, da Constituição, ao fundamento de que possuem o direito ao cancelamento do gravame de inalienabilidade, sem a necessidade de sub-rogação em outro imóvel, que onera o imóvel a eles doado pelos seus pais ainda em 2003. Disseram que o bem encontrava-se em usufruto aos doadores que, todavia, faleceram, não mais se justificando a cláusula a de inalienabilidade.

Ressaltaram o cerceamento do direito de propriedade e a insegurança no campo das relações jurídicas, retirando-se do imóvel a sua aptidão para circular e comprometendo a natural finalidade do patrimônio. Ressaltou a característica de interesse geral e privado da cláusula, a impossibilidade de instituição de uma restrição perpétua, não mais se justificando a sua manutenção. Pediram o provimento do recurso.

Não houve contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Eminentes Colegas. A controvérsia situa-se em torno da possibilidade de cancelamento de cláusula de inalienabilidade instituída pelos pais em relação ao imóvel doado aos filhos.

Antecipo que o presente recurso especial merece ser provido.

A Corte de origem condicionou o cancelamento das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade de imóvel urbano doado, nos idos de 2003, aos demandantes pelos seus pais, à demonstração da justa causa ou argumento para tanto razoável.

Relembro que o pai e a mãe dos demandantes faleceram, respectivamente, em 2010 e 2012, restando extinto o usufruto que sobre o imóvel possuíam, mas remanescendo vigentes as cláusulas restritivas: de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade.

As circunstâncias fáticas narradas pela origem, notadamente a ausência de justo motivo para a manutenção da manifesta restrição ao direito de propriedade dos autores 16 anos após a doação e quase 10 anos após o falecimento da doadora e 7 anos após o falecimento do doador, ao que se soma a função social da propriedade, entendo, são suficientes a fazer retornar o imóvel ao comércio jurídico, afastando-se dele as cláusulas que condicionam, sobremaneira, os direitos a serem exercidos sobre o patrimônio dos autores.

Este Superior Tribunal, ainda sob a vigência do CC/16, teve a oportunidade de interpretar o art. 1.676 do Código Civil de 1916 com ressalvas, admitindo-se o cancelamento da cláusula de inalienabilidade nas hipóteses em que a restrição, no lugar de cumprir sua função de garantia de patrimônio aos descendentes, representava lesão aos seus legítimos interesses.

A propósito:

> Civil. Pedido de alvará para desconstituição parcial de cláusula de impenhorabilidade. Imóvel rural. Solicitação de financiamento para desenvolvimento de atividade agropecuária. Cédula rural hipotecária. Código Civil anterior, art. 1.676. Exegese. Súmula n. 7-STJ.
>
> *I. A orientação jurisprudencial adotada pelo STJ é no sentido de se atenuar a aplicação do art. 1.676 do Código Civil anterior, quando verificado que a desconstituição da cláusula de impenhorabilidade instituída pelo testador se faz imprescindível para proporcionar o melhor aproveitamento do patrimônio deixado e o bem-estar do herdeiro, o que se harmoniza com a intenção real do primeiro, de proteger os interesses do beneficiário.*
>
> II. Caso que se amolda aos pressupostos acima, porquanto a pretensão de liberar da cláusula restritiva se destina a obter financiamento através de cédula rural hipotecária que grava apenas 20% da gleba e está vinculada ao desenvolvimento de atividade agropecuária.
>
> III. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula n. 7-STJ).

IV. Recurso especial não conhecido. (REsp 303.424/GO, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 02/09/2004, DJ 13/12/2004, p. 363)

Prestação de contas proposta contra a administradora de bem imóvel, a qual, porém, se opõe ao pedido mediante a assertiva de celebração de um negócio jurídico em que seu marido figurou como compromissário-comprador. Transação efetuada quando vigente a cláusula de inalienabilidade. Interpretação do art. 1.676 do Código Civil. Coisa julgada. Motivos da sentença. Questão prejudicial.

- *Segundo já decidiu a Quarta Turma do STJ, a regra restritiva à propriedade inscrita no art. 1.676 do Código Civil deve ser interpretada com temperamento, pois a sua finalidade foi a de preservar o patrimônio a que se dirige, para assegurar à entidade familiar, sobretudo aos pósteros, uma base econômica e financeira segura e duradoura. Hipótese em que a transação se fez de irmão a irmão há muitos anos, não negada pelos interessados, com a quitação integral do preço, sendo falecidos os promitentes-vendedores, de molde a dar ensejo ao cancelamento, no Cartório Imobiliário, dos gravames da inalienabilidade e da impenhorabilidade*.

- A coisa julgada incide apenas sobre o dispositivo propriamente dito da sentença, não sobre os motivos ou sobre questão prejudicial, salvante quanto a esta a propositura de ação declaratória incidental.

Recurso especial não conhecido. (REsp 89.792/MG, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 18/04/2000, DJ 21/08/2000, p. 135)

Direito Civil. Art. 1.676 do Código Civil. Clausula de inalienabilidade. Promessa de compra e venda. Validade, pelas peculiaridades da espécie. A regra restritiva a propriedade encartada no art. 1.676 do Codigo Civil deve ser interpretada com temperamento, pois a sua finalidade foi a de preservar o patrimônio a que se dirige, para assegurar a entidade familiar, sobretudo aos posteros, uma base econômica e financeira segura e duradoura. Todavia, não pode ser tão austeramente aplicada a ponto de se prestar a ser fator de lesividade de legítimos interesses, sobretudo quando o seu abrandamento decorre de real conveniência ou manifesta vantagem para quem ela visa proteger associado ao intuito de resguardar outros princípios que o sistema da legislação civil encerra, como se da no caso em exame, pelas peculiaridades que lhe cercam.

Recurso especial não conhecido. (REsp 10.020/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 09/09/1996, DJ 14/10/1996, p. 39.009)

Na vigência do Código Civil de 1916, a doutrina criticava a possibilidade do *dominus* clausular ampla e irrestritamente como inalienáveis os bens por ele transmitidos, especialmente aqueles integrantes da legítima dos herdeiros.

Pertinente a lição, sempre atual, de Orlando Gomes (*in Sucessões*. 15. ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 182-183):

> De resto, *a ojeriza volta-se contra a cláusula, em quaisquer circunstâncias*. A civilística francesa sempre lhe foi adversa. *Tende, entretanto, a admiti-la, se temporária e baseada num interesse sério. Argumenta-se que a autorização imotivada para tornar inalienáveis os bens da herança atenta contra o princípio da livre circulação das riquezas*, um dos pilares sobre o qual se apoia o ordenamento jurídico, comprometendo respeitáveis interesses sociais. Invocam-se, ademais, razões propriamente jurídicas para condená-la. *A proibição de alienar seria contrária aos princípios que dominam a propriedade. A faculdade de dispor é um dos atributos essenciais de domínio*, de sorte que a sua supressão pela vontade particular o desnaturaria. *O poder de disposição, inerente à propriedade, é ineliminável por verba testamentária, pois, não sendo autolimitável, também não pode ser importante a outrem, dado que os direitos do herdeiro se medem pelos do autor de herança.*
>
> (...)
>
> *Se, por esse aspecto, não constitui aberração jurídica, é, entretanto, insustável quando a proibição de alienar recai nos bens da legítima. Pertence ela de pleno direito aos herdeiros necessários, a eles devendo passar nas condições em que se encontram no poder do autor da herança*. Da circunstância de que constituem reserva inalterável, os bens da legítima devem transmitir-se tal como se achavam no patrimônio do defunto. Em consequência, quando ocorre o óbito do autor da herança a plenitude dos direitos não pode sofrer restrições, atentatórias, que são, da legítima expectativa convertida em direito adquirido.
>
> Não se justifica, realmente, a permissão de clausular a legítima. A preocupação do testador de preservar da adversidade o herdeiro necessário pode ser atendida por outros meios jurídico que não a sacrificam.
>
> De resto, a proteção visada pelo ascendente cauteloso se transforma, não raro, num estorvo, antes prejudicando do que beneficiando, ou numa inutilidade. Permitida, por outro lado, a livre disposição testamentária dos bens inalienáveis, nada impede que seu titular o grave, em testamento, com o mesmo ônus, e assim sucessivamente, permanecendo eles retirados da circulação por várias gerações.
>
> Necessário se torna, assim, abolir a prerrogativa de clausular os bens com a inalienabilidade, ao menos da legítima.

A cláusula de inalienabilidade representa uma severa restrição ao direito de propriedade, pois impede que o proprietário exerça um dos poderes inerentes ao domínio: o de dispor livremente do bem. É natural que, por integrar o seu patrimônio, possa dele se desfazer, recebendo, quiçá, contraprestação que mais seja benéfica aos seus interesses e, talvez, mais bem alcançando ao bem a sua devida função social.

A doutrina apura que, na Roma antiga, o patrimônio da família possuía caráter inalienável, sendo desonroso se desfazer dos bens dos antepassados.

O costume, com o tempo, perdeu força para, então, no ano de 69 d.C. retornar ao meio social no intuito de defender o patrimônio contra a dilapidação póstuma; como que uma reação ao *egoísmo e prodigalidade de seus descendentes*, época em que se difundiu a utilização da cláusula de inalienabilidade.

O Código Civil de 1916 a instituiu com força desmesurada, talvez por influência desse sentir desonroso herdado do costume romano, tanto que proibiu o cancelamento por decisão judicial da cláusula de inalienabilidade, fosse instituída *intervivos*, fosse instituída *causa mortis*, à exceção de eventual conflito entre interesse privado e público (desapropriação ou satisfação de tributos).

O dispositivo era assim redigido:

> *Art. 1.676.* A cláusula de inalienabilidade temporária, ou vitalícia, imposta aos bens pelos testadores ou doadores, não poderá, em caso algum, salvo os de expropriação por necessidade ou utilidade publica, e de execução por dívidas provenientes de impostos relativos aos respectivos imóveis, ser invalidada ou dispensada por atos judiciais de qualquer espécie, sob pena de nulidade.

Em alguns casos - contemporizo -, a cláusula da inalienabilidade se mostra razoável. Haverá casos em que ela vem ao encontro da intenção do doador e, *pari passu*, em benefício do donatário, imobilizando o bem sob a propriedade deste para assegurar-lhe um substrato financeiro garantidor de uma vida confortável.

Nem sempre, todavia, será assim, seja porque a imobilização do bem nas mãos dos donatários poderá não lhes garantir a subsistência, seja porque a própria função social do imóvel objeto do negócio a título gratuito resta por todo combalida, assumindo-se uma posição "antieconômica", nas palavras de Clóvis Bevilacqua, com a sua retirada do mercado por dilargadas décadas, cristalizando-o no patrimônio de quem dele não mais deseja ser o seu proprietário.

Sílvio Rodrigues já teve a oportunidade de defender, tratando da inalienabilidade firmada em sede de testamento, a inconveniência da previsão da cláusula de inalienabilidade. A propósito (*in Direito das Sucessões*, 25ª ed., Ed. Saraiva, 2002, p. 129):

> Considero a cláusula de inalienabilidade de manifesta inconveniência. Confere-se ao testador a faculdade de antever o porvir e de criar restrições, relativamente aos bens do herdeiro, para vigorarem dezenas de anos mais tarde. A experiência tem mostrado que a inserção dessas cláusulas, ao invés de ajudar o herdeiro, o prejudica.

> Ademais, a cláusula de inalienabilidade, como acima já foi apontado, é sempre má, por retirar bens do comércio, ainda que transitoriamente. Devia ser abolida da legislação, principalmente quando incidindo sobre a legítima do herdeiro necessário.

A constituição da cláusula, no caso concreto, deu-se sob a vigência do CC de 2002, em contexto em que os pais dos donatários ficaram como usufrutuários do bem, direito real que gravou o imóvel até o passamento dos usufrutuários.

Enquanto existia a causa, no caso, o usufruto, já que não se tem notícia de risco de prodigalidade ou de dilapidação de patrimônio na espécie, razoável entender-se pela manutenção das restrições (incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade), pois poderia mesmo comprometer o uso tranquilo por parte dos usufrutuários do bem, imiscuindo-se terceiros na relação com os usufrutuários/doadores.

Após a extinção do usufruto e a morte dos pais e doadores do imóvel, e, ainda, sem razão suficiente a fazer constrito o direito de propriedade dos autores, entendo que os proprietários devem voltar ao plenipotenciário exercício de direitos sobre a sua propriedade, não se extraindo do CCB orientação diversa.

Não por outro motivo, o atual Código Civil, no art. 1.848, passou a exigir que o instituidor da inalienabilidade, nos casos de testamento, indique expressamente uma justa causa para a restrição imposta, operando verdadeira inversão na lógica existente sob a égide do CC de 1916.

Se é verdade que a vontade do doador e instituidor da cláusula de inalienabilidade merece respeito, do mesmo modo, o direito de propriedade daquele que recebe o bem graciosamente merece a devida proteção.

Há de se exigir que o doador manifeste razoável justificativa para a imobilização de determinado bem em determinado patrimônio, sob pena de privilegiarem-se excessos de proteção ou caprichos desarrazoados.

Acerca da inovação legislativa trazida no CC de 2002, ponderaram **Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery** (*Código Civil Comentado*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1.580-1.581):

> 5. Cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre os bens da legítima. O CC 1.848 estabelece a possibilidade de o bem da legítima ser gravado pelo testador com cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, *excepcionalmente*: apenas incide quando exista justa causa. Em outras palavras, o que determina a validade da cláusula não é mais

> a vontade indiscriminada do testador, mas a existência de justa causa para a restrição imposta voluntariamente pelo testador. *Pode ser considerada justa causa a prodigalidade, ou a incapacidade por doença mental, que diminuindo o discernimento do herdeiro, torna provável que esse dilapide a herança.*

Perceba-se que o ato *intervivos* de transferência de bem do patrimônio dos pais aos filhos configura adiantamento de legítima e, com a morte dos doadores, passa a ser legítima propriamente dita, revelando-se, na verdade, importante o quanto prescreve o art. 1.848 do CCB para a solução da presente controvérsia.

Não havendo justo motivo para que se mantenha congelado o bem sob a propriedade dos donatários, todos maiores, que manifestam não possuir interesse em manter sob o seu domínio o imóvel, há de se cancelar as cláusulas que o restrigem.

Ante o exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso especial para, julgando procedente o pedido inicial, autorizar a extinção da restrição.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.634.844-SP (2016/0095955-8)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva
Recorrente: Banco Paulista S/A
Advogado: Monica Calmon Cezar Laspro - SP141743
Recorrido: Carbono Quimica Ltda em Recuperacao Judicial
Recorrido: Gestão Máxima Administração e Participação Ltda - EPP
Recorrido: Dipel Lubrificantes e Servicos Ltda 'em Recuperacao Judicial'
Advogado: Vicente Romano Sobrinho - SP083338

EMENTA

Recurso especial. Empresarial. Recuperação judicial. Paridade. Credores. Criação. Subclasses. Plano de recuperação. Possibilidade. Parâmetros.

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

2. Cinge-se a controvérsia a definir se é possível a criação de subclasses de credores dentro de uma mesma classe no plano de recuperação judicial.

3. Em regra, a deliberação da assembleia de credores é soberana, reconhecendo-se aos credores, diante da apresentação de laudo econômico-financeiro e de demonstrativos e pareceres acerca da viabilidade da empresa, o poder de decidir pela conveniência de se submeter ao plano de recuperação judicial ou pela realização do ativo com a decretação da quebra, o que decorre da rejeição da proposta. A interferência do magistrado fica restrita ao controle de legalidade do ato jurídico. Precedentes.

4. A Lei de Recuperação de Empresas e Falências consagra o princípio da paridade entre credores. Apesar de se tratar de um princípio norteador da falência, seus reflexos se irradiam na recuperação judicial, permitindo o controle de legalidade do plano de recuperação sob essa perspectiva.

5. A criação de subclasses entre os credores da recuperação judicial é possível desde que seja estabelecido um critério objetivo, justificado no plano de recuperação judicial, abrangendo credores com interesses homogêneos, ficando vedada a estipulação de descontos que impliquem verdadeira anulação de direitos de eventuais credores isolados ou minoritários.

6. Na hipótese, ficou estabelecida uma distinção entre os credores quirografários, reconhecendo-se benefícios aos fornecedores de insumos essenciais ao funcionamento da empresa, prerrogativa baseada em critério objetivo e justificada no plano aprovado pela assembleia geral de credores.

7. A aplicação do *cram down* exige que o plano de recuperação judicial não implique concessão de tratamento diferenciado entre os credores de uma mesma classe que tenham rejeitado a proposta, hipótese da qual não se cogita no presente caso.

8. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro (Presidente), Nancy Andrighi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de março de 2019 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

DJe 15.3.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por *Banco Paulista S.A.*, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, impugnando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

> *Agravo de instrumento. Recuperação judicial concedida*. Insurgência de credor contra o plano de recuperação judicial. Alegada violação da igualdade aos credores pela criação de subclasses entre os quirografários. Entendimento desta Corte no sentido de que não há ilegalidade no tratamento diferenciado de credores da mesma classe, privilegiando os menores, nem da criação de subclasses, desde que aprovado pelos credores de todas as classes. Concessão de privilégios a alguns credores da recuperanda que dá efetividade à garantia constitucional da igualdade substancial e faz valer os princípios da função social e da preservação da empresa. Precedentes. Princípio da igualdade não violado. Decisão mantida. Recurso improvido (fl. 128, e-STJ).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 146/148, e-STJ).

Nas razões do presente recurso, o recorrente aponta violação do artigo 58, § 2º, da Lei n. 11.101/2005.

Alega não ser possível imprimir tratamento diferenciado entre os credores da mesma classe, estabelecendo subclasses dentro do plano de recuperação judicial.

Relata que a primeira decisão homologatória do plano foi reformada, tendo sido determinada a apresentação de uma nova proposta. Apesar disso, o

plano reapresentado "veio novamente a distinguir os credores quirografários, classificando-os em grupos diferentes, novamente intitulados 'fornecedores especiais' e 'demais credores quirografários', do qual o Banco-recorrente faz parte" (fl. 154, e-STJ).

Salienta que votou contrariamente à aprovação do plano, incidindo o acórdão em omissão quando desconsidera esse fato.

Ao final, requer o provimento do recurso especial para que seja apresentado um novo plano no prazo de 30 (trinta) dias, com a convocação de nova assembleia geral de credores, com a consequente condenação dos recorridos ao pagamento de honorários advocatícios.

Carbono Química Ltda. e outras - em recuperação judicial - apresentaram impugnação às fls. 179/201 (e-STJ).

As recorridas afirmam não existir tratamento privilegiado entre os credores, mas a criação de subclasses dentro de uma classe específica.

Informam ter sido prevista uma subclasse para os fornecedores de matérias-primas essenciais a seu funcionamento, produtos químicos e petroquímicos em geral, de modo a permitir a continuidade da empresa, o que refletirá em benefícios para todos os demais credores. Enfatizam que seu objeto social é a distribuição e comercialização de produtos químicos e petroquímicos, o que demonstra a essencialidade do fornecimento desses insumos.

Ressaltam que na hipótese de suspensão do fornecimento de matéria-prima por esses credores, eles passarão a receber seus créditos nas mesmas condições dos demais quirografários.

Consideram ser possível o tratamento de desiguais de forma desigual, atendendo ao princípio da isonomia.

Salientam que o valor do crédito do recorrente - R$ 735.429,32 (setecentos e trinta e cinco mil quatrocentos e vinte e nove reais e trinta e dois centavos) - representa menos que 1,65% (um inteiro e sessenta e cinco décimos por cento) da totalidade dos créditos quirografários, não tendo capacidade para, sozinho, alterar o resultado da votação assemblear, o que demonstra a inutilidade de seu recurso.

Afirmam, além disso, que o recorrente foi voto vencido dentro de sua própria subclasse.

Destacam não ser cabível a condenação em honorários advocatícios em debate instaurado no processo principal da recuperação judicial.

Contrarrazões do administrador judicial (fls. 204/209, e-STJ).

O recurso especial foi inadmitido, tendo sido determinada a conversão do agravo então interposto em recurso especial (fls. 260/261, e-STJ).

A Subprocuradoria-Geral da República opina pelo não provimento do recurso (fls. 253/258, e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): O acórdão impugnado pelo recurso especial foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

A irresignação não merece acolhida.

Cinge-se a controvérsia a definir se é possível a criação de subclasses de credores dentro de uma mesma classe no plano de recuperação judicial.

1. Violação do artigo 58, § 2º, da Lei n. 11.101/2005 - Da possibilidade de criação de distinções entre credores de uma mesma classe

Apresentado o plano de recuperação judicial e havendo objeção de qualquer credor quanto a seus termos, será convocada assembleia geral de credores para deliberar acerca do plano, que poderá propor modificações (desde que haja concordância do devedor e não prejudique exclusivamente os credores ausentes), aprová-lo ou rejeitá-lo.

Em regra, a deliberação da assembleia de credores é soberana, reconhecendo-se aos credores, diante da apresentação de laudo econômico-financeiro e de demonstrativos e pareceres acerca da viabilidade da empresa, o poder de decidir pela conveniência de se submeter ao plano de recuperação judicial ou pela realização do ativo com a decretação da quebra, o que decorre da rejeição da proposta.

A intervenção do Poder Judiciário se limita a verificar a ocorrência de alguma ilegalidade no ato deliberativo, seja na formação da vontade dos credores, seja na conformação dos termos do plano aos ditames da lei de regência. No caso de se constatar alguma ilegalidade, o ato deliberativo pode ser anulado, com a convocação de nova assembleia.

A propósito:

> Recurso especial. Ação de recuperação judicial. Controle do magistrado sobre o plano de soerguimento. Aprovação da assembleia geral de credores. Viabilidade econômica. Soberania da AGC. Legalidade. Verificação pelo Judiciário. Reexame de fatos e provas e interpretação de cláusulas contratuais. Inadmissibilidade.
>
> 1. Processamento da recuperação judicial deferido em 24/05/2013. Recurso especial interposto em 04/11/2014 e atribuído ao Gabinete em 25/08/2016.
>
> 2. *A jurisprudência das duas Turmas de Direito Privado do STJ sedimentou que o juiz está autorizado a realizar o controle de legalidade do plano de recuperação judicial, sem adentrar no aspecto da sua viabilidade econômica, a qual constitui mérito da soberana vontade da assembleia geral de credores.*
>
> 3. O reexame de fatos e provas e a interpretação de cláusulas contratuais em recurso especial são inadmissíveis.
>
> 4. Recurso especial não provido.
>
> (REsp 1.660.195/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 10/04/2017 - grifou-se)

No que respeita à concessão de tratamento diferenciado entre os credores de uma mesma classe na recuperação judicial, *não há vedação expressa na lei de regência*.

Sobre o tema, a lição de Fábio Ulhoa Coelho:

> (...)
>
> Como visto, o tratamento paritário dos credores (*par condicio creditorum*) é princípio geral que informa o processo de falência. Em que medida, porém, este princípio também pode ser aplicado ao processo de recuperação judicial? A lei é totalmente silente sobre a aplicação, aos credores do recuperando, de tratamento paritário. Estabelece algumas garantias específicas, como a impossibilidade de o plano prever o pagamento dos empregados em prazo muito longo (Lei 11.101/05, Lei de Falência - LF, art. 54), *mas não contempla em nenhuma de suas disposições, qualquer proibição de tratamento diferenciado dos credores*. (O credor colaborativo na recuperação judicial. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco - coords. Direito das empresas em crise: problemas e soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012, págs. 107 e 108 - grifou-se)

Assim, a princípio, a previsão de tratamento diferenciado aos credores não se submeteria à apreciação do Poder Judiciário, cujo exame, conforme referido, está restrito à legalidade do ato deliberativo.

É de se ver, porém, que a lei consagra o princípio da paridade entre credores. Apesar de se tratar de um princípio norteador da falência, momento em que o

patrimônio do falido será vendido e o produto utilizado para o pagamento dos credores na ordem estabelecida na lei (realização do ativo para o pagamento do passivo), seus reflexos se irradiam na recuperação judicial, *permitindo o controle de legalidade do plano de recuperação sob essa perspectiva*.

Na recuperação judicial, não há realização do ativo para o pagamento dos credores. Em regra, todos os credores serão pagos. Diante disso, o princípio da paridade se aplica "*no que couber*", como declara o Enunciado n. 81 da II Jornada de Direito Comercial.

O que significa dizer que deve haver tratamento igualitário entre os credores, mas que pode ocorrer o estabelecimento de distinções entre integrantes de uma mesma classe com interesses semelhantes. Tal fato se justifica pela constatação de que as classes de credores, especialmente a de credores quirografários, reúne credores com interesses bastante heterogêneos: credores financeiros, fornecedores em geral, fornecedores dos quais depende a continuidade da atividade econômica, credores eventuais, créditos com privilégio geral, entre outros.

Nesse contexto, a divisão em subclasses deve se pautar pelo estabelecimento de um *critério objetivo, abrangendo credores com interesses homogêneos, com a clara justificativa de sua adoção no plano de recuperação*.

Nesse sentido, eis o Enunciado n. 57 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal:

> *O plano de recuperação judicial deve prever tratamento igualitário para os membros da mesma classe de credores que possuem interesses homogêneos,* sejam estes delineados em função da natureza do crédito, da importância do crédito ou e outro critério de similitude justificado pelo proponente do plano homologado pelo magistrado.

Assim, escolhido um critério, todos os credores que possuam interesses homogêneos serão agrupados sob essa subclasse, devendo ficar expresso o motivo pelo qual o tratamento diferenciado desse grupo se justifica e favorece a recuperação judicial, possibilitando o controle acerca da legalidade do parâmetro estabelecido.

Essa providência busca garantir a lisura na votação do plano, afastando a possibilidade de que a recuperanda direcione a votação com a estipulação de privilégios em favor de credores suficientes para a aprovação do plano, dissociados da finalidade da recuperação judicial. Vale lembrar, no ponto, que a

recuperação judicial busca a negociação coletiva e não individual, reunindo os credores para tentar a superação das dificuldades econômicas da empresa.

Vale mencionar mais um trecho da lição de Fábio Ulhoa Coelho:

> (...)
>
> Não é, portanto, qualquer classificação de credores que o Plano de Recuperação pode livremente empreender. Ao tratar igualmente os credores iguais e desigualmente os desiguais, deve sempre atentar às finalidades da recuperação judicial. Um tratamento que frustra ao invés de viabilizar o atendimento a estas finalidades não encontraria respaldo no princípio da *par condicio creditorum*, nem na isonomia constitucional. Será sempre em função da finalidade da norma que se pesquisará o atendimento ao princípio constitucional da isonomia. (O credor colaborativo na recuperação judicial. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco - coords. Direito das empresas em crise: problemas e soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pág. 103 - grifou-se)

Outro ponto que deve ser objeto de atenção é evitar que credores isolados, com realidades específicas, tenham seu direito de crédito anulado com a criação de subclasses.

A propósito, a doutrina de Sheila Christina Nader Cerezetti:

> (...)
>
> A realidade torna-se ainda mais grave ao se perceber que o credor prejudicado não possui meios para defender sua posição creditícia, na medida em que, ao participar da mesma classe em que se incluem os credores beneficiados pelos termos do plano, seu voto dissidente não implica representatividade.
>
> Chega-se, destarte, ao ponto em que o credor individual não se agrupa entre seus pares, não possui garantia de que seu crédito receberá tratamento igualitário em relação aos demais participantes da mesma classe e, pior do que isso, não encontra mecanismos efetivos de defesa de seu direito. (As Classes de Credores como Técnica de Organização de Interesses: em Defesa da Alteração da Disciplina das Classes na Recuperação Judicial. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco - coords. Direito das empresas em crise: problemas e soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pág. 374)

Conclui-se, portanto, que é possível a criação de subclasses entre os credores da recuperação judicial, *desde que estabelecido um critério objetivo, justificado no plano de recuperação judicial, abrangendo credores com interesses homogêneos, ficando vedada a anulação de direitos de eventuais credores isolados*.

No caso em análise, o tratamento diferenciado dado a parte dos credores quirografários está assim estabelecido:

> *Credores Quirografários - Classe III*
>
> Esses fornecedores serão divididos em 2 grupos:
>
> *Fornecedores Essenciais*: fundamentais para a continuidade das atividades produtivas e comerciais das Recuperandas, e sem os quais a viabilidade do negócio deixa de existir. Esta sujeição apoia-se na titulação de *distribuidor de solventes de petróleo*, regulada pela Agência Nacional do Petróleo - ANP (resolução n. 24 de 06/09/2006 e retificada em 26/12/2006).
>
> Esta condição de essencialidade pode ser evidenciada pelo percentual de participação dos fornecedores integrantes deste grupo no total das compras das Recuperandas nos últimos três anos: 2011: 91,94%, 2012: 89,98% e 2013: 89,65%.
>
> *Demais Credores Quirografários*: outros credores e fornecedores também importantes no processo produtivo.
>
> (...)
>
> O grupo de credores denominados *fornecedores essenciais* terá seus créditos liquidados preferencialmente nesta opção, com as regras a seguir, *desde que preservada a continuidade de fornecimento dos produtos fornecidos (ou equivalentes substitutos)* no período imediatamente anterior ao pedido de Recuperação Judicial das Recuperandas.
>
> Os créditos desse subgrupo serão pagos integralmente de forma parcelada, corrigidos pela Taxa de Juros Selic (fls. 55 e seguintes, e-STJ).

Conforme se verifica do trecho supratranscrito, foi estabelecido um critério objetivo para divisão dos credores em condições semelhantes e não há notícia de anulação de direitos de credores isolados. Vale destacar o trecho do acórdão recorrido que analisou a questão:

> (...)
>
> Ademais, ao conceder o privilégio aos credores que continuam a fornecer mercadorias à recuperanda (denominados de fornecedores essenciais), o plano de recuperação dá efetividade à garantia constitucional da igualdade substancial e faz valer os princípios da função social e da preservação da empresa.
>
> *Assim, não se vislumbra a violação ao princípio da igualdade entre os credores, pois, ao dar tratamento diferenciado a eles, distinguindo-os por sua importância e origem do crédito, estar-se-á atendendo ao objetivo primordial da recuperação judicial, que é a preservação da empresa* (fl. 133, e-STJ - grifou-se).

Nesse contexto, não há ilegalidade a ser reparada no caso em debate.

Vale mencionar, por fim, que a Lei n. 11.101/2005 traz uma ressalva quanto ao tratamento diferenciado entre credores da mesma classe. No caso

de o plano de recuperação ser aprovado pela assembleia, mas não na forma do artigo 45, existe a previsão de que o juiz, desde que obedecidos alguns requisitos, possa, ainda assim conceder a recuperação judicial (artigo 58, § 1º, da Lei n. 11.101/2005). É o denominado *cram down*.

Dentre esses requisitos está o de que o plano não implique tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado. Caso isso aconteça, não é possível a utilização do mecanismo do *cram down*.

Explica Fábio Ulhoa Coelho:

> (...)
>
> Cuida a lei também da hipótese em que um plano de recuperação é aprovado com substancial apoio entre os credores, mas sem alcançar o quórum qualificado de deliberação. Trata-se do plano que recebeu cumulativamente na Assembleia: a) voto favorável de mais da metade do total dos créditos presentes, independentemente das classes de seus titulares; b) aprovação pela maioria das classes (ou, se apenas duas votam, por uma delas); e c) aprovação de mais de 1/3 dos votos no âmbito da instância classista que o rejeitara. Nesse caso, se o plano não contiver tratamento diferenciado dos credores da classe em que foi rejeitado, ele pode ser adotado, mesmo não se verificando o quórum qualificado para sua aprovação. (Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 202 - grifou-se)

Nesse mesmo sentido:

> Direito Processual Civil e Falimentar. Recurso especial. Recuperação judicial. Prequestionamento. Ausência. Súmulas 211/STJ e 282/STF. Fundamentos do acórdão não impugnados. Súmula 283/STF. Assembleia-geral de credores. Plano de recuperação empresarial. Condições prévias. Exigências legais. Controle jurisdicional. Possibilidade. Reexame de fatos e provas. Inadmissibilidade. Aprovação do plano. Requisitos. Rejeição da proposta. Credores de mesma classe. Tratamento diferenciado. Impossibilidade. Fundamento constitucional. Ausência de interposição de recurso extraordinário. Artigos analisados: 35, 45 e 58 da LFRE.
>
> 1. Recurso especial, concluso ao Gabinete em 17/7/2013, no qual se discute a possibilidade e os limites do controle jurisdicional sobre os atos praticados pela assembleia-geral de credores no procedimento de recuperação judicial. Ação ajuizada em 27/1/2009.
>
> 2. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados e quanto aos argumentos deduzidos nas razões recursais obsta o exame da insurgência.

> 3. A existência de fundamentos não impugnados do acórdão recorrido - quando suficientes para a manutenção de suas conclusões - impede a apreciação do recurso especial.
>
> 4. Submete-se a controle jurisdicional a análise do preenchimento das condições prévias à concessão da recuperação judicial e das exigências legais relativas à elaboração e à aprovação do plano. Inteligência do art. 58, *caput*, da Lei n. 11.101/2005.
>
> 5. A proposta de recuperação apresentada pelo devedor - por disposição expressa constante dos arts. 45, § 1º, e 58, *caput*, da Lei n. 11.101/2005 - deve ser aprovada, na classe dos credores com garantia real, pela maioria simples daqueles que comparecerem à assembleia. *Não sendo aprovado o plano na forma estipulada nos precitados artigos, a Lei n. 11.101/2005, em seu art. 58, § 1º, prevê a possibilidade de a recuperação ser concedida mediante a verificação de um quórum alternativo. A viabilização dessa hipótese, todavia, exige que o plano não implique concessão de tratamento diferenciado aos credores - integrantes de uma mesma classe - que tenham rejeitado a proposta (art. 58, § 2º, da LFRE)*.
>
> 6. A alteração das premissas fáticas assentadas pelo acórdão recorrido não é possível na presente via recursal. Incidência da Súmula 7/STJ.
>
> 7. A insurgência é inadmissível quando o acórdão recorrido decide também com base em fundamento constitucional e a parte vencida não interpõe recurso extraordinário. Súmula 126/STJ.
>
> 8. Negado provimento ao recurso especial.
>
> (REsp 1.388.051/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 10/09/2013, DJe 23/09/2013)

No caso em análise, porém, essa questão nem sequer se põe, pois o plano de recuperação judicial foi aprovado na forma do artigo 45 da Lei n. 11.101/2005, conforme se depreende do seguinte trecho do acórdão recorrido:

> (...)
>
> Esta Corte já sacramentou o entendimento de que não há ilegalidade no tratamento diferenciado de credores da mesma classe, privilegiando os menores, nem da criação de subclasses, desde que aprovado pelos credores de todas as classes. *Apenas em caso de não aprovação de uma delas não se admitirá tratamento diferenciado para a que não aprovou o plano, nos termos do art. 58, § 2º, do Código de Processo Civil (sic), que, ressalte-se, não é o caso dos autos*, pois ao que se percebe, os credores aprovaram esse tratamento diferenciado (fl. 131, e-STJ - grifou-se).

Assim, não há falar em violação do artigo 58, § 2º, da Lei n. 11.101/2005.

2. Do dispositivo

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.649.774-SP (2017/0015850-3)

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Recorrente: Inepar S.A. Industria e Construcoes - em Recuperacao Judicial

Recorrente: Inepar Equipamentos e Montagens S/A - em Recuperação Judicial

Recorrente: Inepar Administração e Participações S/A - em Recuperação Judicial

Recorrente: Iesa Projetos, Equipamentos e Montagens S/A - em Recuperação Judicial

Recorrente: Iesa Oleo&Gas S/A - em Recuperação Judicial

Recorrente: Inepar Telecomunicações S/A - em Recuperação Judicial

Recorrente: Iesa Tecnologia e Transportes S/A - em Recuperacao Judicial

Recorrente: Sadefem Equipamentos e Montagens S/A - em Recuperação Judicial

Recorrente: TT Brasil Estruturas Metalicas S.A - em Recuperação Judicial

Advogados: Joel Luis Thomaz Bastos - SP122443
Ivo Waisberg - SP146176
Bruno Kurzweil de Oliveira - SP248704
Eduardo Luiz Kawakami - SP264703

Recorrente: Justen Pereira Oliveira e Talamini Sociedade de Advogados

Advogados: César Augusto Guimarães Pereira - PR018662
Isabella Moreira de Andrade Vosgerau - PR061211
Eduardo Talamini - SP198029
Marina Kukiela - PR061870

Recorrido: Os Mesmos

Interes.: Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda

Advogados: Leonardo Lins Morato - SP163840
Pedro Magalhães Humbert - SP291372

EMENTA

Recursos especiais. Recuperação judicial. Discussão quanto à legalidade de cláusula constante do plano de recuperação judicial aprovado que estabelece limite de valor para o tratamento preferencial do crédito trabalhista, inserido neste o resultante de honorários advocatícios, desde que de titularidade de advogado pessoa física. *1.* Controle judicial de legalidade do plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia geral de credores. Possibilidade, em tese. *2.* Crédito decorrente de honorários advocatícios. Natureza alimentar, a ensejar tratamento preferencial equiparado ao crédito trabalhista. Tese firmada em repetitivo. Compreensão que não se altera em virtude de a discussão se dar no bojo de recuperação judicial; de o titular ser sociedade de advogados; ou de se tratar de expressivo valor. *3.* Estabelecimento de patamares máximos para que os créditos trabalhistas e equiparados tenham um tratamento preferencial, convertendo-se, o que sobejar desse limite quantitativo, em crédito quirografário. Licitude do proceder. *4.* Recursos especiais improvidos.

1. Afigura-se absolutamente possível que o Poder Judiciário, sem imiscuir-se na análise da viabilidade econômica da empresa em crise, promova controle de legalidade do plano de recuperação judicial que, em si, em nada contemporiza a soberania da assembleia geral de credores.

2. Especificamente em razão da natureza dos créditos resultantes de honorários advocatícios, que ostenta o caráter alimentar, admite-se a equiparação destes com o créditos trabalhistas, a ensejar aos seus titulares os correspondentes privilégios fixados em lei em face de concurso de credores em geral, tal como se dá na falência e na recuperação judicial. Tese firmada em recurso especial representativo da controvérsia pela Corte Especial, por ocasião do julgamento do REsp 1.152.218/ES.

2.1 A qualificação de determinado crédito, destinada a situá-lo em uma das diversas classes de credores, segundo a ordem de preferência

legal, há de ter tratamento único, seja na recuperação judicial, seja na falência, naturalmente para dar consecução ao declarado propósito de conferir tratamento isonômico aos titulares do crédito de uma mesma categoria. Não se divisa, assim, nenhuma razão jurídica idônea, ou de ordem prática, que justifique a admissão do tratamento equiparado do crédito resultante de honorários advocatícios ao crédito trabalhista na falência, mas o refute no bojo da recuperação judicial.

2.2 A partir do específico tratamento legal ofertado às sociedades de advogados, considerado o seu objeto social, constata-se que os honorários advocatícios decorrem, necessariamente, do labor, da exploração da atividade profissional de advocacia exercida por seus sócios, do que decorre sua natureza alimentar e, pois, sua similitude com o crédito trabalhista a ensejar o mesmo tratamento privilegiado. É indiferente, para esse propósito, se a exploração da atividade profissional da advocacia dá-se individualmente, ou se organizada em sociedade simples. Fato é que a remuneração pelo trabalho desenvolvido pelos advogados em sociedade é, na forma do contrato social, repartida e destina-se, de igual modo, à subsistência de cada um dos causídicos integrantes da banca e de sua família.

2.3 A considerável importância econômica do crédito resultante de honorários advocatícios, titularizado pela sociedade de advogados recorrente, habilitado na recuperação judicial subjacente, em si, também não desnatura sua qualidade de verba alimentar.

3. Sem descurar dos privilégios legais daí advindos, em se tratando de concurso de credores, de todo desejável, senão necessária, a equalização dos direitos e interesses de todos os envolvidos. Para esse propósito, ressai absolutamente possível o estabelecimento de patamares máximos para que os créditos trabalhistas (ou a eles equiparados) tenham um tratamento preferencial, definido pela lei, no caso da falência (art. 83, I, da LRF), ou, consensualmente, no caso da recuperação judicial, convertendo-se, o que sobejar desse limite quantitativo, em crédito quirografário.

3.1 A proteção legal, como se constata, destina-se a garantir o pagamento prévio dos credores trabalhistas e equiparados — e nisso reside o privilégio legal — de uma quantia suficiente e razoável que lhe garanta a subsistência, um mínimo para o seu sustento. Em relação

àquilo que excede essa importância, ainda que se revista da natureza alimentar, seu titular não faz jus ao tratamento privilegiado de receber com precedência aos demais credores.

3.2 A preferência legal conferida à classe dos empregados e equiparados justifica-se pela necessidade de se privilegiar aqueles credores que se encontram em situação de maior debilidade econômica e possuem como fonte de sobrevivência, basicamente, a sua força de trabalho, devendo-se, por isso, abarcar o maior número de pessoas que se encontrem em tal situação.

3.3 No processo recuperacional, por ocasião da deliberação do plano de recuperação apresentado, credores, representados por sua respectiva classe, e devedora, procedem às tratativas negociais destinadas a adequar os interesses contrapostos, bem avaliando em que extensão de esforços e renúncias estariam dispostos a suportar, no intento de reduzir os prejuízos que se avizinham (sob a perspectiva dos credores), bem como de permitir a reestruturação da empresa em crise (sob o enfoque da devedora). Cabe, portanto, às recuperandas e aos credores da respectiva classe, segundo os critérios e quórum definidos em lei, deliberarem sobre o estabelecimento de um patamar máximo para o tratamento preferencial dos créditos trabalhistas, não havendo a incidência automática do limite previsto no art. 83, I, da LRF, tal como pretendido, subsidiariamente, pelas recuperandas.

3.4 Na presente hipótese, em relação aos débitos trabalhistas, no que se inserem os honorários advocatícios, as recuperandas estipularam o limite de R$ 2.000.000,00, (dois milhões de reais), a fim de assegurar a natureza alimentar, sendo que qualquer valor que excedesse esse limite seria tratado como crédito quirografário, o que foi devidamente aprovado pela correlata classe de credores.

3.5 Justamente para evitar que os poucos credores trabalhistas, titulares de expressivos créditos, imponham seus interesses em detrimento dos demais, a lei de regência, atenta às particularidades dessa classe, determina que "a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito" (§ 2º do art. 45 da LRF).

3.6 Se assim é, a sociedade de advogados recorrente, que pretende ser reconhecida, por equiparação, como credora trabalhista,

há, naturalmente, de se submeter às decisões da respectiva classe. Afigurar-se-ia de todo descabido, aliás, concebê-la como credora trabalhista equiparada, com os privilégios legais daí advindos, e afastar-lhe o limite quantitativo imposto aos demais trabalhadores, integrantes dessa classe de credores.

4. Recursos especiais improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento aos recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro (Presidente), Nancy Andrighi, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de fevereiro de 2019 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

DJe 15.2.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Justen, Pereira, Oliveira e Talamini Sociedade de Advogados, de um lado, e as recuperandas *Inepar* Equipamentos e Montagens S.A. e Outras, de outro, interpõe, cada qual, recurso especial em contrariedade ao aresto prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

No bojo da recuperação judicial de *Inepar* Equipamentos e Montagens S.A. e Outras, o Juízo da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital - SP entendeu por bem homologar o plano de recuperação judicial apresentado pelas recuperandas, devidamente aprovado, segundo o quórum legal nas quatro classes de credores, com a ressalva de que a cláusula 3.1, que limita os créditos trabalhistas até o limite de R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), no que se inserem os honorários advocatícios devidos a

pessoas naturais, teria validade e eficácia apenas em relação aos credores que concordaram expressamente com o seu teor, sendo considerada ineficaz em relação a todos os demais que dela discordaram ou que se abstiveram de votar (e-STJ, fls. 263-266).

Dos fundamentos adotados, destaca-se o seguinte excerto:

> O mérito do plano de recuperação judicial deve ser analisado pelos credores em AGC, não cabendo ao juízo interferir em aspectos do plano referentes aos meios de recuperação, formas de pagamento, prazos, deságios, dentre outros.
>
> [...]
>
> Cabe ao juízo, porém, exercer um controle sobre os limites legais da decisão dos credores e das cláusulas contratuais. E, nesse aspecto, observa-se que a cláusula 3.1, em princípio, atende aos limites estabelecidos pela Lei de Recuperação e Falências no que diz respeito ao prazo de pagamento dos credores trabalhistas. Entretanto, ao definir o que considera crédito trabalhista (fls. 23410) para fins de pagamento devido à classe I, o plano de recuperação estabelece limite de valor não existente em lei e cria diferenciação injustificada entre credores da mesma classe ao dispor que considera crédito trabalhista 'cada um dos créditos sujeitos ao plano decorrente de legislação do trabalho ou de acidente de trabalho, independentemente de estarem assim classificados na Lista de Credores, inclusive os honorários advocatícios até o limite máximo de R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) devidos a pessoas naturais (profissionais liberais autônomos), a fim de assegurar a sua natureza alimentar, sendo que qualquer valor que exceder esse limite será tratado como crédito quirografário'.
>
> Essa disposição do plano, na prática, estabelece limite de valor para pagamento de créditos trabalhistas, fazendo diferenciação entre credores da mesma classe sem que exista qualquer motivo justificador do tratamento diferenciado. E mais. O plano pretende desclassificar créditos trabalhistas para quirografário, em manifesto confronto com o entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça.
>
> As cláusulas do plano de recuperação embora devem ser respeitadas pelo juízo quando devidamente aprovadas pelos credores no que diz respeito ao mérito, devem observar os limites legais e jurisprudenciais que lhes são impostos, sob pena de nulidade.
>
> O art. 54 da Lei 11.101/05 estabelece que o plano de recuperação não poderá prever prazo superior a 01 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrente de acidente do trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial, nem poderá prever prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento, até o limite de 05 (cinco) salários mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 03 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial.

> O Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.152.218), por sua vez, já definiu, sob o rito dos recursos repetitivos, que os honorários advocatícios devem ser classificados como créditos trabalhistas para fins de recuperação judicial e falência.
>
> Por outro lado, embora se deva observar o limite de 150 salários mínimos para o pagamento de crédito privilegiado na falência (art. 83, inc. I, da Lei n. 11.101/05), inexiste qualquer limitação para o pagamento dos credores trabalhistas (incluídos na classe I) no procedimento da recuperação judicial de empresas.
>
> Conforme já decidido, de forma reiterada, pelo TJSP, não se aplica a limitação do art. 83, inc. I, da LRF à recuperação judicial, vez que se trata de hipótese exclusivamente voltada para a falência.
>
> [...]
>
> Portanto, é violadora dos limites legais e jurisprudenciais a cláusula do plano que afirma que será feito o pagamento dos honorários advocatícios, na prova prevista para a Classe I, apenas até o valor de R$ 2.000.000,00, reservando-se aos valores superiores as regras de pagamento aplicáveis à Classe III (quirografários).
>
> É certo que o crédito é direito disponível e, em tese, poderia o credor concordar com o recebimento na forma como melhor lhe conviesse (ou até mesmo perdoar a dívida). Entretanto, não se pode estender os efeitos dessa cláusula ilegal àqueles credores que não concordaram expressamente com o seu teor tão somente em razão de ter sido aprovada pela maioria.
>
> Conclui-se, portanto, que essa cláusula valerá apenas e tão somente para aqueles credores que concordaram expressamente com o seu teor, sendo considerada ineficaz em relação a todos os demais credores que dela discordaram ou que se abstiveram de votar (e-STJ, fls. 263-266).

Em contrariedade ao *decisum*, as recuperandas interpuseram agravo de instrumento, tendo por propósito, em suma, fosse reconhecida a legalidade da cláusula 3.1 do plano de recuperação judicial, devidamente aprovada pela assembleia geral de credores, segundo o quórum legal, devendo ser aplicada de forma irrestrita a todos os credores, independentemente de prévia concordância.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria de votos, entendeu por bem conferir parcial provimento ao agravo de instrumento para "determinar que as sociedades de advogados com créditos habilitados recebam seu crédito com o privilégio dos trabalhistas, tal qual os demais advogados pessoas físicas, observado, para todos, o limite máximo aprovado pela AGC" (de R$ 2.000.000,00 - dois milhões de reais).

A aresto restou assim ementado:

> Recuperação Judicial.
>
> Jurisprudência consolidada no STF e no STJ no sentido de que os honorários advocatícios possuem natureza alimentar e devem ser incluídos na mesma classe

dos créditos trabalhistas. Entendimento deste relator revisto em função do REsp n. 1.152.218/RS, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, em recurso repetitivo publicado em 09.10.2014. A verificação do precedente do STJ mostra que não se diferencia o conceito e sua aplicação na recuperação ou na falência.

A natureza de alimentos e de sustento é que determina a classe do crédito trabalhista e dos honorários advocatícios, premissa a partir da qual não encontro motivo para discriminar a sociedade de advogados frente ao advogado pessoa física. Ambos devem ser pagos com os credores trabalhistas, observada a limitação de R$ 2.000.000,00 aprovada pela AGC porque se presume que a aceitação levou em conta a viabilidade econômica do PRJ, órbita em que prevalece a soberania da AGC por ausência de ilegalidade flagrante.

A limitação de 150 salários mínimos. A interpretação do art. 54 deve ser feita à luz do art. 83, I, da Lei n. 11.101/2005, porque à recuperação e à falência incidem a finalidade de evitar que altos salários, ou honorários advocatícios, consumam os recursos da massa ou da recuperanda, neste último caso inviabilizando a recuperação e prejudicando o princípio da preservação da empresa.

Jurisprudência do STF, STF e TJSP sobre os temas.

Recurso provido em parte, por maioria.

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados (e-STJ, fls. 1.522-1.528).

Irresignadas, ambas as partes interpuseram recurso especial.

Justen, Pereira, Oliveira e Talamini Sociedade de Advogados, em suas razões recursais, aponta violação dos arts. 535 do Código de Processo Civil de 1973 e 54 da Lei n. 11.101/2005 (e-STJ, fls. 1.548-1.565).

Pretende, em suma, que seu crédito (de honorários advocatícios) seja integralmente concebido como trabalhista, afastando-se a limitação em R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) prevista no plano de recuperação judicial, considerada válida pelo Tribunal de origem (não apenas para pessoas físicas, mas também para a sociedade de advogados).

Aduz, para tanto, que o Tribunal de origem, ao reconhecer a validade (em parte) da cláusula inserta no plano de recuperação judicial que limita o valor dos créditos trabalhistas no importe de R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), nestes inseridos os honorários advocatícios (independentemente de seu titular ser pessoa física ou jurídica), acabou por violar a regra constante no art. 54 da lei de regência, segundo a qual os créditos trabalhistas devem ser pagos no prazo máximo de 1 (um) ano.

Ressalta que a aplicação de tal limite equivale a transformar 95% de seu crédito, de natureza alimentar, em quirografário, convertendo-o em ações ou debêntures perpétuas das recuperandas, quando a legislação determina que o pagamento dos créditos trabalhistas seja feito em dinheiro e no prazo máximo de 1 (um) ano.

Tece considerações quanto à inaplicabilidade à recuperação judicial do limite de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos previsto no art. 83, I, da Lei n. 11.101/2005, incidente, apenas, na falência, matéria essa, ressalta, que nem sequer é objeto de discussão, na medida em que as recuperandas expressamente afastaram tal limitação a todos os seus credores trabalhistas.

Assevera que o limite reputado válido pelo acórdão recorrido acaba por atingir apenas o crédito da sociedade de advogados ora insurgente, pois as outras seis sociedades de advogados possuem créditos trabalhistas (nestes inseridos os honorários advocatícios) em valor inferior ao teto de R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), o que redundaria, segundo defende, em um indevido tratamento díspar a credores da mesma classe.

Ressalta que a soberania das decisões da assembleia de credores não impede a análise da legalidade das disposições pelo Poder Judiciário.

Subsidiariamente, na eventualidade de esta Corte de Justiça reputar que as questões postas não foram devidamente debatidas na origem, pugna pelo reconhecimento de violação ao art. 535 do CPC/1973 (e-STJ, fls. 1.548-1.565).

A seu turno, as recuperandas, *Inepar* Equipamentos e Montagens S.A. e Outras, em seu recurso especial, apontam violação ao arts. 35, 41, I e III, 45, 53, 54, 58, 59 e 83, I, da LFRE; 15, 17 e 24 da Lei n. 8.906/1994; 2º e 3º da CLT; 14, 85, 1.022 e 1.036 do Código de Processo Civil/2015; 535 e 543-C, do CPC/1973, além de dissídio jurisprudencial.

Buscam, em síntese, a validade da cláusula constante do Plano de Recuperação judicial que limita o crédito trabalhista no importe de R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), no que se inserem os honorários advocatícios, cujo titular seja apenas e necessariamente pessoa física. Subsidiariamente, pretendem "que os créditos de honorários advocatícios devidos a pessoas naturais e pessoas jurídicas (sociedade de advogados) sejam tratados como créditos trabalhistas apenas até o limite de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos previstos pelo art. 83, I, da, LRF, devendo o restante ser pago como créditos quirografários.

Sustentam, para tanto, a inaplicabilidade à hipótese dos autos da tese firmada em recurso especial representativo da controvérsia, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.152.218/RS, no qual se entendeu que os honorários advocatícios possuem caráter alimentar e podem ser equiparados a créditos trabalhistas em processo de falência, tal como decidiu o Tribunal de origem.

Alegam, que, enquanto no aludido precedente se discutia a habilitação de crédito (no importe de R$ 6.000,00), de pessoa física, no bojo de uma falência, na espécie, diversamente, controverte-se sobre a possibilidade, no âmbito de recuperação judicial, de uma pessoa jurídica (*sociedade de advogados*) ser tratada como credor trabalhista, cuja classe a assembleia de credores aprovou o limite de R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), com expressa restrição às pessoas físicas. Ressaltam que, no caso, a sociedade de advogados recorrida vindica um crédito de aproximadamente R$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de reais), a evidenciar a inexistência de natureza alimentar.

Afirmam, no ponto, que "o fato dos honorários serem devidos a uma sociedade composta por advogados em nada comprova a exclusiva natureza alimentar destes últimos", ao contrário, a descaracteriza.

Asseveram que os honorários advocatícios não se enquadram no conceito de crédito decorrente da legislação do trabalho ou acidente de trabalho e, "mesmo que exista entendimento de que os honorários advocatícios possuam caráter alimentar, certo é que eles não podem ser confundidos e tampouco prevalecer sobre os créditos derivados da legislação do trabalho, especialmente quando se trata de valores devidos à sociedade de advogados".

Anotam, outrossim, que, "para efeitos do processo de recuperação judicial, o crédito detido por sociedade de advogados deverá ser considerado como integrante da classe III, dos credores quirografários, pois se trata de privilégio especial, na exata forma do inciso III do art. 41 da LFRE."

Frisam a inaplicabilidade do art. 85 do Código de Processo Civil/2015 para se determinar a natureza dos créditos decorrentes de honorários advocatícios, seja pela irretroatividade da norma, seja pelo seu viés exclusivamente processual.

Aduzem que o Tribunal de origem, indevidamente, alterou o plano de recuperação aprovado pelos credores, que estipulou serem os créditos decorrentes de honorários advocatícios devidos à pessoa natural equiparados aos trabalhadores, no limite de R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) — o que, em si, consistiu em mera liberalidade —, estendendo tal disposição à sociedade de advogados, a desbordar do limite legal de 150 (cento e cinquenta)

salários mínimos previsto na lei de regência (art. 83, I), bem como da própria competência exclusiva da assembleia geral de credores.

Por fim, suscitam a existência de dissenso jurisprudencial (e-STJ, fls. 1.597-1.651).

As partes apresentaram as contrarrazões (e-STJ, fls. 1.905-1.935 e 1.936.1969).

Em juízo de prelibação, a Presidência da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo admitiu o recurso especial de *Inepar* Equipamentos e Montagens S.A. e Outras e obstou seguimento ao apelo especial apresentado por Justen, Pereira, Oliveira e Talamini Sociedade de Advogados (e-STJ, fls. 2.015-2.017, objeto de agravo interposto às fls. 2.027-2.043 (e-STJ).

Para o julgamento conjunto pelo colegiado dos recursos especiais, determinou-se que o aludido agravo fosse convertido em recurso especial, com a correlata reautuação (e-STJ, fls. 2.101-2.102).

No bojo da Petição n. 11.553/SP, a Ministra Laurita Vaz, no exercício da Presidência do STJ, atribuiu efeito suspensivo ao recurso especial interposto por *Inepar* Equipamentos e Montagens S.A. e Outras (e-STJ, fls. 820-825 dos autos da Pet n. 11.553/SP). Interposto agravo interno, este signatário reconsiderou, em parte, o *decisum*, a fim de determinar que, do montante devido à credora Justen, Pereira, Oliveira e Talamini Sociedade de Advogados, seja-lhe efetuado o pagamento de valor correspondente a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos — quantia que se apresenta, por ora, incontroversa —, respeitados os mesmos critérios de parcelamento e periodicidade aos detentores de créditos trabalhistas, quitando-se de imediato a quantia correspondente às parcelas que, nesta data, já tenham sido pagas aos integrantes daquela categoria (e-STJ, fls. 1.489-1.492 dos autos da Pet n. 11.553/SP).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): A controvérsia instaurada nos presentes recursos especiais centra-se em saber se a cláusula que equipara os créditos decorrentes de honorários advocatícios aos créditos trabalhistas, desde que limitados a R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais)

e restritos à titularidade de pessoas físicas, inserta no Plano de Recuperação Judicial, devidamente aprovada pela Assembleia Geral de Credores, poderia ser estendida à sociedade de advogados, como entendeu o Tribunal de origem. Debate-se, nesse contexto, portanto, se os créditos atinentes a honorários advocatícios, para efeito de classificação em recuperação judicial, são, ou não, considerados créditos trabalhistas, notadamente na hipótese de o seu titular ser pessoa jurídica (sociedade de advogados).

E, caso se reconheça a condição de crédito trabalhista *por equiparação* dos honorários advocatícios, inclusive aquele titularizado por pessoa jurídica, discute-se a licitude da limitação da preferência do crédito trabalhista propugnada no plano de recuperação judicial em R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) e, subsidiariamente, a possibilidade de aplicação à recuperação judicial do limite constante do art. 83, I, da Lei n. 11.101/2005 (de 150 - cento e cinquenta salários-mínimos aos créditos trabalhistas na falência) para os créditos de titularidade da sociedade de advogados.

Delimitada, nesses termos, a controvérsia posta e, considerada a identidade das questões aventadas pelas partes adversas, naturalmente com o manejo de argumentações antagônicas entre si, passa-se a analisar conjuntamente as razões expendidas em ambos os recursos especiais.

De plano, relevante assinalar afigurar-se absolutamente possível que o Poder Judiciário, sem imiscuir-se na análise da viabilidade econômica da empresa em crise, promova controle de legalidade do plano de recuperação judicial que, em si, em nada contemporiza a soberania da assembleia geral de credores.

A atribuição de cada qual não se confunde. À assembleia geral de credores compete analisar, a um só tempo, a viabilidade econômica da empresa, assim como da consecução da proposta apresentada. E, sob o viés da liberdade contratual (regrada ou mitigada) que norteia as negociações destinadas a equilibrar os interesses das partes envolvidas, credores e devedora sopesarão os sacrifícios que, em maior ou menor extensão, estariam dispostos a suportar, para, ao final, de um lado, minorar seus prejuízos, e, de outro, soerguer a empresa em crise.

Ao Poder Judiciário, por sua vez, incumbe velar pela validade das manifestações expendidas, e, naturalmente, preservar os efeitos legais das normas que se revelarem cogentes.

Nessa linha de entendimento, destacam-se precedentes desta Corte de Justiça, que, de igual modo, admitem o controle judicial de legalidade do plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia de credores, que, em si, não encerra nenhum vilipêndio àquele órgão:

> Direito Empresarial. Plano de recuperação judicial. Aprovação em assembleia. Controle de legalidade. Viabilidade econômico-financeira. Controle judicial. Impossibilidade.
>
> *1. Cumpridas as exigências legais, o juiz deve conceder a recuperação judicial do devedor cujo plano tenha sido aprovado em assembleia (art. 58*, caput, *da Lei n. 11.101/2005), não lhe sendo dado se imiscuir no aspecto da viabilidade econômica da empresa, uma vez que tal questão é de exclusiva apreciação assemblear.*
>
> *2. O magistrado deve exercer o controle de legalidade do plano de recuperação - no que se insere o repúdio à fraude e ao abuso de direito -, mas não o controle de sua viabilidade econômica. Nesse sentido, Enunciados n. 44 e 46 da I Jornada de Direito Comercial CJF/STJ.*
>
> 3. Recurso especial não provido.
>
> (REsp 1.359.311/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 09/09/2014, DJe 30/09/2014) - sem grifo no original.

> Recurso especial. Recuperação judicial. Aprovação de plano pela assembleia de credores. Ingerência judicial. Impossibilidade. Controle de legalidade das disposições do plano. Possibilidade. Recurso improvido.
>
> *1. A assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial. Contudo, as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial.*
>
> 2. Recurso especial conhecido e não provido.
>
> (REsp 1.314.209/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/05/2012, DJe 01/06/2012) - sem grifo no original. E, ainda: REsp 1.314.209/SP, Rel. Ministra *Nancy Andrighi*, *Terceira Turma*, julgado em 22/05/2012, DJe 01/06/2012

Portanto, possível, em tese, o controle judicial de legalidade do plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia geral de credores, o que não encerra, em si, nenhuma usurpação de competência.

Na hipótese, a cláusula inserta no plano de recuperação judicial, devidamente aprovada pela assembleia geral de credores, sobre a qual repousa a presente controvérsia, está assim conformada:

> [...]
>
> Crédito Trabalhista: cada um dos Créditos Sujeitos ao Plano decorrente da legislação do trabalho ou de acidente de trabalho, independentemente de estarem assim classificados na Lista de Credores, *inclusive os honorários advocatícios até o limite máximo de R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) devidos a pessoas naturais (profissionais liberais autônomos), a fim de assegurar a natureza alimentar, sendo que qualquer valor que exceder esse limite será tratado como Crédito Quirografário.*

Nos termos relatados, tem-se, de um lado, as recuperandas, que defendem a validade da aludida cláusula que limita a preferência do crédito trabalhista no importe de R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), no que se inserem os honorários advocatícios cujo titular seja apenas e necessariamente pessoa física, *excluindo-se, dessa categoria, portanto, as sociedades de advogados, cujo crédito deve ser concebido como quirografário*.

De outro vértice, Justen, Pereira, Oliveira e Talamini Sociedade de Advogados objetiva que seu crédito de honorários advocatícios (no importe de R$ 39.000.000,00 - trinta e nove milhões de reais) seja integralmente concebido como trabalhista, afastando-se a limitação de R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) prevista no plano de recuperação judicial, aplicada para os demais credores trabalhistas.

Pois bem. Especificamente em razão da natureza dos créditos resultantes de honorários advocatícios, que ostenta o caráter alimentar, admite-se a equiparação destes com o créditos trabalhistas, a ensejar aos seus titulares os correspondentes privilégios fixados em lei em face de concurso de credores em geral, tal como se dá na falência, na recuperação judicial, na liquidação extrajudicial e na insolvência civil.

Sem olvidar a distinção existente entre o salário — concebido como a remuneração decorrente da prestação de serviços, no âmbito da relação de emprego, definida nos arts. 2º e 3º da CLT — e os honorários advocatícios — compreendidos como a remuneração à prestação do serviço do profissional da advocacia, com registro na Ordem dos Advogados do Brasil, convencionados, fixados por arbitramento ou advindos da sucumbência —, sobressai inequívoca a identidade da natureza alimentar de tais verbas, destinando-se, cada qual, à subsistência de seu titular e de sua família.

Não se pode, assim, conferir tratamento díspar a realidades tão assemelhadas.

Com essa compreensão, encontra-se pacificado no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o posicionamento de que os créditos resultantes de honorários advocatícios ostentam os mesmos privilégios legais dados aos créditos trabalhistas, especificamente aqueles previstos na Lei n. 11.105/2005, tese, ressalta-se, firmada em recurso especial representativo da controvérsia pela Corte Especial, por ocasião do julgamento do REsp 1.152.218/ES, nos termos da seguinte ementa:

> Direito Processual Civil e Empresarial. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Honorários advocatícios. Falência. Habilitação. Crédito de natureza alimentar. Art. 24 da Lei n. 8.906/1994. Equiparação a crédito trabalhista.
>
> *1. Para efeito do art. 543-C do Código de Processo Civil:*
>
> *1.1) Os créditos resultantes de honorários advocatícios têm natureza alimentar e equiparam-se aos trabalhistas para efeito de habilitação em falência, seja pela regência do Decreto-Lei n. 7.661/1945, seja pela forma prevista na Lei n. 11.101/2005, observado, neste último caso, o limite de valor previsto no artigo 83, inciso I, do referido Diploma legal*.
>
> 1.2) São créditos extraconcursais os honorários de advogado resultantes de trabalhos prestados à massa falida, depois do decreto de falência, nos termos dos arts. 84 e 149 da Lei n. 11.101/2005.
>
> 2. Recurso especial provido.
>
> (REsp 1.152.218/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 07/05/2014, DJe 09/10/2014) - sem grifo no original.

No ponto, as recuperandas sustentam, em suas razões recursais, a inaplicabilidade deste entendimento ao caso dos autos, sob o argumento de que no aludido precedente se discutia a habilitação de crédito (no importe de R$ 6.000,00), *de pessoa física, no bojo de uma falência*, enquanto que, na espécie, diversamente, controverte-se sobre a possibilidade, *no âmbito de recuperação judicial, de uma pessoa jurídica (sociedade de advogados)* ser tratada como credor trabalhista, cuja classe a assembleia de credores aprovou o limite de R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), com expressa restrição às pessoas físicas. Ressaltam, inclusive, que a sociedade de advogados recorrida vindica um crédito de aproximadamente R$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de reais), o que evidenciaria, ao seu juízo, a inexistência de natureza alimentar.

O argumento é retórico e, como tal, não procede.

Saliente-se que a qualificação de determinado crédito, destinada a situá-lo em uma das diversas classes de credores, segundo a ordem de preferência

legal, há de ter tratamento único, seja na recuperação judicial, seja na falência, naturalmente para dar consecução ao declarado propósito de conferir tratamento isonômico aos titulares do crédito de uma mesma categoria.

Não se divisa, assim, nenhuma razão jurídica idônea, ou de ordem prática, que justifique a admissão do tratamento equiparado do crédito resultante de honorários advocatícios ao crédito trabalhista na falência, mas o refute no bojo da recuperação judicial.

Aliás, para que dúvidas não houvesse sobre a extensão de tal equiparação, a incidir na falência, assim como na recuperação, o voto condutor, após se valer expressamente dos fundamentos adotados no julgamento do REsp n. 988.126/SP, desta Terceira Turma, da Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, explicitou o âmbito de aplicação da tese firmada em recurso especial representativo da controvérsia, com referência a tais processos (de falência e de recuperação), sem prejuízo da repercussão da tese em outras esferas, cujo alcance ficará, entretanto, a cargo da doutrina e da jurisprudência.

Extrai-se de seu teor a referida delimitação:

> *Na mesma linha, tomo de empréstimo os fundamentos aduzidos pela em. Ministra Nancy Andrighi na relatoria do REsp 988.126/SP,* ***Terceira Turma****, julgado em 20/4/2010:*
>
> > *Nos termos do art. 24,* caput, *da Lei 8.906/94, os honorários advocatícios são créditos privilegiados em face de concurso de credores, falência, liquidação extrajudicial, concordata e insolvência civil.*
> >
> > Na hipótese dos autos, o acórdão recorrido consignou que "no concurso de credores em questão o co-agravante só poderia satisfazer ser crédito [honorários advocatícios] depois do trabalhista" (fls. 160).
> >
> > Adotar esse entendimento levar-se-ia à conclusão de que somente os salários, *stricto sensu*, são passíveis da proteção absoluta. Todavia, uma reflexão um pouco mais detida leva à conclusão oposta. As proteções conferidas ao salário, como a que ora se comenta, não foram estabelecidas pela lei de maneira meramente dogmática. Há, naturalmente, uma finalidade que a norma pretende atingir. No caso em tela, essa finalidade é garantir ao trabalhador que, na medida do possível, receba seus proventos, e, consequentemente, tenha garantida sua sobrevivência e a de sua família. Vale dizer: é o caráter alimentar do salário que justifica a proteção que a lei lhe concede. Ora, se do caráter alimentício também estão revestidos os honorários, não vejo motivo pelo qual não se deveria estender também a eles a proteção legal.

> Note-se que, aqui, não estou a dizer que honorários e salários são figuras idênticas. Salário, nos termos dos arts 457 e 458 da CLT, é o rendimento auferido pelo empregado, como consequência pela prestação de serviços ao empregador, no âmbito de uma relação de emprego. A figura do salário é específica, e para sua caracterização devem estar presentes os requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT. O que afirmo, em vez disso, é que na natureza alimentar, e somente nela, as figuras são afins.
>
> Ora, se são figuras afins em sua natureza alimentar, o privilégio conferido pela Lei de Falências (arts. 102 do DL 7.661/45 e 83 da Lei 11.101/05) e pelo CTN (art. 186) aos salários deve ser estendido também aos honorários advocatícios, pois é exatamente isso que a lei visa a proteger.
>
> Dessarte, assim como o salário está para o empregado e os honorários estão para os advogados, o art. 24 do EOAB deve ser interpretado de acordo com o princípio da igualdade. Vale dizer: os honorários advocatícios constituem crédito privilegiado, que deve ser interpretado em harmonia com a sua natureza trabalhista-alimentar.

Portanto, o crédito decorrente de honorários advocatícios, exatamente por ostentar natureza alimentar, equipara-se a créditos trabalhistas para efeito de habilitação em falência.

[...]

6. Por fim, realço a importância do precedente ora em debate, com o rito e efeito do recurso repetitivo (art. 543-C, CPC), pois uma vez afirmada a natureza alimentar dos honorários de advogado no âmbito do direito privado - caso acolhida a tese ora proposta -, é bem verdade que seus reflexos diretos e indiretos não se esgotarão ***na classificação do crédito para efeito de falência ou recuperação****.*

Evidentemente que o alcance do conceito - verba alimentar dos honorários, no campo cível - atinge outras esferas, tarefa de interpretação e aplicação que caberá à doutrina e jurisprudência.

7. Portanto, feitas essas ponderações, encaminho as seguintes teses a serem apreciadas pelo rito do art. 543-C do Código de Processo Civil:

7.1) os créditos resultantes de honorários advocatícios têm natureza alimentar e equiparam-se aos trabalhistas para efeito de habilitação em falência, seja pela regência do Decreto-Lei n. 7.661/1945, seja pela forma prevista na Lei n. 11.101/2005, observado o limite de valor previsto no artigo 83, inciso I, do referido Diploma legal - sem grifos no original.

Portanto, a circunstância de a tese repetitiva ter sido aplicada no âmbito de um processo falimentar, enquanto que a hipótese dos autos trata de recuperação judicial, não se mostra idônea para afastar a sua aplicação ao caso sob comento; ao contrário, denota a necessidade de detida observância.

De igual modo, o fato de os créditos resultantes de honorários advocatícios serem titularizados por uma sociedade de advogados — e não diretamente por um advogado, pessoa física — não possui o condão de afastar a natureza alimentar inerente a tais créditos e, por conseguinte, os privilégios legais daí decorrentes.

Especificamente em relação às sociedades de advogados, *que necessariamente possuem por objeto a exploração da atividade profissional de advocacia exercida por seus sócios*, estas são concebidas como sociedade simples por expressa determinação legal, independente da forma que como venham a se organizar (inclusive, com estrutura complexa).

É o que dispõem os arts. 15 e 16 da Lei n. 8.906/94 (que disciplina o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil), ao assentarem que a sociedade de advogados consubstancia uma "sociedade civil" de prestação de serviço de advocacia, conforme denominação então adotada pelo Código Civil de 1916 (atualmente, sociedade simples, na dicção do Código Civil de 2002), sendo vedada a apresentação de forma ou características mercantis.

Os dispositivos legais assim preceituam:

> Art. 15. *Os advogados podem reunir-se em sociedade civil de prestação de serviço de advocacia,* na forma disciplinada nesta lei e no regulamento geral.
>
> Art. 16. *Não são admitidas a registro, nem podem funcionar, as sociedades de advogados* que apresentem forma ou características mercantis, que adotem denominação de fantasia, *que realizem atividades estranhas à advocacia, que incluam sócio não inscrito como advogado ou totalmente proibido de advogar.*

A partir do específico tratamento legal ofertado às sociedades de advogados, considerado o seu objeto social, constata-se que os honorários advocatícios decorrem, necessariamente, do labor, da exploração da atividade profissional de advocacia exercida por seus sócios, do que decorre sua natureza alimentar e, pois, sua similitude com o crédito trabalhista a ensejar o mesmo tratamento privilegiado.

É indiferente, para esse propósito, se a exploração da atividade profissional da advocacia dá-se individualmente, ou se organizada em sociedade simples. Fato é que a remuneração pelo trabalho desenvolvido pelos advogados em sociedade é, na forma do contrato social, repartida e destina-se, de igual modo, à subsistência de cada um dos causídicos integrantes da banca e de sua família.

Não se antevê, assim, razão lídima para se conferir, no bojo do plano de recuperação judicial, tratamento distinto para o crédito resultante de

honorários advocatícios — devidamente equiparado com o crédito trabalhista —, titularizado por advogado autônomo daquele titularizado por sociedade de advogados.

Desse modo, não merece censura o acórdão recorrido ao determinar que as sociedades de advogados com créditos habilitados recebam com o privilégio dos trabalhistas, tal qual os demais advogados pessoas físicas.

Remanesce, todavia, a necessidade de definir se a limitação ao privilégio dos créditos trabalhistas, nestes incluídos os resultantes de honorários advocatícios, de até R$ 2.000.000,00, prevista no plano de recuperação judicial das recuperandas afigura-se consonante com as normas estabelecidas na Lei n. 11.101/20005.

No ponto, registre-se que a considerável importância econômica do crédito resultante de honorários advocatícios, titularizado por Justen Pereira, Oliveira e Talamini Sociedade de Advogados (mais de R$ 39.000.000,00 - trinta e nove milhões de reais), habilitado na recuperação judicial subjacente, em si, também não desnatura sua qualidade de verba alimentar, pois, como visto, decorrente do labor, da exploração profissional de advocacia exercida por seus sócios.

Não obstante, sem descurar dos privilégios legais daí advindos, em se tratando de concurso de credores, de todo desejável, senão necessária, a equalização dos direitos e interesses de todos os envolvidos.

Para esse propósito, ressai absolutamente possível o estabelecimento de patamares máximos para que os créditos trabalhistas (ou a eles equiparados) tenham um tratamento preferencial, definido pela lei, no caso da falência (art. 83, I, da LRF), ou, consensualmente, no caso da recuperação judicial, convertendo-se, o que sobejar desse limite quantitativo, em crédito quirografário.

Veja-se que a Lei n. 11.101/2005, em reconhecimento à importância do trabalhador no desenvolvimento da atividade empresarial e à sua condição de hipervulneravebilidade, agravada pela situação de quebra ou de dificuldade financeira pela qual passa a empregadora, estabelece uma série de garantias, direitos e preferências aos titulares do crédito trabalhista, a fim de lhes garantir a satisfação deste.

Na falência, o crédito trabalhista e os equiparados são pagos com preferência em relação aos demais, no limite de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos, convertendo-se, em quirografário (art. 83, I, da LRF), o que exceder; na recuperação judicial, estes deverão ser pagos no prazo de 1 (um) ano, segundo

dispõe o art. 54, da Lei n. 11.101/2005, sob pena, inclusive, de convolação da recuperação em falência (art. 73, IV).

Sem desconsiderar a relevância, e mesmo urgência, na satisfação dos créditos trabalhistas e equiparados, a lei de regência, de modo expresso, limita o correlato privilégio legal de recebimento preferencial em 150 (cento e cinquenta) salários mínimos.

Este limite de conversão dos créditos trabalhistas em quirografários, fixado no inciso I do art. 83 da Lei 11.101/2005, sem encerrar qualquer iniquidade, objetiva proteger o maior número possível de trabalhadores — que, em sua grande maioria não ostentavam altos salários —, impedindo que os recursos da massa sejam consideravelmente consumidos na satisfação de poucos créditos de maior vulto.

A proteção legal, como se constata, destina-se a garantir o pagamento prévio dos credores trabalhistas e equiparados — *e nisso reside o privilégio legal* — de uma quantia suficiente e razoável que lhe garanta a subsistência, um mínimo para o seu sustento. Em relação àquilo que excede essa importância, ainda que se revista da natureza alimentar, seu titular não faz jus ao tratamento privilegiado de receber com precedência aos demais credores.

Não se pode olvidar, no ponto, que a preferência legal conferida à classe dos empregados e equiparados justifica-se pela necessidade de se privilegiar aqueles credores que se encontram em situação de maior debilidade econômica e possuem como fonte de sobrevivência, basicamente, a sua força de trabalho, devendo-se, por isso, abarcar o maior número de pessoas que se encontrem em tal situação.

Pode-se afirmar, assim, que a limitação quantitativa do crédito trabalhista (e equiparados) propugnada pela lei de regência — de modo peremptório na falência e absolutamente admissível na recuperação judicial, conforme se demonstrará —, promove o tratamento materialmente isonômico aos credores da aludida classe.

Como visto, tal providência impede que os recursos da massa destinem-se à satisfação de crédito cujo titular não faz jus à proteção legal, ao menos na extensão pretendida, em detrimento de muitos outros credores que o fazem. No âmbito da recuperação judicial, o descompasso entre os credores da mesma classe se afigura ainda mais evidente considerado que o pagamento de expressivo crédito, no exíguo prazo de 1 (um) ano, poderá inviabilizar não apenas o pagamento dos demais créditos trabalhistas, mas a própria consecução do plano, e ensejar a sua convolação em falência.

Já se pode antever que a pretensão expendida pela sociedade de advogados recorrente, na prática, não se lhe afigura útil, já que a alegada inviabilização do plano de recuperação decorrente da pretendida satisfação de seu crédito (em mais de R$ 39.000.000,00 - trinta e nove milhões de reais), caso se concretize, com a convolação da falência, ensejará justamente a limitação da preferência de seu crédito em 150 (cento e cinquenta) salários mínimos.

Especificamente sobre a limitação quantitativa do crédito trabalhista, com a conversão do excedente em crédito quirografário, prevista no art. 83, I, da Lei n. 11.101/2005, cuja constitucionalidade foi questionada, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ADI n. 3.934/DF, reconhecendo justamente que a fixação de tal patamar vai ao encontro dos anseios protetivos ao trabalhador, em especial daquele que ostenta maior fragilidade econômica (expressiva maioria dos credores dessa classe), agravada pela quebra da empresa empregadora.

Pela robustez dos fundamentos, que bem expressam a abrangência da preferência legal conferida ao crédito trabalhista, assim como a finalidade e a razão de ser de tal privilégio, oportuna a transcrição do voto condutor, proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski:

> [...] passo agora ao exame do último argumento da presente ação direta, isto é, o da inconstitucionalidade da conversão de créditos trabalhistas, a partir de um certo patamar, em quirografários.
>
> Também nesse tópico não vejo qualquer ofensa à Constituição no tocante ao estabelecimento de um limite máximo de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos, para além do qual os créditos decorrentes da relação de trabalho deixam de ser preferenciais.
>
> É que - diga-se desde logo - não há aqui qualquer perda de direitos por parte dos trabalhadores, porquanto, independentemente da categoria em que tais créditos estejam classificados, eles não deixam de existir nem se tornam inexigíveis. Quer dizer, os créditos trabalhistas não desaparecem pelo simples fato de serem convertidos em quirografários, mas apenas perdem o seu caráter preferencial, não ocorrendo, pois, nesse aspecto, qualquer afronta constitucional.
>
> Observo, a propósito, que o estabelecimento de um quantitativo para a inserção dos créditos trabalhistas na categoria de preferenciais, do ponto de vista histórico, significou um rompimento com a concepção doutrinária que dava suporte ao modelo abrigado no Decreto-Lei n. 7.661/1945, cujo principal enfoque girava em torno da proteção do credor e não da preservação da empresa como fonte geradora de bens econômicos e sociais.

É importante destacar, ademais, que a própria legislação internacional de proteção ao trabalhador contempla a possibilidade do estabelecimento de limites legais ao crédito de natureza trabalhista, desde que preservado o mínimo essencial à sobrevivência do empregado.

Esse entendimento encontra expressão no art. 7.1 da Convenção 173 da Organização Internacional do Trabalho - OIT (*Convenção sobre a Proteção dos Créditos Trabalhistas em Caso de Insolvência do Empregador*), segundo a qual a

> *legislação nacional poderá limitar o alcance do privilégio dos créditos trabalhistas a um montante estabelecido, que não deverá ser inferior a um mínimo socialmente aceitável.*

Embora essa Convenção não tenha sido ainda ratificada pelo Brasil, é possível afirmar que os limites adotados para a garantia dos créditos trabalhistas, no caso de falência ou recuperação judicial de empresas, encontra respaldo nas normas adotadas no âmbito da OIT, entidade integrante da Organização das Nações Unidas, que tem por escopo fazer como que os países que a integram adotem padrões mínimos de proteção aos trabalhadores.

Nesse aspecto, as disposições da Lei 11.101/2005 abrigam uma preocupação de caráter distributivo, estabelecendo um critério o mais possível equitativo no que concerne ao concurso de credores. Em outras palavras, ao fixar um limite máximo - bastante razoável, diga-se - para que os créditos trabalhista tenham um tratamento preferencial, a Lei 11.101/2005 busca assegurar que essa proteção alcance o maior número de trabalhadores, ou seja, justamente aqueles que auferem os menores salários.

Procurou-se, assim, preservar, em uma situação de adversidade econômica por que a passa a empresa, o caráter isonômico do princípio par condicio creditorum, *segundo o qual todos os credores que concorrem no processo de falência devem ser tratados com igualdade, respeitada a categoria que integram*.

Esse é o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho, para quem o limite à preferência do crédito trabalhista tem como objetivo

> *impedir que (...) os recursos da massa [sejam consumidos] com o atendimento a altos salários dos administradores da sociedade falida. A preferência da classe dos empregados e equiparados é estabelecida com vistas a atender os mais necessitados, e os credores por elevados salários não se consideram nessa situação.*

Insta sublinhar, ainda, que o valor estabelecido na Lei não se mostra arbitrário e muito menos injusto, afigurando-se, ao revés, razoável e proporcional, visto que, segundo dados do Tribunal Superior do Trabalho, constantes do já citado parecer da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal,

> *o limite superior de 150 salários mínimos (...) afetará número reduzidíssimos de assalariados, entre os quais estão exclusiva ou primordialmente, os ocupantes de cargos elevados da hierarquia administrativa das sociedades.*

Isso porque as indenizações trabalhistas, levando-se em conta os valores vigentes à época da edição do diploma legal, foram, em média, de 12 (doze) salários mínimos.

Foi precisamente o dever estatal de proteger os direitos dos trabalhadores que determionou a fixação de regras que tornem viável a percepção dos créditos trabalhistas pelo maior número possível de credores, ao mesmo tempo em que se buscou preservar, no limite do possível, os empregos ameaçados de extinção pela eventual quebra da empresa sob recuperação ou em processo de falência.

Em abono dessa tese, afirma o já citado Manoel Pereira Calças que:

> *o Estado deve proteger os trabalhadores que têm como "único e principal bem sua força de trabalho". Por isso, tanto na falência, como na recuperação judicial, os trabalhadores devem ter preferência no recebimento de seus créditos, harmonizando-se, no entanto, tal prioridade, com a tentativa da manutenção dos postos de trabalho.*
>
> *(...)*
>
> *(...) o credor trabalhista, cujo crédito somar até cento e cinquenta salários-mínimos, será classificado pela totalidade do respectivo valor na casse superpreferencial; já o trabalhador que for titular de crédito que supere o teto legal participará do concurso em duas classes distintas, ou seja, pelo valor subsumido no teto integrará a classe dos créditos trabalhistas e pelo valor excedente será incluído na classe dos quirografários.*

[...]

Assim, forçoso é convir que o limite de conversão dos créditos trabalhistas em quirografários fixado pelo art. 83 da Lei 11.101/2005 não viola a Constituição, porquanto, longe de inviabilizar a sua liquidação, tem em mira, justamente, a proteção do patrimônio dos trabalhadores, em especial dos mais débeis do ponto de vista econômico (STF. ADI 3.934-2/DF, Pleno, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, data de publicação DJe 06/11/2009 - Ata n. 35/2009. DJe n. 208, divulgado em 05/11/2009) - sem grifo no original.

Assim delimitada a extensão e o propósito da proteção legal conferida ao crédito trabalhista, chega-se à conclusão de que o privilégio conferido aos titulares de créditos trabalhistas encontra limites quantitativos na falência (de 150 - cento e cinquenta - salários mínimos), por expressa determinação legal, e, *possivelmente* na recuperação judicial, caso seja necessário ao soerguimento da

empresa em dificuldades financeiras, contando, nessa hipótese, com a aprovação da respectiva classe, segundo o quórum estabelecido em lei.

Esclareça-se, a esse propósito, que o art. 83, I, da Lei n. 11.101/2005, aplicável à falência, não possui incidência automática e imediata na recuperação judicial. Os princípios e objetivos que norteiam cada qual desses concursos de credores levam em conta, naturalmente, a situação fática e econômica da empresa.

Isso porque, na falência, promove-se o afastamento do devedor de suas atividades, objetivando-se a preservação e otimização da "utilização produtiva dos bens", com a maximização dos ativos, a propiciar, com a venda e arrecadação destes, o pagamento dos credores na extensão mais satisfatória possível (art. 75). Já na recuperação judicial, busca-se 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 (art. 47).

Desse modo, no processo recuperacional, por ocasião da deliberação do plano de recuperação apresentado, credores, representados por sua respectiva classe, e devedora, procedem às tratativas negociais destinadas a adequar os interesses contrapostos, bem avaliando em que extensão de esforços e renúncias estariam dispostos a suportar, no intento de reduzir os prejuízos que se avizinham (sob a perspectiva dos credores), bem como de permitir a reestruturação da empresa em crise (sob o enfoque da devedora).

Cabe, portanto, às recuperandas e aos credores da respectiva classe, segundo os critérios e quórum definidos em lei, deliberarem sobre o estabelecimento de um patamar máximo para o tratamento preferencial dos créditos trabalhistas, não havendo a incidência automática do limite previsto no art. 83, I, da LRF, tal como pretendido, subsidiariamente, pelas recuperandas.

Na presente hipótese, em relação aos débitos trabalhistas, no que se inserem os honorários advocatícios, as recuperandas estipularam o limite de R$ 2.000.000,00, (dois milhões de reais), a fim de assegurar a natureza alimentar, sendo que qualquer valor que excedesse esse limite seria tratado como crédito quirografário, o que foi devidamente aprovado pela correlata classe de credores.

Interessante notar, no ponto, que, justamente para evitar que os poucos credores trabalhistas, titulares de expressivos créditos, imponham seus interesses em detrimento dos demais, a lei de regência, atenta às particularidades dessa classe (delineadas no presente voto), determina que "a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito" (§ 2º do art. 45 da LRF).

Se assim é, a sociedade de advogados recorrente, que pretende ser reconhecida, por equiparação, como credora trabalhista, há, naturalmente, de se submeter às decisões da respectiva classe. Afigurar-se-ia de todo descabido, aliás, concebê-la como credora trabalhista equiparada, com os privilégios legais daí advindos, e afastar-lhe o limite quantitativo imposto aos demais trabalhadores, integrantes dessa classe de credores.

Não se antevê, assim, nenhuma ilegalidade no estabelecimento no patamar máximo de R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) para que os créditos trabalhistas (e equiparados) tenham um tratamento preferencial — *consistente na quitação no prazo máximo de 1 (um) ano, nos termos do art. 54 da LRF*, convertendo-se, o que sobejar desse limite quantitativo, em crédito quirografário, a ser pago nos moldes definidos no plano de recuperação judicial devidamente aprovado pela assembleia de credores.

A esse propósito, ressalta-se que a quitação do crédito trabalhista no prazo de 1 (um) ano, prevista no art. 54 da LRF, há de ser compreendida, naturalmente, em relação ao crédito que faz jus ao tratamento preferencial, conforme estipulado no plano de recuperação judicial aprovado, e não em sua integralidade, tal como sustenta a sociedade de advogados recorrente. Afinal, como assinalado, aquilo que exceder ao limite quantitativo fixado de modo consensual, convertido em quirografário, também deverá pago, porém, na forma e no tempo previstos no plano de recuperação judicial.

No ponto, não se pode deixar de reconhecer, inclusive, que o plano de recuperação judicial subjacente, ao estabelecer o substancial limite quantitativo de R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) para os credores trabalhistas e os equiparados, buscou ser extremamente equânime, a atender não apenas a grande maioria dos trabalhadores que, em regra, possuem baixos salários, como também aqueles que possuem altos salários, o que só evidencia a seriedade da proposta.

Não é demasiado relembrar que o inadimplemento das obrigações assumidas pelas recuperadas ou, de algum modo, a inviabilização do plano de recuperação, com a convolação da falência, fará com que a sociedade de advogados recorrente — que hoje ostenta um crédito preferencial de R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) a ser pago no prazo de 1 (um) ano, sem prejuízo de recebimento do excedente na forma e no prazo convencionado no plano de recuperação judicial —, receba, preferencialmente, apenas o limite legal de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos, nos termos do art. 83, I, da LRF, convertendo-se o restante em crédito quirografário.

Como se constata, a proposta aprovada pelos credores, além de não encerrar ilegalidade alguma, afigura-se absolutamente favorável à sociedade de advogados recorrente, a revelar que a sua pretensão recursal, na prática, é de pouca ou nenhuma utilidade.

A partir da fundamentação exposta, tem-se que a conclusão do acórdão recorrido, ao determinar que as sociedades de advogados com créditos habilitados recebam seu crédito com o privilégio dos trabalhistas, tal qual os demais advogados pessoas físicas, observado, para todos, o limite máximo aprovado pela AGC (de R$ 2.000.000,00 - dois milhões de reais), não comporta nenhuma censura.

Em arremate, nego provimento aos recursos especiais interpostos por Justen, Pereira, Oliveira e Talamini Sociedade de Advogados e pelas recuperandas *Inepar* Equipamentos e Montagens S.A. e Outras.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.693.718-RJ (2017/0209642-3)

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze
Recorrente: Ligia Cristina Mello Monteiro
Advogados: Cristiane de Medeiros Brito Chaves Frota - RJ085056
Soraya Ribas Sampaio Barros - RJ146178
Paula Alexandra Malgrand Principe Pessoa - RJ022911
Recorrido: Carmen Silvia Monteiro Trois
Recorrido: Denise Nazare Bastos Monteiro
Advogados: Walter Jose Faiad de Moura e outro(s) - DF017390
Rodrigo Marinho Crespo - RJ135204
Antonio Vanderler de Lima - RJ035211
Thiago Amorim Rodrigues - RJ183823

EMENTA

Recurso especial. Ação ordinária. *1.* Discussão travada entre irmãs paternas acerca da destinação do corpo do genitor. Enquanto a

recorrente afirma que o desejo de seu pai, manifestado em vida, era o de ser criopreservado, as recorridas sustentam que ele deve ser sepultado na forma tradicional (enterro). *2.* Criogenia. Técnica de congelamento do corpo humano morto, com o intuito de reanimação futura. *3.* Ausência de previsão legal sobre o procedimento da criogenia. Lacuna normativa. Necessidade de integração da norma por meio da analogia (LINDB, art. 4º). Ordenamento jurídico pátrio que, além de proteger as disposições de última vontade do indivíduo, como decorrência do direito ao cadáver, contempla diversas normas legais que tratam de formas distintas de destinação do corpo humano em relação à tradicional regra do sepultamento. Normas correlatas que não exigem forma específica para viabilizar a destinação do corpo humano após a morte, bastando a anterior manifestação de vontade do indivíduo. Possibilidade de comprovação da vontade por qualquer meio de prova idôneo. Legitimidade dos familiares mais próximos a atuarem nos casos envolvendo a tutela de direitos da personalidade do indivíduo *post mortem*. *4.* Caso concreto: recorrente que conviveu e coabitou com seu genitor por mais de 30 (trinta) anos, sendo a maior parte do tempo em cidade bem distante da que residem suas irmãs (recorridas), além de possuir procuração pública lavrada por seu pai, outorgando-lhe amplos, gerais e irrestritos poderes. Circunstâncias fáticas que permitem concluir que a sua manifestação é a que melhor traduz a real vontade do *de cujus*. *5.* Corpo do genitor das partes que já se encontra submetido ao procedimento da criogenia há quase 7 (sete) anos. Situação jurídica consolidada no tempo. Postulado da razoabilidade. Observância. *6.* Recurso provido.

1. A controvérsia instaurada neste feito diz respeito à destinação do corpo de Luiz Felippe Dias Andrade Monteiro, pai das litigantes. Enquanto a recorrente busca mantê-lo submetido ao procedimento de criogenia nos Estados Unidos da América, sustentando ser esse o desejo manifestado em vida por seu pai, as recorridas pretendem promover o sepultamento na forma tradicional (enterro).

2. A criogenia ou criopreservação é a técnica de congelamento do corpo humano morto, em baixíssima temperatura, com o intuito de reanimação futura da pessoa, caso sobrevenha alguma importante descoberta médica ou científica capaz de ressuscitar o indivíduo.

3. O procedimento da criogenia em seres humanos não possui previsão legal em nosso ordenamento jurídico. Nesses casos, para preencher a lacuna normativa sobre a matéria, o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB enumera as técnicas de integração da norma jurídica, estabelecendo que: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

3.1. Na hipótese, deve-se aplicar a analogia jurídica (*iuris*), pois o nosso ordenamento jurídico, além de proteger as disposições de última vontade do indivíduo, como decorrência do direito ao cadáver, contempla diversas normas legais que tratam de formas distintas de destinação do corpo humano após a morte em relação à tradicional regra do sepultamento, dentre as quais podemos citar o art. 77, § 2º, da Lei de Registros Públicos, que disciplina a possibilidade de cremação do cadáver; a Lei n. 9.434/1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento; o art. 14 do Código Civil, que possibilita a destinação do corpo, após a morte, para fins científicos ou altruísticos, dentre outras.

3.2. Da análise das regras correlatas dispostas no ordenamento jurídico, considerando a necessidade de extração da norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto, verifica-se que não há exigência de formalidade específica para a manifestação de última vontade do indivíduo, sendo perfeitamente possível, portanto, aferir essa vontade, após o seu falecimento, por outros meios de prova legalmente admitidos, observando-se sempre as peculiaridades fáticas de cada caso.

3.3. Ademais, o ordenamento jurídico brasileiro, em casos envolvendo a tutela de direitos da personalidade do indivíduo *post mortem*, legitima os familiares mais próximos a atuarem em favor dos interesses deixados pelo *de cujus*. São exemplos dessa legitimação as normas insertas nos arts. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único, do Código Civil, que tratam especificamente sobre direitos da personalidade, bem como no art. 4º da Lei n. 9.434/1997, que diz respeito à legitimidade dos familiares em relação à autorização para a remoção de órgãos, tecidos e outras partes do corpo humano para fins de transplante, dentre outras.

3.4. Nessa linha de entendimento, extraindo-se os elementos necessários à integração da lacuna normativa pela analogia, é de se concluir que, na falta de manifestação expressa deixada pelo indivíduo em vida no sentido de ser submetido à criogenia após a morte, presume-se que sua vontade seja aquela manifestada por seus familiares mais próximos.

4. Na hipótese dos autos, não obstante as partes litigantes - recorrente e recorridas - tenham o mesmo grau de parentesco com o falecido, pois todas são descendentes de 1º grau (filhas), é razoável concluir que a manifestação da filha Lígia Monteiro, ora recorrente, é a que traduz a real vontade de seu genitor em relação à destinação de seus restos mortais, visto que, sem dúvida alguma, é a que melhor pode revelar suas convicções e desejos, em razão da longa convivência com ele, que perdurou até o final de sua vida.

4.1. Com efeito, revela-se incontroverso nos autos que a recorrente conviveu e coabitou com seu pai por mais de 30 (trinta) anos, após ele ter se divorciado da mãe das recorridas, sendo a maior parte desse tempo - mais de 20 (vinte) anos - em cidade bem distante da que residem suas irmãs (recorridas).

4.2. Também é fato incontroverso que Luiz Felippe Dias de Andrade Monteiro lavrou procuração pública em favor de sua filha Lígia (recorrente), com quem residia, outorgando-lhe amplos, gerais e irrestritos poderes, o que indica a confiança irrestrita inerente a uma convivência duradoura entre pai e filha.

4.3. Por outro lado, as autoras da ação (recorridas) não se desincumbiram de refutar, de forma concreta, o fato de que sua irmã Lígia, por ter convivido com o genitor delas por mais de 30 (trinta) anos, teria melhores condições de traduzir sua vontade, sobretudo porque a causa de pedir está totalmente fundada no desejo delas próprias de realizar o sepultamento de seu pai em território nacional, e não na aferição da manifestação de última vontade dele.

5. Vale destacar que o corpo do genitor das litigantes já se encontra submetido ao procedimento de criogenia, no *Cryonics Institute*, localizado na cidade de Michigan (EUA), desde julho de 2012, isto é, há quase 7 (sete) anos.

5.1. Tal fato deve ser levado em consideração na análise do presente caso, visto que, embora legítimo o interesse das recorridas em

tentar sepultar o pai em território nacional, não se pode ignorar que a situação jurídica, de certa forma, já se consolidou no tempo. De fato, negar provimento ao presente recurso especial para que o corpo seja repatriado e, posteriormente, sepultado e enterrado no Rio de Janeiro/RJ, cidade na qual as recorridas nem sequer residem, não se mostra razoável, pois, além de restabelecer o difícil sentimento de perda e sofrimento já experimentado quando do falecimento, essa situação, certamente, não teria o condão de assegurar a pacificação social almejada pelo direito.

5.2. A solução da controvérsia perpassa pela observância ao postulado da razoabilidade, porquanto, a par do reconhecimento de que o *de cujus* realmente desejava ser submetido ao procedimento da criogenia após a morte, não se pode ignorar, diante da singularidade da questão discutida, que a situação fático-jurídica já se consolidou no tempo, impondo-se, dessa forma, a preservação do corpo do pai da recorrente e das recorridas submetido ao procedimento da criogenia no referido instituto.

6. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

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

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro (Presidente), Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 26 de março de 2019 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

DJe 4.4.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Carmen Silvia Monteiro Trois e Denise Nazaré Bastos Monteiro ajuizaram ação ordinária c.c. pedido de

tutela antecipada contra Lígia Cristina de Mello Monteiro, alegando, em síntese, que "as autoras são irmãs paternas da ré, todas filhas de Luiz Felippe Dias de Andrade Monteiro, que veio a falecer na madrugada do dia 22.01.12, sendo certo que o mesmo residia na companhia da ré, enquanto que as autoras residem no Rio Grande do Sul, sendo difícil o relacionamento entre as partes nos últimos anos. Sequer o óbito do referido genitor foi comunicado às autoras, do qual tomaram conhecimento através de terceiros, desconhecendo, porém, o destino dado ao corpo, que teria sido retirado pela ré do hospital, para levá-lo para os EUA, cidade de Michigan, onde supostamente pretende congelá-lo e/ou efetuar procedimento correlato, conforme apurado em contato mantido com a empresa *Riopax*, em cuja sede está sendo conservado o corpo, em câmara frigorífica, aguardando os procedimentos para o traslado para o citado país, não obstante o interesse das autoras de dar ao corpo do pai um sepultamento com dignidade e em território nacional" (e-STJ, fl. 90).

O Juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido para autorizar o imediato supultamento do corpo (e-STJ, fls. 90-92).

Em apelação da ré, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por maioria de votos, deu provimento ao recurso para determinar a realização da criogenia no corpo do genitor das partes. O acórdão foi assim ementado:

> Criogenia. Destinação de restos mortais. Disposição de ultima vontade. Inexistência de testamento ou codicilo. Direito da personalidade. Princípio da dignidade da pessoa humana. Ausência de consenso entre as litigantes. Prova documental robusta, que demonstra que o *de cujus* desejava ver o seu corpo submetido ao procedimento da criogenia.
>
> 1. A criogenia ou criopreservação consiste na preservação de cadáveres humanos em baixas temperaturas para eventual e futura reanimação e se insere dentre os avanços científicos que deram nova roupagem à ciência, rompendo com antigos paradigmas sociais, religiosos e morais.
>
> 2. Disputa acerca da destinação dos restos mortais do pai das litigantes, cujo desate não consiste na unificação da vontade das partes, mas sim na perquirição da real vontade do falecido.
>
> 3. Disposição de última vontade quanto à destinação de seu cadáver, que recai no rol dos direitos da personalidade constitucionalmente assegurados. Inexistência de testamento ou codicilo que não deve inviabilizar o cumprimento dos seus desígnios, sob pena de afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.
>
> 4. Em que pese a solenidade e o conservadorismo do direito sucessório pátrio, são reconhecidas formas excepcionais de testamento, como o particular,

nuncupativo, marítimo e aeronáutico que prescindem das formalidades ordinárias e visam impedir que o indivíduo venha a falecer sem fazer prevalecer sua derradeira vontade.

5. Os elementos constantes dos autos, em especial a prova documental, demonstram de forma inequívoca o desejo do falecido de ter o seu corpo congelado após a sua morte.

6. Inafastável a aptidão da parenta mais próxima do falecido, com quem mantinha relação de afeto e confiança incondicionais, no caso, sua filha Lygia, para dizer sobre o melhor destino dos restos mortais, ou seja, aquele que melhor traduz suas convicções e desejos à época de seu óbito.

7. Ausência de previsão legal acerca do tema — criogenia — que, na forma do art. 4º da LICC, autoriza a aplicação analógica das disposições existentes acerca da cremação, para a qual a Lei de Registros Públicos não estabeleceu forma especial para a manifestação de vontade. Precedentes deste Egrégio Tribunal.

8. Inexistência de paradigma jurisprudencial que não inviabiliza a pretensão diante da ausência de vedação legal e da demonstração de ser esta a disposição de última vontade do *de cujus*.

Recurso provido.

Contra o referido acórdão, as autoras opuseram embargos infringentes, os quais foram acolhidos, também por maioria de votos, pelo Tribunal de origem, para determinar o sepultamento do corpo no Brasil, afastando-se, assim, a realização da criogenia.

Daí o presente recurso especial, em que a recorrente Ligia Cristina Mello Monteiro afirma que o acórdão recorrido violou os arts. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, 14 do Código Civil e 77, parágrafo 2º, da Lei n. 6.015/1973.

Inicialmente, alega que "a questão jurídica envolvida na hipótese dos autos não é propriamente a expectativa, sob a ótica da criogenia, de reanimação do Sr. Luiz Felippe Dias de Andrade Monteiro. O cerne da controvérsia é se fazer prevalecer a última vontade do falecido, seu direito personalíssimo de livremente orientar a destinação do seu corpo" (e-STJ, fl. 979).

Nesse contexto, sustenta que "a ausência de previsão legal acerca do tema, qual seja, a criogenia, provoca uma lacuna, uma vez que a legislação é silente quanto ao fato. No entanto, o art. 4º da LICC dispõe que: 'Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito'. Nesse viés, aplica-se, por analogia, a norma da Lei n. 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), art. 77 e 6º do Decreto Municipal n.

24.986/04, que permite solução diversa do sepultamento, ou seja, a cremação, haja vista a inexistência de regulamentação quanto a outras modalidades de disposição final de corpos sem vida" (e-STJ, fls. 969-970).

Afirma que, no caso em comento, "ainda que a manifestação de vontade não se apresente expressamente, eis que na nossa cultura não é de praxe deixar registrado este tipo de última vontade, resta presumido que a manifestação seja aquela apresentada pelos parentes mais próximos, como é o caso nos autos da filha que ao seu lado permaneceu por toda a vida" (e-STJ, fl. 975).

Ademais, "na origem, restou comprovado de forma inequívoca que as recorridas não mantinham qualquer relação com o pai em seus últimos anos de vida, tampouco com a irmã, ora recorrente, pelo que desconheciam o desejo do pai. Do mesmo modo, as recorridas não lograram justificar razão concreta para o descumprimento da última vontade de seu pai, qual seja, ter os seus restos mortais submetidos ao procedimento da criogenia. Isso porque ninguém melhor que sua parenta mais próxima — a recorrente — com quem mantinha relação de afeto incondicional e conviveu por mais de 32 anos, para expressar a vontade do falecido pai quanto ao destino de seus restos mortais" (e-STJ, fl. 982).

Busca, assim, o provimento do recurso especial para que o acórdão recorrido seja reformado, devendo prevalecer, assim, a vontade do falecido de manter seu corpo no procedimento de criogenia.

À fl. 1.216 (e-STJ), proferi despacho determinando a intimação da recorrente para que informasse a atual situação de fato em relação ao procedimento da criogenia.

Às fls. 1.237-1.278 (e-STJ), a recorrente Ligia Cristina Mello Monteiro informou que "o corpo de seu pai encontra-se devidamente criopreservado há quase 6 (seis) anos", desde 24/7/2012, afirmando, ainda, o seguinte:

> Por oportuno, a Recorrente informa que o valor expendido para o acolhimento do corpo e sua criopreservação, *ad aeternum*, foi integralmente pago, à época U$ 28.000,00 (vinte e oito mil dólares). Vale ressaltar que não há qualquer pagamento intermediário a ser realizado, uma vez que os corpos são preservados em nitrogênio líquido, gás de baixo custo nos EUA, não havendo necessidade de energia elétrica para sua manutenção.
>
> Informa, ainda, que todos os custos com o procedimento foram suportados pela Recorrente, desde a fase de manutenção do corpo no Brasil, que perdurou pelo menos 5 (cinco) meses na Concessionária Rio Pax, até sua liberação e translado para o Instituto nos EUA, de acordo com o que consta dos autos às fls. 363-378 e-STJ.

> Insta observar que este procedimento inicial de preparação para envio do corpo aos Estados Unidos perdurou por 5 (cinco) meses e a Recorrente desembolsava diárias no valor aproximado de R$ 1.000,00 (hum mil reais), até que seu translado fosse realizado para os EUA, conforme comprovado nos autos às fls. 363-378 e-STJ.
>
> Importante ressaltar, ainda, que durante a fase de conhecimento desta ação, a Recorrente se comprometeu a custear as visitas de suas meio-irmãs, ora Recorridas, bem como ofereceu acordo onde abriria mão de seu direito sucessório para que fosse respeitado e mantido o incontestável desejo de seu pai de se submeter ao procedimento da criogenia.
>
> (...)
>
> Imperioso destacar que apesar de os corpos criopreservados serem mantidos em cápsulas fechadas, o Instituto de criopreservação permite a visitação tal como ocorre nos cemitérios convencionais, havendo até mesmo local para depósito de flores. Nesse viés, a Recorrente junta aos autos alguns informativos extraídos do site do Instituto, observando tratar-se de empresa idônea, fundada desde 1976, com objetivo de oferecer serviços criônicos disponíveis para o público, possuindo ainda um histórico comprovado de segurança financeira e estabilidade.
>
> Muito embora o procedimento de Criopreservação pareça ser novo e algo futurista, a técnica já existe desde a década de 1960, com empresas que atuam nesse campo específico sediadas nos Estados Unidos e Rússia, ressaltando-se o grande número de pessoas que já aderiu a essa técnica. O *Cryonics Institute* mantém atualmente centenas de pessoas criopreservadas.

Às fls. 1.219-1.235 (e-STJ), as recorridas Carmen Silvia Monteiro Trois e Denise Nazaré Bastos Monteiro afirmaram que, "após tentar duas vezes sem sucesso obter liminares autorizando o envio do corpo para os EUA, a recorrente resolveu literalmente desprezar o comando do Judiciário e fazer Justiça com as próprias mãos. A recorrente simplesmente enviou o corpo do pai das recorridas para os EUA, contrariando ordens judiciais, a Lei e os costumes, cf. comprova a nota de embarque em anexo", o que revela seu comportamento insidioso e contrário à boa-fé.

Ressaltaram, ainda, que, não obstante o nítido comportamento insidioso da recorrente, "de forma inegavelmente branda, o e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro considerou a conduta da recorrente como um mero ato de precipitação, sem maiores consequências", ao consignar que: "Apesar da atuação precipitada da requerida, ora agravada, noticiada nesses autos, tal situação, uma vez consumada, não oferece risco de dano irreparável ou de difícil reparação à pretensão das requerentes, que é a de sepultar os restos mortais do seu ente familiar no jazigo da família" (e-STJ, fl. 1.221).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): A controvérsia trazida nestes autos diz respeito à destinação do corpo de Luiz Felippe Dias Andrade Monteiro, pai da recorrente e das recorridas. Enquanto a recorrente busca mantê-lo submetido ao procedimento de criogenia nos Estados Unidos da América, sustentando ser esse o desejo manifestado em vida por seu pai, as recorridas pretendem promover o sepultamento na forma tradicional.

1. Delimitação fática

Colhe-se dos autos que Carmen Silvia Monteiro Trois e Denise Nazaré Bastos Monteiro, ora recorridas, são irmãs paternas de Lígia Cristina de Mello Monteiro, recorrente, todas filhas de Luiz Felippe Dias de Andrade Monteiro, que veio a falecer na madrugada do dia 22 de janeiro de 2012.

Consta, ainda, que as recorridas residem no Rio Grande do Sul, enquanto o genitor das partes, antes de seu falecimento, residiu por mais de 30 (trinta) anos com sua filha, a recorrente Lígia, na cidade do Rio de Janeiro/RJ.

Argumentando que seu pai, por diversas vezes, havia manifestado o desejo de ter seu corpo submetido ao procedimento de congelamento após a sua morte, a recorrente Lígia providenciou os preparativos para a realização da criogenia, por intermédio da empresa Rio Pax, localizada na cidade do Rio de Janeiro/RJ, para posterior traslado do corpo aos Estados Unidos da América.

Sabendo dessa informação e não concordando com o intuito de sua irmã paterna, Carmen Monteiro e Denise Monteiro ajuizaram ação ordinária visando impedir a realização da criogenia, buscando, em consequência, o sepultamento do corpo de seu pai ao lado de sua ex-esposa, mãe das autoras, em Canoas-RS.

O pedido foi julgado parcialmente procedente pelo Juízo de primeiro grau para autorizar o sepultamento do corpo de Luiz Felippe Dias de Andrade Monteiro no local indicado pelas autoras da ação (e-STJ, fls. 90-92).

Em apelação da ré, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por maioria de votos, reformou a sentença para determinar a continuação do procedimento de criogenia, sob o fundamento, em síntese, de que, embora não houvesse uma declaração expressa de última vontade do falecido, "os elementos constantes dos autos, em especial a prova documental, demonstram de forma inequívoca o desejo do falecido de ter o seu corpo congelado após a sua morte", sendo

"inafastável a aptidão da parenta mais próxima do falecido, com quem mantinha relação de afeto e confiança incondicionais, no caso, sua filha Lígia, para dizer sobre o melhor destino dos restos mortais, ou seja, aquele que melhor traduz suas convicções e desejos à época de seu óbito" (e-STJ, fl. 533).

O referido acórdão foi publicado em 10/7/2012 (e-STJ, fl. 562).

Alguns dias após a publicação do referido *decisum*, em 24/7/2012, o corpo de Luiz Felippe Dias de Andrade Monteiro foi enviado para a cidade de Michigan, nos Estados Unidos da América, onde fica localizada a empresa especializada em criogenia *Cryonics Institute*, permanecendo lá até hoje.

Posteriormente, em embargos infringentes, também por maioria de votos, o Tribunal de Justiça Fluminense, por meio de judicioso voto proferido pelo eminente Desembargador Ricardo Couto de Castro, restabeleceu a sentença, determinando o sepultamento do corpo "no antigo domicílio do falecido" (e-STJ, fl. 733), isto é, na cidade do Rio de Janeiro, sob o fundamento de que, na ausência de autorização *expressa* deixada pelo pai das autoras e da ré em vida, não seria razoável permitir a realização da criogenia pela vontade de uma de suas filhas.

Daí o presente recurso especial, em que a recorrente Lígia busca restabelecer o acórdão que deu provimento à sua apelação, a fim de permitir a manutenção do corpo de seu pai congelado no referido instituto.

2. Da alegação de comportamento insidioso da recorrente formulada na Petição n. 140.079/2018

Às fls. 1.219-1.235 (e-STJ), as recorridas afirmam que a recorrente Lígia agiu de forma insidiosa, pois, após tentar duas vezes sem sucesso obter liminares autorizando o envio do corpo para os EUA, "resolveu literalmente desprezar o comando do Judiciário e fazer justiça com as próprias mãos", pois "simplesmente enviou o corpo do pai das recorridas para os EUA, contrariando ordens judiciais, a Lei e os costumes" (e-STJ, fl. 1.220).

Não obstante as alegações feitas, verifica-se, da análise dos autos, que não há elementos para aferir se, de fato, houve descumprimento de ordem judicial por parte da recorrente.

Na verdade, constata-se que o corpo foi enviado aos Estados Unidos apenas alguns dias após a publicação do acórdão que julgou a apelação favorável à pretensão da recorrente, isto é, que autorizou a continuidade da realização do

procedimento da criogenia, não constando, ademais, a informação de que as recorridas tenham obtido alguma liminar para suspender os efeitos do referido *decisum*, a fim de impedir o traslado do corpo.

Dessa maneira, eventual descumprimento de ordem judicial ou da existência de crime de desobediência por parte da recorrente deverá ser apurado perante o Juízo de primeiro grau, não sendo possível analisar, neste momento processual, as questões suscitadas na petição de fls. 1.219/1.235.

De qualquer forma, na linha do que consignou o Tribunal de origem, o fato de o corpo já ter sido enviado aos EUA para a realização do procedimento de criogenia "não oferece risco de dano irreparável ou de difícil reparação à pretensão das requerentes [recorridas], que é a de sepultar os restos mortais do seu ente familiar no jazigo da família" (e-STJ, fl. 1.234), pois, caso o presente recurso especial seja desprovido pela Turma julgadora, e após o trânsito em julgado, a recorrente deverá providenciar a repatriação do corpo de seu pai, para que seja sepultado no Brasil.

Afastada essa questão, passo ao exame da matéria de fundo do presente recurso especial.

3. Da criogenia

No Brasil, país em que a maioria da população se declara católica (64,6%) e a grande maioria cristã (86,8%), segundo o Censo 2010 realizado pelo IBGE[1], a forma mais comum de destinação de restos mortais é, sem dúvida, o sepultamento em túmulo, com o respectivo enterro (inumação) em cemitério público ou particular.

Não obstante essa seja a regra na nossa cultura, há outras formas de destinação dos restos mortais de um indivíduo, entre as quais podemos citar a cremação (incineração do cadáver com posterior entrega das cinzas aos familiares em urna apropriada), regulada pela Lei de Registros Públicos (§ 2º do art. 77 da Lei n. 6.015/1973); a destinação gratuita do próprio corpo, após a morte, para fins científicos ou altruísticos, nos termos do art. 14 do Código Civil; e a possibilidade de destinação do cadáver não reclamado às escolas de medicina, para fins de estudo ou pesquisa científica, conforme disciplina a Lei n. 8.501, de 30 de novembro de 1992, que em seu art. 2º assim estabelece:

[1] IBGE, Censo 2010 - disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualização/periodicos/94/cd_2010_religião_deficiencia.pdf> acesso em 12.12.2018.

> Art. 2. O cadáver não reclamado junto às autoridades públicas, no prazo de trinta dias, poderá ser destinado às escolas de medicina, para fins de ensino e de pesquisa de caráter científico.

Há, ainda, diversas outras modalidades de destinação do cadáver bem diferentes da tradicional regra do sepultamento verificadas em diversas partes do mundo, apesar de não previstas na legislação brasileira, dentre as quais podemos citar, a título de exemplos:

i) *a "resomação" ou "biocremação"* - processo em que, utilizando-se água superaquecida e hidróxido de potássio, o cadáver é liquefeito, sobrando apenas os ossos, os quais são cremados e devolvidos aos familiares em uma urna;

ii) *os "recifes eternos"* (eternal reefs) - procedimento em que se misturam os restos mortais de um indivíduo com cimento ecológico para criar formações de recifes artificiais no fundo do mar;

iii) *a "plastinação"* - procedimento que, semelhante à mumificação, consiste em preservar o corpo em uma forma semireconhecível. Segundo informações obtidas no site www.hypescience.com, essa técnica foi "inventada pelo anatomista Gunther von Hagens", sendo "usada em escolas de medicina e laboratórios de anatomia para preservar amostras dos órgãos para a educação. Mas von Hagens tomou o processo um passo adiante, e criou exposições de corpos plastinados como se estivessem congelados no meio de suas atividades cotidianas. Segundo o Instituto de Plastinação, milhares de pessoas se inscreveram para doar seus corpos para a educação ou exposição".

Outra forma de destinação do corpo humano para depois da morte não prevista em nossa legislação, que vem ganhando muitos adeptos no mundo todo, e que diz respeito ao caso ora em julgamento é a *criogenia*.

A criogenia (ou criopreservação) é a técnica de congelamento do corpo humano após a morte, em baixíssima temperatura, a fim de conservá-lo, com o intuito de reanimação futura da pessoa, caso sobrevenha alguma importante descoberta científica que possibilite o seu retorno à vida.

As particularidades sobre o procedimento realizado para o congelamento e posterior conservação do corpo foram muito bem explicitadas no parecer de fls. 497-523 (e-STJ), conforme se verifica do seguinte trecho:

> A criogenia é um ramo da físico-química que estuda tecnologias para a produção de temperaturas muito baixas (abaixo de -150ºC, de -238ºF ou de 123K), principalmente até à temperatura de ebulição do nitrogênio líquido, ou, ainda mais baixas, e o comportamento dos elementos e materiais nessas temperaturas.

> A criônica, mais especificamente, é um ramo da criogenia que preserva a baixas temperaturas humanos ou mamíferos, com o objetivo de serem reanimados no futuro.
>
> A criogenia, então, em suma, consiste no congelamento de cadáveres a baixas temperaturas, com a finalidade de que, com os possíveis avanços da ciência, sejam, um dia, ressuscitados.
>
> De tal modo, quando o paciente é declarado morto, os médicos tentam evitar a deterioração do corpo, injetando-lhe medicamentos específicos, e se utilizando de máquinas que mantém a circulação do sangue e a oxigenação do corpo.
>
> O corpo é envolto em uma manta térmica especial, que ajuda a mantê-lo frio, e transportado até a clínica em temperaturas baixas, que fazem com que o cérebro exija menos oxigênio e mantenha os tecidos vivos por mais tempo.
>
> Na clínica, o sangue do paciente é retirado ao mesmo tempo em que, por outro tubo, é inserido o líquido crioprotetor, uma substância química à base de glicerina. O líquido substitui outros compostos intracelulares, evitando que cristais de gelo se formem dentro das células. Depois de injetadas as substâncias, o corpo é direcionado para uma cabine com gás nitrogênio circulante. Lá, fica esfriando por cerca de três horas para assegurar que todas as partes do corpo serão congeladas por igual. No final do processo, o paciente estará completamente vitrificado.
>
> Em seguida, o corpo é colocado em um saco plástico protetor e imerso em um cilindro de nitrogênio líquido, onde é monitorado. O corpo, então, repousará em tal cilindro, podendo ser visitado pela família até que a ciência descubra um modo de recuperá-lo.

A criogenia tem suas origens na publicação da obra de Robert Ettinger, em 1964, intitulada *The Prospect of Immortality*. Nela, o autor propôs a conservação de corpos humanos em temperaturas extremamente baixas, com base nas técnicas da criobiologia desenvolvidas ainda na década de 1950. O entusiasmo com a obra propiciou o surgimento de uma sociedade de criogenia em Nova York e foi tema debatido pela comunidade científica em uma conferência realizada em Washington D.C., no ano de 1966. O corpo de Ettinger, que veio a falecer em 2011, foi criopreservado pelo *Cryonics Institute*, no Michigan – o mesmo onde está o corpo do pai das litigantes[2].

No Brasil, embora a criopreservação de alimentos, sêmen, cordão umbilical e até de óvulos fertilizados já faça parte do nosso cotidiano, este é o primeiro caso

[2] SMITH, George P. Intimations of Immortality: Clones, Cryons, and the Law (1983). *University of New South Wales Law Journal*. vol. 6, p. 119-132. CUA Columbus School of Law Legal Studies Research Paper n. 2016-17. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2858941> acesso em 13.12.2018.

que se tem notícia no país acerca da utilização da criogenia para a conservação de cadáveres.

Todavia, constata-se que há, atualmente, em diversos países, cerca de 250 (duzentas e cinquenta) pessoas congeladas em tubos de nitrogênio e mais de 2 (duas) mil pessoas já cadastradas para serem criopreservadas após a morte, conforme informações obtidas nas páginas eletrônicas da *Alcor Life Extension Foundation*, fundação destinada à pesquisa e realização da criogenia, bem como do *Cryonics Institute*, instituto que realiza o procedimento de criopreservação, ambos localizados nos Estados Unidos.

Certo e incontroverso no caso é que o corpo de Luiz Felippe Dias de Andrade Monteiro, pai das litigantes, encontra-se atualmente criopreservado no *Cryonics Institute*, no Michigan – Estados Unidos, desde julho de 2012.

4. Do mérito: violação aos arts. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB; 14 do Código Civil; e 77, parágrafo 2º, da Lei n. 6.015/1973.

De início, vale registrar que a questão a ser analisada neste recurso especial, obviamente, não consiste em saber se são válidos ou não os efeitos da criogenia sobre o corpo do pai das litigantes. Em outras palavras, não importa saber (e nem seria possível) se, a depender dos avanços da ciência, será viável ou não que o *de cujus* retorne à vida.

Ademais, também não há que se falar em incidência do óbice da Súmula n. 7/STJ na hipótese, pois a análise do caso não demanda o reexame do conjunto fático-probatório, mas apenas a valoração dos fatos incontroversos constantes nos autos.

Em verdade, o presente julgamento consiste tão somente na *análise da manifestação de última vontade de Luiz Felippe Dias de Andrade Monteiro, isto é, se é possível ou não inferir que o seu desejo era o de ser criopreservado após a morte, bem como se tal vontade afronta ou não o ordenamento jurídico pátrio*.

Dessa forma, não obstante o ineditismo da matéria discutida, a questão que se coloca é eminentemente jurídica e sob essa perspectiva, apenas, deve ser analisada. Descabe, portanto, qualquer juízo moral e religioso sobre a suposta opção do falecido e seus resultados científicos, bem como qualquer tentativa de regulação da matéria, cuja competência é do Poder Legislativo.

Nessa linha, faço um registro para reiterar a preliminar do bem lançado voto apresentado pela Desembargadora Flávia Romano de Rezende, relatora do

feito no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que, ao julgar a apelação, assim consignou (e-STJ, fls. 536-538):

> *Por primeiro, há que se refutar alguns argumentos expendidos na sentença combatida, eis que se revelam tendenciosos, uma vez que fincados em costumes religiosos, que não se coadunam com o Estado Laico e com a expressão moderna do Direito*, na forma, aliás, destacada, em julgamento recente da ADPF 54/DF, proferido em 11/04/2012 -, pelo Exmo. Sr. Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Mello: 'Os dogmas de fé não podem determinar o conteúdo dos atos estatais', afirmado ainda que: 'as concepções morais religiosas — unânimes, majoritárias ou minoritárias — não podem guiar as decisões de Estado, devendo, portanto, se limitar às esferas privadas'.
>
> *Anote-se que, hodiernamente, diante dos constantes avanços científicos e tecnológicos, divulgados com impressionante velocidade devido ao advento da* internet, *os operadores do direito se deparam inevitavelmente com questões inusitadas, cujo enfrentamento requer o despojamento de valores até então arraigados a costumes que se pensavam inarredáveis.*
>
> *Com efeito, em menos de meio século, ocorreram avanços e mudanças de paradigmas até então indizíveis, eis que foram quebrados tabus sociais, morais e religiosos em ritmo verdadeiramente frenético.*
>
> *Ora, em menos de duas décadas, quem cogitaria da 'barriga de aluguel', do congelamento, através do processo de criogenia, de cordão umbilical para preservação das células tronco, da legalização da união homoafetiva, da clonagem de animais, da fertilização* in vitro *e tantos outros.*
>
> *Diante desta efervescência, os legisladores e julgadores são compelidos inexoravelmente a adequar o direito aos novos paradigmas sociais que se apresentam, mostrando-se inadequada a sentença que pretende taxar de 'insipiente' e 'esdrúxulo' o procedimento criogênico, que, sem embargo das opiniões contrárias, vem sendo utilizado em países como Estados Unidos e Japão para o fim de preservar cadáveres.*
>
> Admitir-se apenas a inumação como forma digna de sepultamento, e não por acaso aceito e propalado pela Igreja Católica implica em conceito parcial e excludente daqueles adotados por outras religiões.
>
> Frise-se que a história da civilização é cíclica, de modo que, uma análise histórica do destino dos restos mortais pode reportar-nos a épocas, nas quais civilizações antigas, que legaram inegável contribuição cultural para humanidade, não tinham por hábito o descarte do corpo, mas sim a sua conservação através da mumificação que guarda similitude com a criogenia, porquanto ambos os procedimentos se lastreiam na preservação do cadáver.
>
> *Ora, no contexto mundial atual, no qual impera a globalização e a coexistência harmônica das diferenças, não se vislumbra espaço para posicionamentos conservadores e parciais que implicam em verdadeiro desalijo social.*

> O célebre filósofo iluminista John Locke, antes de 1700, já dissera: 'As novas opiniões são sempre suspeitas e geralmente opostas, por nenhum outro motivo além do fato de ainda não serem comuns'.

Feita essa observação preliminar, passa-se ao exame da questão jurídica propriamente dita.

Como se sabe, o ordenamento jurídico pátrio não possui previsão legal sobre a utilização da criogenia em corpo humano *post mortem*. Também não há qualquer vedação no nosso sistema jurídico em relação à adoção do referido procedimento.

Trata-se, assim, de verdadeira lacuna normativa.

Nessas hipóteses, para viabilizar a integração da norma jurídica, o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB (Decreto-Lei n. 4.657/1942) estabelece a seguinte regra:

> Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

A respeito da utilização da analogia, Carlos Maximiliano afirma que duas possibilidades são abertas: "ou falta uma só disposição, um artigo de lei, e então se recorre ao que regula um caso semelhante (*analogia legis*); ou não existe nenhum dispositivo aplicável à espécie nem sequer de modo indireto; encontra-se o juiz em face de instituto inteiramente novo, sem similar conhecido; é força, não simplesmente recorrer a um preceito existente, e, sim, a um complexo de princípios jurídicos, à síntese dos mesmos, ao espírito do sistema inteiro (*analogia iuris*)" (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 192).

Assim, considerando a ausência de regulação a respeito da criogenia, deve-se utilizar, no presente caso, a analogia jurídica (*iuris*), que consiste na aplicação não somente de uma norma semelhante, como na analogia legal, mas, sim, de um conjunto de normas próximas aptas à extração dos elementos normativos necessários à integração da lacuna existente sobre o assunto.

Com efeito, o nosso ordenamento jurídico, além de proteger as disposições de última vontade do indivíduo, contempla um conjunto de normas legais que tratam de formas distintas de destinação do corpo humano após a morte em relação à tradicional regra do sepultamento (enterro), fornecendo, assim, o substrato legal necessário para a solução do litígio, conforme doravante será demonstrado.

Sem descuidar das divergências entre os concepcionistas e os natalistas quanto ao início da personalidade, a extinção desse *status* jurídico por meio do evento morte é ponto pacificado no direito brasileiro, na esteira do art. 6º do Código Civil. Outrossim, há direitos oriundos da personalidade que continuam sendo protegidos após a morte, pela transferência de seu exercício aos herdeiros - a exemplo dos direitos autorais - § 1º do art. 24 da Lei n. 9.610/1998 - ou pela transferência da pretensão jurídica de sua defesa em juízo – conforme consta no parágrafo único do art. 12 do Código Civil.

Em respeitável pesquisa bibliográfica comparando aspectos do fim da personalidade no direito brasileiro e no direito português, encontram-se diversos doutrinadores que reconhecem a proteção de alguns direitos da personalidade após a morte do titular, sendo eles: Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa, Diogo Leite Campos, Heirinch Ewald Hörster, Nuno Manuel Pinto de Oliveira, Diana Filipa Montenegro da Silveira, Álvaro Villaça Azevedo, Silmara Juny de Abreu Chinellato, Rubens Limongi França, Ingo Wolfgang Sarlet, Gustavo Tepedino, Maria Helena Diniz, Paulo Lôbo, Francisco Amaral e José Rogério Cruz e Tucci. Em conclusão, o estudo comparativo aponta:

> A tutela de pessoas falecidas é plenamente protegida no direito luso e no direito brasileiro, respectivamente, no art. 71, n. 2, e parágrafos únicos dos arts. 12 e 20, ambos do Código Civil, cujos legitimados abrangem também o companheiro.
>
> (RIBEIRO, Ney Rodrigo de Lima. Direito à proteção de pessoas falecidas. Enfoque luso-brasileiro. *Direitos da Personalidade*. Organizado por Jorge Miranda, Otavio Luiz Rodrigues Junior e Gustavo Bonato. São Paulo: Atlas, 2012, p. 424/426)

Esta Turma Julgadora, por sua vez, já prestigiou, em diversas ocasiões, o cumprimento das disposições de última vontade do falecido, mesmo em detrimento de formalidades testamentárias, quando essas puderem ser supridas por outros elementos dos autos, conforme se verificam dos seguintes precedentes:

> Civil. Processual Civil. Recurso especial. Testamento. Rompimento. Possibilidade. Nulidade. Existência. *Na busca da preservação da vontade do testador, o rompimento de um testamento, com a sua consequente invalidade geral, é medida extrema que somente é admitida diante da singular revelação de que o testador não tinha conhecimento da existência de descendente sucessível. A prova em sentido contrário - de que o testador sabia da existência do descendente sucessível - mesmo existindo declaração do testador de que não tinha herdeiros necessários, impede a incidência do quanto disposto no art. 1.973 do Código Civil*. A nulidade das disposições testamentárias que excedem a parte disponível do patrimônio do

testador se circunscreve ao excesso, reduzindo-se as disposições testamentárias ao quanto disponível, nos termos dos arts. 1.967 e 1.968. A avaliação do conteúdo da deixa e seu cotejo com as disposições de ultima vontade do *de cujus*, para fins de verificação de possível invasão da legítima, são matérias adstritas ao curso do inventário. Inviável a aplicação da multa a embargos de declaração com o fito de prequestionamento (Súmula 98/STJ). Recurso especial parcialmente provido, apenas para afastar a incidência da multa do art. 538 do CPC/73, fixada na origem.

(REsp n. 1.615.054/MG, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 10/8/2017 – sem grifos no original.)

Agravo regimental em recurso especial. Direito Civil. Testamento particular. Vontade do testador mantida. Vícios formais afastados. Capacidade mental reconhecida. Jurisprudência do STJ. Súmula n. 83/STJ. Revisão de provas. Súmula n. 7/STJ.

1. Na elaboração de testamento particular, é possível flexibilizar as formalidades prescritas em lei na hipótese em que o documento foi assinado pelo testador e por três testemunhas idôneas.

2. Ao se examinar o ato de disposição de última vontade, deve-se sempre privilegiar a busca pela real intenção do testador a respeito de seus bens, feita de forma livre, consciente e espontânea, atestada sua capacidade mental para o ato. Incidência da Súmula n. 83/STJ.

3. Incide a Súmula n. 7 do STJ na hipótese em que o acolhimento da tese defendida no recurso especial reclama a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.401.087/MT, Relator o Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe de 13/8/2015 – sem grifos no original)

Recurso especial. Ação declaratória de nulidade de testamento público. 1. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. 2. Vício de forma. Contemporização do rigor formal do testamento, reputando-o válido sempre que encerrar a real vontade do testador, manifestada de modo livre e consciente. Exegese perfilhada pela jurisprudência do STJ. 3. Congruência entre o disposto no testamento e o real propósito de seu autor. Reconhecimento, de acordo com os elementos fáticos probatórios reunidos nos autos. 4. Reiterada atuação antijurídica da tabeliã, a quem incumbia, imediatamente, zelar pela observância dos requisitos formais. Verificação. Frustração da manifestação de última vontade encerrada no testamento público, quando esta, a partir dos elementos de prova reunidos nos autos, reflete a real intenção de seu autor. Inviabilidade. 5. Recurso especial improvido.

1. (...).

2. Especificamente em relação aos testamentos, as formalidades dispostas em lei possuem por finalidade precípua assegurar a higidez da manifestação de última vontade do testador e prevenir o testamento de posterior infirmação por terceiros. Assim, os requisitos formais, no caso dos testamentos, destinam-se a assegurar a veracidade e a espontaneidade das declarações de última vontade.

2.1. Todavia, se, por outro modo, for possível constatar, suficientemente, que a manifestação externada pelo testador deu-se de forma livre e consciente, correspondendo ao seu verdadeiro propósito, válido o testamento, encontrando-se, nessa hipótese, atendida a função dos requisitos formais, eventualmente inobservados.

2.2. A jurisprudência desta Corte de Justiça (a partir do julgamento do REsp n. 302.767/PR), em adoção a essa linha de exegese, tem contemporizado o rigor formal do testamento, reputando-o válido sempre que encerrar a real vontade do testador, manifestada de modo livre e consciente.

3. Na hipótese dos autos, sem proceder a qualquer consideração de ordem moral, especialmente porque a lei a admite, é certo que a vontade manifestada pelo autor do testamento de dispor sobre os bens disponíveis da herança, em detrimento da filha reconhecida *a posteriori* - intuito sobre o qual, como visto, nem mesmo a recorrente controverte -, restou substancialmente demonstrada, cuja verificação deu-se, de modo uníssono, pelas instâncias ordinárias com esteio nos elementos de prova reunidos nos autos.

(...)

4. Em que pese a existência de vício de forma (testemunhas instrumentárias, funcionários do cartório, que não presenciaram a lavratura do testamento, apondo as respectivas assinaturas posteriormente), a confirmar a reiterada atuação antijurídica da Tabeliã, a quem incumbia, imediatamente, zelar pela observância dos requisitos formais, inviável, na hipótese dos autos, frustrar a manifestação de última vontade encerrada no testamento público, quando esta, a partir dos elementos de prova reunidos nos autos, refletiu, indene de dúvidas, a real intenção de seu autor.

5. Recurso especial improvido.

(REsp n. 1.419.726/SC, de minha Relatoria, Terceira Turma, DJe de 16/12/2014 – sem grifos no original)

Nota-se, portanto, que o ordenamento jurídico confere certa margem de liberdade à pessoa para dispor sobre seu patrimônio jurídico após a morte, assim como protege essa vontade e assegura que seja observada. Demais disso, as previsões legais admitindo a cremação e a destinação do cadáver para fins científicos apontam que as disposições acerca do próprio corpo estão incluídas nesse espaço de autonomia. Trata-se do direito ao cadáver.

O direito ao cadáver é, pois, reconhecido como um desdobramento do direito de personalidade por juristas da envergadura de Miguel Reale[3], Adriano De Cupis[4] e Carlos Alberto Bittar, cuja lição é de oportuna transcrição nesse voto:

> Como prolongamento do direito ao corpo, e em nosso entender, sob a mesma base, encontra-se o direito da pessoa de dispor quanto ao destino do próprio cadáver, devendo ser respeitada a sua vontade pela coletividade, salvo se contrária à ordem pública. A morte opera a separação do ser, remanescendo, por certo tempo, a forma material e alguns componentes, até a consumação definitiva, persistindo, enquanto presentes, o direito de personalidade correspondente (direito ao cadáver e às partes do cadáver). (BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7ª ed. Atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 85/86)

Doutrina recente procurou apresentar um panorama das concepções acerca da natureza desse direito e, embora o tenha feito a fim de analisar o regramento jurídico da doação de órgãos, verifica-se que as lições sobre o direito ao cadáver são perfeitamente adequadas e aplicáveis à discussão sobre a criogenia, por tratar-se de forma pouco ortodoxa de destinação de restos mortais. Nesse sentido, o autor observou que:

> O direito ao cadáver é direito subjetivo (*facultas agendi*), na medida em que seu exercício é a expressão da vontade do titular desse direito, ou seja, é a tradução do seu querer para com o objeto que está em jogo.
>
> (TRONCO, Arthur Abbade. *O direito ao cadáver e a doação de órgãos pós-morte*. Revista de Direito Civil Contemporâneo. São Paulo: Ed RT, out-dez. 2017, vol. 13. Ano 4, p. 68-98)

Ainda no entender do autor, o direito ao cadáver seria uma vertente do direito ao próprio corpo e, portanto, um direito da personalidade, que compreende o direito às exéquias, consubstanciado na possibilidade de optar-se por uma forma de sepultamento, assim como a autorização para dispor do corpo morto, no todo ou em partes, a exemplo da doação de órgãos.

---

[3] REALE, Miguel. *Os direitos da personalidade*. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm> acesso em 12.12.2018.

[4] "O cadáver é, além disso, objeto de um direito privado não patrimonial, emergente do costume e que compreende a faculdade de determinar o modo e a forma de seu destino normal", *in* DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 99.

Embora existam defensores da tese de que caberia ao Estado determinar a destinação do cadáver, atendendo ao interesse público, essa concepção não se amolda ao ordenamento jurídico, que disciplina a matéria no âmbito privado e prestigia a autonomia tanto no aspecto **patrimonial**, *a exemplo do art. 1.857 do Código Civil, que exprime o direito da pessoa capaz de dispor, por testamento, do seus bens, para depois de sua morte*; quanto **extrapatrimonial**, como *no inciso III do art. 1.609 do Código Civil, que cuida do reconhecimento de filiação por testamento*, além do já mencionado art. 14 do mesmo diploma legal.

Sendo assim, é conveniente frisar que também os direitos de personalidade, e entre eles o direito ao cadáver, se orientam pela lógica do Direito Privado, primando pela autonomia dos indivíduos, sempre que esta não violar o ordenamento jurídico. Apenas como contraponto, lembre-se que, no âmbito do Direito Público, é a lei que rege e fundamenta a ação de seus atores. Com efeito, sob a égide do Direito Privado, os particulares têm uma margem de liberdade na orientação de suas condutas, e a lei funciona, em regra, como um limite e uma proteção, mas não como fundamento. Por outro lado, os entes públicos dependem da lei para atuar, pois na falta dela, não podem fazê-lo.

Percebe-se, com isso, que a natureza do direito em questão tem inegável aspecto prático, à luz da dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado, cuja relevância para nossa tradição jurídica foi muito bem lembrada em recente obra de Otavio Luiz Rodrigues Junior:

> Longe de obsoleta, a separação é útil, preserva importantes espaços da autodeterminação, justifica indiretamente a autonomia epistemológica do Direito Privado, tem fundamento histórico e permite a solução de casos da realidade prática com grande êxito.
>
> (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo: Estatuto Epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2019. p. 143)

No caso em análise, por sua natureza privada, a escolha feita pelo particular de submeter seu cadáver ao procedimento da criogenia encontra proteção jurídica, na medida em que sua autonomia é protegida pela lei e não há vedação à escolha por esse procedimento.

Por outro lado, é certo que essa liberdade só será objeto da proteção na medida em que não violar o ordenamento em vigor, incluindo não somente

a lei, mas também os costumes e os princípios que ele encerra[5], visto que são disciplinadores das relações em nossa sociedade.

No caso, como exposto, não há norma proibitiva da submissão de corpos humanos à criogenia. Tal escolha também não ofende a moral e os bons costumes, uma vez que não patrimonializa o corpo, em respeito ao caráter não patrimonial dos direitos da personalidade; tampouco implica em sua exposição pública, o que seria absolutamente incompatível com as normas sanitárias e de saúde pública e também com o devido respeito aos restos mortais humanos, visto que o corpo está acondicionado em local reservado, sem, contudo, impedir a visitação dos entes queridos.

De igual modo, o próprio intuito do procedimento permite supor que as condições a que está submetido são condizentes com o *status* jurídico do corpo morto, merecedor de respeito e de certa discrição, compatíveis com o pacífico descanso que, de um modo geral, as culturas ocidentais conferem aos seus mortos.

Decorre, também, da natureza e classificação do direito ao cadáver, que a vontade objeto da proteção jurídica é aquela exprimida pelo finado, quando ainda vivo. Os familiares, portanto, que ora litigam acerca do destino dos restos mortais do falecido, não são os titulares por excelência desse direito, mas adquirem a capacidade jurídica de fato para exercê-lo, ante a evidente impossibilidade do falecido.

Em monografia dedicada ao estudo da extração e transplante de órgãos e tecidos humanos no direito espanhol, Víctor Angoitia Gorostiaga identificou que o cadáver é objeto de proteção jurídica, ainda que despido de personalidade, em razão do princípio da intangibilidade, consagrado naquela cultura. Não obstante, reconhece que o princípio da autodeterminação do indivíduo resguarda sua autonomia acerca do próprio corpo.

Portanto, apesar de não mais exercer esses atos de vontade após a morte, é a vontade do falecido, manifestada em vida, que deve ser conhecida e respeitada:

[5] "Em qualquer das hipóteses de disposição de partes do corpo, os limites da autonomia privada devem ser observados, ou seja, o ato não pode ultrapassar o que é permitido pela Constituição Federal, pelas leis e pela ordem pública, além de observar a dignidade humana como valor fundamental de todos os atos jurídicos", *in* BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 173.

> No se trata, en definitiva, de que los vivos decidan lo que se hace con los muertos, ni siquiera de dilucidar artificiosamente quién aparece más legitimado para adoptar aquella decisión, sino de articular los cauces jurídicos que posibiliten la averiguación o determinación de la voluntad de quien ha fallecido, en aquellas hipótesis en que la misma no se había manifestado en modo alguno.
>
> (GOROSTIAGA, Víctor Angoitia. Extracción y Transplante de órganos y Tejidos Humanos. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 124)

Assim, percebo que o mero reconhecimento do direito ao cadáver não é suficiente para o deslinde da questão ora em discussão. É preciso investigar a cargo de quem ficará seu exercício, bem como se são exigíveis especiais condições ou formalidades para tal. Esse é, por certo, o ponto central deste litígio.

Na hipótese, o Tribunal de origem, por ocasião do julgamento dos embargos infringentes, entendeu que, "inexistindo manifestação expressa de vontade do Sr. Luiz Felippe quanto ao congelamento de seu corpo após a morte; inexistindo indícios de chance de cura e de uma vida digna, não há como autorizar o traslado do corpo do Sr. Luiz Felippe para ser submetido ao procedimento de criogenia, devendo prevalecer o enterro como forma de sepultamento e destino dado ao corpo após a morte" (e-STJ, fl. 733).

Da leitura do inteiro teor do acórdão recorrido, verifica-se que as razões de decidir estão embasadas na ausência de manifestação *expressa* de vontade do genitor das litigantes acerca da submissão de seu corpo ao procedimento de criogenia após a morte.

Ocorre que, analisando as regras correlatas dispostas no ordenamento jurídico - que disciplinam diferentes formas de disposição do corpo humano após a morte -, em razão da necessidade de extração da norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto, considerando a existência de lacuna normativa, verifica-se que não há exigência de formalidade específica acerca da manifestação de última vontade do indivíduo.

Nesse sentido, por exemplo, é o que dispõe o § 2º do art. 77 da Lei n. 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), que disciplina a cremação do cadáver, ao estabelecer o seguinte:

> Art. 77. Nenhum sepultamento será feito sem certidão do oficial de registro do lugar do falecimento ou do lugar de residência do de cujus, quando o falecimento ocorrer em local diverso do seu domicílio, extraída após a lavratura do assento de óbito, em vista do atestado de médico, se houver no lugar, ou em caso contrário, de duas pessoas qualificadas que tiverem presenciado ou verificado a morte. (Redação dada pela Lei n. 13.484, de 2017)

> § 1º Antes de proceder ao assento de óbito de criança de menos de 1 (um) ano, o oficial verificará se houve registro de nascimento, que, em caso de falta, será previamente feito. (Redação dada pela Lei n. 6.216, de 1975).
>
> *§ 2º* ***A cremação de cadáver somente será feita daquele que houver manifestado a vontade de ser incinerado*** *ou no interesse da saúde pública* ***e se o atestado de óbito houver sido firmado por 2 (dois) médicos ou por 1 (um) médico legista*** *e, no caso de morte violenta, depois de autorizada pela autoridade judiciária*. (Incluído pela Lei n. 6.216, de 1975).

Da análise do referido dispositivo legal, extrai-se que, com exceção da hipótese de "morte violenta" - que necessita também de autorização judicial -, os requisitos para a realização da cremação do cadáver são: i) a existência de atestado de óbito assinado por 2 (dois) médicos ou por 1 (um) médico legista; e ii) a *anterior manifestação de vontade* do indivíduo de ser incinerado após a morte.

Assim, ao contrário do que ficou consignado no acórdão recorrido, muito embora seja recomendado, a fim de evitar futuros litígios entre os familiares, *a lei não exige que a pessoa tenha deixado* ***por escrito*** *a vontade de ser cremada após a morte*, isto é, não há exigência legal de que essa manifestação de vontade seja formalizada por meio de escritura pública, testamento ou outro documento correlato, sobretudo porque na nossa cultura não é de praxe deixar formalizado esse tipo de última vontade.

Dessa maneira, não exigindo a Lei de Registros Públicos forma especial para a manifestação em vida em relação à cremação, será possível aferir a vontade do indivíduo, após o seu falecimento, por outros meios de prova legalmente admitidos.

Nesse ponto, é de se ressaltar que, em casos envolvendo a tutela de direitos da personalidade do indivíduo *post mortem* (direito ao cadáver), o ordenamento jurídico legitima os familiares mais próximos a atuarem em favor dos interesses deixados pelo *de cujus*. São exemplos dessa legitimação as normas insertas nos arts. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único, do Código Civil, que assim dispõem:

> Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.
>
> Parágrafo único. ***Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente***, *ou* ***qualquer parente em linha reta***, *ou* ***colateral até o quarto grau***.

> Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, *a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais*.
>
> Parágrafo único. ***Em se tratando de morto*** *ou de ausente,* ***são partes legítimas para requerer essa proteção*** *o* ***cônjuge***, *os* ***ascendentes*** *ou os* ***descendentes***.

Outro exemplo interessante diz respeito à legitimidade dos familiares em relação à autorização para a remoção de órgãos, tecidos e outras partes do corpo humano para fins de transplante, conforme estabelece o art. 4º da Lei n. 9.434/1997:

> Art. 4º *A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica,* ***dependerá da autorização*** *do* ***cônjuge ou parente****, maior de idade,* ***obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive****, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.*

Logo, *na falta de manifestação* ***expressa*** *deixada pelo indivíduo em vida acerca da destinação de seu corpo após a morte,* ***presume-se que sua vontade seja aquela apresentada por seus familiares mais próximos***.

Trazendo a referida premissa para o caso dos autos, em decorrência da integração da norma pela analogia, conclui-se que os familiares podem traduzir a expressão da vontade da pessoa no sentido de ser submetida ao procedimento da criogenia após o seu falecimento, observando-se sempre as particularidades de cada caso concreto.

A hipótese em julgamento, todavia, guarda certa peculiaridade que demanda um exame pormenorizado dos autos, notadamente em relação às circunstâncias fáticas *incontroversas* estabelecidas pelas instâncias ordinárias.

Isso porque, conforme já relatado, a disputa judicial em relação ao destino do corpo de Luiz Felippe Dias de Andrade Monteiro é travada entre suas filhas - recorrente e recorridas -, razão pela qual, estando todas as partes na mesma linha sucessória (descendentes de 1º grau), não há que se falar, em princípio, na presunção em favor de alguma delas.

Entretanto, não se pode ignorar (e isso é fato incontroverso nos autos) que a recorrente conviveu e coabitou com seu pai por *mais de 30 (trinta) anos*, após ele ter se divorciado da mãe das recorridas, sendo certo que a maior parte desse

tempo (mais de 20 anos) a recorrente Lígia e seu pai residiram nas cidades de Belém/PA e Rio de Janeiro/RJ, ao passo que as recorridas Carmen Monteiro e Denise Monteiro sempre residiram no Rio Grande do Sul.

Desse modo, não obstante as autoras e a ré possuam o mesmo grau de parentesco com o falecido, é razoável concluir, diante das particularidades fáticas do presente caso, que a manifestação da filha Lígia, ora recorrente, é a que traduz a real vontade de seu genitor em relação à destinação de seus restos mortais, pois, sem dúvida alguma, é a que melhor pode revelar suas convicções e desejos, em razão da longa convivência com ele, que perdurou até o final de sua vida.

Há informação nos autos, ainda, que Luiz Felippe Dias de Andrade Monteiro lavrou uma procuração pública em favor de sua filha Lígia, com quem residia, outorgando-lhe amplos, gerais e irrestritos poderes, o que "aponta a confiança irrestrita inerente a uma convivência longeva entre pai e filha" (trecho do acórdão de apelação de fl. 543, e-STJ).

Ressalte-se, também, conforme consignado no acórdão de fls. 532-561 (e-STJ), que a recorrente juntou diversas declarações, com firma reconhecida, de "pessoas que guardavam os mais diversos vínculos com o *de cujus* — médicos, empregados domésticos, fonoaudiólogos, fisioterapeutas, parentes e amigos -, tendo em comum o convívio próximo com o *de cujus*, nos seus derradeiros momentos" (e-STJ, fl. 549), sendo todos no sentido de que seu pai, de fato, desejava ser criopreservado após o seu falecimento.

Por outro lado, as autoras, conforme constou do acórdão de apelação, "não lograram sequer comprovar que mantinham qualquer contato com seu falecido pai, o que seria facilmente demonstrado tanto através de missivas, contas telefônicas, e-mail, comprovantes de fax ou mesmo através de passagens de avião ou ônibus, não sendo demais lembrar que impressões tiradas de convívio pretérito não têm o condão de demonstrar a vontade de seu genitor quando de seu óbito" (e-STJ, fl. 547).

Ademais, da leitura da petição inicial (e-STJ, fls. 3-8), verifica-se que a causa de pedir está totalmente embasada no *desejo das próprias autoras* (recorridas) de que seu pai tenha um "sepultamento digno em território nacional", sem tentar infirmar a presunção de que sua irmã Lígia, por ter convivido com o genitor delas por mais de 30 (trinta) anos, teria melhores condições de expressar sua vontade, ou mesmo de demonstrar que o desejo de seu pai era o de ser sepultado na forma tradicional.

Questão interessante que poderia eventualmente surgir, na hipótese dos autos, consistiria em averiguar de quem seria a responsabilidade pelo pagamento dos custos, que são bastante elevados, referentes ao procedimento da criogenia.

Em outras palavras, havendo o reconhecimento de que a última vontade do indivíduo era a de ser submetido à criogenia - seja porque deixou testamento ou escritura pública nesse sentido, seja porque essa vontade foi reconhecida por outros meios de prova, como no caso - quem deveria arcar com os custos do respectivo procedimento? Essa responsabilidade seria do espólio ou dos herdeiros? Deve-se preservar a legítima, isto é, o procedimento somente poderia ser viabilizado se o custo fosse suportado por, no máximo, metade do patrimônio deixado pelo *de cujus*?

Tratam-se de questões jurídicas extremamente relevantes, as quais demandariam, certamente, uma análise ainda mais aprofundada das normas correlatas.

No caso dos autos, contudo, essa discussão é irrelevante.

Isso porque, revela-se incontroverso nos autos que *todas as despesas com a realização do procedimento da criogenia no corpo de Luiz Felippe Dias de Andrade Monteiro foram custeadas por sua filha Lígia, ora recorrente, não havendo qualquer gasto suportado pelo espólio ou por suas irmãs paternas (recorridas)*.

A propósito, na petição de fls. 1.237-1.278 (e-STJ), a recorrente informou que "o valor expendido para o acolhimento do corpo e sua criopreservação, *ad aeternum*, foi integralmente pago, à época U$ 28.000,00 (vinte e oito mil dólares)", ressaltando, ainda, que "todos os custos com o procedimento foram suportados pela recorrente, desde a fase de manutenção do corpo no Brasil, que perdurou por pelo menos 5 (cinco) meses na Concessionária Rio Pax", ocasião em que desembolsava diárias no valor aproximado de R$ 1.000,00 (mil reais), "até sua liberação e traslado para o Instituto nos EUA".

Nesse ponto, destaco, ainda, que a recorrente, durante a fase de conhecimento, chegou a abdicar de sua parte na herança, bem como se propôs a custear duas viagens por ano (passagens e hotel) para as autoras visitarem o corpo de seu genitor no *Cryonics Institute*, considerando ser permitido a visitação "tal como ocorre nos cemitérios convencionais, havendo até mesmo local para depósito de flores" (e-STJ, fl. 1.238), desde que elas aceitassem a realização da vontade de seu pai no sentido de ser criopreservado.

Essas alegações constam na petição de fls. 118-123 (e-STJ), a qual fora redigida pela própria recorrente e juntada aos autos ainda na fase de conhecimento, possuindo o seguinte teor, na parte que interessa:

> *Excelência, o congelamento de corpos realmente pode nos parecer estranho, mas criogenia não é crime!!! É o primeiro caso no Brasil, é* ***inédito****!! Apesar de haver mais de mil corpos congelados nos EUA.*
>
> *Pode nos soar estranheza, porém foi o que meu pai desejou!!! E o desejo dele não é ilegal! Meu pai era engenheiro civil, amante da ciência, da inovação e da tecnologia.*
>
> A última manifestação de vontade está devidamente amparada no nosso ordenamento jurídico, através do princípio da dignidade da pessoa humana, da autonomia individual e respeito à pessoa, e da liberdade de consciência.
>
> *Minhas meio irmãs mal possuíam contato com meu pai, telefonando pra ele uma vez por mês, mais ou menos, não sabendo de seus desejos.*
>
> *Para elas, talvez lhes cause estranheza o fato de congelar um corpo para mantê-lo conservado, mas* ***era o que meu pai desejava****!!!*
>
> *Ele não deixou isso por escrito, pois nunca passou pela cabeça dele, e muito menos pela minha, que elas seriam contra. Tenho certeza que se elas tivessem tomado ciência dessa vontade de meu pai, não estariam se opondo agora.*
>
> *Se o que elas desejam é que o corpo vá para um cemitério, afirmo, desde já, que o Cryonics Institute é um cemitério, registrado como tal legalmente (posso apresentar a documentação legal comprovando), só que ao invés de enterrar os corpos, eles permanecem congelados.*
>
> ***Se o que elas desejam é manter contato com o corpo do meu pai, me comprometo, desde já, a custear duas viagens ao ano às duas autoras para Detroit-EUA, com passagens e hospedagem pagas, para ir visitar, não somente um mármore no cemitério escrito o nome dele, mas sim o corpo do meu pai INTACTO****.*
>
> ***Excelência, chego ao ponto de, desde já, abrir mão para as autoras da parte que me cabe na herança deixada pelo meu pai (a saber três imóveis) em troca de ver a vontade do meu pai realizada!***

Tais afirmações, a meu sentir, reforçam ainda mais que a recorrente, de fato, expressa a real vontade de seu genitor no sentido de ser criogenizado após o seu falecimento.

Por essas razões, impõe-se o restabelecimento do acórdão que julgou a apelação da ora recorrente, no sentido de permitir a continuação do procedimento da criogenia, visto ser essa a vontade do *de cujus* revelada nos autos, a qual deve ser preservada, ainda que contrária à vontade dos demais familiares (filhas/recorridas).

5. Da situação jurídica consolidada no tempo

Por fim, impende destacar um fato que, embora não se trate de questão propriamente jurídica, deve ser levado em consideração na análise do caso em julgamento.

É que, conforme dito anteriormente, *o corpo de Luiz Felippe Dias de Andrade Monteiro já se encontra submetido ao procedimento da criogenia, no Cryonics Institute, na cidade de Michigan (EUA),* ***desde julho de 2012****, isto é, há quase 7 (sete) anos*.

Não se olvida que a discussão era extremamente relevante no momento do falecimento do genitor das partes, que ocorreu em *janeiro de 2012*. Hoje, no entanto, passados mais de 7 (sete) anos da data do óbito, certamente não encontra a mesma repercussão no ânimo dos envolvidos, pois ultrapassado o sempre difícil período de luto pela perda de um ente querido.

Com efeito, embora legítimo o interesse das recorridas em tentar sepultar seu pai em território nacional, não se pode ignorar que a situação jurídica, de certa forma, já se consolidou no tempo.

De fato, negar provimento ao presente recurso especial para que o corpo seja *repatriado* e, posteriormente, *sepultado e enterrado no Rio de Janeiro/RJ*, ***cidade na qual as recorridas nem sequer residem***, tal como determinado no acórdão que acolheu, em parte, os embargos infringentes (e-STJ, fl. 733), não se mostra razoável, pois, além de restabelecer o difícil sentimento de perda e sofrimento já experimentado quando do falecimento, tal situação, certamente, não teria o condão de assegurar a pacificação social almejada pelo direito.

A solução da controvérsia, dessa forma, perpassa pela observância ao postulado da razoabilidade, porquanto, a par do reconhecimento de que o *de cujus* realmente desejava ser submetido ao procedimento da criogenia após a morte, não se pode ignorar, diante da singularidade da questão discutida, que a situação fático-jurídica já se consolidou no tempo, impondo-se, dessa forma, a preservação do corpo do pai da recorrente e das recorridas submetido ao procedimento da criogenia no referido instituto.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para julgar improcedente a ação ordinária, mantendo-se, em consequência, o corpo de Luiz Felippe Dias de Andrade Monteiro submetido ao procedimento da criogenia em atenção à sua vontade manifestada em vida.

Ficam as recorridas condenadas ao pagamento das custas processuais e honorários de sucumbência fixados em R$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC/1973.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.717.111-SP (2017/0005020-9)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino
Recorrente: ITC Administracao e Hotelaria Ltda
Advogado: Hamilton Ymoto - SP157684
Recorrido: Associação Nacional de Defesa da Cidadania e do Consumidor
Advogado: Ronni Fratti - SP114189

EMENTA

Recurso especial. Direito Civil e Consumidor. Ação coletiva. Prestação de serviços de hotelaria. Período da diária (24 horas). Lei 11.771/08 e Decreto 3.781/10. Pretensão de redução do valor da diária em face de alegada redução do período de estadia ante a necessidade de organização e limpeza das unidades habitacionais entre a saída de um hóspede e a entrada de outro.

1. Polêmica em torno da legalidade da cobrança de uma diária completa de 24 horas em hotéis que adotam a prática de *check-in* às 15:00h e de *check-out* às 12:00h do dia de término da hospedagem.

2. Controvérsia em torno da correta interpretação do disposto no art. 25 da Lei 11.771/08 e no art. 23 do Decreto 7.381/10.

3. Ausência de razoabilidade na interpretação literal desses enunciados normativos para se fixar o dever do fornecedor do serviço de hospedagem de reduzir o valor da diária proporcionalmente ao número de horas necessárias para a organização e limpeza das unidades habitacionais antes da entrada de novo cliente.

4. Constitui fato incontroverso a veiculação pela empresa demandada de forma clara ao mercado consumidor de informação acerca do horário do *check-in* (15:00hs) e do *check-out* (12:00hs) para seus hóspedes, como, aliás, o fazem a generalidade dos prestadores de serviço de hotelaria.

5. Natural a previsão pelo estabelecimento hoteleiro, para permitir a organização de sua atividade e prestação de serviços com a qualidade esperada pelo mercado consumidor, de um período entre o *check-out* do anterior ocupante da unidade habitacional e o *check-in* do próximo hóspede, inexistindo ilegalidade ou abusividade a ser objeto de controle pelo Poder Judiciário.

6. A prática comercial do horário de *check-in* não constitui propriamente um termo inicial do contrato de hospedagem, mas uma prévia advertência de que o quarto poderá não estar disponível ao hóspede antes de determinado horário.

7. A fixação de horários diversos de *check-in* (15:00hs) e *check-out* (12:00hs) atende a interesses legítimos do consumidor e do prestador dos serviços de hospedagem, espelhando antiga prática amplamente aceita dentro e fora do Brasil.

8. *Recurso especial provido*.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro (Presidente) e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de março de 2019 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

DJe 15.3.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de recurso especial interposto por *ITC Administração e Hotelaria Ltda.*, com fundamento na alínea

"a" do inciso III do art. 105 da CF, contra o acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, prolatado no curso de ação coletiva contra ela ajuizada pela *Associação Nacional de Defesa da Cidadania e do Consumidor*, cuja ementa está assim redigida:

> Ação Civil Pública. Prestação de serviços de hotelaria. Imposição para que seja observada diária de 24 horas, e pedido de indenização relativo ao período de uso das habitações. R. sentença de improcedência. Apelo só da entidade autora. Ilegitimidade da demandante para pleitear indenização fundada em direitos não homogêneos e que seja necessária a comprovação da lesão eventualmente sofrida por c^da consumidor. Diária que deve corresponder a 24 horas, por disposição legal (Lei 11.997/08). Possível a fixação de horários diversos para a entrada e saída dos hóspedes, com redução proporcional da diária. Dá-se parcial provimento ao recurso da Associação autora, com sucumbência recíproca, acompanhando-se a Douta Promotoria.

Opostos dois embargos de declaração, foram rejeitados os da ré e em parte acolhidos os da autora, afastando-se a sucumbência recíproca e condenando a ré ao pagamento das custas e honorários de advogado, fixados em R$ 2.000,00.

Em suas razões recursais, sustentou a afronta aos arts. 535, II, do CPC/73; 23, § 4º, da Lei n. 11.771/2008; 25, "caput" e parágrafo único, do Decreto 7.381/2010; 14, § 3º, inciso I, da Lei n. 8.078/90 e art. 421 do CCB. Além da negativa de prestação jurisdicional, disse indevido a cominação de oferecimento de desconto aos consumidores equivalente a 4,16% ou 1/24 por hora "deduzida" da diária entre o horário do "check-in" e do "check-out". Asseverou que os hóspedes tem a sua disposição a unidade habitacional por um período de 24 horas, mas não havendo quartos disponíveis prontos a serem ocupados no exato momento do *check-in*, deverão aguardar a conclusão dos serviços de limpeza da unidade habitacional.

Retardada a saída de outro hóspede do estabelecimento, há de se recorrer ao conceito de "diária" fixado no Regulamento Geral dos Meios de hospedagem (DN n. 429/2002), segundo o qual "o estabelecimento fixará o horário de vencimento da diária à sua conveniência ou de acordo com os costumes locais ou ainda conforme acordo direto com os clientes." e, em virtude dos usos e costumes da atividade hoteleira mundial, o período de 24 horas da primeira diária compreende o acesso a todos os serviços do hotel (restaurante, academia de ginástica e spa, área de lazer em geral, centro de negócios, rede de *internet* sem fio, estrutura de toaletes e armários individuais), estando o acesso à unidade habitacional condicionado à disponibilidade de uma unidade efetivamente habitável.

Finalizou dizendo inexistir prejuízo aos consumidores finais, terem os hóspedes ciência desde a confirmação da reserva da política de *check-in* e *check-out*, estando mesmo dentro da mais legítima boa-fé e função social do contrato a necessidade de algum tempo para a prévia arrumação dos quartos no sentido de atender os interesses dos seus consumidores. Pediu o provimento do recurso.

Houve contrarrazões.

O recurso não foi admitido na origem, pelo que foi interposto agravo em recurso especial.

Dada vista ao Ministério Público, sobreveio parecer no sentido do não provimento do recurso.

Dei provimento ao agravo, determinando a sua conversão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Eminentes Colegas. A discussão vertida no presente recurso é nova nesta Corte Superior, situando-se em torno do período a ser considerado na cobrança pela utilização dos serviços de hospedagem oferecidos pela recorrente, sendo a polêmica travada em sede de ação coletiva ajuizada pela Associação Nacional de Defesa da Cidadania e do Consumidor - ANADEC.

Sustentou-se na petição inicial, em suma, a ilegalidade da cobrança de uma diária nos hotéis administrados pela ré, diária esta que, segundo a Lei 11.771/08, deve corresponder ao período de 24 horas de hospedagem, e, apesar disso, reduzido em três horas, tendo em vista a imposição do horário do *check-in* às 15:00hs e do *check-out* às 12:00hs do dia seguinte.

Estes foram os pedidos formulados na petição inicial:

> 1 - *Tornar definitiva a ordem liminar, declarando, por sentença, a abusividade e a nulidade da atual forma de cobrança de diária pela ré, condenando-a a suspender, toda e qualquer forma de cobrança de diária, que esteja em - desacordo com o parágrafo quarto, do artigo 23, da Lei Federal 11.771/2008; promovendo as devidas anotações publicitárias e de propaganda informativa no web site da empresa, sob pena de multa de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) por consumidor, em caso de desobediência*.
>
> 2 - *Condenar a ré*, a devolver aos consumidores, o correspondente financeiro às três horas (3:00h) que foram suprimidas da diária de vinte quatro horas (24:00h),

> ou seja, devolver a todos os consumidores que lá se hospedaram, no prazo prescricional de cinco anos (artigo 27 da Lei 8.078/90) a contar da citação, o percentual de 12,5% do valor de uma diária atualizada, relativamente ao tipo de acomodação escolhida, à época, pelo consumidor.
>
> 3 - *Condenar a ré a informar, por meio de carta com aviso de recebimento e/ou publicação em jornais de rande circulação*, a critério deste MM. Juízo, a todos os consumidores que ela hospedou e que têm créditos financeiros a receberem, que deverão se habilitar nos autos da presente Ação Coletiva, a fim de efetivamente receberem os valores cabíveis, tudo com base nos cadastros que a empresa mantém.

O juízo sentenciante julgou improcedentes os pedidos, ressaltando que (fls. 156/157 e-STJ):

> (...) a diferença de horas estabelecida para a entrada e saída dos hóspedes de seu hotel é necessária para a realização de serviços essenciais à estadia dos consumidores nos quartos reservados.
>
> É de conhecimento notório que, após a saída de hóspedes de um dormitório locado é necessário certo tempo para a realização de vistoria das condições do quarto, troca de utensílios de cama e banho e realização de limpeza e esterilização. Esses serviços são, claramente, colocados à disposição do consumidor para seu próprio benefício e são essenciais para que a rede hoteleira, por sua vez, possa cumprir com os direitos inerentes aos hospedeiros de proteção à saúde e à segurança de seus consumidores.
>
> (...)
>
> Ademais, ainda que, durante as primeiras horas de sua primeira diária, o hóspede não tenha acesso ao dormitório, enquanto é feita a limpeza do ambiente, ele pode utilizar toda a estrutura do hotel, ou seja, piscinas, restaurantes e bares, telefone e *internet*, armazenamento de bagagem e outros.
>
> Desse modo, o hóspede, desde sua chegada ao hotel, já pode usufruir os serviços prestados pelo hotel - às vezes antes mesmo do meio-dia apenas ficando, em alguns casos, impedido de ingressar imediatamente em seu quarto, se ainda estiver sendo realizado nele serviço de limpeza e desde que não haja outro disponível.
>
> Assim, o que prevalece é que o consumidor seja devidamente informado do que se entende por diária no local em que se hospeda e que conheça exatamente o período contratado pelo qual poderá gozar a estrutura do hotel e fruir com exclusividade seu dormitório.

O acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao dar parcial provimento à apelação, reconheceu a parcial procedência dos pedidos, sendo estes os seus fundamentos no que mais interessa:

(...) apenas a pretensão de coibir a cobrança de diárias em desacordo com o art. 23 da Lei 11.771/08 será apreciada.

> Dispõe o parágrafo 40: "Entende-se por diária o preço de hospedagem à utilização da unidade habitacional e dos serviços incluídos, no período de 24 (vinte e quatro) horas, compreendido nos horários fixados para entrada e saída de hóspedes".

A Autora noticiou o descumprimento desta regra porque o hotel requerido fixa horas diferente para entrada, às 15:00 horas, e para saída, às 12:00 horas, reduzindo, portanto, a utilização da habitação e dos serviços incluídos em três horas, o que ficou incontroverso.

Não colhe a assertiva do réu de que, no período de privação da habitação, fica facultado ao hóspede o uso de outras dependências do hotel, eis que, o quarto destinado à hospedagem seria obrigação principal contratada e, como dispõe a Lei, a diária deveria corresponder ao uso da habitação pelo período de 24 horas.

Tampouco atende ao direito a possibilidade dos hóspedes serem acomodados em suas habitações antes da hora prevista para entrada, ou que o hotel permita que lá permaneçam depois do horário fixado para saída, porque tais possibilidades estariam subordinadas à existência de quartos disponíveis, ou seja, à conveniência do fornecedor, o que não se poderia admitir.

(...)

Embora a autora não tenha formulado pedido no sentido de impedir a fixação de horários diversos para entrada e saída do hotel, mas sim, de coibir a cobrança das diárias em desacordo com a já mencionada Lei; ao pleitear indenização, ela aponta para uma forma de conciliar a necessidade de um período para manutenção dos quartos desocupados (viabilizando a limpeza e arrumação), e o direito dos consumidores à diária de 24 horas, consistente na redução proporcional do valor da diária no equivalente às horas em que se viram privados do uso da habitação.

Tal visa evitar o abuso decorrente da ampliação deste horário por conveniência só do fornecedor réu que, impondo este intervalo, transfere ao consumidor os custos com a contratação de funcionários, beneficiando-se com a redução dos seus quadros.

Assim, a cada período o hóspede teria desconto de 4,16% do valor da diária, contada por hora de intervalo entre o horário de entrada e saída, descontando-se as horas eventualmente concedidas para entrada antecipada, ou saída posterior ao horário fixado pelo hotel.

Tenho que o recurso especial merece provimento.

Necessário firmar uma interpretação razoável para o disposto no art. 23 da Lei 11.771/08 (Lei Nacional de Turismo), regulamentado pelo art. 25 do Decreto 7.380/10, tendo em conta, notadamente, a boa-fé do fornecedor, a razoabilidade no estabelecimento de um período de tolerância para a entrada do novo hóspede no apartamento por ele reservado e os usos e costumes do serviço prestado ao mercado consumidor.

Os artigos aludidos tem a seguinte redação:

> *Art. 23*. Consideram-se meios de hospedagem os empreendimentos ou estabelecimentos, independentemente de sua forma de constituição, destinados a prestar serviços de alojamento temporário, ofertados em unidades de freqüência individual e de uso exclusivo do hóspede, bem como outros serviços necessários aos usuários, denominados de serviços de hospedagem, mediante adoção de instrumento contratual, tácito ou expresso, e cobrança de diária. (...)
>
> *§ 4º* Entende-se por diária o preço de hospedagem correspondente à utilização da unidade habitacional e dos serviços incluídos, no período de 24 (vinte e quatro) horas, compreendido nos horários fixados para entrada e saída de hóspedes.
>
> *Art. 25*. Entende-se por diária o preço da hospedagem correspondente à utilização da unidade habitacional e dos serviços incluídos, observados os horários fixados pela entrada e saída do hóspede, obedecendo o período de vinte e quatro horas disposto no § 4º do art. 23 da Lei n. 11.771, de 2008.
>
> *Parágrafo único*. O estabelecimento fixará o horário de vencimento da diária de acordo com a sazonalidade, com os costumes do local ou mediante acordo direto com o hóspede.

Não há dúvidas de que a interpretação literal do enunciado normativo do § 4º do art. 23 da Lei 11.771/08, ou mesmo do art. 25 do seu decreto regulamentador, conduziria à conclusão de que a diária de um hotel ou qualquer outro estabelecimento congênere de hospedagem em unidades mobiliadas consubstancia período de 24 horas entre a entrada e saída do hóspede.

O reconhecimento pelo acórdão recorrido, no entanto, do dever de ser reduzido o valor a ser cobrado dos hóspedes proporcionalmente ao período utilizado pelo fornecedor para a preparação da unidade a ser habitada - lapso este compreendido na diferença entre os horários de *check-in* e o *check-out* das unidades - não atende à indiscutível boa-fé de parte do fornecedor ao estabelecer o referido período de organização da unidade e não corresponde às práticas que regularmente se verificam no mercado hoteleiro dentro e fora do Brasil.

O Poder Judiciário está aqui a ser chamado a se imiscuir em relação travada entre consumidores e fornecedores bem específicos, negócio este que, do mesmo modo, possui práticas reiteradas e comumente aceitas, que atendem à razoabilidade e respeitam ao interesses legítimos do fornecedor e do consumidor.

Deve-se registrar a existência de hotéis que não adotam a prática de *check-in* e *check-out* em horários diversos e outros que a encampam.

No entanto, esta falta de homogeneidade não altera a premissa de que há um inegável consenso no sentido da absoluta necessidade e razoabilidade de se conferir ao estabelecimento um período para que o hotel prepare as unidades para o recebimento de novo hóspede, o que não poderá gerar decréscimo do valor da diária cobrada do consumidor.

Inexiste, aqui, qualquer prática abusiva por parte do demandado. Pelo contrário, é incontroverso que o fornecedor demandado, administrador do Sheraton São Paulo WTC Hotel, veicula clara e ostensivamente ao seu seleto mercado consumidor a informação acerca do horário do *check-in (15:00hs)* e do *check-out (12:00hs)*, como, aliás, o fazem a generalidade de prestadores desta espécie de serviço, bastando que se faça rápida pesquisa em qualquer sítio eletrônico de busca de vagas em hotéis, seja dos próprios prestadores, seja de terceiras empresas que oferecem plataformas de busca em relação a vários fornecedores do ramo hoteleiro.

A informação ainda se encontra ostensiva na recepção dos próprios estabelecimentos.

Por outro lado, bem salienta o recorrente, fazendo ecoar o que efetivamente ocorre no dia a dia de contratos como o presente, apenas se não houver quartos disponíveis aos seus clientes na hora em que chegam ao hotel é que terão de aguardar a conclusão dos serviços de organização e higienização da unidade habitacional, que, diga-se, tem como termo máximo o horário previamente estabelecido para o *check-in* (15:00hs).

Na verdade - a prática permite facilmente concluir -, o horário de *check-in* é menos um termo inicial do contrato de hospedagem e mais uma prévia advertência de que o quarto poderá não estar à disposição do hóspede antes de determinado horário, na espécie, antes das 15:00hs.

Não se olvide, ademais, que desde a chegada do cliente ao estabelecimento são a ele oferecidos os serviços do hotel, podendo, assim, deles utilizar, consoante reconhece o juízo sentenciante, pelo período de 24 hs (fl. 158 e-STJ):

> Ademais, ainda que, durante as primeiras horas de sua primeira diária, o hóspede não tenha acesso ao dormitório, enquanto é feita a limpeza do ambiente, ele pode utilizar toda a estrutura do hotel, ou seja, piscinas, restaurantes e bares, telefone e *internet*, armazenamento de bagagem e outros.
>
> Desse modo, o hóspede, desde sua chegada ao hotel, já pode usufruir os serviços prestados pelo hotel - às vezes antes mesmo do meio-dia -, apenas ficando, em alguns casos, impedido de ingressar imediatamente em seu quarto, se ainda estiver sendo realizado nele serviço de limpeza e desde que não haja outro disponível.

E o contrato de hospedagem, nos lembra a doutrina, é um todo compreensivo de uma série de serviços concatenados, alguns inclusos na diária, outros ofertados "*on demand*", não se limitando, pois, à ocupação pelo hóspede de determinado espaço físico (quarto).

Pertinente a lição trazida por Bruno Miragem, *verbis* (*in Curso de Direito do Consumidor*, Ed. RT, 2ª ed. em *e-book, 2013, item 2.5.10*):

> Bem observa Pontes de Miranda o caráter unitário do contrato de hospedagem a encerrar múltiplas prestações devidas pelo hospedeiro, fornecedor de serviços. Obriga-se a ceder lugar para repouso e estadia em condições de conforto e asseio compatíveis. Mais refeições ajustadas. Não há principal e acessório nestas prestações, daí bem definir - e em tudo hoje aplicável - que o tratamento unitário do contrato é essencial. Compreende o interesse legítimo e tutelado do hóspede a estadia, o conforto e asseio do local, a possibilidade de uso de local para higiene pessoal (banheiro normalmente - mas não necessariamente - junto ao quarto), mais refeições ajustadas de boa qualidade, e outros serviços que se ofertam comumente (p. ex. em hotéis anunciados como "executivos" ou " de negócios", supõe-se acesso a serviços de comunicação, tais como computadores e *Internet*). O acesso a serviços de telefonia é expectativa comum, que nada tem de extraordinário e por isso integra, como regra, a prestação (a disponibilidade do serviço independe de ajuste é esperada; o uso específico se remunera em apartado à diária). Outros serviços se podem acrescer como lavanderia, ou serviços estéticos ou de relaxamento, conforme o perfil do estabelecimento. Estes, comumente, serviços acessórios, cuja oferta respeita aos deveres de informação inerentes aos contratos de consumo (artigos 30 e ss. do CDC).

Inexiste abuso a ser reparado ou ilegalidade a confortar a revisão dos contratos celebrados pelo réu.

A previsão de um lapso de algumas horas, na espécie 3 horas, mas na grande maioria dos casos, de 2 horas, entre a saída de um hóspede e a entrada de

outro atende ao interesse de ambos e tem respaldo nos costumes legitimamente aceitos para a espécie de contrato.

Relevante a lembrança do quanto estabelecido no Enunciado 409 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na V Jornada de Direito Civil: "Os negócios jurídicos devem ser interpretados não só conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, mas também de acordo com as práticas habitualmente adotadas entre as partes".

Analisando a boa-fé nos negócios jurídicos celebrados em âmbito empresarial, Judith Martins Costa ressalta estar a boa-fé marcada "pelo que, no ambiente do mercado em que atua a empresa, é considerado o habitual, leal, correto, regular – numa palavra, daquilo que seria o esperável, de forma a não causar surpresas desleais." (In *Estudo de Direito Privado e Processual Civil, Ed. RT, 1ª Ed. Em e-book, 2014, artigo "Critérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva (com ênfase nas relações empresariais)"*, *Parte III, Item 4)*

Bem analisado o contexto em que celebrado o contrato de hospedagem, atento à prática alegadamente ilegal na espécie e observado costume generalizado e razoável dentro do segmento, não se identifica razão para a substituição da vontade das partes pela vontade estatal, mesmo diante da existência de um contrato de adesão dentro de uma relação de consumo.

É que a assimetria existente entre os contratantes não é, por si só, razão para a revisão dos contratos em sendo as suas cláusulas claras, razoáveis e reflexo da prática usual do segmento.

Decorre da boa-fé objetiva o dever de colaboração entre os contratantes, não se podendo exigir do prestador do serviço de hospedagem que tenha à disposição dos hóspedes, sempre, unidades desocupadas e prontas para nova habitação quando o horário de saída de um cliente, como sugere o demandante, sugestão esta acolhida pelo acórdão recorrido, é o mesmo de entrada de outro.

Ante todo o exposto, dou provimento ao recurso especial, julgando improcedentes os pedidos formulados na petição inicial.

Ante o disposto no art. 18 da Lei 7.347/85, deixo de condenar a associação autora ao pagamento das custas e honorários de advogado, já que ausente má-fé de sua parte.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.746.337-RS (2018/0137312-9)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi
Recorrente: Comercial Sperb de Joias Ltda
Advogados: Ângelo Santos Coelho - RS023059
Gustavo Chagas Guerra Mello - RS057341
Luciano Rogério Mazzardo - RS075200
Recorrido: Condominio Edificio Rua da Praia Shopping
Recorrido: Isdracenter Administracao e Participacoes Ltda
Advogados: Antonio Lucio Silva da Rocha - RS076272
Catia Silene Medeiros da Silva André - RS087146

EMENTA

Civil. Processual Civil. Ação de exigir contas. Negativa de prestação jurisdicional e omissão. Inocorrência. Pronunciamento jurisdicional que julga a primeira fase da ação de exigir contas. Natureza jurídica no CPC/15. Dúvida acerca da natureza de sentença, impugnável por apelação, ou da natureza de decisão interlocutória, impugnável por agravo de instrumento. Modificação substancial, pelo CPC/15, dos conceitos de sentença, definida a partir de critério finalístico e substancial, e de decisão interlocutória, definida a partir de critério residual. Ato judicial que encerra a primeira fase. Necessidade de observância do conteúdo. Procedência do pedido que resulta em decisão parcial de mérito recorrível por agravo. Improcedência do pedido ou extinção sem resolução do mérito que resultam em sentença recorrível por apelação. Controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Dúvida objetiva. Inexistência de erro grosseiro. Aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Pretensão genérica de exigir contas. Inocorrência. Descrição suficiente na petição inicial e delimitação judicial na decisão judicial que julgou procedente o pedido. Art. 54, § 2º, da Lei n. 8.245/91. Faculdade do locatário. Impedimento a propositura da ação de exigir contas. Inocorrência.

1- Ação ajuizada em 25/04/2014. Recurso especial interposto em 09/02/2018 e atribuído à Relatora em 13/06/2018.

2- O propósito recursal consiste em definir: (*i*) se houve omissão relevante no acórdão recorrido; (*ii*) se cabe agravo de instrumento ou apelação contra a decisão que julga a primeira fase da ação de exigir contas; (*iii*) se, na hipótese, a pretensão de exigir contas é genérica.

3- Não há que se falar em omissão quando o acórdão que resolve os embargos de declaração, a despeito de rejeitá-los, efetivamente sana a eventual insuficiência de fundamentação havida no acórdão que deu provimento ao recurso de apelação.

4- Se, na vigência do CPC/73, o pronunciamento jurisdicional que julgava a primeira fase da ação de prestação de contas era a sentença, suscetível de impugnação pelo recurso de apelação, é certo que, após a entrada em vigor do CPC/15, instalou-se profunda controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da natureza jurídica do ato judicial que encerra a primeira fase da ação agora chamada de exigir contas, se sentença suscetível de apelação ou se decisão interlocutória suscetível de agravo de instrumento.

5- O CPC/15 modificou substancialmente os conceitos de sentença e de decisão interlocutória, caracterizando-se a sentença pela cumulação dos critérios finalístico ("*põe fim à fase cognitiva do procedimento comum*") e substancial ("*fundamento nos arts. 485 e 487*") e caracterizando-se a decisão interlocutória pelo critério residual ("*todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não seja sentença*").

6- Fixadas essas premissas e considerando que a ação de exigir contas poderá se desenvolver em duas fases procedimentais distintas, condicionando-se o ingresso à segunda fase ao teor do ato judicial que encerra a primeira fase; e que o conceito de sentença previsto no art. 203, § 1º, do CPC/15, aplica-se como regra ao procedimento comum e, aos procedimentos especiais, apenas na ausência de regra específica, o ato judicial que encerra a primeira fase da ação de exigir contas possuirá, a depender de seu conteúdo, diferentes naturezas jurídicas: se julgada procedente a primeira fase da ação de exigir contas, o ato judicial será decisão interlocutória com conteúdo de decisão parcial de mérito, impugnável por agravo de instrumento; se julgada improcedente a primeira fase da ação de exigir contas ou se extinto o processo sem a resolução de seu mérito, o ato judicial será sentença, impugnável por apelação.

7- Havendo dúvida objetiva acerca do cabimento do agravo de instrumento ou da apelação, consubstanciada em sólida divergência

doutrinária e em reiterado dissídio jurisprudencial no âmbito do 2º grau de jurisdição, deve ser afastada a existência de erro grosseiro, a fim de que se aplique o princípio da fungibilidade recursal.

8- Delineada suficientemente, nas causas de pedir existentes na petição inicial, o objeto e o período das contas que deverão ser prestadas, inclusive com delimitação judicial do objeto para fins de prosseguimento da ação em sua segunda fase, não há que se falar em pretensão genérica que inviabilize a prestação.

9- O art. 54, § 2º, da Lei n. 8.245/91, estabelece uma faculdade ao locatário, permitindo-lhe que exija a prestação de contas a cada 60 dias na via extrajudicial, o que não inviabiliza o ajuizamento da ação de exigir contas, especialmente na hipótese em que houve a efetiva resistência da parte em prestá-las mesmo após a delimitação judicial do objeto.

10- Recurso especial conhecido e parcialmente provido, com inversão da sucumbência e majoração de honorários advocatícios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento, com inversão da sucumbência e majoração dos honorários advocatícios, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 09 de abril de 2019 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJe 12.4.2019

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Comercial Sperb de Jóias Ltda.*, com base nas alíneas "a" e "c" do permissivo

constitucional, em face de acórdão do TJ/RS que, por unanimidade, deu provimento ao recurso de apelação interposto pelas recorridas *Isdracenter Administradora e Participações Ltda.* e *Condomínio Edifício Rua da Praia Shopping*.

Recurso especial interposto em: 09/02/2018.

Atribuído ao gabinete em: 13/06/2018.

Ação: de exigir contas, ajuizada pela recorrente em face das recorridas, ao fundamento de que, diante da ausência de prestação das contas, fatalmente realizou pagamentos em valores maiores do que aqueles realmente devidos, havendo provável saldo credor em seu favor.

Sentença: julgou procedente a 1ª fase da ação de exigir contas, condenando os recorridos a prestá-las, no prazo de 15 dias, sob pena de não lhes ser lícito impugnar as que forem apresentadas pela recorrente (fls. 443/450, e-STJ).

Acórdão: por unanimidade, deu provimento ao recurso de apelação interposto pelas recorrentes, nos termos da seguinte ementa:

> Apelação cível. Locação. Ação de prestação de contas. Primeira fase. Shopping center. Despesas cobradas do locatário. Art. 54, § 2º, da Lei 8.245/91. Ausência de dúvida concreta acerca dos lançamentos. Pedido genérico.
>
> Não desconhecendo a possibilidade de o lojista exigir a comprovação das despesas cobradas pelo shopping center, com fundamento no art. 54, § 2º, da Lei 8.245/91, a cada 60 dias, não observado esse prazo, mostra-se genérico o pedido de prestação de contas em período delimitado pela prescrição decenal, sem indicação de dúvida fundada quanto à correção dos valores lançados. Improcedência do pedido. Sentença reformada.
>
> *Apelação provida*.

Embargos de declaração: opostos pelo recorrente, foram rejeitados por unanimidade (fls. 491/496, e-STJ).

Recurso especial: alega-se violação ao art. 1.022, II, do CPC/15, ao fundamento de que haveria omissões relevantes no acórdão recorrido, não sanadas a despeito da oposição dos aclaratórios; alega-se violação ao art. 550, § 5º, do CPC/15, ao fundamento de que o recurso cabível contra a decisão que julga a primeira fase da ação de exigir contas é o agravo de instrumento e não a apelação, não se aplicando o princípio da fungibilidade recursal; alega-se violação ao art. 54, § 2º, da Lei n. 8.245/91, ao fundamento de que a norma confere ao inquilino mera faculdade de exigir as contas na forma estabelecida naquele dispositivo, o que não impede o ajuizamento da ação de prestação de

contas de forma genérica, especialmente porque a impossibilidade de se apontar precisamente a inconsistência decorre da absoluta ausência de prestação de contas.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): O propósito recursal consiste em definir: (*i*) se houve omissão relevante no acórdão recorrido; (*ii*) se cabe agravo de instrumento ou apelação contra a decisão que julga a primeira fase da ação de exigir contas; (*iii*) se, na hipótese, a pretensão de exigir contas é genérica.

1. Existência de omissão. Alegada violação ao art. 1.022, II, do CPC/15. Inocorrência.

De início, anote-se que os recorrentes alegam a ocorrência de violação ao art. 1.022, II, do CPC/15, ao fundamento de que o acórdão recorrido teria sido omisso quanto as seguintes questões relevantes: a inadequação do recurso cabível à espécie, a admissibilidade da pretensão genérica de exigir contas quando não há elementos que permitam identificá-la precisamente e a impossibilidade de adoção de fundamentação baseada em precedente sem a indicação dos aspectos que o assemelham à hipótese.

Ocorre, contudo, que o acórdão recorrido e, principalmente, o acórdão integrativo proferido por ocasião do julgamento dos embargos de declaração, efetivamente se pronunciaram, ainda que sucintamente, sobre as questões suscitadas, sanando qualquer vício porventura existente no acórdão originário. A esse respeito, confira-se:

> Nesse contexto, nos termos da lei de regência, é direito do locatário exigir a comprovação das despesas cobradas, a cada 60 dias. Todavia, tal procedimento jamais foi adotado pela parte autora, vindo depois de longo período exigir a prestação de contas na esfera judicial, sem especificar o período em que constatada dúvida fundada na incorreção da cobrança, delimitando a pretensão em dez anos, meramente em razão da prescrição decenal prevista no art. 205 do Código Civil.
>
> Assim, ausente delimitação específica quanto aos meses em sobre os quais recai dúvida quanto à correção das despesas, ou mesmo justificativa para a propositura da ação, sem que fosse exigida a comprovação das despesas, na

> forma do art. 54, § 2º, da Lei 8.245/91, não procede o pedido de prestação de contas, em razão da generalidade da pretensão. (fls. 473/474, e-STJ).
>
> (...)
>
> Quanto à alegada inadmissibilidade do apelo, a questão, além de não arguida em contrarrazões, restaria superada pela aplicação do princípio da fungibilidade, uma vez que a jurisprudência aponta, em princípio, pelo cabimento da apelação contra a sentença que julga a prestação de contas em primeira fase, havendo divergência doutrinária, o que afasta a caracterização do erro grosseiro. (fl. 494, e-STJ).

Por fim, depreende-se que o precedente citado no acórdão recorrido não foi adotado como única razão de decidir na hipótese, mas, ao revés, somente compôs a fundamentação autonomamente desenvolvida pelo órgão julgador, de feição nitidamente mais ampla e completa, tratando-se o referido julgado, pois, de mero reforço argumentativo absolutamente incapaz de atrair a incidência da regra de fundamentação do art. 489, § 1º, V, do CPC/15.

Em síntese, não há omissões relevantes e não há violação ao art. 1.022, II, do CPC/15.

2. Do recurso cabível contra a decisão que julga a primeira fase a ação de prestação de contas. Alegada violação ao art. 550, § 5º, do CPC/15.

2.1. Panorama doutrinário sobre a controvérsia.

Inicialmente, anote-se que a precisão do art. 915, § 2º, do CPC/73, não inspirava quaisquer dúvidas acerca do recurso interponível da *sentença* que julgava procedente a *primeira fase* da ação de prestação de contas, a fim de condenar o réu a prestá-las: *da sentença, cabia apelação*.

Todavia, o legislador modificou não apenas o nome da ação – de prestação de contas para exigir contas – mas, *principalmente*, o *conteúdo do dispositivo* correspondente ao antigo art. 915, § 2º, do CPC/73, afirmando o novo art. 550, § 5º, do CPC/15, que, na primeira fase da ação de exigir contas, "*a decisão que julgar procedente o pedido* condenará o réu a prestar as contas no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que o autor apresentar", instaurando-se, a partir disso, controvérsia doutrinária acerca do recurso cabível contra a decisão que julga a primeira fase da ação de exigir contas.

Nesse contexto, há quem sustente que, após a entrada em vigor do CPC/15, *não houve nenhuma mudança substancial e que a apelação continua sendo o recurso cabível* contra a decisão que encerra a primeira fase da ação de exigir contas.

Essa é a lição, por exemplo, de **Teresa Arruda Alvim**, **Maria Lúcia Lins Conceição**, **Leonardo Ferres da Silva Ribeiro** e **Rogério Licastro Torres de Mello**:

> *2.7.* A ação de exigir contas caracteriza-se por ter duas fases bem demarcadas, *ambas desembocando em sentença apelável no duplo efeito: na primeira fase, debate-se acerca do direito do autor de exigir contas em face do réu*; na segunda fase, caso procedente a pretensão às contas, deverá o réu apresentá-las e, apresentando-as, serão debatidas as contas propriamente ditas (o chamado "julgamento das contas").
>
> (...)
>
> *2.11. Da sentença condenatória à prestação de contas caberá recurso de apelação a ser recebido no duplo efeito*. Verificado o trânsito em julgado da sentença condenatória à prestação de contas, caberá a deflagração da fase de cumprimento de sentença, quando então o réu será intimado a prestar contas em 15 dias. (ARRUDA ALVIM, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 550/551).

Exatamente no mesmo sentido, lecionam **Olavo de Oliveira Neto**, **Elias Marques de Medeiros Neto** e **Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira**:

> Quando o réu apresenta contestação negando o direito de prestar contas ou alegando já tê-las prestado, bem como no caso de revelia, não havendo necessidade de produção de provas, deverá o magistrado julgar de imediato a lide, sem se descuidar do fato de que o objeto da primeira fase da ação se limita à definição sobre a existência ou não do dever de prestar as contas. *Por isso será proferida uma sentença de natureza mista, declarando o direito de exigir a prestação de contas e condenando o réu à obrigação de prestá-la (obrigação de fazer) no prazo de 15 (quinze) dias (art. 550, § 5º, do CPC)*.
>
> (...)
>
> *A sentença proferida na primeira fase*, que deve fixar condenação no pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios do patrono do vencedor, *pode ser impugnada mediante recurso de apelação, sendo viável o prosseguimento do feito se ao recurso não for concedido efeito suspensivo*. (OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Curso de Direito processual civil: vol. 2, tutela de conhecimento. 1ª ed. São Paulo: Verbatim, 2016. p. 491/492).

Em *sentido diametralmente oposto*, há uma parcela considerável da doutrina que sustenta que a *decisão que encerra a primeira fase da ação de exigir contas resolve parcialmente o mérito* e, como tal, é *agravável* com base no art. 1.015, II, do CPC.

É a tese, por exemplo, de **Cássio Scarpinella Bueno**:

> (...)
>
> *A decisão que acolher o pedido do autor* determinará ao réu que preste as contas no prazo de quinze dias, sob pena de não ser lícito a ele impugnar as contas a serem aprestadas pelo autor (art. 550, § 5º).
>
> (...)
>
> *A decisão a que se refere o precitado § 5º do art. 550 é recorrível? A melhor resposta é a positiva, entendendo-a como uma decisão interlocutória de mérito e, portanto, agravável de instrumento com fundamento no inciso II do art. 1.015*. (BUENO, Cássio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 437).

Seguem o mesmo entendimento **Luiz Guilherme Marinoni**, **Sérgio Cruz Arenhart** e **Daniel Mitidiero**:

> *17. Decisão da Primeira Fase*. Tem *natureza de decisão interlocutória*, porque *não põe fim ao processo ou a uma de suas fases* (art. 203, § 2º, CPC). Por isso, *comporta recurso por meio de agravo de instrumento* (art. 1.015, II, CPC). Tem por objeto *declarar existente ou inexistente o dever de prestar contas*. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 702).

Essa controvérsia, aliás, não se limita somente à doutrina, mas, ao revés, vem sendo objeto de reiterado exame e de profundo dissenso no âmbito de diversos Tribunais Estaduais e Tribunais Regionais Federais, tratando-se, pois, de questão que se reveste de grande relevância e que exige o rápido posicionamento desta Corte.

2.2. Definição da natureza jurídica do pronunciamento jurisdicional que julga a primeira fase da ação de exigir contas e o seu regime recursal.

Inicialmente, anote-se que somente a *alteração semântica* promovida pelo legislador – o art. 915, § 2º, do CPC/73 afirmava ser *sentença* e o art. 550, § 5º, do CPC/15 afirma ser *decisão* –, embora relevante para compreender a questão controvertida, não é suficiente, por si só, para que se conclua ter havido a *alteração da natureza do ato judicial* que julga a primeira fase da ação de exigir contas e, consequentemente, o recurso cabível à espécie, sendo igualmente relevante examinar também os atuais conceitos de sentença e de decisão interlocutória.

Nesse sentido, é preciso destacar que a sentença, na *versão originária* do CPC/73, qualificava-se por um *critério finalístico* ("sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa"), ao passo que, após *a reforma do CPC/73 pela Lei n. 11.232/2005*, esse pronunciamento passou a ser conceituado a partir de um *critério substancial* ("sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei").

De igual modo, é preciso destacar que o CPC/73 dizia que a "decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente", tratando-se de pronunciamento que se identifica por um *critério temporal* ("no curso do processo") e, também, por um *critério substancial* ("resolve questão incidente").

No CPC/15, a questão passou a ser disciplinada pelo art. 203, *caput*, § 1º e § 2º, que assim preceitua:

> Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.
>
> § 1º *Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença* é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com *fundamento nos arts. 485 e 487*, põe *fim à fase cognitiva do procedimento comum*, bem como extingue a execução.
>
> § 2º *Decisão interlocutória* é *todo pronunciamento judicial* de natureza decisória que *não se enquadre no § 1º*.

Percebe-se, pois, que o CPC/15 introduziu ao ordenamento jurídico um *novo conceito de sentença*, caracterizado pela cumulação dos *critérios finalístico* ("põe fim à fase cognitiva do procedimento comum") e *substancial* ("fundamento nos arts. 485 e 487") que vigoraram na vigência do CPC/73.

De igual modo, é correto afirmar que há, igualmente, um *novo conceito de decisão interlocutória* no CPC/15, identificável a partir de um *critério residual* ("todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não seja sentença").

Estabelecidas essas premissas, é necessário considerar, ainda, que: (*i*) a ação de exigir contas *poderá* se desenvolver em duas fases procedimentais distintas, condicionando-se *o ingresso à segunda fase ao teor do ato judicial que encerra a primeira* fase; (*ii*) o *conceito de sentença* previsto no art. 203, § 1º, do CPC/15, aplica-se como regra ao procedimento comum e, aos *procedimentos especiais*, *apenas na ausência de regra específica*.

Diante desse cenário, pode-se afirmar que o *pronunciamento jurisdicional* em que se reconhece ou não a existência do direito de exigir as contas –

encerramento da primeira fase – possuirá, a *depender de seu conteúdo*, *diferentes naturezas jurídicas*.

Com efeito, se julgada *procedente* a primeira fase da ação de exigir contas, o pronunciamento jurisdicional possuirá *natureza jurídica* de *decisão interlocutória* e conteúdo de *decisão parcial de mérito*.

Não se terá sentença porque esse ato judicial, a despeito de possuir conteúdo do art. 487 do CPC/15 (critério *substancial*), *não colocará fim à fase cognitiva do procedimento* (critério *finalístico*), mas, ao revés, apenas autorizará a *abertura da segunda fase* da ação de exigir contas, sendo relevante ressaltar que *inexiste regra específica* tipificando essa hipótese como sentença no procedimento especial e que, como leciona **Heitor Vitor Mendonça Sica**, está na teoria geral dos procedimentos especiais o *princípio de que se as normas gerais do procedimento comum se aplicam, subsidiariamente, a todo e qualquer procedimento especial*. (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais *in* Revista de Processo: RePro, vol. 37, n. 208, São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2012, p. 74).

Diferentemente ocorrerá se julgada *improcedente* a primeira fase da ação de exigir contas ou se *extinto o processo sem a resolução de seu mérito*, hipóteses em que o pronunciamento jurisdicional possuirá *natureza jurídica* de *sentença*.

Nesse contexto, anote-se que, na forma do art. 203, § 1º, do CPC/15, os atos judiciais acima mencionados *colocarão fim à fase cognitiva do procedimento* (critério *finalístico*) e, ademais, possuirão conteúdo dos arts. 485 e 487 do CPC/15 (critérios *substanciais*), enquadrando-se fielmente no *conceito legal de sentença* estabelecido para o procedimento comum, mas aplicável subsidiariamente ao procedimento especial da ação de exigir contas diante da ausência de disposição legal específica.

Do reconhecimento de que o *pronunciamento jurisdicional* que encerra a primeira fase possui, a *depender do conteúdo*, *diferentes naturezas jurídicas*, decorre a conclusão inarredável de que o recurso interponível se definirá *secundum eventum litis*, pois, se julgada *procedente* a primeira fase, caberá *agravo de instrumento* (art. 1.015, II, do CPC/15), mas, se julgada *improcedente* ou *extinto o processo sem resolução de mérito* na primeira fase, caberá *apelação* (art. 1.009, *caput*, do CPC/15).

Essa solução, que melhor compatibiliza a resolução da questão controvertida, é também defendida por parcela significativa da doutrina:

Na ação de prestação de contas, no regime do CPC de 1973, as duas fases do procedimento terminavam por sentença, ambas impugnáveis por apelação, e ambas as apelações dotadas de efeito suspensivo. Isso tornava o procedimento longo, como se houvesse dois processos se desenvolvendo sucessivamente, comprometendo-se, muitas vezes, a efetividade da prestação jurisdicional e ofendendo-se o princípio da razoável duração do processo.

Com o CPC de 2015, solucionaram-se esses problemas. Agora, admitindo-se expressamente que pode haver decisões interlocutórias de mérito, *se estabelece que que a primeira fase da ação de exigir contas, em que se reconhece haver obrigação de prestá-las, se resolve por* ***decisão*** (art. 550, § 5º). *Essa decisão não põe fim ao processo*, encerrando-se a cognição tão somente quanto à questão *preliminar* de se saber se há ou não a obrigação de prestar contas, seguindo-se, a partir daí, para a segunda fase do procedimento, em que a atividade cognitiva do juiz será exercida com vistas a julgarem-se as contas que serão apresentadas nesta fase. *Tem-se, portanto, que a decisão que reconhece o dever de o réu prestar contas não se considera sentença, sendo impugnável por meio de agravo de instrumento* (art. 1.015, II).

Deve-se mencionar que, se a decisão proferida ao final da primeira fase for de *improcedência do pedido ou mesmo de extinção sem resolução do mérito* (por exemplo, reconhecendo-se a ausência do interesse de agir), *terá natureza de sentença, pois porá fim ao processo, sendo impugnável por meio de apelação*. (VASCONCELOS, Rita de Cássia Correa de. CPC em foco temas essenciais e sua receptividade: dois anos de vigência do novo CPC (Coord.: Teresa Arruda Alvim). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 399).

(...)

13. Recurso da decisão que encerra a 1ª fase da ação de exigir contas. 13.1. O pronunciamento do juiz que determina a prestação de contas, na forma do art. 550, § 5º, CPC/2015, é uma *decisão interlocutória, uma vez que não põe fim à fase cognitiva do processo de conhecimento*, que avança à 2ª fase a fim de serem prestadas e julgadas as contas (art. 203, § 1º, CPC/2015). Trata-se de *decisão com evidente conteúdo meritório*, pois reconhece a *existência de uma obrigação* (de prestar contas) à luz do direito material. *Cabe agravo de instrumento contra ela, na forma do art. 1.015, II, CPC/2015*. Agravo que não tem o condão, salvo se concedido efeito suspensivo (art. 1.019, I, CPC/2015), de obstar que o processo siga para a 2ª fase. Nota-se enorme diferença com o modelo até então vigente (CPC/1973), que considerava este pronunciamento sentença, atacável por apelação com efeito suspensivo automático (art. 520, CPC/1973). 13.2. Todavia, *o pronunciamento do juiz que nega o direito do autor às contas é sentença*. Além de *ter conteúdo previsto no art. 487, I, do CPC/2015*, *põe fim à fase cognitiva do processo* (o feito não segue para a fase seguinte), amoldando-se ao conceito do art. 203, § 1º, do CPC/2015. *Contra ele cabe apelação*, na forma do art. 1.009 do CPC/2015. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR.,

Zulmar. Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2016. p. 907).

Em síntese, conclui-se que: (*i*) se o julgamento na primeira fase da ação de exigir contas for de *procedência do pedido*, o pronunciamento jurisdicional terá natureza de *decisão parcial de mérito* e será impugnável por *agravo de instrumento* com base no art. 1.015, II, do CPC/2015; (*ii*) se, contudo, o julgamento da primeira fase da ação de exigir contas for de *improcedência do pedido* ou de *extinção do processo sem resolução de mérito*, o pronunciamento jurisdicional terá natureza de *sentença* e será impugnável por *apelação*.

2.3. Resolução da hipótese em exame e incidência do princípio da fungibilidade recursal.

Na hipótese em exame, constata-se que a decisão de fls. 443/450 (e-STJ), proferida em *18/05/2017* – na vigência do CPC/15 –, julgou *procedente o pedido* de prestação de contas para condenar o recorrido a prestá-las em 15 dias, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que a recorrente apresentasse.

A despeito de se tratar de *decisão parcial de mérito* impugnável, pois, pelo recurso de *agravo de instrumento*, conforme a fundamentação acima expendida, fato é que o recorrido qualificou o referido pronunciamento jurisdicional como *sentença* e, em razão disso, interpôs *recurso de apelação* (fls. 453/462, e-STJ).

A rigor, portanto, a hipótese seria de dar provimento ao recurso especial para *não conhecer* o recurso de apelação, porque *ausente pressuposto intrínseco de admissibilidade – cabimento*.

Contudo, não se pode olvidar que a existência de sólida divergência doutrinária e de reiterado dissídio jurisprudencial no âmbito dos Tribunais Estaduais e dos Tribunais Regionais Federais acerca do recurso cabível em face da decisão que julga a primeira fase da ação de exigir contas é elemento que autoriza a aplicação do *princípio da fungibilidade recursal*.

Isso porque a existência de fundamentada divergência – repise-se, há respeitados entendimentos que dizem que o ato judicial é sentença impugnável por apelação; que é decisão parcial de mérito impugnável por agravo de instrumento; ou que pode ser sentença ou decisão parcial de mérito, impugnável por apelação ou agravo de instrumento *secundum eventum litis* – de um lado, configura a existência de *dúvida objetiva* acerca do recurso cabível na hipótese e, de outro lado, afasta desde logo a existência do *erro crasso* ou *grosseiro* que desautoriza a incidência do princípio da fungibilidade recursal.

Nesse particular, tratando-se especificamente da incidência da *fungibilidade recursal na hipótese do ato judicial que julga a primeira fase* da ação de exigir contas, **Daniel Amorim Assumpção Neves**, após apresentar toda a controvérsia doutrinária sobre esse tema, esclarece:

> *Não resta dúvida de que existe uma séria e fundada divergência doutrinária a respeito da natureza do pronunciamento judicial que encerra a primeira fase procedimental cognitiva da ação de exigir contas ao condenar o réu à sua prestação*. As lições doutrinárias citadas no decorrer do presente artigo são suficientes para se comprovar referida divergência.
>
> Como era de se esperar, a divergência doutrinária a respeito da natureza da decisão prevista no art. 550, § 5º, do Novo CPC, *influenciou os tribunais de segundo grau que, ao enfrentarem o tema, também divergem quanto à natureza de sentença ou de decisão interlocutória de mérito de referido pronunciamento judicial*. A indicação de julgados em ambos os sentidos no presente texto é suficiente para demonstrar a divergência jurisprudencial.
>
> O objetivo principal do presente artigo é demonstrar que *a dúvida fundada instaurada na doutrina e nos tribunais de segundo grau na interpretação do art. 550, § 5º, do Novo CPC, é motivo suficiente para a aplicação do princípio da fungibilidade, ainda mais quando há precedentes afastando a aplicação de tal princípio com a incorreta justificativa de tratar-se de erro grosseiro ora a interposição da apelação, ora a interposição de agravo de instrumento*. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Natureza da decisão que resolve a primeira fase da ação de exigir contas *in* Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil n. 80, – Set-Out/2017. p. 41/44).

Por tais razões, reconhecendo que, na hipótese, *existe dúvida objetiva* acerca do cabimento recursal e que a interposição do recurso de apelação no lugar do agravo de instrumento *não se configura erro crasso* que justifique o não conhecimento do recurso, é de se superar a preliminar de não conhecimento da apelação.

3. A inadmissibilidade de pretensão genérica de exigir contas. Alegada violação ao art. 54, § 2º, da Lei n. 8.245/91.

Superada a questão preliminar, é preciso examinar ainda se, na hipótese, a pretensão de exigir contas deduzida pelo recorrente é mesmo genérica, o que inviabilizaria, sob a ótica do acórdão recorrido, o ingresso à segunda fase da referida ação.

Inicialmente, sublinhe-se que a jurisprudência desta Corte se consolidou no sentido de que é *vedada a pretensão genérica* de prestar contas, estabelecendo

a tese de que "a petição inicial deve, no mínimo, apontar o vínculo jurídico existente com o réu e especificar o período de esclarecimentos, sendo imprestável a mera referência genérica e vazia a respeito". (REsp 1.318.826/SP, 3ª Turma, DJe 26/02/2013). No mesmo sentido: REsp 1.231.027/PR, 2ª Seção, DJe 18/12/2012.

De outro lado, não se pode olvidar que esta Corte também já se pronunciou no sentido de que: "Se a petição inicial já *indicou de modo suficientemente preciso quais são os atos supostamente irregulares*, não há espaço para se cogitar de imprecisão na delimitação desses mesmos atos, nem em relação ao seu conteúdo nem em relação à sua autoria. Partindo-se desse ponto, arguido na petição inicial, *o resto é matéria a ser enfrentada ao longo do processo, mais especificamente na segunda fase da ação de prestação de contas*, com base em percuciente *análise de provas*". (AgRg no REsp 1.223.010/MG, 3ª Turma, DJe 01/08/2013).

Tendo em mira essas premissas, verifica-se, a partir das *causas de pedir* existentes na petição inicial, que "desconhece a autora a origem de diversas despesas suportadas quando locatária da referida loja, embora haja forte suspeita de que a autora pagava: (i) funcionários que prestavam serviços em outros estabelecimentos pertencentes ao grupo econômico réu; (ii) obras de reforma ou acréscimos que interessem à estrutura integral do imóvel; (iii) despesas com obras ou substituições de equipamentos que impliquem modificar o projeto ou o memorial descritivo da data do habite-se e obras de paisagismo nas partes de uso comum; e (iv) as despesas afetas às lojas desocupadas, quando, a bem da verdade, esse encargo deveria ser suportado exclusivamente pelas rés" (fl. 2, e-STJ).

Destaca a recorrente, em seguida, a existência de uma planilha de rateio de despesas que seria indispensável ao exame e interpretação da cláusula contratual que versa sobre a matéria e ao adequado cálculo do CRD – Coeficiente de Rateio de Despesas (fl. 3, e-STJ).

Prossegue o recorrente, ainda nas *causas de pedir* da petição inicial, que: (*i*) houve reformas, acréscimos, obras e substituições de equipamentos que modificaram o projeto original, como lojas que ocuparam espaço maior do que o inicialmente destinado e instalação de lojas em quantidade superior à previsão, o que acarretaria a redução proporcional dos custos de cada locatário; (*ii*) houve o aproveitamento, por hotel pertencente ao mesmo grupo econômico do recorrido, de funcionários de limpeza e segurança contratados pelo *shopping center*; (*iii*) não houve a inclusão, na planilha de custos do empreendimento, das

receitas obtidas com estacionamento; (*iv*) que não houve a indicação dos valores relacionados aos fundos de promoção e reserva. (fls. 3/9, e-STJ).

Diante desse delineamento fático, a decisão judicial de fls. 443/450 (e-STJ) julgou *procedente o pedido*, a fim de condenar o recorrido a prestar as contas, não sem antes, todavia, *delimitar precisamente os atos e os períodos abrangidos pela determinação judicial*. Confira-se:

> Veja-se que o direito de exigir a prestação de contas, portanto, *guarda relação com o vínculo jurídico existente entre as partes*, o qual, no presente caso, diz respeito a *relação de locação e os encargos condominiais decorrentes dessa relação*, condição que outorga à parte autora *o direito de ser informada acerca da origem das despesas referentes ao condomínio e dos encargos agregados para tal custeio ao contrato de locação*.
>
> (...)
>
> Em linhas gerais, pode-se dizer que tem o dever de prestar contas aquele que administra bens, negócios e interesses de outrem.
>
> E, no caso, não há dúvida de que a parte ré estava obrigada a prestar contas a respeito da sua administração, pois *encarregada de realizar determinadas cobranças e repasses aos locatários*, devendo prestar contas dos seus atos para os titulares dos bens e interesses que administra.
>
> Assim, na qualidade de *administrador* e de *destinatário dos repasses* é que devem as requeridas prestarem contas acerca das cobranças em comento.
>
> Desse modo, impõe-se o julgamento de procedência da primeira fase da presente ação de prestação de contas, para determinar que as requeridas *prestem contas da administração dos valores, no período compreendido entre 24/04/2004 e 24/04/2014*.
>
> Refiro, por oportuno, que o pedido das rés para *limitação da prestação de contas em 60 dias*, considerando o disposto no artigo 54, § 2º, da Lei 8.245/91, não merece prosperar. Isso porque o referido *prazo se aplica tão somente para as despesas havidas em caráter de urgência ou força maior*, que podem ser cobradas sem previsão orçamentária.
>
> Ainda, necessário ***conferir limitação ao pedido de prestação de contas, afastando-se os pleitos que não guardam pertinência com a ação em referência***, nessa categoria incluem-se os pedidos de juntadas de plantas e projetos, bem como comprovação de regularidade de obras realizadas, na medida em que eventual irregularidade na obras procedidas deve ser objeto de fiscalização pelos entes próprios, *não havendo qualquer demonstração de que foram agregados novos espaços e/ou utilizada área comum que não estejam sendo computados no rateio das despesas*.

> De igual forma, *inexiste comprovação de utilização indevida das dependências ou serviços do* shopping, bem como, *não prospera o pedido de agregação de valor oriundo do serviço de estacionamento*, porquanto inexiste demonstração de que o espaço onde localizado o estacionamento faça parte do mall, de que este utilize-se de serviço essencial do shopping sem a devida contraprestação ou mesmo de que seja de propriedade exclusiva do shopping e por este administrado.
>
> *Já as despesas referentes a destinação do fundo de promoção e reserva deverão compor a prestação de contas a ser apresentada*, uma vez que tratam-se de *valores que foram repassados pela parte autora e administrados pela ré*, devendo esta prestar as informações sobre a destinação de tais rubricas.
>
> Por fim, vale relembrar que as contas devem ser fundadas em documentos idôneos e apresentadas ao juízo sob a forma mercantil, especificando-se as receitas, despesas, saldo devedor, atualização monetária, juros, etc., observando-se o que reza o art. 551, do CPC.

Como se depreende, a *petição inicial* e suas *respectivas causas de pedir* foram suficientemente claras na delimitação do *objeto* e dos *períodos da prestação de contas* e, ainda que tenha o recorrente deduzido uma ou outra argumentação mais ampla e genérica, cuidou a decisão judicial de decotar, com exatidão, o escopo da *atividade judicante que se desenvolverá na segunda fase da ação de exigir contas*.

Aliás, é sintomático que a suposta falta de delimitação do objeto da pretensão deduzida pelo recorrente, fundamento principal em que se assentou o acórdão recorrido, *não tenha sido sequer suscitada* pela recorrida, nem na contestação e nem tampouco na apelação, que, em suma, fundaram-se nas alegações de *ausência de resistência em prestar contas* e de *existência de limitação temporal da prestação de contas aos últimos 60 (sessenta) dias*, na forma do art. 54, § 2º, da Lei n. 8.245/91.

Nesse particular, anote-se que o dispositivo legal em que se fundou o acórdão recorrido para julgar improcedente o pedido – art. 54, § 2º, da Lei n. 8.245/91 –, na verdade, apenas estabelece uma *faculdade ao locatário*, permitindo-lhe que exija a prestação de contas *a cada 60 dias* na via extrajudicial, o que, *data venia*, *não inviabiliza o ajuizamento da ação de exigir contas*, especialmente diante de hipótese em que houve a contundente resistência do recorrido em prestar as contas, mesmo após a precisa delimitação de objeto dada pela decisão judicial.

4. ***Conclusões***.

Forte nessas razões, *conheço* e *dou parcial provimento* ao recurso especial, restabelecendo integralmente a decisão judicial que julgou procedente o pedido,

a fim de que seja dada continuidade à ação de exigir contas em sua segunda fase, invertendo-se a sucumbência e, por se tratar de recurso especial interposto na vigência do CPC/15, majoro os honorários advocatícios, que foram fixados em R$ 4.000,00 em 1º grau e que foram majorados para R$ 5.000,00 pelo acórdão recorrido, para *R$ 6.000,00 (seis mil reais)*, com fundamento no art. 85, § 11, do CPC/15.

RECURSO ESPECIAL N. 1.765.579-SP (2017/0295361-7)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva
Recorrente: Sociedade Beneficente Muculmana
Advogados: Alberto Luís Camelier da Silva e outro(s) - SP113732
Fabrizia Guedes Riccelli Allevato Silva - SP222865
Beatriz Marques Rangel - SP368808
Osmar Mendes Paixao Cortes - DF0015553
Recorrido: Google Brasil Internet Ltda
Advogados: Eduardo Bastos Furtado de Mendonça e outro(s) - RJ130532
Mariana Cunha e Melo de Almeida Rego - RJ179876
Fernanda D'Abreu Lemos - DF038641

EMENTA

Recurso especial. Processo Civil. Ação de indenização. *Internet*. Retirada de conteúdo. *YouTube*. Videoclipe musical. Conflito. Liberdade de expressão. Inviolabilidade religiosa. Art. 1.022 do CPC/2015. Fundamentação. Vícios. Inexistência. Art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015. Técnica de ponderação de princípios. Nulidade. Não configuração. Mérito. Matéria constitucional. Competência do Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 7/STJ. Súmula n. 284/STF.

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

2. Cinge-se a controvérsia a aferir se houve omissão no acórdão recorrido e se foram observados os critérios previstos no art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015 no que diz respeito à fundamentação de decisão judicial baseada na ponderação de princípios constitucionais.

3. No caso concreto, a recorrente ajuizou ação indenizatória objetivando a remoção de vídeos do *YouTube* sob a alegação de possuírem conteúdo ofensivo à liturgia da religião islâmica em virtude da utilização indevida de trechos do Alcorão, remixados em música do gênero *funk*. A demanda foi julgada improcedente em primeiro e segundo graus, tendo sido a decisão fundamentada na ausência de ilicitude, a partir da ponderação entre a liberdade de expressão e a inviolabilidade das liturgias religiosas.

4. Não há violação do art. 1.022 do CPC/2015 se o Tribunal de origem examina de forma clara, precisa e completa as questões relevantes do processo e os argumentos capazes de infirmar a sua conclusão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entendeu cabível à hipótese.

5. Na hipótese, o acórdão recorrido efetivamente analisou a tese autoral, inclusive o argumento de que a mera utilização de trechos do Alcorão violaria a proteção da crença religiosa, apenas não no sentido pretendido pela parte.

6. O art. 489 do CPC/2015 dispõe que constituem elementos essenciais da sentença o relatório, a fundamentação e o dispositivo e elenca parâmetros para aferir se uma decisão judicial - seja ela interlocutória, sentença ou acórdão - ostenta motivação jurídica racional e apropriada para o caso concreto analisado, correspondendo à entrega de uma prestação jurisdicional efetiva, nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

7. O § 2º do art. 489 do CPC/2015 estabelece balizas para a aplicação da técnica da ponderação visando a assegurar a racionalidade e a controlabilidade da decisão judicial, sem implicar a revogação de outros critérios de resolução de antinomias, tais como os expostos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que permanecem aplicáveis.

8. Apenas se configura nulidade por violação do § 2º do art. 489 do CPC/2015 na hipótese de ausência ou flagrante deficiência da

justificação do objeto, dos critérios gerais da ponderação realizada e das premissas fáticas e jurídicas que embasaram a conclusão, ou seja, quando não for possível depreender dos fundamentos da decisão o motivo pelo qual a ponderação foi necessária para solucionar o caso concreto e de que forma se estruturou o juízo valorativo do aplicador.

9. O exame da validade/nulidade da decisão que aplicar a técnica da ponderação deve considerar o disposto nos arts. 282 e 489, § 3º, do CPC/2015, segundo os quais a decisão judicial constitui um todo unitário a ser interpretado a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé, não se pronunciando a nulidade quando não houver prejuízo à parte que alega ou quando o mérito puder ser decidido a favor da parte a quem aproveite.

10. A pretensão de rever o mérito da ponderação aplicada pelo Tribunal de origem não se confunde com a alegação de nulidade por ofensa ao art. 489, § 2º, do CPC/2015.

11. No âmbito de recurso especial, o reexame do mérito da ponderação efetuada pressupõe que se trate de matéria infraconstitucional e que constem das razões recursais as normas conflitantes e as teses que demonstram a suposta violação/negativa de vigência da legislação federal.

12. Tratando-se da ponderação entre normas ou princípios eminentemente constitucionais, não cabe a esta Corte Superior apreciar a correção do entendimento firmado no acórdão recorrido, sob pena de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal.

13. No caso concreto, o recurso especial está fundamentado apenas na alegação de violação dos arts. 1.022 e 489, §§ 1º e § 2º do CPC/2015, sendo manifestamente incabível a reforma do acórdão recorrido no mérito, seja por incidência das Súmulas n. 7/STJ e 284/STF, seja por se tratar de matéria eminentemente constitucional, afeta à competência do STF.

14. Recurso especial parcialmente conhecido apenas quanto ao pedido de decretação da nulidade do acórdão recorrido e, nessa extensão, não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial apenas quanto ao pedido de decretação da nulidade do acórdão recorrido e, nesta parte, negar-lhe provimento, com majoração de honorários, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro (Presidente), Nancy Andrighi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de fevereiro de 2019 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

DJe 12.2.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por *Sociedade Beneficente Muçulmana*, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, impugnando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

> *Apelação cível*. Ação indenizatória intentada pela Sociedade Beneficente Muçulmana em face de Google Brasil Internet Ltda., empresa provedora de hospedagem, com a finalidade de obter provimento judicial de remoção de conteúdo ofensivo, identificação dos responsáveis e indenização por danos morais. Alegação de que diversos vídeos, relacionados a uma canção popular de "funk" denominada "Passinho do Romano", veiculados na rede social "YouTube", apresentam trechos de rezas do Alcorão, ou seja, utilização indevida de passagens do livro sagrado, o que seria ofensivo para a religião islâmica. Sentença de improcedência. Recurso da autora. Tempestividade do recurso reconhecida. Inexistência de nulidade da sentença. Não acolhimento do inconformismo. Canção destinada a mero entretenimento, que não faz qualquer menção, positiva ou negativa, ao Alcorão. Ausência de conteúdo discriminatório ou revelador de ódio. Ausência da intenção de ridicularizar ou escandalizar simpatizantes e seguidores da fé alheia. Mero uso de trechos declamados, como trilha sonora de fundo, não constitui, sob o enfoque constitucional, ofensa à liberdade de crença da comunidade islâmica ou ao seu sentimento religioso, apta a justificar a remoção de conteúdo ou a indenização por danos morais. Ausente violação de direito fundamental, inexiste justificativa para o pedido de fornecimento de registros, uma vez que o Marco Civil da Internet somente permite a restrição da

> intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, quando presentes fundados indícios da ocorrência de ilícito, a teor do art. 22, inciso I, da Lei n. 12.965/2014. E se não há ilícito, falta à pretensão indenizatória requisito essencial à configuração do dano moral pleiteado, seja qual for sua natureza ou sujeito passivo. Sentença mantida. *Negado provimento ao recurso* (e-STJ fls. 291-301).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ fls. 313-321).

Nas razões do especial (e-STJ fls. 413-424), a recorrente alega a violação dos seguintes dispositivos, com as respectivas teses:

a) art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015 - apontando a omissão do acórdão recorrido quanto aos motivos para priorizar o direito à liberdade de expressão em detrimento do direito à proteção da liturgia e da crença religiosa; e

b) art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015 - alegando que o Tribunal de origem não justificou os critérios gerais da ponderação de princípios conforme determina a nova legislação processual, isto é, enunciando as razões que autorizavam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentaram a conclusão.

Diante disso, requer o provimento do recurso especial para anular o acórdão recorrido e determinar a realização de novo julgamento ou, subsidiariamente, a reforma do mérito para julgar procedente a ação (e-STJ fls. 423-424).

Contrarrazões apresentadas às fls. 435-443 (e-STJ).

Inicialmente inadmitido (e-STJ fls. 476-477), o recurso ascendeu a esta Corte Superior por força do provimento do subsequente agravo (e-STJ fls. 538-539).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): O acórdão impugnado pelo recurso especial foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

A irresignação não merece prosperar.

O cerne da presente controvérsia consiste em aferir *(i)* se houve omissão no acórdão recorrido e *(ii)* se a fundamentação adotada pelo Tribunal de origem para julgar improcedente a demanda observou os critérios previstos no art.

489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015, notadamente no que diz respeito à técnica de ponderação adotada para solucionar o conflito aparente entre os princípios da inviolabilidade da crença e das liturgias religiosas e da liberdade de expressão e criação artística.

1. Da contextualização da demanda

Cuida-se, na origem, de ação indenizatória ajuizada pela Sociedade Beneficente Muçulmana, ora recorrente, contra a Google Brasil Internet Ltda., ora recorrida, objetivando a remoção de vídeos contendo a música "Passinho do Romano", disponíveis na página eletrônica do *YouTube*, sob a alegação de ostentarem conteúdo ofensivo à religião islâmica em virtude do uso indevido de passagens do Alcorão.

Segundo a autora, o videoclipe e a respectiva canção, do gênero *funk*, utilizaram trechos remixados do Alcorão, livro sagrado da religião muçulmana, que somente poderiam ser recitados no contexto próprio da liturgia religiosa.

O *juízo de primeiro grau julgou a demanda improcedente*, ressaltando, de início, que a ré é mera provedora da hospedagem do conteúdo e não possui o dever de monitoramento e fiscalização permanentes do sistema, de modo que não poderia ser responsabilizada pelos vídeos inseridos na plataforma *YouTube* por terceiros usuários. Destacou, ainda, a necessidade de indicação precisa das URLs a fim de possibilitar a avaliação do Poder Judiciário acerca do conteúdo apontado como ilícito.

Mediante a ponderação entre os princípios constitucionais da liberdade de expressão e da liberdade religiosa, a sentença concluiu pela *ausência de ilicitude*, entendendo que *a obra não possui teor discriminatório nem declaração de ódio* ("*hate speech*") e consiste em "***manifestação da cultura popular***" (e-STJ fl. 196) resguardada constitucionalmente pelo direito à liberdade de expressão.

Tal *entendimento foi corroborado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo* ao negar provimento à apelação da autora (e-STJ fls. 291-301).

No acórdão, a Corte estadual ressaltou a ausência de ato ilícito ou violação de direito fundamental aptos a justificarem a remoção de conteúdo e a indenização por danos morais pretendidas, fazendo-o com amparo na interpretação dos direitos fundamentais à liberdade religiosa e à inviolabilidade da crença e à liberdade de expressão artística.

Analisando o conjunto fático-probatório e o teor das mídias impugnadas, salientou que, sob o prisma do conteúdo, "a canção sequer menciona ou faz

alusão, positiva ou negativa, ao islamismo e seus seguidores" (e-STJ fl. 298). E quanto ao argumento da autora de que a mera incorporação do trecho do Alcorão na música e nos vídeos configuraria ilicitude, asseverou que

> (...) a inserção de trecho do Alcorão na música e nos vídeos pode ser conduta rechaçada pela religião islâmica e um desrespeito aos preceitos subjetivos dos muçulmanos, mas não é um desrespeito à liberdade de crença religiosa ou ao sentimento religioso, nem ato que rompe os limites do exercício da liberdade artística.
>
> Aliás, como os direitos fundamentais se estendem a todos, a insatisfação da comunidade religiosa pode se manifestar no próprio campo do exercício da liberdade de expressão, sobretudo por meio da crítica, o que é inerente ao jogo democrático de uma sociedade plural.
>
> A insatisfação não constituirá razão suficiente, porém, para provocar a tutela jurisdicional do Estado e materializar um mecanismo de censura (...) (e-STJ fls. 299-300).

Consoante o entendimento da Corte estadual, seria impossível proibir a mera reprodução artística do conteúdo de um livro religioso, por influência de um dogma erigido pela própria obra, pois tal censura equivaleria a permitir que uma regra estritamente religiosa, de uma comunidade de pessoas pertencentes a uma fé específica, fosse dotada de eficácia abstrata sobre todos indistintamente.

Assim, a conclusão do acórdão recorrido foi no sentido de que a música de *funk* impugnada pela autora não possuiria conotação ofensiva ou discriminatória à religião islâmica, estando protegida no plano constitucional pela liberdade de expressão artística. E, inexistindo ilicitude ou violação de direito fundamental, seriam improcedentes os pedidos da autora de remoção do conteúdo, indenização e fornecimento de registros, nos termos do Marco Civil da Internet.

Inconformada com esse resultado, a autora opôs *embargos declaratórios*, nos quais alegou a existência de omissão e obscuridade no aresto.

Segundo sustentou, o Tribunal de origem se negou a analisar o real teor de suas alegações, consubstanciadas na tese de que *a violação à liberdade religiosa decorreria da simples utilização dos trechos sagrados em vão, fora do contexto da liturgia*.

Os aclaratórios foram rejeitados (e-STJ fls. 313-321), dando ensejo à interposição de *recurso extraordinário* (e-STJ fls. 323-337) e do *recurso especial em foco* (e-STJ fls. 413-424).

No presente apelo, a recorrente insiste na alegação de nulidade do acórdão por deficiência de fundamentação, apontando como violados os *arts. 1.022 do CPC/2015* e *489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015*.

Destaca, em síntese, os seguintes vícios:

(i) a suposta omissão quanto aos motivos para priorizar o direito à liberdade de expressão em detrimento do direito à proteção da liturgia e da crença religiosa, e

(ii) a não explicitação dos critérios gerais da ponderação de princípios efetuada, conforme disposto no § 2º do art. 489 do CPC/2015.

Cabe ressaltar, por oportuno, que o recurso especial não indicou a violação de nenhuma norma de direito material a embasar a pretensão de reforma do acórdão recorrido, limitando-se a discutir a eventual ofensa às supracitadas normas processuais.

2. Da ausência de violação do art. 1.022 do CPC/2015

A recorrente sustenta que o acórdão recorrido não enfrentou os argumentos expostos pela parte autora, distorcendo o real teor da tese defendida, pois teria se limitado a analisar

> (...) a ausência de promiscuidade e obscenidade ou de discurso de ódio contra a religião muçulmana, quando o contexto da ação, desde a inicial, versa sobre o *uso desautorizado* de trechos do Corão, ferindo de morte a liturgia desta religião (e-STJ fl. 421).

No entanto, contrariamente ao alegado, o Tribunal de origem indicou adequadamente os motivos que lhe formaram o convencimento, examinando de forma clara, precisa e completa as teses autorais e as questões relevantes do processo e solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entendeu cabível à hipótese.

Conforme entendimento jurisprudencial consolidado há muito, a fundamentação sucinta não se confunde com a deficiência ou ausência de fundamentação para fins de ensejar nulidade do julgado. Como o próprio Supremo Tribunal Federal já assentou, com repercussão geral, no julgamento do *Tema 339*,

> O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os

fundamentos da decisão (AI-QO-RG 791.292, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 23/06/2010, publicado em 13/08/2010).

Com efeito, nos termos do art. 489, § 1º, IV do CPC/2015, decisão não fundamentada é aquela que não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. Não é o caso do autos.

A mera leitura do acórdão que julgou a apelação permite constatar que a irresignação da autora quanto ao emprego das passagens do Alcorão fora do contexto da liturgia religiosa e do "estado de pureza" (e-STJ fl. 422) - que reputa uso não autorizado e, por si só, ofensivo à inviolabilidade de crença -, foi compreendida e devidamente apreciada pelo TJSP, apenas de modo distinto do que intencionava a parte.

A propósito, transcrevem-se os seguintes trechos:

> (...)
>
> *Os autores da canção teriam mixado a declamação de trechos ao Alcorão, livro sagrado para os muçulmanos, ao ritmo da música, o que, segundo a autora, é ofensivo à religião e seus fiéis, já que as palavras do livro sagrado somente podem ser recitadas em "estado de pureza", qual seja, dentro do contexto da adoração, da reza e do culto religioso.*
>
> (...)
>
> A primeira indagação a se fazer é se a música em questão, sob a perspectiva de seu conteúdo, torna-se ofensiva ao se aproveitar de partes do Alcorão para compor sua trilha sonora.
>
> (...)
>
> Estivesse caracterizado plenamente, na letra da canção, discurso de ódio ou discriminatório, seria possível reconhecer de pronto a existência de ato que extrapola o limite tangível da liberdade de expressão, e a consequente necessidade de fazer prevalecer a inviolabilidade da crença religiosa. Não é o caso, e a recorrente bem sabe disso.
>
> *Em verdade, sua tese é a de que a inserção dos trechos em canção de estilo e letra obscenos ou libidinosos, ainda que sem a intenção direta de atingir os muçulmanos, seria suficiente para caracterizar a propalada ofensa.*
>
> *O que se observa, entretanto, é que a letra é singela e destinada ao mero entretenimento dos fãs do estilo, não fazendo qualquer referência expressa à libidinagem, ao obsceno e ao ilícito. Tão somente por ser uma canção de "funk", não se pode concluir, como faz a recorrente, tratar-se de um estilo "libidinoso".*

> A assertiva sugere apenas a realização de um pré-julgamento subjetivo por parte da apelante.
>
> *Mas, ainda que presentes no teor da canção os temas repudiados pela recorrente, a falta de uma referência clara ou ligação direta com a religião enfraquece a tese de que existe na música uma ofensa. Haveria, para tanto, a necessidade de se demonstrar a existência de um liame claro a revelar a intenção de ridicularizar ou escandalizar a fé alheia, que está ausente de modo evidente na espécie.*
>
> *E indo mais além, mesmo na hipótese de existência de uma crítica direta ou ofensa, ainda haveria a necessidade de um juízo de ponderação entre princípios, com o sopesamento entre a intensidade da restrição à liberdade de crença e a importância da realização do direito à liberdade de expressão que com ela colide* (e-STJ fls. 295-299 - grifou-se)

Corrobora a conclusão de que os argumentos da autora foram efetivamente analisados a leitura do acórdão que rejeitou os embargos declaratórios opostos pela Sociedade Beneficente Muçulmana, no qual constam, inclusive, indicações textuais das passagens do julgado em que o tema foi enfrentado (e-STJ fls. 317-321).

Logo, diversamente do sustentado pela recorrente, não se vislumbram omissão, contradição, obscuridade ou erro material para efeito do que dispõe o art. 1.022 do CPC/2015.

3. Da motivação das decisões judiciais e da técnica de ponderação no CPC/2015

No que se refere ao art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015, a ora recorrente sustenta que o Tribunal de origem não justificou as razões e os critérios adotados para conferir primazia à liberdade de expressão artística em detrimento da inviolabilidade das liturgias religiosas, direitos fundamentais assegurados, respectivamente, pelos incisos IX e VI do art. 5º da Constituição de 1988.

Como se sabe, a reforma do Código de Processo Civil que culminou na edição da Lei n. 13.105/2015 perpassou a inclusão de um rol de normas processuais de natureza fundamental destinadas a balizar e orientar a aplicação do regramento jurídico pátrio.

*Nesse contexto, o legislador previu no art. 489 do CPC/2015 que constituem "**elementos essenciais da sentença**" o relatório, a fundamentação e o dispositivo, elencando nos subsequentes parágrafos alguns parâmetros a serem utilizados para aferir se uma decisão judicial – seja ela interlocutória, sentença ou acórdão – ostenta fundamentação jurídica racional, apropriada para o caso concreto analisado e suscetível de controle posterior.*

De certa forma, pode-se considerar que o objetivo derradeiro da norma é dar concretude ao que determina o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, garantindo meios para que a interpretação corresponda à entrega de uma prestação jurisdicional efetiva.

Conforme a lição de Raffaele de Giorgi,

> (...)
>
> À interpretação foi confiada a tarefa de encontrar o resultado constitucionalmente correto, por meio de um procedimento racional e controlável, e de motivar esse resultado de um modo igualmente racional e controlável, realizando, assim, condições de certeza e previsibilidade do direito. Na realidade, constitucionalmente correto é o resultado considerado aceitável, tolerável, que se crê não haver superado os limites daquilo que se pode tratar como racionalmente motivado. Segurança jurídica e certeza do direito, por sua vez, significam que é legítima a expectativa de que cada decisão interpretativa será tomada com base no direito. É justamente essa certeza, todavia, que torna possível a previsibilidade como abertura para um futuro no qual, independentemente da decisão que será tomada, saber-se-á como se comportar. (**Argumentação jurídica a partir da Constituição**. In: Seminário Teoria da Decisão Judicial: 23, 24 e 25 de abril de 2014, Brasília, DF, Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários; coord. cient. Ricardo Villas Bôas Cueva - Brasília: CJF, 2014, págs. 121-122)

Mais especificamente, eis o que preceitua o art. 489 do CPC/2015:

> Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
>
> I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
>
> II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
>
> III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.
>
> *§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que*:
>
> I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
>
> II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
>
> III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
>
> IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

> V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
>
> VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.
>
> *§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.*
>
> *§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.* (grifou-se)

Ao comentarem a norma em foco, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero lecionam o seguinte:

> (...) *Fundamentar significa dar razões – razões que visam a evidenciar a racionalidade das opções interpretativas constantes da sentença, a viabilizar o seu controle intersubjetivo e a oferecer o material necessário para formação de precedentes*. Daí que a justificação das decisões judiciais deve ser pensada na perspectiva da tutela dos direitos – a justificação das decisões constantes da fundamentação flui no influxo da viabilização de uma decisão justa e da conformação de um adequado sistema de precedentes. Em outras palavras: a justificação das decisões serve como ferramenta para o adequado funcionamento do sistema jurídico. *A fundamentação deve ser concreta, estruturada e completa: deve dizer respeito ao caso concreto, estruturar-se a partir de conceitos e critérios claros e pertinentes e conter uma completa análise dos argumentos relevantes sustentados pelas partes em suas manifestações. Fora daí, não se considera fundamentada qualquer decisão (arts. 93, IX, CF, e 9º, 10, 11 e 489, §§ 1º e 2º, CPC).*
>
> (...)
>
> *13. Colisão entre normas*. A fim de que o processo interpretativo seja o mais racional e controlável possível, é preciso que se identifique, em qualquer caso, exatamente quais as finalidades em jogo (no caso dos princípios) e qual a incompatibilidade entre o caso concreto e a norma geral que aponta para a existência de exceções implícitas (no caso das regras), além de mostrar de que modo essas espécies normativas contribuem para a solução do caso concreto (art. 489, § 1º, I, CPC). Ainda, é preciso mostrar por que determinado postulado deve ser empregado e não outro para solução do embate normativo (art. 489, § 1º, I, CPC). *É isso que o art. 489, § 2º, CPC, quer dizer: é preciso identificar as normas que devem ser aplicadas e o respectivo postulado que estrutura a correlata aplicação*. Fora daí há arbitrariedade na solução dos conflitos normativos por ausência de adequada fundamentação (art. 489, § 2º, CPC). (In: Código de Processo Civil Comentado [livro eletrônico]. 4ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018 - grifou-se)

Ao mesmo tempo em que a norma em estudo fortalece o dever constitucional de motivação das decisões judiciais, observa-se que a redação do § 2º do art. 489 do CPC/2015 suscitou críticas no meio doutrinário, no que diz respeito, por exemplo, a uma possível imprecisão conceitual na expressão "colisão entre normas" e à incorporação no ordenamento jurídico brasileiro da complexa teoria da ponderação desenvolvida por Robert Alexy.

Acerca da controvérsia, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que a ponderação ali prevista deveria se restringir a normas relacionadas a direitos fundamentais e princípios constitucionais, pois, em suas palavras,

> (...) A nosso ver, *existe uma impropriedade na menção à técnica de ponderação neste dispositivo, que dá margem à interpretação de que toda e qualquer antinomia pode ser resolvida por esse meio. Tal técnica foi desenvolvida e sustentada para a solução dos conflitos entre direitos fundamentais e entre princípios constitucionais, que não se resolvem pelas regras da hermenêutica jurídica clássica – as quais ainda são aplicáveis às normas em geral*. O dispositivo deve, portanto, ser interpretado no sentido de que se refere às normas relacionadas a direitos fundamentais e princípios constitucionais. (In: Código de Processo Civil comentado [livro eletrônico]. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018 - grifou-se)

Georges Abboud e Júlio César Rossi, por sua vez, são contundentes em defender até mesmo a inconstitucionalidade do § 2º, argumentando que

> (...)
>
> Há incompatibilidade substancial entre o que preceitua o artigo 489, § 2º, do Código de Processo Civil e o que determina nossa tradição em fundamentar toda a decisão judicial e administrativa, colocando em colapso a recém (e ainda mal compreendida) estrutura do próprio Código, notadamente ao negar vigência aos artigos 10, 11, 489, § 1º, 926 e 927.
>
> A ponderação de regras - genuíno caso brasileiro - limita-se a uma decisão subjetiva do aplicador na medida em que escolheria de forma *ad hoc*, diante de um caso (ou de uma tese, como querem os vanguardistas), o qual das regras seria afastada em face desse sopesamento. Mais precisamente, ao ponderar regras, torna-se possível ao julgador afastar determinada prescrição legislativa sem realizar o controle de constitucionalidade da lei. Esse afastamento, sem a intermediação do controle difuso de constitucionalidade, é impensável em uma democracia. Daí a inconstitucionalidade do § 2º, ele é um paradoxo porque se trata de dispositivo legal que pode dar vazão a uma aplicação do direito nos padrões da escola de direito livre, criticada desde P Heck. (Riscos da Ponderação à brasileira. In: Revista de Processo. vol. 269. ano 42. São Paulo: Ed. RT, julho 2017, pág. 135)

Em contraposição a essas críticas, Fredie Didier entende que o § 2º do art. 489 do CPC/2015 possui apenas o condão de *orientar como o julgador deve agir* e determinar um *conteúdo mínimo da decisão* na hipótese de um "conflito normativo". De acordo com o referido autor,

> (...)
>
> O primeiro passo é saber se se trata de conflito entre regras ou entre princípios.
>
> Segundo Alexy, para solucionar um conflito entre regras é necessário que uma das regras integre uma hipótese de exceção à outra, ou então que uma delas seja invalidada e expurgada do ordenamento, em nome da subsistência da outra, verificando-se, pois, se a regra está dentro (como exceção) ou fora (por invalidação) do ordenamento. Dessa forma, constatada a contradição entre "juízos concretos de dever-ser", se ela não pode ser sanada com a inserção de uma "cláusula de exceção" em uma das regras, então se deve decidir qual delas deve ser invalidada.
>
> Essa não é, contudo, a solução para a colisão entre princípios. Nesses casos, um princípio não é tomado como exceção ao outro e nenhum deles precisa ser invalidado. Na verdade, em uma "dimensão de pesos" (e não de validade), considera-se que, nas situações concretas, os princípios têm pesos distintos e que o princípio que mais pesar tem preferência em relação ao outro - caso em que o conflito e sua solução se situam dentro do ordenamento. (In: Curso de Direito Processual Civil, vol. 3, Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, págs. 373-374)

Aprofundando a discussão, Didier faz referência ao posicionamento de Humberto Ávila, o qual questiona a diferenciação entre regras e princípios, entendendo que a ponderação também poderia ser aplicada para solucionar um eventual conflito entre regras, visto que,

> (...) *as regras também podem conviver abstratamente, mas colidir concretamente; as regras podem ter seu conteúdo preliminar de sentido superado por razões contrárias; as regras podem conter hipóteses normativas semanticamente abertas (conceitos indeterminados); as regras admitem formas argumentativas como a analogia. Em todas essas hipóteses, entende Ávila, é necessário lançar mão de ponderação*.
>
> Nas suas palavras, "a ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto. O tipo de ponderação é que é diverso". (*op. cit.*, pág. 374 - grifou-se)

A partir daí, Didier arremata que,

> (...) *o importante é que, qualquer que seja a técnica utilizada para superar o conflito normativo, ela exige do juiz uma justificação. Não basta dizer, por exemplo, que uma regra constitui exceção do que diz a outra, ou que, no caso concreto, um determinado princípio deve prevalecer sobre outro. É preciso que se justifique, no caso da regra excepcional, por que se trata de exceção - e não, por exemplo, de revogação; no caso do princípio, por que o caso concreto exige a aplicação de um, e não de outro*. (*op. cit.*, pág. 375 - grifou-se)

O trabalho de Danilo Christiano Antunes Meira e Horácio Wanderlei Rodrigues direcionado à reconstrução dos debates legislativos travados durante a elaboração do Novo Código de Processo Civil sobre os temas da colisão e da ponderação de normas oferece importantes subsídios para interpretar o escopo do § 2º do art. 489 do CPC/2015. No que é pertinente ao caso dos autos, merecem destaque as seguintes conclusões dos pesquisadores:

> Primeiro ponto: por trás da redação do dispositivo que incluiu a previsão de colisão e ponderação de normas no novo Código de Processo Civil, sempre esteve presente - e de maneira inequívoca - a preocupação com a adequada exposição das razões que justificam as decisões jurídicas, especialmente daquelas que se fundamentam em conceitos indeterminados, princípios e demais elementos que poderiam ocultar decisões subjetivas.
>
> Segundo ponto: em nenhum momento foi proposta uma redação que indicasse uma sugestão ou determinação do uso da ponderação como elemento de fundamentação de decisão. Os termos "colisão" e "ponderação" foram incluídos no novo Código pelo reconhecimento de que eles já constituem argumentos usados para fundamentar decisões questionáveis.
>
> (...)
>
> Quinto ponto: *não houve preocupação quanto à definição qualitativa e/ou formal da norma passível de colisão e, por conseguinte, que enseja ponderação*. Em tese, da redação do enunciado podem derivar confusões de diversas ordens.
>
> Sexto ponto: *não se viu na elaboração do novo Código qualquer preocupação quanto à definição de algo como um método oficial de ponderação*. O único pressuposto da ponderação é a colisão de normas. Por conseguinte, não há espaço para controle de doutrinalidade das decisões: *atendidos os requisitos impostos pelo art. 489, uma decisão não pode ser considerada inválida por não ter seguido a fórmula de ponderação do X ou Y*.
>
> Sétimo ponto: mesmo assim, não é qualquer caso de colisão de normas que habilita o uso da ponderação para fundamentar uma sentença. *Os critérios de resolução de antinomia apresentados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, por exemplo, não foram revogados pelo novo Código*. Lei posterior continua revogando a anterior, a lei especial continua revogando a geral, etc.

> (Colisão e Ponderação de Normas na Elaboração do Novo Código de Processo Civil. In: Revista de Processo. ano 40. vol. 246. São Paulo: Ed. RT, ago. 2015, págs. 79-80)

De fato, a ausência de clareza legislativa acerca de *como* e *em quais casos* deve ser utilizada a ponderação provocou receios de que o § 2º do art. 489 do CPC/2015, a pretexto de reduzir a discricionariedade, paradoxalmente, abrisse espaço para uma maior insegurança jurídica, legitimando decisões fundamentadas apenas em aspectos de índole subjetiva e alheios ao direito positivo.

Conquanto tais questionamentos sejam relevantes, é necessário realizar a *interpretação sistemática* do dispositivo à luz dos objetivos que orientam o Código de Processo Civil de 2015: o aprimoramento das técnicas processuais com vistas à maior efetividade da prestação jurisdicional e à criação de uma jurisprudência íntegra, estável e coerente.

Sob essa perspectiva, pode-se entender o § 2º do art. 489 do CPC/2015 como uma diretriz que exige do juiz que justifique a técnica utilizada para superar o conflito normativo, não o dispensando do dever de fundamentação, mas, antes, reforçando as demais disposições correlatas do Novo Código, tais como as dos arts. 10, 11, 489, § 1º, e 927. Sempre caberá às instâncias recursais competentes aferirem, em cada caso, se a técnica da ponderação foi bem aplicada e, consequentemente, se a decisão judicial possui fundamentação válida.

Nesse mister, é certo que a análise da validade/nulidade da decisão também deve considerar o disposto no § 3º do art. 489 do CPC/2015, segundo o qual "a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé". E deve atentar, ainda, para o disposto no art. 282 do CPC/2015:

> Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados.
>
> § 1º O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte.
>
> § 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Por outro lado, não cabe a esta Corte Superior, a pretexto de apreciar recurso especial baseado apenas na alegada violação do art. 489, § 2º, do CPC/2015 adentrar

o mérito da ponderação entre duas normas constitucionais, sob pena de se exceder na sua atribuição de uniformizar a interpretação da legislação federal.

Na hipótese em que a ponderação realizada pelo Tribunal de origem para solucionar o mérito da controvérsia consista em matéria de natureza eminentemente constitucional, como, por exemplo, o sopesamento entre dois princípios constitucionais, a competência para apreciar a correção dos fundamentos do acórdão, em última análise, é do Supremo Tribunal Federal.

Em recurso especial, a revisão do mérito da ponderação pressupõe que se trate de matéria infraconstitucional, bem como que a parte recorrente tenha indicado nas suas razões recursais as normas conflitantes às quais, segundo entende, foi conferida interpretação equivocada ou negada vigência pelo acórdão recorrido, providência não adotada no presente recurso.

Em síntese, propõe-se que sejam fixados os seguintes entendimentos a respeito do tema:

a) o § 2º do art. 489 do CPC/2015 estabelece balizas para a aplicação da técnica da ponderação visando a assegurar a racionalidade e a controlabilidade da decisão judicial, sem revogar outros critérios de resolução de antinomias, tais como os apresentados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro;

b) apenas se configura a nulidade por violação do § 2º do art. 489 do CPC/2015 na hipótese de ausência ou flagrante deficiência da justificação do objeto, dos critérios gerais da ponderação realizada e das premissas fáticas e jurídicas que embasaram a conclusão, ou seja, quando não for possível depreender dos fundamentos da decisão o motivo pelo qual a ponderação foi necessária para solucionar o caso concreto e de que forma se estruturou o juízo valorativo do aplicador;

c) o exame da validade/nulidade da decisão que aplicar a técnica da ponderação deve considerar o disposto nos arts. 282 e 489, § 3º, do CPC/2015, segundo os quais a decisão judicial constitui um todo unitário a ser interpretado a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé, não se pronunciando a nulidade quando não houver prejuízo à parte que alega ou quando o mérito puder ser decidido a favor da parte a quem aproveite;

d) em recurso especial, a pretensão de revisão do mérito da ponderação efetuada pelo Tribunal de origem pressupõe que se trate de matéria infraconstitucional, além da indicação, nas razões recursais, das normas

conflitantes e das teses que embasam a sustentada violação/negativa de vigência da legislação federal;

e) tratando-se de decisão fundamentada eminentemente na ponderação entre normas ou princípios constitucionais, não cabe ao STJ apreciar a correção do entendimento firmado pelo Tribunal de origem, sob pena de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal.

4. Do caso concreto dos autos e da ausência de nulidade

De início, é de se ponderar que o caso vertente não possui solução jurídica trivial no âmbito da hermenêutica constitucional. Na verdade, haja vista a peculiaridade da matéria, poderia ser classificado como o que se convencionou chamar de "*hard case*".

No que compete a este órgão julgador, porém, não se vislumbra nulidade do acórdão recorrido por violação da legislação processual vigente, haja vista o Tribunal de origem ter (i) enfrentado todas as questões relevantes necessárias à solução da controvérsia e capazes de infirmar sua conclusão e (ii) apresentado de forma clara o objeto e os critérios gerais da ponderação de princípios efetuada, mediante a exposição das razões fáticas e jurídicas que fundamentaram a formação do seu convencimento pela prevalência da liberdade de expressão.

O acórdão recorrido apresenta motivação racional e apta a possibilitar o controle jurisdicional posterior, tornando viável tanto a interposição dos recursos cabíveis pela parte que se julgou prejudicada quanto a integral compreensão da controvérsia pelas instâncias extraordinárias competentes.

No tocante à interpretação conferida às normas contidas no art. 5º, incisos VI e IX, da Constituição Federal, a competência para apreciar a irresignação da autora é do Supremo Tribunal Federal, cabendo registrar, a esse respeito, que houve a interposição do recurso extraordinário (e-STJ fls. 323-337), motivo pelo qual não incide o óbice da Súmula n. 126/STJ.

Tendo em vista o quanto delimitado nas razões do recurso especial, o escopo da análise a ser feita por esta Terceira Turma se restringe a aferir se houve nulidade do julgado por violação das normas contidas nos arts. 1.022 e 489 do CPC/2015, o que não se vislumbra.

Já as questões atinentes ao mérito da ação - requisitos para responsabilidade civil, retirada de conteúdo da *Internet* ou fornecimento de registros de usuários e interpretação das disposições do Código Civil e do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) - não foram objeto do recurso especial em foco, encontrando-se, portanto, preclusas.

5. Do pedido de reforma da decisão para julgar procedente a demanda: incidência das Súmulas n. 7/STJ e n. 284/STF

Quanto à pretensão de que o recurso especial seja provido no mérito, a fim de reformar a decisão recorrida para julgar procedente a ação em todos os seus termos, trata-se de pedido manifestamente incabível.

Primeiramente, não é possível rever as conclusões das instâncias ordinárias a respeito do teor dos vídeos veiculados na plataforma *YouTube*, de responsabilidade da ora recorrida, sem o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento vedado a esta Corte Superior, nos termos da Súmula n. 7/STJ.

Ademais, da forma como está posta no recurso especial, a pretensão da recorrente demandaria, na verdade, a análise de *matéria de natureza eminentemente constitucional*, relacionada com os direitos fundamentais à proteção da fé religiosa e de suas respectivas liturgias (art. 5º, inciso VI, da CF/1988) e à liberdade de expressão artística (art. 5º, inciso IX, da CF/1988).

Como se sabe, compete ao STJ, em recurso especial, a análise da interpretação da legislação federal, sendo inviável invocar, nesta seara, a violação de dispositivos constitucionais, matéria afeta à competência da Suprema Corte (art. 102, inciso III, da CF/1988).

Nesse sentido:

> Processual Civil. Embargos de declaração no agravo regimental nos embargos de divergência em agravo em recurso especial. Execução individual de sentença proferida em ação civil pública. Prazo quinquenal. Acórdão devidamente fundamentado. Ausência dos vícios do art. 535 do CPC. Impossibilidade de análise de matéria constitucional por esta Corte sob pena de usurpação da competência do STF. Embargos de declaração rejeitados.
>
> (...)
>
> 3. Consoante jurisprudência pacífica desta Corte Superior, a competência do STJ restringe-se à interpretação e uniformização do direito infraconstitucional não sendo possível o exame de violação a dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.
>
> 4. Embargos de Declaração rejeitados.
>
> (EDcl no AgRg nos EAREsp 128.695/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, julgado em 4/11/2015, DJe 18/11/2015)

Recurso especial. Administrativo. Inscrição em órgão de classe. Acórdão embasado em fundamentos eminentemente constitucionais. Impropriedade da via eleita. Recurso não conhecido.

O v. acórdão recorrido decidiu a questão com base em fundamentação eminentemente constitucional ao afirmar que "a Constituição Federal faz uma opção clara e vigorosa pela liberdade de expressão artística, ainda que a sua qualidade seja discutível, devendo o aprimoramento da atividade musical ser buscado por mecanismos que não impliquem restrição tão forte da liberdade clássica de exercício profissional" (fl. 221) O instrumento utilizado não comporta esta análise. É comezinho que a competência do Superior Tribunal de Justiça refere-se à matéria infraconstitucional. A discussão sobre preceitos da Carta Maior cabe à Suprema Corte. Assim, inviável o exame do pleito da recorrente, sob pena de se penetrar no exame de matéria cuja competência está afeta à Excelsa Corte, *ex vi* do artigo 102 da Constituição Federal.

Recurso não conhecido.

(REsp 529.284/SC, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 26/8/2003, DJ 29/9/2003)

Processual Civil. Embargos de declaração. Omissão. Matéria constitucional.

1.- É sabido que, em sede de recurso especial, não há lugar para se discutir, com carga decisória, preceitos constitucionais.

2.- A função do recurso especial é, exclusivamente, a de unificar o direito ordinário federal, em consequência de determinação da Carta Magna.

3.- Em sede de recurso extraordinário e que se desenvolve a interpretação e a aplicação de princípios constantes no nosso diploma maior. A relevância de tais questões ficou reservada, em sede de recurso extraordinário, unicamente para o colendo Supremo Tribunal Federal.

4.- Não pratica, assim, omissão o acórdão que silencia sobre alegações da parte no tocante ao ferimento ou não de regra posta na Constituição Federal, ou seja, sobre o art. 155, par. 2., inciso IX, da CF.

5.- O sistema de distribuição de competência recursal inserido em nosso ordenamento jurídico, pela Carta Maior, não pode ser rompido. Do mesmo modo que o colendo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, não se pronuncia sobre a violação ou negação de vigência de norma infraconstitucional, igual procedimento e adotado pelo Superior Tribunal de Justiça quando se depara com fundamentos constitucionais no curso do recurso especial.

6.- Omissão inexistente. Embargos declaratórios rejeitados.

(EDcl no REsp 109.233/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 5/5/1997, DJ 23/6/1997)

Desse modo, tendo em vista que o recurso em análise não aponta a violação de nenhuma norma infraconstitucional de direito material relacionada à demanda indenizatória proposta pela Sociedade Beneficente Muçulmana - tais como as previstas, por exemplo, no Marco Civil da Internet e no Código Civil -, é impossível o reexame do mérito. Incide, por analogia, o óbice da Súmula n. 284/STF.

Dispositivo

Ante o exposto, *conheço parcialmente* do recurso especial apenas quanto ao pedido de decretação da nulidade do acórdão recorrido e, nessa extensão, *nego-lhe provimento*.

Na origem, os honorários sucumbenciais foram fixados, por equidade, em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) ficando majorados para R$ 5.000,00 (cinco mil reais), com correção monetária a partir da publicação do presente acórdão, a serem pagos em favor da parte recorrida, nos termos do art. 85, §§ 8º e 11, do CPC/2015.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.782.418-RJ (2018/0313595-7)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi
Recorrente: Joao Morais de Oliveira
Recorrente: Elaine Chagas de Oliveira
Advogado: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro
Recorrido: Rafael Ferreira Martins e Silva
Advogado: Roberto Ferreira Conte e outro(s) - RJ057369

EMENTA

Recurso especial. Ação de compensação por dano moral e reparação por dano material. Cumprimento de sentença. Quantia certa.

Medidas executivas atípicas. Art. 139, IV, do CPC/15. Cabimento. Delineamento de diretrizes a serem observadas para sua aplicação.

1. Ação distribuída em 10/6/2011. Recurso especial interposto em 25/5/2018. Autos conclusos à Relatora em 3/12/2018.

2. O propósito recursal é definir se, na fase de cumprimento de sentença, a suspensão da carteira nacional de habilitação e a retenção do passaporte do devedor de obrigação de pagar quantia são medidas viáveis de serem adotadas pelo juiz condutor do processo.

3. O Código de Processo Civil de 2015, a fim de garantir maior celeridade e efetividade ao processo, positivou regra segundo a qual incumbe ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (art. 139, IV).

4. A interpretação sistemática do ordenamento jurídico revela, todavia, que tal previsão legal não autoriza a adoção indiscriminada de qualquer medida executiva, independentemente de balizas ou meios de controle efetivos.

5. De acordo com o entendimento do STJ, as modernas regras de processo, ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma circunstância poderão se distanciar dos ditames constitucionais, apenas sendo possível a implementação de comandos não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável. Precedente específico.

6. A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade.

7. Situação concreta em que o Tribunal *a quo* indeferiu o pedido do exequente de adoção de medidas executivas atípicas sob o singelo fundamento de que a responsabilidade do devedor por suas dívidas diz respeito apenas ao aspecto patrimonial, e não pessoal.

8. Como essa circunstância não se coaduna com o entendimento

propugnado neste julgamento, é de rigor – à vista da impossibilidade de esta Corte revolver o conteúdo fático-probatório dos autos – o retorno dos autos para que se proceda a novo exame da questão.

9. De se consignar, por derradeiro, que o STJ tem reconhecido que tanto a medida de suspensão da Carteira Nacional de Habilitação quanto a de apreensão do passaporte do devedor recalcitrante não estão, em abstrato e de modo geral, obstadas de serem adotadas pelo juiz condutor do processo executivo, devendo, contudo, observar-se o preenchimento dos pressupostos ora assentados. Precedentes.

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora. Dr(a). Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, pela parte recorrente: Joao Morais de Oliveira e outra.

Brasília (DF), 23 de abril de 2019 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJe 26.4.2019

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por *João Morais de Oliveira* e *Elaine Chagas de Oliveira*, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional.

Ação: de compensação por dano moral e reparação por dano material, em fase de cumprimento de sentença, ajuizada pelos recorrentes em face de *Rafael Ferreira Martins e Silva*, devido a prejuízos decorrentes de acidente automobilístico.

Decisão interlocutória: indeferiu os pedidos de suspensão do direito de dirigir e de retenção do passaporte do recorrido.

Acórdão: negou provimento ao agravo de instrumento interposto pelos recorrentes, nos termos da seguinte ementa:

> Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Decisão agravada que indefere suspensão da carteira nacional de habilitação e retenção de passaporte, sob o fundamento de que extrapolam os direitos patrimoniais do devedor. Manutenção. Arts. 789 e 824 do CPC/15. Responsabilidade patrimonial, e não pessoal, do devedor pelas suas dívidas. Art. 139, inciso IV, do CPC/15, que, ao prever medidas coercitivas atípicas, deve ser interpretado sistematicamente. Medidas pretendidas que não se mostram adequadas à localização de bens penhoráveis e imporiam limitação indevida ao direito de ir e vir. Desprovimento do recurso. (e-STJ Fl. 19)

Recurso especial: alegam violação do art. 139, IV, do CPC/15. Defendem o cabimento de medidas executórias atípicas, tais como a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação e o recolhimento do passaporte do devedor, quando se tratar de provimentos necessários para assegurar o cumprimento de decisão judicial.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): O propósito recursal é definir se, na fase de cumprimento de sentença, a suspensão da carteira nacional de habilitação e a retenção do passaporte do devedor de obrigação de pagar quantia são medidas viáveis de serem adotadas pelo juiz condutor do processo.

*1. **Das medidas executivas atípicas no CPC/15***

O Código de Processo Civil de 2015, a fim de garantir maior celeridade e efetividade ao processo, positivou regra segundo a qual incumbe ao juiz "determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária".

Trata-se das chamadas *medidas executivas atípicas*, previstas no art. 139, IV, do novo Código, cláusula geral que confere poder ao julgador para a adoção

de meios necessários à satisfação da obrigação não delineados previamente no diploma legal.

O legislador optou, desse modo, por abandonar o princípio até então vigente (ao menos para as hipóteses envolvendo obrigação de pagar quantia), da tipicidade das formas executivas, conferindo maior elasticidade ao desenvolvimento do processo satisfativo, de acordo com as circunstâncias de cada caso e com as exigências necessárias à tutela do direto material anteriormente reconhecido.

A atipicidade dos meios executivos, portanto, "defere ao juiz o poder-dever para determinar *medidas de apoio* tendentes a assegurar o cumprimento de ordem judicial, independentemente do objeto da ação processual" (ALVIM, Angélica Arruda (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 214 - sem destaque no original).

Isso não significa, todavia, que qualquer modalidade executiva possa ser adotada de forma indiscriminada, independentemente de balizas ou meios de controle efetivos.

Quanto ao ponto, a lição de MARINONI é bastante elucidativa:

> Quando o uso das modalidades executivas está subordinado ao que está na lei, a liberdade do litigante está garantida pelo princípio da tipicidade. Mas se esse princípio foi abandonado ao se concluir que a necessidade de meio de execução - e, assim, a efetividade da tutela do direito material - varia conforme as circunstâncias dos casos concretos, é preciso não esquecer que o poder executivo não pode ficar destituído de controle. Como é evidente, jamais o vencedor ou o juiz poderão eleger modalidade executiva qualquer, uma vez que o controle do juiz, quando não é feito pela lei, deve tomar em conta as necessidades de tutela dos direitos, as circunstâncias do caso e a regra da proporcionalidade. Em outras palavras, a adoção dos meios executivos obviamente ainda pode ser controlada pelo executado. A diferença é que esse controle, atualmente, é muito mais sofisticado e complexo do que aquele que simplesmente indagava se o meio executivo era o previsto na lei para a específica situação.
>
> (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 426)

Tive a oportunidade de esclarecer, quando do julgamento do RHC 99.606/SP (3ª Turma, DJe 20/11/2018) que, como obstáculo à adoção dos meios atípicos e coercitivos indiretos na exequibilidade de obrigações de pagar quantia, parcela respeitável da doutrina aponta como óbice uma possível violação ao princípio da patrimonialidade da execução.

Todavia, não se pode confundir a natureza jurídica das medidas de coerção psicológica, que são apenas *medidas executivas indiretas*, com sanções civis de natureza material, essas sim capazes de ofender a garantia da patrimonialidade, por configurarem punições em face do não pagamento da dívida.

A diferença mais notável entre os dois institutos acima enunciados é a de que, na execução de caráter pessoal e punitivo, as medidas executivas sobre o corpo ou a liberdade do executado tem como característica substituírem a dívida patrimonial inadimplida, nela sub-rogando-se, circunstância que não se verifica quando se trata da adoção de meios de execução indiretos.

É o que se observa, por exemplo, na prisão civil decorrente de dívida alimentar – medida coercitiva indireta –, na qual a privação temporária da liberdade do devedor de alimentos não o exime do pagamento das prestações vencidas ou vincendas (art. 528, § 5º, do CPC/15), inexistindo, destarte, sub-rogação.

A demonstrar a ausência de substituição da dívida por uma punição corporal, deve-se ter em vista, também, que o pagamento da dívida alimentar autoriza a suspensão da ordem de prisão (art. 528, § 6º, do CPC/15), da mesma forma que, cuidando-se de *astreintes*, o juiz pode excluir a multa ou modificar seu valor ou periodicidade na hipótese de o executado demonstrar o cumprimento, mesmo que parcial, ou a existência de justa causa para o descumprimento (art. 537, § 1º, I e II, do CPC/15).

Na execução indireta, portanto, as medidas executivas não possuem força para satisfazer a obrigação inadimplida, atuando tão somente sobre a vontade do devedor.

Conforme ressalta a doutrina, "a adoção de medidas executivas coercitivas que recaiam sobre a pessoa do executado não significa que seu corpo passa a responder por suas dívidas", uma vez que, na verdade, "são apenas medidas executivas que pressionam psicologicamente o devedor para que esse se convença de que o melhor a fazer é cumprir voluntariamente a obrigação" (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: Art. 139, IV, do novo CPC*. Revista de Processo: RePro, São Paulo, n. 264, p. 107-150).

Do mesmo modo, não se pode falar em inaplicabilidade das medidas executivas atípicas meramente em razão de sua potencial intensidade quanto à restrição de direitos fundamentais. Isso porque o ordenamento jurídico pátrio prevê a incidência de diversas espécies de medidas até mesmo mais gravosas do que essas, como bem anotado em artigo publicado por AZEVEDO e GAJARDONI:

> [...] no plano pragmático, desconsidera-se que há diversas medidas no ordenamento jurídico que tipicamente se equiparam ou apresentam maior intensidade em termos de restrição de direitos fundamentais do que as medidas executivas atípicas. Basta pensar nas hipóteses de despejo forçado, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, ou mesmo nas medidas protetivas para proteção do patrimônio de grupos vulneráveis (mulheres, idosos, crianças e adolescentes etc.). Há, ainda, inúmeras medidas administrativas coercitivas, adotadas em razão do interesse público, decorrentes de relações fiscais, aduaneiras, urbanísticas ou de trânsito, as quais, embora representem restrições a direitos fundamentais, não carregam a pecha da inconstitucionalidade.
>
> (AZEVEDO, Júlio Camargo de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Um novo capítulo na história das medidas executivas atípicas*. Disponível em https://goo.gl/VAY72D. Consulta realizada em 28/3/2019)

Não se nega, no entanto, que, em certas ocasiões, a adoção de coerção indireta ao pagamento voluntário possa se mostrar desarrazoada ou desproporcional, sendo passível, nessas situações, de configurar medida comparável à punitiva.

A ocorrência dessas situações deve ser, contudo, examinada caso a caso, e não aprioristicamente, por se tratar de hipótese excepcional que foge à regra de legalidade e boa-fé objetiva estabelecida pelo CPC/15.

Não por outro motivo, o STJ vem entendendo que "as modernas regras de processo [...], ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma circunstância, poderão se distanciar dos ditames constitucionais, apenas sendo possível a implementação de comandos não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável" (RHC 97.876/SP, 4ª Turma, DJe 9/8/2018).

Para que seja adotada qualquer medida executiva atípica, portanto, deve o juiz *intimar previamente o executado* para pagar o débito ou apresentar bens destinados a saldá-lo, seguindo-se, como corolário, os atos de expropriação típicos.

O contraditório prévio é, aliás, a regra no CPC/15, em especial diante da previsão do art. 9º, que veda a prolação de decisão contra qualquer das partes sem sua prévia oitiva fora das hipóteses contempladas em seu parágrafo único.

A decisão que autorizar a utilização de medidas coercitivas indiretas deve, ademais, ser *devidamente fundamentada*, a partir das circunstâncias específicas do caso, não sendo suficiente para tanto a mera indicação ou reprodução do texto do art. 139, IV, do CPC/15 ou mesmo a invocação de conceitos jurídicos indeterminados sem ser explicitado o motivo concreto de sua incidência na espécie (art. 489, § 1º, I e II, do CPC/15).

De se observar, igualmente, a necessidade de *esgotamento prévio dos meios típicos* de satisfação do crédito exequendo, tendentes ao desapossamento do devedor, sob pena de se burlar a sistemática processual longamente disciplinada na lei adjetiva.

Vale destacar, por oportuno, que o CPC/15, em seu art. 8º, estabeleceu com norma fundamental do processo civil o atendimento aos fins sociais do ordenamento jurídico e às exigências do bem comum, observado o resguardo e a promoção da dignidade da pessoa humana, assim como da proporcionalidade, da razoabilidade, da legalidade, da publicidade e da eficiência.

Respeitado esse contexto, portanto, o juiz está autorizado a adotar medidas que entenda *adequadas, necessárias e razoáveis* para efetivar a tutela do direito do credor em face de devedor que, *demonstrando possuir patrimônio* apto a saldar o débito em cobrança, intente frustrar sem razão o processo executivo.

Frise-se, aqui, que a possibilidade do adimplemento – ou seja, a existência de indícios mínimos que sugiram que o executado possui bens aptos a satisfazer a dívida – é premissa que decorre como imperativo lógico, pois não haveria razão apta a justificar a imposição de medidas de pressão na hipótese de restar provada a inexistência de patrimônio hábil a cobrir o débito.

Em suma, é possível ao juiz adotar meios executivos atípicos desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio apto a cumprir a obrigação a ele imposta, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade.

2. ***Da hipótese concreta***

No particular, todavia, verifica-se do quadro fático desenhado pelo acórdão impugnado que o recorrido foi devidamente intimado para pagamento da dívida, tendo se quedado inerte, e que não houve a localização de bens em seu nome após busca nos sistemas de pesquisa RENAJUD e INFOJUD.

O Tribunal de origem, não obstante, indeferiu o pedido de adoção de medidas executivas atípicas sob o singelo fundamento de que "a responsabilidade do devedor por suas dívidas diz respeito apenas ao aspecto patrimonial e não pessoal" (e-STJ fl. 22).

Como essa circunstância não se coaduna com o entendimento propugnado neste julgamento, impõe-se – à vista da impossibilidade de esta Corte revolver

o conteúdo fático-probatório dos autos – o retorno dos autos ao Tribunal local para verificação dos pressupostos aqui assentados.

De se consignar, por derradeiro, que o STJ tem reconhecido que tanto a medida de suspensão da Carteira Nacional de Habilitação quanto a de apreensão do passaporte do devedor recalcitrante – hipótese dos autos – não estão, em abstrato, obstadas de serem adotadas pelo juiz condutor do processo executivo, desde que comprovada sua necessidade e adequação à hipótese específica dos autos. Nesse sentido: HC 411.519/SP, Terceira Turma, DJe 03/10/2017; RHC 97.876/SP, Quarta Turma, DJe 09/08/2018.

3. ***Conclusão***

Forte em tais razões, ***dou provimento*** ao recurso especial, para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem a fim de que proceda ao exame da questão de acordo com as premissas assentadas neste julgamento.

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