



Primeira Seção

AÇÃO RESCISÓRIA N. 4.443-RS (2010/0051826-2)

Relator: Ministro Herman Benjamin

Relator para o acórdão: Ministro Gurgel de Faria

Revisor: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Autor: Fazenda Nacional

Procurador: Érica Pimentel Pinto Costa e outro(s)

Réu: Metalgrin Indústria de Plásticos Ltda

Advogado: Ricardo de Souza Prisco e outro(s) - RS020013

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Ação rescisória. Contribuição ao Incra. Lei n. 7.787/1989. Interpretação controvertida no âmbito dos Tribunais. Súmula 343 do STF. Aplicação.

1. A admissão de ação rescisória ajuizada com base no art. 485, V, do CPC/1973 pressupõe a demonstração clara e inequívoca de que a decisão de mérito impugnada tenha contrariado a literalidade do dispositivo legal suscitado, atribuindo-lhe interpretação jurídica absolutamente insustentável.

2. “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” (Súmula 343 do STF).

3. Hipótese em que a ação rescisória não é cabível, pois o acórdão rescindendo, cuja conclusão é no sentido de que a contribuição ao INCRA teria sido extinta pela Lei n. 7.787/1989, apoia-se em interpretação razoável, orientada, à época, por diversos julgados deste Tribunal Superior.

4. Ação rescisória não conhecida.

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,

prossequindo no julgamento, por maioria, inadmitir a ação rescisória, nos termos do voto do Sr. Ministro Gurgel de Faria, que lavrará o acórdão, vencido Sr. Ministro Relator. Retificaram os votos os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes. Votaram com o Sr. Ministro Gurgel de Faria os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Francisco Falcão.

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

Ministro Gurgel de Faria, Relator

DJe 14.6.2019

VOTO-REVISÃO

Ementa: Tributário e Processo Civil. Ação rescisória. Contribuição destinada ao INCRA. Exigibilidade após a edição das Leis 7.787/1989 e 8.212/1991. Controvérsia de ordem legal pacificada posteriormente à publicação da decisão rescindenda. Ausência de cabimento da rescisória. Incidência da Súmula 343 do STF. Ação rescisória da Fazenda Nacional improcedente, *em desconformidade com o voto do eminente Ministro Relator*.

1. Consoante preconiza o art. 485, *caput* do CPC/1973, a Ação Rescisória, meio de impugnação autônomo, visa ao desfazimento (natureza constitutiva negativa) de sentença de mérito (leia-se decisão de mérito, de molde a englobar sentenças e acórdãos) transitada em julgado, quando simultaneamente presente qualquer das hipóteses específicas de cabimento elencadas nos incisos de I a IX do supracitado dispositivo.

2. Na hipótese dos autos, observa-se que a causa para postular a rescisão do julgado consistiu em haver a decisão rescindenda deixado de aplicar dispositivos legais que previam a contribuição de 0,2% destinada ao INCRA por considerá-los revogados, ao passo que esta Corte Superior já consolidou orientação de que, à míngua de revogação expressa pelas Leis 7.787/1989 e 8.213/1991, resta hígida a referida contribuição, razão pela qual estaria configurada a violação a literais dispositivos de lei, quais sejam, os arts. 149 e 195 da Constituição Federal, além do art. 6o., § 4o. da Lei 2.613/1955, conforme previsão expressa no art. 485, V do CPC/1973.

3. Ocorre que esse entendimento a respeito da revogação, ou não, da hipótese de incidência da Contribuição ao INCRA não era pacífico à época do julgado que se pretendeu desconstituir, o que inviabiliza o cabimento da Ação Rescisória, a teor da orientação firmada na Súmula 343 do STF, segundo a qual não cabe Ação Rescisória por ofensa a literal disposição de lei quando a decisão rescindenda tiver se baseado em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais. Precedentes: AgRg no RE nos EDcl no AgRg na AR 4.668/PR, Rel. Min. *Laurita Vaz*, DJe 24.2.2016; AgRg no REsp 1.505.842/PR, Rel. Min. *Mauro Campbell Marques*, DJe 9.9.2015.

4. Ação Rescisória da *Fazenda Nacional* improcedente, em desconformidade com o voto do eminente Ministro Relator **Herman Benjamin**.

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Na presente Rescisória, sustenta a Requerente que o acórdão deve ser rescindido por violar literal disposição dos arts. 149 e 195 da Constituição Federal, além do art. 6o., § 4o. da Lei 2.613/1955, argumentando que o adicional de 0,2%, incidente sobre a folha de salários destinada ao INCRA, instituído pela Lei 2.613/1955, não foi extinto pela Lei 7.787/1989, conforme já decidiu o STF ao reconhecer que a aludida contribuição encontra respaldo no art. 195 do Texto Magno, que preconiza a solidariedade de contribuição à Seguridade Social.

2. Discorre sobre a inaplicabilidade do veto da Súmula 343/STJ, asseverando que a restrição somente se aplica em questões de direito infraconstitucional, e, como a matéria trazida nos presentes autos é de cunho constitucional, resta viabilizada a Ação Rescisória.

3. Prossegue pleiteando a procedência do pedido rescisório, a fim de desconstituir o acórdão proferido nos autos do REsp 465.126/RS, para que, em novo julgamento, seja reconhecida a exigibilidade da Contribuição para o INCRA prevista no art. 6o., § 4o. da Lei 2.613/1955 e suas modificações legais.

4. Em sua contestação, *Metalgrin Indústria de Plásticos Ltda.* defende a aplicação do óbice contido na Súmula 343/STF.

5. Foram apresentadas Razões Finais por ambas as partes litigantes (fls. 831/847 e 851/853).

6. Ouvido o Ministério Público Federal às fls. 854/862, opinou o eminente Subprocurador-Geral da República *José Flaubert Machado Araújo* pela improcedência da Ação Rescisória.

7. É o resumo da demanda.

8. Consoante preconiza o art. 485, *caput* do CPC/1973, a Ação Rescisória, meio de impugnação autônomo, visa ao desfazimento (natureza constitutiva negativa) de *sentença de mérito* (leia-se *decisão de mérito*, de molde a englobar sentenças e acórdãos) transitada em julgado, quando simultaneamente presente qualquer das hipóteses específicas de cabimento elencadas nos incisos de I a IX do supracitado dispositivo.

9. Na hipótese dos autos, observa-se que a causa para postular a rescisão do julgado consistiu em haver a decisão rescindenda deixado de aplicar dispositivos legais que previam a contribuição de 0,2% destinada ao INCRA por considerá-los revogados, ao passo que esta Corte Superior já consolidou orientação de que, à míngua de revogação expressa pelas Leis 7.787/1989 e 8.213/1991, resta hígida a referida contribuição, razão pela qual estaria configurada a violação a literais dispositivos da lei, quais sejam, os arts. 149 e 195 da Constituição Federal, além do art. 6o., § 4o. da Lei 2.613/1955, conforme previsão expressa no art. 485, V do CPC/1973.

10. Ocorre que esse entendimento a respeito da revogação, ou não, da hipótese de incidência da contribuição ao INCRA não era pacífico à época do julgado que se pretendeu desconstituir, o que inviabiliza o cabimento da Ação Rescisória, a teor da orientação firmada na Súmula 343 do STF, segundo a qual *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*.

11. Assim, o caso ora sob exame merece o mesmo deslinde conferido pela Primeira Seção à Ação Rescisória 4.283/PR, que negou a rescisão de julgado análogo por considerar que a matéria atinente à sucessão de leis no tempo ostenta índole legal, e não constitucional, bem como que a controvérsia a respeito da manutenção ou não da contribuição ao INCRA só veio a ser pacificada quando do julgamento dos aludidos EREsp 770.451/SC, impondo-se a observância da diretriz firmada na já referida Súmula 343 do STF:

Tributário. Ação rescisória. Contribuição destinada ao Incra. Adicional de 0,2%. Não extinção pelas Leis 7.787/89, 8.212/91 e 8.213/91. Legitimidade. Aplicabilidade da Súmula 343/STF.

1. A violação a dispositivo de lei que propicia o manejo da ação rescisória, fundado no art. 485, V do CPC, pressupõe que a norma legal tenha sido ofendida na sua literalidade pela decisão rescindenda, ou seja, é aquela teratológica que consubstancia desprezo do sistema de normas pelo julgado rescindendo. Desse modo, impede-se a utilização da ação rescisória para, por via transversa, perpetuar a discussão sobre matéria que foi decidida, de forma definitiva, por esta Corte Superior, fazendo com que prevaleça, por isso, a segurança jurídica representada pelo respeito à coisa julgada. Nesse sentido, é o enunciado 343 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, do seguinte teor: 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.

2. É bem verdade que a decisão que interpreta determinada norma em sentido contrário ao texto constitucional, divergindo da jurisprudência consolidada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, dá ensejo à propositura da Ação Rescisória, afastando o óbice da Súmula 343/STF, em face da necessidade de preservação da supremacia da Constituição Federal, bem como da autoridade das decisões da Suprema Corte.

3. Todavia, na hipótese dos autos, impõe-se a aplicação do veto sumular em referência. Isto porque o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que a questão referente a exigibilidade da contribuição destinada ao Incra após a edição das Leis 7.787/89 e 8.212/91 é de cunho infraconstitucional, uma vez que a alegada ofensa à Constituição, acaso existente, seria indireta ou reflexa. Precedentes do STF: AI 612.433 AgR/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 23.10.2009; AI 639.396 AgR/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 14.08.2009.

4. Diante desses precedentes citados, tem-se que não prospera à alegação da parte autora no sentido de que o referido veto sumular não se opõe à ação rescisória cujo pedido está fundamentado na recepção da Lei 2.613/65 e suas alterações pela atual Constituição Federal, indicando violação dos artigos 149 e 195 da CF/88. Vale salientar que os precedentes da Corte Suprema indicados na inicial discutem tão somente à legitimidade da cobrança destinada ao Incra por empresa urbana, sem nada dispor sobre o tema discutido no acórdão que se intenta rescindir, qual seja, a constitucionalidade da cobrança para o Incra após a edição das Leis 7.787/89 e 8.212/91, por ter sido recepcionada como contribuição de intervenção do domínio econômico.

5. Ressalta-se, ainda, que a decisão que se intenta rescindir foi prolatada quando a questão referente à extinção da contribuição ao Incra ainda era controvertida no âmbito da Primeira Seção, haja vista que somente por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência EREsp 770.451/SC, na sessão de 27 de setembro de 2006, a controvérsia foi definitivamente dirimida por esta Corte Superior, adotando-se o entendimento de que a exação não teria sido extinta pelas Leis 7.787/89 e 8.212/91, subsistindo até os dias atuais.

6. Precedente da Primeira Seção: Ação Rescisória 3.509/PR, da relatoria do Ministro Luiz Fux, DJ 25.09.2006.

7. Pedido rescisório improcedente (AR 4.283/PR, Rel. Min. *Mauro Campbell Marques*, DJe 21.5.2010).

12. No mesmo sentido, citam-se os recentes julgados desta Corte Superior:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Contribuição para o INCRA. Interpretação das Leis n. 7.787/89 e 8.212/91. Matéria infraconstitucional. Acórdão rescindendo baseado na jurisprudência da época, inclusive do Supremo Tribunal Federal. Ação rescisória. Art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil. Não cabimento. Aplicação da Súmula 343/STF. Recurso extraordinário julgado prejudicado. Incidência do Tema 136/STF. Ação que não pode ser utilizada como um instrumento de uniformização de jurisprudência. Caso similar já julgado pelo Pretório Excelso, com a manutenção de acórdão desta Corte Superior. Agravo regimental desprovido.

1. O acórdão objeto do apelo extremo adotou o entendimento pacífico no Supremo Tribunal Federal de que a discussão acerca da exigibilidade da contribuição para o INCRA, após a edição das Leis n. 7.787/89 e 8.212/91, possui natureza infraconstitucional.

2. A decisão agravada não se afastou da orientação firmada pela Suprema Corte, no julgamento do Tema n. 136/STF (RE 590.809/RS), de que a ação rescisória não pode ser utilizada como instrumento de uniformização de jurisprudência, impondo-se a aplicação da Súmula n. 343/STF, quando o acórdão rescindendo se assenta na orientação do próprio Pretório Excelso, independentemente da matéria ter natureza constitucional ou infraconstitucional.

3. O Supremo Tribunal Federal, por expressa disposição constitucional (CRFB, art. 102, *caput*), é o guardião da Constituição da República, de modo que se utiliza da própria interpretação da Carta Magna para reconhecer que uma matéria possui enfoque infraconstitucional, ensejando, no máximo, ofensa reflexa ou indireta.

4. Não há qualquer incompatibilidade entre o *decisum* combatido e a compreensão firmada no AR 2.370 AgR/CE, Rel. Ministro Teori Zavascki, já que se a Suprema Corte reformar sua posição na espécie (reconhecimento a índole constitucional da matéria) ocorrerá uma mudança de interpretação constitucional, com a conseqüente modificação de sua jurisprudência.

5. A parte Agravante propôs ainda afastar-se do parâmetro acima exposto, circunstância que não ensejaria melhor sorte ao recurso extraordinário. Isso porque, antes do julgamento do mencionado Tema n. 136/STF, o Supremo Tribunal Federal já examinou caso similar ao dos autos e manteve acórdão desta Corte Superior - ARE 663.589/RS, 1ª Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe-052 divulg 18/03/2013 public 19/03/2013.

6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no RE nos EDcl no AgRg na AR 4.668/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 24.2.2016).

Processual Civil. Recurso especial. Ação rescisória. Descabimento. Súmula 343/STF. Contribuição ao Inbra de empresas urbanas. Orientação da Primeira Seção. Extinção do processo, sem julgamento do mérito.

1. O julgado rescindendo foi proferido ao tempo em que havia entendimentos diversos sobre o tema (a pacificação no sentido da possibilidade de cobrança da exação somente ocorreu nos EREsp 770.451/SC, Primeira Seção, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 27.9.2006) e não há manifestação do STF em controle concentrado de constitucionalidade sobre o assunto. Incidência da Súmula n. 343/STF: “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”. Precedentes: AR 4.884/SC, Primeira Seção, Rel. Min. Ari Pargendler, Rel. p/ acórdão Min. Eliana Calmon, julgado em 27.11.2013; AR 4.895/PR, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, Rel. p/ acórdão Min. Castro Meira, julgado em 11.09.2013; AgRg na AR 4.439/PR, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 22.09.2010.

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1.505.842/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 9.9.2015).

13. Por fim, diante da relevância da matéria dos autos, impõe-se asseverar que o Supremo Tribunal Federal, no RE 590.809/RS, da relatoria do Ministro *Marco Aurélio Mello*, submetido à sistemática da repercussão geral, reconheceu a incidência da Súmula 343/STF em Ação Rescisória fundada em ofensa a dispositivo constitucional quando à época da prolação do acórdão rescindendo exista controvérsia jurisprudencial sobre o tema.

14. Destaca-se que o fato de o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a existência de repercussão geral do tema 495 (RE 630.898/RS, acerca da exigibilidade da Contribuição de 0,2% sobre a folha de salários destinada ao INCRA) não impede a aplicação do óbice da Súmula 343/STF, ainda que se invoque, na Ação Rescisória, não só literal violação do art. 6º, § 4º da Lei 2.613/1955, mas também do art. 149 da CF/1988, que dispõe sobre a intervenção do Estado na ordem e domínio econômico mediante tributo da espécie contribuição (CIDE).

15. Diante dessas considerações, com as devidas vênias, divirjo do voto do eminente Ministro Relator e julgo improcedente a presente Ação Rescisória.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de ação ajuizada pela Fazenda Nacional com o objetivo de rescindir o acórdão proferido pela 1ª Turma no REsp 465.126/RS, que tem a seguinte ementa:

Recurso especial. Contribuição ao INCRA incidente sobre a folha de salários. Destinação de receita ao SENAR. Art. 3º da Lei 8.315/91. Falta de prequestionamento. Extinção. Lei 7.787/89. Taxa Selic. Não-aplicação na atualização monetária dos honorários advocatícios.

1. O acórdão impugnado não apreciou a questão relativa à destinação da receita de 0,2% ao Serviço Nacional de Aprendizagem Rural - SENAR, faltando o indispensável prequestionamento do art. 3º da Lei 8.315/91 (Súmula 282/STF).

2. Da exegese da legislação referente à contribuição devida ao INCRA infere-se que a referida exação — incidente sobre a folha de salários — não subsistiu à Lei 7.787/89, sendo ali expressamente suprimida.

3. A jurisprudência desta Corte tem-se orientado no sentido da não-aplicação da taxa SELIC na atualização monetária de honorários advocatícios, haja vista a previsão do art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95, que fixa sua incidência tão-somente para a hipótese de correção monetária de débitos tributários.

4. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 465.126/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 15/09/2005, DJ 24/10/2005, p. 174)

Alega a autora, em sua inicial de fls. 01/33, que o acórdão rescidendo, ao entender que o adicional de 0,2% incidente sobre a folha de salários e destinado ao INCRA teria sido extinto pela Lei 7.787/89, violou a literalidade dos arts. 149 e 195 da Constituição, bem como o art. 6º, § 4º, da Lei 2.613/55.

Alega a inaplicabilidade da Súmula 343/STF por se tratar de matéria constitucional.

Contestação às fls. 809/824, onde se defende a aplicabilidade da Súmula 343/STF, uma vez que o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que a matéria em discussão é de cunho infraconstitucional, pelo que a ação deve ser julgada improcedente, já que, ao tempo da prolação do acórdão rescidendo, a matéria era controvertida nos tribunais.

Alegações finais da Fazenda Nacional às fls. 831/847 e da ré às fls. 851/853.

O Ministério Público Federal opinou pela improcedência da ação (fls. 854/862).

É o relatório.

VOTO-VOGAL

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Senhor Presidente, fiz destaque, porque há precedentes em sentido contrário à posição aqui adotada. Inclusive, há precedentes de minha relatoria, na Turma, no sentido de que o Supremo Tribunal Federal, hoje, entende que a Súmula 343 daquela Corte pode ser adotada, inclusive em matéria constitucional.

Os números 5 a 8 do índice do Ministro *Herman Benjamin* versam também sobre essa questão. Por isso, destaquei, e, parece, o Ministro *Gurgel de Faria* também já havia destacado.

Recentemente, a Ação Rescisória 4.668/PR, de relatoria da Ministra *Laurita Vaz*, foi julgada, na Corte Especial do STJ. Trata-se de Ação Rescisória idêntica a essa. A Ministra *Laurita Vaz*, na AR 4.668/PR, refutou o posicionamento do saudoso Ministro *Teori Albino Zavascki*, que é aqui adotado, nessa releitura do assunto, pelo Ministro *Herman Benjamin*. Trata-se de julgado da Corte Especial do STJ, em situação idêntica.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator):

1. Histórico da demanda e da questão jurídica a ser resolvida

Trata-se de Ação Rescisória contra acórdão proferido pela Primeira Turma no REsp 465.126/RS, sob a relatoria da Ministra Denise Arruda, em que se decidiu ser indevida a Contribuição ao Incra.

A questão jurídica efetivamente relevante a ser enfrentada é a de se o conhecimento da Ação Rescisória encontra ou não obstáculo na Súmula 343/STF (“*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*”), uma vez que, hoje, já foi julgado recurso repetitivo em que o STJ concluiu por ser devida a referida contribuição (REsp 977.058/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 10/11/2008),.

Isso porque, quando o acórdão rescindendo foi proferido, em 2005, a questão de se o adicional de 0,2% da contribuição sobre a folha de salários destinado ao Incra havia sido extinto era controvertida nos tribunais, sendo

certo que a pacificação só ocorreu quando do julgamento dos EREsp 770.451/SC, em 27.9.2006, sendo relator para o acórdão o Min. Castro Meira.

2. Entendimento atual do STF sobre sua Súmula 343

2.1. Decisão do RE 590.809/RS, julgado em regime de repercussão geral

Havia se pacificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que o entendimento consubstanciado na Súmula 343/STF seria inaplicável quando a discussão tem cunho constitucional.

A polêmica foi retomada quando o Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do eminente Min. Marco Aurélio julgou, *em regime de repercussão geral*, o RE 590.809/RS, que recebeu a seguinte ementa:

Ação rescisória versus uniformização da jurisprudência. O Direito possui princípios, institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio, não cabendo colar a sinonímia às expressões “ação rescisória” e “uniformização da jurisprudência”. *Ação Rescisória. Verbete n. 343 da Súmula do Supremo.* O Verbetes n. 343 da Súmula do Supremo deve de ser observado em situação jurídica na qual, inexistente controle concentrado de constitucionalidade, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma, mormente quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, óptica coincidente com a revelada na decisão rescindenda.

(RE 590.809, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 22/10/2014, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-230 divulg 21-11-2014 public 24-11-2014)

Numa leitura imediata, a conclusão que se extrai desse julgamento é de que o Supremo Tribunal teria passado a entender que a Súmula 343/STF só não seria aplicável na hipótese de existência de controle concentrado de constitucionalidade.

Essa leitura, como procurarei mostrar a seguir, não se mostra correta, embora adotada por diversos julgados do STJ, inclusive de minha relatoria, à luz do que posteriormente esclareceu o próprio STF.

2.2. Compreensão inicial do STJ sobre a aplicabilidade da Súmula 343/STF após o julgamento do RE 590.809/RS

A partir do referido julgamento do RE 590.809, especialmente porque ele aconteceu sob regime de repercussão geral, surgiram no STJ julgados no sentido

de que o STF teria alterado o seu entendimento tradicional e passado a considerar a Súmula 343/STF aplicável mesmo quando há questão constitucional envolvida.

Exemplifico esse entendimento, *que não tenho hoje como correto*, em consonância com o que o próprio STF posteriormente esclareceu, com um julgado da Segunda Turma, *de minha própria relatoria*:

Processual Civil e Previdenciário. Revisão de benefício de aposentadoria. Ação rescisória. Artigo 485, V, do CPC. Ação rescisória inadmissível, na espécie, por incidência da Súmula 343/STF, cuja aplicabilidade foi recentemente ratificada, pelo STF, no julgamento do RE 590.809/RS, inclusive quando a controvérsia de entendimentos basear-se na aplicação de norma constitucional.

1. Trata-se na origem de Ação Rescisória interposta pelo recorrido contra decisão que lhe havia negado o direito à revisão de benefício previdenciário com a aplicação dos tetos constitucionais existentes nas Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003.

2. O Tribunal *a quo* julgou procedente a referida Ação Rescisória por entender que “não se aplica ao caso vertente a orientação contida na Súmula n. 343 do Supremo Tribunal Federal (‘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.’), uma vez que está pacificado pela Súmula n. 63 deste Tribunal Regional Federal ser inaplicável aquele enunciado nas ações rescisórias versando sobre matéria constitucional” (fl. 285, e-STJ).

3. *Nos termos da jurisprudência do STJ não cabe Ação Rescisória, sob a alegação de ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, consoante enuncia a Súmula 343 do STF, cuja aplicabilidade foi recentemente ratificada, pelo Pretório Excelso, no aludido RE 590.809/RS, inclusive quando a controvérsia de entendimentos basear-se na aplicação de norma constitucional.*

4. Recurso Especial provido.

(REsp 1.579.827/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03/03/2016, DJe 24/05/2016)

Na mesma linha, que não estaria correta diante dos esclarecimentos do STF, cito alguns outros precedentes: AgRg no REsp 1.416.515/SC, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 4/9/2015; EDcl no AgRg no REsp 1.196.075/SE, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 3/11/2015,

Esta leitura, repito, não se mostra acertada.

2.3. Leitura que o próprio pleno do STF deu à conclusão do julgamento do RE 590.809/RS

Julgado o RE 590.809/RS em novembro de 2014, o Pleno do Supremo Tribunal Federal explicitou melhor o que ali se decidiu ao apreciar, em outubro de 2015, a Ação Rescisória 2.370.

Transcrevo a ementa dessa Ação Rescisória, em que o STF, sob a relatoria do saudoso Min. Teori Zavascki, clarifica a conclusão a que chegou no RE 590.809:

Ação rescisória. Art. 485, V, do Código de Processo Civil. Matéria constitucional. Rescisão de acórdão que aplicou jurisprudência do STF posteriormente modificada. Não cabimento da ação rescisória como instrumento de uniformização da jurisprudência do Tribunal. Precedente. Honorários advocatícios em rescisória. Fixação.

*1. Ao julgar, em regime de repercussão geral, o RE 590.809/RS, (Min. **Marco Aurélio**, DJe de 24/11/2014), o Plenário não operou, propriamente, uma substancial modificação da sua jurisprudência sobre a não aplicação da Súmula 343 em ação rescisória fundada em ofensa à Constituição. O que o Tribunal decidiu, na oportunidade, foi outra questão: ante a controvérsia, enunciada como matéria de repercussão geral, a respeito do cabimento ou não da “rescisão de julgado fundamentado em corrente jurisprudencial majoritária existente à época da formalização do acórdão rescindendo, em razão de entendimento posteriormente firmado pelo Supremo”, a Corte respondeu negativamente, na consideração de que a ação rescisória não é instrumento de uniformização da sua jurisprudência.*

2. Mais especificamente, o Tribunal afirmou que a superveniente modificação da sua jurisprudência (que antes reconhecia e depois veio a negar o direito a creditamento de IPI em operações com mercadorias isentas ou com alíquota zero) não autoriza, sob esse fundamento, o ajuizamento de ação rescisória para desfazer acórdão que aplicara a firme jurisprudência até então vigente no próprio STF.

3. Devidos honorários advocatícios à parte vencedora segundo os parâmetros do art. 20, § 4º, do CPC.

4. Agravo regimental da União desprovido. Agravo regimental da demandada parcialmente provido.

(AR 2.370 AgR, Relator: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 22/10/2015, processo eletrônico DJe-225 divulg 11-11-2015 public 12-11-2015)

Transcrevo ainda trecho do voto do relator, que tem a clareza que sempre caracterizou o Min. Teori Zavascki (destaquei):

Bem se percebe, portanto, que o Tribunal, nesse julgamento (RE 590.809/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 24/11/2014), não operou substancial modificação da sua tradicional e cristalizada jurisprudência no sentido de que a Súmula 343 não se aplica em ação rescisória fundada em ofensa à Constituição. O que o Tribunal decidiu foi outra questão: ante a controvérsia, enunciada no acórdão que reconheceu a repercussão geral da matéria, a respeito da possibilidade ou não da “rescisão de julgado fundamentado em corrente jurisprudencial majoritária existente à época da formalização do acórdão rescindendo, em razão de entendimento posteriormente firmado pelo Supremo”, a Corte, por maioria, respondeu negativamente. *Em outras palavras: o que o Tribunal afirmou, naquela oportunidade, foi que a superveniente modificação da jurisprudência do STF não autoriza, sob esse fundamento, o ajuizamento de ação rescisória para desfazer acórdão que aplicara jurisprudência firme até então vigente no próprio STF.*

Nem poderia ser diferente. Ressalvada a situação de que trata aquele precedente (de divergência jurisprudencial no próprio STF, decorrente de superveniente mudança de interpretação da Constituição), não se pode negar à Corte Suprema, mesmo em ação rescisória, a possibilidade de dirimir conflito sobre matéria constitucional objeto de divergência no âmbito de outros tribunais. Negar essa possibilidade significaria inibir o Supremo Tribunal Federal de exercer a sua mais proeminente função institucional, que é a de guarda da Constituição.

Assim, em suma, no RE 590.809/RS, o STF estabeleceu que *a sua Súmula 343 deve ser observada quando há oscilação da sua própria jurisprudência*. Em outras palavras, se um acórdão transita em julgado adotando orientação que tinha o Supremo Tribunal Federal, na hipótese de posterior mudança no entendimento da Corte Maior, não será cabível Ação Rescisória. Caso contrário, *se há questão constitucional envolvida, inaplicável a Súmula 343/STF*.

2.4. Superação de eventual incompatibilidade da linha de compreensão aqui adotada com precedente da Corte Especial

A Seção de Direito Público do STJ deliberou por submeter o julgamento deste feito à Corte Especial em razão do precedente fixado no AgRg no RE nos EDcl no AgRg na AR 4.668/PR. Nos debates realizados na sessão da Primeira Seção do STJ, ponderou-se que a Corte Especial do STJ teria pacificado o entendimento pela incidência do aludido óbice sumular no julgamento da Ação Rescisória 4.668/PR, com idêntica matéria (rescisão de acórdão proferido em demanda que discute o tema da exigibilidade ou não da contribuição ao Inbra).

Registro, inicialmente, que o julgamento da Corte Especial versa sobre a admissibilidade do Recurso Extraordinário interposto contra acórdão da

Primeira Seção do STJ proferido nos EDcl no AgRg na Ação Rescisória 4.668/PR, de relatoria do e. Ministro Benedito Gonçalves.

Naquela ocasião, a Corte Especial ratificou o posicionamento pela inadmissibilidade do Recurso Extraordinário com base nas seguintes premissas:

a) a “decisão agravada não se afastou da orientação firmada pela Suprema Corte, no julgamento do Tema n. 136/STF (RE 590.809/RS), de que a ação rescisória não pode ser utilizada como instrumento de uniformização de jurisprudência, impondo-se a aplicação da Súmula n. 343/STF, *quando o acórdão rescindendo se assenta na orientação do próprio Pretório Excelso, independentemente da matéria ter natureza constitucional ou infraconstitucional*”;

b) “não há qualquer incompatibilidade entre o *decisum* combatido e a compreensão firmada no AR 2.370 AgR/CE, Rel. Ministro Teori Zavascki, já que se a Suprema Corte reformar sua posição na espécie (reconhecimento a índole constitucional da matéria) ocorrerá uma mudança de interpretação constitucional, com a conseqüente modificação de sua jurisprudência”.

Examinando o tema com mais profundidade, entendo, com a devida vênia, que a Súmula 343/STF somente pode ser aplicada (inclusive para o efeito de negar admissibilidade ao Recurso Extraordinário com base no julgamento do RE 590.09/RS) nos casos em que o acórdão rescindendo estiver fundamentado em orientação do STF a respeito da questão de fundo, a qual teria sido objeto de revisão na Corte Suprema.

Não é este o caso dos autos, uma vez que, reitero, não apenas inexistente mudança de orientação jurisprudencial do STF a respeito da natureza jurídica da contribuição ao Incra, como o tema aguarda julgamento em Recurso Extraordinário com repercussão geral.

O fundamento utilizado no acórdão rescindendo consistiu apenas na análise a respeito da extinção da contribuição ao Incra pela exegese da sucessão de leis no tempo – assunto sobre o qual inexistente posicionamento do STF.

Não obstante, a existência de questão subjacente, de natureza constitucional, justifica o afastamento da Súmula 343/STF, para viabilizar a procedência ou não do pedido rescisório submetido a julgamento.

3. *Há questão constitucional envolvida no acórdão rescindendo. Impugnação ao voto retificador do e. Ministro Og Fernandes*

No caso dos autos, reitero, não se configura a situação de o Supremo Tribunal Federal ter alterado a interpretação da Constituição. Assim, se o tópico debatido envolver tema constitucional, a Súmula 343/STF não constituiria óbice para o conhecimento da Ação Rescisória.

Não seria a matéria tratada no acórdão rescindendo totalmente infraconstitucional? Afinal de contas, aparentemente ele teria se limitado a dizer que a Contribuição ao Incra, prevista na legislação infraconstitucional, teria sido extinta pela Lei 7.787/1989.

A primeira observação que faço é que, ao julgar o Recurso Especial, o Superior Tribunal de Justiça zela pela uniformidade da aplicação da lei federal; normalmente não há decisão das questões pelo enfoque constitucional. Todavia, isso não significa que, eventualmente, não haja questão constitucional subjacente.

Exemplifico com a questão da Cofins das sociedades profissionais. O STJ havia examinado o assunto sobre o simples prisma de revogação ou não de uma lei por outra, considerando que a isenção prevista na Lei Complementar 70/91 não havia sido revogada pela Lei 9.430/1996. Aparentemente, uma mera questão de direito infraconstitucional: a lei X não revogou a lei Y.

Contudo, havia questão constitucional subjacente, que é a existência ou não de hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária, pois o STJ chegara à conclusão de que a Lei 9.430/1996 não revogou a isenção da Cofins das sociedades profissionais, porque lei complementar não poderia revogar lei ordinária. E o STF reviu essa conclusão ao decidir que lei ordinária pode alterar lei formalmente complementar no que esta disponha sobre matéria que a Constituição não reserva a esse tipo de instrumento normativo.

No caso da extinção ou não da Contribuição para o Incra, temos situação semelhante. *Aparentemente*, não haveria questão constitucional envolvida. O STJ teria simplesmente concluído que a contribuição originalmente instituída pela Lei 2.613/1955 teria sido extinta pela Lei 7.787/1989. Numa visão primeira, a respeito exclusivamente de direito infraconstitucional. No entanto, da mesma forma que sobre a revogação ou não da isenção da Confis das sociedades profissionais, há questão constitucional subjacente.

O acórdão rescindendo, reportando-se expressamente à Constituição Federal de 1988, considerou que a contribuição para o Incra teria natureza de contribuição para o custeio da Previdência Social e, assim, teria sido “incorporada” pela Contribuição Previdenciária prevista no art. 3º da Lei 7.787/1989, à luz do respectivo § 3º.

Nessa linha, transcrevo parte do voto condutor do acórdão rescindendo, redigido pela saudosa Ministra Denise Arruda, destacando que ele examina a Lei 7.787/1989 e conclui que ela alterou o financiamento da Previdência Social, das contribuições previdenciárias:

Na vigência da atual Constituição Federal, a contribuição social tem natureza tributária. A Lei 7.787/89, ao dispor sobre alterações na legislação de custeio da Previdência Social, estabeleceu os seguintes percentuais:

Art. 3º A contribuição das empresas em geral e das entidades ou órgãos a ela equiparados, destinada à Previdência Social, incidente sobre a folha de salários, será:

I - de 20% sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados empregados, avulsos, autônomos e administradores;

II - de 2% sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e avulsos, para o financiamento da complementação das prestações por acidente do trabalho.

§ 1º A alíquota de que trata o inciso I abrange as contribuições para o salário-família, para o salário-maternidade, para o abono anual e para o PRORURAL, que ficam suprimidas a partir de 1º de setembro, assim como a contribuição básica para a Previdência Social.

§ 2º No caso de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência privada abertas e fechadas, além das contribuições referidas nos incisos I e II, é devida a contribuição adicional de 2,5% sobre a base de cálculo referida no inciso I.

Como se pode verificar, o § 1º determina que o percentual de 20% sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados empregados, avulsos, autônomos e administradores — inciso I — abrange as contribuições para o salário-família, para o salário-maternidade, para o abono anual e para o PRORURAL, as quais foram suprimidas a partir de 1º de setembro de 1989.

Conclui-se, portanto, que a contribuição extinta foi a incidente sobre a folha de salários, regida pelo art. 15, II, da LC 11/71.

Está aí a questão constitucional subjacente: o enquadramento ou não da Contribuição para o Incra como contribuição previdenciária. Por que o STJ posteriormente reveriu o entendimento que tinha? Porque passou a considerar que a Contribuição para o Incra não era contribuição previdenciária e, sim, contribuição de intervenção no domínio econômico, com fundamento no art. 149 da Constituição. E como contribuição com fundamento constitucional diverso das contribuições de natureza previdenciárias, não poderia ter sido extinta por lei que disciplinou apenas essas últimas.

Veja-se a ementa do acórdão que pacificou a questão no STJ, ou seja, o EREsp 770.451/SC, em 27/9/2006, cujo relator para o acórdão foi o Min. Castro Meira, que deixa claro que o enquadramento da Contribuição para o Incra como contribuição previdenciária ou contribuição de intervenção no domínio econômico é essencial para saber se ela foi extinta ou não pela Lei 7.789/1989 (ou pela Lei 8.212/1991):

Tributário. INCRA. Contribuição. Natureza. Compensação. Impossibilidade. Art. 66, § 1º da Lei n. 8.383/91. Inaplicabilidade.

1. *O INCRA foi criado pelo DL 1.110/70 com a missão de promover e executar a reforma agrária, a colonização e o desenvolvimento rural no País, tendo-lhe sido destinada, para a consecução de seus objetivos, a receita advinda da contribuição incidente sobre a folha de salários no percentual de 0,2% fixada no art. 15, II, da LC n. 11/71.*

2. *Essa autarquia nunca teve a seu cargo a atribuição de serviço previdenciário, razão porque a contribuição a ele destinada não foi extinta pelas Leis 7.789/89 e 8.212/91 - ambas de natureza previdenciária -, permanecendo íntegra até os dias atuais como contribuição de intervenção no domínio econômico.*

3. *Como a contribuição não se destina a financiar a Seguridade Social, os valores recolhidos indevidamente a esse título não podem ser compensados com outras contribuições arrecadadas pelo INSS que se destinam ao custeio da Seguridade Social.*

4. *Nos termos do art. 66, § 1º, da Lei n. 8.383/91, somente se admite a compensação com prestações vincendas da mesma espécie, ou seja, destinadas ao mesmo orçamento.*

5. *Embargos de divergência improvidos.*

(EREsp 770.451/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Rel. p/ Acórdão Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 27/09/2006, DJ 11/06/2007, p. 258)

No mesmo sentido, o acórdão da relatoria do Min. Luiz Fux, que decidiu a questão sob a égide da sistemática dos recursos repetitivos, clarifica que a

Contribuição para o Incra não foi extinta pela Lei 7.787/1989 (como concluiu o acórdão rescindendo) porque ela se enquadra na Constituição como contribuição de intervenção no domínio econômico, e não como contribuição previdenciária:

Processual Civil. Recurso especial. Tributário. Contribuição destinada ao Incra. Adicional de 0,2%. Não extinção pelas Leis 7.787/89, 8.212/91 e 8.213/91. Legitimidade.

1. A exegese Pós-Positivista, imposta pelo atual estágio da ciência jurídica, impõe na análise da legislação infraconstitucional o crivo da principiologia da Carta Maior, que lhe revela a denominada “vontade constitucional”, cunhada por Konrad Hesse na justificativa da força normativa da Constituição.

2. Sob esse ângulo, assume relevo a colocação topográfica da matéria constitucional no afã de aferir a que vetor principiológico pertence, para que, observando o princípio maior, a partir dele, transitar pelos princípios específicos, até o alcance da norma infraconstitucional.

3. A Política Agrária encarta-se na Ordem Econômica (art. 184 da CF/1988) por isso que a exação que lhe custeia tem inequívoca natureza de Contribuição de Intervenção Estatal no Domínio Econômico, coexistente com a Ordem Social, onde se insere a Seguridade Social custeada pela contribuição que lhe ostenta o mesmo *nomen juris*.

4. A hermenêutica, que fornece os critérios ora eleitos, revela que a contribuição para o Incra e a Contribuição para a Seguridade Social são amazonicamente distintas, e *a fortiori*, infungíveis para fins de compensação tributária.

5. A natureza tributária das contribuições sobre as quais gravita o *thema iudicandum*, impõe ao aplicador da lei a obediência aos cânones constitucionais e complementares atinentes ao sistema tributário.

6. O princípio da legalidade, aplicável *in casu*, indica que não há tributo sem lei que o institua, bem como não há exclusão tributária sem obediência à legalidade (art. 150, I da CF/1988 c.c. art. 97 do CTN).

7. A evolução histórica legislativa das contribuições rurais denota que o Funrural (Prorural) fez as vezes da seguridade do homem do campo até o advento da Carta neo-liberal de 1988, por isso que, inaugurada a solidariedade genérica entre os mais diversos segmentos da atividade econômica e social, aquela exação restou extinta pela Lei 7.787/89.

8. *Diversamente, sob o pálio da interpretação histórica, restou hígida a contribuição para o Incra cujo desígnio em nada se equipara à contribuição securitária social.*

9. Consequentemente, resta inequívoca dessa evolução, constante do teor do voto, que: (a) a Lei 7.787/89 só suprimiu a parcela de custeio do Prorural; (b)

a Previdência Rural só foi extinta pela Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, com a unificação dos regimes de previdência; (c) entretanto, a parcela de 0,2% (zero vírgula dois por cento) – destinada ao Incra – não foi extinta pela Lei 7.787/89 e tampouco pela Lei 8.213/91, como vinha sendo proclamado pela jurisprudência desta Corte.

10. Sob essa ótica, à míngua de revogação expressa e inconciliável a adoção da revogação tácita por incompatibilidade, porquanto distintas as razões que ditaram as exações sub judice, ressoa inequívoca a conclusão de que resta hígida a contribuição para o Incra.

11. Interpretação que se coaduna não só com a literalidade e a história da exação, como também converge para a aplicação axiológica do Direito no caso concreto, viabilizando as promessas constitucionais pétreas e que distinguem o ideário da nossa nação, qual o de constituir uma sociedade justa e solidária, com erradicação das desigualdades regionais.

12. Recursos especiais do Incra e do INSS providos.

(REsp 977.058/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 22/10/2008, DJe 10/11/2008)

Assim, com a devida vênia, não concordo com a premissa que embasou o voto retificador do e. Ministro Og Fernandes, que contundentemente assinala que “não há questão constitucional - qualquer que seja ela - discutida no acórdão rescindendo”. Conforme excerto transcrito do voto condutor, invocou-se expressamente que a Constituição Federal define a natureza da exação em tela como previdenciária, motivo pelo qual concluiu que a legislação superveniente, de idêntica natureza, a teria revogado. Como, então, afirmar que não há questão subjacente?

A existência de matéria constitucional nesse debate é confirmada pelo fato de o Supremo Tribunal Federal ter, no RE 630.898, atribuído repercussão geral ao questionamento de “*saber se a mencionada contribuição foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e qual a sua natureza jurídica, em face do advento da Emenda Constitucional n. 33/01*”.

Concluo que a Súmula 343/STF não é obstáculo para o conhecimento da Ação Rescisória, pois existe *questão constitucional subjacente envolvida, expressamente mencionada no acórdão rescindendo, e não existiu oscilação da jurisprudência do STF sobre o tema específico*, já que aquela Corte ainda vai julgar se a contribuição foi recepcionada ou não pela Constituição e qual a sua natureza jurídica.

4. Juízo rescindendo

Afastada a incidência da Súmula 343/STF, a discussão mostra-se singela, pois, como já disse desde o começo do voto, em julgamento realizado sob a égide da sistemática dos recursos representativos de controvérsia, a Primeira Seção decidiu que “resta hígida a contribuição para o Incra” (REsp 977.058/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 10/11/2008). Assim, deve-se desconstituir o acórdão proferido no REsp 465.126/RS.

5. Juízo rescisório

Rescindido o acórdão anterior, passo ao juízo rescisório, pelo qual deve ser feito novo julgamento do Recurso Especial interposto pelo INSS no processo original. Quanto a este, a solução não exige complexidade, pois trata-se de temática já definida em recurso repetitivo, pelo que é de ser dado provimento ao Recurso Especial interposto pelo INSS para reconhecer a exigibilidade da Contribuição para o Incra, invertidos os ônus da sucumbência.

No tocante ao pedido final formulado pela Fazenda Nacional — de ser determinado o ressarcimento ao erário de todos os valores que eventualmente tenham sido levantados por força do acórdão rescindendo, inclusive honorários fixados no processo original (fl. 33) —, tenho que a pretensão extrapola o âmbito da Ação Rescisória, devendo pleito nesse sentido ser formulado nas vias ordinárias, perante o Juízo de 1º Grau.

6. Conclusão

Ante o exposto, *julgo procedente o pedido deduzido na Ação Rescisória* para desconstituir o acórdão proferido no REsp 465.126/RS e, *em novo julgamento do Recurso Especial, a ele dou provimento* para reconhecer como devida a Contribuição para o Incra, invertidos os ônus da sucumbência relativos ao processo originário.

Condeno a ré no pagamento de honorários advocatícios que arbitro, por equidade, tendo em vista o valor irrisório atribuído à causa, em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

É como *voto*.

VOTO-VOGAL

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Ação Rescisória proposta, em 05/10/2010, pela *Fazenda Nacional*, visando a desconstituição de acórdão proferido pela Primeira Turma, assim ementado:

Recurso especial. Contribuição ao INCRA incidente sobre a folha de salários. Destinação de receita ao SENAR. Art. 3º da Lei 8.315/91. Falta de prequestionamento. Extinção. Lei 7.787/89. Taxa Selic. Não-aplicação na atualização monetária dos honorários advocatícios.

1. O acórdão impugnado não apreciou a questão relativa à destinação da receita de 0,2% ao Serviço Nacional de Aprendizagem Rural - SENAR, faltando o indispensável prequestionamento do art. 3º da Lei 8.315/91 (Súmula 282/STF).

2. Da exegese da legislação referente à contribuição devida ao INCRA infere-se que a referida exação — incidente sobre a folha de salários — não subsistiu à Lei 7.787/89, sendo ali expressamente suprimida.

3. A jurisprudência desta Corte tem-se orientado no sentido da não-aplicação da taxa SELIC na atualização monetária de honorários advocatícios, haja vista a previsão do art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95, que fixa sua incidência tão-somente para a hipótese de correção monetária de indébitos tributários.

4. Recurso especial parcialmente provido (STJ, REsp 465.126/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe de 24/10/2005).

A Fazenda Nacional – que fundamenta seu pedido no art. 485, V, do CPC/73 – sustenta, em essência, que o acórdão rescindendo violou a “literal disposição dos arts. 149 e 195 da Constituição Federal e também ao art. 6º, § 4º da Lei 2.613/55” (fl. 8), ao julgar que a Contribuição Adicional ao INCRA, incidente no percentual de 0,2% sobre a folha de salários, teria sido extinta pela Lei 7.787/89.

Argumenta que o óbice da Súmula 343/STF não teria aplicação na hipótese, pois se trata de interpretação controvertida a respeito do texto constitucional. Aduz que o adicional em tela teria natureza de contribuição de intervenção no domínio econômico, razão pela qual não poderia ser extinta por lei que regula contribuição destinada ao financiamento da Seguridade Social.

De início, resalto que o Plenário do STF, no julgamento do RE 590.809/RS (Rel. Ministro *Marco Aurélio Mello*), sob o regime de repercussão geral, pacificou o entendimento no sentido de que deve ser refutada “a assertiva de que o Enunciado 343 da Súmula do STF (‘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’) deveria ser afastado, aprioristicamente, em caso de matéria constitucional”.

A ementa desse julgado restou assim redigida:

Ação rescisória versus uniformização da jurisprudência. O Direito possui princípios, institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio, não cabendo colar a sinonímia às expressões “ação rescisória” e “uniformização da jurisprudência”. Ação Rescisória. Verbete 343 da Súmula do Supremo. *O Verbetes 343 da Súmula do Supremo deve de ser observado em situação jurídica na qual, inexistente controle concentrado de constitucionalidade, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma, mormente quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, óptica coincidente com a revelada na decisão rescindenda (STF, RE 590.809 RG/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe de 21/11/2014).*

Do condutor do julgado, colhe-se o seguinte excerto, que bem demonstra os fundamentos que prevaleceram, na hipótese:

Não comungo da opinião, linear, consoante a qual, cuidando-se de matéria constitucional, deva ser afastada, aprioristicamente, a pertinência do Verbetes 343. Votei nesse sentido nas Ações Rescisórias 1.409/SC e 1.578/PR, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, versada a majoração de alíquotas da contribuição ao Finsocial. Na ocasião, ressaltando que os pronunciamentos das Turmas eram no mesmo sentido das decisões rescindendas, tendo o Pleno definido a controvérsia, com envergadura maior, em momento apenas posterior à formação da coisa julgada, não acolhi os pleitos formulados com base em violência à literalidade de lei. Não me impressionou o fato de estar envolvida interpretação constitucional. Mantenho-me fiel à posição então assumida.

A rescisória deve ser reservada a situações excepcionalíssimas, ante a natureza de cláusula pétrea conferida pelo constituinte ao instituto da coisa julgada. Disso decorre a necessária interpretação e aplicação estrita dos casos previstos no artigo 485 do Código de Processo Civil, incluído o constante do inciso V, abordado neste processo. Diante da razão de ser do verbete, não se trata de defender o afastamento da medida instrumental a rescisória presente qualquer grau de divergência jurisprudencial, *mas de prestigiar a coisa julgada se, quando formada, o teor da solução do litígio dividia a interpretação dos Tribunais pátrios ou, com maior razão, se contava com óptica do próprio Supremo favorável à tese adotada. Assim deve ser, indiferentemente, quanto a ato legal ou constitucional, porque, em ambos, existe distinção ontológica entre texto normativo e norma jurídica. Esta é a lição do professor Luiz Guilherme Marinoni:*

Imaginar que a ação rescisória pode servir para unificar o entendimento sobre a Constituição é desconsiderar a coisa julgada. Se é certo que o Supremo Tribunal Federal deve zelar pela uniformidade na interpretação da Constituição, isso obviamente não quer dizer que ele possa impor a desconsideração dos julgados que já produziram coisa julgada material. Aliás, se a interpretação do Supremo Tribunal Federal pudesse implicar na desconsideração da coisa julgada como pensam aqueles que não admitem a aplicação da Súmula 343 nesse caso -, o mesmo deveria acontecer quando a interpretação da lei federal se consolidasse no Superior Tribunal de Justiça (MARINONI, Luiz Guilherme. Processo de Conhecimento. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 657).

A observância do verbete se mostra ainda mais imperiosa, na situação concreta, se considerada a natureza do pronunciamento do Supremo tomado como novo paradigma.

Na origem, o acórdão foi rescindido para conformá-lo à decisão deste Tribunal no sentido de o alcance do princípio da não cumulatividade não autorizar o lançamento de créditos do Imposto sobre Produtos Industrializados IPI em decorrência da aquisição de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero. Vê-se não se tratar de referência a ato por meio do qual o Supremo assentou, com eficácia maior, a inconstitucionalidade de norma. *Estivesse envolvida declaração da espécie, poderia até cogitar, com muitas reservas, do afastamento do verbete em favor do manejo da rescisória apenas para evitar a vinda à balha indiscriminada de decisão judicial, transitada em julgado, fundada em norma proclamada inconstitucional, nula de pleno direito. Mas não é este o caso ora examinado. Pretende-se, na realidade, utilizar a ação rescisória como mecanismo de uniformização da interpretação da Carta, particularmente, do princípio constitucional da não cumulatividade no tocante ao Imposto sobre Produtos Industrializados IPI, olvidando-se a garantia constitucional da coisa julgada material.*

Como afirmado pela mestre Ada Pellegrini Grinover, eventual afastamento do Verbetes 343, *por envolvimento de matéria constitucional, não pode ter razão genérica, e sim específica para as situações em que, no ato rescindendo, determinada lei foi proclamada constitucional, vindo, posteriormente, o Supremo a concluir pela inconstitucionalidade*, com efeitos abrangentes, a repercutirem fora das balizas subjetivas do processo. Para a processualista, em caso contrário, como na espécie, posterior declaração incidental de constitucionalidade nada nulifica, não se caracterizando a categoria da inexistência, pelo que devem ficar a salvo da rescisória decisões, tomadas em dissídio jurisprudencial, em sentido oposto à nova posição do Supremo (GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional. Revista de Processo n. 87, São Paulo: RT, 1997, p. 37/47).

Não posso admitir, sob pena de desprezo à garantia constitucional da coisa julgada, a recusa apriorística do mencionado verbete, como se a rescisória pudesse conformar os pronunciamentos dos tribunais brasileiros com a jurisprudência de último momento do Supremo, mesmo considerada a interpretação da norma constitucional. Neste processo, ainda mais não sendo o novo paradigma ato declaratório de inconstitucionalidade, assento a possibilidade de observar o Verbetes 343 da Súmula se satisfeitos os pressupostos próprios.

De fato, a leitura dos fundamentos do acórdão em tela revela que o STF pacificou entendimento no sentido de que não cabe ação rescisória, sob a alegação de ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, consoante enuncia a Súmula 343/STF, inclusive quando a controvérsia basear-se na aplicação de *norma constitucional, exceto quando transitada em julgado sentença fundada em norma proclamada inconstitucional*.

No caso, o acórdão rescindendo, *proferido em 2005*, na linha do entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça à época, decidiu que a contribuição ao INCRA – incidente no percentual de 0,2% sobre a folha de salário – teria sido revogada pela Lei 7.787/89.

Todavia, *em 2007*, a Primeira Seção desta Corte Superior pacificou seu entendimento em sentido contrário, qual seja, da exigibilidade da exação, porquanto a Contribuição em tela não teria sido “extinta pelas Leis 7.789/89 e 8.212/91 - ambas de natureza previdenciária -, permanecendo íntegra até os dias atuais como contribuição de intervenção no domínio econômico”.

Eis a ementa do acórdão:

Tributário. INCRA. Contribuição. Natureza. Compensação. Impossibilidade. Art. 66, § 1º da Lei n. 8.383/91. Inaplicabilidade.

1. O INCRA foi criado pelo DL 1.110/70 com a missão de promover e executar a reforma agrária, a colonização e o desenvolvimento rural no País, tendo-lhe sido destinada, para a consecução de seus objetivos, a receita advinda da contribuição incidente sobre a folha de salários no percentual de 0,2% fixada no art. 15, II, da LC n. 11/71.

2. *Essa autarquia nunca teve a seu cargo a atribuição de serviço previdenciário, razão porque a contribuição a ele destinada não foi extinta pelas Leis 7.789/89 e 8.212/91 - ambas de natureza previdenciária -, permanecendo íntegra até os dias atuais como contribuição de intervenção no domínio econômico.*

3. Como a contribuição não se destina a financiar a Seguridade Social, os valores recolhidos indevidamente a esse título não podem ser compensados

com outras contribuições arrecadadas pelo INSS que se destinam ao custeio da Seguridade Social.

4. Nos termos do art. 66, § 1º, da Lei n. 8.383/91, somente se admite a compensação com prestações vincendas da mesma espécie, ou seja, destinadas ao mesmo orçamento.

5. Embargos de divergência improvidos (STJ, EREsp 770.451/SC, Rel. p/ acórdão Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe de 11/06/2007).

Esse novo entendimento foi reafirmado, pelo STJ, em 2008, por acórdão proferido sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos.

Eis a ementa do acórdão:

Processual Civil. Recurso especial. Tributário. Contribuição destinada ao Incra. Adicional de 0,2%. Não extinção pelas Leis 7.787/89, 8.212/91 e 8.213/91. Legitimidade.

1. A exegese Pós-Positivista, imposta pelo atual estágio da ciência jurídica, impõe na análise da legislação infraconstitucional o crivo da principiologia da Carta Maior, que lhe revela a denominada “vontade constitucional”, cunhada por Konrad Hesse na justificativa da força normativa da Constituição.

2. Sob esse ângulo, assume relevo a colocação topográfica da matéria constitucional no afã de aferir a que vetor principiológico pertence, para que, observando o princípio maior, a partir dele, transitar pelos princípios específicos, até o alcance da norma infraconstitucional.

3. A Política Agrária encarta-se na Ordem Econômica (art. 184 da CF/1988) por isso que a exação que lhe custeia tem inequívoca natureza de Contribuição de Intervenção Estatal no Domínio Econômico, coexistente com a Ordem Social, onde se insere a Seguridade Social custeada pela contribuição que lhe ostenta o mesmo *nomen juris*.

4. A hermenêutica, que fornece os critérios ora eleitos, revela que a contribuição para o Incra e a Contribuição para a Seguridade Social são *amazonicamente distintas*, e a fortiori, *infungíveis para fins de compensação tributária*.

5. A natureza tributária das contribuições sobre as quais gravita o *thema iudicandum*, impõe ao aplicador da lei a obediência aos cânones constitucionais e complementares atinentes ao sistema tributário.

6. O princípio da legalidade, aplicável *in casu*, indica que não há tributo sem lei que o institua, bem como não há exclusão tributária sem obediência à legalidade (art. 150, I da CF/1988 c.c. art. 97 do CTN).

7. A evolução histórica legislativa das contribuições rurais denota que o Funrural (Prorural) fez as vezes da seguridade do homem do campo até o advento da Carta neo-liberal de 1988, por isso que, inaugurada a solidariedade genérica

entre os mais diversos segmentos da atividade econômica e social, aquela exação restou extinta pela Lei 7.787/89.

8. Diversamente, sob o pálio da interpretação histórica, restou hígida a contribuição para o Incra cujo desígnio em nada se equipara à contribuição securitária social.

9. Consequentemente, resta inequívoca dessa evolução, constante do teor do voto, que: (a) a Lei 7.787/89 só suprimiu a parcela de custeio do Prorural; (b) a Previdência Rural só foi extinta pela Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, com a unificação dos regimes de previdência; (c) entretanto, a parcela de 0,2% (zero vírgula dois por cento) – destinada ao Incra – não foi extinta pela Lei 7.787/89 e tampouco pela Lei 8.213/91, como vinha sendo proclamado pela jurisprudência desta Corte.

10. Sob essa ótica, à míngua de revogação expressa e inconciliável a adoção da revogação tácita por incompatibilidade, porquanto distintas as razões que ditaram as exações *sub judice*, ressoa inequívoca a conclusão de que resta hígida a contribuição para o Incra.

11. Interpretação que se coaduna não só com a literalidade e a história da exação, como também converge para a aplicação axiológica do Direito no caso concreto, viabilizando as promessas constitucionais pétreas e que distinguem o ideário da nossa nação, qual o de constituir uma sociedade justa e solidária, com erradicação das desigualdades regionais.

12. Recursos especiais do Incra e do INSS providos (STF, REsp 977.058/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe de 10/11/2008).

Daí a propositura da presente Ação Rescisória, em 05/04/2010.

O Relator, Ministro *Herman Benjamin*, encaminha seu voto no sentido de julgar procedente o pedido, a fim de desconstituir o acórdão rescindendo e, em novo julgamento do Recurso Especial, dar-lhe provimento, a fim de reconhecer como devida a contribuição ao INCRA. Aduz que há matéria constitucional subjacente, que afasta o óbice da Súmula 343/STF, autorizando o ajuizamento da Ação Rescisória. Por fim, determina a inversão do ônus da sucumbência relativo ao processo originário.

Todavia, pedindo vênha, divirjo desse entendimento, a fim de julgar incabível o pedido de rescisão, em virtude do óbice da Súmula 343/STF.

Em se tratando de ação fundada no art. 485, V, do CPC/73, exige-se que a norma legal apontada na inicial tenha sido *violada em sua literalidade*, porquanto não cabe rescisão de julgado que tenha adotado uma interpretação, dentre aquelas cabíveis para a hipótese.

Na forma da jurisprudência, “diante do gravíssimo vício que se atribui ao acórdão, hábil a desconstituí-lo, *a violação de literal disposição de lei deve ser direta, frontal*. Não pode decorrer de uma das interpretações possíveis, de integração analógica ou a mera ofensa reflexa ou indireta” (STJ, AR 4.772/MG, Rel. Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, *Primeira Seção*, DJe de 1º/07/2013).

Essa compreensão advém, em especial, do enunciado sumular 343/STF, que veda a desconstituição de julgados pelo simples argumento de mutação jurisprudencial. Entendimento vem sendo reafirmado iterativamente pela Suprema Corte, consoante atesta o seguinte acórdão:

Agravo regimental em ação rescisória. Excepcionalidade da rescisão. Coisa julgada. Cláusula pétrea. *Divergência jurisprudencial*. Não cabimento de ação rescisória. *Súmula 343*. Incidência. Agravo a que se nega provimento.

I - Divergência jurisprudencial não enseja ação rescisória.

II - *Coisa julgada consiste em cláusula pétrea constitucional, do que decorre a excepcionalidade da rescisão*.

III - Agravo regimental não provido (STF, AR 2.341-AgR/RS, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJ de 29/05/2018).

No caso em exame, a Primeira Seção do STJ, em reiterados julgados, ao julgar casos análogos, quais sejam, relativos à extinção da contribuição ao INCRA pela Lei 7.787/89, vem reafirmando a aplicação da referida Súmula, de modo a não admitir a propositura de Ação Rescisória. Deve-se ressaltar a *ausência de declaração de inconstitucionalidade de ato normativo*.

Nesse sentido:

Agravo interno na ação rescisória. Contribuição destinada ao INCRA. Exigibilidade após a edição das Leis 7.787/89 e 8.212/91. Controvérsia de ordem legal, pacificada posteriormente à publicação da decisão rescindenda. Ausência de cabimento da rescisória. Incidência da Súmula 343 do STF. Agravo interno da Fazenda Nacional desprovido.

1. Consoante preconiza o art. 485, *caput* do CPC, a Rescisória, meio de impugnação autônomo, visa ao desfazimento (natureza constitutiva negativa) de sentença de mérito (leia-se decisão de mérito, de molde a englobar sentenças e acórdãos), transitada em julgado, quando simultaneamente presente alguma das hipóteses específicas de cabimento elencadas nos incisos I a IX de supracitado dispositivo.

2. Na hipótese dos autos, observa-se que a causa para se postular a rescisão do julgado consistiu em haver a decisão rescindenda deixado de aplicar dispositivos

legais que previam a contribuição ao INCRA, por considerá-los revogados, ao passo que o acórdão recorrido considerou serem eles válidos e eficazes, razão pela qual estaria configurada a violação a literal dispositivo da lei, conforme prevista no art. 485, V do CPC.

3. *Ocorre que esse entendimento a respeito da revogação, ou não, da hipótese de incidência da contribuição ao INCRA não era pacífico à época do julgado que se pretendeu desconstituir, o que inviabiliza o cabimento da Ação Rescisória, a teor da orientação firmada na Súmula 343 do STF, segundo a qual 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.* Precedentes: AgRg no RE nos EDcl no AgRg na AR 4.668/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 24.2.2016; AgRg no REsp 1.505.842/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 9.9.2015.

4. Agravo Interno da Fazenda Nacional desprovido (STJ, AgInt na AR 4.902/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe de 17/03/2017).

Processual Civil. *Ação rescisória. Descabimento. Súmula 343/STF. Contribuição ao Incra de empresas urbanas. Orientação da Primeira Seção.* Extinção do processo, sem julgamento do mérito.

1. *O julgado rescindendo foi proferido ao tempo em que havia entendimentos diversos sobre o tema (a pacificação no sentido da possibilidade de cobrança da exação somente ocorreu nos REsp 770.451/SC, Primeira Seção, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 27.9.2006) e não há manifestação do STF em controle concentrado de constitucionalidade sobre o assunto. Incidência da Súmula 343/STF: “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”.* Precedentes: AR 4.884/SC, Primeira Seção, Rel. Min. Ari Pargendler, Rel. p/acórdão Min. Eliana Calmon, julgado em 27.11.2013; AR 4.895/PR, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, Rel. p/acórdão Min. Castro Meira, julgado em 11.09.2013; AgRg na AR 4.439/PR, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 22.09.2010.

2. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg na AR 4.908/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 18/06/2015).

Do supracitado julgamento, reproduzo o seguinte trecho do voto condutor, proferido pelo Ministro *Mauro Campbell Marques*, que rejeitou razões recursais idênticas às trazidas pela Fazenda Nacional, na presente Ação Rescisória:

Destaco que o entendimento extraível do julgamento do STF foi o de que a incidência da Súmula 343/STF ocorre nos casos em que o julgado restou “fundamentado em corrente jurisprudencial majoritária”. Não há qualquer especificação no sentido de que essa corrente jurisprudencial seja somente aquela firmada no âmbito do próprio STF. Tal ilação parte de interpretação exclusiva e particular da agravante. Segue a ementa da repercussão geral:

Ação rescisória versus uniformização da jurisprudência. O Direito possui princípios, institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio, não cabendo colar a sinonímia às expressões “ação rescisória” e “uniformização da jurisprudência”. *Ação rescisória. Verbete 343 da Súmula do Supremo.* O Verbetes 343 da Súmula do Supremo deve de ser observado em situação jurídica na qual, inexistente controle concentrado de constitucionalidade, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma, **mormente** quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, *óptica coincidente com a revelada na decisão rescindenda* (RE 590.809/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 22.10.2014).

A palavra “*mormente*” significa “*principalmente*” e não “*exclusivamente*”, como quer a agravante. O que significa que a “*jurisprudência coincidente com a revelada na decisão rescindenda*” não precisa ser a proveniente exclusivamente do STF, podendo ser a do STJ ou a de qualquer outro tribunal competente para o julgamento da rescisória.

Aliás, ainda que se entenda correta a tese da agravante, tal não supera o fato de que este STJ tem jurisprudência pacificada pela incidência da Súmula 343/STF em casos que tais. Seguem precedentes: AR 4.884/SC, Primeira Seção, Rel. Min. Ari Pargendler, Rel. p/acórdão Min. Eliana Calmon, julgado em 27.11.2013; AR 4.895/PR, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, Rel. p/acórdão Min. Castro Meira, julgado em 11.09.2013; AgRg na AR 4.439/PR, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 22.09.2010.

Em outro caso absolutamente idêntico ao presente, a Primeira Seção manteve a decisão do Relator, Ministro *Benedito Gonçalves*, que negara “seguimento ao pedido rescindendo, por se manifestamente incabível”, ou seja, que indeferira liminarmente a inicial em que pretendia a rescisão de acórdão que reconhecera, na linha do entendimento predominante à época, que a Contribuição para o INCRA fora extinta pela Lei 7.787/89, sem haver manifestação de inconstitucionalidade.

Eis a ementa do acórdão:

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental na ação rescisória. Artigo 485, V, do CPC. Contribuição para o Incra. Leis 7.787/89 e 8.212/91. Questão infraconstitucional. Aplicação da Súmula 343/STF.

1. Ação rescisória ajuizada com fundamento no artigo 485, inciso V, do CPC, objetivando desconstituir acórdão que entendeu indevida a contribuição para o Incra (0,2%) após a vigência da Lei 8.212/91.

2. A questão referente à exigibilidade da contribuição destinada ao Incra após a edição das Leis 7.787/89 e 8.212/91 é de cunho infraconstitucional.

Precedentes do STF: AI 612.433 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 22/10/2009; AI 711.326 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 29/10/2009; RE 347.051 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 1/2/2011.

3. Incide, pois, na espécie, a Súmula 343/STF: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”. Nesse mesmo sentido: AgRg na AR 4.619/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 04/05/2011; AR 4.345/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 2/8/2010; AR 4.283/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 21/5/2010.

4. A aplicação da Súmula 343/STF à espécie não implica negativa de prestação jurisdicional ou usurpação de competência do STF, de sorte que não há falar em violação dos arts. 5º, XXXV, e 102, III, “c”, da Constituição Federal.

5. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg na AR 4.668/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe de 30/06/2011).

Nesse último caso, inconformada, a Fazenda Nacional interpôs Recurso Extraordinário, o qual, no juízo de admissibilidade, foi julgado prejudicado pela Ministra *Laurita Vaz*, à época Vice-Presidente do STJ, ao fundamento de que o acórdão da Primeira Seção encontrava-se “em consonância com o julgamento definitivo do Supremo Tribunal Federal”, de que cuida o Tema 136 (RE 590.809/RS), sendo irrelevante tratar-se de tema de natureza infraconstitucional ou constitucional.

Transcreve-se a ementa do acórdão em referência.

Agravo regimental no recurso extraordinário. *Contribuição para o INCRA. Interpretação das Leis n. 7.787/89 e 8.212/91.* Matéria infraconstitucional. Acórdão rescindendo baseado na jurisprudência da época, inclusive do Supremo Tribunal Federal. *Ação rescisória.* Art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil. Não cabimento. Aplicação da Súmula n. 343/STF. Recurso extraordinário julgado prejudicado. Incidência do Tema n. 136/STF. Ação que não pode ser utilizada como um instrumento de uniformização de jurisprudência. Caso similar já julgado pelo Pretório Excelso, com a manutenção de acórdão desta Corte Superior. Agravo regimental desprovido.

1. O acórdão objeto do apelo extremo adotou o entendimento pacífico no Supremo Tribunal Federal de que a discussão acerca da exigibilidade da contribuição para o INCRA, após a edição das Leis n. 7.787/89 e 8.212/91, possui natureza infraconstitucional.

2. A decisão agravada não se afastou da orientação firmada pela Suprema Corte, no julgamento do Tema n. 136/STF (RE 590.809/RS), de que a ação rescisória não pode ser utilizada como instrumento de uniformização de jurisprudência, impondo-se a aplicação da Súmula n. 343/STF, quando o acórdão rescindendo se assenta na orientação do próprio Pretório Excelso, independentemente da matéria ter natureza constitucional ou infraconstitucional.

3. O Supremo Tribunal Federal, por expressa disposição constitucional (CRFB, art. 102, *caput*), é o guardião da Constituição da República, de modo que se utiliza da própria interpretação da Carta Magna para reconhecer que uma matéria possui enfoque infraconstitucional, ensejando, no máximo, ofensa reflexa ou indireta.

4. Não há qualquer incompatibilidade entre o *decisum* combatido e a compreensão firmada no AR 2.370 AgR/CE, Rel. Ministro Teori Zavascki, já que se a Suprema Corte reformar sua posição na espécie (reconhecimento a índole constitucional da matéria) ocorrerá uma mudança de interpretação constitucional, com a conseqüente modificação de sua jurisprudência.

5. A parte Agravante propôs ainda afastar-se do parâmetro acima exposto, circunstância que não ensejaria melhor sorte ao recurso extraordinário. Isso porque, antes do julgamento do mencionado Tema n. 136/STF, o Supremo Tribunal Federal já examinou caso similar ao dos autos e manteve acórdão desta Corte Superior – ARE 663.589/RS, 1ª Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe-052 divulg 18/03/2013 public 19/03/2013.

6. Agravo regimental desprovido (STJ, AgRg no RE nos EDcl no AgRg na AR 4.668/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, DJe de 24/02/2016).

Nesse contexto, verifica-se que o afastamento do óbice da Súmula 343/STF, no presente caso, distancia-se da interpretação conferida em julgados da Primeira Seção e da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em casos análogos, assim como do próprio Supremo Tribunal Federal, em outras hipóteses, mas *todos* versando a respeito do cabimento da Ação Rescisória quando se tratar de *questão de cunho constitucional*.

Com efeito, confirmam-se os seguintes do STF:

Agravo regimental em ação rescisória. Direito Financeiro. Incentivos fiscais. Repasses obrigatórios. Súmula 343 do STF.

1. Não se vislumbra viável, em sede estreita de ação rescisória, realizar distinção entre feito transitado em julgado sob a vigência do CPC/73 e paradigma de repercussão geral, conquanto esse não foi realizado no momento oportuno na via do recurso extraordinário.

2. É entendimento iterativo desta Corte ser inovação recursal, em relação aos fatos ou à novel legislação, insuscetível de apreciação neste momento processual. Precedentes.

3. *Nos termos da jurisprudência do STF, torna-se aplicável a Súmula 343 do STF aos casos em que se cogite interpretação controvertida de questão constitucional nos tribunais.* Precedente: RE-RG 590.809, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 24.11.2014.

4. É inviável, sequer no plano hipotético, a aplicação de incisos dos artigos 525 e 535 do CPC/15, haja vista que o acórdão rescindendo transitou em julgado sob a vigência do CPC/73. Art. 1.057 do CPC/2015.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, AR 2.457-AgR, Rel. Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe de 24/08/2017)

Agravo regimental em ação rescisória. Provimento sem concurso público em serventia extrajudicial. Negativa de seguimento. Aplicação da Súmula STF n. 343. Entendimento adotado na ação originária em consonância com a jurisprudência da Corte. Sobrestamento da ação rescisória no aguardo do julgamento de extraordinário com repercussão geral. Inadmissão. Inaplicabilidade da sistemática aos processos originários. Agravo regimental não provido.

1. A decisão que se pretende rescindir não diverge da orientação jurisprudencial estabelecida no Supremo Tribunal à época da prolação do *decisum* rescindendo – e prevalente até a presente data – no sentido da autoaplicabilidade do art. 236, § 3º, da CF/88 e de que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, é inconstitucional o provimento em serviços notarial e de registro sem a prévia aprovação em concurso público.

2. *Conforme tese fixada no julgamento do Tema 136 da Repercussão Geral (RE n. 590.809/RS), “não cabe ação rescisória quando o julgado estiver em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo à época da formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra posterior superação do precedente”, sendo irrelevante a natureza da discussão posta no feito rescindendo (se constitucional ou infraconstitucional) para a observância do enunciado da Súmula STF n. 343.*

3. A suspensão dos processos pela aplicação da sistemática da repercussão geral não é obrigatória e, caso determinada pelo relator do processo paradigma, não atinge os feitos originários em curso na Corte. Precedentes: ACO n. 2.591/DF-AgR, Relator o Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe de 2/12/16 e ACO n. 2.648/AP-AgR, Relator o Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe de 2/6/16).

4. Agravo regimental não provido. (STF, AR 2.572-AgR/DF, Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe de 21/03/2017).

O Ministro *Herman Benjamin*, a partir da leitura que realizou a respeito do voto proferido pelo Ministro *Teori Albino Zavascki*, nos autos da AR 2.370/CE,

entende que a Súmula 343/STF somente poderia ser aplicada nos casos em que o acórdão rescindendo estiver fundamentado em orientação do STF a respeito da questão de fundo, a qual teria sido objeto de revisão, na Corte Suprema. Por conseguinte, não seria a hipótese dos presentes autos, em que inexistente mudança de entendimento do STF.

Asseverou Sua Excelência:

Assim, em suma, no RE 590.809/RS, o STF estabeleceu que a sua Súmula 343 deve ser observada quando há oscilação da sua própria jurisprudência. Em outras palavras, se um acórdão transita em julgado adotando orientação que tinha o Supremo Tribunal Federal, na hipótese de posterior mudança no entendimento da Corte Maior, não será cabível Ação Rescisória. *Caso contrário, se há questão constitucional envolvida, inaplicável a Súmula 343/STF.* (grifou-se).

Data venia, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a AR 2.370/CE, não procedeu a qualquer modificação daquilo que se decidiu no RE 590.809/RS, a respeito do sentido e alcance da Súmula 343/STF, até porque, em tese, pronunciamento em sede de ação rescisória não seria capaz de alterar aquilo que se firmou em repercussão geral. *Ao contrário, o Tribunal Pleno reafirmou a orientação de que se apresenta incabível a desconstituição da coisa julgada para readequar o acórdão rescindendo à posterior orientação firmada pelo próprio STF em sentido contrário.*

Transcreve-se a ementa do acórdão:

Ação rescisória. Art. 485, V, do Código de Processo Civil. Matéria constitucional. Rescisão de acórdão que aplicou jurisprudência do STF posteriormente modificada. Não cabimento da ação rescisória como instrumento de uniformização da jurisprudência do Tribunal. Precedente. Honorários advocatícios em rescisória. Fixação.

1. Ao julgar, em regime de repercussão geral, o RE 590.809/RS, (Min. Marco Aurélio, DJe de 24/11/2014), o Plenário não operou, propriamente, uma substancial modificação da sua jurisprudência sobre a não aplicação da Súmula 343 em ação rescisória fundada em ofensa à Constituição. O que o Tribunal decidiu, na oportunidade, foi outra questão: ante a controvérsia, enunciada como matéria de repercussão geral, a respeito do cabimento ou não da "rescisão de julgado fundamentado em corrente jurisprudencial majoritária existente à época da formalização do acórdão rescindendo, em razão de entendimento posteriormente firmado pelo Supremo", a Corte respondeu negativamente, na consideração de que a ação rescisória não é instrumento de uniformização da sua jurisprudência.

2. Mais especificamente, o Tribunal afirmou que a superveniente modificação da sua jurisprudência (que antes reconhecia e depois veio a negar o direito a creditamento de IPI em operações com mercadorias isentas ou com alíquota zero) não autoriza, sob esse fundamento, o ajuizamento de ação rescisória para desfazer acórdão que aplicara a firme jurisprudência até então vigente no próprio STF.

3. Devidos honorários advocatícios à parte vencedora segundo os parâmetros do art. 20, § 4º, do CPC.

4. Agravo regimental da União desprovido. Agravo regimental da demandada parcialmente provido (STF, AR 2.370-AgR/CE, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe de 12/11/2015)

Em outras palavras, de acordo com essa orientação, a Súmula 343/STF não deve ser observada apenas nos casos em que houver modificação da jurisprudência do STF, *mas, inclusive*, quando houver mencionada mutação jurisprudencial no âmbito do STJ. É o que se depreende do voto condutor proferido pelo Ministro *Teori Zavascki* naquele autos:

Bem se percebe, portanto, que o Tribunal, nesse julgamento (RE 590.809/RS, Rel. Min. *Marco Aurélio*, DJe de 24/11/2014), *não operou substancial modificação da sua tradicional e cristalizada jurisprudência no sentido de que a Súmula 343 não se aplica em ação rescisória fundada em ofensa à Constituição*. O que o Tribunal decidiu foi outra questão: ante a controvérsia, enunciada no acórdão que reconheceu a repercussão geral da matéria, a respeito da possibilidade ou não da “rescisão de julgado fundamentado em corrente jurisprudencial majoritária existente à época da formalização do acórdão rescindendo, em razão de entendimento posteriormente firmado pelo Supremo”, a Corte, por maioria, respondeu negativamente. Em outras palavras: o que o Tribunal afirmou, naquela oportunidade, *foi que a superveniente modificação da jurisprudência do STF não autoriza, sob esse fundamento, o ajuizamento de ação rescisória* para desfazer acórdão que aplicara jurisprudência firme até então vigente no próprio STF

Com efeito, *data venia* do entendimento do Ministro *Herman Benjamin*, a aplicação da Súmula 343/STF *não está adstrita* aos casos em que houve mutação da jurisprudência do STF, inexistente, no caso presente. Ademais, a circunstância de haver matéria constitucional, por si só, também *não autoriza a propositura de Ação Rescisória*, consoante atestam os julgados acima mencionados.

Desse modo, ainda que houvesse eventual divergência quanto ao cabimento de Ação Rescisória, no âmbito da Suprema Corte, à luz da Súmula 343/STF, o que, todavia, não há, seria incabível acolher a pretensão da parte autora, no

sentido de se observar aquilo que se afirmou, em sede de ação rescisória, em detrimento do posicionamento pacificado sob a sistemática da repercussão geral, *sob o argumento de que a questão versa sobre texto constitucional*.

Ante o exposto, pedindo vênia, divirjo do Relator, a fim de julgar incabível o pedido rescisório, acompanhando a divergência.

É como voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Processual Civil e Tributário. Ação rescisória. Contribuição ao INCRA. Lei n. 7.787/1989. Extinção. Acórdão rescindendo. Interpretação controvertida nos Tribunais. Súmula 343 do STF. Incidência.

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: A presente ação rescisória é dirigida contra acórdão da Primeira Turma, proferido no REsp 465.126/RS, no qual se entendeu que a contribuição ao INCRA teria sido extinta pela Lei n. 7.787/1989.

Na sessão de 10/04/2019, pedi vista dos autos para melhor análise da controvérsia atinente à Súmula 343 do STF.

O em. Ministro relator propõe, preliminarmente, a não aplicação da Súmula 343 do STF e, no mérito, a procedência do pedido rescisório, com o reconhecimento de que seria devida a contribuição para o INCRA.

Para Sua Excelência, “a Súmula 343/STF somente pode ser aplicada nos casos em que o acórdão rescindendo estiver fundamentado em orientação do STF a respeito da questão de fundo, a qual teria sido objeto de revisão na Corte Suprema. Não é este o caso dos autos, uma vez que, reitero, não apenas inexistente mudança de orientação jurisprudencial do STF a respeito da natureza jurídica da contribuição ao Incra, como o tema aguarda julgamento em Recurso Extraordinário com repercussão geral. O fundamento utilizado no acórdão rescindendo consistiu apenas na análise a respeito da extinção da contribuição ao Incra pela exegese da sucessão de leis no tempo – assunto sobre o qual inexistente posicionamento do STF. Não obstante, a existência de questão subjacente, de natureza constitucional, justifica o afastamento da Súmula 343/STF, para viabilizar a procedência ou não do pedido rescisório submetido a julgamento”.

Com a devida vênia, não compartilho do mesmo posicionamento e considero não ser cabível a ação rescisória, no caso, porquanto o acórdão rescindendo se apoia em entendimento controvertido à época e também adotado por este Tribunal Superior.

Cumprе destacar que o Supremo Tribunal Federal tem pacífico posicionamento no sentido de que “a questão referente à exigibilidade da contribuição destinada ao Incra, após a edição das Leis 7.787/89 e 8.212/91, é de cunho infraconstitucional, uma vez que a alegada ofensa à Constituição, acaso existente, seria indireta ou reflexa” (ARE 663.589 AgR, rel. Min. *Luiz Fux*, Primeira Turma, julgado em 05/03/2013, DJe-052).

Por isso, as ações rescisórias atinentes à extinção da contribuição ao INCRA pela Lei n. 7.787/1989 não podem ser admitidas, nos termos do enunciado da referida súmula e em obediência ao princípio da segurança jurídica.

A propósito, especificamente quanto à contribuição ao INCRA, anoto que a Primeira Seção, há muito, vem entendendo pela incidência da Súmula 343 do STF. *Vide*:

Agravo interno na ação rescisória. Contribuição destinada ao INCRA. Exigibilidade após a edição das Leis 7.787/89 e 8.212/91. Controvérsia de ordem legal, pacificada posteriormente à publicação da decisão rescindenda. Ausência de cabimento da rescisória. Incidência da Súmula 343 do STF. Agravo interno da Fazenda Nacional desprovido.

1. Consoante preconiza o art. 485, *caput*, do CPC, a Rescisória, meio de impugnação autônomo, visa ao desfazimento (natureza constitutiva negativa) de sentença de mérito (leia-se decisão de mérito, de molde a englobar sentenças e acórdãos), transitada em julgado, quando simultaneamente presente alguma das hipóteses específicas de cabimento elencadas nos incisos I a IX de supracitado dispositivo.

2. Na hipótese dos autos, observa-se que a causa para se postular a rescisão do julgado consistiu em haver a decisão rescindenda deixado de aplicar dispositivos legais que previam a contribuição ao INCRA, por considerá-los revogados, ao passo que o acórdão recorrido considerou serem eles válidos e eficazes, razão pela qual estaria configurada a violação a literal dispositivo da lei, conforme prevista no art. 485, V, do CPC.

3. Ocorre que esse entendimento a respeito da revogação, ou não, da hipótese de incidência da contribuição ao INCRA não era pacífico à época do julgado que se pretendeu desconstituir, o que inviabiliza o cabimento da Ação Rescisória, a teor da orientação firmada na Súmula 343 do STF, segundo a qual 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.

Precedentes: AgRg no RE nos EDcl no AgRg na AR 4.668/PR, Rel. Min. *Laurita Vaz*, DJe 24.2.2016; AgRg no REsp 1.505.842/PR, Rel. Min. *Mauro Campbell Marques*, DJe 9.9.2015.

4. Agravo Interno da Fazenda Nacional desprovido.

(AgInt na AR 4.902/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 08/03/2017, DJe 17/03/2017)

Agravo regimental na ação rescisória. Artigo 485, V, do CPC (violação literal de dispositivo de lei). Acórdão rescindendo que retrata a jurisprudência da época (contribuição ao INCRA de 0,2% incidente sobre a folha de salários). Súmula 343/STF. Aplicação.

1. A Súmula 343, do Supremo Tribunal Federal, cristalizou o entendimento de que 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. A ação rescisória, *a contrario sensu*, resta, então, cabível, se, à época do julgamento cessara a divergência, hipótese em que o julgado divergente, ao revés de afrontar a jurisprudência, viola a lei que confere fundamento jurídico ao pedido (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C do CPC: REsp 1.001.779/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009, DJe 18.12.2009).

2. *In casu*, cuida-se de ação rescisória que pretende desconstituir acórdão proferido em 19.08.2004 (cujo trânsito em julgado se deu em 04.06.2008) que pugnou pela extinção da contribuição destinada ao INCRA em virtude do artigo 3º, § 1º, da Lei 7.787/89.

3. O Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que a questão referente a exigibilidade da contribuição destinada ao INCRA após a edição das Leis 7.787/89 e 8.212/91 é de cunho infraconstitucional, uma vez que a alegada ofensa à Constituição, acaso existente, seria indireta ou reflexa (Precedentes do STF: AI 612.433 AgR/PR, Segunda Turma, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, DJe 23.10.2009; e AI 639.396 AgR/RS, rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJ 14.8.2009).

4. Destarte, não prospera o argumento de que a Súmula 343/STF não incide na ação rescisória que indica como violados os artigos 149 e 195, da Constituição Federal, pugnando pela recepção da Lei 2.613/55.

5. Deveras, a *ratio essendi* da Súmula 343 do STF foi preservar a coisa julgada, revelando-se *contraditio in terminis* interpretá-la *a contrario sensu* para inaugurar uma novel hipótese de rescindibilidade do julgado, com o que se viola a um só tempo o princípio da legalidade e o da segurança jurídica.

6. Imperioso, ainda, assentar que o julgamento supostamente injusto (*error in iudicando*), não autoriza o manejo da Ação Rescisória, por isso que o fundamento da coisa julgada não é a justiça da decisão nem o seu conformismo com a verdade (*pro veritate habetur*), mas antes compromisso político com a segurança social.

7. Ademais, deve-se ressaltar que “a decisão que se intenta rescindir foi prolatada quando a questão referente à extinção da contribuição ao Inbra ainda era controvertida no âmbito da Primeira Seção, haja vista que somente por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência n. EREsp 770.451/SC, na sessão de 27 de setembro de 2006, a controvérsia foi definitivamente dirimida por esta Corte Superior, adotando-se o entendimento de que a exação não teria sido extinta pelas Leis 7.787/89 e 8.212/91, subsistindo até os dias atuais (AR 4.283/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 12.05.2010, DJe 21.05.2010).

8. Precedentes da Primeira Seção: AR 4.283/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 12.05.2010, DJe 21.05.2010; e AgRg na AR 3.509/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 09.08.2006, DJ 25.09.2006).

9. Agravo regimental desprovido, mantendo-se a rejeição *in limine* da inicial da ação rescisória.

(AgRg na AR 4.439/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 22/09/2010, DJe 01/10/2010)

No mesmo sentido: AgRg no REsp 1.416.904/PR, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, Primeira Turma, julgado em 14/02/2017, DJe 21/02/2017; AgRg no REsp 1.416.515/SC, Rel. Ministra *Assusete Magalhães*, Segunda Turma, julgado em 25/08/2015, DJe 04/09/2015.

Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal tem decidido pela incidência da Súmula 343 do STF nas controvérsias infraconstitucionais a respeito da contribuição ao INCRA:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Processual. Civil. Ação rescisória. Cabimento. Súmula 343 do STF. Matéria infraconstitucional.

[...]

2. Deveras, esta Corte pacificou entendimento no sentido de que as hipóteses de cabimento da ação rescisória quando controversa a interpretação da norma infraconstitucional não enseja o destrancamento do recurso extraordinário. Súmula 343 do STF, *verbis*: “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”.

3. *In casu*, o acórdão recorrido assentou:

Rescisória. Artigo 485, V, do CPC. Acórdão rescindendo que retrata a jurisprudência da época (contribuição ao Inbra de 0,2%). Súmula n. 343/STF. Aplicação. Decisão monocrática fundamentada em jurisprudência dominante desta Corte Superior.

1. Entendeu a Corte de origem não ser aplicável à espécie a Súmula n. 343/STF, por versar a ação rescisória matéria constitucional. No entanto, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que a questão referente à exigibilidade da contribuição destinada ao Incra após a edição das Leis 7.787/89 e 8.212/91 é de cunho infraconstitucional, uma vez que a alegada ofensa à Constituição, acaso existente, seria indireta ou reflexa.

[...]

4. No caso sub judice, a decisão que se intenta rescindir foi prolatada quando a questão referente à extinção da contribuição ao Incra ainda era controvertida no âmbito da Primeira Seção, haja vista que somente por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência n. EREsp 770.451/SC, na sessão de 27 de setembro de 2006, a controvérsia foi definitivamente dirimida por esta Corte Superior, adotando-se o entendimento de que a exação não teria sido extinta pelas Leis n. 7.787/89 e 8.212/91.

5. Dessume-se que a controvérsia não está circunscrita à legitimidade da contribuição interventiva nos domínios econômico e social, destinada ao INCRA e que tem fonte no artigo 149 da Constituição Federal. O debate situa-se em torno da interpretação das Leis n. 7.789/89 e 8.212/91, se os referidos diplomas legais teriam, ou não, extinguido a referida contribuição, tema que até então apresentava-se controvertido no âmbito dos tribunais e somente restou pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da não extinção da contribuição, a partir do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 770.451/SC, na sessão de 27 de setembro de 2006. A questão tem solução no ambiente da aplicação da legislação ordinária, o alcance das Leis n. 7.789/89 e 8.212/91 e interpretação do artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil.

6. Agravo regimental não provido. (ARE 663.589 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 05/03/2013, DJe-052) (Grifos acrescidos).

Mais atualmente, confirmam-se as decisões monocráticas proferidas nos RE 1.086.555/PR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julg. 19/04/2018, DJe-079, e RE 1.052.241/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julg. 27/06/2017, DJe-170.

Nesse cenário, parece não ser razoável abrir, novamente, discussões a respeito do cabimento da rescisória, sob pena de abalar o princípio da segurança jurídica, cuja proteção é exatamente o objeto do referido enunciado sumular.

Reforçam essa conclusão as discussões travadas no RE 590.809/RS, em que, na sistemática da repercussão geral, o STF fixou a tese de que “não cabe ação rescisória quando o julgado estiver em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo à época da formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra posterior superação do precedente”.

Leitura atenta dos votos proferidos pelos preclaros ministros indica que, “ao julgar, em regime de repercussão geral, o RE 590.809/RS, o Plenário não operou, propriamente, uma substancial modificação da sua jurisprudência sobre a não aplicação da Súmula 343 em ação rescisória fundada em ofensa à Constituição [...] mais especificamente, afirmou que a superveniente modificação da sua jurisprudência (que antes reconhecia e depois veio a negar o direito a creditamento de IPI em operações com mercadorias isentas ou com alíquota zero) não autoriza, sob esse fundamento, o ajuizamento de ação rescisória para desfazer acórdão que aplicara a firme jurisprudência até então vigente no próprio STF” (AR 2.370 AgR, Rel. Min. *Teori Zavascki*, Tribunal Pleno, julgado em 22/10/2015, DJe-225).

De fato, os votos de Suas Excelências decidiram pelo não cabimento da ação rescisória na hipótese de o acórdão rescindendo estar em conformidade com o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal à época, ainda que, posteriormente, o próprio STF o tenha alterado.

Por óbvio, não houve mesmo alteração de postura quanto à aplicação da Súmula 343 do STF, pois a própria razão do entendimento sumulado tem a ver com o não cabimento da rescisória contra decisões apoiadas em fundamentos razoáveis, ainda que sobre a controvérsia rescindenda houvesse divergência jurisprudencial ou doutrinária, ou alteração superveniente da jurisprudência.

Então, a observância do enunciado sumular se aplicaria tanto na hipótese de ser legal o fundamento do acórdão rescindendo, como também no caso de sê-lo constitucional. É o que se extrai do julgamento do RE 590.809/RS, sob pena de considerar que a alteração superveniente da jurisprudência do STF não tem natureza constitucional.

Aliás, essa conclusão também é extraída dos precedentes que embasaram a edição da súmula: RE 41.407/DF, RE 50.046/Guanabara e AR 602/Guanabara.

De maneira geral, as palavras do Min. Victor Nunes resume bem a problemática: “Se em todos os casos de interpretação de lei, por prevalecer aquela que nos pareça menos correta, houvermos de julgar procedente ação rescisória, teremos acrescentado ao mecanismo geral dos recursos um recurso ordinário com prazo de cinco anos da maioria dos casos decididos pela justiça. A má interpretação que justifica o *iudicium rescindens* há de ser de tal modo aberrante do texto que equivalha à sua violação literal. A justiça nem sempre observa, na prática quotidiana, esse salutar princípio, que, entretanto, devemos defender em prol da estabilidade das decisões judiciais” (2ª T., RE 50.046, p. 422, j. 05/04/1963).

Atualmente, ainda que tenhamos divergências da parte de um ou de outro Ministro, é inconteste que, por ora, está formada a jurisprudência no sentido de que o Supremo somente afasta a súmula quando há violação literal a dispositivo constitucional, ainda que a decisão rescindenda tenha-se baseado em interpretação controvertida. Nesse sentido: RE 529.675 AgR-segundo, Rel. Min. *Roberto Barroso*, Primeira Turma, julgado em 21/09/2018, DJe-205; ARE 1.037.103 AgR-AgR-segundo, Rel. Min. *Ricardo Lewandowski*, Segunda Turma, julgado em 27/10/2017, DJe-262.

Considerada a premissa de que a vontade da Constituição é aquela dita pelo Supremo e que as decisões declaratórias de constitucionalidade e inconstitucionalidade, via de regra, têm efeito *ex tunc*, aparenta razoável, em tese, a superação do enunciado sumular nos temas constitucionais, pois, ao final, se a conclusão legal é contrária à Constituição, o acórdão rescindendo que a compartilha procede com literal ofensa a dispositivo constitucional e, por contrariar a ordem jurídica, admite-se a rescisão da coisa julgada.

Todavia, ainda assim, caso a caso, o Supremo tem ressaltado que a coisa julgada é uma limitação constitucional ao próprio efeito retroativo das decisões proferidas no controle abstrato de constitucionalidade:

Recurso extraordinário. Coisa julgada em sentido material. Indiscutibilidade, imutabilidade e coercibilidade: atributos especiais que qualificam os efeitos resultantes do comando sentencial. Proteção constitucional que ampara e preserva a autoridade da coisa julgada. Exigência de certeza e de segurança jurídicas. Valores fundamentais inerentes ao estado democrático de direito. Eficácia preclusiva da “res judicata”. “Tantum judicatum quantum disputatum vel disputari debebat”. Consequente impossibilidade de rediscussão de controvérsia já apreciada em decisão transitada em julgado, ainda que proferida em confronto com a jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal. A questão do alcance do parágrafo único do art. 741 do CPC. Magistério da doutrina. Recurso de agravo improvido.

- A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade.

- A superveniência de decisão do Supremo Tribunal Federal, declaratória de inconstitucionalidade de diploma normativo utilizado como fundamento do título judicial questionado, ainda que impregnada de eficácia “ex tunc” - como sucede, ordinariamente, com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 - RTJ 164/506-509 - RTJ 201/765) -, não se revela apta, só por si, a desconstituir a autoridade da coisa julgada, que traduz, em nosso sistema jurídico, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, “in abstracto”, da Suprema Corte. Doutrina. Precedentes.

- O significado do instituto da coisa julgada material como expressão da própria supremacia do ordenamento constitucional e como elemento inerente à existência do Estado Democrático de Direito.

(RE 592.912 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 03/04/2012, DJe-229).

No mesmo sentido, o em. Ministro Luiz Fux, ao decidir a AR 2.422/DF no Supremo Tribunal Federal, j. 26/08/2015, expôs:

Uma das hipóteses que tem carreado ao Judiciário infindável número de rescisórias diz respeito às decisões lavradas com violação literal de disposição de lei, que, para ensejar a desconstituição da decisão impugnada, deve ser manifesta.

Anoto, a propósito, que a causa de rescindibilidade em questão reclama efetiva violação à lei, de modo que, a princípio, interpretar não se confunde com violar. Nessa linha, ainda é atual, como fonte informativa que tem sido utilizada pela jurisprudência, a enunciação do CPC de 1939, no seu art. 800, *caput*: “a injustiça da sentença e a má apreciação da prova ou errônea interpretação do contrato não autorizam o exercício da ação rescisória”.

Ademais, para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC seja acolhida, é necessário que a interpretação dada pelo *decisum* rescindendo seja de tal modo teratológica que viole o dispositivo legal ou constitucional na sua literalidade. Ao revés, se a decisão rescindenda elege uma dentre várias interpretações cabíveis, a ação rescisória não merece prosperar.

Aliás, deve-se ter sempre presente o texto da Súmula 343 do STF, segundo a qual “não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

Ressalte-se, ainda, que, no recente julgamento do RE 590.809, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, DJe 24/11/2014, o Plenário deste Tribunal se debruçou mais detidamente sobre a sua Súmula 343, tendo reafirmado sua validade, inclusive quando a divergência jurisprudencial e a controvérsia de entendimentos se basear na aplicação de norma constitucional. (Grifos acrescidos).

É nessa linha que se pode afirmar ser pacífico no âmbito do STF o entendimento de que eventuais alterações jurisprudenciais posteriores ao acórdão rescindendo, ainda que a respeito de matéria constitucional, não podem ser opostas à coisa julgada, sob pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica.

Assim, parece-me provável que o Supremo Tribunal Federal ainda continue a debater o alcance de aplicação da Súmula 343 do STF, nos casos julgados na sistemática da repercussão geral, porquanto o afastamento da súmula, incontestavelmente e até o momento, só é permitido quando há decisão proferida no controle abstrato de constitucionalidade.

Isso para os acórdãos rescindendo cujas conclusões tratem de matéria constitucional. Mas, *data venia*, não para aqueles que tratam de temas infraconstitucionais.

É interessante notar que, à época da edição da Súmula 343, competia ao Supremo Tribunal Federal tanto o julgamento dos temas constitucionais quanto o dos infraconstitucionais (art. 101, III, “a”, da CF/1946).

E, se assim foi, cindida a competência, com a criação do Superior Tribunal de Justiça, guardadas as devidas particularidades institucionais, não parece adequado o afastamento do enunciado sumular no âmbito infraconstitucional, como ocorre no Supremo Tribunal Federal, pois, desde sua edição, a Súmula 343 é pelo não cabimento da rescisória, objetivando a proteção da segurança jurídica. E a rescisão da coisa julgada infraconstitucional, por alteração superveniente dos parâmetros jurídicos adotados pela jurisprudência dos tribunais superiores na interpretação da lei, não condiz com a segurança jurídica, salvo na hipótese de entendimentos teratológicos.

É que, qualquer que seja a interpretação conferida ao texto legal pelo acórdão rescindendo, à exceção daqueles teratológicos, não se pode concluir pela ocorrência de decisão contrária ao ordenamento jurídico somente pelo fato de, posteriormente, não mais ser aceita nos tribunais.

Sob essa ótica, convém anotar que a interpretação da Constituição pelo STF não se assemelha à interpretação da lei pelo STJ, visto que a primeira trata do fundamento de validade da lei, enquanto a segunda está relacionada com a melhor interpretação da lei (com exceção da declaração de inconstitucionalidade pelo órgão especial – art. 97 da CF/1988 –, a eficácia da lei permanece hígida, seja qual for o resultado do julgamento).

Não há falar, conseqüentemente, que a Súmula 343 só poderia ser observada caso o acórdão rescindendo tenha-se baseado em orientação do Supremo Tribunal Federal, pois também está autorizada sua incidência na hipótese de aquele julgado (rescindendo) estar apoiado em interpretação infraconstitucional controvertida à época.

Pertinente, a respeito, citar a ponderação feita pelo Ministro Marco Aurélio no RE 590.809/RS (STF, Pleno, j. 22/10/2014):

A rescisória deve ser reservada a situações excepcionalíssimas, ante a natureza de cláusula pétrea conferida pelo constituinte ao instituto da coisa julgada. [...] não se trata de defender o afastamento da medida instrumental – a rescisória – presente qualquer grau de divergência jurisprudencial, mas de prestigiar a coisa julgada se, quando formada, o teor da solução do litígio dividia a interpretação dos Tribunais pátrios ou, com maior razão, se contava com óptica do próprio Supremo favorável à tese adotada. Assim deve ser, indiferentemente, quanto a ato legal ou constitucional, porque, em ambos, existe distinção ontológica entre texto normativo e norma jurídica. [...] Não posso admitir, sob pena de desprezo à garantia constitucional da coisa julgada, a recusa apriorística do mencionado verbete, como se a rescisória pudesse “conformar” os pronunciamentos dos tribunais brasileiros com a jurisprudência de último momento do Supremo, mesmo considerada a interpretação da norma constitucional. Neste processo, ainda mais não sendo o novo paradigma ato declaratório de inconstitucionalidade, assento a possibilidade de observar o Verbetes n. 343 da Súmula se satisfeitos os pressupostos próprios.

Concluo, portanto, ser inafastável a Súmula 343 do STF, no caso concreto, pois o acórdão rescindendo se apoiava em entendimento jurisprudencial controvertido à época e também adotado por este Tribunal Superior, e a alteração do parâmetro interpretativo da lei não pode se sobrepor ao princípio da segurança jurídica.

Não é desconhecido precedente deste Tribunal Superior pela não aplicação da Súmula 343 do STF enquanto não julgado pelo Supremo Tribunal Federal o tema 495 “Referibilidade e natureza jurídica da contribuição para o INCRA, em face da Emenda Constitucional n. 33/2001” (v.g.: AgRg nos EDcl no REsp 1.343.645/RS, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Segunda Turma*, julgado em 21/02/2013, DJe 28/02/2013).

Contudo, como assinalado no início, o próprio STF tem reconhecido o caráter infraconstitucional da controvérsia atinente à revogação da legislação da contribuição ao INCRA pela Lei n. 7.787/89 (ARE 663.589) e, assim, aplicado

o óbice da sua Súmula 343 em casos como o ora analisado. Tenho que essa situação não se confunde com a discussão sobre a recepção da Lei n. 2.613/1955 pelo art. 149 da Constituição Federal (RE 630.898/RS, com repercussão geral reconhecida e ainda pendente de julgamento).

Na hipótese dos autos, o acórdão rescindendo data de 15/09/2005, época em que era controvertida a interpretação adotada por esta Corte Superior e por outros tribunais pátrios.

Por fim, à luz do art. 85, § 8º, do CPC/2015, tenho que a verba honorária de sucumbência há de ser arbitrada em R\$ 5.000,00.

Ante o exposto, pedindo vênias ao em. Min. Herman Benjamin, dele dirijo para votar pelo não cabimento da ação rescisória. Arbitro os honorários advocatícios de sucumbência em R\$ 5.000,00, à luz do art. 85, § 8º, do CPC/2015. Custas *ex lege*.

É como voto.

QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Herman Benjamin: As eminentes Ministras Assusete Magalhães e Regina Helena Costa apresentaram ponderações em relação ao voto por mim encaminhado.

A Ministra Assusete Magalhães questionou o fato de que, originalmente, eu havia preparado voto pela aplicação da Súmula 343/STF. E que, em vista regimental após sustentação oral, trouxe voto reformulado, afastando a incidência do referido óbice sumular. Disse a eminente Ministra que a Súmula 343 haveria de ser aplicada porque a leitura do acórdão revela que não há fundamento constitucional; que toda a matéria discutida é infraconstitucional e que havia clara divergência na jurisprudência à época do acórdão rescindendo. No seu entender, bastaria verificar a data do acórdão rescindendo para constatar que a jurisprudência só se firmou posteriormente a ele.

A eminente Ministra Regina Helena Costa, por sua vez, manifestou-se no sentido de que também entendia aplicável a Súmula 343/STF, mas por fundamento diverso:

Não, era na mesma conclusão, mas por outro fundamento. Entendi que também tinha que incidir, porque, segundo a interpretação que o Supremo Tribunal Federal deu à aplicação da Súmula 343, só se afastaria a aplicação da

súmula quando tivesse havido o controle concentrado de constitucionalidade; como não houve, nesse caso, então aplicaria a súmula. Estou entendendo que se aplica, mas por enxergar fundamento constitucional. A Ministra Assusete Magalhães traz uma questão prejudicial e diz que nem há fundamento constitucional.

Então, de qualquer maneira..

Esclareço, então, aos eminentes colegas que, inicialmente, estava me posicionando pela aplicação da Súmula 343/STF, na linha de diversos precedentes da Primeira Seção em Ações Rescisórias relativas à Contribuição para o Incra. Todavia, depois da sustentação oral da Procuradoria da Fazenda Nacional em 24.5.2017, entendi por reexaminar a matéria e convenci-me da sua inaplicabilidade ao caso em tela, motivo por que reformulei o voto que originalmente pretendia apresentar.

Em razão das ponderações das eminentes Ministras Assusete Magalhães e Regina Helena Costa, fiz ajustes no voto, de maneira a explicitá-lo melhor e tentar solucionar os pontos por elas levantados.

No tocante ao tópico arguido pela Ministra Regina Helena, que tem a ver com novo entendimento que o STF teria dado à sua Súmula 343, no julgamento do RE 590.809/RS, realizado sob o regime de repercussão geral, da relatoria do Min. Marco Aurélio, procurei apontar que teria havido compreensão inexata das conclusões daquele julgado, talvez pelo fato de sua ementa ser sintética, na linha usualmente seguida pelo eminente Ministro, fazendo que adotássemos aqui no STJ, inclusive em processos de minha relatoria, orientação equivocada da decisão da Suprema Corte naquele processo.

Chego a essa compreensão baseando-me em explicitação que o Pleno do STF, sob a relatoria do saudoso Ministro Teori Albino Zavascki, ao julgar o Agravo Regimental na AR 2.370/CE, fez de suas conclusões naquele RE 590.809/RS. Em brevíssima síntese, o Supremo Tribunal Federal esclareceu que *a sua Súmula 343 deve ser observada quando há oscilação da sua própria jurisprudência*. Em outras palavras, se um acórdão transita em julgado adotando orientação que tinha o Supremo Tribunal Federal, na hipótese de posterior mudança no entendimento da Corte Maior, não será cabível Ação Rescisória. Caso contrário, *se há questão constitucional envolvida, sem que esteja abarcado o emprego de jurisprudência firme do STF a seu respeito, inaplicável a Súmula 343/STF*.

Tentei aclarar melhor isso no voto e sintetizar esses pontos nos itens 2 a 7 da ementa que estou apresentando.

Já no que toca ao ponto levantado pela Ministra Assusete Magalhães, no voto procurei demonstrar que, embora o acórdão recorrido não explique o exame de questão constitucional, como é natural, já que se tratava de decisão de Recurso Especial, *existia questão constitucional subjacente*. Em breve síntese, aparentemente o acórdão teria feito apenas interpretação da lei ordinária, concluindo que a exação criada por uma lei teria sido extinta por outra. Todavia, a conclusão de que a Contribuição para o Incra foi extinta pela Lei 7.787/1989 está baseada na *premissa de que o tributo estava enquadrado constitucionalmente como contribuição previdenciária*. Tanto é assim que, posteriormente, ao entender que, *na verdade, a Contribuição para o Incra tinha natureza de contribuição de intervenção no domínio econômico, prevista no art. 149 da Constituição, o STJ passou a considerar que ela não havia sido extinta*. Examinou o ponto com mais detalhe no voto, estando este sintetizado nos itens 8 a 16 da ementa.

A respeito da observação acrescentada pela e. Ministra Assusete Magalhães, na sessão de 22.11.2017, acerca da existência de precedente da Corte Especial, relacionado à AR 4.668/PR, *a justificar que eventual reposicionamento a respeito do tema devesse ser apreciado pelo referido colegiado*, acrescento que naquele órgão julgador decidiu-se a respeito do Agravo Regimental da Fazenda Nacional, interposto contra decisão monocrática da Presidência do STJ, que *negou admissibilidade ao Recurso Extraordinário* interposto contra acórdão da Primeira Seção do STJ proferido nos EDcl no AgRg na AR 4.668/PR, de relatoria do e. Ministro Benedito Gonçalves.

Efetivamente, a AR 4.668/PR, propriamente dita, julgada na Seção de Direito Público do STJ, discutia exatamente o tema aqui versado (exigibilidade da contribuição ao Incra, após a edição das Leis 7.787/1989 e 8.212/1991) e foi extinta por decisão monocrática do e. Ministro Benedito Gonçalves, confirmada pela Primeira Seção – entendimento esse que, reitero, estou submetendo à *reapreciação* do órgão colegiado *com base em fundamento não examinado naquela ocasião*.

O pronunciamento da Corte Especial, entretanto, se limitou, como não poderia deixar de ser, à análise da admissibilidade ou não do Recurso Extraordinário contra o acórdão da Primeira Seção do STJ – no caso, considerou-se inadmissível o apelo mediante aplicação da orientação da Suprema Corte fixada no Tema 136/STF, nos autos do RE 590.809/RS (recurso com repercussão geral).

Assim, por se tratar de precedente que analisou fase processual (AgRg no RE nos EDcl em AgRg na AR 4.668/PR) posterior à aqui pendente de julgamento (julgamento inicial da AR 4.443/RS), e, levando-se em conta que, nestes autos, estou abordando questão não decidida no acórdão proferido no AgRg na AR 4.668/PR, *submeto esta Questão de Ordem para propor a retomada do julgamento do feito nesta Seção de Direito Público do STJ*.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de ação rescisória ajuizada pela União (Fazenda Nacional) em oposição à sociedade empresária Metalgrin Indústria de Plásticos Ltda., objetivando rescindir a decisão transitada em julgado proferida no REsp 465.126/RS pela Primeira Turma deste Tribunal Superior, que entendeu que a contribuição adicional de 0,2% sobre a folha de salários destinada ao INCRA foi extinta pela Lei n. 7.787/1989, nos termos da seguinte ementa:

Recurso especial. Contribuição ao INCRA incidente sobre a folha de salários. Destinação de receita ao SENAR. Art. 3º da Lei 8.315/91. Falta de prequestionamento. Extinção. Lei 7.787/89. Taxa Selic. Não-aplicação na atualização monetária dos honorários advocatícios.

1. O acórdão impugnado não apreciou a questão relativa à destinação da receita de 0,2% ao Serviço Nacional de Aprendizagem Rural - SENAR, faltando o indispensável prequestionamento do art. 3º da Lei 8.315/91 (Súmula 282/STF).

2. Da exegese da legislação referente à contribuição devida ao INCRA infere-se que a referida exação — incidente sobre a folha de salários — não subsistiu à Lei 7.787/89, sendo ali expressamente suprimida.

3. A jurisprudência desta Corte tem-se orientado no sentido da não-aplicação da taxa SELIC na atualização monetária de honorários advocatícios, haja vista a previsão do art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95, que fixa sua incidência tão-somente para a hipótese de correção monetária de indébitos tributários.

4. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 465.126/RS, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 15/9/2005, DJ 24/10/2005, p. 174)

A União (Fazenda Nacional) fundamenta seu pedido na existência de violação da literal disposição de lei, com suporte no art. 485, V, do CPC/1973. Afirma que o acórdão rescindendo, ao decidir que a contribuição adicional

de 0,2% sobre a folha de salários destinada ao INCRA foi extinta pela Lei n. 7.787/1989, violou a literal disposição dos arts. 149 e 195 da Constituição Federal.

Defende a inaplicabilidade da Súmula 343/STF, sob o argumento de que esta tem aplicação somente quando se trata de texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, não, porém, de texto constitucional.

Sustenta que à luz de referidos dispositivos constitucionais, o adicional tributário em questão tem natureza de contribuição de intervenção no domínio econômico, pelo que jamais poderia ter sido extinta por leis que regulam contribuições destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

Aduz, de outra parte, a existência de violação da literalidade do art. 6º, § 4º, da Lei n. 2.613/1955, que instituiu a contribuição ao INCRA, na medida em que, no seu entender, as alterações legislativas que se seguiram não tiveram o condão de extinguir referida exação.

Colaciona diversos precedentes do do TRF da 4ª Região e deste Tribunal Superior pela subsistência da contribuição adicional ao INCRA, todos com suporte no reconhecimento da natureza de contribuição de intervenção no domínio econômico.

Em contestação, a sociedade empresária requerida sustentou a aplicação da Súmula 343/STF, no sentido de que “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”.

Sustenta que, “quando realizado o julgamento (15/9/2005), cujo acórdão restou transitado em julgado (23/4/2008), a questão referente à extinção da contribuição ao INCRA ainda era controvertida nos tribunais, inclusive, no Superior Tribunal de Justiça” (e-STJ, fl. 814).

Assevera, ainda, que “a matéria pertinente à exigibilidade da contribuição destinada ao INCRA, após a edição das Leis 7.787/89 e 8.212/91, é de cunho infraconstitucional, conforme posicionamento do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que, acaso existente a alegada ofensa à Constituição, está seria indireta ou reflexa” (e-STJ, fl. 810).

Razões finais às e-STJ, fls. 831/847 e 851/853.

O Min. Herman Benjamim deu provimento à ação rescisória, para desconstituir o acórdão proferido no REsp 465.126 e, em novo julgamento do recurso especial, dar provimento para reconhecer como devida a contribuição para o Incra, invertidos os ônus da sucumbência relativos ao processo originário.

Pedi vista para melhor apreciação da controvérsia.

É o relatório.

A Fazenda Nacional, com suporte no art. 482, V, do CPC/1973, busca rescindir acórdão proferido por este Tribunal Superior que concluiu ser indevida a contribuição para o Incra.

Em consulta ao *site* do STF, é possível verificar, em hipóteses como à dos autos, decisões monocráticas pela inadmissibilidade de ações rescisórias que veiculam a mesma pretensão aqui apresentada pela Fazenda Nacional, seja por entender pela aplicabilidade da Súmula 343/STF na espécie, seja por considerar que a matéria teria índole infraconstitucional. Confira-se:

Decisão: Vistos. Trata-se de recurso extraordinário no qual se alega contrariedade aos artigos 5º, *caput* e inciso XXXV, 102, *caput* e inciso III, "a", 149, 150, inciso II, 194, inciso II, e 195 da Constituição Federal. Eis a ementa do acórdão recorrido: "*Agravo regimental na ação rescisória. Artigo 485, V, do CPC (violação literal de dispositivo de lei). Acórdão rescindendo que retrata a jurisprudência da época (contribuição ao INCRA de 0,2% incidente sobre a folha de salários). Súmula 343/STF. Aplicação. 1. A Súmula 343, do Supremo Tribunal Federal, cristalizou o entendimento de que 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. A ação rescisória, a contrario sensu, resta, então, cabível, se, à época do julgamento cessara a divergência, hipótese em que o julgado divergente, ao revés de afrontar a jurisprudência, viola a lei que confere fundamento jurídico ao pedido (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 1.001.779/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009, DJe 18.12.2009). 2. In casu, cuida-se de ação rescisória que pretende desconstituir acórdão proferido em 19.08.2004 (cujo trânsito em julgado se deu em 04.06.2008) que pugnou pela extinção da contribuição destinada ao INCRA em virtude do artigo 3º, § 1º, da Lei 7.787/89. 3. O Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que a questão referente a exigibilidade da contribuição destinada ao INCRA após a edição das Leis 7.787/89 e 8.212/91 é de cunho infraconstitucional, uma vez que a alegada ofensa à Constituição, acaso existente, seria indireta ou reflexa (Precedentes do STF: AI 612.433 AgR/PR, Segunda Turma, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, DJe 23.10.2009; e AI 639.396 AgR/RS, rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJ 14.8.2009). 4. Destarte, não prospera o argumento de que a Súmula 343/STF não incide na ação rescisória que indica como violados os artigos 149 e 195, da Constituição Federal, pugnano pela recepção da Lei 2.613/55. 5. Deveras, a *ratio essendi* da Súmula 343 do STF foi preservar a coisa julgada, revelando-se *contraditio in terminis* interpretá-la a contrario sensu para inaugurar uma novel hipótese de rescindibilidade do julgado, com o que se viola a um só tempo o princípio da legalidade e o da segurança jurídica. 6. Imperioso,*

ainda, assentar que o julgamento supostamente injusto (*error in iudicando*), não autoriza o manejo da Ação Rescisória, por isso que o fundamento da coisa julgada não é a justiça da decisão nem o seu conformismo com a verdade (*pro veritate habetur*), mas antes compromisso político com a segurança social. 7. Ademais, deve-se ressaltar que “a decisão que se intenta rescindir foi prolatada quando a questão referente à extinção da contribuição ao Incra ainda era controvertida no âmbito da Primeira Seção, haja vista que somente por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência n. EREsp 770.451/SC, na sessão de 27 de setembro de 2006, a controvérsia foi definitivamente dirimida por esta Corte Superior, adotando-se o entendimento de que a exação não teria sido extinta pelas Leis 7.787/89 e 8.212/91, subsistindo até os dias atuais (AR 4.283/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 12.05.2010, DJe 21.05.2010). 8. Precedentes da Primeira Seção: AR 4.283/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 12.05.2010, DJe 21.05.2010; e AgRg na AR 3.509/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 09.08.2006, DJ 25.09.2006). 9. Agravo regimental desprovido, mantendo-se a rejeição *in limine* da inicial da ação rescisória.” A parte recorrente afirma ser inaplicável a Súmula n. 343/STF. Sustenta, em suma, que a discussão acerca da subsistência da contribuição adicional de 0,2% sobre a folha de salários destinada ao INCRA tem natureza constitucional e que a exação não foi extinta com o advento das Leis n. 7.787/89 e 8.212/91. Decido. Não merece prosperar a irresignação. O Plenário da Corte, ao julgar o RE n. 590.809/RS, cuja repercussão geral do tema nele suscitado já havia sido reconhecida, firmou orientação no sentido do não cabimento de ação rescisória, amparada na norma do art. 485, inc. V, do Código de Processo Civil de 1973, quando o acórdão rescindendo, à época da sua prolação, não estava em confronto com a jurisprudência desta Suprema Corte. O acórdão desse julgamento ficou assim ementado: “*Ação rescisória versus uniformização da jurisprudência*. O Direito possui princípios, institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio, não cabendo colar a sinonímia às expressões “ação rescisória” e “uniformização da jurisprudência”. *Ação rescisória. Verbete n. 343 da Súmula do Supremo*. O Verbete n. 343 da Súmula do Supremo deve de ser observado em situação jurídica na qual, inexistente controle concentrado de constitucionalidade, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma, mormente quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, óptica coincidente com a revelada na decisão rescindenda”. No caso dos autos, conforme consta do aresto atacado, a ação rescisória visa desconstituir acórdão “proferido em 19.08.2004 (cujo trânsito em julgado se deu em 04.06.2008) que pugnou pela extinção da contribuição destinada ao INCRA em virtude do artigo 3º, § 1º, da Lei 7.787/89”. Vide que o entendimento consagrado no acórdão objeto da ação rescisória não ofende a orientação do Supremo Tribunal Federal vigente até a presente data no sentido de que tem natureza infraconstitucional a discussão a respeito da revogação de tal tributo por lei ordinária. Incidência da Súmula n. 343 da Corte. Sobre o tema: “*Agravo regimental no agravo de instrumento. Contribuição ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA. Inexigibilidade após*

a edição da Lei n. 8.212/91: revogação de dispositivo legal. Impossibilidade de análise da legislação infraconstitucional. Ofensa constitucional indireta. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento." (AI n. 773.831/PR-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 30/4/10 – grifei). "Constitucional. Tributário. Contribuições. Incra. Exigibilidade empresas urbanas. Revogação. Legislação ordinária. Ofensa reflexa. Agravo improvido. I - O acórdão recorrido, ao determinar a abrangência de dispositivos infraconstitucionais e admitir a revogação de uma norma por outra, decidiu a questão com base na legislação ordinária. A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. Incabível, portanto, o recurso extraordinário. Precedentes. II - Agravo regimental improvido." (AI n. 636.309/RS-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 14/8/09 – grifei). "Recurso extraordinário. Agravo regimental desprovido. 2. Contribuições ao FUNRURAL e ao INCRA. 3. Não cabe ver ofensa, por via reflexa, a normas constitucionais, aos fins do recurso extraordinário. 4. Se, para dar pela vulneração de regra constitucional, mister se faz, por primeiro, verificar da negativa de vigência de norma infraconstitucional, esta última é o que conta, para os efeitos do art. 102, III, a, da Lei Maior. 5. Falta de prequestionamento dos dispositivos constitucionais tidos como violados. 6. Agravo regimental desprovido." (RE n. 254.773/SP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Néri da Silveira, DJ de 1º/2/02 – grifei). Em sentido convergente: AI n. 488.695/SC-AgR, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 29/4/05; RE n. 364.212/RS, Relator o Ministro Nelson Jobim, DJ de 6/4/04 Ademais, destaca-se que, ao examinar o RE n. 630.898/RS, a Corte se limitou a reconhecer a repercussão geral da matéria suscitada naquele apelo extremo, não tendo havido, até a presente data, julgamento do mérito do mencionado recurso. Nesse sentido, está incólume a posição jurisprudencial da Corte sobre o tema ora em debate. Ressalte-se, por fim, que não se aplica ao caso dos autos a majoração dos honorários prevista no artigo 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, uma vez que não houve o arbitramento de honorários sucumbenciais pela Corte de origem. Ante o exposto, nos termos do artigo 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, nego seguimento ao recurso. Publique-se. Brasília, 27 de junho de 2017. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente.

(RE 1.052.241, Relator(a): Min. Dias Toffoli, julgado em 27/06/2017, publicado em Processo Eletrônico DJe-170 divulg 02/08/2017 public 03/08/2017)

Vistos etc. Contra o juízo negativo de admissibilidade do recurso extraordinário, exarado pela Presidência do Tribunal *a quo*, foi manejado agravo. Na minuta, sustenta-se que o recurso extraordinário reúne todos os requisitos para sua admissão. Aparelhado o recurso na afronta aos arts. 5º, XXXVI, e 201, I, da Constituição Federal. É o relatório. Decido. Preenchidos os pressupostos extrínsecos. Da detida análise dos fundamentos da decisão denegatória de seguimento do recurso extraordinário, bem como à luz das razões de decidir adotadas pelo Tribunal de origem, por ocasião do julgamento do recurso

veiculado na instância ordinária, concluo que nada colhe o agravo. As instâncias ordinárias decidiram a questão com fundamento na legislação infraconstitucional aplicável à espécie. A aplicação de tal legislação ao caso concreto, consideradas as circunstâncias jurídico-normativas da decisão recorrida, não enseja a apontada violação da Constituição da República. Nesse sentido: “Ementa: *Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Processual. Civil. Ação rescisória. Cabimento. Súmula 343 do STF. Matéria infraconstitucional.* 1. A violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional torna inadmissível o recurso extraordinário. 2. Deveras, esta Corte pacificou entendimento no sentido de que as hipóteses de cabimento da ação rescisória quando controversa a interpretação da norma infraconstitucional não enseja o destrancamento do recurso extraordinário. Súmula 343 do STF, *verbis*: “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.” Nesse sentido: RE 548.464-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. *Ellen Gracie*, DJe de 28.11.2008; AI 625.053-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. *Ricardo Lewandowski*, DJe de 14.11.2007. 3. *In casu*, o acórdão recorrido assentou: “*Rescisória. Artigo 485, V, do CPC. Acórdão rescindendo que retrata a jurisprudência da época (contribuição ao INCRA de 0,2%). Súmula n. 343/STF. Aplicação. Decisão monocrática fundamentada em jurisprudência dominante desta Corte Superior.* 1. Entendeu a Corte de origem não ser aplicável à espécie a Súmula n. 343/STF, por versar a ação rescisória matéria constitucional. No entanto, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que a questão referente à exigibilidade da contribuição destinada ao Incra após a edição das Leis 7.787/89 e 8.212/91 é de cunho infraconstitucional, uma vez que a alegada ofensa à Constituição, acaso existente, seria indireta ou reflexa. Precedentes do STF: AI 612.433 AgR/PR, Segunda Turma, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, DJe 23.10.2009; AI 639.396 AgR/RS, rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJ 14.8.2009. 2. Precedentes da Primeira Seção: AgRg na AR 4.439/PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 1.10.2010; AR 4.345/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 2.8.2010; e AR 4.283/PR, de minha relatoria, DJe 21.5.2010.” 4. No caso *sub judice*, a decisão que se intenta rescindir foi prolatada quando a questão referente à extinção da contribuição ao Incra ainda era controvertida no âmbito da Primeira Seção, haja vista que somente por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência n. EREsp 770.451/SC, na sessão de 27 de setembro de 2006, a controvérsia foi definitivamente dirimida por esta Corte Superior, adotando-se o entendimento de que a exação não teria sido extinta pelas Leis n. 7.787/89 e 8.212/91. 5. Dessume-se que a controvérsia não está circunscrita à legitimidade da contribuição interventiva nos domínios econômico e social, destinada ao INCRA e que tem fonte no artigo 149 da Constituição Federal. O debate situa-se em torno da interpretação das Leis n. 7.789/89 e 8.212/91, se os referidos diplomas legais teriam, ou não, extinguido a referida contribuição, tema que até então apresentava-se controvertido no âmbito dos tribunais e somente restou pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da não extinção

da contribuição, a partir do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 770.451/SC, na sessão de 27 de setembro de 2006. A questão tem solução no ambiente da aplicação da legislação ordinária, o alcance das Leis n. 7.789/89 e 8.212/91 e interpretação do artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil. 6. Agravo regimental não provido.” (ARE 663.589 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 05/03/2013, Processo Eletrônico DJe-052 divulg 18-03-2013 public 19-03-2013). Nesse sentir, não merece processamento o apelo extremo, consoante também se denota dos fundamentos da decisão que desafiou o recurso, aos quais me reporto e cuja detida análise conduz à conclusão pela ausência de ofensa a preceito da Constituição da República. Nego seguimento (art. 21, § 1º, do RISTF). Publique-se. Brasília, 09 de maio de 2016. Ministra Rosa Weber Relatora (ARE 968.437, Relator(a): Min. Rosa Weber, julgado em 09/05/2016, publicado em Processo Eletrônico DJe-098 divulg 13/05/2016 public 16/05/2016)

Registre-se, inclusive, que referidas decisões foram abarcadas pelo trânsito em julgado, conforme resultado extraído do próprio *site* do Supremo Tribunal Federal.

No entanto, considerando que ainda inexistente precedente do colegiado daquela Corte Suprema, tenho que as ponderações lançadas pelo Ministro relator merecem guarida, seja em razão do esclarecimento realizado pelo Ministro Teori Zavascki nos autos da AR 2.370, no sentido de que, no RE 590.809, o STF estabeleceu que a sua Súmula 343 deve ser observada somente quando há oscilação da sua própria jurisprudência, o que não teria ocorrido no presente caso; seja porque, na espécie, subsiste questão constitucional subjacente, qual seja, o enquadramento ou não da contribuição para o Incra como contribuição previdenciária, à luz do que dispõe o art. 149 da Constituição Federal.

Em reforço a essa última afirmação – controvérsia de índole constitucional –, destaque-se reconhecimento de repercussão geral sobre tema, nos autos do RE 630.898/RS, nos termos da ementa que se segue:

Direito Tributário. Contribuição destinada ao INCRA. Referibilidade. Recepção pela CF/88. Emenda Constitucional n. 33/01. Natureza jurídica. Existência de repercussão geral.

(RE 630.898 RG, Relator(a): Min. Dias Toffoli, julgado em 03/11/2011, Acórdão Eletrônico DJe-126 divulg 27-06-2012 public 28-06-2012)

Assim, superada a questão relacionada à Súmula 343/STF, tenho que a rescisão do acórdão impugnado é medida que se impõe, tendo em vista o julgamento realizado sob a égide da sistemática dos recursos representativos de

controvérsia – Primeira Seção – no sentido de que “resta hígida a contribuição para o Incra” (REsp 977.058/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 10/11/2008).

Quanto ao juízo rescisório, aplicando-se a orientação deste Tribunal Superior sobre o tema, verifica-se que o recurso especial merece provimento para reconhecer a exigibilidade da contribuição para o Incra.

Ante o exposto, acompanho integralmente o voto do Relator para dar provimento à presente ação rescisória.

É como voto.

QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de ação rescisória ajuizada pela União (Fazenda Nacional) em oposição à sociedade empresária Metalgrin Indústria de Plásticos Ltda., objetivando rescindir a decisão transitada em julgado proferida no REsp 465.126/RS pela Primeira Turma deste Tribunal Superior, que entendeu que a contribuição adicional de 0,2% sobre a folha de salários destinada ao INCRA foi extinta pela Lei n. 7.787/1989, nos termos da seguinte ementa:

Recurso especial. Contribuição ao INCRA incidente sobre a folha de salários. Destinação de receita ao SENAR. Art. 3º da Lei 8.315/91. Falta de prequestionamento. Extinção. Lei 7.787/89. Taxa Selic. Não-aplicação na atualização monetária dos honorários advocatícios.

1. O acórdão impugnado não apreciou a questão relativa à destinação da receita de 0,2% ao Serviço Nacional de Aprendizagem Rural - SENAR, faltando o indispensável prequestionamento do art. 3º da Lei 8.315/91 (Súmula 282/STF).

2. Da exegese da legislação referente à contribuição devida ao INCRA infere-se que a referida exação — incidente sobre a folha de salários — não subsistiu à Lei 7.787/89, sendo ali expressamente suprimida.

3. A jurisprudência desta Corte tem-se orientado no sentido da não-aplicação da taxa SELIC na atualização monetária de honorários advocatícios, haja vista a previsão do art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95, que fixa sua incidência tão-somente para a hipótese de correção monetária de indébitos tributários.

4. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 465.126/RS, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 15/9/2005, DJ 24/10/2005, p. 174)

A União (Fazenda Nacional) fundamenta seu pedido na existência de violação da literal disposição de lei, com suporte no art. 485, V, do CPC/1973. Afirma que o acórdão rescindendo, ao decidir que a contribuição adicional de 0,2% sobre a folha de salários destinada ao INCRA foi extinta pela Lei n. 7.787/1989, afrontou a literal disposição dos arts. 149 e 195 da Constituição Federal.

Defende a inaplicabilidade da Súmula 343/STF, sob o argumento de que esta tem aplicação somente quando se trata de texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, não, porém, de texto constitucional.

Sustenta que à luz de referidos dispositivos constitucionais, o adicional tributário em questão tem natureza de contribuição de intervenção no domínio econômico, pelo que jamais poderia ter sido extinta por leis que regulam contribuições destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

Aduz, de outra parte, a existência de violação da literalidade do art. 6º, § 4º, da Lei n. 2.613/1955, que instituiu a contribuição ao INCRA, na medida em que, no seu entender, as alterações legislativas que se seguiram não tiveram o condão de extinguir referida exação.

Colaciona diversos precedentes do do TRF da 4ª Região e deste Tribunal Superior pela subsistência da contribuição adicional ao INCRA, todos com suporte no reconhecimento da natureza de contribuição de intervenção no domínio econômico.

Em contestação, a sociedade empresária requerida sustentou a aplicação da Súmula 343/STF, no sentido de que “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”.

Sustenta que, “quando realizado o julgamento (15/9/2005), cujo acórdão restou transitado em julgado (23/4/2008), a questão referente à extinção da contribuição ao INCRA ainda era controvertida nos tribunais, inclusive, no Superior Tribunal de Justiça” (e-STJ, fl. 814).

Assevera, ainda, que “a matéria pertinente à exigibilidade da contribuição destinada ao INCRA, após a edição das Leis 7.787/89 e 8.212/91, é de cunho infraconstitucional, conforme posicionamento do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que, acaso existente a alegada ofensa à Constituição, está seria indireta ou reflexa” (e-STJ, fl. 810).

Razões finais às e-STJ, fls. 831/847 e 851/853.

O Min. Herman Benjamin deu provimento à ação rescisória, para desconstituir o acórdão proferido no REsp 465.126 e, em novo julgamento do recurso especial, dar provimento para reconhecer como devida a contribuição para o Incra, invertidos os ônus da sucumbência relativos ao processo originário.

Pedi vista para melhor apreciação da controvérsia.

É o relatório.

Em face da complexidade do tema e da necessidade de melhor exame da controvérsia versada no presente feito, submeto, ao colegiado, pedido de prorrogação, por trinta dias, do prazo para prolação de voto-vista, nos termos do art. 162, § 1º, do RISTJ.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Sr. Presidente, Sras. Ministras, Srs. Ministros, o em. Ministro Herman Benjamin, em seu voto, está a julgar procedente a presente ação rescisória, para desconstituir o acórdão proferido no REsp 465.126 e, em novo julgamento do recurso especial, dar provimento para reconhecer como devida a contribuição para o Incra, invertidos os ônus da sucumbência relativos ao processo originário.

Após o voto do em. Revisor, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, acompanhando a posição do Relator, pedi vista dos autos para melhor exame da matéria, vindo a proferir voto em idêntica direção, ou seja, pela procedência da via rescisória.

Na altura, pontuei que:

Assim, superada a questão relacionada à Súmula 343/STF, tenho que a rescisão do acórdão impugnado é medida que se impõe, tendo em vista o julgamento realizado sob a égide da sistemática dos recursos representativos de controvérsia, a Primeira Seção, no sentido de que “resta hígida a contribuição para o Incra” (REsp 977.058/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 10/11/2008).

Contudo, revendo aludida posição, apresento a esta Primeira Seção retificação de voto, no sentido de proclamar a improcedência da presente via rescisória, na medida em que se pretende, na realidade, proceder-se a realinhamento de entendimento jurisprudencial, a partir de compreensão firmada por esta Corte em recurso repetitivo julgado ao processo de origem.

Revedo minha posição, friso, ainda, que, *na altura em que a decisão ora rescindenda foi proferida, não se verificava no âmbito deste Superior Tribunal qualquer oscilação jurisprudencial acerca do tema em debate, tampouco a existência de questão ou fundamento constitucional subjacente ao aresto rescindendo.*

Sendo assim, penso que não há como prosperar a vertente pretensão rescisória, pois não se perfazem os requisitos autorizadores para tanto (nomeadamente violação de literal disposição de lei), tratando-se, na verdade e como já mencionado, de genuíno pedido de adequação jurisprudencial, lastreado em tese fixada a partir de recurso especial repetitivo julgado posteriormente por este Tribunal.

Nesse sentido, reitero: não há questão constitucional – qualquer que seja ela – discutida no acórdão rescindendo. Sendo assim, parece-me impróprio atribuir ao julgado rescindendo conteúdo constitucional, a fim de tornar viável a rescisória. Até pelos próprios limites impostos à cognição própria da via especial.

E assim procedo por entender que há algo mais importante a assegurar: a estabilidade do sistema por meio da estabilidade das decisões judiciais transitadas em julgado, as quais não poderão permanecer suscetíveis à possibilidade de um exercício contínuo, imprevisível e interminável de sentimentos individuais de que a decisão rescindenda não procedeu com justiça.

Não deixo de reconhecer a legítima preocupação que envolve o posicionamento contrário ao que agora estou a defender, pois fundada em padrões éticos de fortes assinaturas. Minha discordância, ressaltado, está alocada, unicamente, no campo processual.

Penso que a admissibilidade da ação rescisória para a renovação de debates que deveriam ter na ação primitiva a sede própria e definitiva para sua ocorrência viola o sistema jurídico e sua principal cláusula de segurança: a coisa julgada. Admitir o processamento da vertente ação implicaria prejuízo, a meu sentir, maior e mais profundo, na medida em que sistêmico.

Ainda que seja sedutora a adequação jurisprudencial que se persegue por esta rescisória, estaríamos, na verdade, a desconsiderar o sentido constitucional da coisa julgada e o sistema de preclusões estabelecido pelo Direito Processual. E, nessa extensão, haveria o *risco político da insegurança*, o que seria, para o professor Nelson Nery Jr., algo mais grave do que o risco da sentença injusta do caso concreto (*Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 45).

Estaríamos, Senhores Ministros, a instituir um forte precedente à relativização atípica da coisa julgada, tornando-a suscetível a múltiplas e variadas interpretações sobre a sua força preclusiva real.

À medida que relativizamos o referido instituto além das hipóteses já descritas pela norma processual [de relativização típica] menor espaço a coisa julgada ocupará em nosso sistema. E então há de se perguntar: até que ponto poderíamos relativizar a coisa julgada fora das possibilidades estabelecidas pela legislação?

Nesse sentido, entendo que a admissão da via rescisória com base em critérios de variação de jurisprudência alimentará o *ingresso de rescisórias que significarão, na verdade, o reingresso amplo da própria ação inaugural (em que proferida a decisão rescindenda). Ou seja, um puro reingresso da ação originária (total ou parcial), e não o ingresso de uma via impugnatória.*

Isso parece afrontar o disposto no art. 474 do CPC/1973, segundo o qual: “Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido”.

Com base nessas considerações, com a devida vênia dos eminentes Ministros que me precederam no julgamento, voto pela improcedência da presente ação rescisória.

É como voto.

AÇÃO RESCISÓRIA N. 5.916-RS (2016/0275863-5)

Relator: Ministro Gurgel de Faria

Revisor: Ministro Francisco Falcão

Autor: Proactiva Meio Ambiente Brasil Ltda

Advogado: Amir José Finocchiaro Sarti - RS006509

Réu: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

EMENTA

Processual Civil. Ação rescisória. CPC/2015. Tópico em que não foi examinado o mérito. Admissibilidade de recurso. Cabimento. Improbidade administrativa. Defesa preliminar. Notificação.

Ausência. Prejuízo. Inexistência. Conduta ímproba. Prova. Reexame. Impossibilidade. Dosimetria da pena. Art. 12 da LIA. Súmula 284-STF. Inaplicabilidade.

1. É pressuposto para o ajuizamento da rescisória fundada na violação a literal dispositivo de lei que a norma legal tenha sido ofendida na sua literalidade pela decisão rescindenda, nos casos de flagrante transgressão a lei, não podendo aquela ser utilizada como sucedâneo recursal por mero inconformismo da parte.

2. A teor do entendimento ainda prevalecente nesta Corte, a ausência de notificação para a defesa preliminar prevista na Lei de Improbidade Administrativa (art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/1992) só configura nulidade processual quando comprovado o prejuízo, não verificado quando do julgamento ora atacado.

3. O CPC/2015 passou a admitir o ajuizamento da ação rescisória tendente a rescindir decisão que, “embora não seja de mérito, impeça: (...) II - admissibilidade do recurso correspondente”, conforme disposto no seu art. 966, § 2º, II.

4. A postulação a ser formulada na rescisória, nos moldes do novo dispositivo, limita-se à admissibilidade do recurso, a qual foi obstada por decisão supostamente ilegal.

5. Inexiste, *in casu*, qualquer reproche à aplicação da Súmula 7 do STJ, eis que a Corte de origem, ao reconhecer a configuração da conduta prevista no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, louvou-se no prejuízo aos cofres públicos, bem como na existência de conduta culposa, na modalidade negligência, sendo inviável a revisão de tal conclusão no âmbito do apelo nobre.

6. No acórdão rescindendo, ao se aplicar a Súmula 284 da Suprema Corte, asseverou-se que a alegação de violação ao art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa não seria hábil a dar suporte à irresignação contra eventual excesso na fixação das sanções previstas na LIA.

7. Estando a possibilidade da gradação das sanções contidas na Lei n. 8.429/1992 prevista no parágrafo único do seu art. 12, a referência, *latu sensu*, ao aludido artigo não tem o condão de autorizar a aplicação do óbice acolhido pela eg. Segunda Turma deste Sodalício.

8. Pedido parcialmente procedente, com a restituição dos autos à eg. Segunda Turma, para, superada a Súmula 284-STF, examinar a questão pertinente à dosimetria da pena como entender de direito.

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, após o voto-vista divergente do Sr. Ministro Herman Benjamin, por maioria, julgar parcialmente procedente a ação rescisória, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencidos os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes e Assusete Magalhães. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de fevereiro de 2019 (data do julgamento).

Ministro Gurgel de Faria, Relator

DJe 26.4.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Trata-se de ação rescisória proposta por *Proactiva Meio Ambiente Brasil Ltda.* (nova denominação da Intranscol S.A. - Coleta e Remoção de Resíduos), com arrimo no art. 966, V, do CPC/2015, visando rescindir acórdão proferido no bojo do Agravo em Recurso Especial n. 102585/RS, da Segunda Turma desta Corte, assim ementado:

Administrativo. Processual Civil. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Ausência de defesa prévia. Prejuízo não demonstrado. Nulidade não reconhecida. Precedentes.

1. Trata-se, originariamente, de Ação Civil Pública por improbidade administrativa, proposta com amparo no art. 10 da LIA. Narra a inicial que a Sanep e a Intranscol firmaram contrato para execução de serviços de coleta, transporte e destinação final de lixo domiciliar e urbano, que sofreu aditamento para inclusão de serviços já previstos da avença original avaliados em aproximadamente R\$ 7 mil/mês. Apontou-se que "o recolhimento nos balneários já estava previsto no contrato (cláusula 4.1., fl. 64), não havendo qualquer motivo para que a contratada incluísse os respectivos custos para calcular o preço da parcela a ser

acrescida ao preço antes ajustado. Assim agindo, a contratada calculou o preço do serviço acrescido considerando que utilizaria mais um veículo compactador, mais um motorista e mais quatro operários, quando, na verdade, a coleta de lixo na Colônia Z-3 seria feita com os mesmos caminhões e funcionários que faziam o serviço nos balneários, como foi claramente constatado no inquérito civil” (fl. 6, e-STJ).

2. A sentença que condenou a agravante foi, nessa parte, mantida pelo Tribunal de origem.

3. Sentença, acórdão da apelação e decisão monocrática proferida no Agravo em Recurso Especial ratificam a existência de superfaturamento e a ilicitude do aditivo contratual referente à avença sobre prestação de serviços de coleta, transporte e destinação final de lixo domiciliar e urbano. Destaco trecho do acórdão da apelação, que afirma: “é indubitoso o fato de que o aditivo contratual representou lesão aos cofres do SANEP. A essa conclusão se chega pela análise da prova carreada aos autos” (fl. 697, e-STJ).

4. No que tange à nulidade por ausência de apresentação de defesa prévia, afasto a alegação. A falta da notificação prevista no art. 17, § 7º, da Lei 8.429/1992 não invalida os atos processuais ulteriores, salvo quando ocorrer efetivo prejuízo e cuidar-se de matéria sujeita à preclusão caso não alegada na primeira oportunidade. Nesse sentido, especialmente quanto à necessidade de comprovação de prejuízo: REsp 1.034.511/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22.9.2009, AgRg no REsp 1.269.400/SE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 30.10.2012; REsp 1.106.657/SC, AgRg no REsp 1.102.652/GO, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 31.8.2009; REsp 1.106.657/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.9.2010; REsp 965.340/AM, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 8.10.2007; REsp 1.218.202/MG, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 29.4.2011; AgRg no AREsp 104.451/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 23.4.2012; EDcl no REsp 1.194.009/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 30.5.2012; AgRg no Ag 1.379.397/PE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 7.12.2011; REsp 1.225.426/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 11.9.2013.

5. O acórdão recorrido atesta que, “considerando que a empresa foi devidamente citada (fls. 340v e 348), veio aos autos e contestou o feito (fls. 350-3), foi intimada para a produção de prova testemunhal (fl. 372), apresentou rol de testemunhas (fl. 373), ficou-se silente às intimações para comprovar a remessa da Carta Precatória de inquirição da testemunha Airton (fls. 390 e 420), foi intimada do encerramento da instrução (fl. 425) sem se manifestar ou mesmo recorrer, a resposta é negativa, inexistindo, no caso, dano capaz de tornar nula a irregularidade sanada após a fase de instrução processual, mormente quando a questão só poderia versar o recebimento da inicial” (fls. 685-686, e-STJ). Não houve, portanto, prejuízo, e a revisão da compreensão fixada pela decisão *a quo* esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

6. Na hipótese dos autos, como bem asseverado no *decisum* agravado, o Tribunal de origem deixou claro haver prejuízo aos cofres públicos (fl. 699), bem como a existência de conduta culposa, na modalidade negligência, por parte do administrador público (fl. 700).

Aplica-se, pois, a Súmula 7/STJ, pois inafastável a revisão das provas dos autos para infirmar as conclusões da decisão de segunda instância.

7. Quanto à dosimetria da pena, a decisão ora agravada resolveu corretamente a controvérsia ao estabelecer que, “no que concerne à alegação de necessidade de delimitação territorial das sanções impostas, a não indicação dos dispositivos legais tidos por violados impede a exata compreensão da questão controvertida, o que atrai a aplicação, por analogia, do verbete n. 284 da Súmula do STF, pois o art. 12 da LIA não ampara tal pretensão, consoante se verifica de uma simples leitura do dispositivo”.

8. Agravo Regimental não provido.

Defende a autora violação aos arts. 535, I e II, do CPC/1973; 12, parágrafo único; 17, § 7º; e 10 da Lei n. 8.429/1992. Sustenta, em síntese, que no acórdão não se tratou do maltrato aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade decorrente da imposição da proibição de contratar com o poder público pelo período de cinco anos, sem nenhuma limitação territorial. Aduz, ainda, que a falta do contraditório preambular, mediante notificação prévia, importa grave desrespeito aos postulados da ampla defesa e do contraditório, sendo certo, ademais, que não houve a indicação objetiva do comportamento doloso ou culposo do agente.

Tutela provisória indeferida (e-STJ fls. 989/991).

Agravo interno interposto pela autora (e-STJ fls. 995/1.003).

Contrarrrazões apresentadas pelo *Ministério Público Federal* (e-STJ fls. 1.012/1.015).

Contestação do *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul* sustentando, em síntese, “que o julgamento foi orientado com base no acervo probatório coligido, segundo a criteriosa avaliação das instâncias de origem, soberanas na apreciação dos elementos de convicção acostados no processado”, sendo, portanto, descabida “a rescisão por suposta afronta aos dispositivos indicados na inicial, porquanto tal pretensão exige revolvimento do substrato fático probatório.” (e-STJ fls. 1.020/1.022)

Novo requerimento de tutela provisória formulado pela empresa promovente (e-STJ fls. 1.028/1.030).

Alegações finais aforadas pelo MPF (e-STJ fls. 1033/1039), pelo MP/RS (e-STJ fls. 1.041/1.045) e pela demandante (e-STJ fls. 1.050/1.059).

Manifestação do *Parquet*, como *custos legis*, sustentando a improcedência do feito rescisório, porquanto utilizado como sucedâneo recursal (e-STJ fls. 1.074/1.078).

É o relatório. Ao revisor.

VOTO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria (Relator): Objetiva *Proactiva Meio Ambiente Brasil Ltda.* (nova denominação da Intranscol S.A. – Coleta e Remoção de Resíduos), com arrimo no art. 966, V, do CPC/2015, a rescisão do acórdão proferido no bojo do Agravo em Recurso Especial n. 102.585/RS, da Segunda Turma desta Corte.

Para tanto, aduz violação do art. 535, I e II, do CPC/1973; dos arts. 12, parágrafo único; 17, § 7º; e 10 da Lei n. 8.429/1992.

Inicialmente, cumpre registrar que é pressuposto para o ajuizamento da rescisória fundada na violação de literal dispositivo de lei que a norma legal tenha sido ofendida na sua literalidade pela decisão rescindenda, nos casos de flagrante transgressão a lei, não podendo tal ação (rescisória) ser utilizada como sucedâneo recursal por mero inconformismo da parte.

Nesse sentido:

Agravo regimental na ação rescisória. Violação a literal disposição do art. 105, III, "a", da CF, por inobservância da vedação contida na Súm. 07/STJ. Inexistência. Reinterpretação do contexto dos autos. Impossibilidade.

1. A Corte Especial, há muito, consolidou o entendimento de que "não ofende o princípio da Súmula 07 emprestar-se, no julgamento do especial, significado diverso aos fatos estabelecidos pelo acórdão recorrido. Inviável é ter como ocorridos fatos cuja existência o acórdão negou ou negar fatos que se tiveram como verificados" (AgRg nos EREsp 134.108/DF, Corte Especial, DJ de 16.8.1999).

2. É manifestamente incabível a propositura de ação rescisória com o único intuito de obter a reinterpretação à luz do contexto dos autos e a reforma do julgamento proferido, por mero inconformismo da parte com a justiça da decisão, quando desvinculada a causa de pedir de quaisquer dos vícios a que se referem os incisos do art. 485 do CPC. Precedentes.

3. Agravo não provido. (AgRg na AR 5.159/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, DJe 19/08/2014).

Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC. Acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência do STJ. Divergência jurisprudencial não-configurada. Incidência da Súmula 7/STJ.

1. *De acordo com a jurisprudência dominante do STJ, a ação rescisória não é o meio adequado para corrigir suposta injustiça da sentença, apreciar má interpretação dos fatos, reexaminar as provas produzidas ou complementá-las. A violação de literal disposição de lei que autoriza o ajuizamento de ação rescisória é aquela que enseja flagrante transgressão do “direito em tese”, porquanto essa medida excepcional não se presta simplesmente para corrigir eventual injustiça do decisor rescindendo, sequer para abrir nova instância recursal, visando ao reexame das provas (AR 3.991/RJ, 1ª Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 6.8.2012). Em outras palavras, “não se conhece do pedido de rescisão com fulcro no inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil, dado que a violação de lei, na rescisória fundada no citado dispositivo, deve ser aferida primo oculi e evidente, de modo a dispensar o reexame das provas da ação originária” (AR 3.029/SP, 3ª Seção, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 30.8.2011).*

2. No caso concreto, conforme consignado pelo Tribunal de origem no acórdão do julgamento da ação rescisória, a ação primitiva foi julgada improcedente sob o fundamento de não ter sido comprovado sofrer a autora, na época, de hepatopatia grave para obtenção da isenção do imposto de renda. Da análise da exordial, evidencia-se buscar a parte autora a revisão do julgado, objetivando, em última análise, através desta ação rescisória, a obtenção da isenção do imposto de renda por doença que, no entanto, na época não logrou comprovar, ou mesmo afastar a conclusão negativa do laudo médico oficial quanto a ser portadora de hepatopatia grave. Verifica-se que, a pretexto da alegação de ofensa aos arts. 6º da Lei 7.713/8.8, 30 da Lei 9.250/95 e 39, §§ 4º e 5º, III, do Decreto 3.000/99, no tocante ao enquadramento dos casos e tipos de doenças classificadas como isentas do pagamento do imposto de renda, o que a demandante pretende, na verdade, é a reapreciação da prova produzida nos autos originários, a qual, no entanto, já foi discutida em exaustão na sentença e no acórdão rescindendo.

3. Como bem observou a Presidente do Tribunal de origem, não está configurado o alegado dissídio jurisprudencial, uma vez que os precedentes trazidos pela recorrente são julgados onde a isenção foi reconhecida com base na análise do conjunto probatório de cada caso específico. Consta corretamente da decisão denegatória de admissibilidade do recurso especial, outrossim, que no que se refere à matéria de fundo, o recurso não merece trânsito, porquanto a questão suscitada - o enquadramento da hipótese dos autos nos casos e tipos de doenças classificadas como isentas do pagamento do imposto de renda - pressupõe revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 232.109/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 24/10/2012). (Grifos acrescidos).

A par de tal panorama, passo a examinar a suposta vulneração aos dispositivos apontados na inicial.

Com relação à ausência de notificação para a defesa preliminar prevista na Lei de Improbidade Administrativa (art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/1992), o posicionamento adotado no aresto rescindendo continua alinhado com a jurisprudência desta Corte, que pacificou o entendimento de que só há nulidade processual se houver comprovado prejuízo, não verificado naquela ocasião, consoante se percebe da própria ementa daquele julgado (tópicos 4 e 5).

Nesse sentido:

(...) 1. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que o eventual descumprimento da fase preliminar da Lei de Improbidade Administrativa, que estabelece a notificação do acusado para apresentação de defesa prévia, não configura nulidade absoluta, mas nulidade relativa que depende da oportuna e efetiva comprovação de prejuízos.

2. Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte Superior: EREsp 1.008.632/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 9.3.2015; AgRg no REsp 1.194.009/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 30.5.2012; AgRg no AREsp 91.516/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 17.4.2012; REsp 1.233.629/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 14.9.2011. (...) (AgRg no REsp 1.499.116/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 03/09/2015, DJe 17/09/2015).

No que toca à violação do art. 535, I e II, do CPC/1973, a eg. Segunda Turma consignou que os “embargos declaratórios foram rejeitados pela inexistência de omissão, contradição ou obscuridade, tendo o Tribunal *a quo* dirimido a controvérsia, embora de forma desfavorável à pretensão da recorrente, o que não importa em ofensa à referida regra processual”.

Nesse passo, não vislumbro nenhum laivo de violação dos dispositivos legais antes mencionados, sendo certo que a suplicante manejou a rescisória como sucedâneo recursal.

No que se refere aos arts. 12, parágrafo único, e 10 da Lei n. 8.429/1992, verifico que o acórdão impugnado não examinou o mérito de tal pretensão, tendo aplicado à hipótese, respectivamente, as Súmulas 284 do STF e 7 do STJ, circunstância que, sob a vigência do CPC/1973, ensejava o descabimento do feito rescisório.

Nesse sentido:

Processual Civil. Agravo regimental. Ação rescisória. Ajuizamento contra acórdão que aplicou a Súmula 83 do STJ sem apreciar o mérito da causa. Descabimento.

1. O Superior Tribunal de Justiça “não detém competência para a apreciação de ação rescisória quando não proferiu nenhum pronunciamento a respeito do mérito da demanda rescindenda” (AgRg na AR 5.604/MS, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Segunda Seção, DJe 16.9.2015).

2. Hipótese em que a decisão agravada considerou que, além de a mudança jurisprudencial na interpretação da lei não constituir fundamento para a ação rescisória (Súmula 343 do STF), os temas nela ventilados não foram examinados pelo acórdão rescindendo.

3. Ainda que superados aqueles argumentos, subsiste empeco à apreciação da ação rescisória, visto que o julgado que se pretende rescindir decidiu com arrimo na Súmula 83 desta Corte.

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg na AR 5.626/DF, minha relatoria, Primeira Seção, DJe 04/05/2016).

Ocorre que a presente ação foi ajuizada sob as luzes do CPC/2015, diploma legal que passou a admitir o ajuizamento da rescisória que objetiva rescindir decisão que, “embora não seja de mérito, impeça: (...) II – admissibilidade do recurso correspondente”, conforme disposto no seu art. 966, § 2º, II.

Acerca da questão, vale transcrever o magistério de Teresa Arruda Alvim Wambier e outros, *in* Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil, artigo por artigo, Revista dos Tribunais, 2016, fl. 1.537:

17.3 O *inc. II* resolve um problema específico, que preocupa a doutrina e desafia a criatividade dos operadores do direito. A *decisão que inadmite recurso não é de mérito* e, portanto, à luz do CPC/73, não poderia, rigorosamente, ser impugnada pela ação rescisória. Também não transita, propriamente em julgado. Às vezes, todavia, está *errada*, e *impede o acesso ao órgão jurisdicional* que seria o competente para julgar o recurso. É esta decisão que o CPC de 2015 torna rescindível: *a que obsta o conhecimento do recurso*. O *pedido* que se formula na rescisória intentada com base neste dispositivo é a *admissibilidade do recurso*, que foi indevidamente obstada, *por decisão ilegal*. (Grifos do original).

Conforme ressaltado no excerto supratranscrito, havendo a irresignação, mediante o ajuizamento da ação rescisória, contra a decisão que obsteu o conhecimento do recurso, o “*pedido* que se formula na rescisória intentada com

base neste dispositivo é a *admissibilidade do recurso*, que foi obstada, por *decisão ilegal*". (Grifos do original).

No caso presente, o acórdão rescindendo, ao aplicar a dicção da Súmula 7 do STJ no tocante ao reconhecimento da prática do ato ímprobo previsto no art. 10 da LIA, louvou-se na seguinte fundamentação, *in verbis*:

Na hipótese dos autos, como bem asseverado no *decisum* agravado, o Tribunal de origem deixou claro haver prejuízo aos cofres públicos (fl. 699), bem como a existência de conduta culposa, na modalidade negligência, por parte do administrador público (fl. 700).

Aplica-se, pois, a Súmula 7/STJ, pois inafastável a revisão das provas dos autos para infirmar as conclusões da decisão de segunda instância.

Tal entendimento encontra respaldo na jurisprudência atual deste Sodalício, considerando a inviabilidade da revisão da conclusão da Corte de origem na via do apelo nobre.

No tocante à sanção imposta, o julgado atacado assim pontuou, consoante se verifica do tópico 7 da ementa:

7. Quanto à dosimetria da pena, a decisão ora agravada resolveu corretamente a controvérsia ao estabelecer que, "no que concerne à alegação de necessidade de delimitação territorial das sanções impostas, a não indicação dos dispositivos legais tidos por violados impede a exata compreensão da questão controvertida, o que atrai a aplicação, por analogia, do verbete n. 284 da Súmula do STF, pois o art. 12 da LIA não ampara tal pretensão, consoante se verifica de uma simples leitura do dispositivo".

Bem se vê no acórdão impugnado que, ao se aplicar a Súmula 284 da Suprema Corte, asseverou-se que a mera alusão ao art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa não seria hábil a dar suporte à irrisignação contra eventual excesso na fixação das sanções previstas na LIA.

Não vislumbro, no entanto, o óbice acolhido pela eg. Segunda Turma deste Sodalício. Explico.

O aludido dispositivo, em seu *caput* e incisos, estabelece as sanções decorrentes de atos de improbidade administrativa, e autoriza, no seu parágrafo único, que na "fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente". Assim, tenho que a insurgência contra a penalidade imposta – ao

argumento da excessividade – findou devidamente embasada ao se referir o recorrente ao art. 12 da Lei n. 8.429/1992, *lato sensu*.

Não é demais ressaltar, em *obiter dictum*, a existência de precedentes das Turmas que compõem a Primeira Seção deste Tribunal Superior, os quais modulam a proibição de contratar com o Poder Público, restringindo-a à esfera municipal, consoante os julgados abaixo:

Processual Civil e Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Reexame do conjunto fático-probatório. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Contratação de serviços de terraplanagem sem licitação. Nulidade do contrato. Prejuízo ao erário. Indenização pelos serviços executados. Ausência de boa-fé. Vedação do enriquecimento sem causa. Custos do serviço. Modulação da pena de proibição de contratar. Critérios. Divergência jurisprudencial não demonstrada.

1. Cuida-se, originalmente, de Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra ex-prefeito do Município de Eldorado Paulista e a empresa Trasco Construções e Comércio Ltda., na qual se alega a prática de ato de improbidade administrativa em decorrência da celebração de contrato, sem prévio processo licitatório, para a realização de serviços de terraplanagem, recuperação de rodovias, reencascalhamento, construção e reparo de bueiros etc., no valor de R\$ 1.000.267,00.

2. Na petição inicial, o *Parquet* sustentou ter ocorrido ilegalidade na contratação direta das obras, uma vez não configurada a hipótese de dispensa ou de inexigibilidade da licitação. Aduziu que o estado de calamidade pública causado pelos danos provocados pelas chuvas no mês de janeiro de 1995 não justificava a dispensa de licitação, visto que o contrato somente foi assinado em 10.11.1995, nove meses após as referidas enchentes, quando já havia cessado a situação emergencial que permitiria a contratação imediata sem licitação. Ao final, pugnou pela declaração de nulidade do contrato e a consequente condenação dos réus a ressarcir o Erário municipal e às sanções previstas no art. 12, II, da Lei 8.429/1992.

3. O Juízo de 1º grau julgou o pedido parcialmente procedente, declarando a nulidade do contrato de prestação de serviços de terraplanagem - celebrado entre a Prefeitura Municipal de Eldorado e a empresa ora recorrente - e condenando o ex-prefeito Donizete Antonio de Oliveira e a empresa Trasco Construções e Comércio Ltda., de forma solidária, à reparação aos cofres municipais no valor do contrato (R\$ 1.000.267,00). O Tribunal de Justiça manteve a sentença, corroborando a conclusão de que houve ilegalidade na contratação sem licitação.

4. Não se pode conhecer do Recurso Especial quanto à apontada afronta ao art. 37 da CF/1988, pois o exame da violação de dispositivos constitucionais é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, da Constituição Federal.

5. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

6. *In casu*, a suposta improbidade está vinculada à irregular dispensa de licitação para a realização de obras, especificamente pela desobediência à regra contida no art. 24, IV, da Lei 8.666/1993.

7. A Corte de origem, com base na prova dos autos, concluiu que na ocasião da celebração do contrato já não existia a situação emergencial ou calamitosa que permitiria a dispensa da licitação. A revisão desse entendimento implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ.

8. O Tribunal *a quo* reconheceu expressamente a existência de dano ao patrimônio público, tanto que determinou o ressarcimento ao Erário. Concluiu que o prejuízo decorreu da própria contratação ilegal, feita sem licitação.

9. No caso vertente, a responsabilidade pela nulidade da avença é imputada à Administração e também à empresa ora recorrente, por terem celebrado contratação direta sem que estivesse configurada hipótese de dispensa ou inexigibilidade da licitação.

10. O acórdão recorrido foi contundente ao afastar a arguição de boa-fé da empresa Trasco, aduzindo não ser crível que a empresa desconheça a necessidade de licitação para contratar com a Administração Pública. Eis excertos do voto condutor do julgado: “Os réus violaram todos os princípios constitucionais, e não cabe aqui, o argumento da boa-fé da contratante, pois, alguém, em sã consciência, não pode crer que alguma empresa, desconheça a necessidade de licitação para contratar com a administração Pública, tanto mais uma da envergadura da autora, capaz de executar obra do porte daquela que foi feita no Município e daquele valor? É do conhecimento geral, que a contratação com a administração pública deve ser precedida de uma licitação ou uma justificação para sua ausência. E a justificativa apresentada é, sem dúvida, insuficiente e descabida” (fl. 71, e-STJ). Ademais, o Tribunal de origem acrescentou no julgamento dos Embargos de Declaração: “O v. Acórdão abordou esta questão, determinando que não se justifica devolução de valores, salientado pela jurisprudência colacionada que não caberá invocação de enriquecimento ilícito da Administração, quando alguém gastar em desacordo com a lei, havendo de fazê-lo por sua conta e risco. Além do mais, não cabe aqui, a ressalva de que o ato pode ser revalidado, se a empresa agiu de boa-fé, uma vez que o V. Acórdão embargado também abordou esta questão, ao afastar a arguição de boa-fé da empresa TRASCO, aduzindo não ser crível que aquela desconheça a necessidade de licitação para contratar com a Municipalidade” (fl. 786, e-STJ).

11. Rever a orientação do Tribunal *a quo*, de modo a concluir pela existência de boa-fé da empresa, requer revolvimento do conjunto fático-probatório, inadmissível na via estreita do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

12. Por força da incidência do art. 59, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, o STJ sedimentou entendimento de que a invalidação do contrato garante ao contratado de boa-fé que iniciou a execução do contrato o dever de indenizar o que foi executado até a data em que a nulidade for declarada, desde que não lhe seja imputável o vício. Já para o contratado de má-fé, como no presente caso, e à luz do princípio da vedação do enriquecimento sem causa, é assegurado apenas o retorno ao *status quo*, equivalente ao custo básico do produto ou serviço, sem nenhuma margem de lucro. No mesmo sentido: REsp 1.153.337/AC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 24.5.2012.

13. Nesse contexto, considerando que foi assentada a má-fé pelo Tribunal de origem, merece parcial provimento o recurso para que a pena de ressarcimento ao Erário corresponda, até a declaração da nulidade, ao que exceder o custo básico do serviço efetivamente prestado.

14. Com efeito, a modulação da pena de proibição de contratar pode ser feita por elementos do caso concreto, como ocorrência de: gravidade da conduta, possibilidade de sua repetição nas demais esferas da Administração, interesse público de caráter nacional. Sobre ser viável modular a citada penalidade: EDcl no REsp 1.021.851/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 6.8.2009.

15. Neste feito e tendo em vista os critérios acima, os elementos assentados pelo Tribunal de origem indicam exacerbação da penalidade imposta, de forma que é de rigor a modulação da pena de proibição de contratar com a Administração Pública para restringi-la à esfera municipal.

16. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea “c” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

17. Recurso Especial parcialmente conhecido e provido em parte. (REsp 1.188.289/SP, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/12/2013). (Grifos acrescidos).

Administrativo. Improbidade. Justiça Estadual. Competência. Julgamento antecipado da lide. Súmula 7 do STJ. Incidência. Art. 10 da Lei n. 8.429/1992. Dolo ou culpa. Desconstituição de premissas fáticas. Impossibilidade. Sanção imposta. Modulação.

1. Esta Corte, pela sua Primeira Seção, pacificou o entendimento de que nas ações de ressarcimento ao erário e de improbidade administrativa ajuizadas em face de eventuais irregularidades praticadas na utilização ou na prestação de

contas de valores decorrentes de convênio federal, o simples fato de as verbas estarem sujeitas à prestação de contas perante o Tribunal de Contas da União, por si só, não justifica a competência da Justiça Federal, exigindo, em casos tais, a presença de um dos entes arrolados no art. 109, I, da CF/88, não sendo essa a hipótese dos autos. Competência da Justiça estadual evidenciada.

2. Tendo as instâncias ordinárias reconhecido que as provas até então carreadas ao feito seriam suficientes ao julgamento da demanda, a alteração de tal conclusão exigiria novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em sede de recurso especial, conforme a Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

3. A jurisprudência de ambas as Turmas que integram a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento segundo o qual o elemento subjetivo é essencial à configuração da improbidade, exigindo-se dolo para que se configurem as hipóteses típicas dos arts. 9º e 11, ou pelo menos culpa, nas hipóteses do art. 10, todos da Lei 8.429/1992.

4. Hipótese em que os recorrentes *Abílio Marum Tabet Filho, Pedro Dal Pian Flores e M. Tabet Engenharia Consultiva S/C Ltda.* foram condenados pela prática de ato previsto no art. 10 da LIA, decorrente de irregularidades verificadas em processo licitatório, consubstanciadas na majoração injustificada de contrato administrativo em 42% do valor do contrato, bem assim adiamento sem fundamentação do início das obras de esgotamento sanitário.

5. O Tribunal *a quo*, soberano no exame do material cognitivo produzido nos autos, apontou categoricamente a participação dos recorrentes no episódio que vulnerou o procedimento licitatório em destaque, de modo que a revisão pretendida esbarra no óbice estampado na Súmula 7 do STJ.

6. *Esta Corte consolidou o entendimento acerca da viabilidade da revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ação de improbidade administrativa quando, da leitura do acórdão recorrido, verificar-se a desproporcionalidade entre os atos praticados e as sanções impostas.*

7. *No caso, a imposição à construtora da pena de proibição de contratar com a Administração Pública em todas as suas esferas pelo prazo de 5 (cinco) anos afigura-se extremamente gravosa, de modo a autorizar a modulação da sanção, restringindo-a à esfera municipal do local do dano. Precedentes.*

8. Agravos internos desprovidos. (AgInt no REsp 1.589.661/SP, minha relatoria, Primeira Turma, DJe 24/03/2017). (Grifos acrescentados).

Nesse passo, impõe-se a desconstituição do acórdão rescindendo na parte alusiva à incidência da Súmula 284 do STF, com a restituição dos autos à eg. Segunda Turma para novo exame da questão.

Ressalte-se, por oportuno, não ser o caso de se proferir novo julgamento, nos termos do art. 974, *caput*, do CPC/2015, em virtude de o mérito do recurso, no ponto, não ter sido analisado na decisão rescindida. Tal providência enseja o pronunciamento meritório do órgão regimentalmente competente, preservando, de outro lado, a competência da Primeira Seção para o exame de eventual recurso.

Ante o exposto, *julgo parcialmente* procedente o pedido, para desconstituir o julgado rescindendo na parte em que aplicada a Súmula 284 do STF e determinar o retorno dos autos à eg. Segunda Turma desta Corte, para, superado tal óbice, examinar a questão submetida no apelo nobre, pertinente à dosimetria da pena, como entender de direito. Custas na forma da lei. Condenação da parte demandada no pagamento da verba honorária, fixada em 10% sobre o valor atualizado da causa. Agravo interno *prejudicado*.

É como voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Processual Civil. Ação rescisória. Violação a literal disposição legal. Recurso especial. Tópico não admitido. Súmula 284/STF. Indicação da norma violada. Não ocorrência. Voto divergente do relator e do revisor.

1. Trata-se de Ação Rescisória proposta contra acórdão exarado pela Segunda Turma, em que o e. Relator, Ministro Gurgel de Faria, votou pela parcial procedência da ação, de forma que: a) não reconheceu a nulidade por ausência de notificação prévia; b) rejeitou a análise dos elementos da improbidade administrativa por demandar reexame de provas; e c) acolheu a pretensão de que não se deve conhecer do pedido de revisão da pena de proibição de contratar com a Administração Pública, pois não incide a Súmula 284/STF como óbice de admissibilidade do Recurso Especial quando a parte aponta violação do art. 12 da LIA.

2. O e. Revisor, Ministro Francisco Falcão, acompanhou o Relator.

3. Já o Ministro Og Fernandes abriu divergência quanto ao tópico acolhido pelo Relator, pois não se indicou, na petição da Ação Rescisória, norma legal de admissibilidade que teria sido ultrajada pela

aplicação da Súmula 284/STF, como possibilita o inciso II do § 2º do art. 966 do CPC/2015.

4. *Após análise dos autos e dos argumentos dos judiciosos votos que me precederam, entendo que o e. Ministro Og Fernandes tem razão, com vênias aos que se posicionaram em sentido contrário.*

5. Assim como o Ministro Og Fernandes, eu me aterei ao ponto em que os eminentes Relator e Revisor julgam procedente.

6. Registro que no acórdão rescidendo fui o Relator para lavrá-lo em razão de os pontos em que divergi terem sido vencedores. Esclareço, porém, que esse não foi o caso da aplicação da Súmula 284/STF sobre o pedido de revisão da pena de proibição de contratar, aqui discutida, pois ela adveio, sem divergência, da decisão do relator original, Ministro Cesar Asfor Rocha.

7. De qualquer sorte, antes que se pudesse adentrar o acerto da decisão de admissibilidade do Recurso Especial, agora viabilizado em Ação Rescisória pelo inciso II do § 2º do art. 966 do CPC/2015, caberia ao autor apontar o dispositivo legal relacionado à admissão do Apelo Nobre cuja expressa disposição teria sofrido afronta.

8. A parte autora sustenta no respectivo tópico: “É manifesta também a violação do artigo 12, § único, da Lei n. 8.429/92, porquanto, vale reiterar, ainda que o dispositivo legal não tenha previsto literalmente a ‘delimitação territorial da proibição de contratar com a Administração Pública’, foi peremptório ao determinar que, ‘na fixação das penas previstas nesta Lei, o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente’”.

9. Se o objetivo da Ação Rescisória é superar o não conhecimento declarado pela decisão rescindenda, deve a parte autora mostrar o dispositivo legal relativo ao conhecimento do recurso que foi mal aplicado, ônus do qual, como se viu, ela não se desincumbiu.

10. Por todo o exposto, *pedindo vênias ao e. Relator, Ministro Gurgel de Faria, e ao e. Revisor, Ministro Francisco Falcão, sigo a divergência inaugurada pelo e. Ministro Og Fernandes para julgar improcedente a Ação Rescisória.*

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Ação Rescisória proposta contra acórdão proferido pela Segunda Turma assim ementado:

Administrativo. Processual Civil. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Ausência de defesa prévia. Prejuízo não demonstrado. Nulidade não reconhecida. Precedentes.

1. Trata-se, originariamente, de Ação Civil Pública por improbidade administrativa, proposta com amparo no art. 10 da LIA. Narra a inicial que a Sanep e a Intranscol firmaram contrato para execução de serviços de coleta, transporte e destinação final de lixo domiciliar e urbano, que sofreu aditamento para inclusão de serviços já previstos da avença original avaliados em aproximadamente R\$ 7 mil/mês. Apontou-se que “o recolhimento nos balneários já estava previsto no contrato (cláusula 4.1., fl. 64), não havendo qualquer motivo para que a contratada incluísse os respectivos custos para calcular o preço da parcela a ser acrescida ao preço antes ajustado. Assim agindo, a contratada calculou o preço do serviço acrescido considerando que utilizaria mais um veículo compactador, mais um motorista e mais quatro operários, quando, na verdade, a coleta de lixo na Colônia Z-3 seria feita com os mesmos caminhões e funcionários que faziam o serviço nos balneários, como foi claramente constatado no inquérito civil” (fl. 6, e-STJ).

2. A sentença que condenou a agravante foi, nessa parte, mantida pelo Tribunal de origem.

3. Sentença, acórdão da apelação e decisão monocrática proferida no Agravo em Recurso Especial ratificam a existência de superfaturamento e a ilicitude do aditivo contratual referente à avença sobre prestação de serviços de coleta, transporte e destinação final de lixo domiciliar e urbano. Destaco trecho do acórdão da apelação, que afirma: “é indubitoso o fato de que o aditivo contratual representou lesão aos cofres do SANEP. A essa conclusão se chega pela análise da prova carreada aos autos” (fl. 697, e-STJ).

4. No que tange à nulidade por ausência de apresentação de defesa prévia, afasto a alegação. A falta da notificação prevista no art. 17, § 7º, da Lei 8.429/1992 não invalida os atos processuais ulteriores, salvo quando ocorrer efetivo prejuízo e cuidar-se de matéria sujeita à preclusão caso não alegada na primeira oportunidade. Nesse sentido, especialmente quanto à necessidade de comprovação de prejuízo: REsp 1.034.511/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22.9.2009, AgRg no REsp 1.269.400/SE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 30.10.2012; REsp 1.106.657/SC, AgRg no REsp 1.102.652/GO, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 31.8.2009; REsp 1.106.657/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.9.2010; REsp 965.340/AM, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 8.10.2007; REsp 1.218.202/MG, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 29.4.2011; AgRg no AREsp 104.451/MG, Rel. Ministro Herman

Benjamin, Segunda Turma, DJe 23.4.2012; EDcl no REsp 1.194.009/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 30.5.2012; AgRg no Ag 1.379.397/PE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 7.12.2011; REsp 1.225.426/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 11.9.2013.

5. O acórdão recorrido atesta que, “considerando que a empresa foi devidamente citada (fls. 340v e 348), veio aos autos e contestou o feito (fls. 350-3), foi intimada para a produção de prova testemunhal (fl. 372), apresentou rol de testemunhas (fl. 373), ficou-se silente às intimações para comprovar a remessa da Carta Precatória de inquirição da testemunha Airton (fls. 390 e 420), foi intimada do encerramento da instrução (fl. 425) sem se manifestar ou mesmo recorrer, a resposta é negativa, inexistindo, no caso, dano capaz de tornar nula a irregularidade sanada após a fase de instrução processual, mormente quando a questão só poderia versar o recebimento da inicial” (fls. 685-686, e-STJ). Não houve, portanto, prejuízo, e a revisão da compreensão fixada pela decisão *a quo* esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

6. Na hipótese dos autos, como bem asseverado no *decisum* agravado, o Tribunal de origem deixou claro haver prejuízo aos cofres públicos (fl. 699), bem como a existência de conduta culposa, na modalidade negligência, por parte do administrador público (fl. 700). Aplica-se, pois, a Súmula 7/STJ, pois inafastável a revisão das provas dos autos para infirmar as conclusões da decisão de segunda instância.

7. Quanto à dosimetria da pena, a decisão ora agravada resolveu corretamente a controvérsia ao estabelecer que, “no que concerne à alegação de necessidade de delimitação territorial das sanções impostas, a não indicação dos dispositivos legais tidos por violados impede a exata compreensão da questão controvertida, o que atrai a aplicação, por analogia, do verbete n. 284 da Súmula do STF, pois o art. 12 da LIA não ampara tal pretensão, consoante se verifica de uma simples leitura do dispositivo”.

8. Agravo Regimental não provido.

A parte autora alegou:

24. Sem dúvida, mero inadimplemento contratual não constitui improbidade administrativa, sequer na forma culposa. Imperioso reconhecer, por consequência, a manifesta violação do artigo 10 da Lei n. 8.429/92, pois o acórdão rescindendo não explicitou qual seria o suposto comportamento culposos da empresa “na modalidade negligência”.

Apesar dos embargos de declaração, o acórdão rescindendo disse apenas que houve “conduta culposa, na modalidade negligência, por parte do administrador público”. Nada mais.

(...)

26. O acórdão rescindendo também não deu a menor justificativa para a proibição de contratar com o Poder Público por cinco anos, em todo o território brasileiro, esquecendo que o suposto ato de improbidade ficou circunscrito ao município de Pelotas/RS e que o artigo 12, § único, da Lei n. 8.429/92 estabelece taxativamente: “Na fixação das penas previstas nesta Lei, o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”.

27. Manifesta, assim, a violação do artigo 1.022 do Código de Processo Civil “uma vez que, a despeito da oposição de embargos de declaração - nos quais os recorrentes apontam a existência de omissão... - o Tribunal não se manifestou de forma satisfatória sobre o alegado, notadamente pelo fato de ter afirmado que essa matéria já fora analisada em outros julgados, o que não ocorreu” (STJ-4ª. REsp 1.201.666, Min. Luis Felipe Salomão).

28. E manifesta também a violação do artigo 12, § único, da Lei n. 8.429/92, porquanto, vale reiterar, ainda que o dispositivo legal não tenha previsto literalmente a “delimitação territorial da proibição de contratar com a Administração Pública”, foi peremptório ao determinar que, “na fixação das penas previstas nesta Lei, o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”.

(...)

33. Se tanto não bastasse, restaria lembrar que o acórdão rescindendo ainda incorreu em manifesta violação do artigo 17, § 7º, da Lei n. 8.429/92: “a realização tardia de formalidade que deve ser cumprida no início do processo certamente não apaga o cerceamento de defesa, muito menos quando é impedida a produção das provas requeridas: a testemunhal sob o tendencioso argumento de que estaria irrevogavelmente encerrada a ‘fase instrutória do processo’; e a pericial porque poderia ser substituída por ‘mera consulta a um mapa ou à Internet (Google Maps)’. O dissídio jurisprudencial sobre a interpretação do artigo 17, § 7º, da Lei n. 8.429/92 ficou mais que evidenciado: enquanto o acórdão recorrido defende não haver ‘dano capaz de tornar nula a irregularidade sanada após a fase de instrução processual, mormente quando a questão só poderia versar o recebimento da inicial’, o paradigma invocado declara que ‘a partir do julgamento do REsp n. 883.795/SP, este eg. Superior Tribunal de Justiça firmou a tese de que ‘a inobservância do contraditório preambular em sede de ação de improbidade administrativa, mediante a notificação prévia do requerido para o oferecimento de manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias (§ 7º, do art. 17, da Lei 8.429/92), importa em grave desrespeito aos postulados constitucionais da ampla defesa e do contraditório, corolários do princípio mais amplo do *due process of law*’. Precedente: REsp n. 1.008.632/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 15.09.2008”.

34. Apesar das insofismáveis ilegalidades, o acórdão rescindendo transitou em julgado e, dessa forma, não resta alternativa à suplicante senão promover a ação rescisória por manifesta violação do artigo 1.022 do Código de Processo Civil e dos artigos 10, 17, § 7º, e 12, § único, da Lei n. 8.429/92.

O e. Relator, Ministro Gurgel de Faria, votou pela parcial procedência da ação, de forma que: a) não reconheceu a nulidade por ausência de notificação prévia; b) rejeitou a análise dos elementos da improbidade administrativa por demandar reanalisar provas; e c) acolheu a pretensão de que se deve conhecer do pedido de revisão da pena de proibição de contratar com a Administração Pública, pois não incide a Súmula 284/STF como óbice de admissibilidade do Recurso Especial quando a parte aponta violação do art. 12 da LIA.

O e. Revisor, Ministro Francisco Falcão, acompanhou o Relator.

Já o Ministro Og Fernandes abriu divergência quanto ao tópico acolhido pelo Relator, pois não houve indicação, na petição da Ação Rescisória, da norma legal de admissibilidade que teria sido afrontada pela aplicação da Súmula 284/STF, como possibilita o inciso II do § 2º do art. 966 do CPC/2015.

Após análise dos autos e dos argumentos dos judiciosos votos que me precederam, entendo que o e. Ministro Og Fernandes tem razão, com vênias aos que se posicionaram em sentido contrário.

Assim como o Ministro Og Fernandes, eu me aterei ao ponto em que os emenintes Relator e Revisor julgam procedente.

Registro que no acórdão rescidendo fui o Relator para lavrar o acórdão em razão de os pontos em que divergi terem sido vencedores. Esclareço, porém, que esse não foi o caso da aplicação da Súmula 284/STF sobre o pedido de revisão da pena de proibição de contratar, aqui discutida, pois ela adveio, sem divergência, da decisão do relator original, Ministro Cesar Asfor Rocha.

De qualquer sorte, antes que se pudesse adentrar o acerto da decisão de admissibilidade do Recurso Especial, agora viabilizado em Ação Rescisória pelo inciso II do § 2º do art. 966 do CPC/2015, caberia ao autor mostrar o dispositivo legal relacionado à admissão do Apelo Nobre cuja expressa disposição teria sido ultrajada.

A parte autora, por sua vez, sustenta no respectivo tópico:

28. E manifesta também a violação do artigo 12, § único, da Lei n. 8.429/92, porquanto, vale reiterar, ainda que o dispositivo legal não tenha previsto literalmente a “delimitação territorial da proibição de contratar com a

Administração Pública”, foi peremptório ao determinar que, “na fixação das penas previstas nesta Lei, o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”.

Se o objetivo da Ação Rescisória é superar o não conhecimento declarado pela decisão rescindenda, deve a parte autora apontar o dispositivo legal relativo ao conhecimento do recurso que foi mal aplicado, ônus do qual ela não se desincumbiu.

Por todo o exposto, *pedindo vênias ao e. Relator, Ministro Gurgel de Faria, e ao e. Revisor, Ministro Francisco Falcão, siga a divergência inaugurada pelo e. Ministro Og Fernandes para julgar improcedente a Ação Rescisória.*

É como voto.

**AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NA PETIÇÃO
N. 11.801-MG (2015/0318861-7)**

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Agravante: ADEMIG - Associação dos Atacadistas Distribuidores do Estado de Minas Gerais

Advogados: Laurindo Leite Junior - SP173229

Leandro Martinho Leite e outro(s) - SP174082

Agravado: Estado de Minas Gerais

Procuradores: Nabil El Bizri e outro(s) - MG046505

Luiz Henrique Novaes Zacarias - MG080790

EMENTA

Tributário. Processual Civil. Embargos de divergência. Acórdão embargado proferido em recurso ordinário em mandado de segurança. Descabimento. Precedentes.

1. Este Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência consolidada pelo descabimento da interposição de embargos de

divergência contra acórdão prolatado em sede de recurso ordinário em mandado de segurança. Nesse sentido: *RCD nos EREsp 1.185.404/AM*, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 13/03/2019; *AgRg nos EREsp 1.361.520/PA*, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe 18/12/2018; e *AgRg nos EREsp 1.388.241/RJ*, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 28/09/2018.

2. 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, Benedito Gonçalves e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente o Sr. Ministro Og Fernandes e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 12 de junho de 2019 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 19.6.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Trata-se de agravo interno, manejado por *ADEMIG - Associação dos Atacadistas Distribuidores do Estado de Minas Gerais*, desafiando decisão que não conheceu dos embargos de divergência contra acórdão prolatado em sede de recurso ordinário em mandado de segurança.

A parte agravante, em suas razões, sustenta a possibilidade de conhecimento dos embargos de divergência, em razão dos princípios da fungibilidade recursal, da instrumentalidade das formas e da inafastabilidade do Poder Judiciário previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88. Segue afirmando que, “se o posicionamento exarado pela E. Segunda Turma foi firmado em um determinado sentido e o

da E. Primeira Turma seguiu em linha oposta, imperioso que o processo seja dirigido à Primeira Seção deste E. STJ para uniformização de entendimento, ainda que o acórdão divergente seja originário de Recurso Ordinário e de não Recurso Especial” (fl. 526). Requer a reconsideração do *decisum*, ou a submissão do feito ao julgamento colegiado.

Aberta vista ao agravado, transcorreu *in albis* o prazo para apresentação de impugnação (cf. certidão de fl. 537).

É o breve relato.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): A irrisignação 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 embargos de divergência opostos por *ADEMIG - Associação dos Atacadistas Distribuidores do Estado de Minas Gerais*, contra acórdão proferido pela 2ª Turma deste STJ, que manteve a negativa de seguimento ao recurso ordinário em mandado de segurança do ora recorrente, ao argumento de que o Secretário de Estado da Fazenda não seria parte legítima para figurar no pólo passivo de mandado de segurança que visa afastar restrições ao aproveitamento de créditos de ICMS.

Referida decisão recebeu a seguinte ementa:

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 órgãos 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.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 418/464).

A parte embargante sustenta a existência de divergência com julgado da Primeira Turma - AgRg no RMS 44.350/MG, que teria reconhecido a legitimidade do Secretário de Estado da Fazenda em caso semelhante.

É o relatório.

A pretensão recursal encontra óbice inarredável ao seu prosseguimento, porquanto é notória a inadequação recursal.

O acórdão embargado foi proferido na via do recurso ordinário em mandado de segurança e, nos termos do art. 1.043 do CPC/2015, o cabimento dos embargos de divergência é restrito aos casos em que houver decisão de órgão fracionário do Tribunal proferida *em sede de recurso especial*, que se mostre divergente da orientação adotada por outra Turma, Seção, ou Órgão Especial. Confira-se:

Art. 1.043. É embargável o acórdão de órgão fracionário que:

I - em recurso extraordinário ou em *recurso especial*, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito;

III - em recurso extraordinário ou em *recurso especial*, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia; [grifo nosso]

Também o art. 266 do Regimento Interno desta Corte apenas prevê como hipótese de admissão desse recurso quando a decisão proferida pelo órgão fracionário ocorrer em recurso especial. Veja-se:

Art. 266. Cabem embargos de divergência contra acórdão de Órgão Fracionário que, *em recurso especial*, divergir do julgamento atual de qualquer outro Órgão Jurisdicional deste Tribunal, sendo: (Redação dada pela Emenda Regimental n. 22, de 2016)

I - os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito; (Incluído pela Emenda Regimental n. 22, de 2016)

II - um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia. (Incluído pela Emenda Regimental n. 22, de 2016) [grifo nosso]

Este Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência consolidada pelo descabimento da interposição de embargos de divergência contra acórdão prolatado em sede de recurso ordinário em mandado de segurança. A propósito:

Processual Civil. Agravo regimental. Embargos de divergência em recurso ordinário em mandado de segurança. Não cabimento. Falta de previsão legal. Recurso a que se nega provimento.

1. Os embargos de divergência destinam-se exclusivamente a uniformização de teses enfrentadas em recurso especial, conforme se pode verificar na legislação de regência: artigo 546 do CPC; artigo 29 da Lei n. 8.038/90; e artigo 266, *caput*, do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça.

2. Por isso, descabida a interposição de embargos de divergência contra acórdão proferido em recurso ordinário em mandado de segurança. Precedentes da Corte Especial.

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

(AgRg na Pet 10.132/AM, Rel. Ministro Jorge Mussi, Corte Especial, DJe 31/08/2015)

Processual Civil. Embargos de divergência. Acórdão proferido em sede de recurso ordinário em mandado de segurança. Não cabimento.

1. O cabimento dos embargos de divergência é restrito aos casos em que houver decisão da Turma, proferida em sede de recurso especial, que se mostre divergente da orientação adotada por outra Turma, Seção, ou Órgão Especial. Os arts. 546 do CPC e 266 do RISTJ não prevêm hipótese de admissão desse recurso quando interposto contra decisão proferida por Turma em recurso ordinário em mandado de segurança. Precedente: AGEDv no RMS 10429/SC, 6ª T., Min. Vicente Leal, DJ de 29.05.2000.

2. Agravo regimental a que se nega provimento

(AgRg na Pet 4.285/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 20/03/2006, p. 177)

Ante o exposto, *não conheço* dos embargos de divergência.

Publique-se.

Conforme antes consignado, conforme o art. 1.043, I e III, do vigente Código de Processo Civil, e 266 do RISTJ, não é cabível a oposição de embargos de divergência tendo como acórdão embargado aquele proferido nos autos de recurso ordinário em mandado de segurança.

Em reforço, confirmam-se os recentes julgados:

Processual Civil. Agravo interno nos embargos de divergência em recurso especial. Enunciado Administrativo n. 3/STJ. Embargos de divergência apresentados contra acórdão proferido em sede de recurso ordinário. Recurso

manifestamente incabível. Exegese do art. 1.043 do CPC/2015, c/c o art. 266 do RISTJ. Precedentes. Agravo não provido.

1. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que, mesmo sob a vigência do CPC/2015, não se admite como paradigma, em embargos de divergência, acórdão proferido em ações que possuem natureza de garantia constitucional como *habeas corpus*, recurso ordinário em *habeas corpus*, mandado de segurança, recurso ordinário em mandado de segurança, *habeas data* e mandado de injunção.

2. Agravo interno não provido.

(RCD nos EREsp 1.185.404/AM, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 13/03/2019)

Agravo regimental nos embargos de divergência em recurso especial. Reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. Discussão acerca da possibilidade de manutenção dos registros de dados criminais no Sistema Nacional de Informações Criminais - SINIC. Dissídio jurisprudencial. Acórdão paradigma prolatado em recurso ordinário em mandado de segurança. Inadmissibilidade. Precedentes. Agravo desprovido.

1. O paradigma apontado como divergente pelo Embargante foi prolatado em recurso ordinário em mandado de segurança, inapto, portanto, a configurar o alegado dissídio, conforme jurisprudência mansa e pacífica desta Corte. Precedentes.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EREsp 1.361.520/PA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe 18/12/2018)

Agravo regimental nos embargos de divergência em recurso especial. Paradigma oriundo de *habeas corpus*. Inviabilidade. Competência. Inexistência de dissenso entre teses jurídicas. Situações fáticas diversas. Recurso desprovido.

1. É prevalecente no STJ o entendimento de que não se admitem como acórdãos paradigma aqueles proferidos em recurso ordinário em mandado de segurança, ação rescisória, *habeas corpus* e conflito de competência.

2. Para o conhecimento dos embargos de divergência, é necessário haver similitude entre os julgados confrontados e a imprescindível manifestação dos acórdãos paradigma sobre o tema divergente.

3. A finalidade dos embargos de divergência é a uniformização da jurisprudência do STJ, de forma que entendimentos já superados não se prestam a embasar esse recurso.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EREsp 1.388.241/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 28/09/2018)

Ademais, tendo o legislador optado por restringir as hipóteses de cabimento dos embargos de divergência apenas aos acórdãos proferidos em recurso especial e em recurso extraordinário, não há falar em ofensa aos princípios da fungibilidade recursal, da instrumentalidade das formas e da inafastabilidade do Poder Judiciário previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88.

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

É o voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N.
1.575.846-SC (2015/0322068-7)**

Relator: Ministro Og Fernandes

Embargante: Estado de Santa Catarina

Procuradores: Célia Iraci da Cunha - SC022774

Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina

Embargado: Agropecuária Rio das Pedras Ltda

Advogados: Jair Dal Ri - SC012533

Rosani Detke Dal Ri e outro(s) - SC017295

EMENTA

Processo Civil. Administrativo. Embargos de divergência em recurso especial. Desapropriação. Indireta. Natureza. Ação indenizatória de direito real. Prescrição. Aplicação analógica do prazo de usucapião. Regra. Prazo decenal. Construção de obras ou implantação de serviços de utilidade pública ou interesse social. Presunção relativa. Possibilidade de prova em sentido contrário. Prazo de quinze anos. Exceção.

1. Conforme a jurisprudência, é irrelevante para o conhecimento dos embargos de divergência o fato de não estar o acórdão paradigma transitado em julgado.

2. A divergência entre os órgãos fracionários deste Colegiado é evidente. Para a Primeira Turma, o prazo é de 15 anos, na medida em que o parágrafo único do art. 1.238 do Código Civil destina-se especificamente a regular os direitos do posseiro particular que ocupa o imóvel para uso residencial ou produtivo. Para a Segunda Turma, o prazo de 10 anos de referido dispositivo é plenamente aplicável à desapropriação indireta, por presumir-se a implementação pelo Poder Público de obras ou serviços de utilidade pública ou interesse social.

3. O conceito de desapropriação indireta retrata situação fática em que a Administração, sem qualquer título legítimo, ocupa indevidamente a propriedade privada. Incorporado de forma irreversível e plena o bem particular ao patrimônio público, resta ao esbulhado apenas a ação indenizatória por desapropriação indireta.

4. A jurisprudência conferiu a essa ação indenizatória caráter de direito real, equiparando seu prazo prescricional ao da ocorrência de usucapião em favor do ente público.

5. A adoção das regras de Direito Privado decorre unicamente de construção jurisprudencial. Para aplicação ao Direito Administrativo de normas do Código Civil de 2002 destinadas a regular relações estritamente particulares, é preciso interpretá-las de forma temperada. No caso da desapropriação indireta, inexistente sequer norma positiva no Direito Administrativo, não podendo se exigir da lei civil essa disposição.

6. Todo o sentido do Código Civil é pela ponderação entre os direitos de propriedade do particular e o interesse coletivo. No equilíbrio entre eles, está a função social da propriedade. Assim, plenamente aplicável o parágrafo único às hipóteses de desapropriação indireta, por presunção de haver o Estado implantado obras ou serviços de caráter social ou utilidade pública.

7. A presunção é relativa, podendo ser afastada pela demonstração efetiva de inexistência de referidas obras ou serviços.

8. Em regra, portanto, o prazo prescricional das ações indenizatórias por desapropriação indireta é decenal. Admite-se, excepcionalmente, o prazo prescricional de 15 anos, caso concreta e devidamente afastada a presunção legal.

9. No caso dos autos, o acórdão da origem demonstra tratar-se de desapropriação indireta pela construção de rodovia, hipótese de incidência da regra geral. A obra foi realizada em 1976. O decreto de utilidade pública editado em 1994 interrompeu a prescrição. Aplicando-se a regra de transição do Código Civil de 2002, o prazo prescricional de 10 anos teve início em 11/1/2003. Tendo a presente ação sido ajuizada em agosto de 2013, é forçoso o reconhecimento da prescrição.

10. Embargos de divergência providos.

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, conhecer dos embargos de divergência e dar-lhes provimento, nos termos do voto de Sr. Ministro Relator. Vencidos os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Napoleão Nunes Maia Filho. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Gurgel de Faria e Herman Benjamin (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 26 de junho de 2019 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 30.9.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de embargos de divergência interpostos pelo Departamento Estadual de Infraestrutura - DEINFRA contra acórdão prolatado pela Primeira Turma, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, assim ementado (e-STJ, fl. 260):

Administrativo. Agravo interno no recurso especial. Desapropriação indireta. Prazo prescricional. Ação de natureza real. Usucapião extraordinário. Súmula 119/STJ. Prescrição vintenária. Código Civil de 2002. Art. 1.238, parágrafo único. Redução do prazo. Art. 2.028 do CC/2002. Regra de transição. Não cabimento. Prazo de 15 anos. Não ocorrência.

1. O agravante alega que o prazo prescricional nas ações de desapropriação indireta foi reduzido para 10 anos.

2. A egrégia Primeira Turma deste STJ, Rel. p/ Acórdão Min. Napoleão Nunes Maia Filho, firmou o entendimento de que a redução do prazo de prescrição prevista o parágrafo único do art. 1.238 do CC/2002 não é aplicável ao Poder Público, sendo benefício exclusivo do particular para fins de usucapião.

3. Agravo interno não provido.

O embargante sustenta que o acórdão questionado divergiu do entendimento adotado pela Segunda Turma nos autos do AgInt no AREsp 895.931/RS , cuja ementa segue abaixo transcrita:

Processual Civil e Administrativo. Desapropriação indireta. Prescrição. Direito real. Prescrição vintenária. Súmula 119/STJ. Código Civil de 2002. Art. 1.238, parágrafo único. Prescrição decenal. Redução do prazo. Regra de transição.

1. Com fundamento no art. 550 do Código Civil de 1916, o STJ firmou a orientação de que “a ação de desapropriação indireta prescreve em 20 anos” (Súmula 119/STJ).

2. O Código Civil de 2002 reduziu o prazo do usucapião extraordinário para 10 (dez) anos (art. 1.238, parágrafo único), devendo-se, a partir de então, observar as regras de transição previstas no Codex (art. 2.028), adotando-o nas expropriatórias indiretas. Precedentes: REsp 1.300.442/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 26/6/2013; REsp 944.351/PI, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 15/4/2013.

3. No caso dos autos, levando-se em conta que o apossamento ocorreu em 1.999 e que não decorreu mais da metade do prazo vintenário do Código revogado, consoante a regra de transição prevista no art. 2.028 do CC/2002, incide o prazo decenal do atual Código, contado a partir de sua entrada em vigor (11/1/2003), conforme determinado no acórdão da origem.

4. Desse modo, tendo em vista que a ação foi proposta em 14.11.2011, antes do transcurso de 10 (dez) anos da vigência do novel Código Civil, não se configurou a prescrição.

5. Agravo Interno não provido.

(AgInt no AREsp 895.931/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 08/11/2016)

Afirma que, enquanto no aresto embargado decidiu-se ser de 15 anos a prescrição nas ações indenizatórias por desapropriação indireta, no paradigma, fixou-se o entendimento de 10 anos para o referido prazo prescricional.

Decisão de admissibilidade às e-STJ, fls. 273-274.

A embargada manifestou-se indicando não ter o acórdão paradigma transitado em julgado, por estar pendente o julgamento de aclaratórios. Por isso, não seriam admissíveis os presentes embargos (e-STJ, fls. 280-285).

Parecer pelo provimento (e-STJ, fls. 288-291).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Os embargos prosperam.

Preliminarmente, quanto à falta de trânsito em julgado do acórdão paradigma, a questão é irrelevante, conforme a jurisprudência:

Embargos de divergência em recurso especial. Administrativo. Servidores públicos municipais. Reajuste. Execução. Violação da coisa julgada.

1. O cabimento dos embargos de divergência independe do trânsito em julgado do acórdão paradigma.

[...]

4. Embargos de divergência acolhidos.

(REsp 585.392/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Terceira Seção, julgado em 8/10/2008, DJe 7/11/2008)

Recurso especial. Menor hipossuficiente. Proteção. Legitimidade ativa do Ministério Público. Ação civil pública. Lei n. 7.853/89. Ausência de trânsito em julgado do acórdão paradigma. Divergência notória. Ausência de necessidade. Súmula 168/STJ.

1. Não obsta o conhecimento dos embargos de divergência, o fato de o acórdão paradigma ainda não ter transitado em julgado, uma vez que a função daqueles embargos é, tão-somente, definir qual das teses jurídicas confrontadas deve ser aplicada ao caso, sendo irrelevante, para tal, o trânsito em julgado do *decisum* embargado.

[...]

4. Embargos de divergência não conhecidos.

(REsp 710.594/RS, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), Primeira Seção, julgado em 14/5/2008, DJe 6/10/2008)

Agravo regimental nos embargos de divergência. Direito Processual Civil. CEF. COHAB. Construção de casas populares. Atraso no repasse de verbas oriundas do FGTS. Denúnciação da lide. Pretensa incompetência da turma julgadora. Questão estranha aos limites do recurso aviado. Impugnação ao paradigma, porque não transitara em julgado. Irrelevância. Particularidades do julgado paradigmático que não foram consideradas no acórdão embargado. Ausência de similitude fático-processual. Dissídio indemonstrado. Embargos de divergência aos quais se nega seguimento. Decisão mantida em seus próprios termos. Incidência da Súmula n. 598 do STF. Agravo regimental desprovido.

1. Mantém-se incólume a constatação da ausência de similitude fático-processual entre os julgados confrontados, notadamente, porque a essa exata questão foi objeto de análise do próprio acórdão embargado, que rejeitou a pretensa semelhança, erigindo particularidades do caso em apreço, para concluir de forma diversa do paradigma.

2. Nesse contexto, não se presta a via dos embargos de divergência a reexame desse pretense dissídio, conforme é a essência do verbete sumular n. 598 do Supremo Tribunal Federal, *litteris*: “Nos embargos de divergência não servem como padrão de discordância os mesmos paradigmas invocados para demonstrá-la mas repelidos como não dissidentes no julgamento do recurso extraordinário.” No mesmo sentido, dentre outros, os seguintes precedentes desta Corte: AgRg nos EREsp 1.142.908/MA, Rel. Ministra *Laurita Vaz*, *Corte Especial*, julgado em 15/06/2011, DJe 21/11/2011; AgRg nos EREsp 1.001.432/SP, Rel. Ministro *João Otávio de Noronha*, *Segunda Seção*, julgado em 27/04/2011, DJe 10/05/2011; EREsp 261.587/SP, *Primeira Seção*, Rel. Min. *Denise Arruda*, DJ de 01/02/2005; EREsp 287.679-SP, *Terceira Seção*, Rel. Ministra *Laurita Vaz*, DJ de 11/10/2004; EDcl no AgRg nos EREsp 421.746/RS, *Corte Especial*, Rel. Min. *Fontes de Alencar*, DJ de 15/09/2003.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl nos EREsp 1.065.936/SP, Rel. Ministra *Laurita Vaz*, *Corte Especial*, julgado em 19/2/2014, DJe 27/2/2014)

A divergência traçada nestes autos envolve a definição do prazo prescricional nas ações de indenização por desapropriação indireta.

No acórdão embargado, entendeu-se o seguinte:

A egrégia Primeira Turma deste STJ, Rel. p/Acórdão Min. *Napoleão Nunes Maia Filho*, firmou o entendimento de que a redução do prazo de prescrição prevista o parágrafo único do art. 1.238 do CC/2002 não é aplicável ao Poder Público, sendo benefício exclusivo do particular para fins de usucapião.

Já no paradigma da Segunda Turma, afirmou-se:

O Código Civil de 2002 reduziu o prazo do usucapião extraordinário para 10 (dez) anos (art. 1.238, parágrafo único), devendo-se, a partir de então, observar as regras de transição previstas no Codex (art. 2.028), adotando-o nas expropriações indiretas.

A divergência, portanto, é evidente e deve ser resolvida adotando-se o entendimento firmado no aresto paradigma de que o prazo prescricional na hipótese de ação expropriatória por desapropriação indireta é decenal.

Justifico.

O posicionamento exarado pela Primeira Turma tem origem em precedente de lavra do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, do qual se extrai a seguinte razão de decidir (grifos acrescentados):

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o prazo da usucapião extraordinária foi reduzido para 15 anos de acordo com art. 1.238, *caput*, podendo, ainda, para fins de aquisição imobiliária, ser minorado para 10 anos nos casos em que o possuidor tenha estabelecido no imóvel sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

[...]

Com efeito, o referido parág. único do mencionado dispositivo legal consagra, claramente, uma exceção, quando *permite a minoração do prazo aquisitivo com a finalidade de privilegiar o direito constitucional à moradia (art. 6º da CF/88) e o princípio fundamental da República instituído no art. 1º, IV da CF/88.*

Ressalte-se que o direito à moradia e a livre iniciativa são questões afetas ao particular e não ao Poder Público.

[...]

Veja-se que a egrégia 2ª Turma deu interpretação extensiva à *exceção do parag. único, posto que ali, o Legislador Civil não contemplou a utilidade ou o interesse social, não sendo, portanto, possível ao intérprete fazê-lo, dadas as regras da hermenêutica, já citadas.*

Ora, quer me parecer que a redação do dispositivo contém silêncio eloquente a impedir sua aplicação em benefício do Poder Público.

Entretanto, conforme é sabido, *considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade, portanto, fica claro que a regra estabelecida no parágrafo único do art. 1.028 do CC/2002 busca resguardar especificamente o particular.*

Do mesmo modo, tem-se que produtivo é tudo aquilo que visa um ganho decorrente de uma atividade econômica para suprimento próprio ou de terceiros. Assim, *não há como considerar que uma obra social ou assistencial executada pelo Poder Público tenha caráter produtivo.*

[...]

(REsp 1.300.702/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 15/09/2016, DJe 13/10/2016)

No paradigma, identificam-se as seguintes razões (grifos acrescidos):

[...] O Código Civil de 2002, contudo, reduziu o prazo do usucapião extraordinário para 15 anos (art. 1.238, *caput*) e previu a possibilidade de aplicação do prazo de 10 (dez anos) nos casos em que o possuidor tenha estabelecido no imóvel sua moradia habitual, ou realizado obras ou serviços de caráter produtivo:

[...]

Dessa forma, considerando que a desapropriação indireta pressupõe a realização de obras pelo Poder Público ou sua destinação em função da utilidade pública ou do interesse social, com fundamento no atual Código Civil, o prazo prescricional aplicável às expropriatórias indiretas passou a ser de 10 (dez anos).

(AgInt no AREsp 895.931/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 08/11/2016)

A divergência, portanto, depende da solução de três questões: i) só o particular pode ser considerado abrangido pelo conceito de possuidor ou também o Poder Público pode se enquadrar na previsão do dispositivo; ii) apenas a realização de obras ou serviços de caráter produtivo ensejam dita minoração ou o conceito se estende às obras públicas de caráter social ou útil à coletividade; iii) a redução do prazo disposta no Código Civil só atende aos interesses privados ligados à moradia e aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa ou pode ser estendida para atendimento de situações coletivas com destinações de utilidade pública ou interesse social.

Para resolvê-las, é preciso, antes, uma contextualização dos institutos subjacentes à matéria.

Inicialmente, é necessário definir o conceito de desapropriação indireta. E, para tanto, parte-se da própria ideia de desapropriação. Trata-se, na desapropriação chamada direta, da modalidade mais drástica de intervenção estatal na propriedade privada, resultando na passagem compulsória, integral e definitiva do domínio ao ente público.

Na verdade, nem mesmo ocorre a transferência da propriedade: com o ato expropriatório, alcançado ao final de procedimentos administrativos e, se necessário, judiciais, extingue-se a propriedade do particular, adquirindo-a a

Administração, de forma originária e livre de vícios e características anteriores, mediante justa indenização. Este último elemento a distingue, ainda, do confisco.

Na desapropriação indireta, por sua vez, não se trata, a rigor, de desapropriação, mas de indenização por ato ilícito do Estado. A propósito:

[...] há quem denomine a referida demanda de ação de desapropriação indireta, mas essa denominação se nos afigura nitidamente imprópria. Na verdade, a desapropriação indireta é um fato administrativo e, como tal, constitui um dos elementos da causa de pedir na ação [...]

(CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.)

A expressão *desapropriação indireta* foi criada pela jurisprudência pátria para caracterizar o estado de fato, decorrente de *apossamento administrativo*, no qual, por força da afetação do bem ao domínio público, só resta ao proprietário a indenização que receberia, caso o imóvel tivesse sido desapropriado mediante processo regular (*desapropriação direta*), sendo, neste caso, cabível a ação ordinária de indenização, que substitui, no caso, a inadequada ação de reivindicação.

(CRETILLA JR., José. **Regime Jurídico da Desapropriação Indireta**. In: MARTINS, Ives Gandra (org). *Direito Contemporâneo: Estudos em Homenagem a Oscar Dias Correa*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.)

Desapropriação indireta é a que se processa sem observância do procedimento legal; costuma ser equiparada ao esbulho e, por isso mesmo, pode ser obstada por meio de ação possessória. No entanto, se o proprietário não o impedir no momento oportuno, deixando que a Administração lhe dê uma destinação pública, não mais poderá reivindicar o imóvel, pois, os bens expropriados, uma vez incorporados ao patrimônio público, não podem ser objeto de reivindicação.

(DI PIETRO, Maria Sílvia. **Direito Administrativo**. 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2008)

Sua caracterização decorre, na verdade, de efetivo ato ilícito do Poder Público, que esbulha sem qualquer título ou autorização legítimos a propriedade do particular. Sequer existe, nessa situação, decreto declaratório de utilidade pública ou interesse social. Nesse sentido, a doutrina:

[...] a desapropriação chamada indireta nada mais é que um esbulho administrativo, diante do qual, com a afetação do imóvel ao interesse público, ao proprietário nada mais resta senão postular a indenização em juízo. A bem da verdade, o esbulho administrativo não é mais que um ato de força que

gera o direito de instalar-se, podendo o administrador público, a nosso ver, diante de eventual descompasso entre interesse público primário e interesse público secundário, caracterizada que estiver a prática de ato de improbidade administrativa, ser chamado à responsabilidade, dentre outras coisas, para indenizar a administração pública em ação regressiva. Tratando-se de um ato de força, ou de uma situação que se legitima diante do fato consumado, não se há de falar em uma fase declaratória, tampouco em uma fase executória. Diante do apossamento administrativo, ao proprietário esbulhado – e também ao simples possuidor –, à vista da prática de ilícito civil, caberá ingressar com a ação competente, pleiteando a reparação das perdas decorrentes da invasão perpetrada pelo poder público.

A princípio, o esbulho dá ao proprietário a possibilidade de valer-se dos interditos possessórios. Mas, como já se adiantou, uma vez consumado, com a afetação do bem ao domínio público, impossível se mostra a reintegração ou a reivindicação, restando ao particular espoliado haver a indenização correspondente. Ressarcido que for o proprietário, a incorporação do bem ao patrimônio público somente se dará com o registro da sentença transitada em julgado no registro de imóveis.

(SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. **Desapropriação de bens imóveis**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017)

Trata-se, em última análise, de prática inconstitucional, cuja solução haveria de ser a restituição do bem ao particular, acompanhada da indenização por perdas e danos, e a punição draconiana para os responsáveis pela ilicitude.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

A teoria da desapropriação indireta vem sendo construída na França desde o início do século retrasado, e consiste na hipótese em que o Poder Público, sob o fundamento do princípio da intangibilidade da obra pública e supremacia do interesse público, adentra em imóvel particular, incorporando-o ao seu patrimônio, inobservando o devido processo legal da desapropriação.

Trata-se, portanto, de ato ilícito praticado pela Administração Pública.

No conceito de José dos Santos (2007, p. 740), é um “fato administrativo pelo qual o Estado se apropria de bem particular, sem observância dos requisitos da declaração e da indenização prévia”. Preceitua Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 837) que o termo desapropriação indireta é “designação dada ao abusivo e irregular apossamento do imóvel particular pelo Poder público,

com sua conseqüente integração no patrimônio público, sem obediência às formalidades e cautelas do procedimento expropriatório”.

Sustenta, ainda, Kiyoshi Harada (2006, p. 172) que “a chamada desapropriação indireta não chega a ser um instituto de direito por ser um mero instrumento processual para forçar o Poder Público a indenizar o ato ilícito, representado pelo desapossamento da propriedade particular, sem o devido processo legal, que é a desapropriação”.

Consideremos, por fim, a opinião de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 194) para quem a desapropriação indireta “é a que processa sem observância do procedimento legal; costuma ser equiparada ao esbulho [...]”.

Entendem outros autores, tal como Maria Sylvia, que a chamada desapropriação indireta é um verdadeiro esbulho possessório, e o fazem visto que o Estado suprime a posse do bem de seu verdadeiro dono sem respeitar, sequer, os ditames constitucionais previstos. Não se retira a propriedade do bem, visto que esta só será suprimida após o pagamento da indenização devida.

A desapropriação indireta caracteriza-se como desapropriação ao avesso, vez que nesta, ao contrário do que ocorre nas ações por desapropriação ordinária, o administrado-expropriado é quem ajuizará em desfavor do expropriante ação, objetivando o pagamento de indenização e conseqüente transferência do imóvel ao Poder Público.

Ajuizará o interessado ação de indenização por desapropriação indireta, pois, na maioria das vezes, quando do apossamento do imóvel, a Administração Pública inicia imediatamente a implementação dos fins a que se destina o ato de se apossar administrativamente, impossibilitando, desta forma, que se requeira a execução in natura, ou seja, a reivindicação do imóvel.

Uma vez verificada a incorporação do bem à finalidade pública a ele atribuída, não mais caberão as ações possessória e reivindicatória, restando ao administrado buscar a indenização correspondente às perdas e danos correlatos.

Justifica-se a solução da lide em perdas e danos pautada no art. 35 do Decreto-Lei n. 3.365/41, reconhecidamente a lei geral das desapropriações, a qual prescreve que os bens expropriados, uma vez incorporados a Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos.

(PRATES, Laura Spyer. **Desapropriação indireta: direito e realidade**. Revista Brasileira de Direito Municipal, Belo Horizonte, v. 9, n. 29, jul. 2008.)

Diante da irreversibilidade de dita situação fática, em decorrência das inovações estabelecidas pela Administração a partir do apossamento, criou-se jurisprudencialmente o conceito de desapropriação indireta, a fim de se

resguardar os direitos sobre propriedades imóveis, que estariam ainda mais prejudicados caso aplicadas as regras das indenizações ordinárias contra a Fazenda.

A irreversibilidade e a perda total do domínio são, portanto, requisitos indispensáveis para configuração da desapropriação indireta. Se o esbulho não é irreversível, a propriedade, em tese, deveria ser devolvida ao particular, sem prejuízo de indenização pela ocupação temporária; se não há a perda total do domínio, pode haver outras hipóteses de intervenção na propriedade, como a limitação administrativa ou a servidão.

De toda sorte, tratando-se de desapropriação indireta, a jurisprudência decidiu pela aplicação do regime das ações reais para as hipóteses:

Preconizada em nosso ordenamento jurídico pátrio, as ações pessoais são verificadas em casos de proposituras cujo objeto pedido é o condenatório e de natureza de reparação de danos. *Data máxima venia*, tal preceito resta, via de regra, superado no que tange a situação em tela, haja vista que as particularidades específicas do litígio suscitado em juízo no caso de uma desapropriação indireta, no qual seu pedido principal é o indenizatório fundado na perda da propriedade, a melhor doutrina e jurisprudência são unânimes, trata-se de uma ação fundada em direitos reais, dela emanando todas as peculiaridades próprias desse tipo especial de ação.

(BARROS, Gabriel; RODRIGUES, Igor; MOTTA, Rodrigo. Desapropriação indireta. **Revista Síntese: Direito Administrativo**, São Paulo, v. 9, n. 102, p. 9-20, jun. 2014.)

Assim, na verdade, tratam essas hipóteses de ações indenizatórias por desapropriação indireta, fato jurídico consistente na ocupação ilegal e irreversível do bem imóvel do particular pela Administração.

Diante dessa situação, a jurisprudência e a lei buscaram definir sua natureza, se de caráter pessoal ou real. Confira-se:

[...] existe uma diferença entre o prazo de prescrição das ações pessoais contra o Estado, no qual seria aplicável o Decreto n. 20.910/32, e aquele das ações reais, dentre as quais se incluem as ações da chamada “desapropriação indireta” o que, aliás, é um equívoco terminológico. É que se o termo “desapropriação” implica, de acordo com a CF/88, artigo 5º, inciso XXIV, a “justa e prévia indenização em dinheiro”, então falar-se de “desapropriação indireta”, quando o Estado invade propriedade alheia sem justo título e sem promover nenhuma reparação, é algo absolutamente impróprio. É por essa razão que preferimos nos referir a essa hipótese como apossamento administrativo. Pois bem. De acordo com a

jurisprudência pacífica do STF, antes da entrada em vigor do novo Código Civil, às ações reais não se aplica a prescrição quinquenal (vide Recursos Extraordinários n. 47.584, 56.705, 57.966, 64.809 e 73.683, entre outros). Isso porque, caso contrário, estar-se-ia prevendo uma espécie de usucapião em favor do Estado de tempo brevíssimo, o que tornaria tal instituto em conflito com os princípios constitucionais do direito à propriedade e da razoabilidade.

[...]

Aqui, ao contrário do prazo de reparação por ilícito, estamos frente a uma verdadeira e autêntica lacuna legislativa que não deixa outra solução ao intérprete a não ser usar do expediente analógico para verificar no sistema se existe disciplina similar em alguma lei, que possa ser de fonte de normas administrativas.

E consideramos não haver dúvida de que a disciplina a respeito na lei civil é a única que poderia ser aproveitada para esse fim.

[...]

Já nos casos em que o apossamento resulte em realização de obra de qualquer natureza, consideramos que, nesse caso preciso, o prazo de prescrição aquisitiva será o do parágrafo único do artigo 1.238 do CC/2003, visto que essa se caracteriza como “obras ou serviços de caráter produtivo”, que a lei civil entende como justificadores da mitigação do prazo. Essa também é a conclusão a que chega Marçal Justen Filho ao aduzir que “em princípio, o apossamento administrativo de um bem imóvel privado por parte do Estado poderá ser reconduzido à disciplina do artigo 1.238, parág. único, do Código Civil, sempre que o imóvel houver sido efetivamente aplicado à satisfação de necessidades coletivas”.

(GOMES, Mário Soares Caymmi. **O novo Código Civil e os prazos de prescrição administrativa em caso de responsabilidade do Estado e de apossamento administrativo.** Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 11, n. 46, out/dez 2011.

Classicamente, predominou o entendimento da chamada prescrição vintenária, isto é, ocorreria a prescrição somente após transcorrido o prazo de 20 anos. Este interregno restava transcrito no art. 550 do antigo Código Civil de 1916 como regra jurídica para a aquisição do domínio por usucapião. Tal posicionamento restou, inclusive, consagrado pelo eg. Superior Tribunal de Justiça em sua Súmula n. 119, que preconiza: “A ação de desapropriação indireta prescreve em vinte anos”.

Com a edição do Decreto-Lei n. 3.365/1941, que dispõe sobre desapropriações por utilidade pública, o tópico foi disciplinado de forma específica.

Entretanto, a sua modalidade indireta somente foi contemplada com alterações posteriores, mais especificamente as Medidas Provisórias n. 2.027-40, de 2000, e 2.183-56, de 2001, que introduziu e alterou, respectivamente, o parágrafo único do art. 10 da referida norma jurídica.

Com a sua redação inicial, o dispositivo supramencionado trouxe à baila a já conhecida prescrição quinquenal (5 anos) aplicável à Fazenda Pública, inclusive preconizada pelo Decreto n. 20.910/1932 e Decreto-Lei n. 4.597/1942 para os casos de ações tutelares de direitos pessoais de terceiros, como é o caso da indenizatória. Como consequência, a *mens legis* teve como pretensão a caracterização da ação de desapropriação indireta como de natureza pessoal, afastando o atributo de uma propositura de ordem real consagrada jurisprudencialmente e pela doutrina.

Em que pese a sustentação legiferante de que era razoável à ofensa ao direito de propriedade pelo estabelecimento do aludido prazo, o STF suspendeu, liminarmente, a produção dos efeitos jurídicos do dispositivo em tela, retomando a concepção prévia abalizada no instituto do usucapião de bens imóveis. A decisão da Suprema Corte tomou como base jurídica a ofensa direta à garantia constitucional de justa e prévia indenização em dinheiro preconizada pelo art. 5º, XXIV, da CRFB/1988.

Em seguida, o referido parágrafo sofreu alteração passando a vigorar com o seguinte texto: “Parágrafo único. Extingue-se em cinco anos o direito de propor ação que vise à indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público”. A contrario sensu, fixou o STF que restaram excluídas desta regra tanto a desapropriação indireta como o apossamento administrativo, uma vez que difere-se o termo restrição de supressão, sendo estas formas de retirada total da propriedade. Destarte, estão abarcados por este dispositivo modificado os institutos das requisições e servidões administrativas, das ocupações temporárias e outros do gênero; ou seja, é aplicado o prazo prescrição quinquenal.

(BARROS, Gabriel; RODRIGUES, Igor; MOTTA, Rodrigo. Desapropriação indireta. **Revista Síntese: Direito Administrativo**, São Paulo, v. 9, n. 102, p. 9-20, jun. 2014.)

As razões para esse entendimento são bem postas em acórdão do antigo Tribunal Federal de Recursos transcrito em precedente desta Corte que ensejou a edição da Súmula 119/STJ:

Desapropriação indireta. Prescrição. Inocorrência, no caso.

I - Enquanto o proprietário do imóvel não perder a propriedade por força do usucapião que favoreça o expropriante, sobrevive o direito a indenização, podendo a ação ser ajuizada no prazo da reivindicação.

[...]

III - Apelação desprovida.

(AC 158.762/GO, 4ª Turma, Rel. Min. Pádua Ribeiro, DJ de 20/2/89)

Isto é, passou-se a considerar o direito indenizatório prescrito a partir da data em que a Administração seria favorecida pela ocorrência de usucapião. Além do benefício quanto ao prazo prescricional (seja de 10 ou de 15 anos) em relação ao das ações pessoais (3 ou 5 anos, a depender da doutrina), ao se adotar o rito judicial das expropriatórias nessa modalidade peculiar de ação indenizatória tem-se, por exemplo, a incidência de juros compensatórios desde o esbulho e não desde a citação. Outro benefício, ou não prejuízo, ao particular, é que a base de cálculo dessas parcelas corresponderá a integralidade da condenação final, sem o desconto, próprio das desapropriações diretas, relativamente ao valor ofertado, pelo simples fato de inexistir oferta nessas hipóteses.

A indenização, portanto, apóia-se no art. 35 do Decreto-Lei 3.365/1941, que remete à solução de quaisquer prejuízos, após a incorporação do bem à Fazenda, ainda que decorrentes de nulidades no processo expropriatório, à apuração de perdas e danos em ação própria.

Ultrapassada essa contextualização, resta a questão da aplicabilidade do parágrafo único ou do *caput* do art. 1.238 do Código Civil/2002 às hipóteses de desapropriação indireta.

Segundo a norma:

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Voltemos ao primeiro dos fundamentos do entendimento da Primeira Turma para afastar a incidência do normativo. Caso o Poder Público não possa ser considerado posseiro para fins do parágrafo único, tampouco poderia sê-lo para fins do *caput*. Se o parágrafo trata de “possuidor”, o *caput* fala em “aquele que [...] possuir como seu”. A distinção, portanto, é descabida.

Para os dois fundamentos restantes é necessário considerar que tais dispositivos foram destinados especificamente à regulação do Direito Civil. Sua adoção como parâmetro no Direito Administrativo, na equiparação da usucapião à desapropriação indireta, ocorre por força da jurisprudência. Assim, a transposição dos conceitos deve ser feita de forma temperada, à luz dos respectivos contextos.

Nesse passo, o segundo fundamento - de que somente os posseiros privados que efetivassem obras com caráter produtivo poderiam ser beneficiados pelo prazo minorado e que as obras do Poder Público não podem ter caráter produtivo - não subsiste.

A doutrina entende a minoração do prazo prescricional como uma premiação à posse útil. Confira-se:

A usucapião é um instituto de antiquíssima existência nos sistemas jurídicos de filiação romano-germânica, como é o caso brasileiro. Figurava já no Código Civil de 1916, porém com um perfil mais aproximado ao da prescrição, uma vez que era entendido como a perda de um direito resultante de seu não-exercício prolongado, nos prazos fixados pela lei. Enquanto no Direito das Obrigações a prescrição atingia o crédito, no campo dos Direitos Reais a prescrição atingia a propriedade, acarretando a sua perda para o proprietário, e a sua aquisição, a título originário, pelo possuidor.

[...]

No entanto, o Código de 2002 inova ao caminhar na direção dos modelos especiais (rural e urbano) de usucapião, incorporando algo do “espírito” destes, e se afastando um pouco de sua característica de prescrição aquisitiva.

[...]

No *caput* dos dois artigos acima transcritos encontramos as formas tradicionais de usucapião, o extraordinário e o ordinário, respectivamente. Já no parágrafo único dos dois artigos surgem duas novas possibilidades de usucapião, resultantes da combinação de requisitos das formas clássicas com as ditas “especiais”. Vale dizer, a usucapião extraordinária se consuma em quinze anos; porém, se o possuidor-usucapiente utilizar o imóvel para fins de moradia, ou nele introduziu melhorias, este prazo reduz-se a dez anos. Algo praticamente idêntico ocorre com a usucapião ordinária, sendo que nesse caso o lapso de tempo necessário cai de dez para cinco anos, ou seja, o mesmo período de tempo necessário a usucapião urbana ou rural. Em suma, o legislador premiou a posse útil do imóvel, daquele que demonstra possuí-lo a fim de preencher uma necessidade habitacional, reduzindo o tempo necessário para a consumação da usucapião.

MAGALHÃES, Alex Ferreira. **A importância do Código Civil para a política de regularização fundiária**. Revista de Direito Imobiliário: RDI, v. 31, n. 65, jul./dez. 2008.

Assim, as obras públicas, ainda que sem “caráter produtivo”, dão ao bem evidente posse útil, seja pela implementação de equipamentos públicos, seja pela destinação a fins sociais. Ainda nesse ponto, é preciso considerar que há obras públicas plenamente conceituáveis como de caráter produtivo, como é o caso, por

exemplo, de quaisquer melhorias relacionadas à infraestrutura de transportes. Não por acaso, muito do chamado “Custo Brasil” é atribuído às deficiências do país nesse quesito, componente inafastável dos fatores de produção.

É nesse contexto que deve ser interpretada a norma, redigida estritamente para dispor sobre Direito Privado, quando aplicada para o Direito Administrativo, também quando se analisa a questão da destinação prevista no Código Civil à moradia e ao trabalho.

Evidentemente, ao tratar de situações de direito privado, não poderia o Código Civil dispor especificamente sobre a destinação para utilidade pública ou interesse social. Como já dito, o Código não pretendia regular matéria afeta à desapropriação indireta, que, destaque-se, sequer é positivada nas leis administrativas.

Entretanto, o Código deixou clara sua pretensão de privilegiar a exploração com sentido social e coletivo da propriedade em detrimento daquele que apenas a mantém formalmente, embora abandonada na prática. Tais elementos – moradia e trabalho – são ligados a direitos sociais e coletivos. No campo das normas expropriatórias, podem perfeitamente ser encampados pelos conceitos de utilidade pública e interesse social.

Observe-se que, no caso da usucapião, o benefício coletivo é alcançado de forma mediata, pela concessão da propriedade ao posseiro que lhe dá destinação econômica ou nele habita. No caso da desapropriação indireta, esse benefício coletivo é imediatamente alcançado pela destinação do bem a um interesse público ou social, consubstanciado na obra estatal ali desenvolvida.

Foi isso, parece-me, o que se buscou prever no Código Civil: atualizar o direito de propriedade, a fim de conformá-lo às exigências constitucionais de atendimento à função social do bem. Extraí-se da Exposição de Motivos do Código Civil/2002 claramente uma busca de ponderação entre o interesse privado do titular da propriedade abandonada e o interesse coletivo de que esse bem seja destinado a prover um benefício social:

A atualização do Direito das Coisas não é assunto opcional, em termos de mera perfectibilidade teórica, mas sim imperativo de ordem social e econômica, que decorre do *novo conceito constitucional de propriedade e da função que a esta se atribui na sociedade hodierna*. Por essa razão, o Anteprojeto, tanto sob o ponto de vista técnico, quanto pelo conteúdo de seus preceitos, inspira-se na *compreensão solidária dos valores individuais e coletivos*, que, longe de se conflitarem, devem se completar e se dinamizar reciprocamente, correspondendo, assim, ao

desenvolvimento da sociedade brasileira, bem como às exigências da Ciência Jurídica contemporânea. Bastará, nesse sentido, atentar para o que o Anteprojeto dispõe sobre o exercício do direito de propriedade; o usucapião; os direitos de vizinhança, ou os limites traçados aos direitos dos credores hipotecários ou pignoratícios, para verificar-se como é possível satisfazer aos superiores interesses coletivos com salvaguarda dos direitos individuais.

[...]

c) O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicando consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, *obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante*. Nesse caso o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário.

Pago o preço, valerá a sentença como título para transcrição do imóvel em nome dos possuidores. *Trata-se, como se vê, de inovação do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só novo conceito desta, mas também novo conceito de posse, que se poderia qualificar como sendo de posse-trabalho, expressão pela primeira vez por mim empregada, em 1943, em parecer sobre projeto de decreto-lei relativo às terras devolutas do Estado de São Paulo, quando membro de seu "Conselho Administrativo".*

Na realidade, *a lei deve outorgar especial proteção à posse que se traduz em trabalho criador, quer este se corporifique na construção de uma residência, quer se concretize em investimentos de caráter produtivo ou cultural. Não há como situar no mesmo plano a posse, como simples poder manifestado sobre uma coisa, "como se" fora atividade do proprietário, com a "posse qualificada", enriquecida pelos valores do trabalho. Este conceito fundante de "posse-trabalho" justifica e legitima que, ao invés de reaver a coisa, dada a relevância dos interesses sociais em jogo, o titular da propriedade reivindicanda receba, em dinheiro, o seu pleno e justo valor, tal como determina a Constituição.*

[...]

d) *As mesmas razões determinantes do dispositivo supra mencionado levaram a Comissão a reduzir para quinze anos o usucapião extraordinário se, durante esse tempo, o possuidor, houver pago os impostos relativos ao prédio, construindo no mesmo a sua morada ou realizando obras ou serviços de caráter produtivo. Pareceu mais conforme aos ditames sociais situar o problema em termos de "posse trabalho", que se manifesta através de obras e serviços realizados pelo possuidor. [...]*

(Exposição de Motivos - Código Civil/2002, grifos acrescentados)

O direito do particular à propriedade, assim, está resguardado pela indenização, e o do coletivo, pela destinação do bem abandonado por uma década àquele que efetivamente o explora. Equaliza-se, assim, entre os interesses privado e coletivo, a função social da propriedade.

Além disso, é de se considerar que a ostensividade da intervenção, como exteriorização da intenção da posse do bem alheio, é potencialmente maior quando realizada pelo Poder Público. Uma obra pública, por mais sutil, deixará marcas na vizinhança, será tratada pela mídia, enfim, trará repercussão no meio social inegavelmente maior que a promovida pelo particular. Assim, também em um sentido pragmático, é razoável estender a incidência não só do *caput* da norma sobre usucapião mas também de seu parágrafo único às hipóteses de desapropriação indireta.

Assim, nessa perspectiva pragmática, caso adotado o entendimento do acórdão embargado, se o proprietário se deparasse com uma barraca ocupando seu terreno para moradia individual, teria 10 anos para reclamá-lo; diante de um viaduto de muitas faixas erigido sobre ele, 15 anos. A desproporcionalidade parece-me evidente.

Quanto ao fundamento adotado pela Segunda Turma, de que há presunção de desenvolvimento de obra ou implantação de serviço público quando ocorre a desapropriação indireta, entendo que merece uma única complementação: a presunção é relativa, podendo haver hipóteses em que, diante do caso concreto, seja justificável o reconhecimento de desapropriação indireta sem que tenha sido desenvolvida uma obra ou implantado um serviço público no local, caso em que, excepcionalmente, o prazo prescricional será de 15 anos.

Em conclusão: por se presumir a realização de obra ou serviço público, em regra, o prazo prescricional para as ações indenizatórias por desapropriação indireta é de 10 anos, nos termos do art. 1.238, parágrafo único, do Código Civil de 2002. Tal presunção, porém, é relativa, podendo ser afastada diante de casos em que, apesar de se fazer necessário o reconhecimento da desapropriação indireta, comprova-se a inexistência de obras ou serviços públicos no local, hipótese em que o prazo será de 15 anos, conforme o *caput* do dispositivo supracitado.

No caso concreto, extrai-se do acórdão da origem tratar-se de desapropriação indireta decorrente de construção de rodovia, circunstância em que, à luz da fundamentação, aplica-se o prazo de prescrição decenal.

Dita obra foi realizada em 1976, mas interrompeu-se a prescrição em 1994, com a edição de decreto declaratório de utilidade pública sobre a área. Dessa data até a de entrada em vigor do Código Civil de 2002 transcorreu menos da metade do prazo prescricional do Código anterior, de 20 anos, devendo ser considerada a regra de transição. Nessa hipótese, o termo inicial será 11/1/2003,

esvaindo-se o prazo em dez anos a partir dessa data. Tendo a presente ação sido ajuizada em agosto de 2013, é forçoso o reconhecimento da prescrição.

Ante o exposto, dou provimento aos embargos de divergência.

É como voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Sobre o tema referente ao prazo prescricional incidente nas ações de desapropriação indireta, quando propostas após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, é nítida a divergência de entendimentos no âmbito da Primeira Seção.

A Primeira Turma apreciou a questão, originalmente, no julgamento do *REsp 1.300.702/SC*, em que prevaleceu o entendimento manifestado pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, segundo o qual o prazo prescricional seria o previsto no *caput* do art. 1.238 do CC/2002, ou seja, quinze anos.

Nessa ocasião, em pedido de vista, acompanhei a divergência inaugurada, apesar dos relevantes fundamentos apresentados pelo relator, Ministro Benedito Gonçalves, e do entendimento já manifestado pela Segunda Turma, quando apreciou o *REsp 1.300.442/SC*, da relatoria do Ministro Herman Benjamin.

Para tanto, adotei as seguintes razões de decidir:

Realmente, a prescrição para o ajuizamento da ação de desapropriação indireta era vintenária, nos termos da Súmula 119/STJ, em face da natureza real da pretensão, sendo aplicável o preconizado no art. 550 do CC/16, que regulava a aquisição do domínio por usucapião extraordinário.

Com a entrada em vigor do novo Código Civil, em 11.1.2003, tal prazo foi reduzido, passando a questão a ser regida pelo art. 1.238, assim redigido:

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Como é possível perceber do texto transcrito, nos casos em que o possuidor do imóvel tenha ali sua moradia habitual, ou realizou obras ou serviços de caráter produtivo, o prazo é de dez anos, ficando estendido para 15 anos nos demais casos.

Diante da regra estabelecida, a Segunda Turma desta Corte já teve ensejo de afirmar que, “considerando que a desapropriação indireta pressupõe a realização de obras pelo Poder Público ou sua destinação em função da utilidade pública ou do interesse social, com fundamento no atual Código Civil, o prazo prescricional aplicável às expropriações indiretas passou a ser de 10 (dez anos)” (REsp 1.300.442/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/06/2013, DJe 26/06/2013).

O voto apresentado pelo ilustre Relator, Ministro Benedito Gonçalves, segue essa mesma respeitável linha de compreensão.

Entretanto, tenho que a exceção trazida no parágrafo único do art. 1.238 do CC/2002 não pode reger o pleito indenizatório decorrente do prejuízo causado pelo Poder Público, quando promove o ilícito apossamento de imóvel particular, mesmo que o propósito seja a satisfação de necessidades coletivas.

Como bem ressaltou o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, o legislador teve por bem reduzir o prazo do usucapião para dez anos com o objetivo de proteger o possuidor que estabelece sua moradia habitual no imóvel, ou que nele tenha realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Esse encurtamento do prazo, orientado a beneficiar o exercente da posse sobre a área usucapienda, dirige-se exclusivamente ao particular, não podendo ser estendida a mesma benesse para a Administração Pública que, na desapropriação indireta, age de forma ilegal e abusiva, promovendo o arrebatamento do bem à míngua do pagamento da prévia e justa indenização, como exigido pelo art. 5º, XXIV, da Constituição Federal.

Adequado, pois, que se continue a guardar simetria com o maior prazo então positivado ao tempo do Código Beviláqua (20 anos, cf. art. 550, observado na Súmula 119/STJ), que vem agora refletido no art. 1.238, *caput*, do Código Reale, sempre considerada a natureza real da ação expropriatória, inclusive na sua modalidade indireta, consoante longeva jurisprudência (a tanto, menciono, ilustrativamente, os *Emb. de Div. no Recurso Extraordinário 63.833/ES*, Rel. Ministro Eloy da Rocha, Tribunal Pleno, j. 18/5/1972, RTJ 61/384; mais recentemente, no STJ, *AgRg no Ag 1.220.426/RS*, Primeira Turma, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 27/5/2011).

Assim, pedindo vênias aos doutos Pares que me antecederam, voto por *negar* provimento aos embargos de divergência, por compreender que a pretensão indenizatória veiculada na desapropriação indireta prescreve em *15 anos*, nos termos do *caput* do art. 1.238 do CC/2002.

É como voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Administrativo. Desapropriação indireta. Prescrição. Art. 550 do Código Civil de 1916. Súmula 119 do Superior Tribunal de Justiça. Aplicação dos arts. 1.238, parágrafo único, e 2.028 do Código Civil de 2002. Prazo decenal. Embargos de divergência providos.

1. Trata-se de Embargos de Divergência em Recurso Especial nos quais se dispôs que a redução do prazo prescricional prevista no parágrafo único do art. 1.238 do Código Civil não seria aplicável ao Poder Público, sendo benefício exclusivo do particular para fins de usucapião.

2. A parte recorrente logrou êxito em demonstrar a divergência jurisprudencial, pois o acórdão paradigma aplicou o prazo decenal previsto no art. 1.238, parágrafo único, do Código Civil.

3. Com efeito, na vigência do Código Civil de 1916, o STJ firmou a orientação de que “a ação de desapropriação indireta prescreve em 20 anos” (Súmula 119/STJ). Partiu-se da premissa de que a ação expropriatória indireta possui natureza real e, enquanto não transcorrido o prazo para aquisição da propriedade por usucapião, subsistiria a pretensão de reivindicar o correspondente preço do bem objeto do apossamento administrativo.

4. Para a jurisprudência do STJ, as razões para a fixação do prazo prescricional no tocante à ação de desapropriação indireta permanecem válidas. O Código Civil de 2002, contudo, reduziu o prazo do usucapião extraordinário para 15 anos (art. 1.238, *caput*) e previu a possibilidade de aplicação do prazo de 10 (dez anos) nos casos em que o possuidor tenha estabelecido no imóvel sua moradia habitual, ou realizado obras ou serviços de caráter produtivo. Considerando que a desapropriação indireta pressupõe a realização de obras pelo Poder Público ou sua destinação em função da utilidade pública ou do interesse social, com fundamento no atual Código Civil, o prazo prescricional aplicável às expropriatórias indiretas passou a ser de 10 (dez anos).

5. Entendimento prevalecente no Superior Tribunal de Justiça, como já exarado pela Corte Especial (AgInt nos EAREsp 815.431/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, DJe 27/10/2017).

6. Observa-se do acórdão proferido na origem que a área foi declarada de utilidade pública pelo Decreto Estadual 4.471, de 13 de maio de 1994. Até o início da vigência do Código Civil de 2002, em janeiro de 2013, não havia transcorrido os vinte anos da legislação pretérita, nos termos da Súmula 119 do STJ e do art. 550 do antigo diploma. Incide, pois, o prazo de dez anos previsto no art. 1.238, parágrafo único, do atual Código Civil.

7. O objeto dos presentes Embargos de Divergência não cuida do *dies a quo* ou das modalidades de interrupção da prescrição, limitado que está à duração do prazo em si mesmo.

8. Embargos de Divergência providos, em concordância com o Ministro Relator.

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Embargos de Divergência interpostos contra acórdão da Primeira Turma do STJ, que recebeu a seguinte ementa:

Administrativo. Agravo interno no recurso especial. Desapropriação indireta. Prazo prescricional. Ação de natureza real. Usucapião extraordinário. Súmula 119/STJ. Prescrição vintenária. Código Civil de 2002. Art. 1.238, parágrafo único. Redução do prazo. Art. 2.028 do CC/2002. Regra de transição. Não cabimento. Prazo de 15 anos. Não ocorrência.

1. O agravante alega que o prazo prescricional nas ações de desapropriação indireta foi reduzido para 10 anos.

2. A egrégia Primeira Turma deste STJ, Rel. p/Acórdão Min. Napoleão Nunes Maia Filho, firmou o entendimento de que a redução do prazo de prescrição prevista o parágrafo único do art. 1.238 do CC/2002 não é aplicável ao Poder Público, sendo benefício exclusivo do particular para fins de usucapião.

3. Agravo interno não provido.

Não houve Embargos de Declaração.

O recorrente narra que o Tribunal de origem reconheceu a prescrição decenal na Ação de Desapropriação Indireta e que o STJ adotou o entendimento da prescrição quinzenal. Adota, como paradigma, o decidido no AgInt no AREsp 895.931/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 8/11/2016, que, aplicando a regra de transição do Código Civil, afastou a prescrição.

O Ministro Og Fernandes apresentou voto dando provimento aos Embargos de Divergência. Pedi vista dos autos para estudo mais aprofundado.

É o relatório.

Passo a decidir.

Assim dispõe o art. 1.238 do Código Civil:

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Em Recurso Especial, a Primeira Turma dispôs que a redução do prazo prescricional prevista no parágrafo único do art. 1.238 do Código Civil *não seria aplicável ao Poder Público*, sendo benefício exclusivo do particular para fins de usucapião. O voto condutor do Recurso Especial explicitou não se empregar o redutor do parágrafo único do mencionado art. 1.238, como demonstra o seguinte excerto:

No caso dos autos, e considerando que a contagem do prazo prescricional somente se inicia a partir da entrada em vigor do Código Civil, dadas as regras de ou seja, 11.1.2003, uma vez, que a reparação oriunda de desapropriação indireta prescreve em 15 anos, conforme vem entendendo este STJ, não se podendo aplicar o redutor do parág. único do art. 1.238 do CC, que faria reduzi-lo para 10 anos, não ocorreu a prescrição visto que a ação foi proposta em 22/08/2013.

A parte recorrente, contudo, logrou êxito em demonstrar a divergência jurisprudencial, pois o acórdão paradigma aplicou o prazo decenal previsto no art. 1.238, parágrafo único, do Código Civil. Esse entendimento, inclusive, é o prevalecente no Superior Tribunal de Justiça, como demonstra o seguinte julgado da Corte Especial:

Direito Civil. Agravo interno nos embargos de divergência em agravo em recurso especial. Ausência de similitude fática entre os arestos em confronto. Súmula 168 do STJ. Agravo interno não provido.

I - Trata-se de agravo interno interposto contra decisão monocrática de indeferimento liminar dos embargos de divergência, diante da ausência de similitude fática entre o acórdão embargado e o julgado paradigma e incidência da súmula 168 do STJ.

II - A ausência de similitude fática impede o comparativo entre acórdão embargado e paradigma de modo a obstar a configuração do dissídio jurisprudencial supostamente alegado pela parte.

III - *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que, 'considerando que a desapropriação indireta pressupõe a realização de obras pelo Poder Público ou sua destinação em função da utilidade pública/interesse social, com base no atual Código Civil, o prazo prescricional aplicável às expropriações indiretas passou a ser de 10 (dez anos); observada a regra de transição do art. 2.028 do Código Civil de 2002. Precedentes.*

IV - Incidência, *in casu*, da súmula 168/STJ, que preconiza não caber 'embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado'.

Agravo Interno não provido

(AgInt nos EAREsp 815.431/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, DJe 27/10/2017).

Com efeito, na vigência do Código Civil de 1916, o STJ firmou a orientação de que “a ação de desapropriação indireta prescreve em 20 anos” (Súmula 119/STJ). Partiu-se da premissa de que a ação expropriatória indireta possui natureza real e, enquanto não transcorrido o prazo para aquisição da propriedade por usucapião, subsistiria a pretensão de reivindicar o correspondente preço do bem objeto do apossamento administrativo.

As razões para a fixação do prazo prescricional no tocante à ação de desapropriação indireta permanecem válidas. O Código Civil de 2002, contudo, reduziu o prazo do usucapião extraordinário para 15 anos (art. 1.238, *caput*) e previu a possibilidade de aplicação do prazo de 10 (dez anos) nos casos em que o possuidor tenha estabelecido no imóvel sua moradia habitual, ou realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Dessa forma, considerando que a desapropriação indireta pressupõe a realização de obras pelo Poder Público ou sua destinação em função da utilidade pública ou do interesse social, com fundamento no atual Código Civil, o prazo prescricional aplicável às expropriações indiretas passou a ser de 10 (dez anos).

Observa-se do acórdão proferido na origem que a área foi declarada de utilidade pública pelo Decreto Estadual 4.471, de 13 de maio de 1994. Até o início da vigência do Código Civil de 2002, em janeiro de 2013, não havia transcorrido os vinte anos da legislação pretérita, nos termos da Súmula 119 do STJ e do art. 550 do antigo diploma. Incide, pois, o prazo de dez anos previsto no art. 1.238, parágrafo único, do atual Código Civil.

Observo que o objeto dos presentes Embargos de Divergência não cuida do *dies a quo* ou das modalidades de interrupção da prescrição, limitado que está à duração do prazo em si mesmo.

Assim, tendo em vista que a ação foi proposta em 2013, antes do transcurso de 10 (dez) anos da vigência do novel Código Civil, não se configurou a prescrição.

Na linha de todo o exposto:

Administrativo e Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Desapropriação indireta. Prazo prescricional. Art. 1.238, parágrafo único, c/c art. 2.028 do Código Civil de 2002. Precedentes do STJ. Agravo interno improvido.

I. Agravo interno aviado contra decisão publicada em 24/04/2018, que, por sua vez, julgara Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015.

II. No acórdão objeto do Recurso Especial, o Tribunal de origem manteve sentença que afastara a prescrição, sob o argumento de que “aplica-se, ao caso *sub judice*, o prazo de 10 (dez) anos, após o dia 11 de janeiro de 2003 e, por conseguinte, a prescrição ocorreria no dia 11 de janeiro de 2013. Como a ação foi ajuizada antes (03/2/2011), evidenciada a tempestividade do pleito autoral”.

III. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “considerando que a desapropriação indireta pressupõe a realização de obras pelo Poder Público ou sua destinação em função da utilidade pública/interesse social, com base no atual Código Civil, o prazo prescricional aplicável às expropriatórias indiretas passou a ser de 10 (dez anos)”; observada a regra de transição do art. 2.028 do Código Civil de 2002 (STJ, AgRg no AREsp 815.431/RS, Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Segunda Turma*, DJe de 11/02/2016). Nesse sentido: AgInt nos EAREsp 815.431/RS, Rel. Ministro *Felix Fischer*, *Corte Especial*, DJe de 27/10/2017; REsp 1.699.652/SC, Rel. Ministro *Og Fernandes*, *Segunda Turma*, DJe de 13/03/2018.

IV. O STJ firmou entendimento no sentido de que o prazo decenal, no caso, incide a partir da entrada em vigor do novo Código Civil, em 11/01/2003 (STJ, REsp 1.654.965/SP, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Segunda Turma*, DJe de 27/04/2017; REsp 1.449.916/PB, Rel. Ministro *Gurgel de Faria*, *Primeira Turma*, DJe de 19/04/2017).

V. *In casu*, conforme consta do acórdão recorrido, a declaração de utilidade pública do imóvel deu-se em 13/06/1997, com o advento da Lei Municipal 1.623/97, interrompendo o prazo prescricional (art. 172, V, do Código Civil de 1916), o Código Civil de 2002 entrou em vigor em 11/01/2003 e a presente

ação indenizatória foi ajuizada em 03/02/2011, de modo que não há se falar em prescrição, diante da aplicação do art. 1.238, parágrafo único, c/c art. 2.028 do Código Civil de 2002.

VI. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 1.272.016/GO, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 27/6/2018).

Administrativo. Desapropriação indireta. Prescrição. Código Civil de 2002. Prazo decenal. Jurisprudência reafirmada pela corte especial.

1. O prazo prescricional nas ações de desapropriação indireta na vigência do atual Código Civil é decenal, observada a regra de transição. Entendimento reafirmado pela Corte Especial no AgInt nos EAREsp 815.431/RS (Rel. Ministro Felix Fischer, julgado em 18/10/2017, DJe 27/10/2017).

2. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1.699.652/SC, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 13/3/2018).

Por tudo isso, *acompanho o Ministro Relator e dou provimento aos Embargos de Divergência.*

É como *voto.*

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Senhor Presidente, na minha opinião, a desapropriação indireta é uma intromissão absolutamente violenta na propriedade privada dos indivíduos. Deve-se assegurar, de uma maneira mais larga, a oportunidade de defesa. Essa é a teleologia de prazos diferenciados, dependendo das situações concretas que a vida produz.

2. Se o poder público quer um determinado imóvel, ele tem que reivindicar por meio de um procedimento jurídico, legal, preestabelecido para desapropriar um imóvel, e não fazê-lo de maneira indireta, poder-se-ia dizer subreptícia, violenta ou solerte, a meu ver.

3. Pedindo vênias aos demais Ministros, voto pelos quinze anos de prazo, acompanhando o voto da Ministra *Regina Helena Costa*, atento a essa circunstância de dar-se o máximo de oportunidade para a defesa.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 1.605.554-PR
(2016/0146617-4)**

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques
Relatora para o acórdão: Ministra Assusete Magalhães
Embargante: Nazira Rosa Dias
Advogados: Geni Koskur e outro(s) - PR015589
Guilherme Dometerco - PR049115
Embargado: Instituto Nacional do Seguro Social

EMENTA

Previdenciário, Civil e Processual Civil. Embargos de divergência em recurso especial. Pensão por morte derivada de aposentadoria por tempo de contribuição. Pedido de revisão da pensão por morte, mediante revisão da renda mensal inicial da aposentadoria originária. Impossibilidade, em razão da decadência de revisão do benefício originário. Exegese do art. 103, *caput*, da Lei 8.213/91, na redação dada pela Medida Provisória 1.523-9, de 27/06/97. Incidência da tese firmada no julgamento dos Recursos Especiais Repetitivos 1.326.114/SC e 1.309.529/PR (Tema 544), ratificada pelos Recursos Especiais Repetitivos 1.612.818/PR e 1.631.021/PR (Tema 966), em conformidade com o entendimento do STF, nos Recursos Extraordinários 630.501/RS (Tema 334) e 626.489/SE (Tema 313). Princípio da *actio nata*. Inaplicabilidade. Embargos de divergência desprovidos.

I. Trata-se, na origem, de ação ajuizada pela parte embargante, beneficiária de pensão por morte do pai, em face do INSS, objetivando a revisão de seu benefício de pensão, mediante prévia revisão da renda mensal inicial do benefício originário, sustentando que seu genitor, aposentado em 02/07/91, tinha direito adquirido a melhor benefício, por ter ele implementado as condições para a aposentadoria na vigência da Lei 6.950/81 – que previa o limite máximo do salário-de-contribuição em valor correspondente a 20 (vinte) vezes o maior salário-mínimo vigente no país –, de modo que a renda mensal inicial do aludido benefício deveria ser maior, por concedido ele antes da Lei 7.787/89.

II. O acórdão ora embargado concluiu pela impossibilidade de revisão da pensão por morte, mediante revisão da renda mensal inicial da pretérita aposentadoria que a originou, por já haver decaído, para o titular do benefício originário, o direito à revisão.

III. O acórdão paradigma, em caso análogo, afastou a decadência, sob o fundamento de que, por força do princípio da *actio nata*, o termo inicial do prazo decadencial para a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria do instituidor da pensão por morte é a data de concessão da pensão.

IV. A Primeira Seção do STJ, em 28/11/2012, no julgamento dos Recursos Especiais repetitivos 1.326.114/SC e 1.309.529/PR (Tema 544), sob o rito do art. 543-C do CPC/73, firmou entendimento no sentido de que “incide o prazo de decadência do art. 103 da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, no direito de revisão dos benefícios concedidos ou indeferidos anteriormente a esse preceito normativo, com termo *a quo* a contar da sua vigência (28.6.1997)” (STJ, REsp 1.326.114/SC e REsp 1.309.529/PR, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Primeira Seção, DJe de 13/05/2013).

V. Referido entendimento foi ratificado, pela Primeira Seção do STJ, no julgamento, em 13/02/2019, igualmente sob o rito do art. 543-C do CPC/73, dos Recursos Especiais 1.631.021/PR e 1.612.818/PR (Tema 966), firmando-se a tese de que “incide o prazo decadencial previsto no *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991 para reconhecimento do direito adquirido ao benefício previdenciário mais vantajoso”, entendimento em consonância com o do STF, firmado nos Recursos Extraordinários 626.489/SE (Tema 313) e 630.501/RS (Tema 334), julgados sob o regime da repercussão geral.

VI. O STF, em 21/02/2013, ao examinar o caso específico do direito adquirido ao melhor benefício, no RE 630.501/RS, julgado sob o regime da repercussão geral (Tema 334 – “Direito a cálculo de benefício de aposentadoria de acordo com legislação vigente à época do preenchimento dos requisitos exigidos para sua concessão”), firmou o entendimento no sentido de que, também nessa hipótese, devem ser respeitadas a decadência do direito à revisão e a prescrição das parcelas já vencidas, tendo consignado que, “para o cálculo da renda mensal

inicial, cumpre observar o quadro mais favorável ao beneficiário, pouco importando o decesso remuneratório ocorrido em data posterior ao implemento das condições legais para a aposentadoria, respeitadas a decadência do direito à revisão e a prescrição quanto às prestações vencidas” (STF, RE 630.501/RS, Rel. Ministra *Ellen Gracie, Pleno*, DJe de 26/08/2013).

VII. Posteriormente, em 16/10/2013, no julgamento do RE 626.489/SE, também sob o regime da repercussão geral (Tema 313 - “Aplicação do prazo decadencial previsto na Medida Provisória n. 1.523/97 a benefícios concedidos antes da sua edição”), o STF entendeu pela inexistência de prazo decadencial, mas apenas para a concessão inicial do benefício previdenciário, que é direito fundamental, e, assim, não sujeito aos efeitos do prazo decadencial, concluindo ser “legítima, todavia, a instituição de prazo decadencial de dez anos para a revisão de benefício já concedido, com fundamento no princípio da segurança jurídica, no interesse em evitar a eternização dos litígios e na busca de equilíbrio financeiro e atuarial para o sistema previdenciário” (STF, RE 626.489/SE, Rel. Ministro *Roberto Barroso, Pleno*, DJe de 23/09/2014).

VIII. Distinção, pois, deve ser feita entre o direito de ação – vinculado ao prazo prescricional para exercê-lo – e o direito material em si, que pode, se não exercido em certo prazo, ser atingido pela decadência, que, na forma do art. 207 do Código Civil, salvo expressa disposição legal em contrário – que, para o caso dos autos, inexistente –, não está sujeita às normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.

IX. O acórdão ora embargado deve prevalecer, pois o direito ao melhor benefício está sujeito à decadência, ao passo que o princípio da *actio nata* não incide, no caso dos autos, porquanto diz respeito ao direito de ação, e, nessa medida, está interligado ao prazo prescricional. O prazo decadencial, por sua vez, refere-se ao direito material, que, como dispõe a lei, não se suspende, nem se interrompe.

X. Na espécie, a ação foi ajuizada em 12/09/2011, objetivando rever a pensão por morte, deferida em 01/11/2008, mediante revisão da renda mensal inicial da aposentadoria que a originou, concedida ao *de cujus*, pelo INSS, em 02/07/91. Concedido o benefício da

aposentadoria ao instituidor da pensão em 02/07/91, anteriormente à vigência da Medida Provisória 1.523-9, de 27/06/97, adota-se, como termo *a quo* do prazo decadencial, o dia 28/06/97. Ajuizada a presente ação em 12/09/2011, incide, por força do art. 103, *caput*, da Lei 8.213/91, a decadência decenal do direito à revisão da renda mensal inicial da pretérita aposentadoria, ainda que haja repercussão financeira na pensão por morte dela derivada.

XI. Embargos de Divergência em Recurso Especial desprovidos.

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, negar provimento aos embargos, nos termos do voto da Sra. Ministra Assusete Magalhães, que lavrará o acórdão, vencidos os Srs. Ministros Relator, Regina Helena Costa e Napoleão Nunes Maia Filho.

Votaram com a Sra. Ministra Assusete Magalhães os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Gurgel de Faria e Herman Benjamin.

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

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

Ministra Assusete Magalhães, Relatora p/ acórdão

DJe 2.8.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de embargos de divergência opostos por Nazira Rosa Dias contra acórdão proferido pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

Previdenciário. Pensão derivada de aposentadoria obtida junto ao INSS. Decadência decenal. Viúva titular de pensão por morte de marido aposentado. Majoração da pensão mediante a revisão da renda mensal inicial (RMI) da pretérita aposentação. Inviabilidade no caso concreto. Consumação da decadência decenal

relativamente ao pedido de revisão da RMI da aposentadoria. Exegese do art. 103, *caput*, da Lei n. 8.213/91, com a redação dada pela MP 1.523-9/1997.

1. No caso concreto, a autora, titular de pensão por morte, busca da majoração dos valores de seu benefício, solicitando, para tanto, a prévia revisão da renda mensal inicial (RMI) da aposentadoria de seu falecido esposo.

2. Em tal contexto, o pedido de revisão da RMI da mencionada aposentadoria, com a consequente majoração da pensão da viúva, acha-se inviabilizado, eis que, a teor do decidido em repetitivo no REsp 1.309.529/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 04/06/2013, *"Incide o prazo de decadência do art. 103 da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, no direito de revisão dos benefícios concedidos ou indeferidos anteriormente a esse preceito normativo, com termo a quo a contar da sua vigência (28.6.1997)"*.

3. Logo, na hipótese em exame, a possibilidade de revisão da RMI da aposentadoria do finado marido da pensionista quedou fulminada pela decadência de dez anos. Nesse sentido: REsp 1.526.968/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 18/08/2016, DJe 12/09/2016.

4. Agravo interno improvido.

Em suas razões de embargos de divergência, sustenta a embargante que o acórdão embargado divergiu da orientação firmada pela Segunda Turma do STJ no julgamento do REsp 1.547.074/RS, de Relatoria do Ministro Francisco Falcão, no qual ficou decidido que o prazo decadencial do direito de revisão de pensão por morte, que tem como escopo a revisão de benefício originário recebido pelo segurado instituidor em vida, tem início a partir da concessão da pensão, momento em que nasce a legitimidade para pleitear a revisão pretendida.

Em contrarrazões aos embargos de divergência, pugna-se, preliminarmente, pelo não conhecimento do recurso, ante a ausência de cotejo analítico entre os julgados. No mérito, sustenta-se o não provimento do recurso.

Noticiam os autos que Nazira Rosa Dias ajuizou ação em face do Instituto Nacional do Seguro Social, objetivando revisar a renda mensal inicial de sua pensão por morte.

A sentença extinguiu o feito, nos termos do artigo 269, VI, do CPC/1973, em razão da decadência do direito de revisar o benefício.

Em sede de apelação, o Tribunal de origem, por unanimidade, afastou a decadência e deu parcial provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

Previdenciário. Revisão. Decadência. Teto de contribuição de 20 salários mínimos de referência. Lei 6.950/81. Leis 7.787/89 e 7.789/89. Direito adquirido.

Preenchimento dos requisitos. Possibilidade da aplicação do artigo 144 da Lei 8.213/91.

1. Os benefícios deferidos antes de 27 de junho de 1997 (data da edição da MP 1523-9) não estão sujeitos a prazo decadencial.

2. Tendo a parte autora preenchido os requisitos para a concessão do benefício antes do advento da sistemática instituída pelas Leis 7.787/89 e 7.789/89, tem direito adquirido ao benefício calculado de acordo com a legislação anterior.

3. Reconhecido o direito adquirido ao cálculo da RMI em data anterior ao advento da sistemática instituída pelas Leis 7.787/89 e 7.789/89, o benefício teria sido concedido no denominado 'buraco negro', de modo que aplicável em tese o disposto no artigo 144 da Lei 8.213/91.

4. Na aplicação do artigo 144 da Lei 8.213/91, ou se reconhece direito adquirido ao cálculo da RMI com base na legislação vigente antes das modificações legislativas, caso mais favorável ao segurado (o que é improvável), ou se reconhece o direito à incidência integral da Lei 8.213/91. Assim, não se cogita, com a aplicação do artigo 144 da lei 8.213/91, da possibilidade de a nova renda mensal a ser implantada a partir de junho de 1992 ser superior ao limite de salário-de-contribuição no referido mês (art. 144 c.c. art. 33 da Lei 8.213/91, na redação original).

5. Como a hipótese é de reconhecimento de direito adquirido, a RMI fictícia deverá ser apurada em 01/07/89, computando-se os salários-de-contribuição vertidos até junho/89, e utilizando-se o limitador do salário-de-benefício e da RMI vigente em julho/89. Obtida a RMI em 01/07/89, ela deverá ser atualizada com base nos índices aplicáveis ao reajustamento dos benefícios da previdência social até a DER, observados obviamente os efeitos do artigo 144 da Lei 8.213/91. Somente deverá ser aplicada proporcionalidade no primeiro reajuste posterior a julho/89 (art. 41, II, da Lei 8.213/91 - redação original), pois na DER o benefício, como reconhecido o direito adquirido em data anterior, em rigor já seria um benefício em manutenção.

Contra esse acórdão, o INSS opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados.

No STJ, o recurso especial foi distribuído ao Ministro Sérgio Kukina, que lhe deu provimento para julgar improcedente o pedido formulado na inicial, reconhecendo a decadência do direito de revisar a pensão por morte.

Interposto agravo interno, a Primeira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos da ementa inicialmente transcrita.

Os presentes embargos de divergência foram admitidos pela decisão às fls. 416/418.

É o relatório.

VOTO

Ementa: Processual Civil e Previdenciário. Embargos de divergência no recurso especial. Enunciado Administrativo 3/STJ. Pensão por morte. Revisão da renda mensal inicial do benefício originário com repercussão no benefício derivado. Decadência. *Caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991. Termo inicial. Data da concessão da pensão por morte. Embargos de divergência providos.

1. A concessão do benefício derivado pensão por morte inaugura uma nova relação jurídica e, por consequência, um novo prazo decadencial. Assim, cada benefício deve ser considerado de forma autônoma para fins de incidência do prazo decadencial previsto no *caput* do artigo 103 da Lei 8.2313/1991, ainda que a revisão da pensão por morte exija a revisão da renda mensal inicial do benefício que lhe deu origem.

2. Em observância ao Princípio da *Actio Nata*, somente com a concessão da pensão, recebida em nome próprio, o dependente passa a deter legitimidade para questionar o ato de concessão da aposentadoria que era recebida pelo segurado falecido, ainda que para fins de reflexos monetários em sua pensão.

3. O termo inicial do prazo decadencial para revisão do benefício originário com reflexos na pensão por morte, corresponde à data da concessão do benefício derivado.

4. Embargos de divergência providos.

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Inicialmente, cumpre esclarecer 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*”.

Trata-se de divergência entre acórdãos da Primeira e Segunda Turmas do STJ, no que se refere ao termo inicial do prazo decadencial incidente sobre o direito de revisar o benefício originário, com repercussão monetária no benefício derivado pensão por morte.

A Primeira Turma do STJ, que proferiu o acórdão embargado, firmou compreensão de que o prazo decadencial para revisão de benefício, previsto

no *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991, deve ser contado da concessão do benefício originário pago ao segurado em vida, e não do benefício derivado pensão por morte.

Confira-se:

Previdenciário. Pensão derivada de aposentadoria obtida junto ao INSS. Decadência decenal. Viúva titular de pensão por morte de marido aposentado. Majoração da pensão mediante a revisão da renda mensal inicial (RMI) da pretérita aposentação. Inviabilidade no caso concreto. Consumação da decadência decenal relativamente ao pedido de revisão da RMI da aposentadoria. Exegese do art. 103, *caput*, da Lei n. 8.213/91, com a redação dada pela MP 1.523-9/1997.

1. No caso concreto, a autora, titular de pensão por morte, busca da majoração dos valores de seu benefício, solicitando, para tanto, a prévia revisão da renda mensal inicial (RMI) da aposentadoria de seu falecido esposo.

2. Em tal contexto, o pedido de revisão da RMI da mencionada aposentadoria, com a conseqüente majoração da pensão da viúva, acha-se inviabilizado, eis que, a teor do decidido em repetitivo no REsp 1.309.529/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 04/06/2013, "Incide o prazo de decadência do art. 103 da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, no direito de revisão dos benefícios concedidos ou indeferidos anteriormente a esse preceito normativo, com termo *a quo* a contar da sua vigência (28.6.1997)".

3. Logo, na hipótese em exame, a possibilidade de revisão da RMI da aposentadoria do finado marido da pensionista quedou fulminada pela decadência de dez anos. Nesse sentido: REsp 1.526.968/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 18/08/2016, DJe 12/09/2016.

4. Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1.657.094/RS, Primeira Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, julgado em 06/06/2017, DJe 14/06/2017)

Por oportuno, destacam-se, ainda, os seguintes julgados: REsp 1.643.274/PR, Ministro Benedito Gonçalves, DJe 13/9/2017; AREsp 193.798/BA, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 3/8/2012; AgInt no REsp 1.581.850/PR, Ministro Gurgel de Faria, DJe 9/12/2016.

Por sua vez, a Segunda Turma do STJ vem decidindo que o início do prazo decadencial do direito de revisar pensão por morte, que tem como escopo a revisão do benefício originário, é a data da concessão do benefício derivado pensão por morte.

Nesse sentido:

Previdenciário. Pensão por morte. Revisão da renda mensal inicial do benefício originário com repercussão no benefício derivado. Decadência. Art. 103, *caput*, da Lei n. 8.213/1991. Termo inicial. Data da concessão da pensão por morte. Posição divergente de outra Turma e de decisão monocrática do STF. Via inadequada.

1. Esta Segunda Turma firmou entendimento de que “[o] prazo decadencial do direito de revisão da pensão por morte, que tem como preliminar a revisão do benefício originário recebido pelo segurado instituidor em vida, inicia-se com a concessão da pensão, uma vez que a parte recorrente não dispunha de legitimidade para evitar que o direito à revisão do benefício antecessor decaísse. Observância do princípio da *actio nata*. (AgInt no REsp 1.628.113/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 27/4/2017, DJe 2/5/2017)

2. Alegação de divergência com julgado da Primeira Seção e com decisão monocrática proferida no STF. Via inadequada. Precedentes.

3. Agravo interno parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.

(AgInt no REsp 1.484.714/PR, Segunda Turma, Relator Ministro Og Fernandes, julgado em 03/08/2017, DJe 09/08/2017)

Processual Civil e Previdenciário. Ofensa ao art. 1.022 do CPC não configurada. Regime Geral de Previdência Social. Revisão de prestações. Decadência. Art. 103, *caput*, da Lei 8.213/1991. Não incidência.

1. No caso, a autora ajuizou ação de revisão de pensão por morte, objetivando o recálculo da renda mensal inicial do benefício originário de aposentadoria de seu falecido marido.

2. Tal situação denota que a pretensão veiculada na presente ação consiste na revisão do ato de concessão do benefício de pensão por morte.

3. Não merece acolhida a irresignação quanto à alegada violação ao artigo 103, *caput*, da Lei 8.213/1991. O início do prazo decadencial se deu após o deferimento da pensão por morte, em decorrência do princípio da *actio nata*, tendo em vista que apenas com o óbito do segurado adveio a legitimidade da parte recorrida para o pedido de revisão, já que, por óbvio, esta não era titular do benefício originário, direito personalíssimo.

4. Ressalte-se que a revisão da aposentadoria gera efeitos financeiros somente pela repercussão da alteração de sua RMI (renda mensal inicial) na pensão por morte subsequente.

5. Agravo Interno não provido.

(AgInt no REsp 1.522.447/PR, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 23/05/2017, DJe 16/06/2017)

Previdenciário. Pensão por morte. Revisão da renda mensal inicial do benefício originário com repercussão no benefício derivado. Decadência. Art. 103, *caput*, da

Lei n. 8.213/1991. Termo inicial. Data da concessão da pensão por morte. Agravo interno desprovido.

I - O prazo decadencial do direito de revisão da pensão por morte, que tem como preliminar a revisão do benefício originário recebido pelo segurado instituidor em vida, inicia-se com a concessão da pensão, uma vez que a parte recorrente não dispunha de legitimidade para evitar que o direito à revisão do benefício antecessor decaísse. Observância do princípio da *actio nata*. Precedentes.

II - Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1.628.113/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Francisco Falcão, julgado em 27/04/2017, DJe 02/05/2017)

Processual Civil e Previdenciário. Agravo regimental no recurso especial. Pensão por morte. Revisão da renda mensal inicial do benefício originário com repercussão no benefício derivado. Decadência. Art. 103 *caput* da Lei n. 8.213/1991. Matéria submetida ao rito do recurso especial repetitivo. Recursos Especiais 1.309.529/PR e 1.326.114/SC. Termo inicial. Data da concessão da pensão por morte. Agravo regimental não provido.

1. A jurisprudência que vem se firmando no STJ em torno da pretensão à revisão do ato de concessão da pensão por morte é no sentido de que o termo inicial do prazo decadencial previsto no artigo 103 *caput* da Lei 8.213/1991, corresponde à data de concessão desse benefício previdenciário derivado. Observância do princípio da *actio nata*. (REsp 1.529.562/CE, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 11/9/2015)

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.462.100/PR, Segunda Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 27/10/2015, DJe 09/11/2015)

Previdenciário. Revisão de benefício. Decadência. Configuração. Benefício concedido antes da Medida Provisória n. 1.523-9/97 e da Lei n. 9.528/97. Termo *a quo* do prazo decadencial. Matéria submetida ao rito do art. 543-C do CPC. Recursos especiais 1.309.529/PR e 1.326.114/SC.

1. Questionado o cálculo da pensão, ainda que se tenha de adentrar no cálculo do benefício de origem, o prazo de decadência deve ser contado a partir da data em que reconhecido o direito ao pensionamento.

2. No caso concreto, o benefício previdenciário, objeto de revisão, foi concedido posteriormente à vigência da Medida Provisória n. 1.523-9/1997, em 23/7/2006, e a ação foi ajuizada em 26/01/2011.

Dessarte, constata-se que não transcorreram os dez anos para configurar a decadência do direito da recorrida revisar seu benefício.

3. Precedentes: REsp 1.272.165, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 11/09/2014; REsp 1499057, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ de 24.2.2015; REsp 1.517.018/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ de 13/04/2015.

Embargos de declaração acolhidos com efeitos modificativos para negar provimento ao recurso especial.

(EDcl no AgRg no REsp 1.509.085/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, julgado em 16/06/2015, DJe 25/06/2015)

Diante da notória divergência entre as Turmas de Direito Público, entendo que deve prevalecer a tese segundo a qual, o prazo decadencial deve ter por termo inicial a data da concessão da pensão por morte.

Com efeito, a concessão do benefício derivado pensão por morte inaugura uma nova relação jurídica e, por consequência, um novo prazo decadencial.

Cada benefício deve ser considerado de forma autônoma para fins de incidência do prazo decadencial previsto no *caput* do artigo 103 da Lei 8.2313/1991, ainda que a revisão da pensão por morte exija a revisão da renda mensal inicial do benefício que lhe deu origem.

Ademais, deve ser levado em consideração, que a parte interessada só detém legitimidade para pleitear a revisão do benefício originário, após o óbito do instituidor. Logo, em razão da observância ao Princípio da *Actio Nata*, o curso do prazo decadencial só tem início com a concessão da pensão por morte, momento em que nasce a legitimidade para o pleito da revisão pretendida.

Somente com a concessão da pensão, recebida em nome próprio, o dependente passa a deter legitimidade para questionar o ato de concessão da aposentadoria que era recebida pelo segurado falecido, ainda que para fins de reflexos monetários em sua pensão.

Dessa forma, não incide a decadência em relação à pretensão de revisão de pensão por morte, se proposta antes de decorridos dez anos do seu ato de concessão, ainda que o ato revisional implique na revisão do benefício originário.

Cumprе esclarecer que a revisão do benefício originário gera efeitos financeiros apenas em relação ao benefício derivado, de sorte que, o beneficiário só terá direito de receber as diferenças advindas da revisão da pensão por morte.

Ante o exposto, dou provimento aos embargos de divergência, para que prevaleça o entendimento contido no acórdão paradigma, REsp 1.547.074/RS, e para negar provimento ao recurso especial do INSS, afastando a decadência no caso concreto, restabelecendo o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

VOTO

Ementa: Previdenciário. Embargos de divergência. Revisão de benefício de pensão por morte. Termo inicial do prazo decadencial: *data da concessão da pensão por morte e não a data da aposentadoria*. Prazo autônomo em relação ao benefício concedido ao instituidor da pensão. Princípio da *actio nata*. Embargos de divergência acolhidos, *em consonância com o voto do eminente relator*, de acordo com a orientação jushumanitária adotada na 2ª Turma desta Corte e na TNU.

1. Em atenção ao vetusto princípio jurídico da *actio nata*, o marco inicial para a contagem do prazo decadencial do benefício de pensão por morte transcorre independentemente do benefício do Segurado instituidor, uma vez que a relação jurídica do pensionista com a Autarquia Previdenciária somente se inicia a partir da concessão do benefício de pensão por morte, sendo autônoma em relação a ele.

2. Nestes termos, embora a decadência incida sobre o direito não exercitado pelo Segurado instituidor em vida e impeça o pensionista em nome próprio de superar os efeitos da decadência para a percepção de diferenças não pagas ao instituidor, o pensionista fará jus à revisão da pensão de modo a se beneficiar da repercussão financeira revisional não efetivada em proveito direto do segurado instituidor da pensão.

3. A Segunda Turma desta Corte acolheu tal entendimento jushumanitário, fixando a orientação de que o início do prazo decadencial se dá após o deferimento da pensão por morte, tendo em vista que apenas com o óbito do segurado advém a legitimidade para o pedido de revisão. Precedentes: AgInt no REsp 1.522.447/PR, Rel. Min. *Herman Benjamin*, DJe 16.6.2017; REsp 1.663.624/PR, Rel. Min. *Herman Benjamin*, DJe 16.6.2017; REsp 1.639.709/RS, Rel. Min. *Herman Benjamin*, DJe 6.3.2017; EDcl no AgRg no REsp 1.488.669/RS, Rel. Min. *Humberto Martins*, Rel. p/Acórdão Min. *Herman Benjamin*, DJe 7.10.2016; REsp 1.577.919/RS, Rel. Min. *Herman Benjamin*, DJe 8.9.2016.

4. A interpretação de qualquer regra jurídica, especialmente daquelas que integram o amplo universo dos Direitos Fundamentais, incluindo as de Direito Humanitário, deve ser realizada sob a influência do pensamento garantístico, oposto ao pensamento legalista

e estadólatra, de modo que o julgamento de causa que envolva tais preceitos reflita e espelhe o entendimento judicial de maior proteção e de mais eficaz tutela dos hipossuficientes.

5. No caso dos autos, não tendo transcorrido o prazo de dez anos entre a DIB da pensão por morte e o ajuizamento da ação, não há que se falar na decadência ao direito de revisão do ato concessório do benefício.

6. Embargos de Divergência acolhidos.

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Comungo do entendimento de que os benefícios de aposentadoria e a pensão por morte, dela decorrente, embora decorram do mesmo critério de cálculo, são autônomos, titularizados por pessoas diversas que, de forma independente possuem, o direito de requerer a revisão do benefício, razão pela qual considero que existe prazo decadencial autônomo relativo ao direito da pensão por morte, computado a partir de sua concessão.

2. Assim, caso o beneficiário do INSS tenha perdido, em vida, o direito de solicitar a revisão do valor de sua aposentadoria, o fato não prejudica o titular da subsequente pensão por morte, uma vez que os beneficiários da pensão por morte não poderão sofrer os reflexos da falta de revisão do benefício de origem. Somente a partir do início do recebimento da pensão por morte é que deve ter curso o prazo de decadência para a revisão do benefício que era recebido pelo de cujus, *em atenção do princípio da actio nata*.

3. Isto significa dizer que o direito pode ser discutido pelo pensionista, ainda que fundado em dados que poderiam ter sido questionados pelo aposentado atingido pela decadência. Se o beneficiário da pensão por morte recebe benefício a menor, ainda que o vício existente se encontre no passado, no momento de concessão da aposentadoria, os efeitos que refletem na RMI da pensão podem ser revistos a partir de sua concessão.

4. Cumpre pontuar que tal entendimento está consolidado na Segunda Turma desta Corte, como se verifica dos seguintes julgados:

Processual Civil e Previdenciário. Ofensa ao art. 1.022 do CPC não configurada. Regime Geral de Previdência Social. Revisão de prestações. Decadência. Art. 103, *caput*, da Lei 8.213/1991. Não incidência.

1. No caso, a autora ajuizou ação de revisão de pensão por morte, objetivando o recálculo da renda mensal inicial do benefício originário de aposentadoria de seu falecido marido.

2. Tal situação denota que a pretensão veiculada na presente ação consiste na revisão do ato de concessão do benefício de pensão por morte.

3. Não merece acolhida a irrisignação quanto à alegada violação ao artigo 103, *caput*, da Lei 8.213/1991. O início do prazo decadencial se deu após o deferimento da pensão por morte, em decorrência do princípio da *actio nata*, tendo em vista que apenas com o óbito do segurado adveio a legitimidade da parte recorrida para o pedido de revisão, já que, por óbvio, esta não era titular do benefício originário, direito personalíssimo.

4. Ressalte-se que a revisão da aposentadoria gera efeitos financeiros somente pela repercussão da alteração de sua RMI (renda mensal inicial) na pensão por morte subsequente.

5. Agravo Interno não provido (AgInt no REsp 1.522.447/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 16.6.2017).

Processual Civil e Previdenciário. Ofensa ao art. 1.022 do CPC não configurada. Regime Geral de Previdência Social. Revisão de prestações. Decadência. Art. 103, *caput*, da Lei 8.213/1991. Não incidência.

1. No caso, a autora ajuizou ação de revisão de pensão por morte, objetivando o recálculo da renda mensal inicial do benefício originário de aposentadoria de seu falecido marido.

2. Tal situação denota que a pretensão veiculada na presente ação consiste na revisão do ato de concessão do benefício de pensão por morte.

3. Não merece acolhida a irrisignação quanto à alegada violação ao artigo 103, *caput*, da Lei 8.213/1991. O início do prazo decadencial se deu após o deferimento da pensão por morte, em decorrência do princípio da *actio nata*, tendo em vista que apenas com o óbito do segurado adveio a legitimidade da parte recorrida para o pedido de revisão, já que, por óbvio, esta não era titular do benefício originário, direito personalíssimo.

4. Ressalte-se que a revisão da aposentadoria gera efeitos financeiros somente pela repercussão da alteração de sua RMI (renda mensal inicial) na pensão por morte subsequente.

5. Recurso Especial não provido (REsp 1.663.624/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 16.6.2017).

Previdenciário e Processual Civil. Regime Geral de Previdência Social. Direito de revisão de benefício previdenciário. Pensão por morte e benefício originário. Decadência.

1. *In casu*, a ora recorrida ajuizou, em 4.8.2009, ação de revisão de pensão por morte do Regime Geral de Previdência Social, concedida em 25.10.2006, mediante o recálculo da renda mensal inicial do benefício originário do instituidor da pensão (aposentadoria por tempo de contribuição concedida em 11.11.1987).

2. Têm chegado ao STJ duas situações que merecem o discripe para melhor identificação da solução jurídica cabível: a) a primeira é o caso em que o pensionista pede a alteração do valor da pensão mediante recálculo da aposentadoria do instituidor da pensão, sem pleitear pagamento de diferenças da aposentadoria; e b) a segunda ocorre quando o pensionista pede, além das diferenças da pensão, as da aposentadoria. A ora recorrida se enquadra na hipótese "a", tanto que, na inicial e nos cálculos que a acompanham, ela pleiteia somente diferenças da pensão.

3. Para fins de incidência da decadência do art. 103 da Lei 8.213/1991, cada benefício previdenciário deve ser considerado isoladamente. O benefício previdenciário recebido em vida pelo segurado instituidor da pensão deve ter seu próprio cálculo de decadência, assim como a pensão por morte.

4. Isso não significa, todavia, que, se o direito de revisão do benefício antecessor estiver decaído, não remanescerá o direito de rever a subsequente pensão. Nessa hipótese, a jurisprudência sedimentou a compreensão de que o início do prazo decadencial do direito de revisão de pensão por morte que tem como escopo a revisão de benefício originário recebido pelo segurado instituidor em vida dá-se a partir da concessão da pensão (conforme regras do art. 103 da Lei 8.213/1991).

5. Em tal situação, porém, não pode persistir o direito ao recebimento das diferenças do benefício antecessor, já que decaído o direito à revisão ao seu titular (o segurado falecido instituidor da pensão) e o pensionista está pleiteando direito alheio, e não direito próprio. Nessa mesma linha: REsp 1.529.562/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 11.9.2015.

6. Assim, embora decaído o direito de revisão do benefício originário, é possível revisá-lo tão somente para que repercuta financeiramente na pensão por morte, se, evidentemente, o direito de revisão desse benefício não tiver decaído.

7. No caso concreto, a pensão por morte foi concedida em 25.10.2006. O exercício do direito revisional ocorreu em 4.8.2009, portanto, dentro do prazo decadencial decenal previsto pela lei previdenciária. Correto, portanto, o entendimento esposado no acórdão recorrido.

8. Recurso Especial não provido (REsp 1.639.709/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 6.3.2017).

Previdenciário e Processual Civil. Regime Geral de Previdência Social. Direito de revisão de benefício previdenciário. Pensão por morte e benefício originário. Incidência. Critérios. Identificação da controvérsia jurídica

1. A embargante aduz que deve ser aplicado o princípio da *actio nata* ao caso, pois o prazo decadencial de revisão do benefício previdenciário, quando se trata de pensão por morte precedida de aposentadoria, deve ser a contar da pensão para ambos os benefícios, já que a partir de tal data nasce o direito de revisão do pensionista, não obstante estar decaído o direito do falecido titular da aposentadoria.

2. A ora embargante ajuizou, em 19.7.2012, ação de revisão de pensão por morte do Regime Geral de Previdência Social, concedida em 1º.5.2009, mediante o recálculo da renda mensal inicial do benefício originário do instituidor da pensão (aposentadoria por tempo de contribuição concedida em 23.9.1991).

3. Têm chegado ao STJ duas situações que merecem o discripe para melhor identificação da solução jurídica cabível: a) a primeira é o caso em que o pensionista pede a alteração do valor da pensão mediante recálculo da aposentadoria do instituidor da pensão, sem pleitear pagamento de diferenças da aposentadoria; e b) a segunda ocorre quando o pensionista pede, além das diferenças da pensão, as da aposentadoria.

4. A ora embargante se enquadra na hipótese “a”, tanto que, na inicial e nos cálculos que a acompanham, ela pleiteia somente diferenças da pensão (fls. 2-18 e 30-31/e-STJ).

5. A controvérsia consiste em definir, portanto, se incide a decadência do direito de revisão do benefício que deu origem à pensão por morte e, por fim, se o respectivo titular tem direito às diferenças de ambos os benefícios previdenciários.

Mérito

6. É assente no STJ que o titular de pensão por morte possui legitimidade para pleitear, em nome próprio, o direito alheio concernente à revisão do benefício previdenciário recebido pelo segurado instituidor da pensão, conforme art. 112 da Lei 8.213/1991. A propósito: AgRg no REsp 1.260.414/CE, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 26.3.2013; AgRg no REsp 662.292/AL, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, DJ 21.11.2005, p. 319.

7. No presente caso, a titular pede, em nome próprio, o direito do falecido de revisão do benefício que antecedeu a pensão por morte, e, em seu nome, o seu próprio direito de revisão dessa pensão.

8. Logo, para fins de incidência da decadência do art. 103 da Lei 8.213/1991, cada benefício previdenciário deve ser considerado isoladamente. O benefício previdenciário recebido em vida pelo segurado instituidor da pensão deve ter seu próprio cálculo de decadência, assim como a pensão por morte.

9. Isso não significa, todavia, que, se o direito de revisão do benefício antecessor estiver decaído, não remanescerá o direito de rever a subsequente pensão. Nessa hipótese, a jurisprudência sedimentou a compreensão de que o início do prazo decadencial do direito de revisão de pensão por morte que tem como escopo a

revisão de benefício originário recebido pelo segurado instituidor em vida dá-se a partir da concessão da pensão (conforme regras do art. 103 da Lei 8.213/1991).

10. Em tal situação, porém, não pode persistir o direito ao recebimento das diferenças do benefício antecessor, já que decaído o direito à revisão ao seu titular (o segurado falecido instituidor da pensão) e o pensionista está pleiteando direito alheio, e não direito próprio. Nessa mesma linha: REsp 1.529.562/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 11.9.2015.

11. Assim, embora decaído o direito de revisão do benefício originário, é possível revisá-lo tão somente para que repercuta financeiramente na pensão por morte, se, evidentemente, o direito de revisão desse benefício não tiver decaído.

12. Em situação idêntica, assim foi decidido no REsp 1.574.202/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18.5.2016.

Caso concreto

13. No caso concreto, o benefício que deu origem à pensão por morte (aposentadoria por tempo de contribuição) foi concedido antes de 11.11.1997, marco inicial do prazo; e a ação foi ajuizada em 29.7.2012, tendo decaído o direito de revisão pelos sucessores do titular de tal benefício, conforme art. 103 da Lei 8.213/1991.

14. Ressalva-se novamente que remanesce o direito de revisão do citado benefício apenas para que repercuta financeiramente na pensão por morte recebida pela ora recorrida.

15. Já a pensão por morte foi concedida em 1º.5.2009. O exercício do direito revisional ocorreu, portanto, dentro do prazo decadencial decenal previsto pela lei previdenciária.

16. De qualquer sorte, a questão sobre o pagamento de diferenças da aposentadoria recebida pelo instituidor da pensão deve ser expressamente afastada em razão dos limites da pretensão deduzida na inicial (a qual consiste no pagamento de diferenças somente da pensão, fls. 2-18 e 30-31/e-STJ).

17. Embargos de Declaração parcialmente providos (EDcl no AgRg no REsp 1.488.669/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Rel. p/Acórdão Min. Herman Benjamin, DJe 7.10.2016).

Processual Civil e Previdenciário. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Regime Geral de Previdência Social. Revisão de prestações. Decadência. Art. 103, *caput*, da Lei 8.213/1991. Não incidência.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. No caso, a autora ajuizou ação de revisão de pensão por morte, objetivando o recálculo da renda mensal inicial do benefício originário de aposentadoria de seu falecido marido.

3. Tal situação denota que a pretensão veiculada na presente ação consiste na revisão do ato de concessão do benefício de pensão por morte.

4. Não merece acolhida a irrisignação quanto à alegada violação ao artigo 103, *caput*, da Lei 8.213/1991. O início do prazo decadencial se deu após o deferimento da pensão por morte, em decorrência do princípio da *actio nata*, tendo em vista que apenas com o óbito do segurado adveio a legitimidade da parte recorrida para o pedido de revisão, já que, por óbvio, esta não era titular do benefício originário, direito personalíssimo.

5. Ressalte-se que a revisão da aposentadoria gera efeitos financeiros somente pela repercussão da alteração de sua RMI (renda mensal inicial) na pensão por morte subsequente.

6. Recurso Especial não provido (REsp 1.577.919/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 8.9.2016).

5. A mesma orientação foi consolidada pela TNU no julgamento do Pedido de Uniformização de Jurisprudência 5049328-54.2013.4.04.7000, onde se fixou o entendimento de que o marco inicial para a contagem do prazo decadencial do benefício de pensão por morte transcorre independentemente do benefício do segurado instituidor. Estabelecendo-se que o beneficiário não poderá receber eventual diferença oriunda do recálculo do benefício do instituidor, em relação ao qual houve o transcurso do prazo decadencial, mas fará jus ao reflexo financeiro correspondente na pensão concedida.

6. Nestes termos, voto pelo acolhimento dos Embargos de Divergência, acompanhando o eminente Ministro Relator, a fim de que prevaleça o entendimento firmado pela Segunda Turma desta Corte. É como voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Embargos de Divergência, interpostos por *Nazira Rosa Dias*, em 18/05/2017, com fundamento nos arts. 1.043 do CPC/2015, 266 e 267 do RISTJ, contra acórdão prolatado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, publicado em 09/05/2017, assim ementado:

Previdenciário. *Pensão derivada de aposentadoria obtida junto ao INSS. Decadência decenal. Viúva titular de pensão por morte de marido aposentado. Majoração da pensão mediante a revisão da renda mensal inicial (RMI) da pretérita aposentação. Inviabilidade no caso concreto. Consumação da decadência decenal*

relativamente ao pedido de revisão da RMI da aposentadoria. Exegese do art. 103, caput, da Lei n. 8.213/91, com a redação dada pela MP 1.523-9/1997.

1. *No caso concreto, a autora, titular de pensão por morte, busca da majoração dos valores de seu benefício, solicitando, para tanto, a prévia revisão da renda mensal inicial (RMI) da aposentadoria de seu falecido esposo.*

2. *Em tal contexto, o pedido de revisão da RMI da mencionada aposentadoria, com a conseqüente majoração da pensão da viúva, acha-se inviabilizado, eis que, a teor do decidido em repetitivo no REsp 1.309.529/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 04/06/2013, “Incide o prazo de decadência do art. 103 da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, no direito de revisão dos benefícios concedidos ou indeferidos anteriormente a esse preceito normativo, com termo a quo a contar da sua vigência (28.6.1997)”*

3. *Logo, na hipótese em exame, a possibilidade de revisão da RMI da aposentadoria do finado marido da pensionista quedou fulminada pela decadência de dez anos. Nesse sentido: REsp 1.526.968/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 18/08/2016, DJe 12/09/2016.*

4. *Agravo interno improvido (fl. 376e).*

Aponta, como paradigma, o AgInt no REsp 1.547.074/RS, de relatoria do Ministro *Francisco Falcão (Segunda Turma, DJe de 10/03/2017)*, e sustenta que o acórdão embargado diverge da jurisprudência da Segunda Turma do STJ, que entende que “o início do prazo decadencial do direito de revisão de pensão por morte que tem como escopo a revisão de benefício originário recebido pelo segurado instituidor em vida é a partir da concessão da pensão (conforme regras do art. 103 da Lei 8.213/1991)”. Afirma, nesse sentido:

A Primeira Turma do STJ, no julgado recorrido, entendeu pela ocorrência da decadência no caso em tela, sob a seguinte argumentação:

(...)

Contudo, a ocorrência e o prazo de decadência, nesse tema, estão dispostos na lei supracitada e, tratando-se de Lei Federal, são fundamentos suscetíveis de serem examinados por essa Corte, como outras decisões proferidas por esse Egrégio Tribunais, que serão colacionadas adiante, as quais analisaram o tema.

Assim, a Segunda Turma deste Colendo Tribunal possui entendimento que tutela a Dignidade e o trabalho prestado pelo segurado instituidor, no sentido de que de que o início do prazo decadencial do direito de revisão de pensão por morte que tem como escopo a revisão de benefício originário recebido pelo segurado instituidor em vida é a partir da concessão da pensão (conforme regras do art. 103 da Lei 8.213/1991), sendo válida a ilustração desta importante decisão:

(...)

Cumprindo o cotejo analítico apto a demonstrar a divergência existente entre as decisões, colaciona-se a fundamentação utilizada no julgado paradigma:

(...)

Logo, resta caracterizada a divergência jurisprudencial entre o julgamento recorrido proferido pela Primeira Turma e o julgamento paradigma proferido pela Segunda Turma, assim cumprido o requisito formal traçado pelo Regimento Interno.

O inteiro teor dos julgados supracitados seguem em anexo, os quais declaram autênticas as cópias, nos moldes do art. 255, § 1º, alínea 'a' do Regimento Interno do STJ.

(...)

Diferentemente da decisão recorrida, o paradigma supracitado é expreso no sentido de analisar a matéria, por se tratar de Lei Federal, e afastar a decadência do direito à revisão, *tratando-se de pensão por morte concedida em 01/11/2008, a (sic) menos de 10 anos da data de propositura do pedido perante o Poder Judiciário, realizado em 12/09/2011.*

A título ilustrativo, colaciona-se o CONBAS (Dados Básicos da concessão e a tela dos autos de n. 5002504-81.2011.404.7008:

(...)

Portanto, deve ser afastada a decadência do caso em tela.

Nessa mesma linha o AgRgREsp n. 549.306-RS, da Relatoria do Min. Humberto Martins, reiterando tese do julgamento supracitado, acatou o argumento do recorrente no sentido de que a matéria discutida na demanda (direito adquirido ao melhor benefício) sequer teria sido abordada e decidida na via administrativa, que apreciou o pedido de concessão do benefício. No caso, o segurado também não poderia ter exercido seu direito quando da concessão, tendo em vista que o acolhimento da tese do direito adquirido ocorreu em 2013 e que o próprio STF só decidiu acerca do tema recentemente, condicionante que afasta a decadência do direito.

Em caso de manutenção do entendimento pela decadência restará prejudicado o direito fundamental da Dignidade Humana do segurado, a partir da negativa injusta da Administração do Direito ao reconhecimento do trabalho que de forma legítima deve integrar seu patrimônio jurídico, independentemente de qualquer lapso temporal.

(...)

Deste modo, em razão da decisão embargada proferida pela Primeira Turma apresentar divergência em relação ao entendimento de outros órgãos deste mesmo Tribunal, torna-se imperiosa a análise por esta Corte Especial, para determinar a imperatividade de suas decisões, respeitando o teor do art. 1.043, III, do CPC, combinado com os artigos 266 e 267, do Regimento Interno do STJ.

(...)

O tema relativo à incidência, ou não, do prazo decadencial, previsto no art. 103, caput, da Lei 8.213/91, para reconhecimento de direito adquirido ao benefício previdenciário mais vantajoso (tema objeto dos autos em tela), foi afetado, nesta Corte, em 09/11/2016, nos autos do REsp 1.631.021/PR e do REsp 1.612.818/PR, ambos de relatoria do Ministro **Mauro Campbell Marques**, para julgamento pela Primeira Seção, segundo o rito dos recursos representativos de controvérsia, conforme prevê o art. 1.036, § 5º, do CPC/2015, sendo válida a ilustração da ementa:

(...)

Logo, em prol da uniformidade da interpretação jurisprudencial deste Tribunal, requer-se a manifestação desta Turma a respeito da aplicabilidade das decisões supracitadas [nos] representativos da controvérsia no caso em tela (fls. 389/400e).

Requer, por fim, sejam conhecidos e providos “os presentes Embargos de Divergência, para o fim de reformar a decisão recorrida, *no sentido de prevalecer o entendimento expresso no AgInt no REsp 1.547.074 - RS (2015/0192715-8), julgado pela Segunda Turma do STJ, afastando a decadência* em prol da concretização do direito da segurada, conforme postulado na peça exordial. Em termos sucessivos, *requer-se a manifestação sobre a aplicabilidade da decadência tratando-se de benefício de mais vantajoso*, que não foi objeto de manifestação pelo INSS, na via administrativa, em prol da concretização dos direitos da parte autora, *tema afetado, nesta Corte, em 09/11/2016, nos autos do REsp 1.631.021/PR e do REsp 1.612.818/PR, ambos de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, para julgamento pela Primeira Seção, segundo o rito dos recursos representativos de controvérsia, conforme prevê o art. 1.036, § 5º, do CPC/2015”* (fl. 401e).

Admitidos os Embargos de Divergência (416/418e), o INSS apresentou resposta (fls. 426/434e), pugnando pelo “não conhecimento do recurso de embargos de divergência da parte autora ou, caso não seja esse o entendimento, o improvimento dos presentes embargos, para que seja pacificado o entendimento deste Colendo Tribunal acerca da matéria, dando a solução em consonância com o posicionamento da 1ª Turma deste Colendo Tribunal”.

Iniciado o julgamento pela Primeira Seção do STJ, o Relator, Ministro *Mauro Campbell Marques*, proferiu voto, dando provimento aos Embargos de Divergência – no que foi acompanhado pelo Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho* –, “para que prevaleça o entendimento contido no acórdão paradigma, REsp 1.547.074/RS, e para negar provimento ao recurso especial do INSS, afastando a decadência no caso concreto, restabelecendo o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*”.

Pedi, então, vista dos autos, para melhor examinar o tema debatido.

Na origem, trata-se de ação ajuizada, em 12/09/2011, por *Nazira Rosa Dias* em face do INSS, sustentando que o seu pai, aposentado em 02/07/91, falecido em 2008, gerando a pensão de que a requerente é titular, concedida em 01/11/2008, tinha *direito adquirido a melhor benefício*, ou seja, por ter ele implementado as condições para a aposentadoria na vigência da Lei 6.950/81 – que previa o limite máximo do salário-de-contribuição em valor correspondente a 20 (vinte) vezes o maior salário-mínimo vigente no país –, a renda mensal inicial do aludido benefício deveria ser maior, por concedido ele antes da Lei 7.787/89.

Alega que a forma de cálculo da aposentadoria de seu falecido pai “*foi prejudicial à autora, uma vez que ele já tinha incorporado ao seu patrimônio jurídico forma de cálculo mais vantajosa, razão pela qual sua RMI e renda mensal devem ser revistas*” (fl. 4e).

Requer a condenação do INSS “a recalcular a renda mensal inicial - RMI, utilizando como período básico de cálculo – PBC os salários-de-contribuição dos 36 meses anteriores a 30.06.1989, corrigidos monetariamente pela tabela própria da época, limitando-se o benefício a 20 (vinte) salários mínimos, correspondendo no mínimo a 88% do salário-de-benefício” (fls. 11/12e), condenando-se também o INSS “a implantar as diferenças da renda mensal decorrentes da revisão nos pagamentos dos proventos, limitada a 20 (vinte) salários mínimos naquela data, correspondendo no mínimo a 88% do salário-de-benefício, e atualizado pelos índices oficiais até a data da efetiva implantação, limitado ao teto previdenciário na data da implantação” (fl. 12e), com pagamento das diferenças em atraso, respeitada a prescrição quinquenal (fl. 12e).

O Juízo de 1º Grau julgou extinto o processo, “com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC, *em razão da decadência do direito de pleitear a revisão do benefício*”, na forma da sentença de fls. 67/75e.

A autora interpôs Apelação, parcialmente provida, pelo Tribunal de origem, afastando a decadência, porquanto concedido o benefício de aposentadoria ao seu pai em 02/07/91, antes do advento da Medida Provisória 1.523-9, de 27/06/97, não se aplicando, assim, o prazo decadencial, conforme o acórdão de fls. 100/112e, assim ementado:

Previdenciário. Revisão. Decadência. Teto de contribuição de 20 salários mínimos de referência. Lei 6.950/81. Leis 7.787/89 e 7.789/89. Direito adquirido. Preenchimento dos requisitos. Possibilidade da aplicação do artigo 144 da Lei 8.213/91.

1. Os benefícios deferidos antes de 27 de junho de 1997 (data da edição da MP 1.523-9) não estão sujeitos a prazo decadencial.

2. Tendo a parte autora preenchido os requisitos para a concessão do benefício antes do advento da sistemática instituída pelas Leis 7.787/89 e 7.789/89, tem direito adquirido ao benefício calculado de acordo com a legislação anterior.

3. Reconhecido o direito adquirido ao cálculo da RMI em data anterior ao advento da sistemática instituída pelas Leis 7.787/89 e 7.789/89, o benefício teria sido concedido no denominado “buraco negro”, de modo que aplicável em tese o disposto no artigo 144 da Lei 8.213/91.

4. Na aplicação do artigo 144 da Lei 8.213/91, ou se reconhece direito adquirido ao cálculo da RMI com base na legislação vigente antes das modificações legislativas, caso mais favorável ao segurado (o que é improvável), ou se reconhece o direito à incidência integral da Lei 8.213/91. Assim, não se cogita, com a aplicação do artigo 144 da lei 8.213/91, da possibilidade de a nova renda mensal a ser implantada a partir de junho de 1992 ser superior ao limite de salário-de-contribuição no referido mês (art. 144 c.c. art. 33 da Lei 8.213/91, na redação original).

5. Como a hipótese é de reconhecimento de direito adquirido, a RMI fictícia deverá ser apurada em 01/07/89, computando-se os salários-de-contribuição vertidos até junho/89, e utilizando-se o limitador do salário-de-benefício e da RMI vigente em julho/89. Obtida a RMI em 01/07/89, ela deverá ser atualizada com base nos índices aplicáveis ao reajustamento dos benefícios da previdência social até a DER, observados obviamente os efeitos do artigo 144 da Lei 8.213/91. Somente deverá ser aplicada proporcionalidade no primeiro reajuste posterior a julho/89 (art. 41, II, da Lei 8.213/91 - redação original), pois na DER o benefício, como reconhecido o direito adquirido em data anterior, em rigor já seria um benefício em manutenção (fl. 111e).

Opostos Embargos de Declaração, foram eles rejeitados (fls. 130/135e).

Devolvidos os autos à Turma julgadora, para novo exame, nos termos do art. 543-B, § 3º, do CPC/73, em razão do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do RE 626.489/SE, sob o regime da repercussão geral, o acórdão restou mantido (fls. 266/273e), ao fundamento de que não há falar em decadência, porque a presente ação foi distribuída em 12/09/2011, antes de dez anos da concessão da pensão à autora, em 01/11/2008, asseverando-se que o *curso do prazo decadencial* “tem início somente após a concessão da pensão por morte, em face do princípio da actio nata” (fl. 272e).

O novo acórdão restou assim ementado:

Previdenciário. Civil e Processo Civil. Juízo de retratação. Decadência. Não ocorrência.

Nos termos do RE 626.489 (Relator: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2013, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral), que tratou da revisão do ato de concessão de benefícios previdenciários, “o prazo decadencial de dez anos, instituído pela Medida Provisória 1.523, de 28.06.1997, tem como termo inicial o dia 1º de agosto de 1997, por força de disposição nela expressamente prevista. Tal regra incide, inclusive, sobre benefícios concedidos anteriormente, sem que isso importe em retroatividade vedada pela Constituição”.

Entretanto, *não há falar em decadência quando a ação judicial foi distribuída em momento anterior ao decênio, notadamente quando o curso do prazo “tem início somente após a concessão da pensão por morte, em razão do princípio da actio nata”* (TRF4, AC 2008.71.00.019956-7, Terceira Seção, Relatora p/ Acórdão Vânia Hack de Almeida, D.E. 28/08/2015) (fl. 272e).

Opostos novos Embargos de Declaração, foram eles acolhidos, em parte, apenas para fins de prequestionamento (fls. 285/293e).

O INSS interpôs Recurso Especial, que foi admitido, na origem, e, nesta Corte, foi provido, “*para julgar improcedente o pedido formulado na inicial, em face da decadência do direito à revisão da RMI da aposentadoria anteriormente concedida ao consorte da parte autora, com a inversão dos ônus sucumbenciais, observada a regra do art. 12 da Lei n. 1.060/1950, tendo em vista o deferimento do pedido de assistência judiciária gratuita (fl. 31)*”, na forma da decisão monocrática de fls. 335/340e, de lavra do Ministro Sérgio Kukina, mantida, pela Primeira Turma do STJ, no julgamento do Agravo interno, em acórdão assim ementado:

Previdenciário. *Pensão derivada de aposentadoria obtida junto ao INSS. Decadência decenal. Viúva titular de pensão por morte de marido aposentado. Majoração da pensão mediante a revisão da renda mensal inicial (RMI) da pretérita aposentação. Inviabilidade no caso concreto. Consumação da decadência decenal relativamente ao pedido de revisão da RMI da aposentadoria. Exegese do art. 103, caput, da Lei n. 8.213/91, com a redação dada pela MP 1.523-9/1997.*

1. *No caso concreto, a autora, titular de pensão por morte, busca a majoração dos valores de seu benefício, solicitando, para tanto, a prévia revisão da renda mensal inicial (RMI) da aposentadoria de seu falecido esposo.*

2. *Em tal contexto, o pedido de revisão da RMI da mencionada aposentadoria, com a conseqüente majoração da pensão da viúva, acha-se inviabilizado, eis que, a teor do decidido em repetitivo no REsp 1.309.529/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 04/06/2013, “Incide o prazo de decadência do art. 103 da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, no direito de revisão dos benefícios concedidos ou indeferidos anteriormente a esse preceito normativo, com termo a quo a contar da sua vigência (28.6.1997)”.*

3. Logo, na hipótese em exame, a possibilidade de revisão da RMI da aposentadoria do finado marido da pensionista quedou fulminada pela decadência de dez anos. Nesse sentido: REsp 1.526.968/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 18/08/2016, DJe 12/09/2016.

4. Agravo interno improvido (fl. 376e).

Inconformada, a parte autora interpôs os presentes Embargos de Divergência (fls. 384/409e), alegando, em síntese, divergência com a jurisprudência da Segunda Turma, que se orienta no sentido de que “o início do prazo decadencial do direito de revisão de pensão por morte que tem como escopo a revisão de benefício originário recebido pelo segurado instituidor em vida é a partir da concessão da pensão (conforme regras do art. 103 da Lei 8.213/1991)”. Apresenta, como paradigma, o acórdão proferido no julgamento do AgInt no REsp 1.547.074/RS, de relatoria do Ministro *Francisco Falcão*, julgado, pela Segunda Turma do STJ, em 07/03/2017.

Requer, por fim, sejam conhecidos e providos “os presentes Embargos de Divergência, para o fim de reformar a decisão recorrida, no sentido de prevalecer o entendimento expresso no AgInt no REsp 1.547.074 - RS (2015/0192715-8), julgado pela Segunda Turma do STJ, afastando a decadência em prol da concretização do direito da segurada, conforme postulado na peça exordial. Em termos sucessivos, *requer-se a manifestação sobre a aplicabilidade da decadência tratando-se de benefício mais vantajoso, que não foi objeto de manifestação pelo INSS, na via administrativa, em prol da concretização dos direitos da parte autora, tema afetado, nesta Corte, em 09/11/2016, nos autos do REsp 1.631.021/PR e do REsp 1.612.818/PR, ambos de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, para julgamento pela Primeira Seção, segundo o rito dos recursos representativos de controvérsia, conforme prevê o art. 1.036, § 5º, do CPC/2015*” (fl. 401e).

O Relator dos presentes Embargos de Divergência, Ministro *Mauro Campbell Marques*, no voto que proferiu, dando provimento aos Embargos de Divergência, para fazer prevalecer o entendimento do acórdão paradigma – no que foi acompanhado pelo Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho* –, destacou que “*deve prevalecer a tese segundo a qual, o prazo decadencial deve ter por termo inicial a data da concessão da pensão por morte. Com efeito, a concessão do benefício derivado pensão por morte inaugura uma nova relação jurídica e, por consequência, um novo prazo decadencial. Cada benefício deve ser considerado de forma autônoma para fins de incidência do prazo decadencial previsto no artigo 103, caput, da Lei 8.213/91, ainda que a revisão da pensão por morte exija a revisão da renda mensal inicial do*

benefício que lhe deu origem. Ademais, deve ser levado em consideração, que a parte interessada só detém legitimidade para pleitear a revisão do benefício originário, após o óbito do instituidor. Logo, em razão da observância ao Princípio da Actio Nata, o curso do prazo decadencial só tem início com a concessão da pensão por morte, momento em que nasce a legitimidade para o pleito da revisão pretendida. Somente com a concessão da pensão, recebida em nome próprio, o dependente passa a deter a legitimidade para questionar o ato de concessão da aposentadoria que era recebida pelo segurado falecido, ainda que para fins de reflexos monetários em sua pensão. Dessa forma, não incide a decadência em relação à pretensão de revisão de pensão por morte, se proposta antes de decorridos dez anos do seu ato de concessão, ainda que o ato revisional implique na revisão do benefício originário. Cumpre esclarecer que a revisão do benefício originário gera efeitos financeiros apenas em relação ao benefício derivado, de sorte que, o beneficiário só terá direito de receber as diferenças advindas da revisão da pensão por morte”.

Porém, segundo o acórdão embargado, da Primeira Turma do STJ, de relatoria do Ministro Sérgio Kukina, “embora o pedido seja de revisão da pensão por morte, o que pretende a parte autora, na verdade, é revisar a renda mensal inicial da aposentadoria ensejadora da pensão, o que geraria, por óbvio, reflexos financeiros no benefício derivado. Com efeito, se algum equívoco administrativo houve, isso ocorreu por ocasião da concessão da pretérita aposentadoria, cuja titularidade era do segurado falecido (marido da requerente), o qual não se desincumbiu, a tempo e modo, de provocar a revisão de seu próprio benefício. No caso dos autos, o benefício de aposentadoria que precedeu à pensão por morte recebida pela viúva recorrida foi concedido ao seu marido antes da edição da MP n. 1.523/1997, mais precisamente em 2/7/1991 (fl. 4). A presente ação, contudo, somente foi ajuizada em 12/9/2011 (fl. 1), motivo pelo qual o reconhecimento da decadência decenal do direito de revisão da RMI daquela aposentadoria, ainda que haja repercussão financeira na pensão morte, é medida que se impõe. Em tal contexto cronológico, o pedido de revisão da RMI da mencionada aposentadoria, com a consequente majoração da pensão da viúva, achase inviabilizado, eis que, a teor do decidido em repetitivo no REsp 1.309.529/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 04/06/2013, ‘Incide o prazo de decadência do art. 103 da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, no direito de revisão dos benefícios concedidos ou indeferidos anteriormente a esse preceito normativo, com termo a quo a contar da sua vigência (28.6.1997)’. (...) Logo, na hipótese em exame, a possibilidade de revisão da RMI da aposentadoria do finado marido da pensionista quedou fulminada pela decadência de dez anos” (fls. 379/380e).

Sobre o assunto, a Primeira Seção desta Corte, em 28/11/2012, no julgamento do REsp 1.326.114/SC (Rel. Ministro *Herman Benjamin*, DJe de 13/05/2013), sob o rito do art. 543-C do CPC/73, firmou entendimento no sentido de que “*incide o prazo de decadência do art. 103 da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, no direito de revisão dos benefícios concedidos ou indeferidos anteriormente a esse preceito normativo, com termo a quo a contar da sua vigência (28.6.1997)*” (Tema 544), na forma do acórdão assim ementado:

Previdenciário. Matéria repetitiva. Art. 543-C do CPC e Resolução STJ 8/2008. Recursos representativos de controvérsia (REsp 1.309.529/PR e 1.326.114/SC). Revisão do ato de concessão de benefício previdenciário pelo segurado. Decadência. Direito intertemporal. Aplicação do art. 103 da Lei 8.213/1991, com a redação dada pela MP 1.523-9/1997 aos benefícios concedidos antes desta norma. Possibilidade. Termo *a quo*. Publicação da alteração legal.

Matéria submetida ao regime do art. 543-C do CPC

1. Trata-se de pretensão recursal do INSS com o objetivo de declarar a decadência do direito do recorrido de revisar benefícios previdenciários anteriores ao prazo do art. 103 da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997 (D.O.U 28.6.1997), posteriormente convertida na Lei 9.528/1997, por ter transcorrido o decênio entre a publicação da citada norma e o ajuizamento da ação.

2. Dispõe a redação supracitada do art. 103: “É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.”

Situação análoga - Entendimento da Corte Especial

3. Em situação análoga, em que o direito de revisão é da Administração, a Corte Especial estabeleceu que “o prazo previsto na Lei n. 9.784/99 somente poderia ser contado a partir de janeiro de 1999, sob pena de se conceder efeito retroativo à referida Lei” (MS 9.122/DF, Rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, DJe 3.3.2008). No mesmo sentido: MS 9.092/DF, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Corte Especial, DJ 25.9.2006; e MS 9.112/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, DJ 14.11.2005.

O objeto do prazo decadencial

4. O suporte de incidência do prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei 8.213/1991 é o direito de revisão dos benefícios, e não o direito ao benefício previdenciário.

5. O direito ao benefício está incorporado ao patrimônio jurídico, não sendo possível que lei posterior imponha sua modificação ou extinção.

6. Já o direito de revisão do benefício consiste na possibilidade de o segurado alterar a concessão inicial em proveito próprio, o que resulta em direito exercitável de natureza contínua sujeito à alteração de regime jurídico.

7. Por conseguinte, não viola o direito adquirido e o ato jurídico perfeito a aplicação do regime jurídico da citada norma sobre o exercício, na vigência desta, do direito de revisão das prestações previdenciárias concedidas antes da instituição do prazo decadencial.

Resolução da tese controvertida

8. Incide o prazo de decadência do art. 103 da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, no direito de revisão dos benefícios concedidos ou indeferidos anteriormente a esse preceito normativo, com termo a quo a contar da sua vigência (28.6.1997).

9. No mesmo sentido, a Primeira Seção, alinhando-se à jurisprudência da Corte Especial e revisando a orientação adotada pela Terceira Seção antes da mudança de competência instituída pela Emenda Regimental STJ 14/2011, firmou o entendimento - com relação ao direito de revisão dos benefícios concedidos antes da Medida Provisória 1.523-9/1997, que alterou o *caput* do art. 103 da Lei de Benefícios - de que "o termo inicial do prazo de decadência do direito ou da ação visando à sua revisão tem como termo inicial a data em que entrou em vigor a norma fixando o referido prazo decenal (28.6.1997)" (REsp 1.303.988/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 21.3.2012).

Caso concreto

10. Concedido, *in casu*, o benefício antes da Medida Provisória 1.523-9/1997 e havendo decorrido o prazo decadencial decenal entre a publicação dessa norma e o ajuizamento da ação com o intuito de rever ato concessório ou indeferitório, deve ser extinto o processo, com resolução de mérito, por força do art. 269, IV, do CPC.

11. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ (STJ, REsp 1.326.114/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe de 13/05/2013).

Esse entendimento foi ratificado, pela Primeira Seção, no recente julgamento, em 13/02/2019, igualmente sob o rito do art. 543-C do CPC/73, dos Recursos Especiais 1.631.021/PR e 1.612.818/PR – aos quais se refere a ora embargante, a fl. 401e, requerendo que sobre eles se manifeste esta Seção –, cuja questão controvertida diz respeito à "incidência ou não do prazo decadencial previsto no *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991 para reconhecimento de direito adquirido ao benefício previdenciário mais vantajoso".

Por ocasião do julgamento dos aludidos Recursos Especiais repetitivos, concluído em 13/02/2019 (Tema 966), decidiu-se, por maioria, que, “sob a exegese do *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/91, *incide o prazo decadencial para reconhecimento do direito adquirido ao benefício previdenciário mais vantajoso*”.

Naquela ocasião, nos debates que se travaram, destacou-se que, *uma vez reunidos os requisitos legais, o segurado adquire o direito ao benefício previdenciário, podendo requerê-lo a qualquer tempo, sem limite temporal, porquanto se trata de direito fundamental, assegurado constitucionalmente. Porém, uma vez concedido o benefício – ainda que não tenha sido o melhor, ou o mais vantajoso –, nasce, para o beneficiário, novo direito, qual seja, o de pedir a revisão do ato de concessão, pedido que estará sujeito ao prazo decadencial de 10 (dez) anos, conforme expressamente previsto no art. 103, caput, da Lei 8.213/91, em harmonia com o entendimento firmado pelo STF, em regime de repercussão geral.*

Realmente, em 21/02/2013, *ao examinar o caso específico do direito adquirido ao melhor benefício, no RE 630.501/RS, julgado sob o regime da repercussão geral (Tema 334 – “Direito a cálculo de benefício de aposentadoria de acordo com legislação vigente à época do preenchimento dos requisitos exigidos para sua concessão”), o STF firmou o entendimento no sentido de que, também nessa hipótese, devem ser respeitadas a decadência do direito à revisão e a prescrição das parcelas já vencidas, tendo consignado que, “para o cálculo da renda mensal inicial, cumpre observar o quadro mais favorável ao beneficiário, pouco importando o decesso remuneratório ocorrido em data posterior ao implemento das condições legais para a aposentadoria, respeitadas a decadência do direito à revisão e a prescrição quanto às prestações vencidas” (STF, RE 630.501/RS, Rel. Ministra Ellen Gracie, Pleno, DJe de 26/08/2013).*

Posteriormente, em 16/10/2013, *no julgamento do RE 626.489/SE, também sob o regime da repercussão geral, o STF entendeu pela inexistência de prazo decadencial, mas apenas para a concessão inicial do benefício previdenciário, que é direito fundamental, e, assim, não sujeito aos efeitos do prazo decadencial, concluindo ser “legítima, todavia, a instituição de prazo decadencial de dez anos para a revisão de benefício já concedido, com fundamento no princípio da segurança jurídica, no interesse em evitar a eternização dos litígios e na busca de equilíbrio financeiro e atuarial para o sistema previdenciário” (STF, RE 626.489/SE, Rel. Ministro Roberto Barroso, Pleno, DJe de 23/09/2014).*

O Ministro *Mauro Campbell Marques*, quando do julgamento, em 13/02/2019, dos aludidos Recursos Especiais repetitivos 1.631.021/PR e

1.612.818/PR, invocando os referidos precedentes do STF, destacou que “o prazo decadencial incide sobre o conteúdo do ato administrativo: período básico de cálculo; salários de contribuição; salário de benefício; a incidência ou não do fator previdenciário sobre o cálculo; e a renda mensal inicial desse cálculo. Esses são os aspectos econômicos do cálculo do benefício. *O STF protege o núcleo do direito fundamental. Permite possa o direito fundamental ao benefício previdenciário ser exercido a qualquer tempo, sem que atribua qualquer consequência negativa à inércia do beneficiário.* Esses são os dizeres do próprio Ministro Roberto Barroso, Relator do RE 626.489/SE. *A decadência instituída pela MP 1.523-9/1997 atinge apenas a pretensão de rever benefício previdenciário, em outras palavras, a pretensão de discutir os componentes que formaram a graduação econômica do benefício já concedido. Todavia, o Supremo Tribunal Federal, no RE 630.501/RS, estipulou a decadência prevista no caput do art. 103, para reconhecimento de direito adquirido ao melhor benefício*”. Asseverou, ainda, que, “conjugando os fundamentos contidos tanto no referido RE 630.501/RS com os recentes valores ressaltados na repercussão geral julgada pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 626.489/SE, é possível afirmar que (...) *se há, realmente, um direito ao melhor benefício de aposentadoria, esse direito deve ser exercido em dez anos, porquanto o reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício equiparase à revisão, quando já em manutenção na vida do trabalhador segurado uma aposentadoria. Hipótese distinta, que não se submete à decadência, é aquela em que o trabalhador ainda não recebe qualquer aposentadoria*”.

O acórdão ficou assim ementado:

Previdenciário. Recurso especial representativo de controvérsia. Reconhecimento do direito adquirido ao benefício mais vantajoso. Equiparação ao ato de revisão. Incidência do prazo decadencial. Artigo 103 caput da Lei 8.213/1991. Tema 966. Recurso especial não provido.

1. *Cinge-se a controvérsia em saber se o prazo decadencial do caput do artigo 103 da Lei 8.213/1991 é aplicável aos casos de requerimento a um benefício previdenciário mais vantajoso, cujo direito fora adquirido em data anterior à implementação do benefício previdenciário ora em manutenção.*

2. *Em razão da natureza do direito tutelado ser potestativo, o prazo de dez anos para se revisar o ato de concessão é decadencial.*

3. *No âmbito da previdência social, é assegurado o direito adquirido sempre que, preenchidos os requisitos para o gozo de determinado benefício, lei posterior o revogue, estabeleça requisitos mais rigorosos para a sua concessão ou, ainda, imponha critérios de cálculo menos favoráveis ao segurado.*

4. O direito ao benefício mais vantajoso, incorporado ao patrimônio jurídico do trabalhador segurado, deve ser exercido por seu titular nos dez anos previstos no caput do artigo 103 da Lei 8.213/1991. Decorrido o decênio legal, acarretará a caducidade do próprio direito. O direito pode ser exercido nas melhores condições em que foi adquirido, no prazo previsto no caput do artigo 103 da Lei 8.213/1991.

5. O reconhecimento do direito adquirido ao benefício mais vantajoso equipara-se ao ato revisional e, por isso, está submetido ao regramento legal. Importante resguardar, além da segurança jurídica das relações firmadas com a previdência social, o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário.

6. Tese delimitada em sede de representativo da controvérsia: sob a exegese do caput do artigo 103 da Lei 8.213/1991, incide o prazo decadencial para reconhecimento do direito adquirido ao benefício previdenciário mais vantajoso.

7. Recurso especial do segurado conhecido e não provido. Observância dos artigos 1.036 a 1.041 do CPC/2015 (STJ, REsp 1.612.818/PR e REsp 1.631.021/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgados em 13/02/2019, pendentes de publicação).

No presente caso, sustenta a autora – pensionista desde 01/11/2008 (fl. 17e), em ação ajuizada em 12/09/2011 – o direito adquirido de seu falecido pai à aposentadoria mais vantajosa, com renda mensal inicial calculada nos termos da Lei 6.950/81, diferentemente da aposentação concedida ao *de cujus*, pelo INSS, em 02/07/91 (fl. 18e).

Como o deslinde da controvérsia dos presentes autos dependia da solução a ser dada nos Recursos Especiais repetitivos 1.631.021/PR e 1.612.818/PR, pela Primeira Seção, aguardei a conclusão do julgamento daqueles apelos, em 13/02/2019 (Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção), para a prolação do presente voto-vista.

Destaco que a própria parte ora embargante requer, na peça recursal dos Embargos de Divergência, que a Primeira Seção se manifeste sobre a “aplicabilidade da decadência, tratando-se de benefício mais vantajoso”, em face de direito adquirido, invocando os dois Recursos Especiais repetitivos anteriormente mencionados (fl. 401e), cujo julgamento se concluiu em 13/02/2019.

A propósito, destaco que o Ministro *Benedito Gonçalves* reconsiderou a decisão por ele proferida, que dera provimento ao REsp 1.643.274/PR, interposto pelo INSS, em situação análoga à dos presentes autos – decisão citada no voto do Ministro *Mauro Campbell Marques* –, para determinar a devolução daquele processo à origem, para aguardar o julgamento dos aludidos Recursos Especiais repetitivos (REsp 1.643.274/PR, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, DJe de 11/12/2017).

Esclareço que não julguei, até o presente momento, como relatora, na Segunda Turma ou na Primeira Seção, a controvérsia relativa à incidência ou não da decadência, prevista no art. 103 da Lei 8.213/91, para a revisão de benefício, para o reconhecimento de direito adquirido a benefício mais vantajoso, tampouco o termo inicial da decadência para a revisão da pensão derivada da aposentadoria do instituidor, quando já decaiu, para o titular da aposentadoria, o direito à sua revisão, tema sobre o qual não há, até o presente momento, precedente da Primeira Seção.

Aguardei a oportunidade para examinar o assunto, com maior detença, perante esta Primeira Seção, sede própria para fazê-lo.

Nesta oportunidade, após ter a Primeira Seção fixado, em 13/02/2019, a tese – nos Recursos Especiais repetitivos 1.612.818/PR e 1.631.021/PR, consentânea com o entendimento firmado pelo STF, nos Recursos Extraordinários 630.501/RS e 626.489/SE, julgados sob o regime da repercussão geral – no sentido de que “*incide o prazo decadencial para o reconhecimento do direito adquirido ao benefício previdenciário mais vantajoso*”, entendo que a jurisprudência consubstanciada no paradigma invocado nos presentes Embargos de Divergência, oriundo da Segunda Turma, merece uma releitura, à luz da conclusão estabelecida nos mencionados Recursos Especiais repetitivos.

Após detida reflexão sobre o assunto, convenci-me, *data venia*, de que deve prevalecer o entendimento defendido pelo Ministro *Sérgio Kukina*, no acórdão embargado.

O acórdão de 2º Grau, o acórdão paradigma e o eminente Relator defendem um novo início de prazo decadencial de dez anos, a contar da concessão da pensão, para a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria do instituidor do benefício, mesmo que atingida a revisão da aposentadoria pela decadência – decadência que se reconheceu existente, no julgamento dos aludidos Recursos Especiais repetitivos –, fazendo-o com fundamento no princípio da *actio nata*, porquanto “*somente com a concessão da pensão, recebida em nome próprio, o dependente passa a deter legitimidade para questionar o ato de concessão da aposentadoria que era recebida pelo segurado falecido, ainda que para fins de reflexos monetários em sua pensão*”.

Entretanto, distinção deve ser feita entre o direito de ação – vinculado ao prazo prescricional para exercê-lo – e o direito material em si, que pode, se não exercido em certo prazo, ser atingido pela decadência, que, como dispõe a lei, não se suspende, nem se interrompe.

Sobre a distinção entre os institutos da prescrição e da decadência vale transcrever a doutrina de ANTÔNIO LUÍS DA CÂMARA LEAL, que esclarece:

Todo direito nasce de um fato a que a lei atribui eficácia para gerá-lo. Esse fato ou é um acontecimento natural, alheio à vontade humana, ou é um ato, dependente dessa vontade, e praticado no intuito de dar nascimento ao direito. Em ambos esses casos: a lei ou o agente pode subordinar o direito para se tornar efetivo, à condição de ser exercido dentro de um período de tempo sob pena de caducidade. Se o titular do direito assim condicionado deixa de exercitá-lo dentro do prazo estabelecido, opera-se a decadência, e o direito se extingue, não mais sendo lícito ao titular pô-lo em atividade.

O objeto da decadência, portanto, é o direito, que, por determinação da lei ou da vontade do homem, já nasce subordinado à condição de exercício em limitado lapso de tempo.

Bem nítida, pois, a diferença entre a decadência e a prescrição, porque, há entre elas, uma substancial diversidade de objetos, recaindo a decadência sobre o próprio direito, que já nasce condicionado, e recaindo a prescrição sobre a ação, que supõe um direito atual e certo. A prescrição tem, como uma de suas condições, que a ação haja nascido, isto é, se tenha tornado exercitável; ao passo que a decadência, extinguindo o direito antes que ele se fizesse efetivo pelo exercício, impede o nascimento da ação.

O direito e a ação, respectivamente objetos da decadência e da prescrição, são coisas essencialmente diversas, assim como o doente não se confunde com a medicina que o socorre. O direito é uma faculdade de agir atribuída ao titular, ao passo que a ação é um meio judicial de proteção a essa faculdade, quando ameaçada ou violada. Se o prazo que se estabelece se refere à faculdade de agir, subordinando-a à condição de exercício dentro de determinado lapso de tempo, esse prazo é de decadência; mas se o prazo se estabelece para o princípio da ação, uma vez ofendido o direito, esse prazo é a prescrição. A decadência impede que o direito, até então existente em potência, passe a existir em ato, mas contra a qual surge um obstáculo superveniente, que a ação tem por fim remover, para reintegrá-lo nessa existência. A decadência, pois, extingue o direito antes que se tivesse exteriorizado, ou adquirido uma existência objetiva; e a prescrição só o extingue pela extinção da ação, depois de exteriorizado e obviamente existente, mas atacado pela violação.

*Essa diferença entre decadência e prescrição pela diferença entre direito e ação não escapou à argúcia de nossos escritores, que, melhor avisados do que os alienígenas, desde logo a surpreenderam e denunciaram. É assim que **Carvalho de Mendonça** escreve: “Há hoje na doutrina uma séria preocupação em distinguir a prescrição do que se chama decadência, ou esgotamento de prazos legais. Não achamos razão para a disputa. A prescrição implica em um estado especial do credor, caracterizado pela inércia e negligência e lapso do tempo e se dirige contra a ação impossibilitando seu exercício. A decadência, ao contrário, fere o próprio direito e o extingue.”*

Também **Carvalho Santos** diz: “Instituto afim ao da prescrição é o da decadência do direito, não sendo muito nítidos os traços diferenciais que os extremam. O que mais pode distingui-los é a circunstância de a decadência atingir o próprio direito, diretamente, o que não sucede com a prescrição” (LEAL, Antônio Luís da Câmara. **Da prescrição e da decadência**: teoria geral do direito civil. 4ª ed. atual. pelo juiz José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 104-107).

No sentido de que o instituto da *prescrição* é regido pelo princípio da *actio nata*, confira-se o seguinte precedente:

Administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Prescrição. Reconhecimento pela Administração do direito à incorporação dos quintos pelos servidores públicos. Portaria 527/2004-JF/RN. Atraso nos pagamentos devidos. Prescrição regida pela princípio da *actio nata*. Marco inicial para pleitear o cumprimento das obrigações fixadas na portaria. Momento em que se verifica a desatensão ao pagamento na data aprazada. Agravo regimental desprovido.

1. O instituto da *prescrição* é regido pelo princípio da *actio nata*, ou seja, o curso do prazo prescricional tem início com a efetiva lesão ou ameaça do direito tutelado, momento em que nasce a pretensão a ser deduzida em juízo.

2. A Ação Monitória subjacente foi ajuizada por Servidores Públicos do Judiciário Federal do Rio Grande do Norte visando ao recebimento dos valores relativos aos quintos incorporados nos anos de 1998 a 2001, nos termos da Portaria 527/2004-JF/RN; sendo que, consoante afirma o Tribunal de origem, a União se encontra em mora quanto ao pagamento da dívida líquida da qual os autores são beneficiários.

3. Após o reconhecimento do direito dos Servidores por meio da Portaria 527/2004-JF/RN, de 30.12.2004, a Administração Federal passou a efetuar a quitação do referido débito, de forma parcelada, nos meses de dezembro de 2004 e 2005, constatando-se a falta de continuidade dos pagamentos a partir de dezembro de 2006 (data fixada administrativamente para cumprimento da obrigação). Neste contexto, afigura-se claro que o marco inicial para o cômputo do prazo prescricional é dezembro de 2006, momento em que surgiu a lide; logo, não está caracterizada a prescrição da Ação Monitória ajuizada em 07.05.2008. Precedentes.

4. Agravo Regimental desprovido (STJ, AgRg no REsp 1.148.236/RN, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe de 14/04/2011).

Também nesse sentido, o Ministro *Herman Benjamin*, no voto que proferiu na assentada do dia 28/11/2018, quando da análise do Tema 975 – “Questão atinente à incidência do prazo decadencial sobre o direito de revisão do ato de concessão de benefício previdenciário do regime geral (art. 103

da Lei 8.213/1991) nas hipóteses em que o ato administrativo da autarquia previdenciária não apreciou o mérito do objeto da revisão”, atualmente aguardando voto-vista da Ministra *Regina Helena Costa* –, ratificando o voto que anteriormente havia proferido, destacou que “merece revisão a corrente que busca aplicar as bases jurídicas da prescrição (como princípio da *actio nata*) sobre a decadência (...)”.

Com efeito, o princípio da *actio nata* diz respeito ao direito de ação, e, nessa medida, está interligado ao *prazo prescricional*. O *prazo decadencial*, por sua vez, refere-se ao *direito material*, que, no caso, deveria ter sido exercido no prazo de dez anos, na forma do art. 103, *caput*, da Lei 8.213/91, mas não o foi, na hipótese em julgamento.

Por sua vez, o *prazo decadencial é fixado em relação ao direito em si, não em relação à pessoa*, de modo que nem mesmo os incapazes escapam dos seus efeitos. Não admite a decadência, por outro lado, diferentemente do que ocorre com a prescrição, *suspensão ou interrupção*. Assim sendo, a morte do pai da autora e a concessão da pensão em nada interferem na decadência do direito de revisão do benefício originário, decadência que, no caso, já se consumara, antes mesmo do óbito do instituidor da pensão, em 2008.

A propósito, prossegue advertindo CÂMARA LEAL sobre o assunto:

A decadência se opera, automaticamente, pelo decurso do prazo extintivo e inércia do titular. Verificadas essas duas condições, a sua consumação é fatal, não admitindo causas preclusivas.

Como dizem Planiol & Ripert, os prazos prefixos (ou decadência) diferem ainda da prescrição por não poderem ser alongados nem por uma causa de suspensão, nem por um ato interruptivo. Nesse sentido é a lição de Coviello, Ruggiero, Barassi, Brugi, Modica e Siciliani.

Somente o exercício efetivo do direito, dentro do termo a ele prefixado, impede a decadência.

Em se tratando de direito cujo exercício consiste na proposição da ação judicial, isto é, tratando-se da impropriamente denominada decadência da ação, essa decadência só é impedida pelo exercício da ação, antes de esgotado o prazo extintivo.

Cumpre, porém, notar que a ação, para produzir esse efeito obstativo a decadência, não deve ser nula por incompetência de foro ou de juízo, ou por defeito de forma, nem tornar-se perempta, nem vir a cessar por desistência.

82. *A decadência, sendo um fenômeno objetivo, em que elemento subjetivo não tem qualquer influência, porque não é estabelecida em atenção às pessoas, mas*

exclusivamente em virtude da inércia, o seu prazo corre conta todos e se completa, fatalmente, no momento de sua expiração.

Isto posto, as pessoas contra as quais não corre a prescrição não ficam, igualmente, isentas dos efeitos da decadência.

Ela corre, pois: a) entre cônjuges, na constância do matrimônio; b) entre ascendentes e descendentes, durante o pátrio poder; c) entre tutelados e tutores, durante a tutela; d) entre curatelados e curadores, durante a curatela; e) contra os absolutamente incapazes; f) contra os ausentes do país a serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios; g) contra os que se acharem em serviço militar do exército ou armada, em tempo de guerra.

83. Não se pode aplicar à decadência a máxima quae temporalis sunt ad agendum, perpetua in excipiendo.

Quer isso dizer que a decadência do direito não só impede seja ele invocado por via da ação, como ainda por via de exceção.

Extinguindo-se o direito pela decadência, essa extinção o torna inoperante, não podendo, portanto, constituir o fundamento jurídico de qualquer alegação em juízo, quer essa alegação em juízo, quer essa alegação se faça por meio da ação, quer, em defesa, por meio de exceção.

Justificando essa tese, escreve Coviello: “se um direito que não se pode exercitar por via de ação, se pode fazer valer, nos limites já indicados, por via de exceção, desde que o titular não é considerado negligente em dela se valer, por não ter sido ainda exercitada a ação correspondente. Mas, se um direito deve ser exercido somente dentro de um dado termo, de modo que, expirado este, o direito se torna extinto, prescindindo-se da consideração do fato que causou a falta de exercício, seja negligência ou impossibilidade de desenvolver a própria atividade, é evidente que, transcorrido o termo decadência, o direito, assim como não se pode fazer por via de ação, assim tampouco por via de exceção” (LEAL, Antônio Luís da Câmara. **Da prescrição e da decadência**: teoria geral do direito civil. 4ª ed. atual. pelo juiz José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 111-114).

Nesse panorama, se já havia decaído, para o instituidor da pensão, o direito à revisão de sua aposentadoria, o titular da pensão por morte não mais poderá exercê-lo, porquanto ele já perecera, situação que não pode ser mitigada, por força do princípio da *actio nata*, que diz respeito ao direito de ação, não fazendo ressurgir o direito material correspondente.

No caso, o pedido de revisão da pensão por morte exige, como pressuposto necessário, a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria que a originou. Todavia, se o direito à revisão da aposentadoria não mais existia – quando ocorrido o óbito, em 2008, e concedida a pensão –, em face da inércia do falecido titular, instituidor da pensão, não é possível reconhecê-lo, posteriormente, para os seus dependentes.

Não obstante os argumentos do eminente Relator, Ministro *Mauro Campbell Marques*, quanto à necessidade de distinguir os dois benefícios, fixando, para cada um, o respectivo prazo decadencial, é preciso ter em mente que, uma vez decaído o direito de rever o ato de concessão do benefício originário – como no caso –, o novo prazo decadencial, fixado a partir do recebimento da pensão por morte, só pode referir-se ao pedido de revisão da própria pensão, ou seja, do benefício derivado.

De fato, o direito de rever o benefício originário pertencia ao falecido segurado, que não o exerceu. Por conseguinte, considerando que o direito decaiu, não poderá, posteriormente, ser invocado pela titular da pensão por morte, à qual restará, tão somente, em sendo o caso, o direito de rever os critérios utilizados no cálculo da renda mensal inicial da própria pensão, por exemplo, se inobservados os parâmetros estabelecidos no art. 75 da Lei 8.213/91.

Reafirme-se que o princípio da *actio nata* faz nascer, para o novo beneficiário, apenas o *direito de ação, não o direito material* – relacionado à graduação econômica do benefício originário, especificamente, à fixação da renda mensal inicial –, direito que, no caso, já foi extinto, pelo decurso do prazo decadencial.

Deve-se lembrar que, no campo previdenciário, incide, como regra, nos pedidos de revisão do ato de concessão ou de indeferimento do benefício, a disposição do art. 103, *caput*, da Lei 8.213/91, cuja redação, à época da interposição dos presentes Embargos de Divergência, era a seguinte:

Art. 103. *É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.*

No caso em exame, o direito fundamental, assegurado constitucionalmente, diz respeito à concessão do benefício originário de aposentadoria, cuja graduação econômica a titular do benefício derivado quer rever, para alcançar melhor proveito econômico, o que não pleiteado, em vida, pelo falecido segurado, no prazo de dez anos, a partir da vigência da Medida Provisória 1.523-9, de 27/06/97.

Nesse diapasão, entendo que as teses fixadas pelo STJ, no julgamento dos Recursos Especiais repetitivos 1.326.114/SC e 1.309.529/PR (Tema 544),

1.612.818/PR e 1.631.021/PR (Tema 966), bem como pelo STF, em regime de repercussão geral, no julgamento dos Recursos Extraordinários 626.489/SE e 630.501/RS, afastam a pretensão da ora embargante, porquanto, quando do óbito do instituidor da pensão, em 2008, e da concessão do aludido benefício, em 01/11/2008, já havia decaído o direito material à revisão da renda mensal inicial da aposentadoria do instituidor do benefício derivado.

Desse modo, não há como afastar a incidência do prazo decadencial, quanto ao pedido de revisão da renda mensal inicial da aposentadoria, porquanto, uma vez que já decaído esse direito, para o instituidor da pensão por morte, não se pode reconhecê-lo para a parte dependente, beneficiária da pensão.

É de se considerar, ainda, que a fixação do marco temporal, a que se refere a decadência, tem fundamento, como destacou o Ministro *Roberto Barroso*, “no princípio da segurança jurídica, no interesse em evitar a perenização dos litígios e na busca do equilíbrio financeiro e atuarial para o sistema previdenciário”.

Além disso, o prazo de decadência, salvo expressa disposição legal em contrário – *que, para o caso específico, inexistente* –, não está sujeito às normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição, na forma do art. 207 do Código Civil, que expressamente dispõe:

Art. 207. Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.

Nessa medida, a morte do titular do benefício originário e a consequente concessão da pensão por morte não podem reabrir o prazo decadencial já exaurido, sob pena de violação ao citado dispositivo legal, de modo que o pedido de revisão, no caso, para a titular da pensão, está limitado à graduação econômica da própria pensão, não podendo alcançar o cálculo do benefício de aposentadoria que a originou, se, como no caso em julgamento, está o respectivo direito fulminado pela decadência.

Logo, no caso, não há dúvida de que, quando ocorrido o óbito do instituidor do benefício, em 2008, e concedida a pensão à autora, em 01/11/2008, já havia decaído, para o segurado falecido, o direito de revisão do benefício originário, concedido em 02/07/91, não sendo possível, à beneficiária da pensão por morte, postular diferenças decorrentes da aludida revisão.

Em suma, quanto aos critérios utilizados para definir a renda mensal inicial do benefício originário, há de ser observado se já houve, para o falecido titular, o decurso do prazo decadencial, previsto no art. 103, *caput*, da Lei 8.213/91, pois,

uma vez transcorrido, cumpre reconhecer a decadência do direito à revisão do ato de concessão do benefício originário.

Por sua vez, o princípio da *actio nata*, embora faça iniciar, para a titular da pensão por morte, o prazo prescricional para o ajuizamento de ação, não pode servir de fundamento para alcançar *direito* já fulminado pelo decurso do prazo decadencial.

É certo que, com a concessão da pensão por morte, pelo sempre invocado princípio da *actio nata* – vinculado ao prazo prescricional do direito de ação, e não ao prazo decadencial –, a pensionista passa a ter legitimidade ativa e direito *de ação* (*actio nata*) para postular o direito à revisão da aposentadoria do instituidor da pensão, o que não vingar-se-á, se o direito material em si tiver sido fulminado pela decadência, o que ocorreu, no caso presente, no qual se alega que o *de cujus* teria adquirido direito a uma aposentadoria mais vantajosa, mas não postulara a revisão da sua renda mensal inicial, no prazo decadencial de dez anos.

Firmada essa premissa, no caso concreto não pode ser reconhecido o direito à pretendida revisão, em face da decadência.

É que, na espécie, o benefício originário foi concedido em 02/07/91, anteriormente à vigência da Medida Provisória 1.523-9, de 27/06/97, adotando-se, assim, como marco inicial do prazo decadencial, o dia 28/06/97. Contudo, conforme consignou o acórdão ora embargado, a presente ação “somente foi ajuizada em 12/9/2011 (fl. 1), motivo pelo qual o reconhecimento da decadência decenal do direito de revisão da RMI daquela aposentadoria, ainda que haja repercussão financeira na pensão morte, é medida que se impõe. Em tal contexto cronológico, o pedido de revisão da RMI da mencionada aposentadoria, com a consequente majoração da pensão da viúva, acha-se inviabilizado, eis que, a teor do decidido em repetitivo no REsp 1.309.529/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 04/06/2013, ‘Incide o prazo de decadência do art. 103 da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, no direito de revisão dos benefícios concedidos ou indeferidos anteriormente a esse preceito normativo, com termo *a quo* a contar da sua vigência (28.6.1997)’. (...) Logo, na hipótese em exame, a possibilidade de revisão da RMI da aposentadoria do finado marido da pensionista quedou fulminada pela decadência de dez anos” (fls. 379/380e).

Ante o exposto, peço a mais respeitosa vênua ao Relator, Ministro *Mauro Campbell Marques*, e ao Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, para *negar*

provimento aos Embargos de Divergência, na linha do acórdão da Primeira Turma, ora embargado.

É como voto.

**INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA NO RECURSO EM
MANDADO DE SEGURANÇA N. 53.720-SP (2017/0071530-6)**

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Recorrente: Município de Leme

Advogado: Adilson Aparecido Senise da Silva e outro(s) - SP220446

Recorrido: Abenir Evangelista de Souza

Advogado: Sem representação nos autos - SE000000M

EMENTA

Incidente de Assunção de Competência. Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Causa de alçada. Recurso ordinário em mandado de segurança. Art. 34 da Lei 6.830/80. Constitucionalidade reconhecida pelo STF no ARE 637.975-RG/MG - Tema 408/STF. Execução fiscal de valor igual ou inferior a 50 ORTN'S. Sentença extintiva. Recursos cabíveis. Embargos infringentes e de declaração. Exceção. Recurso extraordinário (Súmula 640/STF). Mandado de segurança. Sucedâneo recursal. Não cabimento. Súmula 267/STF.

1. Cinge-se a questão em definir sobre ser adequado, ou não, o manejo de mandado de segurança para atacar decisão judicial proferida no contexto do art. 34 da Lei 6.830/80, tema reputado *infraconstitucional* pela Suprema Corte (*ARE 963.889 RG*, Relator Min. Teori Zavascki, DJe 27/05/2016).

2. Dispõe o artigo 34 da Lei 6.830/80 que, “Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração”.

3. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *ARE 637.975-RG/MG*, na sistemática da repercussão geral, firmou a tese de que “É compatível com a Constituição o art. 34 da Lei 6.830/1980, que afirma incabível apelação em casos de execução fiscal cujo valor seja inferior a 50 ORTN” (*Tema 408/STF*).

4. Nessa linha de compreensão, tem-se, então, que, das decisões judiciais proferidas no âmbito do art. 34 da Lei n. 6.830/80, são oponíveis somente embargos de declaração e embargos infringentes, entendimento excepcionado pelo eventual cabimento de recurso extraordinário, a teor do que dispõe a Súmula 640/STF (“É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de Juizado Especial Cível ou Criminal”).

5. É incabível o emprego do mandado de segurança como sucedâneo recursal, nos termos da Súmula 267/STF (“Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”), não se podendo, ademais, tachar de teratológica decisão que cumpre comando específico existente na Lei de Execuções Fiscais (art. 34).

6. Precedentes: *AgInt no RMS 55.125/SP*, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 16/11/2017; *AgInt no RMS 54.845/SP*, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 18/12/2017; *AgInt no RMS 53.232/SP*, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 11/05/2017; *AgInt no RMS 53.267/SP*, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 10/05/2017; *AgRg no AgRg no RMS 43.562/SP*, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 24/10/2013; *RMS 42.738/MG*, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 21/08/2013; *AgRg no RMS 38.790/SP*, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 02/04/2013; *RMS 53.613/SP*, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 24/05/2017; *RMS 53.096/SP*, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 20/04/2017; *AgInt no RMS 53.264/SP*, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 07/04/2017; *AgInt no RMS 50.271/SP*, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, DJe 12/08/2016.

7. *Tese firmada*: “Não é cabível mandado de segurança contra decisão proferida em execução fiscal no contexto do art. 34 da Lei 6.830/80”.

8. *Resolução do caso concreto*: recurso ordinário do município de Leme/SP, a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, a Seção, por maioria, fixou a tese de que não é cabível mandado de segurança contra decisão proferida em execução fiscal no contexto do art. 34, da Lei 6.830/80, vencidos os Srs. Ministros Assusete Magalhães e Napoleão Nunes Maia Filho.

No caso concreto, a Seção, por maioria negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes, Benedito Gonçalves e Assusete Magalhães (voto-vista com ressalvas) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de abril de 2019 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 20.5.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Trazem os autos, originariamente, mandado de segurança impetrado pelo *Município de Leme*, em face de decisão judicial proferida em autos de execução fiscal extinta em razão de seu baixo valor.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo denegou a segurança, em aresto assim ementado (fl. 187):

Mandado de segurança. Execução fiscal. Extinção em Primeira Instância. Reconhecimento da prescrição dos créditos tributários. Ausência de ato judicial teratológico ou praticado com abuso de poder. Inadequação da via eleita. Inadmissibilidade do uso do writ como sucedâneo processual Impetração como substitutivo de recurso. Súmula n. 267 do STF. Extinção.

Segurança denegada.

No recurso ordinário, o recorrente sustenta, em síntese: (I) o não cabimento de recurso extraordinário sobre a matéria, consoante já decidido no STF nos autos do *RE 583.747-RG/RJ*; (II) ser possível o manejo do *mandamus* visando à impugnação de decisão judicial de primeiro grau, considerando que ela teria condão de ocasionar dano irreparável ao não observar o princípio da indisponibilidade do Erário público; (III) “a interpretação que melhor se coaduna com a finalidade da ação mandamental é a que admite a impetração do “*mandamus*”, sempre que não houver recurso útil a evitar ou reparar lesão a direito líquido e certo do impetrante” (fl. 209); (IV) “aplicar de maneira absoluta o art. 34 da Lei n. 6.830/80, seria perpetuar flagrantes ilegalidades na execução fiscal, podendo contrariar inclusive disposição literal de lei, visto que a instância extraordinária cabível à espécie é passível somente de discussão da matéria constitucional” (fl. 221).

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso, em parecer ementado nos seguintes termos (fl. 234):

Administrativo. Mandado de segurança. Execução fiscal. Embargos infringentes. Prescrição. Decisão judicial teratológica ou flagrantemente ilegal. Inocorrência.

Na sessão do dia 11 de outubro de 2017, encaminhei proposta de afetação do tema ao rito dos repetitivos ou à sistemática do Incidente de Assunção de Competência - IAC, tendo a Primeira Seção acolhido, por maioria, o julgamento sob o rito do IAC, resultando na seguinte ementa (fl. 297):

Processual Civil. Recurso em mandado de segurança. Execução fiscal de valor igual ou inferior a 50 OTN. Art. 34 da Lei 6.830/80. Cabimento do *writ*. Relevante questão de direito. Composição de divergência entre as Turmas da Primeira Seção. Submissão do tema ao rito do Incidente de Assunção de Competência - IAC.

1. A matéria controvertida consiste em saber se é cabível a impetração do mandado de segurança para atacar decisão judicial que extingue a execução fiscal com base no art. 34 da Lei 6.830/80.

2. Presença de relevante questão de direito, com grande repercussão social. Julgados divergentes no âmbito da Primeira Seção.

3. Afetação ao rito do incidente de assunção de competência previsto no artigo 947 do CPC/2015. Acolhimento.

Instado a se manifestar novamente, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Antonio Fonseca, opinou que, “em observância aos princípios da legalidade e da razoabilidade,

deve prevalecer no âmbito da Primeira Seção o entendimento firmado pela Primeira Turma, para afastar a possibilidade do manejo do mandado de segurança contra decisão proferida em embargos infringentes ou declaratórios, em sede de execução fiscal promovida nos termos do art. 34 da Lei n. 6.830/80” (fl. 267).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): Consoante já consignado na decisão de afetação deste incidente, cinge-se a *questão* em definir se *é adequado o manejo do mandado de segurança para atacar decisões judiciais que extinguem execução fiscal com base no art. 34 da Lei 6.830/80*.

De início, cumpre informar que esse tema foi submetido ao crivo do STF, que compreendeu pela *ausência* de repercussão geral da questão discutida, ante a sua natureza infraconstitucional. Confirma-se a ementa desse precedente:

Processual Civil. Recurso extraordinário com agravo. Execução de valor igual ou inferior a 50 Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTN). Decisão que julga embargos infringentes (art. 34 da Lei 6.830/1980). Cabimento de mandado de segurança. Matéria infraconstitucional. Ausência de repercussão geral. 1. É de natureza infraconstitucional a controvérsia relativa ao cabimento de mandado de segurança contra decisão que julga embargos infringentes opostos em execução fiscal de pequeno valor, fundada na interpretação da Lei 6.830/1980. 2. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Carta Magna ocorra de forma indireta ou reflexa (RE 584.608-RG, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 13/3/2009). 3. Ausência de repercussão geral da questão suscitada, nos termos do art. 1.035 do CPC/2015.

(ARE 963.889 RG, Relator Min. Teori Zavascki, DJe 27/05/2016)

Dispõe o artigo 34 da Lei 6.830/80: “Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração.”

Oportuno consignar que o Supremo Tribunal Federal já foi instado a se manifestar sobre eventual inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, ao julgar o *ARE 637.975-RG/MG*, na sistemática da repercussão geral, tendo

reafirmado a compreensão de que: “É compatível com a Constituição o art. 34 da Lei 6.830/1980, que afirma incabível apelação em casos de execução fiscal cujo valor seja inferior a 50 ORTN” (*Tema 408/STF - ARE 637.975 RG/MG*, Relator Min. Ministro Presidente, Tribunal Pleno, *Repercussão Geral - Mérito*, DJe 31/08/2011).

No corpo do voto, constou a seguinte fundamentação:

[...]

3. A questão suscitada neste recurso versa sobre a compatibilidade do art. 34 da Lei n. 6.830/80 - que afirma incabível a apelação em casos de execução fiscal cujo valor seja inferior a 50 ORTN - com os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, do acesso à jurisdição e do duplo grau de jurisdição.

Esta Corte possui jurisprudência firmada no sentido de que o art. 34 da Lei n. 6.830/80 está de acordo com o disposto no art. 5º, XXXV e LIV, da Constituição Federal de 1988 como se vê dos AgR-RE n. 460.162, Primeira Turma, Min. Rel. *Marco Aurélio*, DJ de 13.3.2009, AgR-AI n. 710.921, Segunda Turma, Min. Rel. *Eros Grau*, DJ de 27.6.2008 e RE 140.301, Primeira Turma, Min. Rel. *Octávio Gallotti*, DJ de 28.2.1997 [...]

Assim, a previsão de um limite pecuniário para a interposição dos recursos ordinários previstos na legislação processual civil, que se denomina de causas de alçada, é norma constitucional já assim definida pela Corte Constitucional Brasileira.

Abalizada doutrina, de maneira acertada, já anotou que “O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição, por não ser absoluto, convive com leis infraconstitucionais restritivas do acesso da parte ao segundo grau de jurisdição. Exemplo dessa assertiva é o artigo 34 da Lei de Execução Fiscal” (ALVES, Renato de Oliveira. *Execução Fiscal - Comentários à Lei n. 6.830, de 22/09/1980*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 241).

Nessa linha de compreensão, tem-se, então, que, das decisões judiciais proferidas no âmbito do art. 34 da Lei n. 6.830/80, são oponíveis somente embargos de declaração e embargos infringentes, entendimento excepcionado pelo eventual cabimento de recurso extraordinário, a teor do que dispõe a Súmula 640/STF (“É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de Juizado Especial Cível ou Criminal”).

Essa limitação à utilização de recursos foi uma opção do legislador, que compreendeu que o aparato judiciário não devia ser mobilizado para causas cujo valor fosse tão baixo que o custo de tramitação na justiça ultrapassasse o próprio valor buscado na ação.

O ilustre Ministro Napoleão, a respeito desse tema, já teve a oportunidade de trazer a reflexão, em casos similares, de que “essa peculiar hipótese de irrecurribilidade da sentença desfavorável ao Estado consiste na presunção legal - verdadeiramente absoluta - de que os prejuízos estatais com a prolongada tramitação de processo no qual já se encontra em situação de desvantagem superarão o benefício financeiro a ser obtido em juízo, máxime porque, tratando-se de recurso, a vitória se revela eventual e estatisticamente improvável”, tendo concluído que “O fato de a União haver imposto limites ao direito de recurso de outros Entes Públicos, para além de si mesma, não deve ser visto com reservas, senão como *exercício natural da sua competência exclusiva para legislar sobre processo civil*, o que fez, nessa hipótese, atenta ao norte da economicidade e eficiência” (*AgInt no RMS 53.232/SP*, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 11/05/2017).

É claro que aqueles que se sentirem prejudicados com essa norma devem buscar os meios adequados para promover a sua alteração, que não seria a judicial, mas a própria via legislativa.

Firmadas essas premissas, cumpre verificar acerca do cabimento do mandado de segurança para atacar esse tipo de decisão judicial.

Nos termos do artigo 5º, LXIX, da CF, “conceder-se-á 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” (texto este repetido, com algumas alterações, no artigo 1º Lei 12.016/2009, que regulamentou o mandado de segurança).

É certo que o mandado de segurança não pode ser manejado como sucedâneo de recurso, nos termos do que dispõe a Súmula 267/STF: “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.”

Outrossim, a jurisprudência no âmbito do STF e do STJ são firmes na linha de que, em regra, não seria adequada o manejo do *mandamus* para atacar decisão judicial. Confirmam-se os julgados:

STF:

Agravo regimental em mandado de segurança. Impetração contra ato revestido de conteúdo jurisdicional emanado do próprio Supremo Tribunal Federal. Incidência da Súmula nº 267/STF. Inexistência de teratologia, ilegalidade ou abuso flagrante a justificar a mitigação do enunciado em questão. Agravo regimental não provido. 1. A jurisprudência da Suprema Corte é firme no sentido de ser inadmissível a impetração de mandado de segurança contra ato revestido de conteúdo jurisdicional. Incide, na espécie, a Súmula STF n. 267. 2. O mandado de segurança somente se revelaria cabível se, no ato judicial, houvesse teratologia, ilegalidade ou abuso flagrante, o que não se verifica na espécie. 3. Agravo regimental não provido.

(MS 34.471 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 22/02/2017)

Agravo regimental em mandado de segurança. Ato jurisdicional. Inadmissibilidade. Aplicação da Súmula 267/STF. Decisão judicial transitada em julgado. Descabimento. Súmula 268/STF. Precedentes. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal está consolidada no sentido de ser inadmissível a impetração de mandado de segurança contra ato jurisdicional. Aplicação da Súmula 267/STF: “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.” É firme o entendimento desta Corte no sentido de que não cabe mandado de segurança contra decisão judicial transitada em julgado, nos termos da Súmula 268 do STF: “Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado.” Agravo regimental conhecido e não provido.

(MS 27.384 AgR, Relator Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 22/05/2014)

STJ:

Agravo interno nos embargos de declaração no recurso ordinário em mandado de segurança. Descabimento do uso do *writ* como sucedâneo recursal. Ausência de interposição do recurso cabível contra o ato impugnado. Súmula 267/STF. Recurso desprovido.

1. Consoante o art. 522 do CPC/1973 (vigente à época dos fatos), existe previsão legal de recurso próprio contra o ato judicial impugnado pelo *writ* originário, o qual os recorrentes deixaram de interpor, situação que contraria o entendimento cristalizado na Súmula 267 do STF, aplicável analogicamente ao caso.

2. O mandado de segurança contra ato judicial é admitido somente em casos excepcionálíssimos, como nas hipóteses de flagrante ilegalidade, de ato abusivo ou em situações teratológicas, cabendo à parte demonstrar a plausibilidade do direito e o perigo de demora, o que não ocorreu no caso em apreço.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt nos EDcl no RMS 51.703/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 25/08/2017)

Processo Civil. Agravo interno. Mandado de segurança. Súmula 267 do STF.

1. Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso, nos termos da Súmula 267 do STF.

2. No caso concreto: a) a decisão era passível de interposição de recurso; e b) a decisão não padece de teratologia, uma vez que o Ministro relator procedeu de forma escorreita e atento às regras previstas no Código de Processo Civil quanto ao tema, não tendo incorrido em teratologia alguma, sendo certo que eventual nulidade ocorrida na instância ordinária deve ser arguida no momento e no meio processual corretos.

3. Agravo interno não provido.

(AgRg no MS 22.619/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, DJe 21/10/2016)

Na espécie, não se pode tachar de teratológica decisão que cumpre comando específico existente na Lei de Execuções Fiscais, a saber, seu artigo 34, que inclusive já foi considerado constitucional pela Suprema Corte em julgamento realizado pelo rito da repercussão geral.

Assim, o que se verifica é a *inadequação do mandado de segurança para atacar decisão judicial que extingue execução fiscal com base no art. 34 da Lei 6.830/80*.

1. Evolução jurisprudencial no STJ

Com efeito, nos idos de 2010, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento pelo cabimento do *writ* e consequente mitigação da Súmula 267/STF. Confira-se o julgado:

Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Execução fiscal de pequeno valor ajuizada por município. Extinção do feito pelo juízo de primeiro grau. Mitigação da Súmula 267/STF. Cabimento do *writ*.

1. O *mandamus* dirigiu-se contra ato do juízo de primeira instância que extinguiu execução fiscal ajuizada pelo Município de Presidente Prudente/SP de valor inferior a 50 ORTNs, ao fundamento de que não há interesse de agir da municipalidade. A Corte de origem indeferiu o *writ*, ante o óbice da Súmula 267/STF.

2. Não se deve atribuir caráter absoluto à vedação contida na Súmula 267/STF, sendo cabível o mandado de segurança quando não houver recurso útil a evitar ou reparar a lesão a direito líquido e certo do impetrante.

3. No caso, contra a decisão proferida nos embargos infringentes previstos no art. 34 da Lei 6.830/80, apenas seria possível a interposição de recurso

extraordinário, o qual se destina a apreciar violação dos dispositivos da Constituição Federal, não sendo hábil a enfrentar a matéria tratada na presente demanda, que versa sobre o interesse de agir nas execuções fiscais de pequeno valor ou de valor irrisório.

4. No atinente às execuções fiscais ajuizadas pela Fazenda Nacional, em que existe lei específica regulamentando as execuções de pequeno valor - Lei n. 10.522/02 -, o Superior Tribunal de Justiça decidiu nos autos do REsp 1.111.982/SP, julgado sob o rito dos recursos repetitivos, que não deve haver a extinção da execução, mas apenas o arquivamento do feito sem baixa na distribuição.

5. Como houve o indeferimento da inicial do *mandamus*, devem os autos retornar à Corte de origem para que, superada a questão atinente ao cabimento do remédio constitucional, dê-se prosseguimento à tramitação do feito. Precedente: RMS 31.305/SP, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 02.03.10, DJe de 10.03.2010.

6. Recurso ordinário em mandado de segurança provido.

(RMS 31.380/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 16/06/2010)

Posteriormente, no entanto, as Turmas que integram esse mesmo órgão colegiado modificaram sua orientação para compreender que não seria cabível o mandado de segurança na espécie, considerando que só seriam oponíveis embargos de declaração e embargos infringentes de sentença proferida no âmbito das execuções fiscais previstas no art. 34 da Lei n. 6.830/80, regra excepcionada apenas pelo eventual cabimento de recurso extraordinário, quando houver questão constitucional debatida.

A propósito:

Mandado de segurança. Causa de alçada. Execução fiscal. Nas execuções fiscais de que trata o art. 34 da Lei n. 6.830, de 1980, a sentença está sujeita aos embargos infringentes do julgado, cujo julgamento constitui a palavra final do processo; trata-se de opção do legislador, que só excepciona desse regime o recurso extraordinário, quando se tratar de matéria constitucional. Recurso ordinário desprovido.

(RMS 37.753/MG, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 12/12/2012)

Essa jurisprudência tem prevalecido hodiernamente no STJ, de que são ilustrativas as seguintes decisões:

Tributário e Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Impugnação de ato de autoridade judicial, que proferira sentença de extinção de execução fiscal de valor inferior ao limite de alçada, previsto no art. 34 da

Lei 6.830/80. Ausência de interposição dos cabíveis embargos infringentes. Inadmissibilidade do mandado de segurança como sucedâneo recursal. Incidência do art. 5º, II, da Lei 12.016/2009 e da Súmula 267 do STF. Recurso ordinário improvido.

I. Recurso ordinário interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73.

II. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado, perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, contra o Juízo de 1º Grau, que proferira sentença de extinção de Execução Fiscal de valor inferior ao limite de alçada, previsto no art. 34 da Lei 6.830/80, sendo fato incontroverso - admitido pelo próprio impetrante, ora recorrente - a ausência de interposição dos Embargos Infringentes de que trata a Lei 6.830/80, recurso judicial cabível, na espécie. O Mandado de Segurança foi liminarmente indeferido, em 2º Grau, nos termos do art. 10 da Lei 12.016/2009 e da Súmula 267/STF, tendo sido interposto, contra o acórdão recorrido, o presente Recurso Ordinário.

III. Consoante assentado pela Primeira Turma do STJ, no RMS 33.042/SP (Rel. Ministro *Teori Albino Zavascki*, DJe de 10/10/2011), e também pela Segunda Turma do STJ, no AgRg no RMS 36.974/SP (Rel. Ministro *Mauro Campbell*, DJe de 25/04/2012), no regime da Lei 12.016/2009 subsistem os óbices que sustentam a orientação das Súmulas 267 e 268 do STF, no sentido de que, mesmo na hipótese de decisão judicial sujeita a recurso sem efeito suspensivo, o mandado de segurança (a) não pode ser transformado em alternativa recursal, como substitutivo do recurso próprio, e (b) não é cabível contra decisão judicial revestida de preclusão ou com trânsito em julgado. Como bem observado pelo Ministro *Teori Albino Zavascki*, no retromencionado precedente da Primeira Turma, mesmo quando impetrado contra decisão judicial sujeita a recurso sem efeito suspensivo, o mandado de segurança não dispensa a parte impetrante de interpor o recurso próprio, no prazo legal. Também não cabe mandado de segurança contra decisão judicial já transitada em julgado, porque admiti-lo seria transformá-lo em ação rescisória.

IV. No caso, ao impetrar o Mandado de Segurança, a parte recorrente impugnou ato do Juízo de 1º Grau, que proferira sentença de extinção de Execução Fiscal de valor inferior ao limite de alçada, previsto no art. 34 da Lei 6.830/80, não tendo sido previamente interpostos, porém, os cabíveis Embargos Infringentes, como admitido pela própria recorrente. Portanto, efetivamente incide, na espécie, a Súmula 267/STF, não havendo fundamento jurídico que justifique o afastamento do art. 5º, II, da Lei 12.016/2009 e a mitigação do entendimento daquele verbete sumular. Precedentes do STJ (RMS 49.410/RS, Rel. Ministro *Gurgel de Faria*, *Primeira Turma*, DJe de 28/04/2016; RMS 50.883/SP, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Segunda Turma*, DJe de 29/11/2016).

V. Com efeito, “das sentenças prolatadas em execuções de pequeno valor cabem, apenas, os embargos infringentes (art. 34 da LEF) e, subsistindo

controvérsia de índole constitucional, o recurso extraordinário, sendo inviável a impetração do mandado de segurança ao tribunal de apelação, sob pena de subverter esse sistema recursal. Precedentes: AgRg no RMS 43.205/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, DJe 5/9/2013; AgRg no RMS 38.040/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 19/02/2013; RMS 35.615/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 15/02/2013” (STJ, AgRg no AgRg no RMS 43.562/SP, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, Primeira Turma, DJe de 24/10/2013).

VI. Recurso ordinário improvido.

(RMS 53.101/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 26/04/2017)

Processo Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Impetração contra ato judicial. Execução fiscal extinta. Pequeno valor do crédito tributário. Inteligência da Súmula 267 do STF. Sucedâneo recursal. Impossibilidade. Precedentes. *Writ*. Não cabimento.

1. Trata-se de Recurso Ordinário em face de Acórdão que indeferiu o *writ* que tinha o afã de reverter *decisum* que extinguiu Execução Fiscal, lastreado na falta de interesse processual diante de crédito tributário de diminuto valor.

2. Hipótese em que a ação mandamental é impetrada diretamente contra sentença extintiva de Execução Fiscal, sem que a exequente-impetrante opusesse os Embargos Infringentes do art. 34 da Lei 6.830/1980.

3. É incabível o Mandado de Segurança quando empregado como sucedâneo recursal, nos termos da Súmula 267/STF (AgRg no RMS 47.099/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 4/3/2015).

4. Nesse contexto, deve-se reconhecer o não cabimento do *writ*, que não pode ser utilizado como sucedâneo recursal, salvo quando teratológica a decisão impugnada, por ilegalidade ou abuso de poder.

(RMS 49.410/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 19/4/2016, DJe 28/4/2016).

5. Ademais, conforme assentado pela Primeira Turma do STJ, no RMS 33.042/SP (Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe de 10/10/2011), e igualmente pela Segunda Turma do STJ, no AgRg no RMS 36.974/SP (Rel. Ministro Mauro Campbell, DJe de 25/4/2012), no regime da Lei 12.016/2009 subsistem os óbices que sustentam a orientação das Súmulas 267 e 268 do STF, no sentido de que, mesmo na hipótese de decisão judicial sujeita a recurso sem efeito suspensivo, o Mandado de Segurança (a) não pode ser simplesmente transformado em alternativa recursal (= substitutivo do recurso próprio) e (b) não é cabível contra decisão judicial revestida de preclusão ou com trânsito em julgado. Desse modo, mesmo quando impetrado contra decisão judicial sujeita a recurso sem efeito suspensivo, o Mandado de Segurança não dispensa a parte impetrante de interpor o recurso próprio, no prazo legal, o que não ocorreu no caso dos autos.

(RMS 37.794/MG, Rel. Ministra Diva Malerbi, Desembargadora convocada TRF 3ª Região, Segunda Turma, julgado em 2/6/2016, DJe 8/6/2016).

6. Recurso Ordinário a que se nega seguimento.

(RMS 53.096/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 20/04/2017)

Processual Civil. Mandado de segurança. Execução fiscal de pequeno valor. Sentença extintiva. Embargos infringentes rejeitados. *Writ* impetrado como sucedâneo recursal e contra decisão judicial transitada em julgado. Impossibilidade.

1. A jurisprudência das Turmas de Direito Público firmou o entendimento de que a sentença proferida no âmbito de execução fiscal de pequeno valor somente pode ser desafiada pelos embargos infringentes dirigidos ao mesmo Juízo (art. 34 da Lei n. 6.830/1980) e, remanescendo controvérsia de natureza constitucional, pelo recurso extraordinário (art. 102, III, da CF), sendo descabida a impetração do *mandamus* perante a Corte de segunda instância, porquanto, via de regra, confirmada na espécie, ele é manejado como mero sucedâneo de apelação, infringindo, assim, o subsistema recursal da Lei de Execuções Fiscais, que preconiza o encerramento da fase ordinária ainda na primeira instância.

2. Hipótese, ademais, em que não cabe mandado de segurança contra decisão judicial transitada em julgado (art. 5º, III, da Lei n. 12.016/2009 e Súmula 268 do STF).

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no RMS 44.746/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 04/08/2016)

Processual Civil e Tributário. Agravo interno no recurso em mandado de segurança. Embargos infringentes de alçada. Inadmissibilidade da mandamental. Prescrição. Inércia. Ausência de impugnação específica. Desnecessidade de intimação da Fazenda Pública. Recurso repetitivo.

1. As Turmas de Direito Público desta Corte reajustaram a compreensão para não admitir o cabimento de mandado de segurança contra decisão que julga os embargos infringentes disciplinados na Lei n. 6.830/80. Precedentes: RMS 37.794/MG, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 8/6/2016; AgRg no RMS 36.503/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 28/4/2015; AgRg no RMS 47.452/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 30/3/2015; AgRg no RMS 47.099/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 4/3/2015.

2. Além da inadmissão do *mandamus*, vale consignar que, no recurso ordinário, não houve impugnação específica ao fundamento do acórdão relativo à inaplicabilidade da Súmula 106/STJ.

3. E, quanto à alegação de cerceamento de defesa, a jurisprudência desta Corte Superior, firmada em sede de recurso repetitivo, decidiu que a prescrição, com base no art. 219, § 5º, do CPC/73, pode ser decretada de ofício, independentemente de prévia oitiva da Fazenda Pública.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no RMS 50.271/SP, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, DJe 12/08/2016)

Processual Civil. Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. Impetração em face de decisão que, em execução fiscal, julga embargos infringentes (art. 34 da Lei 6.830/80). Inexistência de teratologia. Inadmissibilidade.

1. Conforme orientação desta Corte, “nas execuções fiscais de que trata o art. 34 da Lei n. 6.830, de 1980, a sentença está sujeita aos embargos infringentes do julgado, cujo julgamento constitui a palavra final do processo”, tratando-se “de opção do legislador, que só excepciona desse regime o recurso extraordinário, quando se tratar de matéria constitucional” (RMS 37.753/MG, Rel. Ministro *Ari Pargendler*, Primeira Turma, julgado em 04/12/2012, DJe 12/12/2012).

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no RMS 47.452/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 30/03/2015)

Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. Tributário. Execução fiscal. Mandado de segurança contra decisão judicial proferida em embargos infringentes (art. 34 da LEF). Inadmissibilidade. Precedentes da Primeira Turma. Agravo regimental do Município de Leme/SP desprovido.

1. Nos termos da orientação firmada nesta Turma, das sentenças prolatadas em execuções de pequeno valor cabem, apenas, os Embargos Infringentes, podendo ser adversadas, apenas, por Recurso Extraordinário, em caso de existir controvérsia constitucional. Precedente: RMS 37.753/MG, Rel. Min. *Ari Pargendler*, DJe 12.12.2012.

2. Agravo Regimental do *Município de Leme/SP* desprovido.

(AgRg no RMS 44.740/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 29/05/2014)

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental no agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. Execução fiscal de pequeno valor. Impetração contra decisão que julga os embargos infringentes (art. 34 da LEF). Não cabimento.

1. Das sentenças prolatadas em execuções de pequeno valor cabem, apenas, os embargos infringentes (art. 34 da LEF) e, subsistindo controvérsia de índole

constitucional, o recurso extraordinário, sendo inviável a impetração do mandado de segurança ao tribunal de apelação, sob pena de subverter esse sistema recursal. Precedentes: AgRg no RMS 43.205/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, DJe 5/9/2013; AgRg no RMS 38.040/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 19/02/2013; RMS 35.615/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 15/02/2013.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AgRg no RMS 43.562/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 24/10/2013)

No entanto, ainda *há* julgados nesta Corte de Justiça que divergem dessa última linha de entendimento adotada, de que são exemplos, *verbis*:

Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Extinção da execução fiscal ajuizada por município diante de valor irrisório. Súmula 267/STF. Inaplicabilidade.

1. Hipótese em que se discute o cabimento de *writ* impetrado em face de decisão judicial que negou provimento aos Embargos Infringentes interpostos com base no art. 34 da Lei 6.830/1980, contra decisão que julgou extinta a Execução Fiscal de valor inferior a 50 ORTNs, ante a ausência de interesse de agir.

2. A Primeira Seção do STJ firmou o entendimento de que, nesse caso, cabe Mandado de Segurança, devendo ser mitigada a vedação contida na Súmula 267/STF, uma vez que não se admite, na espécie, recurso ou correição.

3. Recurso Ordinário parcialmente provido para anular o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos ao Tribunal *a quo*, para que dê prosseguimento à tramitação do Mandado de Segurança.

(RMS 53.353/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/04/2017)

Processo Civil e Tributário. Execução fiscal. Mandado de segurança que ataca decisão proferida em embargos infringentes (art. 34 da LEF). Possibilidade. Inexistência de outra medida judicial. Mitigação do Enunciado da Súmula 267/STF.

1. É admissível a impetração de mandado de segurança contra decisão proferida em embargos infringentes previsto no art. 34 da Lei 6.830/80, ante a inexistência de outro mecanismo judicial hábil a sanar alegada violação a direito líquido e certo. Precedentes.

2. Não se deve conferir caráter absoluto à vedação contida na Súmula 267 do STF.

3. Hipótese em que o mandado de segurança ataca decisão proferida em sede de embargos infringentes (art. 34 da LEF) que confirmou a extinção da execução fiscal.

4. Recurso ordinário em mandado de segurança provido para determinar o retorno dos autos à origem para prosseguimento da tramitação.

(RMS 40.610/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 29/05/2013)

No entanto, conforme antes consignado, tem prevalecido neste Superior Tribunal de Justiça a orientação pelo descabimento da via mandamental para atacar essas sentenças extintivas de execução fiscal. Vejam-se os julgados:

1ª Turma do STJ:

Tributário. Processual Civil. Agravo interno no recurso em mandado de segurança. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Extinção de execução fiscal por ausência de interesse de agir. Súmula n. 267/STF. Incidência. Mandado de segurança. 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. Aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - Contra as sentenças prolatadas em execuções de pequeno valor cabem, apenas, os embargos infringentes, nos termos do art. 34 da Lei n. 6.830/1980; subsistindo controvérsia de índole constitucional, o recurso extraordinário.

III - O mandado de segurança contra decisão judicial é admitido apenas em casos de flagrante ilegalidade ou de manifesta teratologia, o que não ocorre no presente julgado.

IV - *In casu*, revela-se incabível o mandado de segurança impetrado que, na hipótese em exame, não pode ser empregado como sucedâneo recursal, nos termos da Súmula 267/STF.

V - Não apresentação, no agravo, 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 RMS 55.125/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 16/11/2017)

Processual Civil. Mandado de segurança. Execução fiscal de pequeno valor. Sentença extintiva. Embargos infringentes rejeitados. *Writ* impetrado como sucedâneo recursal. Não cabimento.

1. As sentenças extintivas das execuções de pequeno valor somente podem ser atacadas por embargos infringentes (art. 34 da Lei n. 6.830/1980) e, remanescendo controvérsia de natureza constitucional, por recurso extraordinário (art. 102, III, da CF), sendo descabida a impetração do *mandamus*, porquanto, em regra, é impetrado como sucedâneo recursal, infringindo, assim, o subsistema recursal da Lei de Execuções Fiscais, que preconiza o encerramento da fase ordinária ainda na primeira instância.

2. Hipótese em que não se não pode admitir a impetração do mandado de segurança contra a extinção do processo executivo, pois não há flagrante ilegalidade ou abuso de poder na decisão que extingue o processo executivo em razão de os custos da cobrança judicial serem superiores ao valor do crédito tributário executado.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no RMS 54.845/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 18/12/2017)

Tributário. Agravo interno no recurso ordinário em mandado de segurança. Execução fiscal. Mandado de segurança contra decisão judicial proferida em embargos infringentes (art. 34 da LEF). Inadmissibilidade. Precedentes da Primeira Turma. Agravo interno do Município de Tatuí/SP desprovido. 1. Nos termos da orientação firmada nesta Turma, das sentenças prolatadas em execuções de pequeno valor cabem, apenas, os Embargos Infringentes, podendo ser adversadas, apenas, por Recurso Extraordinário, em caso de existir controvérsia constitucional.

2. Pondere-se, oportunamente, que essa peculiar hipótese de irrecorribilidade da sentença desfavorável ao Estado consiste na presunção legal - verdadeiramente absoluta - de que os prejuízos estatais com a prolongada tramitação de processo no qual já se encontra em situação de desvantagem superarão o benefício financeiro a ser obtido em juízo, máxime porque, tratando-se de recurso, a vitória se revela eventual e estatisticamente improvável.

3. Ao manejar o Mandado de Segurança, que é ação, como sucedâneo recursal, está se desafiando aquela lógica da economia de recursos escassos, burlando-se, senão a literalidade gramatical do art. 34 da LEF, o propósito e a razão de ser dessa norma.

4. O fato de a União haver imposto limites ao direito de recurso de outros Entes Públicos, para além de si mesma, não deve ser visto com reservas, senão como exercício natural da sua competência exclusiva para legislar sobre processo civil, o que fez, nessa hipótese, atenta ao norte da economicidade e eficiência.

5. Agravo Interno do *Município de Tatuí/SP* desprovido.

(AgInt no RMS 53.232/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 11/05/2017)

Processual Civil e Tributário. Agravo interno no recurso em mandado de segurança. Execução fiscal de valor igual ou inferior a 50 OTN. Art. 34 da Lei 6.830/80. Sentença. Recursos cabíveis: embargos de declaração, embargos infringentes ou recurso extraordinário. Mandado de segurança. Ação imprópria. Sucedâneo recursal. Impossibilidade. Súmula 267/STF.

1. Só são oponíveis embargos de declaração e embargos infringentes de sentença proferida no âmbito das execuções fiscais previstas no art. 34 da Lei n. 6.830/80, regra excepcionada apenas pelo eventual cabimento de recurso extraordinário, quando houver questão constitucional debatida. Precedentes: *AgRg no RMS 49.614/SP*, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 08/08/2016 e *AgRg no RMS 47.452/SP*, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 30/03/2015.

2. É incabível o mandado de segurança empregado como sucedâneo recursal, nos termos da Súmula 267/STF.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no RMS 53.267/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 10/05/2017)

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental no agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. Execução fiscal de pequeno valor. Impetração contra decisão que julga os embargos infringentes (art. 34 da LEF). Não cabimento.

1. Das sentenças prolatadas em execuções de pequeno valor cabem, apenas, os embargos infringentes (art. 34 da LEF) e, subsistindo controvérsia de índole constitucional, o recurso extraordinário, sendo inviável a impetração do mandado de segurança ao tribunal de apelação, sob pena de subverter esse sistema recursal. Precedentes: *AgRg no RMS 43.205/SP*, Rel. Ministro Sérgio Kukina, DJe 5/9/2013; *AgRg no RMS 38.040/SP*, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 19/02/2013; *RMS 35.615/SP*, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 15/02/2013.

2. Agravo regimental não provido.

(*AgRg no AgRg no RMS 43.562/SP*, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 24/10/2013)

Tributário. Recurso ordinário em mandado de segurança. Execução fiscal. Extinção do feito. Art. 34 da Lei 6.830/80. Decisão inatacável por mandado de segurança. Recurso não provido.

1. “Nas execuções fiscais de que trata o art. 34 da Lei n. 6.830, de 1980, a sentença está sujeita aos embargos infringentes do julgado, cujo julgamento constitui a palavra final do processo; trata-se de opção do legislador, que só excepciona desse regime o recurso extraordinário, quando se tratar de matéria constitucional” (RMS 38.513/SP, Rel. Min. *Ari Pargendler*, DJe 13/12/12).

2. Recurso ordinário não provido.

(RMS 42.738/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 21/08/2013)

Mandado de segurança. Causa de alçada. Execução fiscal. Nas execuções fiscais de que trata o art. 34 da Lei n. 6.830, de 1980, a sentença está sujeita aos embargos infringentes do julgado, cujo julgamento constitui a palavra final do processo; trata-se de opção do legislador, que só excepciona desse regime o recurso extraordinário, quando se tratar de matéria constitucional. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no RMS 38.790/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 02/04/2013)

2ª Turma do STJ:

Tributário e Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Impugnação de ato judicial, que proferira sentença de extinção de execução fiscal de valor inferior ao limite de alçada, previsto no art. 34 da Lei 6.830/80, bem como rejeitara embargos infringentes e embargos de declaração, interpostos contra referida sentença. Mandado de segurança contra decisão judicial transitada em julgado. Inadmissibilidade. Incidência do art. 5º, III, da Lei 12.016/2009 e da Súmula 268 do STF. Recurso ordinário improvido.

I. Recurso ordinário interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73.

II. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado, perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, contra o Juízo de 1º Grau, que proferira sentença de extinção de Execução Fiscal de valor inferior ao limite de alçada, previsto no art. 34 da Lei 6.830/80, por considerar inexistente o interesse de agir, em face do ínfimo valor da dívida, bem como rejeitara Embargos Infringentes e Embargos de Declaração, interpostos contra referida sentença. O Mandado de Segurança foi denegado, em 2º Grau, nos termos da Súmula 267/STF, tendo sido interposto, contra o acórdão recorrido, o presente Recurso Ordinário.

III. Na forma da jurisprudência do STJ e do STF, não cabe mandado de segurança contra decisão judicial transitada em julgado, porque admiti-lo seria transformá-lo em ação rescisória. Incidência do art. 5º, III, da Lei 12.016/2009 e da Súmula 268/STF: (“Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado”). Precedentes.

IV. No caso, consta dos autos que, em 9 de julho de 2015, o Procurador da Fazenda Pública do Município de Itápolis foi intimado, pessoalmente, da rejeição dos Embargos de Declaração. Porém, não interpôs o Município Recurso Extraordinário, mas impetrou o presente Mandado de Segurança, em 20 de julho de 2015, quando já havia transitado em julgado a sentença que, em 1º Grau, extinguiu a execução fiscal, porquanto já ultrapassado, na data da impetração do *writ*, o prazo, em dobro, para a interposição de Recurso Extraordinário, de modo que, independentemente de discussão acerca da aplicabilidade da Súmula 267 do STF, incidem, na espécie, o art. 5º, III, da Lei 12.016/2009 e a Súmula 268 do STF.

V. Recurso Ordinário improvido, por fundamento diverso do acórdão recorrido.

(RMS 53.613/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 24/05/2017)

Processual Civil. Extinção da execução fiscal em razão do valor irrisório. Mandado de segurança utilizado como sucedâneo recursal. Impossibilidade.

1. Segundo a legislação e a jurisprudência do STJ, é incabível a utilização do Mandado de Segurança para impugnar ato judicial passível de recurso.

2. Hipótese em que o *writ* foi impetrado como sucedâneo recursal, para atacar sentença que decretou a extinção de Execução Fiscal de valor ínfimo, sem que a parte tenha interposto o recurso previsto no art. 34 da Lei 6.830/1980.

3. Recurso Ordinário não provido.

(RMS 53.035/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24/04/2017)

Processual Civil. Agravo interno no recurso ordinário. Submissão à regra prevista no Enunciado Administrativo 03/STJ. Mandado de segurança impetrado em face de decisão que julga extinta a execução fiscal. Inexistência de teratologia. Inadmissibilidade.

1. Conforme orientação desta Corte, “nas execuções fiscais de que trata o art. 34 da Lei n. 6.830, de 1980, a sentença está sujeita aos embargos infringentes do julgado, cujo julgamento constitui a palavra final do processo”, tratando-se “de opção do legislador, que só excepciona desse regime o recurso extraordinário, quando se tratar de matéria constitucional” (RMS 37.753/MG, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, julgado em 04/12/2012, DJe 12/12/2012).

2. Agravo interno não provido.

(AgInt no RMS 53.264/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 07/04/2017)

Processo Civil. Mandado de segurança. Impetração contra ato judicial. Previsão de recurso próprio. Impossibilidade. Execução fiscal de pequeno valor. Ausência de oposição de embargos infringentes. Sucadâneo recursal. Incidência da Súmula 267/STF.

1. É incabível o mandado de segurança quando empregado como sucedâneo recursal, nos termos da Súmula 267/STF.

2. Hipótese em que o mandado de segurança ataca decisão proferida em sede de execução fiscal de pequeno valor, sendo que o recurso cabível era os embargos infringentes (art. 34 da LEF). Precedentes.

3. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.

(RMS 51.027/SP, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, DJe 31/05/2016)

2. Tese a ser fixada no incidente de assunção de competência

Em suma, para os fins do art. 947 do CPC/2015, este relator propõe a fixação da seguinte tese sem necessidade da modulação de que trata o art. 927, § 3º, do mesmo *Codex*: “*Não é cabível mandado de segurança contra decisão proferida em execução fiscal no contexto do art. 34 da Lei 6.830/80*”.

3. Dispositivo

Ante o exposto, no caso concreto, *nego* provimento ao recurso ordinário do *Município de Leme*.

É como voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Incidente de Assunção de Competência que diz respeito ao cabimento de Mandado de Segurança em processo no contexto do art. 34 da Lei de Execução Fiscal, que prevê apenas Embargos Infringentes e, eventualmente, Recurso Extraordinário quando a decisão de Primeiro Grau envolver matéria constitucional.

2. Inicialmente, penso que estamos em um momento quase ou mesmo normativo para regular o cabimento do Mandado de Segurança contra ato judicial em processo de execução fiscal.

3. Na minha visão, nenhuma decisão deve ser tomada, seja qual for a sua natureza, que possa amesquinhar o uso do Mandado Segurança. Penso que esse instrumento deve ter as suas portas escancaradas e colocado, de preferência, um tapete vermelho para que os impetrantes passem por essa passarela. Então, não

se deve começar, penso eu, na tese de *não é cabível Mandado de Segurança*. Essa atitude já mostra, a meu ver, uma indisposição contra o Mandado de Segurança.

4. De fato, o Mandado de Segurança é um instrumento muito nobre e, por isso, não se deve dizer que não é cabível. E é cabível em que casos? Vamos excepcionando e entramos no campo da teratologia. Aqui ninguém sabe o que é teratologia. Digo isso sem medo de errar. É um termo da linguagem médica para indicar má formação, anomalias congênicas.

5. Como podemos, então, adaptar esse conceito de teratologia, que é da linguagem médica, a um ato judicial? O que é um ato judicial teratológico? Que defeito deve ter o ato para ser teratológico? Que ato judicial seria qualificado assim? Talvez o praticado por Juiz incompetente? Talvez uma decisão sem relatório, sem fundamentação ou sem dispositivo? Talvez uma decisão que causasse um gravame imediato e um recurso com efeito suspensivo?

6. Permita-me apresentar aqui, Senhor Presidente, um breve relato sobre o Mandado de Segurança. Esse instrumento apareceu nas Constituições brasileira, pela primeira vez, em 1934. A primeira lei do Mandado de Segurança foi a Lei 191, de 1936. O Professor WALDEMAR FERREIRA, Relator na Câmara dos Deputados, Parlamentar do Estado de São Paulo e também Professor de Direito Comercial na Universidade de São Paulo-USP, um dos insígnis Juristas do seu tempo, como também os Parlamentares do Estado da Bahia *Otávio Mangabeira* e *João Mangabeira* deram contribuições extraordinárias ao uso do Mandado de Segurança contra ato judicial.

7. Dizia o Professor WALDEMAR FERREIRA que era inadmissível que algum ato de autoridade judicial, que fosse ofendente de direito subjetivo líquido, certo e incontestável – a expressão era essa na época –, não pudesse ser controlado pela via do Mandado de Segurança, quando a autoridade judicial é também a autoridade pública. O Professor XAVIER DE ALBUQUERQUE, muitos anos depois, quando Ministro do Supremo Tribunal Federal, veio a estabelecer as condições em que se admitia o Mandado de Segurança contra ato judicial e inventou essa ideia de teratologia, que surgiu nesse tempo como solução heróica para se admitir algum tipo de controle imediato contra ato judicial abusivo, porque os Juízes eram, como ainda frequentemente o são, postos a salvo de impetrações, quando os atos que por vezes praticam são absurdamente ilegais ou abusivos.

8. A solução, a meu ver, Senhor Presidente, poderia ser esta: é cabível o Mandado de Segurança contra ato judicial, qualquer que seja a sede, de

execução fiscal também, quando – estão aqui os elementos, para não ficar uma coisa aberta – abuso de poder, flagrante ilegalidade, teratologia. Conceitos abertos, plásticos, que podem ser preenchidos a critério subjetivo de quem o lê. Poderia ser só assim, repetindo, e invocando aqui o espírito do Ministro *Xavier de Albuquerque*: é cabível Mandado de Segurança contra ato judicial qualquer que seja a sede processual, quando dele resultar prejuízo ou ameaça de prejuízo relevante à parte e não houver recurso processual com efeito suspensivo.

9. Essa nossa normativa deve valorizar o Mandado de Segurança e não amesquinhá-lo. Penso que devemos afirmar que ele é cabível, não em todos os casos, senão desaparecia o recurso, mas quando o ato judicial for imediatamente lesivo ao direito ou ao interesse da parte e não houver recurso processual com efeito suspensivo.

10. A meu ver, essa complexidade está sendo posta de maneira artificial. Todo ato de autoridade deve ser controlado pelo Mandado de Segurança, seja lá quem for a autoridade.

11. Pois bem, se se praticar um ato judicial, é preciso que o ato seja imediatamente lesivo ao interesse de alguém e não exista recurso processual com efeito suspensivo. Não precisa disso tudo para podermos valorizar o Mandado de Segurança e, ao mesmo tempo, disciplinar o seu cabimento contra ato judicial, senão continuaremos como está, com os Juízes fora do alcance do Mandado de Segurança, sendo eles também autoridades.

12. Penso, de forma diversa do eminente Ministro *Herman Benjamin*, que aqui, agora, seja o nosso momento normatizador, não defensivo. Nossa conduta deve ser propiciadora do acesso à jurisdição mandamental pela via do Mandado de Segurança. Não escancarando as portas que qualquer caso possa impetrar esse instrumento, porque aí haveria o desuso ou a obsolescência dos recursos processuais, mas quando não houver recurso e o ato for lesivo. Esse é o meu ponto de vista. É assim que voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Como se vê do relatório do Ministro *Sérgio Kukina*, trata-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, interposto pelo *Município de Leme* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, após processar o Mandado de Segurança, impetrado contra decisão judicial de 1º Grau – que extinguiu Execução Fiscal, em face

da prescrição –, denegou a ordem, por entender que fora interposto Recurso Extraordinário – único recurso cabível – contra a decisão que julgara os Embargos Infringentes, na forma do art. 34 da Lei 6.830/80, pelo que o acórdão recorrido aplicou, no caso, a Súmula 267/STF, concluindo que “o cabimento do *writ* contra ato judicial de qualquer natureza e instância submete-se à existência de ato teratológico ou praticado com ilegalidade ou abuso de poder pela autoridade judicial, o que não se evidenciou na espécie” (fl. 192e).

O acórdão impugnado no presente *writ* restou assim ementado:

Mandado de segurança. Execução fiscal. Extinção em Primeira Instância. Reconhecimento da prescrição dos créditos tributários. *Ausência de ato judicial teratológico ou praticado com abuso de poder. Inadequação da via eleita. Inadmissibilidade do uso do writ como sucedâneo processual. Impetração como substitutivo de recurso. Súmula n. 267 do STF. Extinção (fl. 187e).*

O recorrente sustenta, no que interessa, que:

3.1 O STJ, em sua Primeira Seção, já uniformizou e pacificou entendimento no sentido de que no caso em tela é cabível o Mandado de Segurança.

3.2 A referida Turma afirma ser possível o abrandamento da Súmula n. 267 do STF nos casos do art. 34 da Lei de execuções fiscais, quando se tratar de matéria infraconstitucional, cujo recurso extraordinário é inevitavelmente inútil, até por causa da redação contida no texto constitucional, que restringe o acesso à referida Corte.

3.3 Segue trecho do voto do relator, decidido com base no art. 557, § 1-A, do CPC, dando provimento ao recurso monocraticamente no RMS n. 35.803/2011, publicado em 22/12/2011, cujo Relator foi o Excelentíssimo Senhor Ministro Francisco Falcão:

(...)

3.4 Posto isso, denota-se claramente a divergência nessa Corte quanto ao cabimento ou não do Mandado de Segurança em relação aos casos parecidos a este discutido nesta demanda.

3.5 Salvo melhor Juízo, o art. 34 da Lei de Execução Fiscal não foi recepcionado pelo atual sistema constitucional vigente, pois segundo a maioria da doutrina, principalmente a Professora Ada Pellegrini Grinover, o duplo grau jurisdicional é um princípio constitucional explícito, pois a Constituição Federal criou toda a estrutura jurisdicional de Segunda Instância, razão pela qual o dispositivo da LEF não se encontra teleologicamente adaptado ao atual sistema constitucional vigente.

3.6 A restrição encontrada no art. 34 da LEF e a redação do art. 5º da Lei do Mandado de Segurança restringem o acesso ao Poder Judiciário, na medida em que de um lado não seria possível recorrer nos casos em que as execuções fiscais tenham valor igual ou inferior a 50 OTN's, e de outro, o fato de a Lei do Mandado de Segurança impedir o uso do *mandamus* como sucedâneo recursal, o que viola o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (princípio da inafastabilidade do poder jurisdicional - direito fundamental).

(...)

4.1 *A jurisprudência tem admitido a impetração de mandado de segurança nos casos de manifesta ilegalidade em relação às decisões teratológicas, rechaçando-se, inclusive, a incidência da Súmula n. 267 do STF:*

(...)

4.1 Salvo melhor Juízo, não há que se falar realmente em decisão teratológica referente à aplicação sistematizada dos artigos 156, V e 174 do CTN, *mas sim no fato da não observância do que dispõem os artigos 40 da Lei de Execução Fiscal e art. 219, § 5º do Código de Processo Civil, o que se traduz em manifesta ilegalidade passível de Mandado de Segurança.*

4.2 *A decretação ex officio da prescrição não observou o procedimento previsto no artigo 40 e parágrafos da Lei n. 6.830/80, sem contar o que a melhor doutrina e jurisprudência expõem com relação ao § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil.*

4.3 O dispositivo fala que o juiz deverá suspender o curso da execução enquanto não localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, sendo que nestes casos não deverá correr o prazo prescricional.

4.4 *Em seguida, a Lei expõe que o Juízo 'a quo' deveria ter aberto vistas aos Procuradores Municipais para se manifestassem ou requeressem diligências objetivando o trâmite processual.*

4.5 Em seguida, após o decurso do lapso de 01 ano, sem que as hipóteses do *caput* tenham ocorrido, o juiz ordenará o arquivamento dos autos.

4.6 Reforçando ainda mais o referido procedimento, a Súmula 314 do STJ diz, *in verbis*:

(...)

4.7 Por fim, fez bem o legislador, porque se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvidos os representantes da Fazenda Pública, poderia de ofício ter reconhecido a prescrição intercorrente e tê-la decretado de imediato.

4.8 *Coadunando com o que dispõe o § 4º do art. 40 da Lei de Execução Fiscal, a doutrina e jurisprudência expõem que o art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil deve ser entendido no sentido de que antes de ter sido decretada a prescrição, tendo em vista os princípios do contraditório e da ampla defesa, deveria o Juízo a*

quo aberto vistas aos representantes da Fazenda Pública Municipal para que se manifestassem sobre o assunto para só então ocorrer a decretação da prescrição.

(...)

4.12 Assim, reitera-se, era imprescindível que, não localizado o devedor ou não encontrados bens penhoráveis, como efetivamente ocorreu no caso em questão, o juiz determinasse a suspensão do feito, abrindo-se vista ao representante da Fazenda Pública (art. 40, *caput*, parágrafo 1º da Lei 6.830/80), medidas processuais estas que o legislador disponibilizou para a Fazenda Pública, em prol dos princípios do contraditório, ampla defesa e o devido processo legal, que infelizmente não foram obedecidas pelo Juízo *a quo*.

(...)

4.18 Enfim, aplicar de maneira absoluta o art. 34 da Lei n. 6.830/80, seria perpetuar flagrantes ilegalidades na execução fiscal, podendo contrariar inclusive disposição literal de lei, visto que a instância extraordinária cabível à espécie é passível somente de discussão da matéria constitucional.

4.19 Neste ponto, já está pacificado no STF que a matéria versada na decisão de 1º grau atacada, inclusive não dotada de repercussão geral, é matéria infraconstitucional, ensejando repercussão indireta à Constituição Federal (fls. 210/222e).

Ao final, formula os seguintes pedidos:

01. Por todo o exposto, requer-se o recebimento, o processamento e o provimento deste recurso, visando o seguinte:

a) Anulação do acórdão proferido e que denegou a ordem de mandado de segurança; e

b) O retorno dos autos ao Anexo Fiscal da Comarca de Leme - Estado de São Paulo, para que o processo retorne à fase do art. 40 da Lei de Execução Fiscal, em prol dos princípios constitucionais-processuais da ampla defesa, contraditório e devido processo legal (fls. 222/223e).

O Ministério Público Federal, em seu parecer de fls. 234/236e, manifestou-se pelo não provimento do Recurso Ordinário, citando precedente da Primeira Turma do STJ e afirmando que “o STJ tem entendimento consolidado no sentido de que o mandado de segurança só pode ser utilizado como meio recursal, diante de decisão que ostentar manifesta ilegalidade, teratologia ou abuso de poder. Não é a hipótese dos autos” (fl. 235e).

A Primeira Seção, acolhendo proposta do Relator, em sessão de julgamento de 11/10/2017 afetou o tema ao rito do Incidente de Assunção de Competência (IAC).

Eis a ementa do acórdão:

Processual Civil. Recurso em mandado de segurança. Execução fiscal de valor igual ou inferior a 50 OTN. Art. 34 da Lei 6.830/80. Cabimento do *writ*. Relevante questão de direito. Composição de divergência entre as Turmas da Primeira Seção. Submissão do tema ao rito do Incidente de Assunção de Competência - IAC.

1. *A matéria controvertida consiste em saber se é cabível a impetração do mandado de segurança para atacar decisão judicial que extingue a execução fiscal com base no art. 34 da Lei 6.830/80.*

2. *Presença de relevante questão de direito, com grande repercussão social. Julgados divergentes no âmbito da Primeira Seção.*

3. Afetação ao rito do incidente de assunção de competência previsto no artigo 947 do CPC/2015. Acolhimento (fl. 244e).

Instado a se manifestar, sobreveio novo parecer do Ministério Público Federal, pela admissão do Incidente de Assunção de Competência (IAC), para que seja afastada a possibilidade do manejo do mandado de segurança contra decisão proferida em Embargos Infringentes ou Declaratórios, em sede de execução fiscal promovida nos termos do art. 34 da Lei 6.830/80 (fls. 260/267e).

O Relator, na linha da jurisprudência que menciona, encaminha seu voto no sentido de entender incabível, em qualquer hipótese, a impetração de Mandado de Segurança para impugnar sentença extintiva de Execução Fiscal, no contexto do art. 34 da Lei 6.830/80. Com base nessa compreensão, nega provimento ao presente Recurso Ordinário.

Propõe, ainda, a fixação da seguinte tese: “*Não é cabível mandado de segurança contra decisão proferida em execução fiscal no contexto do art. 34 da Lei 6.830/80*”.

Tendo em vista a relevância da matéria, pedi vista antecipada dos autos, para melhor exame da questão.

De início, cumprimento o eminente Relator pela iniciativa de afetar à Seção tema tão relevante, sobre o qual existe oscilação jurisprudencial, no âmbito das Turmas que integram a Primeira Seção, e, às vezes, dentro dos próprios Órgãos fracionários menores, tratando-se de matéria que merece uniformização de entendimento.

In casu, trata-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado, perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, contra decisão proferida pelo Juiz de Direito das Execuções Fiscais da Comarca de Leme/SP, que julgou

improcedentes os Embargos Infringentes interpostos contra a sentença que, por sua vez, julgara extinta Execução Fiscal de valor inferior ao limite de alçada, previsto no art. 34 da Lei 6.830/80, por reconhecer a prescrição (fls. 107/109e).

O Tribunal de origem decidiu não haver teratologia ou flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado, a ensejar o ajuizamento do *mandamus*, de modo que denegou a segurança, com base no art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/2009.

Nos termos da legislação de regência, contra a sentença que, nas Execuções Fiscais de pequeno valor, qual seja, naquelas em que a dívida de natureza fiscal, acrescida de multa e juros de mora e demais encargos legais, monetariamente atualizada, não superar 50 (cinquenta) ORTNs na data da distribuição, será cabível tão somente Embargos Infringentes e Embargos de Declaração, nos termos do art. 34 da Lei 6.830/80 – Lei de Execuções Fiscais –, *in verbis*:

Art. 34. Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração.

§ 1º. Para os efeitos deste artigo considerar-se-á o valor da dívida monetariamente atualizado e acrescido de multa e juros de mora e de mais encargos legais, na data da distribuição.

§ 2º. Os embargos infringentes, instruídos, ou não, com documentos novos, serão deduzidos, no prazo de 10 (dez) dias perante o mesmo Juízo, em petição fundamentada.

§ 3º. Ouvido o embargado, no prazo de 10 (dez) dias, serão os autos conclusos ao Juiz, que, dentro de 20 (vinte) dias, os rejeitará ou reformará a sentença.

Registre-se que, havendo questão constitucional a ser resolvida, cabe, em tese, interposição de Recurso Extraordinário, a teor da Súmula 640/STF e da regra constante do art. 102, inciso III, da Constituição Federal, a qual, de modo diverso do que ocorre no âmbito do Recurso Especial, não exige tenha sido a decisão recorrida prolatada por Tribunal Regional Federal ou Tribunal de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e Territórios.

Nesse contexto, diante do óbice da Lei 6.830/80 e dos estritos limites constitucionais de cabimento de Recurso Extraordinário, alguns entes exequentes passaram a impetrar mandado de segurança perante o respectivo Tribunal de Justiça, com a finalidade de impugnar sentença proferida nessas hipóteses, buscando, assim, conferir-lhe, em última análise, eventual duplo grau de jurisdição.

A proliferação de recursos ordinários discutindo o ajuizamento do *mandamus*, nessa hipótese, e a divergência de entendimento sobre o seu cabimento, conduziu a Primeira Seção a afetar o presente como Incidente de Assunção de Competência (IAC).

Em termos de mandado de segurança contra ato judicial, cabe alguns esclarecimentos.

É certo que – sob a égide do art. 5º, II, da Lei 1.533/51 (“Art. 5º - Não se dará mandado de segurança quando se tratar: (...) II - de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição”), versando sobre a matéria infraconstitucional de que trata referido dispositivo legal – em 13/12/63 foi editada a Súmula 267 do STF, do seguinte teor: “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”.

Atualmente, o art. 5º, II, da Lei 12.016/2009 – com redação menos restritiva do que a daquele dispositivo legal que serviu de fundamento à Súmula 267 do STF – passou a prever que: “Art. 5º. Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: (...) II - de decisão judicial da qual caiba recurso **com efeito suspensivo**” (texto original sem destaque em negrito).

Confrimam-se os seguintes comentários sobre esse último dispositivo legal, extraídos da obra doutrinária de HELY LOPES MEIRELLES, ARNOLDO WALD e GILMAR FERREIRA MENDES, com a colaboração de MARINA GAENSLY e RODRIGO DE OLIVEIRA KAUFMANN:

Ato judicial - Outra matéria excluída do mandado de segurança é a *decisão ou despacho judicial contra o qual caiba recurso específico apto a impedir a ilegalidade, ou admita reclamação correcional eficaz*. A legislação anterior referia-se especificamente à correição, o que o texto atual (art. 5º, II, da Lei 12.016/2009) não faz; mas a interpretação deve continuar a ser a que prevalecia, se a reclamação for eficaz no caso. Se ao recurso ou à correição admissíveis não for possível atribuir efeito suspensivo do ato judicial impugnado, cabível a impetração, para resguardo do direito lesado ou ameaçado de lesão pelo próprio Judiciário. Só assim se há de entender a ressalva do inciso II do art. 5º da lei reguladora do *mandamus*, pois o legislador não teve a intenção de deixar ao desamparo do remédio heróico as ofensas a direito líquido e certo perpetradas, paradoxalmente, pela Justiça.

(...)

A jurisprudência tem admitido a impetração de mandado de segurança contra atos judiciais independentemente da interposição de recurso sem efeito suspensivo

quando ocorre violação frontal de norma jurídica, por decisão teratológica, ou nos casos em que a impetração é de terceiro, que não foi parte no feito, embora devesse dele participar, usando o remédio heróico para evitar que sobre ele venha a incidir os efeitos da decisão proferida, não se aplicando no caso a Súmula 267 do STF" (in Mandado de Segurança e ações constitucionais / Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald, Gilmar Ferreira Mendes; com a colaboração de Marina Gaensly e Rodrigo de Oliveira Kaufmann. – 37ª ed., ren., atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros. 2016, pp. 47 e 55).

O mandado de segurança é remédio constitucional destinado a sanar ou a evitar ilegalidades que acarretem violação de direito líquido e certo do impetrante. Trata-se, portanto, de ação submetida a rito especial, cujo objetivo é proteger o indivíduo contra abusos praticados por autoridades públicas ou por agentes particulares no exercício de atribuições delegadas pelo poder público.

Especificamente quanto à impetração do *writ* contra sentença que extingue a Execução Fiscal com base no art. 34 da Lei 6.830/80, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça verifica-se, de longa data, instabilidade na jurisprudência.

A título ilustrativo, favoravelmente ao cabimento da impetração, confira-se o seguinte julgado:

Processo Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Execução fiscal de pequeno valor ajuizada por município. Extinção do feito pelo Juízo de Primeiro Grau. Mitigação da Súmula 267/STF. Cabimento do *writ*.

1. O *mandamus* dirigiu-se contra ato do juízo de primeira instância que extinguiu execução fiscal ajuizada pelo Município de Presidente Prudente/SP de valor inferior a 50 ORTN's, ao fundamento de que não há interesse de agir da municipalidade. A Corte de origem indeferiu o *writ*, ante o óbice da Súmula 267/STF.

2. *Não se deve atribuir caráter absoluto à vedação contida na Súmula 267/STF, sendo cabível o mandado de segurança quando não houver recurso útil a evitar ou reparar a lesão a direito líquido e certo do impetrante.*

3. No caso, contra a decisão proferida nos embargos infringentes previstos no art. 34 da Lei 6.830/80, apenas seria possível a interposição de recurso extraordinário, o qual se destina a apreciar violação aos dispositivos da Constituição Federal, não sendo hábil a enfrentar a matéria tratada na presente demanda, que versa sobre o interesse de agir nas execuções fiscais de pequeno valor ou de valor irrisório.

4. No atinente às execuções fiscais ajuizadas pela Fazenda Nacional, em que existe lei específica regulamentando as execuções de pequeno valor - Lei n. 10.522/02 - o Superior Tribunal de Justiça decidiu nos autos do REsp 1.111.982/

SP, julgado sob o rito dos recursos repetitivos, que não deve haver a extinção da execução, mas apenas o arquivamento do feito sem baixa na distribuição.

5. Como houve o indeferimento da inicial do *mandamus*, devem os autos retornar à Corte de origem para que, superada a questão atinente ao cabimento do remédio constitucional, dê-se prosseguimento à tramitação do feito.

6. Recurso ordinário em mandado de segurança provido (STJ, RMS 31.305/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe de 02/03/2010).

Contrariamente ao cabimento do *mandamus*, mas ressaltando a hipótese de não se tratar de decisão revestida de teratologia ou de manifesta ilegalidade, colhe-se o seguinte acórdão:

Processo Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Ação mandamental impetrada contra ato judicial passível de recurso extraordinário. Súmulas n. 267 e 640/STF. *Ato manifestamente ilegal. Não-ocorrência.*

1. É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada. Inteligência da Súmula n. 640/STF.

2. *Não há possibilidade de se utilizar a ação mandamental como substituta do recurso cabível quando a decisão judicial impugnada não se reveste de teratologia, tampouco de manifesta ilegalidade.*

3. Recurso ordinário não-provido (STJ, RMS 15.540/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJU de 03/10/2005).

No julgamento do RMS 31.380/SP, diante da sentença declaratória de inexistência de interesse de agir da Fazenda Municipal, em face de Execução Fiscal de pequeno valor, a Segunda Turma afetou o julgamento à Primeira Seção desta Corte, que, por sua vez, afastou a Súmula 267 do STF, para autorizar o processamento da ação mandamental. Na ocasião foi ponderado que, contra decisão proferida em Embargos Infringentes, previstos no art. 34 da Lei 6.830/80, apenas seria cabível a interposição de Recurso Extraordinário, que se destina à apreciação, exclusivamente, de contrariedade a dispositivos da Constituição Federal, não sendo meio de impugnação hábil a enfrentar violação de direito infraconstitucional, como naquela hipótese, admitindo-se o Mandado de Segurança, independentemente de interposição de recurso extraordinário, incabível, no caso.

Eis a ementa do acórdão:

Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Execução fiscal de pequeno valor ajuizada por município. Extinção do feito pelo Juízo de Primeiro Grau. Mitigação da Súmula 267/STF. Cabimento do *writ*.

1. O *mandamus* dirigiu-se contra ato do juízo de primeira instância que extinguiu execução fiscal ajuizada pelo Município de Presidente Prudente/SP de valor inferior a 50 ORTNs, ao fundamento de que não há interesse de agir da municipalidade. A Corte de origem indeferiu o *writ*, ante o óbice da Súmula 267/STF.

2. Não se deve atribuir caráter absoluto à vedação contida na Súmula 267/STF, sendo cabível o mandado de segurança quando não houver recurso útil a evitar ou reparar a lesão a direito líquido e certo do impetrante.

3. *No caso, contra a decisão proferida nos embargos infringentes previstos no art. 34 da Lei 6.830/80, apenas seria possível a interposição de recurso extraordinário, o qual se destina a apreciar violação dos dispositivos da Constituição Federal, não sendo hábil a enfrentar a matéria tratada na presente demanda, que versa sobre o interesse de agir nas execuções fiscais de pequeno valor ou de valor irrisório.*

4. No atinente às execuções fiscais ajuizadas pela Fazenda Nacional, em que existe lei específica regulamentando as execuções de pequeno valor - Lei 10.522/02 -, o Superior Tribunal de Justiça decidiu nos autos do REsp 1.111.982/SP, julgado sob o rito dos recursos repetitivos, que não deve haver a extinção da execução, mas apenas o arquivamento do feito sem baixa na distribuição.

5. Como houve o indeferimento da inicial do *mandamus*, devem os autos retornar à Corte de origem para que, superada a questão atinente ao cabimento do remédio constitucional, dê-se prosseguimento à tramitação do feito. Precedente: RMS 31.305/SP, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 02.03.10, DJe de 10.03.2010.

6. Recurso ordinário em mandado de segurança provido (STJ, RMS 31.380/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe de 16/06/2010).

Usando tal linha de entendimento, em hipótese na qual a matéria em discussão seria de natureza infraconstitucional, esta Corte, mormente quando houve a interposição dos Embargos Infringentes, também já se manifestou pelo cabimento do *mandamus*, ao fundamento de que não haveria recurso útil cabível, além do Recurso Extraordinário – incabível, no caso –, mitigando, igualmente, a incidência da Súmula 267/STF.

A propósito, colhem-se os seguintes julgados:

Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Execução fiscal. Crédito de pequeno valor.

1. *Em se tratando de decisão proferida em sede de embargos infringentes, previstos no art. 34 da Lei 6.830/80, nos autos de execução fiscal relativa a crédito de pequeno valor, não incide o óbice contido na Súmula 267/STF. Isso porque a questão se limita às disposições contidas na legislação infraconstitucional, sendo que eventual ofensa*

à Constituição Federal dar-se-ia de forma indireta, o que impede a admissão de recurso extraordinário, conforme orientação do Supremo Tribunal Federal (AgRg no RE 460.160/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 30.11.2007).

2. Assim, “não se deve atribuir caráter absoluto à vedação contida na Súmula 267/STF, sendo cabível o mandado de segurança quando não houver recurso útil a evitar ou reparar a lesão a direito líquido e certo do impetrante” (RMS 31.380/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 16.6.2010).

3. Recurso ordinário provido (STJ, RMS 34.187/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 13/10/2011).

Processual Civil e Tributário. Recurso ordinário em mandado de segurança. Execução fiscal. Causa de alçada. Embargos infringentes rejeitados. Mandado de segurança. Cabimento. Súmula 267/STF. Inaplicabilidade. Impossibilidade de interposição de recurso extraordinário. Precedentes. Preliminar afastada. Recurso ordinário provido para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem.

1. Recurso ordinário em mandado de segurança denegado ante o entendimento de que a atividade jurisdicional, em causas de alçada, se esgota com a apreciação dos embargos infringentes.

2. Há possibilidade abstrata de interposição de recurso extraordinário questionando a decisão dos embargos infringentes, devendo ser admitida a impetração de mandado de segurança, no caso dos autos, ante o não cabimento em concreto do apelo extremo.

3. Relativização da Súmula 267 do STF.

4. Recurso ordinário provido para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem (STJ, RMS 36.372/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 13/06/2013).

Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. Tributário. Extinção da execução fiscal de pequeno valor. Embargos infringentes improvidos (art. 34 da Lei 6.830/80). Cabimento do mandado de segurança quando inexistente outro recurso. Mitigação da Súmula 267 do STF. Precedentes do STJ. Inocorrência da decadência para impetração do *mandamus*. Prazo iniciado a partir da intimação pessoal do procurador da autarquia municipal da decisão que rejeitou os embargos de declaração opostos à decisão que indeferiu os embargos infringentes. Agravo regimental do Estado de Minas Gerais desprovido.

1. A natureza infraconstitucional da matéria em debate impede a interposição de Recurso Extraordinário, o qual se destina apenas a apreciar violação dos dispositivos da Constituição Federal, razão pela qual, em casos análogos, a Primeira Seção deste STJ tem entendido ser admissível a utilização do Mandado de Segurança, afastando a incidência da Súmula 267/STF.

2. Verifica-se que não houve decadência para impetração do *Mandamus*, tendo

em vista que o agravado tomou ciência da decisão dos Embargos de Declaração opostos contra a decisão que indeferiu os Embargos Infringentes, em 08.06.2011, e a impetração da Ação Constitucional se deu em 17.06.2011, antes do término do prazo decadencial de 120 dias prescrito no art. 5º, inciso III da Lei 12.016/2009.

3. Ressalta-se que o prazo para impetração do Mandado de Segurança se iniciou a partir da intimação pessoal do Procurador da Autarquia Municipal da decisão dos Embargos de Declaração.

4. Agravo Regimental do Estado de Minas Gerais desprovido (STJ, AgRg no RMS 39.025/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 27/09/2013).

Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. *Extinção da execução fiscal ajuizada por município diante de valor irrisório. Súmula 267/STF. Inaplicabilidade.*

1. *Hipótese em que se discute o cabimento de writ impetrado em face de decisão judicial que negou provimento aos Embargos Infringentes interpostos com base no art. 34 da Lei 6.830/1980, contra decisão que julgou extinta a Execução Fiscal de valor inferior a 50 ORTNs, ante a ausência de interesse de agir.*

2. *A Primeira Seção do STJ firmou o entendimento de que, nesse caso, cabe Mandado de Segurança, devendo ser mitigada a vedação contida na Súmula 267/STF, uma vez que não se admite, na espécie, recurso ou correção.*

3. Recurso Ordinário parcialmente provido para anular o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos ao Tribunal *a quo*, para que dê prosseguimento à tramitação do Mandado de Segurança (STJ, RMS 53.353/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 27/04/2017).

Todavia, consoante assentado pela Primeira Turma do STJ, no RMS 33.042/SP (Rel. Ministro *Teori Albino Zavascki*, DJe de 10/10/2011), e também pela Segunda Turma do STJ, no AgRg no RMS 36.974/SP (Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, DJe de 25/04/2012), no regime da Lei 12.016/2009 subsistem os óbices que sustentam a orientação das Súmulas 267 e 268 do STF, no sentido de que, mesmo na hipótese de decisão judicial sujeita a recurso sem efeito suspensivo, o mandado de segurança (a) não pode ser transformado em alternativa recursal, como substitutivo do recurso próprio, e (b) não é cabível contra decisão judicial revestida de preclusão ou com trânsito em julgado.

Como bem observado pelo saudoso Ministro *Teori Albino Zavascki*, no retromencionado precedente da Primeira Turma, mesmo quando impetrado contra decisão judicial sujeita a recurso sem efeito suspensivo, o mandado de segurança não dispensa a parte impetrante de interpor o recurso próprio, no prazo legal.

De acordo com essa compreensão, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdãos mais recentes, passou a entender que contra a sentença proferida em execução fiscal de pequeno valor cabem apenas embargos infringentes e embargos de declaração, regra excepcionada tão somente pelo eventual cabimento de recurso extraordinário, quando houver questão constitucional debatida, pelo que, em consequência, seria incabível o *writ*, ainda que tenham sido interpostos os competentes Embargos Infringentes, em 1º Grau, ao fundamento de que não pode ser o mandado de segurança acolhido como sucedâneo de recurso de apelação, tampouco com a finalidade de subverter o sistema próprio da Lei 6.830/80, que não prevê segundo grau de jurisdição.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental no agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. *Execução fiscal de pequeno valor. Impetração contra decisão que julga os embargos infringentes (art. 34 da LEF). Não cabimento.*

1. Das sentenças prolatadas em execuções de pequeno valor cabem, apenas, os embargos infringentes (art. 34 da LEF) e, subsistindo controvérsia de índole constitucional, o recurso extraordinário, *sendo inviável a impetração do mandado de segurança ao tribunal de apelação, sob pena de subverter esse sistema recursal.* Precedentes: AgRg no RMS 43.205/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, DJe 5/9/2013; AgRg no RMS 38.040/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 19/02/2013; RMS 35.615/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 15/02/2013.

2. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no AgRg no RMS 43.562/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 24/10/2013).

Processual Civil e Tributário. Agravo interno no recurso em mandado de segurança. *Execução fiscal de valor igual ou inferior a 50 OTN. Art. 34 da Lei 6.830/80. Sentença. Recursos cabíveis: embargos de declaração, embargos infringentes ou recurso extraordinário. Mandado de segurança. Ação imprópria. Sucedâneo recursal. Impossibilidade. Súmula 267/STF.*

1. *Só são oponíveis embargos de declaração e embargos infringentes de sentença proferida no âmbito das execuções fiscais previstas no art. 34 da Lei n.º 6.830/80, regra excepcionada apenas pelo eventual cabimento de recurso extraordinário, quando houver questão constitucional debatida.* Precedentes: AgRg no RMS 49.614/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 08/08/2016 e AgRg no RMS 47.452/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 30/03/2015.

2. *É incabível o mandado de segurança empregado como sucedâneo recursal, nos termos da Súmula 267/STF.*

3. Agravo interno a que se nega provimento (STJ, AgInt no RMS 53.267/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 10/05/2017).

Processual Civil. Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. Impetração em face de decisão que, em execução fiscal, julga embargos infringentes (art. 34 da Lei 6.830/80). Inexistência de teratologia. Inadmissibilidade.

1. *Conforme orientação desta Corte, “nas execuções fiscais de que trata o art. 34 da Lei n. 6.830, de 1980, a sentença está sujeita aos embargos infringentes do julgado, cujo julgamento constitui a palavra final do processo”, tratando-se “de opção do legislador, que só excepciona desse regime o recurso extraordinário, quando se tratar de matéria constitucional”* (RMS 37.753/MG, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, julgado em 04/12/2012, DJe 12/12/2012).

2. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no RMS 47.452/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 30/03/2015).

Tributário. Execução fiscal. Pequeno valor. Embargos infringentes. Via eleita equivocada. Incidência da Súmula n. 267/STF.

I - *O Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento segundo o qual nas execuções fiscais de pequeno valor, as sentenças prolatadas estão sujeitas a embargos infringentes, a teor do disposto no art. 34 da Lei n. 6.830/80, revelando-se possível, unicamente, a interposição de recurso extraordinário quando houver controvérsia de índole constitucional.* Nesse sentido: AgRg no RMS 39.511/SP, de minha relatoria, Primeira Turma, julgado em 16/12/2014, DJe 19/12/2014; AgRg no RMS 44.746/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 16/06/2016, DJe 04/08/2016; RMS 37.794/MG, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, julgado em 02/06/2016, DJe 08/06/2016.

II - Demonstrado que o mandado de segurança entelado foi utilizado como sucedâneo recursal, nos termos da Súmula n. 267/STF, fica inviabilizado o presente recurso.

III - Agravo interno improvido (STJ, AgInt no RMS 57.236/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 15/08/2018).

Processual Civil. Agravo interno no recurso ordinário. Submissão à regra prevista no Enunciado Administrativo 03/STJ. Mandado de segurança impetrado em face de decisão que julga extinta a execução fiscal. Inexistência de teratologia. Inadmissibilidade.

1. *Conforme orientação desta Corte, “nas execuções fiscais de que trata o art. 34 da Lei n. 6.830, de 1980, a sentença está sujeita aos embargos infringentes do julgado, cujo julgamento constitui a palavra final do processo”, tratando-se “de opção do legislador, que só excepciona desse regime o recurso extraordinário, quando se tratar*

de matéria constitucional” (RMS 37.753/MG, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, julgado em 04/12/2012, DJe 12/12/2012).

2. Agravo interno não provido (STJ, AgInt no RMS 53.264/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 07/04/2017).

Tributário. Agravo interno no recurso ordinário em mandado de segurança. Execução fiscal. *Mandado de segurança contra decisão judicial proferida em embargos infringentes (art. 34 da LEF). Inadmissibilidade.* Precedentes da Primeira Turma. Agravo interno do Município de Tatuí/SP desprovido.

1. *Nos termos da orientação firmada nesta Turma, das sentenças prolatadas em execuções de pequeno valor cabem, apenas, os Embargos Infringentes, podendo ser adversadas, apenas, por Recurso Extraordinário, em caso de existir controvérsia constitucional.*

2. Pondere-se, oportunamente, que essa peculiar hipótese de irrecorribilidade da sentença desfavorável ao Estado consiste na presunção legal – verdadeiramente absoluta – de que os prejuízos estatais com a prolongada tramitação de processo no qual já se encontra em situação de desvantagem superarão o benefício financeiro a ser obtido em juízo, máxime porque, tratando-se de recurso, a vitória se revela eventual e estatisticamente improvável.

3. Ao manejar o Mandado de Segurança, que é ação, como sucedâneo recursal, está se desafiando aquela lógica da economia de recursos escassos, burlando-se, senão a literalidade gramatical do art. 34 da LEF, o propósito e a razão de ser dessa norma.

4. O fato de a União haver imposto limites ao direito de recurso de outros Entes Públicos, para além de si mesma, não deve ser visto com reservas, senão como exercício natural da sua competência exclusiva para legislar sobre processo civil, o que fez, nessa hipótese, atenta ao norte da economicidade e eficiência.

5. Agravo Interno do *Município de Tatuí/SP* desprovido (STJ, AgInt no RMS 53.232/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 11/05/2017).

Na linha de entendimento adotada nesses últimos julgados, a circunstância de a impetração veicular discussão tão somente a respeito de questões de natureza infraconstitucional – insuscetíveis, pois, de reexame, pelo STF, em Recurso Extraordinário – não mais afastaria a incidência do óbice do art. 5º, II, da Lei 12.016/2009 e da Súmula 267 do STF, de modo que não seria cabível o *mandamus*.

Com efeito, a jurisprudência predominante desta Corte de fato evoluiu no sentido de julgar incabível a impetração do Mandado de Segurança contra a decisão prolatada nas Execuções Fiscais de pequeno valor, de que cuida o art. 34

da Lei 6.830/80, diante da dimensão conferida ao tema em debate pelo próprio texto legal, que limita os recursos, na hipótese, aos Embargos de Declaração e aos Embargos Infringentes, cabendo eventualmente recurso extraordinário, nos termos da Súmula 640/STF.

Essa é a orientação atual e dominante, conforme bem consignado no voto do Relator, à qual me alinho, entretanto, *com uma ressalva*.

É firme a jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal acerca do não cabimento do mandado de segurança contra decisão judicial como sucedâneo recursal, uma vez que a ação mandamental visa a proteção de direito líquido e certo contra ato abusivo ou ilegal de autoridade pública, não podendo ser utilizada de forma substitutiva, sob pena de se desnaturar a sua essência constitucional. Nesse viés, a Súmula 267/STF (“Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”).

Contudo, na forma da jurisprudência do STF e da Corte Especial do STJ, é cabível o *mandamus* contra ato judicial que não seja passível de recurso ou correição e esteja eivado de *teratologia, flagrante ilegalidade ou manifesto abuso de poder* dos quais decorra, para o impetrante, irreparável lesão.

A propósito, colhem-se os seguintes acórdãos, oriundos do Tribunal Pleno e de ambas Turmas do Supremo Tribunal Federal:

Agravo regimental em mandado de segurança. Mandado de segurança impetrado contra ato jurisdicional. Agravo regimental não provido.

1. *A jurisprudência da Suprema Corte é firme no sentido de ser inadmissível a impetração de mandado de segurança contra ato revestido de conteúdo jurisdicional. Incide, na espécie, a Súmula STF n. 267.*

2. *O mandado de segurança somente se revelaria cabível se no ato judicial houvesse teratologia, ilegalidade ou abuso flagrante, o que não se verifica na espécie.*

3. Agravo regimental não provido (STF, MS 31.831-AgR, Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe de 28/11/2013).

Agravo regimental em mandado de segurança. 2. Direito Processual Civil. 3. Razões do agravo regimental não atacam os fundamentos da decisão agravada. Incidência da Súmula 287 do STF. 4. *Mandado de segurança contra ato judicial. Ausência de teratologia ou abuso de poder. Não cabimento. Súmula 267 do STF.* 5. Mandado de segurança em face de decisão judicial transitada em julgado. Incabível. Súmula 268 do STF. 6. Interposição de agravo contra decisão da origem que aplicou a sistemática da repercussão geral. Não conhecimento. Precedentes. 7. Agravo regimental a que se nega provimento” (STF, MS 34.866-AgR/SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 08/11/2017).

Direito Processual Civil. Agravo interno em embargos declaratórios em agravos regimentais em recurso ordinário em mandado de segurança. Ato judicial. Teratologia. Fundamentação.

1. *O mandado de segurança contra ato judicial só tem lugar quando (i) não cabível recurso ou correição (contrario sensu da súm. 267/STF); e (ii) demonstrada a inequívoca teratologia da decisão impugnada (MS 32.772 AgR, Rel. Min. Rosa Weber).*

2. Irrecorribilidade do acórdão impugnado reconhecida no julgamento do AI 642.705/STF. Não devidamente fundamentada a ausência de teratologia assentada no acórdão recorrido, notadamente tendo em conta os argumentos deduzidos na peça de interposição do recurso e o valor da multa aplicada.

3. Agravo a que se nega provimento (STF, RMS 26.769 - AgRg-AgR-AgR-ED-AgR/DF, Rel. Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 16/11/2017).

Agravo regimental em mandado de segurança. *Impetração contra ato revestido de conteúdo jurisdicional emanado do próprio Supremo Tribunal Federal. Incidência da Súmula n. 267/STF. Inexistência de teratologia, ilegalidade ou abuso flagrante a justificar a mitigação do enunciado em questão. Agravo regimental não provido.*

1. *A jurisprudência da Suprema Corte é firme no sentido de ser inadmissível a impetração de mandado de segurança contra ato revestido de conteúdo jurisdicional. Incide, na espécie, a Súmula STF n. 267.*

2. *O mandado de segurança somente se revelaria cabível se, no ato judicial, houvesse teratologia, ilegalidade ou abuso flagrante, o que não se verifica na espécie.*

3. Agravo regimental não provido (STF, MS 34.471 AgR/PE, Rel. Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe de 22/02/2017).

Do voto condutor do aludido MS 34.471 AgR/PE, colho o seguinte excerto, esclarecedor sobre a matéria:

Excepcionalmente, a rigidez desse entendimento é mitigada pelo próprio Supremo Tribunal Federal quando o ato judicial se revestir de teratologia ou flagrante ilegalidade. Confira-se: RMS n. 32.017-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 14/10/13; MS n. 31.831-AgR, Tribunal Pleno, de minha relatoria, DJe de 28/11/13; RMS n. 32.389-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 3/2/14; RMS n. 32.609-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 31/3/14; e MS n. 32.772-AgR, Tribunal Pleno, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 25/3/15, entre outros.

Dessa perspectiva, o mandado de segurança somente se revelaria cabível se o ato judicial se revestisse de teratologia, ilegalidade ou abuso flagrante, o que, reitero, não ocorreu na hipótese.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a título ilustrativo, confirmam-se os seguintes acórdãos, oriundos da Corte Especial, no mesmo sentido:

Agravo interno no mandado de segurança. Teratologia. Ilegalidade. Abuso de poder. Direito líquido e certo. Ausência.

1. *Não se admite a impetração de mandado de segurança contra ato jurisdicional dos órgãos fracionários desta Corte ou de seus ministros salvo se houver manifesta ilegalidade ou teratologia. Precedentes.*

2. *Não se verifica qualquer teratologia ou ilegalidade ou abuso de poder no ato atacado, não havendo se falar em direito líquido e certo à adoção da tese sustentada pela impetrante.*

3. Agravo interno no mandado de segurança não provido (STJ, AgInt no MS 23.321/DF, Rel. Ministra Nancy Andriahi, Corte Especial, DJe de 28/11/2017).

Agravo interno em mandado de segurança. Novos argumentos hábeis a desconstituir a decisão impugnada. Inexistência. Ausência de ilegalidade verificável de plano. Pretensão meramente revisional. Inadmissibilidade. Decisão assentada na jurisprudência da Corte. Agravo desprovido.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo interno deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - Consoante a jurisprudência desta eg. Corte, a via estreita do *writ* não se presta para avaliar o acerto ou desacerto de decisões judiciais.

III - *O mandado de segurança contra ato judicial é medida excepcional, cabível somente em situações nas quais pode se verificar, de plano, ato judicial eivado de ilegalidade, teratologia ou abuso de poder, que importem ao paciente irreparável lesão ao seu direito líquido e certo.*

(...)

Agravo interno desprovido (STF, AgInt no MS 24.230/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, DJe de 13/09/2018).

Agravo interno no mandado de segurança. Impetração contra ato judicial. Não cabimento. Teratologia. Inexistência. Recurso a que se nega provimento.

1. *O mandado de segurança impetrado contra ato jurisdicional é medida excepcional, somente cabível em casos de flagrante ilegalidade, teratologia ou abuso de poder, o que não se verifica na espécie.*

2. No caso, o ato impugnado, qual seja, a decisão proferida em sede de agravo em recurso especial, não conheceu do recurso diante da incidência do enunciado n. 115/STJ, *decisum* mantido pela Quarta Turma desta Corte em agravo regimental e objeto de três embargos de declaração, todos rejeitados.

3. Nesse contexto, tem-se que a controvérsia relativa à representação processual foi examinada pelo órgão fracionário competente, não se vislumbrando teratologia tampouco ilegalidade do ato judicial a justificar a impetração do *mandamus*, sendo certo que eventual equívoco no julgamento não o torna arbitrário.

4. Agravo interno a que se nega provimento (STJ, AgInt no MS 23.358/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, DJe de 27/11/2017).

Processo Civil. Agravo regimental. Mandado de segurança. Impetração contra ato judicial passível de recurso. Impossibilidade. Teratologia ou flagrante ilegalidade. Inexistência.

1. Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição (Súmula 267/STF).

2. *É inadmissível a impetração da ação mandamental contra ato jurisdicional dos órgãos fracionários ou de relator desta Corte Superior, salvo em caso de teratologia ou flagrante ilegalidade.*

3. No caso, o acórdão prolatado pela Segunda Turma no recurso especial objeto do presente *mandamus* não incorreu em teratologia, tendo apenas aplicado o entendimento perfilhado pela Primeira Seção em sede de recurso repetitivo (REsp 1.141.990/PR, DJ 19/11/2010).

4. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ, AgRg no MS 21.624/DF, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Corte Especial, DJe de 25/05/2015).

Da Primeira Seção e das Turmas que a compõem, colhem-se os seguintes julgados:

Processual Civil. Agravo regimental no mandado de segurança. Pleito que objetiva, na origem, garantir a possibilidade de acumulação de dois cargos supostamente privativos de profissionais da saúde, com profissão regulamentada. Reconsideração, pelo Presidente do TJSE, da decisão que havia atribuído efeito suspensivo ao recurso especial pendente de admissibilidade naquela Corte. *Writ* que pretende restabelecer esse efeito. Decisão judicial que não se afigura teratológica, absurda ou ilegal. Descabimento do *mandamus*. Agravo regimental do servidor desprovido.

1. *O presente mandamus, impetrado contra decisão judicial, não se mostra cabível, pois o ato atacado não padece de teratologia, ou se afigura absurdo ou revestido de flagrante ilegalidade, sendo impugnável, portanto, nas vias recursais processuais ordinárias.*

2. Agravo Regimental do Servidor desprovido (STJ, AgRg no MS 19.066/SE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe de 15/08/2017).

Recurso fundado no novo CPC/2015. Tributário. Processual Civil. Agravo interno. Recurso ordinário. *Ato judicial. Ausência de ilegalidade ou teratologia. Mandado de segurança. Descabimento.*

1. *A jurisprudência deste STJ só admite a utilização de mandado de segurança em face de decisão judicial quando ficar demonstrado de plano sua flagrante teratologia ou ilegalidade, hipóteses não configuradas no presente caso.* Precedentes: (AgInt no RMS 50.555/RJ, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20/10/2016; AgRg no RMS 45.985/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 26/04/2016; e EDcl no MS 20.855/DF, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 19/03/2015.

2. Agravo interno a que se nega provimento (STJ, AgInt no RMS 36.769/MA, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 16/12/2016).

Agravo interno no recurso em mandado de segurança. Enunciado Administrativo 3/STJ. *Decisão judicial recorrível. Ausência de abusividade ou teratologia. Súmula 267/STF.* Agravo improvido.

1. Em atenção ao enunciado da Súmula 267/STF, em regra é incabível mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso. Precedentes.

2. *Não foi evidenciado pelo recorrente que recorrente o caráter abusivo ou teratológico do ato judicial impugnado.*

3. Agravo interno não provido (STJ, AgInt no RMS 54.114/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 28/08/2017).

Essa importante ressalva, consagrada pela jurisprudência do STF e do STJ, no sentido de relativizar a Súmula 267/STF, em hipóteses em que não haja recurso cabível contra a decisão impugnada e exista teratologia, ilegalidade flagrante ou manifesto abuso de poder no ato jurisdicional, a fim de justificar a *excepcional* impetração do *mandamus*, apresenta-se pertinente e relevante, para salvaguardar o remédio heroico, constituindo garantia de que eventuais óbices de natureza processual não permitam a manutenção de ato judicial flagrantemente ilegal, teratológico ou absurdo.

No entanto, o eminente Relator, Ministro *Sérgio Kukina*, no seu voto, fixa tese no sentido de ser incabível qualquer impetração de mandado de segurança contra decisão proferida em execução fiscal, no contexto do art. 34 da Lei 6.830/80, sem qualquer ressalva, que é feita pela pacífica jurisprudência das Cortes Superiores.

Observo que, além dos já citados, há precedentes da Primeira Turma do STJ, inclusive alguns mencionados pelo Relator, em seu voto (AgInt no RMS 55.125/SP, Rel. Ministra *Regina Helena Costa*; AgInt no RMS 53.643/

SP, Rel. Ministro *Gurgel de Faria*; AgInt no RMS 54.845/SP, Rel. Ministro *Gurgel de Faria*), nos quais – cuidando-se de mandado de segurança impetrado perante o Tribunal de 2º Grau, impugnando decisão judicial que, em embargos infringentes, manteve sentença que extinguiu execução fiscal de pequeno valor, tal como previsto no art. 34 da Lei 6.830/80 – entendeu-se incabível o mandado de segurança, *com a ressalva* de que, no caso, *não havia flagrante ilegalidade ou manifesta teratologia ou abuso de poder, a viabilizar a impetração*:

Tributário. Processual Civil. Agravo interno no recurso em mandado de segurança. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. *Extinção de execução fiscal por ausência de interesse de agir. Súmula n. 267/STF. Incidência. Mandado de segurança. 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. Aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II – Contra as sentenças prolatadas em execuções de pequeno valor cabem, apenas, os embargos infringentes, nos termos do art. 34 da Lei n. 6.830/1980; subsistindo controvérsia de índole constitucional, o recurso extraordinário.

III – *O mandado de segurança contra decisão judicial é admitido apenas em casos de flagrante ilegalidade ou de manifesta teratologia, o que não ocorre no presente julgado.*

IV – *In casu*, revela-se incabível o mandado de segurança impetrado que, na hipótese em exame, não pode ser empregado como sucedâneo recursal, nos termos da Súmula 267/STF.

V – Não apresentação, no agravo, 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 (STJ, AgInt no RMS 55.125/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 16/11/2017).

Processual Civil. Mandado de segurança. *Execução fiscal de pequeno valor. Sentença extintiva. Embargos infringentes. Writ impetrado como sucedâneo recursal. Impossibilidade.*

1. *A impetração de mandado de segurança contra decisão judicial somente é admitida nos casos de manifesta ilegalidade ou abuso de poder (vide: AgRg no MS 21.781/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, DJe 02/02/2016; e AgRg no MS 22.154/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, DJe 14/12/2015).*

2. As Turmas de Direito Público deste Tribunal Superior firmaram o entendimento de que a sentença proferida no âmbito de execução fiscal de pequeno valor somente pode ser desafiada por embargos infringentes (art. 34 da Lei n. 6.830/1980) e, remanescendo controvérsia de natureza constitucional, por recurso extraordinário (art. 102, III, da CF), sendo descabida a impetração do *mandamus* perante a Corte de segunda instância, porquanto, via de regra, é manejado como mero sucedâneo de apelação, o que infringe o subsistema recursal da Lei de Execuções Fiscais, que preconiza o encerramento da fase ordinária ainda na primeira instância.

3. Hipótese em que a impetração do *writ* contra a sentença extintiva da execução fiscal não é adequada, tendo em vista que o *fundamento* referente à ausência de interesse, ante ao valor irrisório do crédito, *não se revela teratológico*.

4. Agravo regimental não provido (STJ, AgInt no RMS 53.643/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 16/11/2017).

Processual Civil. Mandado de segurança. Execução fiscal de pequeno valor. Sentença extintiva. Embargos infringentes rejeitados. Writ impetrado como sucedâneo recursal. Não cabimento.

1. As sentenças extintivas das execuções de pequeno valor somente podem ser atacadas por embargos infringentes (art. 34 da Lei n. 6.830/1980) e, remanescendo controvérsia de natureza constitucional, por recurso extraordinário (art. 102, III, da CF), sendo descabida a impetração do *mandamus*, porquanto, em regra, é impetrado como sucedâneo recursal, infringindo, assim, o subsistema recursal da Lei de Execuções Fiscais, que preconiza o encerramento da fase ordinária ainda na primeira instância.

2. *Hipótese em que não se não pode admitir a impetração do mandado de segurança contra a extinção do processo executivo, pois não há flagrante ilegalidade ou abuso de poder na decisão que extingue o processo executivo em razão de os custos da cobrança judicial serem superiores ao valor do crédito tributário executado.*

3. Agravo interno não provido (STJ, AgInt no RMS 54.845/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 18/12/2017).

Tese fixada

Refleti bastante sobre o assunto e me convenci de que não merece vingar o antigo entendimento da Primeira Seção (RMS 31.380/SP, Rel. Ministro *Castro*

Meira, DJe de 16/06/2010), que, só por se tratar de discussão sobre matéria infraconstitucional – insuscetível de discussão em recurso extraordinário –, e sem demonstrar teratologia ou flagrante ilegalidade da decisão proferida nos Embargos Infringentes, entendeu cabível a impetração de mandado de segurança. Tal posição, *data venia*, cria uma via recursal anômala, travestida de mandado de segurança, por não exigir a demonstração da *excepcionalidade* do cabimento do writ, na singular hipótese.

Esclareço que os dois precedentes de minha relatoria, invocados pelo Ministro *Sérgio Kukina*, não adotaram a tese de tal precedente da Primeira Seção. No primeiro – RMS 53.101/SP, DJe de 26/04/2017 –, ante a não interposição de embargos infringentes, em 1º Grau, foi aplicada a Súmula 267/STF; no segundo – RMS 53.613/SP, DJe de 24/05/2017 –, como o mandado de segurança fora impetrado quando já transitada em julgado a decisão dos embargos infringentes, foi aplicada a Súmula 268/STF.

Entretanto, *data venia*, vejo-me compelida a não concordar com o entendimento restritivo do eminente Relator, que sustenta que “*não se pode tachar de teratológica decisão que cumpre comando específico existente na Lei de Execuções Fiscais, a saber, seu artigo 34, que inclusive já foi considerado constitucional pela Suprema Corte em julgamento realizado pelo rito da repercussão geral*”. É que eventual teratologia não residiria na aplicação do art. 34 da Lei 6.830/80, mas na matéria julgada, de modo subjacente, na decisão dos embargos infringentes, que pode ser bastante variada, incluindo, entre outras, não só a falta de interesse de agir – hipótese na qual, em se tratando de extinção de execução fiscal de pequeno valor da Fazenda Municipal, sem lei local autorizando a desoneração, firmou o STF o entendimento, no RE 591.033/SP (Rel. Ministra *Ellen Gracie, Pleno*, DJe de 25/02/2011), sob o regime da repercussão geral, de que há violação ao direito de acesso à justiça –, mas também a controvérsia sobre a prescrição, como no caso dos presentes autos.

Minha divergência, quanto à tese proposta pelo eminente Relator, procura compatibilizá-la com a ressalva feita pela pacífica jurisprudência da Corte Especial do STJ e do Plenário do STF, quanto ao cabimento de mandado de segurança contra decisão judicial, na *excepcional* hipótese de teratologia, flagrante ilegalidade ou manifesto abuso de poder, caso em que se flexibiliza a Súmula 267/STF.

Assim, se a decisão dos embargos infringentes envolve tão somente discussão de matéria infraconstitucional – pelo que incabível o recurso

extraordinário –, se demonstrada teratologia, flagrante ilegalidade ou manifesto abuso de poder no ato judicial impugnado, não transitado em julgado, será cabível, a meu ver, a impetração do *writ*, se do ato judicial decorrer, para o impetrante, irreparável lesão.

Proponho, assim, *acréscimo* à tese proposta pelo eminente Relator:

Não é cabível mandado de segurança contra decisão proferida em execução fiscal, no contexto do art. 34 da Lei 6.830/80, exceto a excepcional hipótese em que, tratando-se de matéria infraconstitucional e antes do trânsito em julgado da decisão judicial, nela for demonstrada a existência de teratologia, flagrante ilegalidade ou manifesto abuso de poder.

Caso concreto

No caso concreto, a sentença, confirmada em sede de Embargos Infringentes, integrada por Aclaratórios, extinguiu a Execução Fiscal, ajuizada em 03/07/2000, antes da Lei Complementar 118/2005, em face da prescrição reconhecida de ofício (art. 219, § 5º, do CPC/73), deixando de aplicar a Súmula 106/STJ, porquanto a demora na citação, efetivada em 04/08/2003, dera-se por desídia do exequente.

Como a decisão dos Embargos Infringentes apresentava também fundamento constitucional (fl. 163e), contra ela foi interposto Recurso Extraordinário. Inadmitido ele, foi interposto o respectivo Agravo, que ainda não subiu ao STF.

No caso concreto, aduz a parte recorrente que a manifesta ilegalidade do ato judicial residiria na interpretação conferida aos arts. 40 da Lei 6.830/80 e 219, § 5º, do CPC/73 pela decisão, conforme atesta o seguinte excerto das razões de Recurso Ordinário:

4.1 Salvo melhor Juízo, não há que se falar realmente em decisão teratológica referente à aplicação sistematizada dos artigos 156, V e 174 do CTN, *mas sim no fato da não observância do que dispõem os artigos 40 da Lei de Execução Fiscal e art. 219, § 5º do Código de Processo Civil, o que se traduz em manifesta ilegalidade passível de Mandado de Segurança.*

4.2 A decretação ex officio da prescrição não observou o procedimento previsto no artigo 40 e parágrafos da Lei n. 6.830/80, sem contar o que a melhor doutrina e jurisprudência expõem com relação ao § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil.

4.3 O dispositivo fala que o juiz deverá suspender o curso da execução enquanto não localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, sendo que nestes casos não deverá correr o prazo prescricional.

4.4 Em seguida, a Lei expõe que o Juízo *a quo* deveria ter aberto vistas aos Procuradores Municipais para se manifestassem ou requeressem diligências objetivando o trâmite processual.

4.5 Em seguida, após o decurso do lapso de 01 ano, sem que as hipóteses do *caput* tenham ocorrido, o juiz ordenará o arquivamento dos autos.

4.6 Reforçando ainda mais o referido procedimento, a Súmula 314 do STJ diz, *in verbis*:

(...)

4.7 Por fim, fez bem o legislador, porque se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvidos os representantes da Fazenda Pública, poderia de ofício ter reconhecido a prescrição intercorrente e tê-la decretado de imediato.

4.8 *Coadunando com o que dispõe o § 4º do art. 40 da Lei de Execução Fiscal*, a doutrina e jurisprudência expõem que o art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil deve ser entendido no sentido de que antes de ter sido decretada a prescrição, tendo em vista os princípios do contraditório e da ampla defesa, deveria o Juízo *a quo* aberto vistas aos representantes da Fazenda Pública Municipal para que se manifestassem sobre o assunto para só então ocorrer a decretação da prescrição (fls. 214/215e).

Todavia, a decisão de 1º Grau não examinou a lide à luz do art. 40 da Lei 6.830/80, vale dizer, não pronunciou a prescrição intercorrente. O Juízo da execução reconheceu a prescrição ordinária, consoante atesta o seguinte excerto da decisão proferida nos Embargos Infringentes opostos, *in verbis*:

No mérito, no entanto, não existe fomento jurídico na irrisignação da Municipalidade, devendo a sentença ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Não se pode alegar que houve nulidade pelo fato de não ter sido previamente ouvida a Fazenda Pública antes do reconhecimento da prescrição, pois *não se aplica ao caso o artigo 40 da Lei 6.830/80, na redação dada pela Lei 10.051/04.*

Isto porque não se trata de reconhecimento de prescrição após a ocorrência de algum ato interruptivo do lapso, mas de hipótese onde não havia ocorrido tal interrupção ainda. *Ou seja, não se trata do reconhecimento da chamada prescrição intercorrente, e somente neste caso é exigida a prévia oitiva da Fazenda ou Credor na execução fiscal antes do reconhecimento da perda do direito de ação* (fl. 159e).

Nesse contexto, além de o recorrente impetrar o Mandado de Segurança, paralelamente ao Recurso Extraordinário interposto, o *Município de Leme* – conforme bem exposto no acórdão proferido pelo Tribunal de origem – *não*

logrou demonstrar qualquer teratologia, flagrante ilegalidade ou manifesto abuso de poder, no ato jurisdicional impugnado, hábil a autorizar o manejo do Mandado de Segurança, in verbis:

O cabimento do writ contra ato judicial de qualquer natureza e instância submete-se à existência de ato teratológico ou praticado com ilegalidade ou abuso de poder pela autoridade judicial, o que não se evidenciou na espécie, daí a inadequação da via eleita (fl. 192e).

Assim sendo, no caso concreto, nego provimento ao Recurso Ordinário em Mandado de Segurança.

Conclusão

Ante todo o exposto, de modo a contemplar a orientação firmada, de longa data, tanto pelo Supremo Tribunal Federal, quanto pelo Superior Tribunal de Justiça, quanto ao cabimento do *mandamus* contra ato judicial, divirjo do eminente Relator, quanto à tese fixada, propondo acréscimo, nos seguintes termos:

Não é cabível mandado de segurança contra decisão proferida em execução fiscal, no contexto do art. 34 da Lei 6.830/80, exceto a excepcional hipótese em que, tratando-se de matéria infraconstitucional e antes do trânsito em julgado da decisão judicial, nela for demonstrada a existência de teratologia, flagrante ilegalidade ou manifesto abuso de poder.

No caso concreto, acompanho o Relator, para negar provimento ao Recurso Ordinário em Mandado de Segurança.

É como voto.

Nesse sentido: IAC no RMS 54.712/SP.

