



Primeira Turma

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 41.885-MG
(2013/0096702-8)**

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Recorrente: Companhia de Telecomunicações do Brasil Central S/A -
CTBC

Advogados: Adriana Mandim Theodoro de Mello e outro(s) - MG056145
Ana Vitória Mandim Theodoro e outro(s) - MG058064
Juliana Cordeiro de Faria e outro(s) - MG063427
Humberto Theodoro Neto e outro(s) - MG071709
Humberto Theodoro Júnior e outro(s) - MG007133
Marcelo Augusto da Silveira e outro(s) - SP135562
Gustavo Martiniano Basso e outro(s) - SP206244
Leonardo Almeida Lage e outro(s) - DF043401

Recorrido: Estado de Minas Gerais

Procuradores: Carlos Victor Muzzi Filho e outro(s) - MG059966
Ricardo Sérgio Righi e outro(s) - MG076000

Advogada: Fabiola Pinheiro Ludwig - MG100030

Recorrido: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas
Gerais DER/MG

Procurador: Hebert Alves Coelho e outro(s) - MG070154

Interes.: Furnas-Centrals Elétricas S.A

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Recurso em mandado de segurança. Taxa de Licenciamento para Uso ou Ocupação de Faixa de Domínio das Rodovias - TFRD. Lei n. 6.763/1975, com redação da Lei n. 14.938/2003, ambas do Estado de Minas Gerais. Inconstitucionalidade declarada pela Corte Especial.

1. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, julgando o incidente próprio, acolheu a arguição de inconstitucionalidade dos arts. 120-A e 120-C da Lei Mineira n. 6.763/1975, com a redação dada pela Lei n. 14.938/2003, razão pela qual deve ser afastada a

cobrança da Taxa de Licenciamento para Uso ou Ocupação de Faixa de Domínio de Rodovias - TFRD.

2. Recurso ordinário provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sérgio Kukina (Presidente), Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2016 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 11.11.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto pela Companhia de Telecomunicações do Brasil Central – *CTBC Telecom*, com fundamento no artigo 105, II, “b”, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado (fl. 639):

Mandado de segurança. Taxa de Licenciamento para Uso ou Ocupação da Faixa de Domínio das Rodovias. Instituição. Lei Estadual n. 14.938. Declaração de inconstitucionalidade. Reserva de plenário. Dispensa. Aplicação do parágrafo único do art. 481 do CPC. Incidente de inconstitucionalidade. Julgamento. Corte Superior. Efeito vinculante. Diante do julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade n. 1.0024.05.829125-3-011 pela Corte Superior deste Tribunal de Justiça, deve ser considerada constitucional a Taxa de Licenciamento para Uso ou Ocupação da Faixa de Domínio das Rodovias, instituída pela Lei Estadual n. 14.938/2003.

Os embargos de declaração foram rejeitados, conforme ementa à fl. 770.

Nas razões recursais, a recorrente, concessionária de prestação de serviço de telefonia fixa comutada (STFC), alega que: (a) não obstante a lei estadual

mencione que o fato gerador da Taxa de Licenciamento para Uso ou Ocupação da Faixa de Domínio das Rodovias é o exercício do poder de polícia relativo à fiscalização da instalação dos equipamentos necessários à prestação do serviço de telecomunicações nas faixas de domínio das rodovias, tal fiscalização inexistente, o que evidencia que a tributação está recaindo sobre a própria ocupação do subsolo das faixas de domínio; (b) a base de cálculo da taxa é flagrantemente ilegal e abusiva, não guardando relação com os custos da suposta atuação estatal; (c) o STF, em caso semelhante, já se manifestou sobre a presente controvérsia, no julgamento do RE 581.947/RO, submetido ao rito da repercussão geral; (d) a taxa em apreço viola os arts. 21, XI, 22, IV e 145, II, da Constituição Federal, 77 e 78 do CTN; e (e) “o DER não tem como fiscalizar a instalação de redes, cabos e fibras no subsolo das rodovias (e mesmo no solo, em relação aos poucos pontos em que há cabeamento não subterrâneo), atestar a regularidade desta utilização e muito menos multar a impetrante/recorrente em caso de descumprimento de alguma norma técnica. Essa competência fiscalizatória é conferida apenas à ANATEL, órgão que possui o aparato para identificar eventual irregularidade. Assim, não se afigura legítima a cobrança de taxa pelo Estado em função de suposto poder de polícia exercido pelo DER se, em verdade, não existe qualquer fiscalização!” (fl. 797).

Contrarrrazões apresentadas pelo Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais - DER/MG (fls. 809-822) e pelo Estado de Minas Gerais (fls. 829-838), nas quais sustentam, em síntese, o acerto da decisão tomada pela Corte estadual.

O Ministério Público Federal, em seu parecer de fls. 855-860, opinou pelo provimento do recurso ordinário.

Às fls. 865-869, a Primeira Turma deste STJ instaurou incidente de inconstitucionalidade da lei em questão, o qual foi acolhido, por unanimidade, pela Corte Especial, nos termos do voto do relator (fls. 949-961), para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 120-A e 120-C da Lei Mineira n. 6.763/1975, com a redação dada pela Lei n. 14.938/2003, que disciplinaram o fato gerador e a base de cálculo da Taxa de Licenciamento para Uso ou Ocupação de Faixa de Domínio de Rodovias – TFRD por afronta aos arts. 21, XI, 22, IV, e 145, II, e § 2º, da Constituição Federal, e 77 e 78 do CTN.

Em nova manifestação, o MPF ratificou o provimento do recurso, nos termos do parecer de fls. 973-979.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Como visto, trata-se de recurso ordinário interposto contra o v. acórdão denegatório do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, proferido nos autos do mandado de segurança impetrado com o objetivo de eximir a contribuinte da Taxa de Licenciamento para Uso ou Ocupação da Faixa de Domínio das Rodovias - TFDR prevista na Lei n. 6.763/1975, com a redação da Lei n. 14.938/2003, ambas do Estado de Minas Gerais, bem como de aplicar as penalidades decorrentes do não pagamento, continuando a ser emitidas as licenças para uso e ocupação das faixas de domínio e a Certidão Negativa de Débitos Estaduais.

A *questio iuris* não reclama maiores discussões, porquanto a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, julgando o incidente próprio, acolheu a argüição de inconstitucionalidade dos arts. 120-A e 120-C da Lei Mineira n. 6.763/1975, com a redação dada pela Lei n. 14.938/2003, nos termos da seguinte ementa (fls. 947-948):

Tributário. Argüição de inconstitucionalidade em recurso ordinário em mandado de segurança. Taxa de Licenciamento para Uso ou Ocupação da Faixa de Domínio das Rodovias. Lei Mineira n. 6.763/1975.

1. Incidente que versa sobre a (in)constitucionalidade dos arts. 120-A, II, e 120-C da Lei Estadual Mineira n. 6.763/1975, que regulam a Taxa de Licenciamento para Uso ou Ocupação da Faixa das Rodovias - TFDR por concessionária de serviço público.

2. O acórdão recorrido reconheceu a constitucionalidade da taxa, por entender que ela não remunera a ocupação da faixa de domínio pelas concessionárias de serviço público (no caso, de telefonia fixa), mas, sim, o poder de polícia decorrente da fiscalização do DER/MG sobre essa ocupação.

3. Entretanto, inexistente o poder de polícia a legitimar a cobrança do tributo em questão, pois, além de a competência para legislar sobre comunicações ser privativa da União, o poder de fiscalização de atividades relacionadas à prestação do serviço público de telecomunicações não é da competência do aludido órgão estadual, mas, sim, da agência federal que regula o setor (Anatel).

4. Constatou-se que, em verdade, a taxa em questão foi instituída para cobrar pelo uso da faixa de domínio, não sendo possível exigir essa remuneração de concessionária de serviço público, tal como já decidido pelo STF e pelo STJ. Precedentes: STF, RE 581.947/RO, Rel. Min. Eros Grau, DJe 27.8.2010, submetido ao rito da repercussão geral; RE 811.620-MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 5.5.2015 e STJ, REsp 1.246.070/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques,

Segunda Turma, DJe 18.6.2012; STJ, REsp 802.428/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 25.5.2006.

5. Patente a inconstitucionalidade dos arts. 120-A e 120-C da Lei Mineira n. 6.763/1975, com a redação dada pela Lei n. 14.938/2003, que disciplinaram o fato gerador e a base de cálculo da Taxa de Licenciamento para Uso ou Ocupação de Faixa de Domínio de Rodovias - TFRD por afronta aos arts. 21, XI, 22, IV e 145, II e § 2º, da CF e os arts. 77 e 78 do CTN.

6. Arguição de inconstitucionalidade acolhida.

Resolvida assim a questão constitucional, que constitui o cerne da presente demanda, é de ser acolhido o pedido posto na inicial, concedendo-se a ordem pleiteada.

Diante do exposto, *dou provimento* ao recurso ordinário.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.208.338-MT (2010/0154108-4)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Recorrente: Juan Pablo Correa Gossweiler e outro

Advogado: Marli Maria Copini Lanner - MT011262

Recorrido: Paulenes Cardoso da Silva

Advogado: José Márcilio Donega - MT003079A

Interes.: Durval Cichetto Junior e outros

EMENTA

Administrativo. Recurso especial. Concurso público. Serviços notariais e de registro. Outorga de titularidade viciada por erro da Administração. Exercício de nova escolha dentre as serventias vagas. Legalidade. Observância da ordem classificatória. Revisão. Impossibilidade. Incidência da Súmula 5 e 7/STJ.

Recurso de Juan Pablo Correa Gossweiler:

1. A controvérsia diz respeito a aferição da legalidade ou não da conduta da Administração Pública, que, ao reconhecer ter incorrido em erro na listagem de serventias vagas do concurso em questão, permitiu ao candidato prejudicado (no caso, o recorrido, que teve a sua escolha inicial revogada judicialmente), a escolha de uma nova serventia dentre as atualmente vagas (após a homologação do resultado dos demais candidatos).

2. Para se acolher a tese do recorrente e concluir pela inobservância da ordem classificatória do certame, com a possibilidade de reabertura de oportunidade de escolha daqueles já empossados em razão de desistência de outros candidatos mais bem colocados, necessário seria, primeiramente, conferir e, se existentes, interpretar as regras editalícias a esse respeito. Em outras palavras, haveria de se verificar a previsão do edital a respeito do exercício de escolha das serventias, da possibilidade de nova opção, do destino das serventias não preenchidas, dentre outras questões relevantes para a solução do presente caso.

3. Daí se vê que a análise da pretensão recursal, da forma como ora se apresenta, bem como a alteração das conclusões adotadas pelo Tribunal de origem atinentes à observância da ordem classificatória do concurso, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, principalmente das disposições contidas no edital (as quais o recorrente, inclusive, aduz terem sido desrespeitadas), providência vedada em sede de recurso especial, a teor dos óbices previstos nos Enunciado n. 5 e 7 da Súmula do STJ.

4. Recurso especial não conhecido.

Recurso de Suelene Cock Correa:

1. A recorrente não é parte legítima no processo, na medida em que se apresentou tardiamente ao processo, tão somente por ocasião interposição de embargos declaratórios na origem, sem, contudo, requerer, ora alguma, seu ingresso no feito, nem mesmo como terceira interessada. Ademais, a admissão extemporânea, além de ser incabível na via eleita, contrariaria decisão proferida pela Corte *a quo*, de expresse indeferimento de citação de todos os pretensos litisconsortes, matéria já preclusa, conforme informado às fls. 822.

2. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sérgio Kukina (Presidente), Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2016 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 7.11.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto por Juan Pablo Correa Gossweiler e Suelene Cock Correa, com fulcro na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, assim ementado (fl. 816/818):

Mandado de segurança individual. Concurso público para ingresso na titularidade dos serviços notariais e de registro do foro extra judicial do Estado de Mato Grosso. Candidato que teve revogada a outorga da titularidade da serventia que havia escolhido em audiência pública de escolha. Revogação decorrente do cumprimento de ordem judicial que reconheceu que a serventia não se encontrava vaga. Escolha do candidato viciada por erro exclusivo da Administração Pública que não informou estar a vacância da serventia *sub judice*. Omissão do Conselho da Magistratura em oportunizar ao candidato o exercício do direito subjetivo de nova escolha. Pedido de providências pendente de julgamento. Desrespeito por parte do Administrador ao dever de observância ao princípio constitucional da razoável duração do processo administrativo. Ilegalidade verificada. Omissão sanada através do *writ*.

l) *Preliminares de decadência e de inadequação da via eleita. Rejeição.*

1. Tratando-se de ato omissivo que se protraí no tempo, não se opera a decadência do direito à impetração do mandado de segurança. Precedentes do STJ.

2. O ato administrativo impugnado via mandado de segurança deve ser operante e exequível. Razão pela qual a Lei n. 1.533/1951, em seu art. 5, inc.

I veda a utilização do *writ* quando o ato impugnado for passível de recurso administrativo dotado de efeito suspensivo.

Todavia, não há proibição legal à parte escolher entre impugnar o ato via recurso administrativo ou via mandado de segurança - o que é vedado, segundo a melhor exegese do dispositivo legal, é a utilização simultânea destas duas vias de impugnação. Jurisprudência do extinto TFR e do STJ.

II) *Mérito*

1. Malgrado não incumba ao Poder Judiciário imiscuir-se em questões de mérito administrativo, não se pode olvidar que o *judicial control* engloba - na aferição da legalidade dos atos administrativos - a razoabilidade ou não da demora na apreciação de pleitos. Pois a eventual morosidade estatal, além de não afastar a jurisdição (CF, art. 5, inc. XXXV), não pode servir de justificativa para infirmar o direito constitucional de o particular receber uma resposta do Estado à sua pretensão.

2. Como o administrador público deve respeito ao princípio constitucional da razoável duração do processo administrativo, bem como a inatividade estatal impugnada é visivelmente passível de estar lesando direito líquido e certo do candidato, pode e deve ser impugnada através de mandado de segurança.

3. Não se reveste de legalidade a omissão do Conselho da Magistratura em não oportunizar, de pronto, a candidato aprovado em concurso público o exercício de nova escolha de serventia extrajudicial, quando esta reescolha tem como principal motivo a revogação de escolha e outorga anteriormente feita por erro exclusivo da comissão de concurso - que não fez constar no edital que divulgou as serventias vagas, a existência de lide judicial pendente relativamente ao ofício eleito pelo candidato -.

4. O exercício pelo candidato do direito de escolher nova serventia não ofende a ordem classificatória dos aprovados nem os princípios constitucionais administrativos, uma vez que, na audiência pública do dia 9.4.2007, os demais candidatos aprovados - com observância rigorosa de classificação - exerceram o direito de escolherem as serventias de sua preferência dentre aquelas que, à época, se encontravam vagas.

5. Logo, ainda que tenham surgido serventias vagas face à desistência de posse de algum candidato, não ressurgem o direito dos candidatos que já tinham eleito suas serventias, sob pena de afronta ao ato jurídico perfeito e à segurança jurídica. Precedentes do STJ.

6. O candidato impetrante, diferentemente dos demais candidatos aprovados e que exerceram o direito de escolha de serventia, foi forçado, para cumprir decisão judicial, a abandonar o cartório que havia escolhido (2º Ofício da Comarca de Porto Esperidião) - porque, em verdade, por erro da Administração, o não havia sido informado que esta serventia figurava dentre aquelas vagas, mas sob discussão judicial -.

7. Tendo o impetrante manifestado expressamente escolha pela serventia do 1º Ofício de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos da Comarca de Diamantino, bem assim presente nos autos do *writ* prova de que a serventia encontra-se vaga, reconhece-lhe o direito líquido e certo de titularizá-la, ordenando, para tanto, que o Conselho da Magistratura adote as providências administrativas necessárias à outorga.

Rejeitaram as preliminares e, no mérito, concederam a segurança.

Os embargos de declaração foram rejeitados, conforme acórdão de fl. 1.157/1.167.

No apelo especial, os recorrente alegam que o acórdão atacado, ao conceder a outorga do 1º Ofício da Comarca de Diamantino ao Sr. Paulenes Cardoso da Silva, ora recorrido, classificado em 54º lugar, sem consultar, previamente, o interesse dos candidatos melhor classificados, acabou por não observar a estrita ordem de classificação do concurso, violando o disposto no artigo 19 da Lei n. 8.935/1994 (Lei dos Notários e dos Registradores), como também as regras previstas no edital de abertura do certame e diversos princípios que regem a atividade administrativa (igualdade, isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência administrativa).

Em suas razões, explicam que, em 9.4.2007, foi realizada a sessão pública de escolha de serventias do concurso de ingresso na atividade notarial e de registro do Estado do Mato Grosso, a qual obedeceu estritamente a ordem de classificação, como rege o edital. Ocorre que, o segundo colocado, Sr. Márcio Silva Fernandes, embora tenha realizado originalmente a escolha do 1º Ofício de Diamantina, deixou de tomar posse no cargo, por motivos pessoais, o que daria ensejo à sua oportunização de escolha primeiramente aos candidatos classificados entre a 3ª e a 54ª posição e, somente após a manifestação de todos estes, ao recorrido.

Registram, também, que a solução mais justa e adequada ao caso dos autos foi a adotada pelo Conselho da Magistratura do TJMG, no âmbito administrativo, no sentido de disponibilizar serventia equivalente à aquela que o candidato havia originalmente escolhido e não uma com rendimentos cerca de vinte vezes maior.

O recorrido apresentou contrarrazões às fls. 1.267/1.269, no sentido de que: i) a Administração Pública, em audiência pública, oportunizou o exercício de escolha das serventia vagas, com rigorosa observância à classificação, a todos os candidatos classificados no certame até a 71ª colocação; ii) a oportunização

de nova escolha de serventia pelo recorrido só se deu em decorrência de erro da Administração, que reconheceu, posteriormente, ter oferecido serventia não disponível; iii) seja como for, certo é que o surgimento de serventias vagas em face da desistência de posse de alguns candidatos não faz ressurgir novo direito de escolha dos candidatos que tinha eleito suas serventias.

Os autos advieram a esta Corte em face do provimento dado ao Ag 1.241.852 (fls. 1.326).

O MPF opinou pelo provimento do recurso especial (fls. 1.480/1.488), ao fundamento de que “o julgamento do *mandamus* em favor do 54º colocado, em detrimento do interesse dos outros 53 (cinquenta e três) candidatos melhor classificados, em especial os recorrentes, posicionaram-se em 3º e 4º lugares, fere o elenco normativo que disciplina o concurso público”. Aponta como precedente o RMS 17.591/RJ, de Rel. do Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 10.10.2005.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): De início, cumpre registrar a ilegitimidade da recorrente *Suelene Cock Correa*, na medida em que se apresentou tardiamente ao processo, tão somente por ocasião interposição de embargos declaratórios na origem, sem, contudo, requerer, ora alguma, seu ingresso no feito, nem mesmo como terceira interessada.

Ademais, a admissão extemporânea, além de ser incabível na via eleita, contrariaria decisão proferida pela Corte *a quo*, de expresse indeferimento de citação de todos os pretensos litisconsortes, matéria já preclusa, conforme informado às fls. 822.

Em relação ao recorrente *Juan Pablo Correa Gossweiller*, o recurso pode ser analisado, sendo que, primeiramente, faz-se necessário um breve histórico dos autos.

Consta dos autos que, em 9.4.2007, foi realizada a sessão pública de escolha de serventias do concurso de ingresso na atividade notarial e de registro do Estado do Mato Grosso, na qual todos os candidatos aprovados no concurso público manifestaram as suas opções dentre as serventias vagas, observada a rigorosa ordem de classificação.

Em tal oportunidade, o 2º colocado no certame, Sr. Márcio Silva Fernandes, optou pelo Cartório do 1º Ofício da Comarca de Diamantino, mas, posteriormente, deixou de tomar posse no cargo, por motivos pessoais. Por sua vez, o recorrido, Sr. Paulenese Cardoso da Silva, classificado em 54º lugar, elegeu o 2º Ofício da Comarca de Porto Esperidião, tendo sido nomeado e tomado posse em 2.5.2007.

Ocorre que, em razão de erro da Administração, que colocou a serventia de Porto Esperidião dentre as vagas, sem informar que a mesma estava *sub judice*, o recorrido viu-se forçado, por decisão judicial, a abandonar o cartório escolhido (revogação da outorga outrora concedida).

Ato contínuo, o recorrido postulou ao Conselho da Magistratura, no Pedido de Providências n. 34/2007, o direito de proceder a escolha de nova serventia dentre aquelas que ainda se encontravam vagas, em especial a referente ao 1º Ofício da Comarca de Diamantino, em relação a qual não havia ocorrido a posse do candidato optante (2º lugar).

Diante da omissão da Administração a esse respeito, o recorrido impetrou mandado de segurança, no qual foi deferido, por mera cautela, a citação dos candidatos Elmúcio Jacinto Moreira e Juan Pablo Correa Gossweiler, na condição de litisconsortes passivos necessários (principalmente porque já haviam apresentado intervenções no pedido administrativo de providências). Em relação aos pedidos de citação dos candidatos classificados até a 53ª posição, bem como o de habilitação nos autos do candidato Thiago Cícero Serra Lyrio, foram indeferidos, em decisão transitada em julgado em 18.2.2008.

O acórdão recorrido, primeiramente, assentou a inoportunidade da alegada de decadência (ato omissivo), bem como a desnecessidade de citação dos demais litisconsortes passivos necessários (já que a vacância do cartório de Diamantino ocorreu após a audiência pública para a escolha da serventia, bem como porque o primeiro e terceiro colocados, que manifestaram na sede administrativa interesse em tal serventia, já estão nos autos judiciais).

Quanto ao mérito, entendeu, em suma, que a outorga do 1º Ofício da Comarca de Diamantino ao Sr. Paulenese Cardoso da Silva não acarretou quebra da ordem de classificação do concurso, o que o fez mediante os seguintes fundamentos (fls. 839/846):

Portanto, não se reveste de legalidade a omissão do Conselho da Magistratura em não oportunizar, de pronto, a candidato aprovado em concurso público o exercício

de nova escolha de serventia extrajudicial, se esta reescolha tem como principal motivo a revogação de outorga de serviço delegado anteriormente concedida por erro exclusivo da comissão de concurso - que não fez constar no edital que divulgou as serventias vagas, a existência de lide judicial pendente relativamente ao ofício escolhido pelo candidato -.

E não se diga que o candidato não teria direito líquido e certo ao exercício de reescolha, nem que para tanto seria necessário oportunizar reescolha também a todos dos candidatos aprovados no certame em melhor posição classificatória que a do ora Impetrante.

(...)

No caso concreto, o Impetrante tem direito subjetivo à nomeação porque, inclusive, já foi nomeado. Embora, por erro exclusivo da Administração, sua nomeação tenha sido revogada.

Ademais, o direito líquido e certo do Impetrante à reescolha de serventia, além de ter sido causado exclusivamente por culpa da Administração, decorre da preterição.

(...)

A simples leitura da ata da sessão de escolha das serventias extrajudiciais (fls. 309-359) toma certo que a Administração oportunizou o exercício de escolha e outorgou ofícios a candidatos classificados no certame até a 71ª (septuagésima primeira) posição.

O Impetrante foi classificado em 54º (qüinquagésimo quarto) lugar e, de fato, ainda sequer teve oportunizado o direito de escolher uma serventia extrajudicial - livre de máculas - para titular. Logo, neste sentido, encontra-se faticamente preterido no seu direito, que é líquido, certo e, portanto, deve ser exercido em sua plenitude.

(...)

No que concerne a necessidade de convocação dos candidatos aprovados no certame em melhor posição classificatória que a do ora Impetrante, não tenha dúvidas de que é uma afirmação equivocada.

A tese defendida no writ pelos litisconsortes passivos necessários, e ratificada pelo Ministério Público, é no sentido de que o exercício do direito de reescolha do Impetrante estaria condicionado a oportunizar, antes, reescolha aos candidatos aprovados no concurso em melhor posição que ele, sob pena de vulneração aos princípios constitucionais administrativos e, em especial, à ordem de classificação no concurso público.

Fui obrigado a refletir sobre o tema quando os litisconsortes passivos postularam, nestes autos, a citação de todos os candidatos aprovados em posição anterior a 54ª (qüinquagésima quarta) - posição do Impetrante -. E restei convencido que a citação era desnecessária porque a reescolha pleiteada no writ não autoriza nova escolha de serventia àqueles que já a fizeram, não obstante figurem em melhor posição classificatória que a do Impetrante.

(...)

Note-se que, na audiência pública do dia 9.4.2007, todos os candidatos aprovados exerceram - com observância rigorosa de classificação - o direito de escolherem as serventias de sua preferência (dentre aquelas que, à época, se encontravam vagas).

Exercido este direito de escolha, há ato jurídico perfeito, sob a tutela da Constituição Federal (CF, art. 5º, inc. XXXVI).

Nesta senda, ainda que tenham surgido serventias vagas face à desistência de posse de algum (ns) candidato(s), não ressurge o direito dos candidatos que já tinham eleito suas serventias, sob pena de afronta ao ato jurídico perfeito e à segurança jurídica.

Esta situação em nada se confunde com a postulação do ora Impetrante. Pois este, diferentemente dos demais candidatos aprovados e que exerceram o direito de escolha de serventia, foi forçado, por decisão judicial, a abandonar o cartório que havia escolhido (20 Ofício da Comarca de Porto Esperidião) - porque, em verdade, por erro da Administração, o Impetrante não tinha sido informado de que este cartório figurava dentre aqueles vagos, mas sob discussão judicial.

É claro que, para este candidato (ora Impetrante), se eventualmente reconhecido o direito líquido e certo postulado neste *writ*, a escolha só poderá dar-se dentre as serventias que - hoje - se encontram vagas. E isto, em nada poderia violar o direito de escolha dos outros candidatos, uma vez que já o exerceram.

(...)

Os candidatos que já elegeram suas serventias não podem fazer nova escolha e o Impetrante, por exceção, só tem direito a fazer nova escolha porque teve sua primeira escolha revogada por força heterógena - ou seja, força superveniente e independente de sua vontade pessoal -.

Não há falar em contrariedade à ordem classificatória do concurso, porque esta prioridade - em relação aos litisconsortes passivos e demais candidatos aprovados até 53º (quinqüagésimo terceiro) lugar -, foi devidamente observada quando da escolha das serventias. Afirmação que não pode ser feita em relação ao ora Impetrante que, efetivamente, ainda não exerceu direito de escolha.

(...)

De outro lado, pelos argumentos já lançados, tenho como impositivo o reconhecimento do direito de o Impetrante escolher serventia extrajudicial dentre as que se encontram atualmente vagas.

Como o Impetrante já manifestou eleição pela serventia do 1º Ofício da Comarca de Diamantino, bem assim como há prova nos autos de que tal

serviço encontra-se vago, reconheço-lhe o direito líquido e certo de titularizar a aludida serventia e, para tanto, ordeno que o Conselho da Magistratura adote as providências administrativas necessária à outorga do serviço delegado.

Feitas tais considerações, vejo, portanto, que a controvérsia gira em torno da aferição da legalidade ou não da conduta da Administração Pública, que, ao reconhecer ter incorrido em erro na listagem de serventias vagas do concurso em questão, permitiu ao candidato prejudicado (no caso, o recorrido, que teve a sua escolha inicial revogada judicialmente), a escolha de uma nova serventia dentre as atualmente vagas (após a homologação do resultado dos demais candidatos).

Ocorre que, para se acolher a tese do recorrente e concluir pela inobservância da ordem classificatória do certame, com a possibilidade de reabertura de oportunidade de escolha daqueles já empossados em razão de desistência de outros candidatos mais bem colocados, necessário seria, primeiramente, conferir e, se existentes, interpretar as regras editalícias a esse respeito. Em outras palavras, haveria de se verificar a previsão do edital a respeito do exercício de escolha das serventias, da possibilidade de nova opção, do destino das serventias não preenchidas, dentre outras questões relevantes para a solução do presente caso.

Daí se vê que a análise da pretensão recursal, da forma como ora se apresenta, bem como a alteração das conclusões adotadas pelo Tribunal de origem atinentes à observância da ordem classificatória do concurso, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, principalmente das disposições contidas no edital (as quais o recorrente, inclusive, aduz terem sido desrespeitadas), providência vedada em sede de recurso especial, a teor dos óbices previstos nos Enunciado n. 5 e 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Tanto é assim que o parecer do Ministério Público, ao opinar pelo provimento do recurso, o fez com base em precedente proferido por esta Corte em sede de Recurso em Mandado de Segurança, o qual dirimiu a lide calcado nas disposições editalícias existentes a respeito do tema, o que, como já dito, não é viável no bojo de um recurso especial. Nesse mesmo sentido, cito os seguintes precedentes, que também julgaram com base no edital: MS 9.356/DF, Rel. Min. Og Fernandes, Terceira Seção, DJe 20.5.2011; RMS 30.185/SC, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 17.2.2011; RMS 23.936/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 11.9.2009.

Ante o exposto, não conheço dos recursos especiais.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.282.416-AP (2011/0225530-2)

Relatora: Ministra Regina Helena Costa
Recorrente: J Alcolumbre Indústria e Comércio
Advogado: Luiz Felipe Bulus Alves Ferreira e outro(s)
Recorrido: Fazenda Nacional
Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

EMENTA

Processual Civil. Tributário. Recurso especial. CPC de 1973. Aplicabilidade. Imposto sobre a renda de pessoa jurídica. Omissão de receita. Previsão de apuração pelo lucro presumido. Arts. 43 e 44 da Lei n. 8.541/1992. Preceitos de caráter punitivo. Revogação pelo art. 36 da Lei n. 8.541/1992. Norma mais benigna. Aplicação retroativa. Art. 106 do CTN. Cabimento.

I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 9.3.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II – O art. 36 da Lei n. 9.249/1995, ao revogar os arts. 43 e 44 da Lei n. 8.541/1992, os quais veiculavam norma de caráter punitivo aos contribuintes que omitiam ou reduziam receitas, por constituir norma de natureza benéfica, é aplicado retroativamente, a teor do disposto no art. 106 do CTN. Precedentes.

III – Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina (Presidente) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Assistiu ao julgamento o Dr. Luiz Felipe Bulus Alves Ferreira, pela parte recorrente: J Alcolumbre Indústria e Comércio.

Brasília (DF), 16 de junho de 2016 (data do julgamento).

Ministra Regina Helena Costa, Relatora

DJe 27.6.2016

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Trata-se de Recurso Especial interposto por *J Alcolumbre Indústria e Comércio*, contra acórdão prolatado, por unanimidade, pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado (fls. 942/943e):

Tributário. Embargos à execução fiscal. Autos de infração. Omissão de receita. Pessoa jurídica com tributação pelo lucro presumido. Imprestabilidade da escrita fiscal. Arbitramento. Critério legalmente estabelecido. Regulamento do Imposto de Renda. RIR/80, aprovado pelo Decreto n. 85.450/1980, art. 399, II e IV. Reabertura de fiscalização para o período de apuração 1992 não autorizada. Inadmissibilidade. Decreto n. 1.041/1994, art. 951, § 3º. Reconhecimento. Princípio da lealdade processual. Lei n. 8.541/1992, arts. 2º, 43 e 44. Período de apuração 1993. Aplicabilidade. Impedimento declarado, com espeque no art. 30, I e II, da Lei Complementar n. 73/1993, pelo procurador signatário do recurso de apelação. Não-conhecimento do recurso.

1 - Não se conhece de recurso de Apelação subscrito por procurador que, *antes* da sua interposição, declarara, nos termos da Lei Complementar n. 73/1993, art. 30, I e II, seu impedimento para subscrever petições referentes à causa.

2 - Consoante o disposto no art. 2º da Lei n. 8.541/1992, as disposições desse diploma legal aplicavam-se não apenas às pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real, mas, também, às sujeitas às tributações pelos lucros *presumido* e arbitrado.

3 - A imprestabilidade da escrita contábil da Embargante autoriza o Fisco a utilizar-se do critério legal de arbitramento, em decorrência de omissão de receita, para apuração da base de cálculo. (Código Tributário Nacional, art. 148; Regulamento do Imposto de Renda-RIR/80, aprovado pelo Decreto n. 85.450/1980, art. 399, II e IV), o que torna sem suporte a alegação daquela de que não se lhe aplicavam os arts. 43 e 44 da Lei n. 8.541/1992.

4 - Tendo a Lei n. 8.541/1992 sido publicada em 24.12.1992 e, consoante seu art. 57, produzido efeitos a partir de 1º.1.1993, seus arts. 43 e 44 aplicam-se à **omissão de receita** ocorrida em 1993.

5 - Equivalendo a dívida remanescente a 83,93% do total executado, a sucumbência não é mínima, mas *recíproca*. (Código de Processo Civil, art. 21.)

6 - Verificada a sucumbência da Embargante em *maior proporção*, deve ser afastada a condenação da União Federal (Fazenda Nacional) ao pagamento dos honorários do advogado da devedora.

7 - Na espécie, "muito embora infirmada a liquidez do título executivo fiscal, existindo dívida remanescente já apurada, impõe-se, na esteira de precedentes do e. STJ, o prosseguimento da execução, com a substituição da CDA." (REO n. 93.01.26124-3/MG – Relator Desembargador Federal Hilton Queiroz – TRF/1ª Região – Quarta Turma – Unânime – D.J. 4.6.1999 – pág. 296.)

8 - Restabelecida a penhora e substituída a Certidão de Dívida Ativa - CDA, a Execução Fiscal deve prosseguir quanto ao débito remanescente.

9 - Apelação *não conhecida*.

10 - Remessa Oficial provida *em parte*.

11 - Sentença reformada *parcialmente*.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 1.035/1.036e).

Com amparo no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição da República, a Recorrente aponta ofensa a dispositivos legais, alegando, em síntese, que os arts. 43 e 44 da Lei n. 8.541/1992 têm aplicação às empresas tributadas com base no lucro presumido somente a partir de 1º.1.1995, com a entrada em vigor da Lei n. 9.064/1995, que modificou esses preceitos.

Assevera que, além disso, quando da lavratura do auto de infração, em 1997, tais normas já tinham sido revogadas pelo art. 36 da Lei n. 9.249/1995, não podendo mais fundamentar o lançamento.

Assim sendo, "a pretensa infração verificada no ano-base de 1993 não poderia ser exigida com base nos arts. 43 e 44 da Lei n. 8.541/1992. A uma, porque é inquestionável sua inaplicabilidade aos contribuintes sujeitos ao regime de lucro presumido. A duas, porque os referidos dispositivos tinham natureza de penalidade, conforme indicado expressamente na lei e, quando da lavratura do auto de infração, já tinham sido revogados" (fl. 1.058e).

Requer seja reformado o acórdão recorrido, a fim de negar provimento à remessa oficial e à apelação da Fazenda Nacional.

Com contrarrazões (fls. 1.108/1.121e), o recurso foi admitido (fls. 1.123/1.124e).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa (Relatora): Por primeiro, consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 9.3.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

Esta Corte adotava o posicionamento segundo o qual os efeitos da alteração dos arts. 43 e 44 da Lei n. 8.541/1992, pela Medida Provisória n. 492/94, possibilitando aplicação desses dispositivos às empresas tributadas com base no lucro presumido, só poderiam ocorrer a partir do exercício financeiro seguinte à sua edição, sob pena de afronta ao princípio da anterioridade tributária, consoante infere-se do julgado assim ementado:

Tributário. Embargos à execução fiscal. Pessoa jurídica. Omissão de receita. Lucro presumido. Lei n. 8.541/1992, arts. 43 e 44, alterados pela Medida Provisória n. 492/1994. Princípio da anterioridade tributária.

I – A Medida Provisória n. 492/1994 alterou os arts. 43 e 44 da Lei n. 8.541/1992 e possibilitou a aplicação destes às empresas tributadas com base no lucro presumido. Só pode surtir efeitos para estas, portanto, no exercício financeiro seguinte à sua edição, sob pena de afronta ao princípio da anterioridade tributária, positivado no art. 104, I, do Código Tributário Nacional.

II – Recurso especial improvido.

(REsp 652.177/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 4.10.2005, DJ 5.12.2005, p. 227)

Recentemente, a matéria foi reanalisada pela 2ª Turma deste Tribunal.

No julgamento do REsp 1.307.351/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 18.6.2015, DJe 26.6.2015, ficou decidido que a omissão de receitas na sistemática do lucro presumido já era tributada, pelo menos, desde a Lei n. 6.468/1977.

Assim sendo, a alteração efetuada no § 2º, do art. 43, da Lei n. 8.541/1992, pelo art. 3º, da Medida Provisória n. 492/1994, não ensejou qualquer majoração de tributos, ao contrário, evitou o *bis in idem* da omissão de receitas, não havendo falar em violação ao princípio da anterioridade.

Na mesma assentada, a 2ª Turma desta Corte concluiu que se aplica o art. 106, II, “a”, do CTN (retroatividade benigna) aos arts. 43 e 44 da Lei n. 8.541/1992, porquanto situados no Título IV, intitulado “Das Penalidades”, e

sua posterior revogação pelo art. 36, IV, da Lei n. 9.249/1995, consoante infere-se do julgado assim ementado:

Processual Civil. Tributário. Ausência de violação ao art. 535, CPC. Imposto de renda. Lucro presumido. IRRF e CSLL. Omissão de receitas. Art. 3º, da Lei n. 9.064/1995. Ausência de violação ao princípio da anterioridade. Revogação dos arts. 43 e 44 da Lei n. 8.541/1992, pelo art. 36, IV, da Lei n. 9.249/1995 aplicação da retroatividade benigna. Art. 106, II, "a", do CTN.

1. Não viola o art. 535, do CPC, o acórdão que decide de forma suficientemente fundamentada, não estando obrigada a Corte de Origem a emitir juízo de valor expresso a respeito de todas as teses e dispositivos legais invocados pelas partes.

2. Para se realizar a tributação sobre a omissão de receitas é indiferente o regime de apuração do imposto de renda, se Lucro Real, Lucro Presumido ou Lucro Arbitrado. Já no art. 6º, da Lei n. 6.468/1977, que tratava do regime de tributação pelo Lucro Presumido (então denominado "regime de tributação simplificada"), era possível encontrar a tributação sobre a omissão de receitas, o que teve sequência no art. 43, da Lei n. 8.541/1992, que tratou da omissão de receitas nos três regimes de apuração do Imposto de Renda: Lucro Real, Lucro Presumido e Lucro Arbitrado.

3. Desse modo, a alteração produzida pelo art. 3º, da Medida Provisória n. 492/1994 (atual art. 3º, da Lei n. 9.064/1995) no art. 43, § 2º, da Lei n. 8.541/1992, não criou nova hipótese de incidência para fazer tributar a omissão de receitas das empresas submetidas ao regime de apuração do Lucro Presumido, pois estas já eram tributadas anteriormente. Ao contrário, a alteração foi puramente exonerativa, pois simplesmente exclui nova tributação da receita omitida, afastando a bitributação. Impossível então a violação ao princípio da anterioridade. Precedente em sentido contrário: REsp 652.177/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 4.10.2005.

4. "Recolham as empresas imposto sobre a renda pelo lucro real ou pelo lucro presumido, a omissão de receitas implica pagamento a menor, o que é devidamente tratado pela legislação" (REsp 1.045.495/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 12.8.2008).

5. Esta Corte firmou posicionamento no sentido de que se aplica o art. 106, II, "a", do CTN (retroatividade benigna) aos arts. 43 e 44 da Lei n. 8.541/1992, tendo em vista a localização de tais dispositivos legais dentro do Título IV da referida lei que é intitulado "Das Penalidades" e sua posterior revogação pelo art. 36, IV, da Lei n. 9.249/1995. Precedentes: AgRg no REsp 716.208/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 4.11.2008; REsp 801.447/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 30.10.2009; AgRg no REsp 1.106.260/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 23.2.2010.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1.307.351/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18.6.2015, DJe 26.6.2015)

Na mesma linha, os seguintes precedentes:

Tributário. Recurso especial. IRPJ. Incidência sobre omissões de receita. Revogação dos arts. 43 e 44 da Lei n. 8.541/1992, que impunham penalidades ao contribuinte. Aplicação da retroatividade benigna prevista no art. 106 do CTN. Precedente. Ausência de prequestionamento. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp 801.447/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 30.10.2009, DJe 26.10.2009).

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental no recurso especial. Ação anulatória. IRPJ. Base de cálculo. Omissão de receitas. Revogação dos arts. 43 e 44 da Lei n. 8.541/1992. Penalidades. Retroação da lei mais benigna. Aplicabilidade. Art. 106 do CTN. Precedentes de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção. Honorários advocatícios. Fazenda Pública vencida. Entendimento da Corte Especial do STJ.

1. Posicionamento de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção deste Tribunal no sentido de reconhecer a retroatividade benigna (art. 106 do CTN) provocada pela revogação dos artigos 43 e 44 da Lei n. 8.541/1992, que continham normas com caráter de penalidade e estabeleciam a incidência em separado do imposto de renda sobre o valor da receita omitida.

2. Precedentes citados: AgRg no REsp n. 716.208/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 6.12.2009 e REsp n. 801.447/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 26.10.2009.

3. Entendimento da Corte Especial do STJ de que, em sendo vencida a Fazenda Pública, quanto à fixação dos honorários advocatícios, faz-se necessário observar a regra do § 4º do art. 20 do CPC e os requisitos das alíneas “a”, “b” e “c” do § 3º do citado dispositivo processual. (EREsp 624.356/RS, Rel. Min. Nilson Naves, Corte Especial, DJ de 8.10.2009).

4. Agravo regimental provido, em parte, para fixar os honorários advocatícios, a serem suportados pela Fazenda Nacional, em R\$ 1.000,00 (um mil reais).

(AgRg no REsp 1.106.260/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 23.2.2010, DJe 4.3.2010).

Nesse contexto, não por ocorrência de violação ao princípio da anterioridade, mas por aplicação do art. 106, II, “a”, do CTN (retroatividade benigna), o acórdão merece ser reformado.

Não se desconhece o posicionamento desta Corte segundo o qual, em relação à validade da CDA, sendo necessário mero cálculo aritmético, para expurgar a parcela indevida, remanesce a exigibilidade parcial do valor inscrito na dívida ativa, sem necessidade de emenda ou substituição do título executivo, (cuja liquidez permanece incólume).

Todavia, no caso, não se vislumbra a possibilidade de a execução fiscal prosseguir pelo valor do débito remanescente, de modo que deve ser restabelecida a sentença, nos seguintes termos (fl. 807e).

Ante o exposto, julgo procedentes os embargos, em parte, para declarar a nulidade das Certidões de Dívida Ativa oriundas do Processo Administrativo Fiscal n. 10235 000307/99-88, com a conseqüente extinção dos Processos de Execução e: 2000.31.00.001738-5, 2000.31.00.001739-8, 2000.31.00.001740-5, 2000.31.00.001741-8 e 2000.31.00.001742-0, *ficando ressalvada, apenas para o ano-calendário de 1993, a possibilidade de novos lançamentos que se ajustem ao regime de tributação a que a embargante estava submetida*, com aplicação da Selic e do encargo de 20% (vinte por cento) previsto no Decreto-Lei n. 1.025/1969.

Fica desconstituída a penhora.

Condeno a União ao pagamento de honorários advocatícios, os quais arbitro em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com observância do disposto no art. 20, §§ 3º e 4º, c/c art. 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil (destaquei).

Isto posto, *dou provimento* ao Recurso Especial para, reformando o acórdão recorrido, restabelecer a sentença de fls. 795/807e.

RECURSO ESPECIAL N. 1.580.083-PE (2013/0210805-8)

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social

Advogado: Procuradoria-Geral Federal - PGF

Recorrido: João Faustino da Silva

Advogado: Ricardo Gondim Falcão

EMENTA

Previdenciário. Processual Civil. Coisa julgada. Denegação do direito com base na ausência ou grave precariedade da prova. Flexibilização dos institutos processuais em matéria previdenciária. Possibilidade em situações excepcionais. Matéria já enfrentada pelo rito do art. 543-C do CPC.

1. A Corte Especial do STJ, no julgamento do *Recurso Especial Repetitivo n. 1.352.721/SP*, da relatoria do Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, DJe de 28.4.2016, fixou a tese de que, não estando o feito devidamente instruído com as provas necessárias ao deslinde da controvérsia, a ação deve ser extinta sem resolução de mérito, a fim de propiciar ao segurado a renovação do ajuizamento da demanda.

2. Nessa linha de raciocínio, revela-se possível, no caso concreto, a excepcional flexibilização da coisa julgada formada em ação anterior, na qual o direito ao benefício previdenciário tenha sido negado em virtude da grave precariedade das provas apresentadas, consoante constatado pelo acórdão local.

3. Recurso especial do INSS a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de agosto de 2016 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 2.9.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS interpõe recurso especial fundamentado na alínea “a” do permissivo

constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado (fl. 163):

Previdenciário e Processual Civil. Coisa julgada. Flexibilização. Aposentadoria especial. Concessão.

I 1. “A flexibilização da coisa julgada material, em matéria previdenciária, que veicula a denegação do direito por ausência ou precariedade de prova, representa medida imprescindível para a obtenção da justa solução do conflito, tornando realmente efetiva a ampla defesa e o contraditório, os quais foram superficialmente exercidos no primeiro processo.” (ROBERTO JÚNIOR, João Carlos Barros Roberti Júnior. A relativização da coisa julgada material nas ações previdenciárias. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 35, abril. 2010). Preliminar rejeitada.

2. Afasta-se a preambular de incompetência do juízo, por tratar-se de causa sujeita à apreciação da Justiça Federal, nos moldes constitucionais.

3. Exame do mérito da demanda possibilitado pelo art. 515, § 3º, do CPC, com a redação dada pela Lei n. 10.352/2001.

4. Legítimo o reconhecimento, como especial, do tempo de serviço prestado pelo trabalhador cuja atividade, antes da Lei n. 9.032/1995, encontrava-se catalogada nos Anexos dos Decretos n. 53.831/1964 e 83.080/1979.

5. Para o período posterior a 28.4.1995, é necessária a comprovação da efetiva exposição, permanente, habitual e não intermitente, aos agentes nocivos à saúde e à integridade física do segurado.

6. Hipótese em que o conjunto probatório dos autos demonstra, de modo satisfatório, a insalubridade das atividades desempenhadas pelo autor no período de 17.3.1982 até 20.5.2009, fazendo ele jus à aposentadoria especial.

Aponta o recorrente violação aos arts. 467, 468, 469, 471 e 474 do CPC, na medida em que o Tribunal de origem “resolveu flexibilizar a lei, para garantir o direito ao segurado que já teve seu pedido apreciado e julgado pelo Poder Judiciário de forma definitiva em processo anterior, cuja decisão transitou em julgado” (fl. 170).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): Registre-se, de logo, que o acórdão recorrido foi publicado na vigência do CPC/1973; por isso, no exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso, será observada a diretriz contida no

Enunciado Administrativo n. 2/STJ, aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9 de março de 2016 (*Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*).

Quanto à questão de fundo, mister ressaltar a orientação firmada nesta Corte no sentido de se poder flexibilizar os institutos de direito processual, em demanda na qual a pretensão gira em torno do direito a benefício previdenciário, com vistas a atender os ditames constitucionais e sociais inerentes à Previdência Social, os quais primam pela proteção do segurado.

Essa compreensão ficou bem espelhada no julgamento, pela Corte Especial deste Tribunal, do *Recurso Especial Repetitivo n. 1.352.721/SP*, da relatoria do Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, DJe de 28.4.2016, quando se fixou a tese de que, não estando o feito devidamente instruído com as provas necessárias ao deslinde da controvérsia, a ação deve ser extinta sem resolução de mérito, a teor do art. 267 do CPC/1973, e não com base no art. 269 do mesmo *Codex*. Confira-se a ementa desse julgado, *verbis*:

Direito Previdenciário. Recurso especial representativo da controvérsia. Art. 543-C do CPC. Resolução n. 8/STJ. Aposentadoria por idade rural. Ausência de prova material apta a comprovar o exercício da atividade rural. Carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo. Extinção sem julgamento do mérito. Recurso especial do INSS desprovido.

1. Tradicionalmente, o Direito Previdenciário se vale da processualística civil para regular os seus procedimentos, entretanto, não se deve perder de vista as peculiaridades das demandas previdenciárias, que justificam a flexibilização da rígida metodologia civilista, levando-se em conta os cânones constitucionais atinentes à Seguridade Social, que tem como base o contexto social adverso em que se inserem os que buscam judicialmente os benefícios previdenciários.

2. As normas previdenciárias devem ser interpretadas de modo a favorecer os valores morais da Constituição Federal/1988, que prima pela proteção do Trabalhador Segurado da Previdência Social, motivo pelo qual os pleitos previdenciários devem ser julgados no sentido de amparar a parte hipossuficiente e que, por esse motivo, possui proteção legal que lhe garante a flexibilização dos rígidos institutos processuais. Assim, deve-se procurar encontrar na hermenêutica previdenciária a solução que mais se aproxime do caráter social da Carta Magna, a fim de que as normas processuais não venham a obstar a concretude do direito fundamental à prestação previdenciária a que faz jus o segurado.

3. Assim como ocorre no Direito Penal, em que se afastam as regras da processualística civil em razão do especial garantismo conferido por suas normas

ao indivíduo, deve-se dar prioridade ao princípio da busca da verdade real, diante do interesse social que envolve essas demandas.

4. A concessão de benefício devido configura direito subjetivo individual, que em nada desestrutura o sistema previdenciário, na medida em que não perturba o equilíbrio financeiro e atuarial dele.

5. A ausência de conteúdo probatório eficaz a instruir a inicial, conforme determina o art. 283 do CPC, implica a carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, impondo a sua extinção sem o julgamento do mérito (art. 267, IV do CPC) e a consequente possibilidade de o autor intentar novamente a ação (art. 268 do CPC), caso reúna os elementos necessários à tal iniciativa.

6. Recurso Especial do INSS desprovido.

No caso, o Tribunal de origem, ao solucionar a controvérsia, afastou o instituto da coisa julgada, a fim de viabilizar a propositura de nova demanda, adotando as seguintes razões de decidir, *in litteris* (fls. 156/158):

A matéria devolvida a esta Corte diz respeito à extinção, sem exame de mérito, em razão da coisa julgada, de feito em que objetiva a parte autora a obtenção de aposentadoria especial.

De uma análise da documentação acostada às fls. 196/199, bem como de consulta ao sistema de informação processual, constato o ajuizamento, em 19.11.2010, de ação (Processo n. 0017060-87.2010.4.05.8300), na qual já foi prolatada sentença, onde foi julgado improcedente o pedido do demandante, consistente no benefício citado.

Como facilmente se percebe, a pretensão deduzida neste feito é a mesma perseguida na ação já julgada, onde foi proferida sentença passada em julgado, o que, a princípio, impediria o reexame da questão nas vias ordinárias, a teor do disposto no art. 467 do CPC, segundo o qual “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

Entretanto, filio-me à corrente jurisprudencial que permite uma flexibilização de tal instituto, em caso de ações previdenciárias, pela natureza do direito em discussão. Acerca do tema, bem esclarecedor artigo do Juiz Federal Substituto João Carlos Barros Roberto Júnior, intitulado “A relativização da coisa julgada material nas ações previdenciárias: Justiça e sensibilidade social como fundamentos de revisão”, cujo trecho se transcreve:

(...).

In casu, de uma análise da decisão proferida anteriormente, nota-se a indiscutível precariedade das provas apresentadas (v. fls. 196/198), pelo que deve

ser afastado o instituto da coisa julgada, com nova oportunidade de ajuizamento do feito pelo demandante.

Referido entendimento está em consonância com a orientação do STJ que, em situações assemelhadas, tem relativizado a coisa julgada, em benefício de uma plena efetivação dos princípios norteadores do Direito Previdenciário.

Anote-se ainda, no mesmo sentido, o seguinte julgado:

Processual Civil. Recurso especial. Violação de dispositivos constitucionais. Impossibilidade de análise. Competência do Supremo Tribunal Federal. Ausência de prequestionamento do art. 74 da Lei n. 8.213/1991. Incidência, por analogia, da Súmula n. 282/STF. Habilitação dos sucessores. Ausência de interesse recursal. Conversão da aposentadoria rural por idade em pensão por morte. Óbito do segurado no curso do processo de execução. Inexistência de julgamento *extra* ou *ultra petita*. Não caracterização de ofensa à coisa julgada.

I - (...).

II - (...).

III - (...).

IV - Possibilidade de conversão de aposentadoria rural por idade em pensão por morte no curso do processo de execução, tendo ocorrido o óbito do segurado após a prolação da sentença, sem que tal ato importe em julgamento *extra* ou *ultra petita*. Não caracterização de ofensa à coisa julgada. Observância do princípio da primazia da realidade dos fatos no processo civil previdenciário, objetivando a efetivação dos direitos fundamentais de proteção social. Aplicação da regra do art. 462 do Código de Processo Civil, ante a superveniência do direito do cônjuge em perceber a pensão por morte com o óbito do segurado, preenchidos os requisitos legais.

V - Recurso especial improvido.

(REsp 1.320.820/MS, Rel. Min. Regina Helena Costa, DJe 17.5.2016).

E, mais, as seguintes decisões monocráticas: *REsp 1.572.841/RS*, Rel. Min. Napoleão Nunes Mais Filho, DJe de 9.6.2016 e *AREsp 879.998/SP*, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 3.6.2016.

Assim, não merece reforma o acórdão recorrido, posto que decidiu em consonância com o entendimento desta Corte Superior no sentido de que, em matéria previdenciária, por seu pronunciado cunho social, há espaço para a excepcional flexibilização de institutos processuais, até mesmo da coisa julgada, quando, como ocorrido no caso em exame, constate-se que o direito do

beneficiário, em demanda anterior, tenha sido negado em face da precariedade das provas apresentadas (como constatado, repita-se, pelo acórdão local - fl. 158).

Do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.588.856-PB (2016/0070396-5)

Relatora: Ministra Regina Helena Costa

Recorrente: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária -
INCRA

Recorrido: Maria de Lourdes Amorim Campos Brito

Advogado: Mailson Lima Maciel e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Código de Processo Civil de 1973. Aplicabilidade. Administrativo. Servidor público. Conversão em pecúnia da licença-prêmio não gozada. Possibilidade. Princípio que veda o enriquecimento ilícito da Administração.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 9.3.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II. O acórdão recorrido encontra-se em harmonia como a jurisprudência desta Corte, segundo a qual é cabível a conversão em pecúnia da licença-prêmio não gozada e não contada em dobro para aposentadoria, independentemente de requerimento administrativo, sob pena de configuração do enriquecimento ilícito da Administração.

III. Negado provimento ao Recurso Especial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina (Presidente) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 19 de maio de 2016 (data do julgamento).

Ministra Regina Helena Costa, Relatora

DJe 27.5.2016

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Trata-se de Recurso Especial interposto pelo *Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA*, contra acórdão prolatado, por unanimidade, pela 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região no julgamento de Apelação, assim ementado (fl. 202e):

Administrativo. Servidor público federal. Conversão em pecúnia de licença prêmio não gozada e não contada para fins de aposentadoria. Possibilidade. Sentença mantida.

1. O cerne da controvérsia versa acerca da pretensão da parte autora, servidora pública aposentada do INCRA, ao direito à conversão de licenças prêmio em pecúnia, em virtude de não tê-las usufruído e nem as contado em dobro para fins de aposentadoria.

2. É fato incontroverso que a autora preencheu os requisitos para a concessão da licença prêmio nos períodos aquisitivos de 16.10.1986 a 14.10.1991 e 15.10.1991 a 12.10.1996, nos termos da Lei n. 8.112/1990.

3. A jurisprudência desta colenda Corte e desta egrégia Turma Julgadora já firmou posicionamento no sentido de que o servidor público aposentado tem direito de Converter em pecúnia a licença prêmio não gozada, ou não contada em dobro para a aposentadoria. Precedentes: (TRF5 – AC 529.695/PE - Segunda Turma - Relator: Desembargador Federal Francisco Wildo - DJe 1º.12.2011 - Página 286) (TRF5 - APELREEX29132/PB - Primeira Turma - Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti - DJe 7.11.2013 - Página 165) (TRJF5, Quarta Turma. AC 558.458/SE. Rel. Des. Fed. Rogério Fialho. JAilg. 25.6.2013. DJe 27.6.2013).

4. Apelação improvida.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fl. 219e).

Com amparo no art. 105, III, *a*, da Constituição da República, aponta-se ofensa ao art. 7º da Lei n. 9.527/1997, alegando, em síntese, que o servidor não pode converter o período de licença-prêmio em pecúnia, porquanto ausente previsão legal.

Com contrarrazões (fls. 237/238e), o recurso foi admitido (fl. 241e).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa (Relatora): Por primeiro, consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 9.3.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

A controvérsia dos autos cinge-se a possibilidade do servidor público converter em pecúnia a licença prêmio não gozada e não contada em dobro para sua aposentadoria.

O Tribunal de origem reconheceu a pretensão autoral.

O INCRA interpõe o presente Recurso Especial, em que aponta ofensa ao art. 7º da Lei n. 9.527/1997, alegando, em síntese, que o servidor não pode converter o período de licença-prêmio em pecúnia, porquanto ausente previsão legal.

O recurso não merece prosperar.

Isso porque o acórdão recorrido encontra-se em harmonia como a jurisprudência desta Corte, segundo a qual é cabível a conversão em pecúnia da licença-prêmio não gozada e não contada em dobro para aposentadoria, independentemente de requerimento administrativo, sob pena de configuração do enriquecimento ilícito da Administração.

Nesse sentido:

Processual Civil. Administrativo. Servidor público. Violação do art. 535 do CPC. Deficiência na fundamentação. Súmula 284/STF. Policial Civil do Distrito Federal. Conversão em pecúnia de licença-prêmio não gozada. Possibilidade. Aplicação da Lei Federal n. 8.112/1990 por força de norma distrital. Característica de lei local. Súmula 280/STF.

1. O insurgente sustenta que o art. 535 do CPC foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Assevera apenas ter oposto Embargos de Declaração no Tribunal *a quo*, sem indicar as matérias sobre as quais deveria pronunciar-se a instância ordinária, nem demonstrar a relevância delas para o julgamento do feito. Assim, é inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF.

2. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de ser devida a conversão em pecúnia da licença-prêmio não gozada e não contada em dobro, quando da aposentadoria do servidor, sob pena de indevido locupletamento por parte da Administração Pública.

3. Convém esclarecer que a Lei Federal n. 8.112/1990 é aplicável aos servidores públicos do Distrito Federal por força da Lei Distrital 197/1991, o que a caracteriza como norma materialmente local.

Inviável, portanto, a análise de alegação de violação embasada na Lei Federal n. 8.112/1990 na espécie, por força do óbice da incidência, por analogia, da Súmula 280/STF. Nesse sentido: AgRg no AREsp 236.769/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 7.5.2013; AgRg no AREsp 80.172/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 8.3.2012; AgRg no Ag 1.344.004/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 20.5.2011.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 707.027/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20.8.2015, DJe 11.11.2015);

Administrativo. Servidor público. Licença-prêmio não gozada e não contada em dobro. Conversão em pecúnia. Possibilidade. Requerimento administrativo. Desnecessidade.

1. Conforme jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça, é possível a conversão em pecúnia da licença-prêmio não gozada e não contada em dobro, quando da aposentadoria do servidor, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 396.977/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 10.12.2013, DJe 24.3.2014)

Administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Servidor público em atividade. Licença-prêmio não gozada e não contada em dobro para a aposentadoria. Conversão em pecúnia. Descabimento.

1. A jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça entende ser devida a conversão em pecúnia da licença-prêmio não gozada e não contada em dobro quando da aposentadoria do servidor, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública.

2. Na hipótese, conforme registro do acórdão combatido, a recorrente não está aposentada, pois, apesar de já contar com mais de 30 (trinta) anos de serviço e 61 (sessenta e um) de idade, ainda encontra-se em atividade.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.349.282/PB, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 26.5.2015, DJe 12.6.2015).

Administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Servidor público estadual. Licença-prêmio. Conversão em pecúnia. Desnecessidade de requerimento administrativo. Princípio que veda o enriquecimento ilícito da Administração. Agravo desprovido.

- "É cabível a conversão em pecúnia da licença-prêmio e/ou férias não gozadas, independentemente de requerimento administrativo, sob pena de configuração do enriquecimento ilícito da Administração" (AgRg no AREsp 434.816/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 11.2.2014, DJe 18.2.2014).

- Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.167.562/RS, Rel. Ministro Ericson Maranhão (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 7.5.2015, DJe 18.5.2015).

Administrativo. Servidor público estadual. Licença-prêmio. Interpretação de direito local. Impossibilidade. Súmula 280/STF. Conversão em pecúnia. Requerimento. Desnecessidade. Princípio que veda o enriquecimento ilícito da Administração. Responsabilidade civil objetiva do Estado. Caracterização.

1. A indigitada violação do artigo 884 do CC não é passível de ser conhecida, porquanto envolve interpretação de direito local (Lei Complementar Estadual n. 10.098/1994), atraindo a incidência da Súmula 280/STF, segundo a qual por ofensa à direito local não cabe recurso extraordinário, entendido aqui em sentido amplo.

2. Este Superior Tribunal, em diversos julgados, consolidou a orientação de que é cabível a conversão em pecúnia da licença-prêmio e/ou férias não gozadas, independentemente de requerimento administrativo, sob pena de configuração do enriquecimento ilícito da Administração. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 434.816/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 11.2.2014, DJe 18.2.2014).

Administrativo. Servidor público estadual. Licenças-prêmios não gozadas. Conversão em pecúnia. Previsão legal expressa. Desnecessidade. Princípio que veda o enriquecimento ilícito da Administração. Responsabilidade civil objetiva do Estado.

1. O acórdão recorrido implicitamente afastou a tese de enriquecimento ilícito em detrimento da tese de que não havendo previsão legal para a conversão das licenças-prêmios em pecúnia, tal procedimento não poderia ser aceito, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. Violação ao art. 535 não configurada.

2. A conversão em pecúnia das licenças-prêmios não gozadas em face do interesse público, tampouco contadas em dobro para fins de contagem de tempo de serviço para efeito de aposentadoria, avanços ou adicionais, independe de previsão legal expressa, sendo certo que tal entendimento está fundado na Responsabilidade Objetiva do Estado, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, e no Princípio que veda o enriquecimento ilícito da Administração.

Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

3. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp 693.728/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 8.3.2005, DJ 11.4.2005, p. 374).

Administrativo. Servidor público. Licença-prêmio não gozada. Conversão em pecúnia. Aposentadoria. Possibilidade. Juros de mora. Percentual. Fazenda Pública. Medida Provisória n. 2.180/2001.

1. Conforme entendimento firmado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, é devida a conversão em pecúnia da licença-prêmio não gozada e não contada em dobro, quando da aposentadoria, sob pena de indevido locupletamento por parte da Administração Pública.

2. A Medida Provisória n. 2.180/2001, que modificou o artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997, determinando que os juros moratórios sejam calculados em 6% (seis por cento) ao ano nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores públicos, tem incidência nos processos iniciados após a sua edição.

3. Recurso parcialmente provido.

(REsp 829.911/SC, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 24.11.2006, DJ 18.12.2006, p. 543).

Isto posto, *nego provimento* ao Recurso Especial.

É o voto.

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Recorrido: José Procópio Corrêa Júnior

Advogado: Marcelo Vieira Bigogno - MG097910

Interes.: Hélio Cardoso Elias

Interes.: José Antônio Corbelli

Interes.: Odilon Bressan Júnior

EMENTA

Administrativo. Recurso especial. Improbidade administrativa. Repasse de informações acerca da realização de operações policiais. Violação a princípios da Administração. Dosimetria. Agravamento.

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

2. A jurisprudência de ambas as Turmas que integram a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ação de improbidade administrativa implica reexame do conjunto fático-probatório, esbarrando na dicção da Súmula 7 do STJ, salvo quando, da leitura do acórdão recorrido, verificar-se a desproporcionalidade entre os atos praticados e as sanções impostas.

3. No caso concreto, a conduta perpetrada pelo recorrido, Capitão da Polícia Militar, consubstanciada no repasse de informações (cuja ciência deu-se em razão das suas atribuições) acerca de operações policiais com o escopo de coibir a exploração sexual de menores e de jogos de azar, e a sanção a ele imposta, consistente na imposição de multa civil no valor de 2 (duas) vezes o valor da remuneração por ele percebida, evidenciam que o acórdão atacado vulnerou, indubitavelmente, o art. 12, III, da Lei n. 8.429/1992, à vista da desproporcionalidade havida entre a reprimenda e a gravidade do ilícito.

4. Recurso especial provido, para majorar a multa civil imposta ao recorrido a 5 (cinco) vezes a remuneração por ele recebida, bem assim decretar a perda do cargo público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, para majorar a multa civil imposta ao recorrido a 5 (cinco) vezes a remuneração por ele recebida, bem assim decretar a perda do cargo público, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina (Presidente) e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 9 de agosto de 2016 (data do julgamento).

Ministro Gurgel de Faria, Relator

DJe 12.9.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Trata-se de agravo regimental interposto pelo *Ministério Público Federal* contra decisão (e-STJ fls. 1.532/1.534) do em. Min. Olindo Menezes (Convocado), que, aplicando a dicção da Súmula 7 do STJ, negou provimento ao AREsp, objetivando a subida do apelo nobre, com o escopo de majorar a sanção imposta ao recorrido, em razão de condenação por improbidade administrativa no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, através de acórdão assim ementado:

Ementa: Ação civil pública. Improbidade administrativa. Competência da Justiça Comum. Arguição de preliminares. Rejeição. Percepção de vantagens pessoais. Inexistência de provas. Ofensa aos princípios da Administração Pública. Lei n. 8.249/1992. Caracterização de vazamento de informações privilegiadas. Art. 9º, de referido texto normativo. Constatação. Razoabilidade da penalidade aplicada. Reexame necessário.

- Conforme entendimento majoritário do STJ, cabe à Justiça comum julgar as Ações Cíveis Públicas por Atos de Improbidade Administrativa praticada por

Policiais Militares, aplicando-se o art. 125, § 4º, da CF/1988, apenas para julgar os militares nas ações judiciais contra atos disciplinares;

- O ato de Improbidade é aquele que, além de imoral, é praticado com o escopo de desonestidade;

- Ausente a prova contundente de que os réus da presente ação civil pública, à exceção do Militar, concorreram ou contribuíram para a prática de Improbidade Administrativa, neste sentido, impõe-se desacolher o pedido de condenação em seu desfavor;

- Constatado o vazamento de informações referentes à deflagração de Operações Policiais contrárias aos interesses dos réus, é de se aplicar as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa a quem lhes deu causa;

- Sujeita-se ao reexame necessário a sentença que, ainda que parcialmente, julga improcedente a ação civil pública por força da primeira parte do art. 19 da Lei n. 4.717/1965

- A manutenção da sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos, é medida que se faz necessária (fl. 1.457).

Defende o MPF, em síntese, que: não se aplica ao caso a vedação constante da Súmula 7 do STJ, nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte; a imposição da multa civil de 2 (duas) vezes o valor da remuneração percebida pelo recorrido, condenado por haver divulgado “fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo”, afigura-se desproporcional e irrazoável.

Determinei a conversão do AREsp em recurso especial, de modo a possibilitar um melhor exame (e-STJ fls. 1.546/1.547).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria (Relator): Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo n. 2).

Feito tal registro, verifico que existe ensejo para a alteração do entendimento sufragado na decisão recorrida, de modo a afastar a aplicação da Súmula 7 do STJ.

É que 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.

Nesse sentido:

Administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Improbidade administrativa. Violação a princípios da Administração Pública. Revisão das sanções impostas. Princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Verificação. Reexame de matéria fático probatória. Impossibilidade. Súmula 7/STJ.

1. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que a revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ações de improbidade administrativa implica reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que esbarra na Súmula 7/STJ, salvo em casos excepcionais, nos quais da leitura do acórdão exsurgir a desproporcionalidade entre o ato praticado e as sanções aplicadas, o que não é o caso dos autos. Precedentes: AgRg no AREsp 194.312/RN, Rel. Min. Marga Tessler (Juíza Federal Convocada do TRF 4ª Região), Primeira Turma, DJe 17.3.2015, AgRg no AREsp 597.359/MG, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 22.4.2015.

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1.452.792/SC, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 10.6.2015)

Processual Civil e Administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Contratação de servidor sem concurso público. Prática de ato violador de princípios administrativos. Artigo 11 da Lei n. 8.429/1992. Reconhecimento de dolo genérico. Penalidade aplicada. Proporcionalidade. Reexame do conjunto fático e probatório dos autos. Impossibilidade. Súmula 7/STJ.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Assim, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei n. 8.429/1992 é indispensável, para a caracterização de improbidade, que o agente tenha agido dolosamente e, ao menos, culposamente, nas hipóteses do artigo 10.

2. Os atos de improbidade administrativa descritos no artigo 11 da Lei n. 8.429/1992, como visto, dependem da presença do dolo genérico, mas dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente.

3. Na hipótese dos autos, o Tribunal *a quo*, embora tenha consignado que era prescindível a demonstração de dolo ou culpa do agente, reconheceu

expressamente ser “flagrante a inobservância da regra de provimento dos cargos públicos por meio de concurso público, conforme previsto na Carta Magna, deve ser reconhecida a ilegalidade na contratação”, daí porque não há que se falar na inexistência do elemento doloso.

4. No que concerne à apontada violação ao art. 12 da Lei n. 8.429/1992, a análise da pretensão recursal no sentido de que sanções aplicadas não observaram os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, com a consequente reversão do entendimento manifestado pelo Tribunal de origem, exige o reexame de matéria fático-probatória dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1.500.812/SE, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28.5.2015)

De acordo com tal panorama, verifico a necessidade de examinar a conduta pela qual o recorrido, *José Procópio Correia Júnior*, Capitão da Polícia Militar/MG, foi condenado e a sua respectiva sanção. Para tanto, transcrevo o seguinte excerto do voto do relator da apelação, *in verbis*:

Lado outro, entretanto, o conjunto probatório disposto nos autos é claro ao demonstrar que o ora primeiro apelante permitiu o vazamento de informações acerca da ocorrência de operações policiais contrárias aos interesses dos demais réus desta ação.

Neste sentido, afirma, em *contrariu sensu*, o primeiro apelante que, em que pesem as constatações da MM. Juíza prolatora da sentença em relação a não comprovação de enriquecimento ilícito e, ainda, acerca da não comprovação de danos ao patrimônio público, foi, ao final, surpreendido com a decisão que o condenou à aplicação de multa, em razão do vazamento de informações privilegiadas sobre as ditas operações policiais deflagradas em desfavor dos demais réus da ação proposta pelo Ministério Público.

Cotejando à minúcia os autos, tenho que a conduta praticada pelo réu, ora primeiro apelante, amolda-se ao disposto nos arts.11, III e 12, I, da Lei n. 8.429/1992, que assim dispõe (...)

Conforme farta documentação disposta nos autos, verifica-se que o réu, ora primeiro apelante, alertou aos demais requeridos sobre a ocorrência das ditas ações policiais que visavam o combate à exploração sexual de menores, bem como a exploração de jogos de azar. Tem-se, ainda, que o primeiro apelante obteve acesso a tais informações em razão de sua função policial militar.

Conforme o anteriormente consignado, a conduta praticada pelo Réu José Procópio amolda-se ao que dispõe o art. 11 da LIA, na medida em que atenta contra o Princípio da Moralidade Pública. Todavia, não se podendo aferir os

efetivos prejuízos causados à Máquina Pública, entendo por razoável a sanção aplicada pelo Juízo *a quo*.

Em pese o todo alegado pelo primeiro recorrente, bem como vasta documentação juntada aos autos, dando conta de sua idoneidade moral e profissional, das transcrições de escutas telefônicas também acostadas aos autos, tem-se que, verdadeiramente, as ditas operações foram reveladas, sem, contudo, se verificar-se a percepção de qualquer vantagem em favor do primeiro apelante.

Nestes termos, conforme o anteriormente esposado por este relator, razoável a aplicação da multa, nos exatos termos fixados pelo Juízo *a quo*. (e-STJ fls. 1.469/1.471) (grifos acrescidos)

Examinando a conduta perpetrada pelo recorrido, consubstanciada no repasse de informações (cuja ciência deu-se em razão das suas atribuições) acerca de operações policiais com o escopo de coibir a exploração sexual de menores e de jogos de azar, e a sanção a ele imposta, consistente na imposição de multa civil no valor de 2 (duas) vezes o valor da remuneração por ele percebida, tenho que o acórdão atacado vulnerou, indubitavelmente, o art. 12, III, da Lei n. 8.429/1992, à vista da desproporcionalidade havida entre a reprimenda e a gravidade do ilícito.

Com efeito, a postura do agente público colocou em risco não só a segurança dos seus próprios colegas, mas a credibilidade do aparelho estatal no combate à criminalidade como um todo.

A propósito, extraio do voto do revisor aspecto que bem demonstra o descompasso da conduta do policial militar com os princípios que regem a Administração Pública. É que, em “razão do vazamento de informações, as operações policiais apresentaram resultado negativo ou foram pouco produtivas. Por exemplo, das 33 máquinas de caça níqueis esperadas, apenas 9 foram apreendidas na operação realizada no dia 28 de setembro de 2005”.

Tal contexto autoriza o agravamento da sanção imposta na origem, sendo certo que a jurisprudência do STJ possibilita a aplicação cumulativa das penalidades previstas no art. 12 da LIA (REsp 1.091.420/SP, rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 5.11.2014).

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso especial, majorando a multa civil imposta ao recorrido José Procópio Correia Júnior para 5 (cinco) vezes a remuneração por ele recebida, bem assim decretando a perda do cargo público.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.623.947-RJ (2014/0013101-8)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Recorrente: Eduardo Jorge Chame Saad
Recorrente: Delpha Empreendimentos e Participações Ltda
Advogados: Juliana Medrado Tângari e outro(s) - RJ118595
Tarcyla Fidalgo Ribeiro - RJ175106
Recorrido: Estado do Rio de Janeiro
Recorrido: Fundo Único de Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro
Procurador: Miguel Costa Van Hombreeck e outro(s)

EMENTA

Direito Sancionador. Recurso especial. Medida cautelar de indisponibilidade de bens em ACP por improbidade administrativa, com suporte nos arts. 9, III (facilitação de proveito ilícito do patrimônio de entidade pública), 10, IV (dano ao erário por frustração de licitude de concurso público) e 11, I (ofensa a princípios administrativos por prática de ato que visa a um fim proibido em lei) da Lei n. 8.429/1992. Alegação dos agravantes de que a condenação em seara administrativa não é fato novo a justificar a renovação do decreto de bloqueio patrimonial, que já havia sido objeto de provimento jurisdicional anterior de liberação. Notícia nos autos de que a penalidade da Comissão de Valores Mobiliários-CVM, imposta aos ora acionados, foi cassada pela Justiça Federal, por nulidade (cerceamento do direito constitucional de defesa). Ausência, portanto, de elementos aptos a autorizar nova medida constritiva de bens. Ademais, conquanto seja presumido o perigo da demora para efeito de decretação de medida de indisponibilidade patrimonial, nos termos do entendimento desta Corte Superior firmado em sede de representativo de controvérsia (REsp 1.366.721/BA, rel. p/ acórdão Min. Og Fernandes, DJe 19.9.2014), o órgão acusador e o julgador não estão exonerados do dever de identificar a existência da fumaça do bom direito, caracterizada por fortes indícios da prática de ato ímprobo, incorrente na espécie. Parecer do MPF pelo desprovimento do recurso. Recurso especial

dos demandados conhecido e provido para determinar a exclusão da medida de indisponibilidade de bens dos ora recorrentes na ACP de origem, sem qualquer antecipação quanto ao mérito da demanda, contudo, e sem empecer o órgão acusador de coligir novos elementos que permitam a medida assecuratória na origem.

1. Muito embora se tenha, por um lado, o entendimento desta Corte Superior quanto à implicitude do perigo da demora nas pretensões de indisponibilidade de bens em ações destinadas a perscrutar atos de improbidade administrativa (REsp. 1.366.721/BA, Rel. p/acórdão Min. *Og Fernandes*, DJe 19.9.2014), por outro é certo que o Órgão Acusatório e o Julgador não estão de modo algum exonerados da analítica demonstração da alta plausibilidade do direito alegado quanto à existência de *fortes indícios de responsabilidade na prática de ato ímprobo que lese o Erário ou gere proveito ilícito ao demandado*.

2. O implemento de um dos pressupostos para o deferimento da tutela cautelar, neste caso, o decantado perigo da demora, não significa que, automaticamente ou por si só, se tenha como satisfeito o requisito da aparência do bom direito, também louvado pelo doutrinadores como indispensável para a concessão da proteção judicial provisória ou assecuratória da utilidade do processo.

3. No caso dos autos, constata-se que o Tribunal de origem negou provimento ao Agravo de Instrumento interposto pelos Réus, ao fundamento de que, *malgrado o procedimento administrativo da Comissão de Valores Mobiliários-CVM ser de conhecimento das partes desde o início da demanda, a sua decisão final, sem quaisquer dúvidas, é fato novo que modificou a conjuntura dos autos em relação aos réus da demanda principal que foram punidos pela referida decisão. Este fato novo traz robustez aos argumentos dos autores, sendo forçoso reconhecer a existência de fumus boni iuris a autorizar a medida contestada* (fls. 281).

4. Todavia, não se pode concordar com tal fundamento, pois, de partida, o espectro de investigação de condutas alegadamente ímprobas é totalmente distinto de uma apreciação em seara administrativa. Como é sabido, uma Autarquia como a CVM pode fazer uma análise sob o ponto de vista formalista, verificando objetivamente o cumprimento de regras procedimentais em matéria de transferência de títulos e valores mobiliários. Jamais poderá se dedicar a aspectos

como má-fé, dolo, culpa, sobretudo quando a intenção é aplicar as severas sanções da Lei n. 8.429/1992.

5. Nesse sentido, a mera circunstância de haver uma imposição de penalidade por um órgão administrativo de supervisão do mercado de valores mobiliários não constitui indício de que uma conduta ímproba foi praticada na espécie. Não se pode estabelecer um liame entre multa administrativa e improbidade administrativa. Para a decretação da medida de indisponibilidade de bens, é preciso que se apresentem *elementos indiciários na esfera das improbidades, ou seja, prováveis condutas revestidas de má-fé, de dolo, de intuito de praticar atos lesivos ao Erário, de proveito ilícito e de ofensa a princípios administrativos.*

6. Ainda que fosse possível estabelecer uma ligação entre penalidade administrativa e improbidade, registre-se que o Acórdão recorrido, assim como a originária Decisão de Primeiro Grau atacada por Agravo de Instrumento, não cuidaram de descortinar os aspectos de fundo da Decisão Administrativa da CVM que impôs a penalidade aos Réus, o que, eventualmente, permitiria a verificação daquilo que a Corte de origem chamou de *cognição exauriente* dos fatos em sede administrativa. Nada se sabe nos autos, a não ser por excertos de matéria jornalística colacionados ao feito, a respeito dos motivos determinantes de penalização dos demandados. Impossível esclarecer, portanto, de que modo a solução administrativa teria alguma ligação com a pretensão de reconhecimento de ato ímprobo no caso concreto.

7. Bem por isso, a imposição de multa administrativa pode ser, quando muito, resultante de infrações em sede administrativa, por atos eventualmente ilegais ou irregulares - que devem, sim, ser punidos - mas que não estão necessariamente relacionados à improbidade administrativa; é a hipótese ora em exame.

8. Mais a mais, assinale-se haver notícia nos autos de que a propalada aplicação de penalidade administrativa pela CVM foi declarada nula pela Justiça Federal, conforme informaram os Agravantes (fls. 228/231), por cerceamento do direito constitucional de defesa, razão pela qual a questão administrativa sequer poderia ser reputada um fato novo a justificar a medida de bloqueio de bens.

9. Por essa razão, o fato de o próprio Tribunal de origem já ter determinado, em anterior Agravo de Instrumento, a liberação dos bens dos demandados (fls. 210/218), aliado à constatação de

que penalidades administrativas não são, em si mesmas, elementos indiciários suficientes de improbidade, bem como a circunstância de a decisão da CVM ter sido anulada pela Justiça Federal, alcançando todos os que participaram daquele procedimento, conduzem este Tribunal Superior a concluir que não há motivos bastantes para a decretação de nova medida de indisponibilidade de bens dos Réus.

10. Parecer do MPF pelo desprovimento do Apelo Raro. Recurso Especial dos demandados conhecido e provido para determinar a exclusão da medida de indisponibilidade de bens dos ora Recorrentes na ACP de origem, mas sem qualquer antecipação quanto ao mérito da demanda, contudo, e, também, sem empecer que o Órgão Acusador, coligindo elementos adicionais que dêem suporte à postulação cautelar, possa renovar o pedido de medida assecuratória na origem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Benedito Gonçalves e Regina Helena Costa, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina (Presidente) e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr. Sérgio Roberto Roncador, pelas partes recorrentes: Eduardo Jorge Chame Saad e Delpha Empreendimentos e Participações Ltda e o Exmo. Sr. Dr. Antônio Carlos Fonseca da Silva, Subprocurador-Geral da República, pelo Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 4 de outubro de 2016 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 30.11.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Recurso Especial interposto por *Eduardo Jorge Chame Saad e Outra* com fulcro na alínea

a do art. 105, III da Constituição Federal contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que negou provimento a Agravo de Instrumento, cuja ementa foi lançada nos seguintes termos:

Agravo de Instrumento. Ação Civil de Improbidade Administrativa. Decisão que deferiu medida cautelar de indisponibilidade dos bens dos réus. Alegação de que não houve modificação na situação fática a autorizar a medida constritiva, nem demonstração de qualquer ato dos réus que indicassem a dilapidação de seu patrimônio. Agravante que sustenta, ainda, que a decisão administrativa que fundamentou a concessão da medida cautelar teve sua eficácia suspensa por decisão da Justiça Federal. Condenação na esfera administrativa que reforça os argumentos autorais e autorizam a concessão da medida, não obstante a suspensão de sua eficácia. Indícios de improbidade anteriores que, somados ao novo indício (condenação na esfera administrativa) configuram o *fumus boni iuris*. Desnecessidade de comprovação de *periculum in mora* concreto. Precedentes do STJ. Decisão que defere medida cautelar que não é contrária à lei ou teratológica, aplicando-se ao caso a Súmula n. 59 deste Tribunal. *Nega-se provimento ao recurso*, mantendo-se a decisão vergastada, na íntegra (fls. 277/285).

2. Nas razões de seu Apelo Raro, os Recorrentes sustentam que o aresto recorrido vulnerou os arts. 512, 535, I, aos seguintes argumentos:

(a) apesar da oportuna oposição de Embargos de Declaração, o Tribunal de origem não afastou os apontados vícios do Aresto recorrido, motivo pelo qual é nulo;

(b) a determinação de indisponibilidade patrimonial dos Réus em ACP por improbidade administrativa lastreia-se em estado de fato sobre o qual já se indeferiu anteriormente a medida constritiva, razão pela qual o Acórdão deve ser reformado. Alegam os Recorrentes que o único fundamento invocado pelo Tribunal Fluminense para confirmar o decreto de bloqueio de bens dos acionados foi a decisão da Comissão de Valores Mobiliários-CVM que impôs multa aos Recorrentes, decisão esta declarada nula pela Justiça Federal, por cerceamento de defesa. Defendem, assim, que a medida decretada na espécie se fundou em mera presunção, sem qualquer amparo legal.

3. Pleiteiam a reforma do acórdão recorrido, *a fim de cassar a indisponibilidade dos bens dos Recorrentes, eis que ausentes os fundamentos necessários a sua (re) concessão* (fls. 440/441).

4. O Apelo Raro teve seu processamento indeferido pela ilustre Vice-Presidência do Tribunal de origem, ao fundamento de que a pretensão do insurgente encontra óbice na Súmula 7/STJ (fls. 470/476). Sobreveio a

interposição do Agravo de fls. 480/488, em que os insurgentes afirmam ser desnecessário o reexame de fatos e provas em sede especial, sendo preciso apenas a atribuição de correta qualificação jurídica aos fatos já delineados no aresto de origem.

5. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República *Ana Borges Coêlho Santos*, opinou pelo *desprovemento do Agravo* (fls. 517/522).

6. Em face da relevância da matéria, determinou-se a conversão em Recurso Especial do Agravo interposto.

7. Em síntese, é o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Inicialmente, quanto à alegação de nulidade do aresto de origem por infringência do art. 535 do CPC, os Recorrentes sustentam que não teria sido afastado o vício de contradição no julgado *a quo*, pois, em sua visão, *a decisão recorrida, integralmente descrita no relatório do acórdão (fls. 269/271) não faz menção a nenhum outro fundamento para a formação da convicção do juízo acerca da necessidade de se deferir a indisponibilidade de bens. Somente se refere ao procedimento perante a CVM, e a respectiva decisão ali proferida, embasam o deferimento do pedido de indisponibilidade pelo juízo a quo (fls. 487/488).*

2. Sobre o tema, é bem verdade que a resposta dada pelo Tribunal de origem aos Embargos de Declaração opostos pelos ora Recorrentes teve fundamentação genérica (fls. 379/384), deixando de tecer comentários explícitos sobre a questão suscitada no recurso de pretensão integrativa.

3. Lado outro, é cediço que a verberada contradição há de ser interna, isto é, *a apresentação de fundamento num sentido e a conclusão em vetor oposto*, de modo que a solução da lide se torne inconciliável. Porém, na espécie, não se verifica tenha assim ocorrido, pois o Aresto *a quo* proclamou que a imposição de multa pela CVM aos demandados era fato novo e causa material para a decretação da indisponibilidade patrimonial na ACP por improbidade administrativa. Não há contradição alguma nessa linha de raciocínio. Assim, a pretensão de nulidade do acórdão por ofensa do art. 535 do CPC não merece acolhida.

4. Pois bem. Cinge-se a controvérsia em saber se estão presentes ou não *in casu* os requisitos materiais e processuais para o deferimento da medida de

indisponibilidade de bens dos Réus na Ação Civil Pública por supostos atos de improbidade administrativa.

5. Sobre o tema, dispõe o art. 7º, parág. único da Lei n. 8.429/1992 que a indisponibilidade de bens *recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.*

6. Em interpretação ao referido dispositivo, esta Corte Superior firmou o entendimento de que a decretação de indisponibilidade de bens em ACP por Improbidade Administrativa dispensa a demonstração de dilapidação ou a tentativa de dilapidação do patrimônio para a configuração do *perigo da demora*, o qual está implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/1992, bastando a demonstração da *fumaça do bom direito*, que consiste em indícios de atos ímprobos (REsp 1.366.721/BA, Rel. p/Acórdão Min. Og *Fernandes*, DJe 19.9.2014).

7. Conquanto dispensada a comprovação de dilapidação patrimonial para a efetivação da medida de bloqueio, entendeu-se, no julgado em testilha, que, para a manutenção da indisponibilidade, é imperiosa a aferição dos seguintes requisitos:

(a) sejam demonstrados fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que tenha causado lesão ao patrimônio público ou ensejado enriquecimento ilícito;

(b) seja adequadamente fundamentada pelo Magistrado, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição Federal);

(c) esteja dentro do limite suficiente, podendo alcançar tantos bens quantos forem necessários a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, levando-se em consideração, ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma; e

(d) seja resguardado o valor essencial para subsistência do indivíduo.

8. É importante registrar que *a extrema gravidade dos fatos veiculados na demanda e o enorme prejuízo aos cofres públicos, por mais que estejam a merecer as reprimendas legais, não podem servir para fundamentar a exclusão de quaisquer garantias constitucionais aplicáveis, como a do devido processo (...)* (AgRg no REsp. 1.203.495/MT, Rel. Min. *Napoleão Nunes Maia Filho*, DJe 9.10.2015).

9. Vê-se assim, que, conquanto se tenha por um lado o entendimento desta Corte Superior quanto à implicitude do perigo da demora nas pretensões de indisponibilidade de bens em ações destinadas a perscrutar atos de improbidade

administrativa, por outro é certo que o Órgão Acusatório e o Julgador não estão de modo algum exonerados da analítica demonstração da alta plausibilidade do direito alegado quanto à existência de *fortes indícios de responsabilidade na prática de ato ímprobo que lese o Erário ou gere proveito ilícito ao demandado*.

10. Observa-se que, na espécie, trata-se de uma repostulação de medida de indisponibilidade de bens em face dos Réus, acionados por atos de improbidade administrativa supostamente praticados em desfavor do *Fundo Único de Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro-Rioprevidência*, que causaram enriquecimento ilícito (art. 9º da LIA), dano ao patrimônio público (art. 10 da LIA) e ofenderam princípios nucleares administrativos (art. 11 da LIA), dada a participação de agentes públicos, empresas e particulares na venda e na compra, por meio de informações privilegiadas, de créditos imobiliários de instituição financeira liquidada – BANERJ, por meio de leilão alegadamente ficto, sem licitação e sem publicidade dos atos. A medida de indisponibilidade patrimonial, que já havia sido afastada preteritamente pelo TJ/RJ, foi novamente concedida na ACP.

11. No caso dos autos, constata-se que o Tribunal de origem negou provimento ao Agravo de Instrumento interposto pelos Réus, ao fundamento de que *malgrado o procedimento administrativo da Comissão de Valores Mobiliários ser de conhecimento das partes desde o início da demanda, a sua decisão final, sem quaisquer dúvidas, é fato novo que modificou a conjuntura dos autos em relação aos réus da demanda principal que foram punidos pela referida decisão. Este fato novo traz robustez aos argumentos dos autores, sendo forçoso reconhecer a existência de fumus boni iuris a autorizar a medida contestada* (fls. 281).

12. Embora seja certo que, em situações tais, o *perigo da demora* é presumido, nos termos do entendimento desta Corte Superior não há dispensa para apontamento da alta plausibilidade do direito e, quanto a esse elemento, não se pode considerar plenamente atendido o requisito. Explico-me.

13. Como dito, é incontroverso nos autos *que não é a primeira vez que foi determinada medida constritiva do patrimônio dos réus da demanda principal. Anteriormente a medida foi desconstituída, uma vez que, em sede recursal, entendeu-se que os requisitos legais não estariam presentes* (fls. 281).

14. Nos autos ora em exame, o Tribunal de origem, em sede de Agravo de Instrumento, confirmou a Decisão de Primeiro Grau que determinou a constrição patrimonial cautelar dos demandados, ao fundamento de que os Recorrentes foram condenados na seara administrativa (CVM) e que, por essa

razão, haveria um fato novo que robusteceria a existência dos indícios de prática de ato ímprobo.

15. Todavia, não se pode concordar com tal fundamento, pois, de partida, o espectro de investigação de condutas alegadamente ímprobos é totalmente distinto de uma apreciação em seara administrativa. Como é sabido, uma Autarquia como a CVM pode fazer uma análise sob o ponto de vista formalista, verificando objetivamente o cumprimento de regras procedimentais em matéria de transferência de títulos e valores mobiliários. Jamais poderá se dedicar a aspectos como má-fé, dolo, culpa, sobretudo quando a intenção é aplicar as severas sanções da Lei n. 8.429/1992.

16. Nesse sentido, a mera circunstância de haver uma imposição de penalidade por um órgão administrativo de supervisão do mercado de valores mobiliários não constitui indício de que uma conduta ímproba foi praticada na espécie. Não se pode estabelecer um liame entre multa administrativa e improbidade administrativa. Para a decretação da medida de indisponibilidade de bens, é preciso que se apresentem *elementos indiciários na esfera das improbidades, ou seja, prováveis condutas revestidas de má-fé, de dolo, de intuito de praticar atos lesivos ao Erário, de proveito ilícito e de ofensa a princípios administrativos.*

17. Ainda que fosse possível estabelecer uma ligação entre penalidade administrativa e improbidade, registre-se que o Acórdão recorrido, assim como a originária Decisão de Primeiro Grau atacada por Agravo de Instrumento, não cuidaram de descortinar os aspectos de fundo da Decisão Administrativa da CVM que impôs a penalidade aos Réus, o que, eventualmente, permitiria a verificação daquilo que a Corte de origem chamou de *cognição exauriente* dos fatos em sede administrativa. Nada se sabe nos autos, a não ser por excertos de matéria jornalística colacionados ao feito, a respeito dos motivos determinantes de penalização dos demandados. Impossível esclarecer, portanto, de que modo a solução administrativa teria alguma ligação com a pretensão de reconhecimento de ato ímprobo no caso concreto.

18. Bem por isso, a imposição de multa administrativa pode ser, quando muito, resultante de infrações em sede administrativa, por atos eventualmente ilegais ou irregulares - que devem, sim, ser punidos - mas que não estão necessariamente relacionados à improbidade administrativa; é a hipótese ora em exame.

19. Mais a mais, assinale-se haver notícia nos autos de que a propalada aplicação de penalidade administrativa pela CVM foi declarada nula pela Justiça

Federal, conforme informaram os Recorrentes (fls. 228/231), por cerceamento do direito constitucional de defesa, razão pela qual a questão administrativa sequer poderia ser reputada um fato novo a justificar a medida de bloqueio de bens.

20. Por essa razão, o fato de o próprio Tribunal de origem já ter determinado, em anterior Agravo de Instrumento, a liberação dos bens dos demandados (fls. 210/218); a constatação de que penalidades administrativas não são, por si só, elementos indiciários de improbidade; a circunstância de a decisão em procedimento administrativo da CVM ter sido anulado pela Justiça Federal, todos esses tópicos conduzem este Tribunal Superior a concluir que não há motivos para nova medida de indisponibilidade de bens dos Réus. O Aresto merece inegável reproche.

21. Diante dessas considerações, conhece-se do Recurso Especial dos Imputados e a ele se dá provimento, a fim de determinar a exclusão da medida de indisponibilidade de bens dos demandados na ACP de origem, sem qualquer antecipação quanto ao mérito da demanda, contudo, e sem empecer o Órgão Acusador de coligir novos elementos que permitam ulterior medida assecuratória na origem.

22. É como voto.