



Primeira Turma

**AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.
66.316-SP (2021/0123862-6)**

Relator: Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF5)

Agravante: Fazenda do Estado de São Paulo

Advogado: Marco Antonio Duarte de Azevedo e outro(s) - SP155915

Agravado: Alan Wesley Mazali Ferreira da Silva

Advogado: Enrico Carvalho Rezende Watanabe e outro(s) - SP355515

EMENTA

Administrativo. Agravo interno do Ente Bandeirante contra a solução unipessoal que concedeu a segurança em RMS ao candidato aprovado dentro do número de vagas. Alegação do Poder Público de que há situação econômico-financeira impeditiva à nomeação. Não comprovação da autoridade de que se estaria diante de hipótese fática excepcional apontada pela Corte Suprema no RE 598.099/MS, até porque a não nomeação dos legitimamente aprovados deve ser a última das oportunidades (RMS 57.565/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.08.2018). Agravo interno da Fazenda do Estado de São Paulo não provido.

1. Não se está a discutir a tese - já muito conhecida e reverenciada - de que a aprovação em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital convalida a mera expectativa em direito subjetivo do candidato a ser nomeado para o cargo a que concorreu e foi devidamente habilitado.

2. Discute-se se a espécie comportaria a aplicação das chamadas *situações excepcionais* elencadas pela Corte Suprema no RE 598.099/MS, alusivas aos critérios de superveniência, imprevisibilidade, gravidade e necessidade, que constituiriam o alicerce para a não nomeação dos aprovados pelo Poder Público.

3. Acerca do tema, esta Corte Superior tem a diretriz de que a recusa à nomeação dos aprovados dentro do número de vagas deve ser a última das oportunidades, quando realmente já não houver saída para a Administração Pública (RMS 57.565/SP, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, Segunda Turma, DJe 20.08.2018).

4. À luz desse julgado, no caso que ora se controverte, muito embora venha a brandir o estado das coisas – pandemia, crise econômica, limite prudencial atingido para despesas com pessoal –, que teria resultado em situação financeira impeditiva às nomeações, o fato é que, em observância ao caderno processual, não se verifica a existência dos reais elementos orçamentários que venham a embasar o não chamamento dos candidatos aprovados dentro do número de vagas.

5. Não se desconhece que, no caso concreto, tenha a autoridade apontada como coatora adotado providências em contingenciamento, no afã de afastar o risco de ultrapassar o limite da Lei de Responsabilidade Fiscal para as despesas com pessoal (fls. 272/275). Há, nos autos, planilhas alusivas à execução orçamentária. Contudo, não há evidências de que o órgão está diante das situações excepcionalíssimas anotadas pelo excelso STF, justificadoras do afastamento das nomeações, não sendo suficiente o alerta da Corte de Contas acerca do chamado limite prudencial.

6. Agravo Interno da Fazenda Bandeirante não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves (Presidente), Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de outubro de 2021 (data do julgamento).

Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF5), Relator

DJe 17.11.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF5):

1. Trata-se de Agravo Interno interposto pela *Fazenda do Estado de São Paulo*

contra decisão que deu provimento ao Recurso Ordinário da parte *Alan Wesley Mazali Ferreira da Silva*, assim ementada:

Administrativo e Processual Civil. Recurso em mandado de segurança. Concurso público. Candidato aprovado dentro do número de vagas. Direito líquido e certo à nomeação. Recurso ordinário do particular provido.

2. Em suas razões recursais, afirma a parte autora, em suma, *que a decisão do Exmo. Ministro Relator com o fundamento de que o acórdão proferido pelo TJSP não seguiu a determinação do STF, ao julgar o mérito do RE 598.099/MS, que afasta a obrigatoriedade da contratação de candidato aprovado dentro das vagas previstas no edital do concurso público somente quando ocorrer situação excepcional que tenham as seguintes características: (a) superveniência; (b) imprevisibilidade; (c) gravidade; e (d) necessidade (fls. 503).*

3. Pugna, desse modo, pela reconsideração da decisão ora atacada ou a apresentação do feito à Turma Julgadora para que seja provido recurso dirigido ao Colegiado.

4. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF5) (Relator): 1. A alegação da parte recorrente, a Fazenda Bandeirante, está centrada na seguinte tese: *o acórdão recorrido bem fundamentou a negativa da impetração, justificando que todos os requisitos do julgado paradigma do STF para negar o mandamus estavam presentes (fls. 503/504).*

2. Inicialmente, a autora comprovou, na petição inicial, que foi aprovada em 1º lugar para provimento de dois cargos de Assistente Social Judiciário.

3. Tem aportado nesta Corte Superior pródigos recursos interpostos por candidatos aprovados em concursos públicos, insurgências dirigidas contra a denegação da segurança pelo Tribunal de Justiça Bandeirante, este que, em sua fundamentação, tem albergado a tese da autoridade coatora de que, por restrições financeiras diversas - atinentes a leis orçamentárias, pandemia, crise econômica no país - estaria o Poder Público com a chancela factual para não nomear aqueles que obtiveram, dentro do número de vagas, o êxito no certame.

4. Nas situações que têm sido analisadas por este Tribunal Superior, a autoridade coatora se ancora na compreensão emanada do RE 598.099/MS,

no qual a Suprema Corte teria elencado as hipóteses excepcionais – a partir dos critérios de superveniência, imprevisibilidade, gravidade e necessidade – que constituiriam o alicerce para a não nomeação dos aprovados.

5. Contudo, muito embora venha a brandir esse estado das coisas – pandemia, crise econômica, limite prudencial atingido para despesas com pessoal –, que teria resultado em situação financeira impeditiva às nomeações, o fato é que, em observância ao caderno processual, não se verifica a existência dos reais elementos orçamentários que venham a embasar o não chamamento dos candidatos aprovados dentro do número de vagas.

6. Um aspecto que deve ser ressaltado é que, se foram oferecidas vagas de concurso pelo Poder Público, sem que houvesse a segurança orçamentária devidamente blindada para o certame, indene, portanto, a vicissitudes econômico-sociais, se está diante de ato de gestor público que pode até mesmo ser elencado como ilícito administrativo. Assim, a recusa à nomeação deve ser a última das oportunidades, quando realmente já não houver saída, consoante já noticiou esta Corte Superior (RMS 57.565/SP, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, Segunda Turma, DJe 20.08.2018).

7. Não se desconhece que, no caso concreto, tenha a autoridade apontada como coatora adotado providências de contingenciamento, no afã de afastar o risco de ultrapassar o limite da Lei de Responsabilidade Fiscal para as despesas com pessoal (fls. 272/275). Há, nos autos, planilhas alusivas à execução orçamentária. Explicou o ilustre Presidente da Corte de Justiça Estadual que, *ao assumir a Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo me deparei com o seguinte preocupante cenário orçamentário: (i) o déficit orçamentário de 2019 ainda não havia sido objeto de suplementação; (ii) o orçamento para 2020 mostrava-se insuficiente para fazer frente a todas as despesas previstas; e (iii) de acordo com a modulação de efeitos deliberada pelo TCE/SP, a nova forma de cálculo do teto de despesas com pessoal (considerando as perdas do FUNDEB) passaria a vigor em janeiro 2021* (fls. 250).

8. É bem verdade que, consoante anotou no aresto recorrido o saudoso Desembargador *Antonio Carlos Malheiros*, a atual situação mundial advinda pela pandemia atingiu, sem dúvida alguma, a rotina ordinária das Cortes do País, como a Bandeirante, o que inviabiliza, em certas ocasiões, apuradas topicamente, a posse dos aprovados em concurso. Mas, consoante anotou o douto Julgador, isso se dá em virtude do contexto pandêmico, razão pela qual, por essa exclusiva circunstância, é necessário aguardar-se o reestabelecimento das atividades normais para a posse dos aprovados.

9. Contudo, no caso concreto, a situação não é cifrada exclusivamente ao cerne da pandemia, razão pela qual não há evidências de que o órgão está diante das situações excepcionalíssimas anotadas pelo excelso STF, justificadoras do afastamento das nomeações, não sendo suficiente o alerta da Corte de Contas acerca do chamado limite prudencial.

10. Saliente-se, ademais, que assistentes sociais foram nomeados para algumas comarcas (fls. 251).

11. Aliás, esse tem sido o desfecho de soluções unipessoais desta Corte Superior, isto é, reconhecendo o direito líquido e certo dos candidatos aprovados ao cargo de Assistente Social Judiciário, em diversas oportunidades nas quais se enfrentou casos símiles: RMS 64.751/SP, Rel. Min. *Gurgel de Faria*, DJe 13.08.2021; AgInt no RMS 66.311/SP, Rel. Min. *Herman Benjamin*, DJe 30.08.2021; RMS 64.890/SP, Rel. Min. *Og Fernandes*, DJe 01.09.2021; RMS 65.389/SP, Rel. Min. *Og Fernandes*, DJe 01.09.2021; RMS 66.693/SP, Rel. Min. *Gurgel de Faria*, DJe 15.09.2021; RMS 66.110/SP, Rel. Min. *Benedito Gonçalves*, DJe 21.09.2021; RMS 66.130/SP, Rel. Min. *Benedito Gonçalves*, DJe 21.09.2021; RMS 66.238/SP, Rel. Min. *Benedito Gonçalves*, DJe 21.09.2021; RMS 65.105, Rel. Min. *Gurgel de Faria*, DJe 01.10.2021.

12. Bem por isso, não se constata argumentos suficientes a desabonar a conclusão adotada pela decisão monocrática de que a parte impetrante tem o direito a ser efetivamente nomeada, por ter sido aprovada dentro do número de vagas.

13. Mercê do exposto, nega-se provimento ao Agravo Interno do Ente Bandeirante, reputando-se prejudicado o pedido de efeito suspensivo. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.347.443-RJ (2012/0208301-8)

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Recorrido: Ivan Moreira dos Santos

Advogado: Mauro Roberto Gomes de Mattos e outro(s) - RJ057739

Recorrido: Câmara Municipal do Rio de Janeiro
Procurador: Sérgio Antônio Ferrari Filho e outro(s) - RJ085984

EMENTA

Administrativo. Processual Civil. Recurso especial. Ação civil pública. Anulação da nomeação e posse de vereador para o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro. Alegação de inexistência de reputação ilibada e idoneidade moral. Inépcia da inicial afastada. Possibilidade jurídica do pedido evidenciada. Recurso do *Parquet* autor provido.

1. Ao examinar a petição inicial da ação civil pública em tela, a Corte de origem declarou-a inepta, ao fundamento de que o pedido de anulação da nomeação e posse do demandado não teria atacado o Decreto Legislativo que materializou sua escolha para o cargo de Conselheiro da Corte de Contas do Município do Rio de Janeiro.

2. A alegada falta de idoneidade moral e de reputação ilibada do réu contamina, em tese, também os subseqüentes atos administrativos do respectivo *iter* para a ocupação do cargo, de feição complexa, alcançando, pois, as próprias nomeação e posse do demandado para a vaga de Conselheiro do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, por isso que não há falar em inépcia da inicial.

3. A indicação e a nomeação de Conselheiro para uma Corte de Contas não constitui ato administrativo puramente discricionário, fruto do livre arbítrio do poder político, haja vista que os requisitos da idoneidade moral e da reputação ilibada consubstanciam exigências normativas que vinculam a escolha política tanto do Poder Legislativo, ao indicar o nome para o cargo, como do Poder Executivo, ao proceder à respectiva nomeação.

4. É cediço que a idoneidade moral e a reputação ilibada constituem conceitos que estão imbricados com o da moralidade administrativa e, embora indeterminados, possuem densidade mínima a permitir o seu escrutínio judicial.

5. A discussão sobre ser possível ao Judiciário sindicarem aspectos concernentes à moralidade administrativa, no âmbito do preenchimento

de cargos públicos, de há muito se acha superada, como demonstram os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal: *ADC 12/DF* (Rel. Ministro Ayres Britto, DJe 18/12/2009, Pleno); *ADI 4.578/DF* (Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 29/6/2012, Pleno); *RE 560.900/DF* (Rel. Ministro Roberto Barroso, DJe 17/8/2020, Pleno, repercussão geral).

6. A escolha e nomeação de Conselheiro para o Tribunal de Contas, como qualquer outro ato administrativo, deve se pautar em critérios de elevado padrão moral e ético, nos termos do art. 37 da Constituição Federal, cujo controle será objetivamente realizado por meio de dados concretos, ou seja, aptos a aferir a adequação da conduta do agente frente ao império da lei e da Constituição.

6. Frente ao panorama do caso concreto, revela-se presente a possibilidade jurídica do pedido veiculado pelo *Parquet* na reportada ação civil pública, visto que se traduz em pleito não vedado pelo vigente ordenamento jurídico, sendo legítima a pretendida aferição judicial do atendimento aos requisitos estabelecidos/reproduzidos no art. 91, II, da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro.

7. Recurso especial do *Parquet* autor provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial e julgar prejudicado o AREsp 229.664/RJ, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sérgio Kukina.

Dr. Sérgio Antônio Ferrari Filho, pela parte recorrida: Câmara Municipal do Rio de Janeiro

Brasília (DF), 19 de outubro de 2021 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Trata-se de recurso especial manejado pelo *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, com fundamento no art. 105, III, *a*, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do referido Estado, assim ementado (fl. 586):

1. *Agravo de instrumento.*

2. *Ação civil pública proposta pelo Ministério Público, com pedidos de anulação da nomeação e posse de Conselheiro no Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, em vaga pertencente ao Poder Legislativo.*

3. *Inépcia da inicial, que não ataca o decreto legislativo, o qual materializa a escolha do candidato, constituindo-se no primeiro elo do ato complexo, que se aperfeiçoa pela nomeação pelo Chefe do Poder Executivo e posse perante o Presidente do Tribunal de Contas do Município.*

4. *Pretensão, ademais, que deveria se dirigir à perda do cargo, no qual já foi o mesmo empossado, respeitado o ato jurídico perfeito, na forma do art. 5º, XXXVI da Carta Política Brasileira.*

5. *De outro lado, o argumento que sustenta a inicial, ausência de idoneidade moral e reputação ilibada, ambas de caráter subjetivo, não podem ser aferidas pelo Poder Judiciário, sendo privativos do Poder Legislativo, na forma dos artigos 73 e 75 da Carta Magna, simetricamente adotados pelo artigo 128 da Constituição Estadual e pelo artigo 91 da Lei Orgânica do Município, incidente a regra da separação dos poderes, inscrita no artigo 2º da Constituição Federal.*

6. *Manifesta a impossibilidade jurídica do pedido.*

7. *A escolha se constitui em ato de poder, discricionário, imune à apreciação pelo Poder Judiciário, que somente poderia pronunciar-se se desobedecido critério objetivo.*

8. *Precedente deste Tribunal, relativamente ao Tribunal de Contas do Estado.*

9. *Recursos providos.*

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados ante a inexistência dos vícios elencados no art. 535 do CPC/73.

Irresignada, a parte recorrente aponta violação aos arts. 267, VI, e 295, I, do CPC/73. Para tanto, sustenta que, “tratando-se indubitavelmente de ato complexo, revela-se totalmente desnecessário impugnar cada passo que redundou na nomeação e posse do demandado *Ivan Moreira*, na medida em que os atos culminantes da sucessão de atos administrativos pretéritos já são objeto de impugnação” (fl. 627).

Aduz que o acórdão recorrido incorreu em equívoco ao afirmar “que, nomeado o demandado, formalizando-se ‘ato jurídico perfeito’, a irresignação do Ministério Público deveria se voltar para a perda do cargo e não para a anulação da nomeação e posse” (fl. 628). Em acréscimo, afirma que “os requisitos ‘reputação ilibada’ e ‘idoneidade moral’ são pressupostos para a nomeação e posse de alguém no cargo em análise. A ausência destes, por óbvio, torna inviável a assunção ao cargo, não se tratando de hipóteses que ensejam a sua perda” (fl. 628).

Argumenta, por fim, que “não há qualquer vedação legal ao pedido de anulação da nomeação e posse de conselheiro de tribunal de contas com fundamento na constatação de que este não preenche os requisitos de idoneidade moral e reputação ilibada” (fl. 631), de modo que não se pode cogitar a hipótese de pedido juridicamente impossível.

O Ministério Público Federal, em pronunciamento firmado pelo i. Subprocurador-Geral da República José Elaeres Marques Teixeira, opinou pelo provimento do recurso (fls. 795/801).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): Registre-se, de logo, que o acórdão recorrido foi publicado na vigência do CPC/73; por isso, no exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso, será observada a diretriz contida no Enunciado Administrativo n. 2/STJ, aprovado pelo Plenário desta Corte, na Sessão de 9 de março de 2016 (*Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 – relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016 – devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*).

Feita essa observação, verifica-se que o recurso especial merece conhecimento, pois as teses nele veiculadas são eminentemente de Direito Processual Civil, de forma que a solução da presente controvérsia não enseja a interpretação da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, muito menos o reexame de matéria fática. Ademais, nota-se que as questões relativas à inépcia da inicial e à possibilidade jurídica do pedido foram prequestionadas perante a Corte de origem.

Passo, pois, ao exame do mérito recursal.

Com efeito, a pretensão veiculada pelo Ministério Público fluminense, na peça inaugural da subjacente ação civil pública (petição copiada às fls. 32/89), visa “anular a nomeação e a posse do demandado Ivan Moreira dos Santos ao exercício do cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro” (fl. 88), sob o argumento de que o réu não atenderia aos requisitos de idoneidade moral e reputação ilibada exigidos pelo art. 91, II, da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro.

Ao examinar a petição inicial da demanda, o Colegiado de origem declarou-a inepta, ao fundamento de que o pedido formulado para anular a nomeação e a posse do referido Conselheiro não teria atacado o ato administrativo principal, qual seja, o Decreto Legislativo n. 622, de 21/06/2007, que materializou a escolha do então Vereador para o cargo de Conselheiro Municipal de Contas, nestes termos (fl. 594):

À toda evidência não se mostra possível o ataque judicial à nomeação e posse, atos jurídicos perfeitos e acabados, se o ato público principal, a escolha, se mantiver inatacada, incólume.

À toda evidência, embora alertado nos autos, o Parquet não aditou a inicial, como se fazia necessário, para pedir a anulação do Decreto Legislativo n. 622, substituindo apenas seus pedidos de “nomeação e posse do demandado”.

Inepta, pois, se mostra a inicial, até porque além de ausente pretensão de anulação do diploma legislativo, na verdade o objetivo deveria ser a perda do cargo, o qual já estava exercendo.

No entanto, ao contrário do que entendeu o Tribunal estadual, o vício que, *em tese*, macularia o Decreto Legislativo n. 622, não se circunscreve a esse ato isoladamente, pois a alegada falta de idoneidade moral e de reputação ilibada do réu contamina, em tese, também aos subsequentes atos administrativos do respectivo *iter* para a ocupação do cargo, de feição complexa, alcançando, pois, as próprias nomeação e posse de Ivan Moreira dos Santos para a vaga de Conselheiro do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, por isso que não há falar em inépcia da inicial.

Nessa linha de raciocínio, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO explica que, “Nos procedimentos administrativos, os atos previstos como anteriores são condições indispensáveis à produção dos subsequentes, de tal modo que estes últimos não podem validamente ser expedidos sem antes completar-se a fase precedente. Além disto, o vício jurídico de um ato anterior contamina o posterior, na medida em que haja entre ambos um relacionamento

lógico incidível” (*Curso de direito administrativo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 453).

Portanto, a obrigação de se declarar a prática de ato nulo, causador de dano à moralidade administrativa e à coletividade, não está circunscrita ao Decreto Legislativo n. 622, cuja eventual nulidade acarretará na também invalidade dos atos subsequentes e imprescindíveis à complexa conformação do ato final, que se ultima com a nomeação e posse do indicado para o cargo.

Em tal contexto, verifica-se que a inicial da ação civil pública *não se revela inepta*.

Já no que respeita à proclamada *impossibilidade jurídica do pedido*, o acórdão recorrido também merece reforma.

Conforme reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal, “*A possibilidade jurídica do pedido se traduz em apurar se a pretensão deduzida pela parte mostra-se compatível com a possibilidade de eventual entrega de tutela jurisdicional, seja em face da existência de regulação normativa que, em tese, possa amparar o pedido, seja em razão da inexistência de vedação legal ou de incompatibilidade com o ordenamento jurídico*” (REsp 1.721.028/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 23/5/2018).

Ao analisar a matéria, a Corte de origem decidiu que a pretensão inicial seria juridicamente impossível, visto que, “*tratando-se de requisitos subjetivos, somente o próprio Poder Legislativo tinha legitimidade para apreciá-los, sendo defeso ao Poder Judiciário interferir, sob pena de ofensa à regra constitucional da Separação dos Poderes*” (fl. 595).

No entanto, certo é que a indicação e a nomeação de Conselheiro para uma Corte de Contas *não constitui ato administrativo puramente discricionário*, fruto do livre arbítrio do poder político, haja vista que os requisitos da idoneidade moral e da reputação ilibada consubstanciam exigências normativas que vinculam a escolha política tanto do Poder Legislativo, ao indicar o nome para o cargo, como do Poder Executivo, ao proceder à respectiva nomeação.

De outra parte, é cediço que a idoneidade moral e a reputação ilibada, na espécie examinada, constituem conceitos que estão imbricados com o da *moralidade administrativa* e, embora indeterminados, possuem densidade mínima a permitir o seu *escrutínio judicial*.

A respeito da moralidade administrativa, calha invocar o ensinamento de Hely Lopes Meirelles:

A moralidade administrativa está intimamente ligada ao conceito do 'bom administrador', que, no dizer autorizado de Franco Sobrinho, 'é aquele que, usando de sua competência legal, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum'. Há que conhecer, assim, as fronteiras do lícito e do ilícito, do justo e do injusto, nos seus efeitos. E explica o mesmo autor: 'Quando usamos da expressão nos seus efeitos, é para admitir a lei como regra comum e medida ajustada. Falando, contudo, de boa administração, referimo-nos subjetivamente a critérios morais que, de uma maneira ou de outra, dão valor jurídico à vontade psicológica do administrador'. O inegável é que a moralidade administrativa integra o Direito como elemento indissociável na sua aplicação e na sua finalidade, erigindo-se em fator de legalidade. (*Direito administrativo brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 93-94).

Já a discussão sobre ser possível ao Judiciário indicar aspectos concernentes à moralidade administrativa, no âmbito do preenchimento de cargos públicos, de há muito se acha superada, como demonstram os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal: *ADC 12/DF* (Rel. Ministro Ayres Britto, DJe 18/12/2009, Pleno), quando se vedou o nepotismo no âmbito do Judiciário; *ADI 4.578/DF* (Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 29/6/2012, Pleno), em que alguns dispositivos da Lei da Ficha Limpa foram declarados constitucionais; e *RE 560.900/DF*, julgado sob o rito da repercussão geral (Rel. Ministro Roberto Barroso, DJe 17/8/2020, Pleno), fixando-se a tese de que, "Sem previsão constitucionalmente adequada e instituída por lei, não é legítima a cláusula de edital de concurso público que restrinja a participação de candidato pelo simples fato de responder a inquérito ou ação penal".

Destarte, a escolha e nomeação de Conselheiro para o Tribunal de Contas, como qualquer outro ato administrativo, deve se pautar em critérios de elevado padrão moral e ético, nos termos do art. 37 da Constituição Federal, cujo controle será objetivamente realizado por meio de dados concretos, ou seja, aptos a aferir a adequação da conduta do agente frente ao império da lei e da Constituição.

Frente ao panorama do caso concreto, revela-se *presente a possibilidade jurídica* do pedido veiculado pelo *Parquet* na reportada ação civil pública, visto que se traduz em pleito não vedado pelo vigente ordenamento jurídico, sendo legítima a pretendida *aferição judicial* do atendimento aos requisitos estabelecidos/reproduzidos no art. 91, II, da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro.

Ante o exposto, dá-se *providimento* ao presente recurso especial do MPRJ, nos termos da fundamentação acima. Por conseguinte, afastados os óbices da inépcia

da inicial e da impossibilidade jurídica do pedido nela formulado, determina-se o retorno dos autos à Corte de origem para que prossiga no julgamento dos demais temas veiculados no agravo de instrumento interposto às fls. 05/30.

Em desdobramento, resta *prejudicado o AREsp 229.664/RJ*, manejado pela Câmara Municipal do Rio de Janeiro, eis que objeto de anterior decisão monocrática de provimento por parte deste relator, cujo decisório foi posteriormente cumprido pelo douto Tribunal local, com decisão já transitada em julgado.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.562.104-PE (2015/0259384-0)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves
Recorrente: União
Recorrido: Robson Goncalves Ribeiro
Advogado: Defensoria Pública da União

EMENTA

Administrativo. Recurso especial. Curso de reciclagem de vigilantes. Negativa de registro. Existência de ação penal não transitada em julgado. Crimes dolosos contra vida e crime de violência doméstica contra a mulher. Comportamento incompatível com a profissão. Valoração negativa da conduta do acusado. Legalidade do ato atacado. Impossibilidade de homologação. Princípio da presunção de inocência. Violação não ocorrente.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que viola o princípio da presunção de inocência o impedimento de registro e homologação de curso de formação ou reciclagem de vigilante por ter sido verificada a existência de inquérito ou ação penal não transitada em julgado, notadamente quando o delito imputado não envolve o emprego de violência contra pessoa ou comportamento incompatível com as funções de vigilante. Precedentes.

2. No caso dos autos, o recorrido teve indeferido o seu pedido de registro do curso de reciclagem de vigilante em razão de estar sendo processado criminalmente por 2 (dois) crimes dolosos contra a vida (sendo um deles de tentativa de homicídio com emprego de arma de fogo) e 1 (um) crime de violência doméstica contra a mulher, o que denota incompatibilidade com o exercício da profissão de vigilante, porquanto atentam contra a integridade física da pessoa humana, a carregar uma valoração negativa da conduta exigida do profissional. Precedentes: AgInt no REsp 1.705.426/MA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 12/08/2020; AgInt no AREsp 1.565.262/AC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27/04/2020; AgInt no REsp 1.706.849/RJ, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 18/06/2020; AgInt no AREsp 1.209.958/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 28/06/2018; AgInt no REsp 1.428.839/PE, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 05/09/2017.

4. Assim, o acórdão de origem merece reforma, para reconhecer a legalidade do ato administrativo que negou a participação do recorrido no curso de formação de vigilante, julgando improcedente a demanda.

5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de novembro de 2021 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 23.11.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto pela União, com fundamento no artigo 105, III, “a” e/ou “c”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo TRF da 5ª Região, assim ementado (fl. 121/122):

Constitucional e Administrativo. Participação de candidato que responde a ações penais em curso de reciclagem de vigilantes. Possibilidade.

1. Hipótese em que se discute se o autor faz jus a que lhe seja autorizada, pela Polícia Federal, a participação em curso de reciclagem de formação de vigilantes, o que lhe foi obstado por se encontrar respondendo a três ações penais, sendo duas de competência do Tribunal do Juri e uma da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher;

2. A Portaria DG/DP n. 387/2006 inovou quando, em seu art. 109, VI, exige do candidato a vigilante “ter idoneidade comprovada mediante a apresentação de antecedentes criminais, sem registros de indiciamento em inquérito policial, de estar sendo processado criminalmente ou ter sido condenado em processo criminal”;

3. Portaria é ato infralegal e, como tal, não pode limitar direitos. Demais disso, a limitação nela contida tampouco poderia ser objeto de lei em sentido estrito, uma vez que representa afronta ao princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da CF/88;

4. Apenas a existência de decisão penal condenatória com trânsito em julgado pode ser usada para valoração negativa de antecedentes, e não ações penais em andamento;

5. Apelação provida.

Os embargos de declaração foram rejeitados, conforme acórdão de fls. 139/141.

Em suas razões, a recorrente alega que o acórdão de origem, ao entender que o indiciamento do recorrido em inquérito policial não seria obstáculo à matrícula em curso de reciclagem para vigilante, contrariou frontalmente a jurisprudência do próprio TRF da 5ª Região, assim como os artigos 16, VI e 19, da Lei 7.102/1983, 4º, I, 7º e § 2º e 10 da Lei 10.826/2003, que expressamente dispõem ser inviável o exercício da profissão de vigilante, que requer porte de arma, caso o indivíduo esteja respondendo a algum processo criminal.

Assevera que, *“por ser uma atividade com potencial perigo para a população, uma vez que confere o porte de arma ao vigilante, é natural que o legislador condicione*

o exercício da referida profissão em critérios bastante rígidos, dentre eles a propalada notoriedade, afastada no caso concreto pelo fato de responder o recorrido a uma ação criminal” (fls. 153).

Defende que “*a impossibilidade de se impor pena àqueles que ainda não tenham sentença condenatória transitada em julgado, decorrente do princípio da presunção de inocência, não se incompatibiliza com a imposição de rígidas exigências para o exercício de atividade potencialmente perigosa para a população, vez que esses requisitos não têm a natureza de pena” (fls. 154).*

Desta feita, conclui que “*não houve qualquer tipo de irregularidade no fato da autoridade impetrada ter se negado a inscrevê-lo no Curso de Reciclagem para Vigilantes, uma vez que tal ato foi exercido de acordo com a plena legalidade, logo não há que se falar em irregularidade no caso em tela” (fls. 155).*

Com contrarrazões às fls. 175/179.

É o relatório. Passo a decidir.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Os autos são oriundos de Ação ordinária ajuizada por Robson Gonçalves Ribeiro, visando o reconhecimento da nulidade do ato administrativo praticado pela União, que indeferiu o pedido de inscrição no curso de formação de vigilante, em razão do autor estar sendo processado em três processos criminais, dois relativos a crimes dolosos contra a vida, de competência do Tribunal do Júri, e outro em tramitação na Vara de violência doméstica e contra a mulher).

Na sentença, a ação foi julgada improcedente, sendo que o Tribunal de origem entendeu por bem dar provimento ao apelo do autor, ao fundamento de que a Portaria DG/DP n. 387/2006, ao exigir do candidato a vigilância a ausência de inquéritos e ações penais em curso, trouxe limitação além da exigida na legislação aplicada (Lei 7.102/93), afrontando, também, o princípio da inocência, previsto no artigo 5º, LVII, da CF.

Na presente insurgência, a União defende a validade das normas que condicionam o exercício da profissão de vigilante à ausência de antecedentes criminais e inquéritos ou ações penais em curso.

A esse respeito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que viola o princípio da presunção de inocência o impedimento de registro e homologação de curso de formação ou reciclagem de vigilante, por ter sido

verificada a existência de inquérito ou ação penal não transitada em julgado, notadamente quando o delito imputado não envolve o emprego de violência contra pessoa ou comportamento incompatível com as funções de vigilante.

Nesse sentido:

Administrativo e Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Negativa de homologação do curso de formação de vigilantes, em razão da alegada existência de ocorrências policiais. Inexistência de ações penais em andamento. Juntada de certidões negativas de antecedentes criminais. Princípio da presunção de inocência. Jurisprudência dominante do STJ. Súmula 568/STJ. Agravo interno improvido.

(...)

II. No acórdão objeto do Recurso Especial, o Tribunal de origem manteve sentença que, por sua vez, julgara improcedente o pedido, em ação na qual a parte agravada se insurge contra a negativa, em 02/08/2012, de homologação de Certificado de Conclusão e Aprovação no Curso de Vigilante, concluído em julho de 2012. *Conforme consignado nos autos, o indeferimento da homologação do Certificado fora fundamentado apenas na existência de ocorrências policiais nas quais o agravado figurou como investigado, todas anteriores a 2010, inexistindo sequer ações penais em curso, conforme provado no processo.*

III. Segundo a jurisprudência dominante do STJ, não havendo sentença condenatória transitada em julgado, a existência de inquérito policial ou processo em andamento - o que não existe, no caso dos autos - não pode obstar o exercício da profissão de vigilante, em respeito ao princípio da presunção de inocência. Precedentes do STJ: REsp 1.706.970/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 19/12/2017; AgInt no AREsp 622.877/PE, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 19/12/2017; AgInt no REsp 1.378.253/PE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 25/08/2017; REsp 1.604.113/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 20/09/2016; AgRg no REsp 1.555.653/PE, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Federal convocada do TRF/3ª Região), Segunda Turma, DJe de 15/02/2016; AgRg no REsp 1.452.502/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 03/09/2015; AgRg no REsp 1.542.026/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 14/09/2015; AgRg no AREsp 504.196/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 11/09/2014; EDcl nos EDcl no REsp 1.125.154/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 08/02/2011.

(...)

V. Agravo interno improvido (AgInt no REsp 1.543.839/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 24/05/2018)

(Inquéritos policiais envolvendo os crimes de: i) vias de fato; ii) perturbação, sossego alheio, desordem, desacato; iii) posse de entorpecentes; iv) Porte ilegal arma fogo; e v) duas contravenções referente à pessoa).

Administrativo. Participação em curso de reciclagem de vigilante. Antecedentes criminais. Sem sentença proferida. Pretensão de reexame fático-probatório. Incidência do Enunciado n. 7 da Súmula do STJ. Acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência desta Corte.

I - No caso dos autos a Corte de origem considerou o contexto fático-probatório dos autos para afastar a possibilidade de ser considerado antecedente criminal a situação dos autos, conforme se percebe do seguinte trecho do acórdão (fl. 94): “Assim postos os fatos, não deve ser considerado como antecedente criminal, para o fim de obstar o registro do curso de vigilante no Departamento de Polícia Federal, o fato de o indivíduo estar respondendo a ação penal pela prática do crime previsto no art. 251, caput, § 3º, do Código Penal Militar, por suposta obtenção de empréstimo pessoal junto à Fundação Habitacional do Exército - FHE, mediante uso de documento adulterado, e espera o desfecho da ação há mais de 10 (dez) anos, sem ter sido o processo sequer sentenciado”.

II - Para se alterar as conclusões da Corte de origem seria necessário o reexame fático-probatório, inviável em recurso especial, conforme previsão do enunciado n. 7 da Súmula do STJ: “a pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial”.

III - Ademais, no caso dos autos, o processo utilizado para fundamentar a proibição de participação da parte autora no curso de formação, sequer foi sentenciado, conforme informa o acórdão recorrido. *Esta Corte tem jurisprudência pacífica no sentido de que “viola o princípio da presunção de inocência o impedimento de participação ou registro de curso de formação ou reciclagem de vigilante, por ter sido verificada a existência de Inquérito ou Ação Penal não transitada em julgado”.* Nesse sentido: REsp 1.706.970/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28/11/2017, DJe 19/12/2017; ARE 943.503 AgR, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 09/12/2016, Processo Eletrônico DJe-017 divulg 31-01-2017 public 01-02-2017. Precedentes: AgInt no AREsp 948.181/SP, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 27.10.2016; REsp 1.604.113/DF, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 20.9.2016; AgRg no REsp 1.561.915/PB, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 14.3.2016; AgRg no REsp 1.452.502/SC, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 3.9.2015. Precedentes do STF: RE 952.501 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 25.8.2016; RE 914.121 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 12.2.2016; AgInt no REsp 1.601.353/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 21/02/2017, DJe 13/03/2017.

IV - Agravo interno improvido (AgInt no AgInt no AREsp 947.237/BA, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 06/03/2018).

Processual Civil e Administrativo. Curso de formação de vigilante. Homologação. Existência de inquérito ou ação penal não transitada em julgado. Caso concreto. Inocência. Presunção.

(...)

2. *É firme a orientação da jurisprudência do STJ de que viola o princípio da presunção de inocência o impedimento de registro e homologação de curso de formação ou reciclagem de vigilante, por ter sido verificada a existência de inquérito ou ação penal não transitada em julgado, notadamente quando o delito imputado não envolve o emprego de violência contra pessoa ou comportamento incompatível com as funções de vigilante.*

3. *Hipótese em que o agravado está respondendo a inquérito policial pela suposta prática de crime contra a propriedade intelectual (violação de direito autoral - art. 184 do Código Penal), o que não evidencia a incompatibilidade dele com a atividade pretendida.*

4. Agravamento interno desprovido (AglInt no AREsp 1.039.920/MG, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 19/12/2017).

Processual Civil e Administrativo. Curso de formação de vigilante. Homologação. Existência de inquérito ou ação penal não transitada em julgado. Caso concreto. Inocência. Presunção.

(...)

2. *É firme a orientação da jurisprudência do STJ de que viola o princípio da presunção de inocência o impedimento de registro e homologação de curso de formação ou reciclagem de vigilante, por ter sido verificada a existência de inquérito ou ação penal não transitada em julgado, notadamente quando o delito imputado não envolve o emprego de violência contra pessoa ou comportamento incompatível com as funções de vigilante.*

3. *Hipótese em que o agravado foi denunciado por crime de trânsito (art. 306, da Lei n. 9.503/95 - condução de veículo automotor sob a influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência), o que não evidencia a incompatibilidade dele com a atividade pretendida.*

4. Agravamento interno desprovido (AglInt no AREsp 622.877/PE, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 19/12/2017)

Processual Civil. Julgamento monocrático pelo relator. Nulidade. Inexistência. Curso de formação de vigilante. Homologação. Existência de inquérito ou ação penal não transitada em julgado. Inocência. Presunção. Caso concreto.

(...)

3. *É firme a orientação da jurisprudência do STJ de que viola o princípio da presunção de inocência o impedimento de registro e homologação de curso de formação ou reciclagem de vigilante, por ter sido verificada a existência de inquérito ou ação penal não transitada em julgado, notadamente quando o delito imputado não envolve o emprego de violência contra pessoa ou comportamento incompatível com as funções de vigilante.*

4. *Hipótese em que o agravado foi denunciado por homicídio culposo na direção de veículo automotor, o que não guarda relação ou incompatibilidade com a atividade pretendida.*

5. Agravamento interno desprovido (Aglnt no REsp 1.544.125/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 30/05/2017)

Administrativo. Agravamento interno no recurso especial. Curso de reciclagem de vigilantes. Negativa de registro em razão da existência de ação penal não transitada em julgado. Falsidade ideológica. Impossibilidade. Idoneidade que não pode ser ilidida pela existência de delito episódico, que não traga consigo uma valoração negativa sobre a conduta exigida ao profissional. Violação do princípio da presunção de inocência. Precedentes.

1. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, não havendo sentença condenatória transitada em julgado, a existência de inquérito policial ou processo em andamento não pode obstar o exercício da profissão de vigilante, em respeito ao princípio da presunção de inocência.* Precedentes: Aglnt no REsp 1.605.674/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 10/03/2017; AgRg no REsp 1.452.502/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 3/9/2015; Aglnt no AREsp 948.181/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 27/10/2016.

2. *Na hipótese dos autos, tem-se que o agravado teve indeferido o pedido de registro dos cursos de reciclagem de vigilante, em razão de estar sendo processado criminalmente por falsidade ideológica (e-STJ fl. 137), delito que não envolve emprego de violência contra pessoa ou denota comportamento agressivo incompatível com o exercício da função de vigilante.*

3. *Esta Corte Superior firmou compreensão de que a idoneidade do vigilante é requisito essencial ao exercício de sua profissão, não sendo ela elidida na hipótese de haver processo em andamento ou mesmo condenação por delito episódico e que não traga consigo uma valoração negativa sobre a conduta exigida ao profissional, como no presente caso.* Precedente: Aglnt no REsp 1.542.931/SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 31/03/2017.

4. Agravamento interno não provido (Aglnt no REsp 1.378.253/PE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 25/08/2017)

Processo Civil e Administrativo. Agravamento interno no recurso especial. Exercício profissional. Curso de reciclagem de vigilantes. Negativa de registro em razão da existência de ação penal não transitada em julgado. Denúncia caluniosa. Impossibilidade. Idoneidade que não pode ser ilidida pela existência de delito episódico, que não traga consigo uma valoração negativa sobre a conduta exigida ao profissional. Violação do princípio da presunção de inocência. Agravamento interno da União desprovido.

1. A jurisprudência desta Corte consolidou entendimento segundo o qual viola o princípio da presunção de inocência o impedimento de participação ou registro de curso de formação ou reciclagem de vigilante, por ter sido verificada a existência de Inquérito ou Ação Penal não transitada em julgado. Precedentes: REsp 1.604.113/DF, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 20.9.2016; AgRg no REsp 1.561.915/PB, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 14.3.2016; AgRg no REsp 1.452.502/SC, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 3.9.2015.

2. Consta dos autos que a parte autora teve indeferido o pedido de registro dos cursos de reciclagem de vigilante, em virtude de estar sendo processada criminalmente por denúncia caluniosa, delito que não envolve emprego de violência contra pessoa ou denota comportamento agressivo incompatível com o exercício da função de vigilante.

3. Esta Corte Superior firmou compreensão de que a idoneidade do vigilante é requisito essencial ao exercício de sua profissão, não sendo ela elidida na hipótese de haver processo em andamento ou condenação por delito episódico e que não traga consigo uma valoração negativa sobre a conduta exigida ao profissional, como no presente caso. Precedentes: AgRg no AREsp 420.293/GO, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 5.2.2014 REsp 1.241.482/SC, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 26.4.2011.

4. Agravo Interno da União desprovido (AgInt no REsp 1.542.931/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 31/03/2017)

Há, também, precedentes nesta Corte no sentido de que a idoneidade do vigilante, requisito essencial ao exercício de sua profissão, não é afastada na hipótese de haver condenação por delito episódico e que não traga consigo uma valoração negativa sobre a conduta exigida ao profissional, senão vejamos:

Processual Civil. Curso de reciclagem de vigilante. Art. 32, § 8º, "e", do Decreto 89.056/83. Registro. Antecedentes criminais. Artigo 16, VI, da Lei n. 7.102/1983. Não violação.

1. A questão jurídica trazida ao especial refere-se à possibilidade de o vigilante ter deferido registro em Curso de Reciclagem de Vigilante, conquanto possua antecedente criminal - condenação pela prática de crime de extração mineral sem autorização (artigo 55, caput, da Lei 9.605/1998).

2. Atento às especificidades do caso concreto, decidiu o Tribunal *a quo* por abrandar as disposições contidas no artigo 16, VI, da Lei n. 7.102/1983, uma vez que a análise da restrição exige uma análise caso a caso, observado o princípio da razoabilidade. "O crime de extração mineral sem autorização (artigo 55, caput, da Lei 9.605/1998) não pode constituir óbice intransponível ao exercício da profissão de vigilante, pois a sua incidência não implica no uso de violência por parte do praticante e afasta a incidência da legislação restritiva para a hipótese."

3. *A idoneidade do vigilante é requisito essencial ao exercício de sua profissão, não sendo ela elidida na hipótese de condenação em delito episódico, que não traga consigo uma valoração negativa sobre a conduta exigida ao profissional, como no caso de condenação pela prática de crime de extração mineral sem autorização.*

Recurso especial improvido (REsp 1.241.482/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 26/04/2011)

Processo Civil e Administrativo. Agravo interno no recurso especial. Exercício da profissão de vigilante. Homologação de curso de reciclagem. Condenação criminal pela prática de crime de menor potencial ofensivo. Posse de entorpecentes para uso próprio. Cumprimento da pena. Ausência de registros criminais. Impossibilidade de negativa do registro do curso. Idoneidade que não pode ser ilidida pela existência de delito episódico, que não traga consigo uma valoração negativa sobre a conduta exigida ao profissional. Princípio da presunção de inocência. Agravo interno da União desprovido.

(...)

2. *Na hipótese dos autos, o particular possuiu condenação criminal pela prática de crime de menor potencial ofensivo, posse de entorpecentes para uso próprio, descrito no art. 16 da Lei 6.368/76, hoje já revogada pela Lei 11.343/06, tendo a pena imposta sido efetivamente cumprida e inexistindo demais registros criminais.*

3. *A jurisprudência desta Corte consolidou entendimento, segundo o qual a idoneidade do vigilante é requisito essencial ao exercício de sua profissão, não sendo ela elidida na hipótese de condenação em delito episódico, que não traga consigo uma valoração negativa sobre a conduta exigida ao profissional, como no presente caso. Precedentes: AgRg no AREsp 420.293/GO, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 5.2.2014 REsp 1.241.482/SC, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 26.4.2011.*

4. Agravo Interno da União desprovido (AgInt no REsp 1.609.838/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 07/02/2017)

Ocorre que, como mencionado, o recorrido teve indeferido o seu pedido de registro do curso de reciclagem de vigilante, em razão de estar sendo processado criminalmente por dois crimes dolosos contra a vida, sendo um deles de tentativa de homicídio com emprego de arma de fogo, e um crime de violência doméstica contra a mulher, o que denota incompatibilidade com o exercício da profissão de vigilante, porquanto atentam contra a integridade física da pessoa humana, a carregar uma valoração negativa da conduta exigida do profissional.

Acerca de tal incompatibilidade, no mesmo sentido já se pronunciou esta Corte, senão vejamos:

Administrativo e Processual Civil. Recurso especial. Inscrição do autor em curso de reciclagem de vigilante e posterior homologação do registro do certificado.

Comportamento incompatível com a profissão. Agravo interno do particular desprovido.

1. *Discute-se no autos a necessidade, ou não, de se conferir registro de certificado de conclusão do curso de reciclagem de vigilantes ao ora agravante, negada, a priori, por conta do registro de inquéritos policiais inaugurados nos anos de 1997 e 1998, que, respectivamente, investigaram os crimes dos arts. 121, § 1º do Código Penal (homicídio com causa de diminuição de pena), e 10 da Lei 9.437/1997 (posse de arma de fogo) (fls. 42).*

2. *Esta Corte tem entendimento no sentido de que a idoneidade do vigilante é requisito indispensável ao exercício de sua profissão, não podendo ser ilidida na hipótese de existir processo em andamento ou mesmo delito episódico que se revelem incompatíveis com a profissão.*

3. *Não há, portanto, ilegalidade na negativa de conferir ao candidato o registro de reciclagem de vigilante quando entender-se que as condutas anteriores ao pleito não seriam condizentes com o exercício atual da profissão.*

4. Agravo Interno do Particular desprovido (AglInt no REsp 1.705.426/MA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 12/08/2020)

Processual Civil. Administrativo. Agravo interno no agravo em recurso especial. Enunciado Administrativo n. 03/STJ. Curso de formação de vigilantes. Crimes praticados com violência contra a pessoa. Valoração negativa da conduta do acusado. Impossibilidade de homologação. Precedentes. Agravo interno não provido.

1. Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo n. 3/STJ: “Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC”.

2. *“É firme a orientação da jurisprudência do STJ de que viola o princípio da presunção de inocência o impedimento de registro e homologação de curso de formação ou reciclagem de vigilante, por ter sido verificada a existência de inquérito ou ação penal não transitada em julgado, notadamente quando o delito imputado não envolve o emprego de violência contra pessoa ou comportamento incompatível com as funções de vigilante”. (AglInt no AREsp 1.209.958/RJ, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 22/05/2018, DJe 28/06/2018)*

3. *No caso dos autos, o Tribunal de origem afastou a idoneidade do agravante tendo em vista que este fora processado pelos crimes de tentativa de homicídio e violência doméstica, delitos que revelam comportamento incompatível com o exercício da profissão de vigilante e que impedem o manuseio de arma de fogo.*

4. Agravo interno não provido (AglInt no AREsp 1.565.262/AC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 22/04/2020, DJe 27/04/2020)

Administrativo. Agravo interno no recurso especial. Curso de formação de vigilante. Sentença penal condenatória transitada em julgado. Lesão corporal decorrente de violência doméstica. Idoneidade afastada. Impossibilidade de aplicação do princípio da presunção de inocência.

1. *Quando o delito imputado envolve o emprego de violência contra a pessoa ou demonstre comportamento agressivo incompatível com as funções de vigilante, é válida a recusa de pedido de inscrição em curso de reciclagem para vigilantes profissionais, porquanto configurada, em regra, a ausência de idoneidade do indivíduo.*

2. *Na hipótese dos autos, o agravante fora denunciado pela prática de lesão corporal praticada no âmbito doméstico, não se evidenciando, desse modo, ilegalidade na recusa à realização do curso de reciclagem, porquanto se trata de delito que atrai uma valoração negativa sobre a conduta exigida do profissional.*

3. No curso da presente lide, houve o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o que impossibilita a aplicação do princípio da presunção de inocência, pois “a condenação transitada em julgado do recorrente por fato criminoso impede o exercício da atividade profissional de vigilante, ainda que a pena tenha sido integralmente cumprida, diante da ausência de idoneidade moral, prevista no art. 16, VI, da Lei 7.102/1983, que exige inexistência de antecedentes criminais registrados” (REsp 1.666.294/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5/9/2019, DJe 11/10/2019).

4. Agravo interno a que se nega provimento (AgInt no REsp 1.706.849/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 18/06/2020).

Processual Civil e Administrativo. Fundamentação deficiente. Súmula 284 do STF. Curso de formação de vigilante. Homologação. Inquérito ou ação penal não transitada em julgado. Existência. Caso concreto. Dispositivo constitucional. Ofensa. Análise. Inadmissibilidade.

(...)

3. É firme a orientação da jurisprudência do STJ de que viola o princípio da presunção de inocência o impedimento de registro e homologação de curso de formação ou reciclagem de vigilante, por ter sido verificada a existência de inquérito ou ação penal não transitada em julgado, notadamente quando o delito imputado não envolve o emprego de violência contra pessoa ou comportamento incompatível com as funções de vigilante.

4. *Hipótese em que o agravado está respondendo a ação penal, em tramitação no Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, o que evidencia a incompatibilidade com a atividade pretendida.*

5. Não cabe a esta Corte se manifestar, ainda que para fins de prequestionamento, acerca de suposta afronta a princípios constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Precedente.

6. Agravo interno desprovido (AgInt no AREsp 1.209.958/RJ, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 28/06/2018)

Processual Civil. Julgamento monocrático pelo relator. Nulidade. Inexistência. Curso de formação de vigilante. Homologação. Existência de inquérito ou ação penal não transitada em julgado. Inocência. Presunção. Caso concreto. (...)

3. É firme a orientação da jurisprudência do STJ de que viola o princípio da presunção de inocência o impedimento de registro e homologação de curso de formação ou reciclagem de vigilante, por ter sido verificada a existência de inquérito ou ação penal não transitada em julgado, notadamente quando o delito imputado não envolve o emprego de violência contra pessoa ou comportamento incompatível com as funções de vigilante.

4. *Hipótese em que o agravado foi denunciado por violência doméstica, o que evidencia a incompatibilidade dele com a atividade pretendida.*

5. Agravo interno provido. Improcedência do pedido autoral (AgInt no REsp 1.428.839/PE, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 05/09/2017).

Isso tudo considerado, o acórdão de origem merece reforma, para reconhecer a legalidade do ato administrativo que negou a participação do recorrido no curso de formação de vigilante, julgando improcedente a demanda.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial, para julgar improcedente a ação.

Restabeleço os honorários fixados na sentença.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.599.065-DF (2016/0011234-7)

Relatora: Ministra Regina Helena Costa

Recorrente: Fazenda Nacional

Recorrido: Oi S.A. - Em Recuperação Judicial

Outro Nome: Brasil Telecom S/A

Outro Nome: Oi S.A

Recorrido: Oi Móvel S.A. - Em Recuperação Judicial

Outro Nome: 14 Brasil Telecom Celular S/A

Advogados: Carlos Eduardo Caputo Bastos - DF002462
Luiz Gustavo Rocha Oliveira Rocholi e outro(s) - MG072002

EMENTA

Processual Civil. Tributário. Recurso especial. Código de Processo Civil de 1973. Aplicabilidade. Violação ao art. 535 do CPC/1973. Não ocorrência. Contribuição ao PIS. Cofins. Regime cumulativo. Base de cálculo. Faturamento. Serviços de telecomunicações. Inclusão de valores repassados a outras operadoras, a título de interconexão / *roaming*. Ilegalidade. Compensação. Aplicável a vedação do art. 26 da Lei n. 11.457/2007. Precedentes.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se, *in casu*, o Código de Processo Civil de 1973.

II - O Tribunal de origem apreciou todas as questões relevantes apresentadas com fundamentos suficientes, mediante apreciação da disciplina normativa e cotejo ao posicionamento jurisprudencial aplicável à hipótese. Inexistência de omissão.

III - Configura ilegalidade exigir, das empresas prestadoras de serviços de telefonia, a base de cálculo da Contribuição ao PIS e da Cofins integrada com os montantes concernentes ao uso da estrutura de terceiros – interconexão e *roaming*.

IV - Cuidam-se de somas destinadas a outra operadora daquele sistema, em conformidade com a política regulatória nacional das telecomunicações, não havendo legitimidade para a incidência das exações em tela.

V - A base impositiva do tributo há sempre de guardar pertinência com aquilo que se pretende medir, não podendo conter aspectos estranhos, é dizer, absolutamente impertinentes à própria materialidade contida na hipótese de incidência.

VI - O STF, ao julgar, o Tema n. 69 de repercussão geral (RE n. 574.706/PR), declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da Contribuição ao PIS e da Cofins, por compreender que o valor de ICMS não se incorpora ao patrimônio

do contribuinte, constituindo mero ingresso de caixa, cujo destino final são os cofres públicos. Axiologia da *ratio decidendi* que afasta a pretensão de caracterização, como faturamento, de cifras relativas à interconexão e ao *roaming*, as quais obedecem a sistemática própria do serviço público prestado pelas empresas do setor.

VII - A compensação tributária rege-se pela disciplina normativa vigente à época do ajuizamento da demanda. Incide a restrição à compensação forjada no art. 26 da Lei n. 11.457/2007.

VIII - Recurso Especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Gurgel de Faria, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, tão somente para efeito de limitar a compensação tributária, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria (voto-vista), Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) e Sérgio Kukina (Presidente) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Impedido o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sérgio Kukina.

Brasília (DF), 09 de novembro de 2021 (data do julgamento).

Ministra Regina Helena Costa, Relatora

DJe 2.12.2021

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Trata-se de Recurso Especial interposto pela **Fazenda Nacional** contra acórdão prolatado pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, em sede de apelação e remessa oficial, assim ementado (fls. 1.417/1.418e):

Tributário. Suspensão do julgamento. Medida cautelar. STF. Perda da eficácia. Prescrição quinquenal. Empresa de telecomunicações. Exclusão dos valores

decorrentes de interconexão e *roaming* da base de cálculo da COFINS e do PIS. Cabimento. Compensação.

1. Foi proferida decisão pelo STF na ADC 18/DF deferindo pedido de medida cautelar para suspender o julgamento de todos os processos que envolvam a aplicação do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei 9.718/98 (inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS/PASEP). A vigência de tal medida cautelar foi prorrogada, estendendo sua eficácia por mais cento e oitenta dias, em 04/02/2009. Novamente, em 25/03/2010, ocorreu a prorrogação, ficando consignado no decisum que seria a última.

2. Na sessão de 11/04/2012, da Quarta Seção deste Tribunal, foi suscitada questão de ordem, nos Embargos Infringentes 0016794-43.2005.4.01.3400/DF, pela manutenção da suspensão, em face da mencionada liminar do STF, tendo sido rejeitada.

3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 566.621/RS, **sob o regime de repercussão geral**, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando "*válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005*". Ação ajuizada em 07/11/2008: prescrição quinquenal.

4. O mesmo fundamento adotado para a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS é aplicável para excluir os valores decorrentes de interconexão e *roaming*.

5. Ressalve-se que não cabe determinar o sobrestamento ou suspensão de execuções fiscais em curso perante Varas Federais vinculadas a outras Regiões, que não a Primeira, mas apenas noticiar aos Juízos correspondentes o quanto deliberado nesta Corte.

6. Cabe ao Juízo das referidas execuções fiscais, a vista de notícia do quanto decidido no presente feito, deliberar a respeito da conveniência de acolher ou não eventual pedido de sobrestamento e/ou suspensão dos procedimentos adotados pela Fazenda Nacional com objetivo de cobrar os valores declarados inexigíveis por esta Corte.

7. O contribuinte tem o direito de compensar seu crédito com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, conforme o disposto no art. 74 da Lei 9.430/96, com a redação que lhe deram as Leis 10.637/2002, 10.833/2003 e 11.051/2004, devendo ser observado o disposto no artigo 170-A do CTN.

8. A partir de 01/01/96 utiliza-se a taxa Selic, ressaltando-se, porém, que a aplicação desta não é cumulada com juros moratórios e/ou correção monetária.

9. Apelação da Fazenda Nacional e remessa oficial parcialmente providas para reconhecer a prescrição dos créditos anteriores a cinco anos do ajuizamento da presente ação.

10. Apelação da parte impetrante provida para, antecipando os efeitos da tutela, na forma da fundamentação, declarar o seu direito à exclusão dos valores decorrentes de interconexão e roaming da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como à compensação dos valores indevidamente recolhidos desde o quinquênio que antecede a propositura da demanda, com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, observando a aplicação do art. 170-A do CTN.

(destaques do original).

Opostos Embargos de Declaração, foram rejeitados (fls. 1.466/1.488e; e fls. 2.617/2.625e).

Apresentado Recurso Especial, com amparo no art. 105, III, *a*, da Constituição da República, aponta-se ofensa aos artigos a seguir relacionados, aduzindo, em síntese, que:

(i) Arts. 458, II e 535, I, II, ambos do CPC/1973: “[...] omissão ao excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS os valores decorrentes de interconexão e *roaming*, por considerá-los [...] como receita de terceiros, sem indicar qualquer fundamento legal, sobretudo ao se considerar que o art. 3º, § 2º, III, da Lei 9.718 [...] nunca produziu efeitos.” (fl. 2.634e);

(ii) Arts. 1º da Lei n. 10.637/2002, 1º da Lei n. 10.833/2003; 97 e 176, ambos do CTN: “[...] os valores dos serviços decorrentes de interconexão e *roaming* são receitas decorrentes da prestação de serviço e não valores que pertencem a terceiros, razão pela qual integram o faturamento da empresa, quer sob a égide da Lei n. 9.718/98, quer pela Lei Complementar n. 70/91, e devem ser incluídos na base de cálculo do PIS e da COFINS” (fl. 2.637e); “[...] no conceito de receita bruta não está incluída somente a receita líquida, isto é, a renda, mas sim todos os custos que compõem o valor da operação que gerou a receita contabilizada por um dado contribuinte. Nestes custos encontram-se o valor dos salários pagos, despesas com FGTS, o valor pago a título de energia elétrica, despesas com segurança, propaganda, planejamento, custo da matéria-prima etc, e inclusive, os valores repassados a terceiros” (fl. 2.638e);

(iii) Art. 3º, § 2º, III, da Lei n. 9.718/1998: “[...] ao excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS os valores decorrentes de interconexão e *roaming*, por considerá-los, equivocadamente, como receita de terceiros, [...] sobretudo ao se considerar que o art. 3º, § 2º, III, da Lei 9.718, que previa a possibilidade de exclusão da base de cálculo [...] de valores transferidos à outra pessoa jurídica, nunca produziu efeitos, violou o aludido dispositivo legal, por aplicação indevida” (fl. 2.649e);

(iv) Art. 26, parágrafo único, da Lei n. 11.457/2007: “[...] a compensação pleiteada não poderá ser feita com os débitos das contribuições sociais previstas nas alíneas *a*, *b* e *c*, do parágrafo único, do art. 11 da Lei n. 8.212/1991 e das contribuições a título de substituição, cuja administração foi atribuída à Secretaria da Receita Federal do Brasil pelo art. 2º da Lei 11.457/2007, por força de expressa vedação contida no art. 26, parágrafo único, do mesmo diploma” (fl. 2.652e).

Com contrarrazões, o recurso foi inadmitido, todavia a insurgência obteve trânsito após a conversão do Agravo em Recurso Especial (fls. 2.675/2.709e; fls. 2.888/2.890e; e fl. 2.938e).

Há Recurso Extraordinário, de igual forma, admitido no Tribunal de origem (fls. 2654/2667e; e fls. 2.892/2.895e).

O Ministério Público Federal lançou parecer pelo não conhecimento da insurgência (fls. 2.932/2.935e).

As Recorridas postularam a instauração de Incidente de Assunção de Competência - IAC, contudo tal pleito foi indeferido (fls. 2.995/3.040e; e fls. 3.042/3.048e).

Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança em que as Impetrantes – empresas prestadoras de serviços de telefonia, ora Recorridas – pretendem a declaração de inexistência de relação jurídica tributária concernente à Contribuição ao PIS e à Cofins no que tange aos montantes relativos ao uso da estrutura de terceiros – interconexão e *roaming* – por se cuidarem de somas destinadas a outra operadora daquele sistema.

Observe que as partes autoras, desde de 2008, lograram êxito na apontada pretensão, valendo destacar a: (i) obtenção de medida liminar; (ii) concessão da segurança; e (iii) confirmação do acolhimento do pedido vertido na exordial em sede de apelação e remessa necessária, oportunidade na qual restou deferido o pleito de antecipação dos efeitos da tutela até o trânsito em julgado do Mandado de Segurança (fls. 960/962e; fls. 1.019/1.028e e fls. 1.043/1.044e; e fls. 1.391e/1.418e, e fls. 2.617/2.625e).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa (Relatora): Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime

recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

I. Da admissibilidade do Recurso Especial

Inicialmente, consigno que o tema tributário articulado no recurso em tela, por vezes, não ultrapassa a etapa do conhecimento, em razão da existência de precedentes desta Corte assentando, como premissa, a competência do Supremo Tribunal Federal para a análise da definição do conceito de faturamento, base de cálculo das contribuições em debate (*e.g. Segunda Turma, AgInt no REsp n. 1.746.132/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 07/02/2019, DJe 11/03/2019; e Primeira Turma, AgInt no REsp n. 1.529.182, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 08/06/2021, DJe 15/06/2021*).

Noutro vértice, há decisão monocrática oriunda daquele Tribunal fixando o caráter infraconstitucional da discussão, figurando como parte, vale ressaltar, uma das empresas Recorridas no presente feito (cf. RE n. 1.203.682/RJ, Rel. Ministro Gilmar Mendes, julgado em 29/05/2020, DJe 02/06/2020).

Nesse cenário, esta Turma, atenta à indesejável ocorrência do “limbo jurisdicional” – expressão empregada pelo Sr. Ministro Gurgel de Faria em seus votos-vista proferidos nos REsp n. 1.725.452/RS; 1.845.082/SP; e 1.849.819/PE, todos de minha relatoria para os acórdãos, julgados em 08.06.2021 – advindo, principalmente, do caráter analítico da Constituição da República, adentrou ao mérito, evitando-se eventual incongruência do sistema recursal.

Evidencia-se a assertividade de tal postura na hipótese de uma das Turmas da Seção de Direito Público desta Corte ter examinado a questão de fundo – a composição da base de cálculo das Contribuições em tela – em processo semelhante, fato verificado no presente tema (cf. *Segunda Turma: AgInt no REsp n. 1.734.244/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 25/09/2018; e AgInt no REsp n. 1.560.967/MG, Rel. Ministra Assusete Magalhães, julgado em 04/02/2020, DJe 11/02/2020*).

À vista disso, passo ao exame das alegações de vulneração de dispositivos de lei federal.

II. Do pleito de nulidade do acórdão recorrido por violação aos arts. 535, I e II; 458, II, ambos do CPC/1973

No tocante às apontadas omissões do acórdão recorrido acerca da ausência de indicação de fundamento legal para a solução adotada, e de produção de

efeitos do art. 3º, § 2º, II, da Lei n. 9.718/1998, destaco que o tribunal de origem enfrentou a controvérsia apresentada de forma satisfatória, mediante apreciação da disciplina normativa e cotejo ao posicionamento jurisprudencial aplicável ao caso.

Denota-se não haver omissão, contradição ou obscuridade no julgado impugnado, mas mera insistência recursal da Recorrente, que não se coaduna com as hipóteses do art. 535 do CPC.

Haverá contrariedade ao art. 535 do estatuto processual civil – norma, repita-se, vigente por ocasião do julgamento na origem – quando a contradição/ omissão disser respeito à/ao fundamentação exposta/pedido, e não quando os argumentos invocados não restarem estampados no julgado, como pretende a *Fazenda Nacional*.

O procedimento encontra amparo em reiteradas decisões no âmbito desta Corte Superior, cujo teor merece destaque a dispensa ao julgador de rebater, um a um, os argumentos trazidos pelas partes (*e.g.* Corte Especial, EDcl nos EDcl nos EREsp n. 1.284.814/PR, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, DJe de 03.06.2014; e 1ª Turma, EDcl nos EDcl no AREsp n. 615.690/SP, Rel. Ministro *Sérgio Kukina*, DJe de 20.02.2015).

Ademais, o órgão jurisdicional não fica obrigado a responder um a um os questionamentos da parte se já encontrou motivação suficiente para fundamentar a decisão, sobretudo se notório o caráter de infringência (*cf.* *Corte Especial*, EDcl no AgInt nos EREsp n. 703.188/SP, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, julgado em 10/09/2019, DJe 17/09/2019).

Não se verifica, portanto, omissão acerca de questão essencial ao deslinde da controvérsia e oportunamente suscitada, tampouco de outro vício a impor a anulação do julgado.

III. Delimitação da controvérsia

O debate diz com a legalidade da sujeição das empresas prestadoras de serviços de telefonia – no caso, as Recorridas – à base de cálculo da Contribuição ao PIS e da Cofins integrada com os montantes concernentes ao uso da estrutura de terceiros – interconexão e *roaming* – por se cuidarem de somas destinadas a outra operadora daquele sistema, em conformidade com a política regulatória nacional das telecomunicações.

Diante do reconhecimento da prescrição dos créditos anteriores a 07.11.2003, contra o qual não há recurso para esta Corte, o debate cinge-se ao período iniciado a partir de tal data (fl. 1.395e).

IV. Moldura normativa

Por primeiro, cumpre destacar o relevo para a tributação federal da verificação acerca dos contornos do faturamento e/ou receita bruta, porquanto esse aspecto traduz a base imponível: (i) do IRPJ e da CSLL, quando apurados pela sistemática do lucro presumido; (ii) da *Contribuição ao PIS*; (iii) da *Cofins*; e (iv) da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB.

Em tal cenário, a apreciação do pedido de exclusão de qualquer soma da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da Cofins exige análise conjunta das normas contidas nas leis de regência de tais exações, com a observância da abrangência material do seu conteúdo, balizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de modo que a interpretação da legislação infraconstitucional correlata haverá, necessariamente, de ser realizada pelo filtro constitucional.

As disposições legais concernentes às contribuições em tela, relativas ao *regime cumulativo*, aplicável às receitas decorrentes da prestação de serviços de telecomunicações por força dos arts. 8º, inciso VIII e 10, inciso VIII, das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, estabelecem:

Lei n. 9.718/1998

Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Art. 3º O faturamento a que se refere o art. 2º compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977.

(redação dada pela Lei n. 12.973/2014).

Decreto-Lei n. 1.598/1977

Art. 12. A receita bruta compreende:

(redação dada pela Lei n. 12.973/2014).

I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;

II - o preço da prestação de serviços em geral;

III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e

IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.

(incisos incluídos pela Lei n. 12.973/2014).

[...]

Tais contribuições ostentam, é cediço, idêntica base de cálculo: o *faturamento*.

In casu, sobreleva frisar, outrossim, o contexto no qual se inserem os eventos conhecidos como a *interconexão* e o *roaming*, mormente o quanto dispõe a Lei n. 9.472/1997 – a denominada “Lei Geral da Telecomunicação”:

Título IV

Das Redes de Telecomunicações

Art. 145. A implantação e o funcionamento de redes de telecomunicações destinadas a dar suporte à prestação de serviços de interesse coletivo, no regime público ou privado, observarão o disposto neste Título.

Parágrafo único. As redes de telecomunicações destinadas à prestação de serviço em regime privado poderão ser dispensadas do disposto no caput, no todo ou em parte, na forma da regulamentação expedida pela Agência.

Art. 146. *As redes serão organizadas como vias integradas de livre circulação*, nos termos seguintes:

I - *é obrigatória a interconexão entre as redes, na forma da regulamentação;*

II - deverá ser assegurada a operação integrada das redes, em âmbito nacional e internacional;

III - o direito de propriedade sobre as redes é condicionado pelo dever de cumprimento de sua função social.

Parágrafo único. *Interconexão é a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis.*

Art. 147. É obrigatória a interconexão às redes de telecomunicações a que se refere o art. 145 desta Lei, solicitada por prestadora de serviço no regime privado, nos termos da regulamentação.

Art. 148. É livre a interconexão entre redes de suporte à prestação de serviços de telecomunicações no regime privado, observada a regulamentação.

Art. 149. A regulamentação estabelecerá as hipóteses e condições de interconexão a redes internacionais.

Art. 150. A implantação, o funcionamento e a interconexão das redes obedecerão à regulamentação editada pela Agência, assegurando a compatibilidade das redes das diferentes prestadoras, visando à sua harmonização em âmbito nacional e internacional.

Art. 151. A Agência disporá sobre os planos de numeração dos serviços, assegurando sua administração de forma não discriminatória e em estímulo à competição, garantindo o atendimento aos compromissos internacionais.

Parágrafo único. A Agência disporá sobre as circunstâncias e as condições em que a prestadora de serviço de telecomunicações cujo usuário transferir-se para

outra prestadora será obrigada a, sem ônus, interceptar as ligações dirigidas ao antigo código de acesso do usuário e informar o seu novo código.

Art. 152. O provimento da interconexão será realizado em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, garantindo preços isonômicos e justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço.

Art. 153. *As condições para a interconexão de redes serão objeto de livre negociação entre os interessados, mediante acordo, observado o disposto nesta Lei e nos termos da regulamentação.*

§ 1º O acordo será formalizado por contrato, cuja eficácia dependerá de homologação pela Agência, arquivando-se uma de suas vias na Biblioteca para consulta por qualquer interessado.

§ 2º *Não havendo acordo entre os interessados, a Agência, por provocação de um deles, arbitrará as condições para a interconexão.*

Art. 154. As redes de telecomunicações poderão ser, secundariamente, utilizadas como suporte de serviço a ser prestado por outrem, de interesse coletivo ou restrito.

Art. 155. Para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo.

Art. 156. Poderá ser vedada a conexão de equipamentos terminais sem certificação, expedida ou aceita pela Agência, no caso das redes referidas no art. 145 desta Lei.

§ 1º Terminal de telecomunicações é o equipamento ou aparelho que possibilita o acesso do usuário a serviço de telecomunicações, podendo incorporar estágio de transdução, estar incorporado a equipamento destinado a exercer outras funções ou, ainda, incorporar funções secundárias.

§ 2º Certificação é o reconhecimento da compatibilidade das especificações de determinado produto com as características técnicas do serviço a que se destina. (destaquei).

Por sua vez, a Resolução n. 693/2018, da Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel – Regulamento Geral de Interconexão –, define tal ocorrência em seu art. 3º, III, *verbis*: “ligação de redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis”.

Ao dispor sobre as condições gerais para interconexão, o aludido normativo da Anatel pontua:

Art. 8º As prestadoras de Serviços de Telecomunicações de interesse coletivo, no regime público ou privado, *são obrigadas a tornar suas redes disponíveis para Interconexão quando solicitado por outras prestadoras de Serviço de Telecomunicações de interesse coletivo.*

[...]

Art. 10 Quando da Interconexão de duas prestadoras de Serviços de Telecomunicações de interesse coletivo, *cada prestadora deve arcar com os custos de entrega do tráfego advindo de sua rede até o POI ou PPI da prestadora recebedora do tráfego, inclusive nas chamadas a cobrar.*

§ 1º O procedimento descrito no caput *não impede as prestadoras, por meio de negociação, de celebrarem acordo entre as partes em outras condições, seguindo o disposto na regulamentação.*

[...]

(destaquei).

Oportuno, neste passo, o estudo elaborado, entre outros, pelo então Secretário da Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE, Claudio Monteiro Considera, acerca da imperatividade da interconexão de redes no sistema das telecomunicações à luz do modelo regulatório brasileiro (*O Modelo Brasileiro de Telecomunicações: Aspectos Concorrenciais e Regulatórios*, in: https://portal.tcu.gov.br/en_us/biblioteca-digital/o-modelo-brasileiro-de-telecomunicacoes.htm, acesso em 18.08.2021):

3.3.1. Obrigatoriedade de Interconexão [...]

A primeira (e mais óbvia) premissa para que todos os competidores tenham acesso adequado às redes locais é a obrigatoriedade de interconexão por parte das incumbentes locais.

No entanto, também é necessário garantir que o preço cobrado por esse acesso não seja tal que inviabilize ou prejudique a capacidade das operadoras de longa-distância competirem.

Nesse sentido, o arcabouço regulatório brasileiro define uma série de regras para disciplinar a interconexão com as redes locais (e com os demais componentes da rede de telecomunicações). É garantida a interconexão em condições isonômicas, na medida em que deve ser realizada em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço. Cabe ao órgão regulador homologar e monitorar o cumprimento dessas premissas. As condições para a interconexão de redes serão objeto de livre negociação entre os interessados, cabendo à ANATEL arbitragem nos casos de não haver acordo.

(destaque do original).

Quanto ao *roaming* (itinerância), pode-se consignar que se trata de vocábulo empregado em telefonia móvel, e aplicável, igualmente, a outras tecnologias de rede sem fio, sendo termo relativo à capacidade de um usuário de obter conectividade em áreas fora da localidade geográfica de registro, é dizer, conseguindo acesso por meio de outra rede onde é visitante, a qual possa pertencer a diferente operadora. À vista de tudo isso, deduz-se:

(i) A interconexão e o *roaming* se equivalem, mormente no contexto da efetivação da interligação da telefonia, para fins de definição da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da Cofins, orientação essa adotada pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF (CSRF, 3ª Turma, Processo n. 10768.906667/2006-01, Acórdão n. 9309-009.620, Relator para o *decisum* Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal, julgado em 15.10.2019); e

(ii) A atuação empresarial, no ambiente da política regulatória nacional dos serviços de telecomunicações, com inevitável compartilhamento de estrutura, implica a segregação da receita entre as empresas, bem como do custo de entrega do tráfego advindo da rede, demonstrado, em verdade, que se está diante de um autêntico *repasse*, valor estranho ao faturamento das operadoras Recorridas.

Logo, as cifras em tela ingressam, tão somente, de *maneira transitória* pelo resultado das Impetrantes, porquanto *há imposição legal, de caráter regulatório no sentido do repasse aos terceiros que cedem suas redes às Recorridas*, justamente para viabilizar a integral prestação do serviço.

Desse modo, a interpretação do indicado conjunto normativo, efetuada pela União, olvida a lição de Geraldo Ataliba, para quem, “[...] no Brasil só a lei obriga, e nenhuma norma, a não ser a legal, pode ter força inovadora obrigatória [...]”, concluindo o mestre que “[...] as demais normas, para serem obrigatórias, não podem ser inovadoras, mas terão que ser implicitamente contidas em preceitos legais (ou pelo menos imediatamente infraconstitucionais)” (*República e Constituição*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2011, pp. 124-125).

Visto o regramento aplicável à controvérsia, impende delinear o quadro jurisprudencial pertinente.

V. Panorama jurisprudencial

Princípio sublinhando, uma vez mais, que a tributação em tela atinge ambiente *verticalmente regulado pelo Estado, por meio da Anatel*, sendo tal premissa corroborada pelo recente pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, no qual se reafirmou o caráter público dos serviços de telecomunicações, inclusive

após a liberação do aludido setor e a privatização do *sistema Telebras* na década de 1990 (Emenda Constitucional n. 08/1995 e Lei n. 9.472/1997):

A natureza constitucional dos serviços públicos de telecomunicações (art. 21, inciso XI, da CF/88) não foi desconstituída pela simples previsão legal de que tais serviços podem ser prestados no regime privado por meio de autorização (art. 62 da Lei 9.472/1997).

(ADI 6.482/DF, Pleno, Min. Relator Gilmar Mendes, julgado em 18/02/2021, DJe 21/05/2021).

Tal especificidade da presente discussão atrai, indubitavelmente, a compreensão assentada por aquele Tribunal segundo a qual os meros ingressos *não constituem receita*, porquanto desfalcados do indispensável requisito da integração ao patrimônio da contribuinte (definitividade), premissa extraída da apreciação do Tema n. 69 de repercussão geral, no qual se fixou a tese acerca da exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da Cofins:

O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins

(Pleno, RE 574.706/PR, Ministra Cármen Lúcia, julgado em 15.03.2017, DJe 02.10.2017; e Embargos de Declaração rejeitados, consoante *Ata* n. 13, de 12.05.2021. DJe n. 92, divulgado em 13.05.2021).

À luz da *ratio decidendi* da apontada decisão da Corte Constitucional, os valores de interconexão e *roaming*, na linha do quanto decidido pelas instâncias ordinárias para o singular mercado das empresas Recorridas, não teriam o condão de integrar as bases de cálculo da Contribuição ao PIS e da Cofins, uma vez que são elementos estranhos ao faturamento dessas, é dizer, absolutamente impertinentes à própria materialidade contida na hipótese de incidência.

Daí porque equivocada a afirmação segundo a qual seria necessária expressa previsão legal para “excluir” os valores em discussão da base de cálculo de tais contribuições. O apontado montante, como salientado, *não pertence ao universo do faturamento*, mostra-se alheio a ele e, desse modo, como decorrência lógica, desbordando de sua materialidade, dele não precisa ser “excluído”, pois se cuida de *não incidência das exações*.

Assinale-se que, no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, quando do exame de controvérsias similares à vertida no presente Recurso Especial pela 2ª Turma (cf. AgInt no REsp 1.734.244/RJ, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, julgado em 25/09/2018; e AgInt no REsp 1.560.967/MG, Rel. Ministra *Assusete Magalhães*, julgado em 04/02/2020), invocou-se, em meu

sentir e com a devida vênia, de modo equivocado, teses forjadas no regime dos recursos repetitivos em momento anterior à apreciação do apontado Tema n. 69/RG, assim delineadas:

Tema n. 279

A base de cálculo do PIS e da COFINS, independentemente do regime normativo aplicável (Leis Complementares 7/70 e 70/91 ou Leis ordinárias 10.637/2002 e 10.833/2003), abrange os valores recebidos pelas empresas prestadoras de serviços de locação de mão de obra temporária (regidas pela Lei 6.019/1974 e pelo Decreto 73.841/1974), a título de pagamento de salários e encargos sociais dos trabalhadores temporários.

(Primeira Seção, REsp 1.141.065/SC, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

Tema n. 313

i) O artigo 3º, § 2º, III, da Lei n. 9.718/98 não teve eficácia jurídica, de modo que integram o faturamento e também o conceito maior de receita bruta, base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, *os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica;*

ii) O valor do ICMS, destacado na nota, devido e recolhido pela empresa compõe seu faturamento, submetendo-se à tributação pelas contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, sendo integrante também do conceito maior de receita bruta, base de cálculo das referidas exações.

(Primeira Seção, REsp 1.144.469/PR, Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 10/08/2016, DJe 02/12/2016, destaquei).

Colaciono os apontados julgados da 2ª Turma, os quais, consoante antecipado, lastrearam sua compreensão nas aludidas teses do regime dos recursos repetitivos, bem ainda *sublinham o caráter ex lege da operação envolvendo as empresas do setor de telecomunicações:*

[...] PIS/PASEP e COFINS. Base de cálculo. Receita ou faturamento. Telefonia. Inclusão de valores a serem repassados a terceiras empresas a título de subcontratação (serviços de interconexão / *roaming*). Tema já julgado em sede de recurso representativo da controvérsia (REsp n. 1.144.469 - PR). Tema que difere daquele julgado pelo STF em repercussão geral no RE n. 574.706 RG / PR que determinou a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS. Agravo manifestamente inadmissível. Multa do art. 1.021, § 4º, do CPC/2015.

[...]

3. No caso concreto, a empresa concessionária de telefonia móvel visa assegurar o direito de não incluir na base de cálculo do PIS e da COFINS os valores

recebidos de seus clientes e que são, *por obrigação legal*, repassados a terceiras operadoras a título de *roaming* nacional e internacional. Afirma, em síntese, que na situação de *roaming* a remuneração recebida dos usuários é revertida para custear os gastos com a sub-contratação do uso da rede de outra operadora. Sustenta que tais valores, por isso, não são receita sua, mas de terceiros.

4. O caso concreto se amolda perfeitamente *aos fundamentos determinantes do recurso representativo da controvérsia REsp n. 1.144.469 - PR (Tema 313)*. Isto por que o repetitivo não se restringe à análise da aplicação artigo 3º, § 2º, III, da Lei n. 9.718/98, como entende a agravante, mas parte dessa análise (caso concreto) para afirmar a tese (regra de aplicação - *ratio decidendi*) de que “*integram o faturamento e também o conceito maior de receita bruta, base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica*”.

5. Essa mesma *ratio decidendi* está presente em inúmeros precedentes deste Superior Tribunal de Justiça e também no *recurso representativo da controvérsia REsp n. 1.141.065 - SC (Tema 279, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 9.12.2009)*, quando examinou a tributação pelas contribuições ao PIS e COFINS dos valores recebidos pelas empresas de trabalho temporário das empresas tomadoras de serviço destinados ao pagamento de salários e encargos trabalhistas dos respectivos trabalhadores.

6. A conhecida pretensão de se esquivar ao pagamento de tributos incidentes sobre a receita/faturamento mediante o artifício de se suprimir uma etapa econômica (tratar como faturamento de terceiro o que é faturamento próprio) já foi exaustivamente tratada e rechaçada por este Superior Tribunal de Justiça.

7. Entendimento que não sofreu qualquer derrogação pelo posterior julgamento do RE n. 574.706 RG/PR, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 15/03/2017 - construído pelo STF para a não inclusão dos débitos de ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, já que aqui não se está a falar nestes autos de valor correspondente a tributo arrecadado pela empresa para repasse ao Fisco, mas sim de valor pago pelo usuário à empresa de telefonia que esta usa para pagar o contrato que firmou com outra empresa de telefonia (subcontratação de serviços), *ainda que ex lege*. De ver que os temas são conexos, porém não são idênticos: o precedente do STF trata do repasse de receitas públicas/tributárias, o presente caso trata do repasse de receitas privadas/contratadas, *ainda que ex lege*.

8. O agravo interno de recurso especial cujo tema foi julgado sob o regime dos recursos repetitivos é manifestamente inadmissível, havendo que incidir o § 4º, do art. 1.021, do CPC/2015, fixando-se a multa apropriada.

9. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1.734.244/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em 25/09/2018, DJe 03/10/2018, destaquei).

Tributário. Agravo interno no recurso especial. Contribuições ao PIS e COFINS. Base de cálculo. Receita ou faturamento. Serviços de telecomunicações. Inclusão de valores a serem repassados a outras operadoras, a título de interconexão de redes. Questão abrangida pelo REsp 1.144.469-PR, julgado sob o rito dos recursos repetitivos. Controvérsia que difere daquela julgada pelo STF, sob o regime da repercussão geral, no RE 574.706 RG/PR, que determinou a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS. Agravo interno improvido.

[...]

II. Na origem, trata-se de ação ordinária, ajuizada por prestadoras de serviços de telecomunicação, visando afastar a incidência das contribuições ao PIS e COFINS sobre as receitas a serem repassadas a outras prestadoras de serviços de telecomunicação, por força de contratos de interconexão de redes. [...]

III. Não há falar, na hipótese, em afronta aos arts. 111 do CTN e 3º da Lei 9.718/98. Ao contrário, o acórdão recorrido *está em consonância com a orientação firmada pela Primeira Seção do STJ, por ocasião do julgamento, sob o rito dos recursos repetitivos, do REsp 1.144.469/PR* (Rel. p/ acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, DJe de 02/12/2016), no sentido de que “o artigo 3º, § 2º, III, da Lei 9.718/98 não teve eficácia jurídica, de modo que integram o faturamento e também o conceito maior de receita bruta, base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica”.

IV. A Segunda Turma do STJ, ao julgar o AgInt no REsp 1.734.244/RJ [...], enfrentou questão idêntica à dos presentes autos, ocasião em que considerou legítima a incidência das contribuições ao PIS e COFINS sobre os valores a serem repassados a outras empresas telefônicas, por força de contratos de interconexão de redes, ao fundamento de que a orientação firmada no supracitado Recurso Especial repetitivo não se restringe à análise da aplicação do art. 3º, § 2º, III, da Lei 9.718/98, mas parte dessa análise (caso concreto) para afirmar a tese (regra de aplicação - *ratio decidendi*) de que “integram o faturamento e também o conceito maior de receita bruta, base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica”.

V. No referido julgamento da Segunda Turma ficou claro que, diferentemente do primeiro dos dois entendimentos adotados pela Primeira Seção, no supracitado REsp 1.144.469/PR, qual seja, aquele objeto do Recurso Especial do particular e referente à questão em torno da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS), o segundo entendimento, objeto do Recurso Especial da Fazenda Nacional, no sentido de que “*integram o faturamento e também o conceito maior de receita bruta, base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica*”, não sofreu qualquer derrogação pelo posterior julgamento do RE 574.706 RG/PR (STF, Rel. Ministra Cármen Lúcia,

Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017) - construído, pelo STF, para a não inclusão dos débitos de ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS -, de vez que, em se tratando de valor repassado a outra operadora de telefonia, a título de interconexão de redes, não se está a falar de valor correspondente a tributo arrecadado pela empresa para repasse ao Fisco, mas, sim, de valor pago pelo usuário à empresa de telefonia, que esta usa para pagar o contrato que firmou com outra empresa de telefonia (subcontratação de serviços). Assim, os temas são conexos, porém, não são idênticos: um trata do repasse de receitas públicas/tributárias; o outro trata do repasse de receitas privadas/contratadas.

VI. À toda evidência – conforme assentado pela Segunda Turma, no aludido julgamento –, *excluir os valores repassados a outras operadoras de telefonia, a título de interconexão de redes, do conceito de receita/faturamento da empresa, equivaleria a permitir a todas as empresas que deduzissem, da base de cálculo de todas as exações incidentes sobre a receita/faturamento, os valores referentes à contratação particular de terceiros para auxiliar ou viabilizar a sua prestação de serviços, ou seja, permitiria a dedução das despesas e custos em geral com a contratação de terceiros, sem previsão legal para isso, descaracterizando as referidas contribuições e as aproximando perigosamente do Imposto de Renda*, já que o conceito de receita/faturamento acabaria se identificando com o conceito mais restrito de “renda”. Tal não foi o alcance do julgado do STF. Cabe registrar que *essa supressão somente pode ser feita por lei expressa, tal como ocorre no art. 13 da Lei 10.925/2004, que permite, às agências de publicidade e propaganda, a exclusão dos valores repassados a empresas de rádio, televisão, jornais e revistas.*

VII. Para corroborar a conclusão no sentido da incidência das contribuições ao PIS e COFINS sobre os valores referentes a serviços de interconexão de redes, basta observar que, na Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados, foi arquivado o substitutivo ao Projeto de Lei 5.285, de 2013 – em que se propunha afastar a incidência das alíquotas de PIS/PASEP e COFINS sobre o montante das despesas de interconexão de redes incluídas nas receitas das operadoras de telecomunicações –, arquivamento que se deu motivado pelo entendimento de que a referida proposição envolvia a concessão de benefício tributário, sem que tivessem sido apresentadas as estimativas de renúncia de receita e sem que tivessem sido atendidos os demais requisitos exigidos pelo art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

VIII. Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1.560.967/MG, Rel. Ministra Assusete Magalhães, 2ª Turma, julgado em 04/02/2020, DJe 11/02/2020, destaquei).

Portanto, a rigor, não há acórdão da 1ª Seção concernente ao tema específico em tela, autorizando a esta Turma uma apreciação ampla, porquanto não existe subsunção da controvérsia em comento aos precedentes vinculantes deste Superior Tribunal de Justiça.

Nessa moldura desenhada na jurisprudência desta Corte, forçoso concluir que elemento estranho ao faturamento não é “computado como receita”, e, por conseguinte, passa ao largo da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da Cofins.

Por derradeiro, vale registrar que, conquanto tenha havido alteração, *por maioria*, da compreensão original (*e.g.* 3ª Turma da CSRF, Processo n. 10880.919890/2017-77, acórdão n. 9303-011.316, Relator Conselheiro Jorge Olmiro Lock Freire, julgado em 18.03.2021), tanto a Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF do extinto Conselho de Contribuintes, como o atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, já acolheram a pretensão ora em debate:

COFINS. Receitas de terceiros. Telefonia celular. “Roaming”.

- As receitas de “roaming” mesmo recebidas pela operadora de serviço móvel pessoal ou celular com quem o usuário tem contrato não se incluem na base de cálculo da COFINS por ela devida. A base de cálculo da contribuição é a receita própria, não se prestando o simples ingresso de valores globais, nele incluídos os recebidos por responsabilidade e destinados desde sempre à terceiros, como pretendido “faturamento bruto” para, sobre ele, exigir o tributo.

- Recurso especial negado.

(CSRF, Processo n. 10166.000888/2001-31, Acórdão CSRF/02-02.218, Relator para o *decisum* Conselheiro Rogério Gustavo Dreyer, publicação em 11/07/2007).

Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social Cofins Período de apuração: 01/02/1999 a 28/02/1999.

Pedido de ressarcimento/compensação. Repasse a terceiros. Interconexão de rede telefônica. Não incidência e do PIS/COFINS. A operadora telefônica que utiliza a rede de terceiros pode abater da base de cálculo o valor repassado pela utilização da rede.

(CARF, 4ª câmara / 1ª Turma da 3ª Seção, Processo n. 10768.906745/2006-60, Acórdão: 3401-01.176, relator para o *decisum* Conselheiro Emanuel Carlos Dantas de Assis, publicado em 03/02/2011).

Apreciado o panorama jurisprudencial, prossigo com a análise da pretensão deduzida.

VI. Exame do caso concreto

O Tribunal de origem consignou, inclusive na ementa do acórdão recorrido, que o fundamento adotado para a exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da Cofins revela-se, de igual forma, aplicável para excluir

os valores decorrentes de interconexão e *roaming* daqueles tributos, conforme destacou o Relator:

Tenho que o mesmo fundamento adotado para a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS é aplicável para excluir os valores decorrentes de interconexão e *roaming*, isso porque são valores que pertencem a terceiros, consoante esclarecimentos prestados pelas partes nos autos, por isso que os valores em questão não podem ser enquadrados como faturamento da empresa que registra, em separado na fatura de cobrança, os valores que tem destinação própria, estabelecida nas regras impostas às empresas de telecomunicação, o repassa para outra operadora.

(fl. 1.400e, destaquei).

Assertivo o deslinde da questão efetuado pela Corte regional, porquanto, consoante exposto, o entendimento mostra-se consentâneo com as leis de regência daqueles tributos, notadamente no aspecto relativo à composição da base de cálculo, bem ainda com o ambiente marcadamente regulado dos serviços de telecomunicações – o qual se compõe de “relações jurídicas submetidas a regime jurídico específico referente à prestação de serviços públicos titularizados pela União e sujeitos à fiscalização das agências reguladoras federais” *Primeira Seção*, CC n. 156.064/DF, Rel. p/ acórdão Ministro *Herman Benjamin*, julgado em 14/11/2018, DJe 29/05/2019 (Nessa linha: *Segunda Turma*, REsp n. 1.334.843/DF, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, julgado em 27/11/2012, DJe 05/12/2012).

Remarque-se, dada a estreita semelhança axiológica com o presente caso, que o Supremo Tribunal Federal, nos termos acima mencionados (Tema n. 69/RG), compreendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, constituindo mero *ingresso de caixa*, cujo destino final são os cofres públicos.

Em consequência, a interpretação do Fisco que qualifica as quantias de interconexão e *roaming* como receita financeira revela-se *inidônea* para efeito de inseri-las no conceito de faturamento e, assim, integrá-las à base de cálculo da Contribuição ao PIS e da Cofins, porquanto inafastável caber somente a lei a disciplina da base de cálculo de tributos.

Deve, assim, ser mantido o acórdão regional quanto ao tema central do presente caso, o qual, repita-se, se alinha à compreensão do juízo de primeiro grau.

Passo a examinar, por conseguinte, a alegação de ofensa ao parágrafo único do art. 26 da Lei n. 11.457/2007, que limitava a compensação tributária, desdobramento do acolhimento da pretensão ora confirmada.

Observa-se o confronto entre o *decisum* recorrido e a jurisprudência desta Corte, porquanto restou assentado no Tribunal de origem, sem observância da limitação do art. 26 da Lei n. 11.457/2007, que as Recorridas podem “[...] compensar seu crédito com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, conforme o disposto no art. 74 da Lei 9.430/96 [...]” (fl. 1.418e).

Com efeito, é assente a jurisprudência desta Corte segundo a qual é válida a restrição à compensação forjada no art. 26 da Lei n. 11.457/2007 (cf. *Primeira Turma*, AgRg no AREsp 706.716/MG, Rel. Ministro *Gurgel de Faria*, julgado em 23/06/2016, DJe 18/08/2016; *Segunda Turma*, AgInt no REsp n. 1.571.754/PE, Rel. Ministro *Francisco Falcão*, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017; e *Segunda Turma*, REsp 1.815.832/DF, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, julgado em 17/09/2019, DJe 11/10/2019).

Subsiste tal pedido, em que pese a revogação do apontado parágrafo pela Lei n. 13.670/2018, pois a compensação tributária rege-se pela disciplina normativa vigente à época do ajuizamento da demanda, consoante firme orientação da 1ª Seção (e.g. Temas n. 118 e 265 do regime dos recursos repetitivos, REsp n. 1.715.294/SP, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, julgado em 13/03/2019, DJe 11/03/2019; e REsp n. 1.137.738/SP, Rel. Ministro *Luiz Fux*, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

O regime jurídico estabelecido na apontada norma restritiva incide na hipótese, porquanto a vigência da norma contida no aludido parágrafo único teve início em 2007 (art. 51 da Lei n. 11.457/2007), e a impetração ocorreu em 07.11.2008.

Assiste, indubitavelmente, razão à Recorrente quanto ao aludido ponto.

Posto isso, ***dou provimento, em parte***, ao Recurso Especial da ***Fazenda Nacional***, tão somente para efeito de limitar a compensação tributária, nos termos expostos.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Trata-se de recurso especial interposto pela *Fazenda Nacional*, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região assim ementado (e-STJ fls. 1.417/1.418):

Tributário. Suspensão do julgamento. Medida cautelar. STF. Perda da eficácia. Prescrição quinquenal. Empresa de telecomunicações. Exclusão dos valores decorrentes de interconexão e *roaming* da base de cálculo da COFINS e do PIS. Cabimento. Compensação.

1. Foi proferida decisão pelo STF na ADC 18/DF deferindo pedido de medida cautelar para suspender o julgamento de todos os processos que envolvam a aplicação do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei 9.718/98 (inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS/PASEP). A vigência de tal medida cautelar foi prorrogada, estendendo sua eficácia por mais cento e oitenta dias, em 04/02/2009. Novamente, em 25/03/2010, ocorreu a prorrogação, ficando consignado no *decisum* que seria a última.

2. Na sessão de 11/04/2012, da Quarta Seção deste Tribunal, foi suscitada questão de ordem, nos Embargos Infringentes 0016794-43.2005.4.01.3400/DF, pela manutenção da suspensão, em face da mencionada liminar do STF, tendo sido rejeitada.

3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 566.621/RS, sob o regime de repercussão geral, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando “válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005”. Ação ajuizada em 07/11/2008: prescrição quinquenal.

4. O mesmo fundamento adotado para a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS é aplicável para excluir os valores decorrentes de interconexão e *roaming*.

5. Ressalve-se que não cabe determinar o sobrestamento ou suspensão de execuções fiscais em curso perante Varas Federais vinculadas a outras Regiões, que não a Primeira, mas apenas noticiar aos Juízos correspondentes o quanto deliberado nesta Corte.

6. Cabe ao Juízo das referidas execuções fiscais, a vista de notícia do quanto decidido no presente feito, deliberar a respeito da conveniência de acolher ou não eventual pedido de sobrestamento e/ou suspensão dos procedimentos adotados pela Fazenda Nacional com objetivo de cobrar os valores declarados inexigíveis por esta Corte.

7. O contribuinte tem o direito de compensar seu crédito com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, conforme o disposto no art. 74 da Lei 9.430/96, com a redação que lhe deram as Leis 10.637/2002, 10.833/2003 e 11.051/2004, devendo ser observado o disposto no artigo 170-A do CTN.

8. A partir de 01/01/96 utiliza-se a taxa Selic, ressaltando-se, porém, que a aplicação desta não é cumulada com juros moratórios e/ou correção monetária.

9. Apelação da Fazenda Nacional e remessa oficial parcialmente providas para reconhecer a prescrição dos créditos anteriores a cinco anos do ajuizamento da presente ação.

10. Apelação da parte impetrante provida para, antecipando os efeitos da tutela, na forma da fundamentação, declarar o seu direito à exclusão dos valores decorrentes de interconexão e *roaming* da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como à compensação dos valores indevidamente recolhidos desde o quinquênio que antecede a propositura da demanda, com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, observando a aplicação do art. 170-A do CTN.

Os embargos de declaração foram rejeitados (e-STJ fl. 2.617/2.625).

A recorrente sustenta ofensa aos arts. 458, II, e 535, II, do CPC/1973, pelo acórdão que julgou os embargos de declaração, assim como ao art. 1º das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, do art. 3º, § 2º, III, da Lei n. 9.718/1998 e aos arts. 97 e 176 do CTN, por entender que os valores auferidos pelos serviços de interconexão e *roaming* integram o faturamento da operadora de telefonia e, por conseguinte, devem ser incluídos na base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS.

Defende violação do art. 26, parágrafo único, da Lei n. 11.457/2007, ao argumento de que é vedada a compensação com relação a débitos das contribuições sociais previstas no art. 11, parágrafo único, alíneas “a”, “b” e “c” da Lei n. 8.212/1991 e das contribuições a título de substituição.

Contrarrazões às e-STJ fls. 2.675/2.709.

O agravo foi convertido em recurso especial (e-STJ fls. 2.938).

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do recurso especial (e-STJ fls. 2.932/2.935).

Na sessão de julgamento de 14/09/2021, a eminente Ministra Regina Helena Costa votou pelo parcial provimento do recurso especial apenas para efeito de limitar a compensação tributária.

Pedi vista dos autos para melhor exame da controvérsia.

Pois bem.

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

Na linha do entendimento da eminente relatora, não há violação dos arts. 458, II, e 535, I e II, do CPC/1973, porquanto não se vislumbra nenhum

equivoco ou deficiência na fundamentação contida no acórdão recorrido, sendo possível observar que o Tribunal de origem apreciou integralmente a controvérsia, apontando as razões de seu convencimento e não confundiu julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

Como se sabe, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o conceito de faturamento, para fins de base de cálculo da Contribuição ao PIS e do extinto FINSOCIAL, sucedido pela COFINS, não aceitava dedução dos valores relativos ao ICMS, conforme bem demonstrado nas Súmulas 68 e 94, atualmente canceladas:

Súmula 68 do STJ: “A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS” (cancelada)

Súmula 94 do STJ; A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do Finsocial.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Tema 69 da repercussão geral, inaugurou novo posicionamento, em caráter definitivo, sobre o tema e firmou compreensão segundo a qual: “o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS” (RE 574.706/PR, Rel. Ministra *Cármem Lúcia*, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, DJe 02/10/2017).

Para não me alongar, transcrevo o seguinte excerto do voto condutor do referido julgado que, após discorrer de forma detalhada sobre as características do regime não cumulativo do ICMS, concluiu pela impossibilidade de se incluir na materialidade dessas contribuições parcela que haverá de ser repassada à Fazenda Pública, *in verbis*:

Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em momento superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública.

Essa nova orientação pode, em princípio, não ser vista como isolada, direcionada apenas à parcela relativa ao ICMS, porquanto a Suprema Corte

utilizou de um critério relevante, aplicável, em tese, a outros casos, relativos à hipótese em que a receita auferida pelo contribuinte é repassada a terceiros *ex lege*, pois somente transita pela sua contabilidade, na medida em que não será incorporada a seu patrimônio.

Embora o ICMS seja recolhido diretamente à Fazenda Pública estadual, não foi o repasse a pessoa jurídica de direito público que, em última análise, determinou a exclusão da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS, mas a circunstância de que não se deve incluir aquilo que, por força de lei, e não por acordo ou convenção particular, não ingresse de forma efetiva na esfera patrimonial do contribuinte. De fato, os valores que pertencem a terceiros, de acordo com a legislação aplicável, não podem ser oferecidos à tributação pelas contribuições em tela.

Essa é a materialidade constitucional de faturamento, definida pelo Supremo Tribunal Federal. Não se trata de excluir algo que pertença à base de cálculo, mas de compreender que os valores repassados a terceiros por força de lei nem sequer constituem hipótese de incidência das exações. Qualquer interpretação em sentido contrário pode significar a desconsideração da definição estabelecida em precedente de observância obrigatória.

Registre-se que, há longa data, já se definiu que “incumbe ao Supremo definir o alcance dos vocábulos ‘receita’ e ‘faturamento’ contidos na Constituição Federal” (RE 592.616/RS, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Tribunal Pleno, julgado em 09/10/2008, DJe 24/10/2008).

In casu, a questão em debate relaciona-se com a inclusão na base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS dos valores auferidos pelos serviços de interconexão e de *roaming*, prestados por operadora de serviços de telefonia.

A lei e os atos normativos infralegais que disciplinam a matéria – como bem asseverado pela eminente Ministra *Regina Helena Costa*, que examinou com profundidade a legislação de regência e todas as características desses serviços – obrigam as operadoras a transferir os ingressos destinados a remunerá-los.

Sobre o tema, transcrevo as seguintes disposições da Lei n. 9.472/1997 (Lei Geral da Telecomunicação), que bem demonstram essa compreensão:

Art. 146. As redes serão organizadas como vias integradas de livre circulação, nos termos seguintes:

- I – *é obrigatória a interconexão entre as redes, na forma da regulamentação;*
- II – *deverá ser assegurada a operação integrada nas redes, em âmbito nacional e internacional;*

III – o direito de propriedade sobre as redes é condicionado pelo dever de cumprimento de sua função social.

Parágrafo único. *Interconexão é a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviço nela disponíveis.*

Art. 147. *É obrigatória a interconexão às redes de telecomunicações a que se refere o art. 145 desta Lei, solicitada por prestadora de serviço no regime privado, nos termos da regulamentação.*

Art. 148. É livre a interconexão entre redes de suporte à prestação de serviços de telecomunicações no regime privado, observada a regulamentação.

[...]

Art. 153. As condições para a interconexão de redes serão objeto de livre negociação entre os interessados, mediante acordo, observado o disposto nesta Lei e nos termos da regulamentação.

§ 1º O acordo será formalizado por contrato, cuja eficácia dependerá de homologação pela Agência, arquivando-se uma de suas vias na Biblioteca para consulta por qualquer interessado.

§ 2º *Não havendo acordo entre os interessados, a Agência, por provocação de uma deles, arbitrar as condições para a interconexão.* (grifos nossos)

Conforme definição legal, a interconexão é ligação entre redes de telecomunicações compatíveis, a fim de permitir que os clientes de serviço de uma rede possam comunicar-se com o de outra. No *roaming*, o usuário vinculado à operadora “A” se utiliza da conexão da operadora “B”, quando há um deslocamento para localidade nacional ou internacional, em que sua operação não oferece cobertura. Ou seja, usufrui de um serviço de operadora diversa, interligada pela própria interconexão. Nesse caso, a operadora “A” cobra e recebe do seu cliente o valor correspondente ao serviço e, por força da legislação de regência, o repassa à operadora “B”, a qual efetivamente prestou o serviço de conexão.

Nesse contexto, à luz da definição constitucional de faturamento, não integram a base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS os valores decorrentes de interconexão e *roaming*, que são repassados às outras operadoras, conforme legislação de regência e bem decidido no acórdão recorrido e no voto da eminente Relatora.

No tocante à compensação, alinho-me, igualmente, ao voto da eminente Ministra Regina Helena Costa, pois se orienta a jurisprudência do Superior

Tribunal de Justiça no sentido de que “o crédito de contribuição previdenciária reconhecido, dada a vedação contida no art. 26 da Lei n. 11.457/2007, somente poderá ser compensado com débitos de mesma natureza e destinação constitucional, nos termos do art. 66 da Lei n. 8.383/1991” (AgRg no AREsp 706.716/MG, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 23/06/2016, DJe 18/08/2016).

Ante o exposto, acompanho a eminente Ministra Regina Helena Costa, Relatora, para *dar parcial provimento* ao recurso especial da Fazenda Nacional, a fim de limitar a compensação tributária.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.629.090-PE (2016/0256060-9)

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Recorrente: Estado de Pernambuco

Procurador: Henrique Luiz de Lucena Moura e outro(s) - PE000467B

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Recurso especial. Ação de imissão de posse. Comprovação da propriedade do INSS sobre o imóvel. Registro do bem no cartório de imóveis. Desnecessidade. Transferência de patrimônio determinada pela legislação específica.

1. A matéria pertinente aos arts. 98, 99, *caput*, I, II e III, parágrafo único, e 101 do Código Civil não foi apreciada pela instância judicante de origem, tampouco foram opostos embargos declaratórios para suprir eventual omissão. Portanto, ante a falta do necessário prequestionamento, incide o óbice da Súmula 282/STF.

2. No caso dos autos, o imóvel em disputa foi doado pelo Estado de Pernambuco à Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Trabalhadores em Trapiches e Armazéns no ano de 1938. A referida entidade, por

sua vez, passou a compor o INPS, nos termos do Decreto-Lei n. 72/66, o qual expressamente declarou que os bens pertencentes às caixas de aposentadoria passariam à propriedade da, então, nova autarquia. O INSS, por seu turno, foi criado a partir da fusão do IAPAS com o INPS, nos termos da Lei n. 8.029/90, sendo que o Decreto n. 99.350/90 expressamente determinou a incorporação dos patrimônios do INPS e do IAPAS à nova autarquia.

3. Não há antinomia entre os arts. 531 e 533 do CC/16 (vigente à época em que a propriedade foi alienada) e as leis que regulamentaram a incorporação do imóvel ao patrimônio das autarquias previdenciárias que se sucederam ao longo do tempo, pois a legislação específica prevalece em detrimento da norma geral.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesse ponto, improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nesta parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) e Benedito Gonçalves (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Brasília (DF), 09 de novembro de 2021 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 19.11.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Trata-se de recurso especial manejado pelo *Estado de Pernambuco*, com fundamento no art. 105, III, *a*, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado (fls. 735/736):

Processual Civil. Imissão de posse. Bem imóvel de titularidade do INSS. Utilização gratuita pelo Estado de Pernambuco. Competência da Justiça Federal. Necessidade de fixação de taxa de ocupação.

1. Apelação em face da sentença que julgou parcialmente o pedido da presente imissão de posse para: a) deferir a imissão de posse em favor do INSS no imóvel; b) condenar o Estado de Pernambuco ao pagamento dos ônus incidentes sobre o imóvel até a desocupação; c) condenar o Estado de Pernambuco ao pagamento de taxa de ocupação a partir de julho de 2008 até a desocupação, no valor de R\$ 8.736,00, devidamente corrigido; d) determinar que seja abatido o valor das benfeitorias realizadas pelo Estado do montante devido em virtude da taxa de ocupação.

2. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que a competência originária que lhe é atribuída pelo art. 102, I, "f", da CF, tem caráter de absoluta excepcionalidade, incidindo apenas as hipóteses de litígios cuja potencialidade ofensiva se revele capaz de ofender a harmonia do pacto federativo, o que não se vislumbra no caso dos autos. Preliminar de incompetência afastada.

3. O bem imóvel foi doado pelo Estado de Pernambuco à Caixa de Aposentadorias e Pensões dos Trabalhadores em Trapiches e Armazéns em 1938, que passou a se chamar Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Empregados em Transportes de Cargas – IAPETC, em razão do Decreto-Lei n. 651/38. Em seguida, tal instituto passou a compor o INPS – Instituto Nacional de Previdência Social, pelo Decreto-Lei n. 72/66. Com o advento da Lei n. 6.439/77 (art. 14, VI), os bens do INPS passaram à gestão do IAPAS, Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social. Por fim, a propriedade do bem passou para o INSS pelo Decreto n. 99.350/90 e pela Lei n. 8.029/90.

4. Em virtude da utilização gratuita do bem imóvel pelo Estado de Pernambuco durante anos, torna-se devida a taxa de ocupação em favor do INSS, a partir de julho de 2008, vencimento do prazo concedido pelo Ofício n. 76, de 16 de abril de 2008, recebido pelo Estado de Pernambuco em 05 de junho de 2008.

5. Impõe-se o reconhecimento do direito do Estado de Pernambuco às benfeitorias úteis e necessárias realizadas no imóvel, no valor encontrado pelo perito, sob pena de enriquecimento sem causa do INSS (art. 1.219 do Código Civil), valor este que deve ser compensado do total devido a título de taxa de ocupação.

6. Apelação a que se nega provimento.

Opostos embargos declaratórios, foram acolhidos sem efeitos modificativos. Já os segundos aclaratórios foram rejeitados.

Irresignada, a parte recorrente aponta violação aos arts. 267, VI, do CPC/73; 98, 99, I, II e III, 101, 1.200, 1.201, parágrafo único, 1.203 e 1.245,

§ 1º, do CC/2002; e 531 e 533 do CC/16. Para tanto, sustenta que: (I) a parte autora da demanda não fez prova da propriedade, sendo parte ilegítima para figurar no polo ativo da demanda; e (II) por se tratar de um bem público dominial, se não há registro da propriedade no cartório competente, não é possível considerá-lo como pertencente ao INSS.

Contrarrazões às fls. 848/861.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): O recurso não comporta êxito.

De início, cumpre observar que a matéria pertinente aos arts. 98, 99, *caput*, I, II e III, parágrafo único, e 101 do Código Civil não foi apreciada pela instância judicante de origem, tampouco foram opostos embargos declaratórios para suprir eventual omissão. Portanto, ante a falta do necessário prequestionamento, incide o óbice da Súmula 282/STF.

No que diz respeito à alegada ausência de comprovação do domínio do imóvel em tela pelo INSS, melhor sorte não socorre a parte recorrente.

Ao solucionar a controvérsia, o Tribunal de origem asseverou (fls. 730/732):

Observa-se, quanto à titularidade, as lições extraídas da sentença (fls. 584/595):

No caso, não há que se falar propriamente em sucessão, vez que o imóvel não passou de uma a outra esfera jurídica. No caso, houve mera mudança no nome do proprietário. A Caixa passou a se chamar Instituto, mas, obviamente, tal fato não alterou o seu acervo patrimonial. Determinou, por sua vez, o Decreto-Lei n. 72/66:

Art. 1º Os atuais Institutos de Aposentadoria e Pensões são unificados sob a denominação de Instituto Nacional de Previdência Social (INPS).

Art. 32. A partir da vigência deste Decreto-Lei, fica extinta a personalidade jurídica dos Institutos de Aposentadoria e Pensões e do Serviço de Assistência Médica Domiciliar e de Urgência (SAMDU), passando os respectivos bens, direitos e obrigações a integrar o patrimônio do INPS.

Logo, a sucessão do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Empregados em Transportes e Cargas pelo Instituto Nacional de Previdência

Social se deu por expressa previsão legal, o que afasta a aplicação dos arts. 531 e 533 do antigo Código Civil de 1916:

Art. 531. Estão sujeitos a transcrição, no respectivo registro, os títulos translativos da propriedade imóvel, por ato entre vivos.

Art. 533. Os atos sujeitos a transcrição (arts. 531 e 532) não transferem o domínio, senão da data em que se transcreverem (arts. 856, 860, parágrafo único).

Como norma de idêntica hierarquia, o Decreto-Lei n. 72/66 é suficiente para deflagrar a mudança na propriedade do imóvel, independentemente de qualquer transcrição no cartório de registro.

Por sua vez, estabeleceu a Lei n. 6.439, de 1º de setembro de 1977:

Art. 3º - Ficam criadas as seguintes autarquias vinculadas ao MPAS:

I - Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social - INAMPS;

II - Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social - IAPAS.

Art. 14 - Em decorrência do disposto nesta Lei, o patrimônio de cada uma das entidades do SINPAS será constituído:

I - o do INPS por seus bens não transferidos a outra entidade do SINPAS e pelos bens que o IPASE e o FUNRURAL atualmente utilizam na concessão de benefícios e outras prestações em dinheiro e na prestação de assistência complementar e de reeducação e readaptação profissional;

II - o do INAMPS pelos bens que o INPS, o FUNRURAL, a LBA e o IPASE atualmente utilizam na prestação de assistência médica;

III - o da LBA por seus bens não transferidos a outras entidades do SINPAS e pelos bens que o INPS, o FUNRURAL e o IPASE atualmente utilizam na prestação de assistência social;

IV - o da FUNABEM por seus atuais bens;

V - o da DATAPREV por seus atuais bens;

VI - o do IAPAS pelos bens atualmente utilizados nos serviços de arrecadação e fiscalização e na administração patrimonial e financeira do INPS, do FUNRURAL e do IPASE, bem como por aqueles que não forem atribuídos a nenhuma das demais entidades do SINPAS por força da distribuição de competências prevista nesta Lei.

§ 1º - Integrarão, também, o patrimônio das entidades do SINPAS quaisquer outros bens que venham a adquirir para uso próprio ou que lhes sejam transferidos com essa finalidade.

§ 2º - A transferência de bens móveis e direitos de uma para outra entidade do SINPAS se fará por ato do Ministro da Previdência e Assistência Social.

§ 3º - O Ministro da Previdência e Assistência Social disciplinará a utilização comum do patrimônio das entidades do SINPAS tendo em vista a economia de gastos e a integração de serviços.

§ 4º - Os bens doados às entidades de previdência e assistência social continuarão sujeitos aos encargos porventura impostos pelos respectivos doadores, cabendo às entidades a que forem redistribuídos dar cumprimento a esses encargos.

Perceba-se que a lei não determinou, *de per se*, a sucessão patrimonial entre as mencionadas entidades, apenas fixou critérios para a repartição do acervo patrimonial entre os integrantes do sistema. Assim, considerando-se que não há provas da transferência da propriedade em comento para outra pessoa jurídica, o imóvel remanesceu com o Instituto Nacional de Previdência Social.

De qualquer sorte, *ad argumentandum tantum*, a Lei n. 8.029/90 operou a fusão entre o Instituto Nacional de Previdência Social e o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social, criando a autarquia autora, que, de um modo ou de outro, assumiu *ex lege* a propriedade do imóvel. Em síntese, reputo comprovada a propriedade do INSS sobre o imóvel em comento, o que lhe assegura, como um de seus corolários, o direito à imissão em sua posse.

Como se vê, o Tribunal *a quo* consignou que o imóvel foi doado pelo Estado de Pernambuco à Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Trabalhadores em Trapiches e Armazéns no ano de 1938. A referida entidade, por sua vez, passou a compor o INPS, nos termos do Decreto-Lei n. 72/66, o qual expressamente declarou que os bens pertencentes às caixas de aposentadoria passariam à propriedade da, então, nova autarquia. Veja-se:

Art. 1º Os atuais Institutos de Aposentadoria e Pensões são unificados sob a denominação de Instituto Nacional de Previdência Social (INPS).

[...]

Art. 32. A partir da vigência deste Decreto-Lei, fica extinta a personalidade jurídica dos Institutos de Aposentadoria e Pensões e do Serviço de Assistência Médica Domiciliar e de Urgência (SAMDU), passando os respectivos bens, direitos e obrigações a integrar o patrimônio do INPS.

Por sua vez, a Lei n. 6.439/77, ao estabelecer o SINPAS, assim determinou a distribuição do patrimônio das autarquias relacionadas à previdência e assistência sociais:

Art. 14 - Em decorrência do disposto nesta Lei, o patrimônio de cada uma das entidades do SINPAS será constituído:

I - o do INPS por seus bens não transferidos a outra entidade do SINPAS e pelos bens que o IPASE e o FUNRURAL atualmente utilizam na concessão de benefícios e outras prestações em dinheiro e na prestação de assistência complementar e de reeducação e readaptação profissional;

II - o do INAMPS pelos bens que o INPS, o FUNRURAL, a LBA e o IPASE atualmente utilizam na prestação de assistência médica;

III - o da LBA por seus bens não transferidos a outras entidades do SINPAS e pelos bens que o INPS, o FUNRURAL e o IPASE atualmente utilizam na prestação de assistência social;

IV - o da FUNABEM por seus atuais bens;

V - o da DATAPREV por seus atuais bens;

VI - o do IAPAS pelos bens atualmente utilizados nos serviços de arrecadação e fiscalização e na administração patrimonial e financeira do INPS, do FUNRURAL e do IPASE, bem como por aqueles que não forem atribuídos a nenhuma das demais entidades do SINPAS por força da distribuição de competências prevista nesta Lei.

§ 1º - Integrarão, também, o patrimônio das entidades do SINPAS quaisquer outros bens que venham a adquirir para uso próprio ou que lhes sejam transferidos com essa finalidade.

§ 2º - A transferência de bens móveis e direitos de uma para outra entidade do SINPAS se fará por ato do Ministro da Previdência e Assistência Social.

§ 3º - O Ministro da Previdência e Assistência Social disciplinará a utilização comum do patrimônio das entidades do SINPAS tendo em vista a economia de gastos e a integração de serviços.

§ 4º - Os bens doados às entidades de previdência e assistência social continuarão sujeitos aos encargos porventura impostos pelos respectivos doadores, cabendo às entidades a que forem redistribuídos dar cumprimento a esses encargos.

Art. 15 - Fica o Poder Executivo autorizado a promover a transferência, de uma para outra entidade do SINPAS, de bens imóveis e de direitos a eles relativos.

O INSS, por seu turno, foi criado a partir da fusão do IAPAS com o INPS, nos termos da Lei n. 8.029/90:

Art. 17. É o Poder Executivo autorizado a instituir o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, como autarquia federal, mediante fusão do Instituto de Administração da Previdência e Assistência Social - IAPAS, com o Instituto Nacional de Previdência Social - INPS, observado o disposto nos §§ 2º e 4º do art. 2º desta lei.

Já o Decreto de criação do INSS (Decreto n. 99.350/90) assim dispôs sobre o patrimônio da autarquia:

Art. 15. Ficam incorporados ao INSS os acervos patrimonial, financeiro e de recursos humanos dos órgãos e unidades dos extintos IAPAS e INPS.

Nesse contexto, observa-se que os bens pertencentes à Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Trabalhadores em Trapiches e Armazéns passaram, *ex lege*, a integrar o patrimônio do INPS e, posteriormente, a lei determinou que os patrimônios do IAPAS e do INPS passassem ao acervo do INSS.

Assim, não procede a alegação da ora agravante acerca da suposta antinomia existente entre os arts. 531 e 533 do CC/16 (vigente à época em que a propriedade foi alienada) e as referidas leis que regulamentaram a incorporação do imóvel ao patrimônio das autarquias previdenciárias que se sucederam ao longo do tempo, pois a legislação específica, pertinente ao INPS, IAPAS, SINPAS e INSS, prevalece em detrimento da norma geral.

Ademais, não prospera o argumento de que, a partir da vigência do CC/2002 (art. 1.245), teria surgido nova necessidade de registro do bem em cartório, pois, na existência de aparente conflito entre os critérios da cronologia e da especialidade, este último deve prevalecer. A respeito do tema, vale citar o seguinte entendimento da Corte Especial do STJ:

Processual Civil. Embargos de divergência. Mandado de segurança. Reexame necessário. Art. 475, II, § 2º, do CPC. Lei n. 10.352/01. Art. 12, parágrafo único, da Lei n. 1.533/51. Antinomia de segundo grau. Prevalência do princípio da especialidade.

1.

[...]

3. A alteração da norma genérica não enseja a revogação ou a modificação de regras especiais preexistentes relativas ao mesmo instituto (art. 2º, § 2º, da LICC). Havendo conflito entre normas jurídicas de mesma hierarquia e ocorrendo a antinomia de segundo grau, ou seja, a discrepância entre as soluções preconizadas pelos critérios cronológico e da especialidade, deve prevalecer, em regra, a resposta que resultar da aplicação deste último.

4. Não se aplica ao mandado de segurança o § 2º do art. 475 do CPC, inserido pela Lei n. 10.352/01, pois a regra especial, contida no art. 12, parágrafo único, da Lei n. 1.533/51, prevalece sobre a disciplina genérica do Código de Processo Civil.

5. Embargos de divergência providos.

(EREsp 687.216/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Corte Especial, Julgado em 4/6/2008, DJe 4/8/2008)

Não bastasse isso, a incorporação do patrimônio pela nova autarquia por expressa determinação legal é medida que constitui ato jurídico perfeito, de modo que eventual alteração normativa não teria o condão de afetar a transferência pretérita da propriedade, nos termos do art. 6º da LINDB e art. 5º, XXXVI, da CF/88.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e, na parte conhecida, nego-lhe provimento. Levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, impõe-se à parte recorrente o pagamento de honorários advocatícios equivalentes a 20% (vinte por cento) do valor a esse título já fixado no processo (art. 85, § 11, do CPC/2015).

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.779.550-PR (2018/0298231-1)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Recorrente: Fazenda Nacional

Recorrido: AMK Comercial Ltda - ME

Advogados: Cristiano Guerios Nardi e outro(s) - PR053738

Thiago Costa de Souza - PR054340

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Violação do art. 1.022 do CPC/2015. Não ocorrência. Demurrage. Despesas de sobrestadia. Condicionamento do desembaraço aduaneiro ao pagamento. Impossibilidade. Poder regulamentar. Transbordamento.

1. Afasta-se a alegada violação do artigo 1.022 do CPC/2015, porquanto o acórdão recorrido manifestou-se de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia.

2. A Portaria SRF n. 121/2001 violou o princípio da legalidade, ao transbordar o conteúdo da lei (art. 18 da Lei n. 9.779/1999),

considerando que inclui, além do pagamento das despesas decorrentes da permanência da mercadoria em recinto alfandegado, a exigência de comprovação do pagamento do valor da indenização de sobrestadia ou demurrage para dar andamento aos pedidos de início e retomada de despacho de importação de mercadorias abandonadas. Nesse sentido: AgInt no REsp n. 1.772.510/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 26/2/2019, DJe 1/3/2019; REsp n. 1.691.108/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5/10/2017, DJe 28/11/2017 e REsp n. 1.573.871/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 28/10/2016.

3. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, 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 Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de novembro de 2021 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 23.11.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no artigo 105, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região, assim ementado (fl. 277):

Aduaneiro e Tributário. Importação. Mercadoria. Abandono. Pena de perdimento. Demurrage. Portaria SRF 121/2011.

1. A mercadoria armazenada em recinto alfandegado fica sujeita à pena de perdimento se ultrapassados os prazos máximos previstos no art. 23, II, do DL 1.455/76.

2. Antes de aplicada a pena de perdimento, o importador pode iniciar o despacho aduaneiro, mediante o cumprimento das formalidades legais, o pagamento dos tributos, multa e despesas decorrentes da permanência da mercadoria no recinto alfandegado (armazenagem).

3. A Portaria SRF n. 121/2011 extrapolou o poder regulamentar previsto na legislação de regência, ao exigir, além do pagamento das despesas de armazenagem, que os pedidos de início e retomada de despacho de importação de mercadorias abandonadas sejam instruídos com os comprovantes de pagamento das despesas da sobreestadia (demurrage) dos contêineres em que a carga se encontra unitizada.

Embargos de declaração rejeitados.

O recorrente alega violação do artigo 1.022, II, do CPC/1973, ao argumento de que a Corte de origem não se manifestou a respeito de pontos importantes ao deslinde da controvérsia, em especial acerca do fato de que “[...] *é devida a comprovação do pagamento do valor da indenização de sobrestadia (demurrage) para fins de desembaraço aduaneiro.*” (fl. 307).

Quanto à questão de fundo, sustenta ofensa aos artigos 18 e 20, da Lei n. 9.779/1999 e 643 do Regulamento Aduaneiro, ao fundamento de que é devida a comprovação do pagamento do valor da indenização de sobrestadia (demurrage) para fins de desembaraço aduaneiro.

Sem contrarrazões.

Juízo positivo de admissibilidade às fls. 318/319.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): De início, afasta-se a alegada violação do artigo 1.022 do CPC/2015, porquanto o acórdão recorrido manifestou-se de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia. A tutela jurisdicional foi prestada de forma eficaz, não havendo razão para a anulação do acórdão proferido em sede de embargos de declaração.

Desnecessário, portanto, qualquer esclarecimento ou complemento ao que já decidido pela Corte de origem, pelo que se afasta a ofensa ao artigo 1.022 do CPC/2015.

No mérito, constata-se que o entendimento assentado pela Corte de origem alinha-se à jurisprudência desta da Segunda Turma dessa Corte Superior de Justiça, no sentido de que o valor relativa à *demurrage* é, nos termos da Circular 2.393/1993, do Banco Central do Brasil, a “indenização convencionada para o caso de atraso no cumprimento da obrigação de carregar e descarregar as mercadorias no tempo pactuado”.

Trata-se, portanto, de quantia devida ao armador ou ao proprietário do contêiner pelo excesso do período em que este ficou injustamente privado da utilização do seu bem, possuindo natureza de direito obrigacional entre sujeitos de Direito Privado, desvinculada das despesas ordinárias de armazenagem no recinto alfandegário, de modo que a Portaria 121/2001 teria extrapolado o texto da legislação ordinária, não se mostrando razoável a interpretação do art. 18 da Lei 9.779/1999 tendente a condicionar o início ou a retomada do despacho aduaneiro à comprovação de regularidade das obrigações de natureza privada relativas à sobrestadia dos contêineres em que a carga se encontra unitizada.

Desse modo, alinho meu entendimento aos precedentes já proferidos pela Segunda Turma do STJ sobre o tema.

Processual Civil. Tributário. Mandado de segurança. Alegação de violação do art. 1.022 do CPC de 2015. Não configurada. Portaria SRF n. 121/2001. Pagamento das despesas pela sobrestadia (demurrage). Ilegalidade.

I - Na origem, trata-se de mandado de segurança objetivando que a autoridade alfandegária se abstenha de exigir comprovante de pagamento de despesas de armazenamento e de sobrestadia (demurrage) como condição para o processamento do despacho aduaneiro de mercadorias. Na sentença, foi concedida, em parte, a segurança para determinar à autoridade impetrada que se abstenha de exigir comprovação de pagamento de despesa de sobrestadia (demurrage). No Tribunal a quo, a sentença foi mantida.

II - Afastada a alegada ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015. No caso, o Tribunal de origem se manifestou de forma clara e fundamentada sobre a matéria posta em debate na medida necessária para o deslinde da controvérsia. Apontou que a demurrage não se confunde com a despesa pela permanência da mercadoria no recinto alfandegado, não podendo a Administração Tributária, a pretexto de regulamentar o dispositivo legal, ampliar o conteúdo da obrigação imposta.

III - Consoante a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, tem-se que o julgador não está obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos invocados pelas partes quando, por outros meios que lhes sirvam de convicção, tenha encontrado motivação suficiente para dirimir a controvérsia. Nesse sentido: AgInt no REsp n. 1.757.501/SC, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 3/5/2019; AgInt no REsp n. 1.609.851/RR, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira

Turma, DJe 14/8/2018; REsp n. 1.486.330/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 24/2/2015.

IV - O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que tem assentado que a Portaria SRF n. 121/2001 violou o princípio da legalidade, ao extrapolar o conteúdo da lei (art. 18 da Lei n. 9.779/1999), considerando que inclui, além do pagamento das despesas decorrentes da permanência da mercadoria em recinto alfandegado, a exigência de comprovação do pagamento do valor da indenização de sobrestadia ou demurrage para dar andamento aos pedidos de início e retomada de despacho de importação de mercadorias abandonadas. Nesse sentido: AgInt no REsp n. 1.772.510/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 26/2/2019, DJe 1/3/2019; REsp n. 1.691.108/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5/10/2017, DJe 28/11/2017 e REsp n. 1.573.871/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 28/10/2016.

V - Agravo interno improvido. (AgInt no REsp 1.697.217/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 05/12/2019, DJe 11/12/2019)

Processual Civil. Ausência de omissão. Art. 1.022, II, do CPC. Receita federal extrapolou o poder de regulamentar a matéria. Demurrage. Despesa de sobrestadia. Despacho aduaneiro.

1. Constato que não se configurou a ofensa ao art. 1.022, II, do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, como lhe foi apresentada. Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução.

2. O Tribunal de origem concluiu que a recorrente “extrapolou do poder regulamentar, ao exigir, além do pagamento das despesas decorrentes da permanência da mercadoria no recinto alfandegado, que os pedidos de início e retomada de despacho de importação abandonadas sejam instruídos com os comprovantes de pagamento das despesas da sobrestadia (demurrage) dos contêineres em que a carga se encontra unitizada” (fl. 176, e-STJ).

3. Controverte-se a inclusão do débito relativo à demurrage na expressão “despesas decorrentes da permanência da mercadoria em recinto alfandegado”, inserida no art. 18 da Lei 9.779/1999. Prescreve a aludida norma: “O importador, antes de aplicada a pena de perdimento da mercadoria na hipótese a que se refere o inciso II do art. 23 do Decreto-Lei no 1.455, de 7 de abril de 1976, poderá iniciar o respectivo despacho aduaneiro, mediante o cumprimento das formalidades exigidas e o pagamento dos tributos incidentes na importação, acrescidos dos juros e da multa de que trata o art. 61 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e das despesas decorrentes da permanência da mercadoria em recinto alfandegado”.

4. Ao regulamentar a execução da lei, a Alfândega da Receita Federal do Brasil no Porto de Paranaguá editou a Portaria 121/2011, incluindo no art. 1º que, além das despesas de armazenagem, também as de sobre-estadia (demurrage) teriam de ser pagas, para fim de início ou retomada do despacho de importação de mercadorias.

5. Demurrage é o termo que define tanto a demora para a realização da descarga da mercadoria submetida a transporte marítimo como, nos termos da Circular 2.393/1993, do Banco Central do Brasil, a “indenização convencional para o caso de atraso no cumprimento da obrigação de carregar e descarregar as mercadorias no tempo pactuado”.

6. Trata-se de quantia devida ao armador ou ao proprietário do contêiner, pelo excesso do período em que este ficou injustamente privado da utilização do seu bem, e, portanto, possui natureza de direito obrigacional entre sujeitos de Direito Privado (*in casu*, entre o importador e o proprietário do contêiner), desvinculada das despesas ordinárias de armazenagem no recinto alfandegário.

7. Consequentemente, além de o ato normativo extrapolar o texto da legislação ordinária, tem-se que não se mostra razoável a interpretação do art. 18 da Lei 9.779/1999, tendente a condicionar o início ou a retomada do despacho aduaneiro à comprovação de regularidade das obrigações de natureza privada relativas à sobreestadia dos contêineres em que a carga se encontra unitizada.

8. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (REsp 1.691.108/RS, Segunda Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 28/11/2017)

Processual Civil e Tributário. Ofensa ao art. 535 do CPC/1973 não configurada. Demurrage. Restrição não prevista em lei, imposta por ato normativo infralegal. Impossibilidade. Exegese do art. 18 da Lei 9.779/1999.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC/1973.

2. Controverte-se a respeito da inclusão do débito relativo à demurrage na expressão “despesas decorrentes da permanência da mercadoria em recinto alfandegado”, inserida no art. 18 da Lei 9.779/1999. Prescreve a aludida norma: “O importador, antes de aplicada a pena de perdimento da mercadoria na hipótese a que se refere o inciso II do art. 23 do Decreto-Lei no 1.455, de 7 de abril de 1976, poderá iniciar o respectivo despacho aduaneiro, mediante o cumprimento das formalidades exigidas e o pagamento dos tributos incidentes na importação, acrescidos dos juros e da multa de que trata o art. 61 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e das despesas decorrentes da permanência da mercadoria em recinto alfandegado”.

3. Ao regulamentar a execução da lei, a Alfândega da Receita Federal do Brasil no Porto de Paranaguá editou a Portaria 121/2011, incluindo no seu art. 1º que, além das despesas de armazenagem, também as de sobre-estadia (demurrage)

teriam de ser pagas, para fim de início ou retomada do despacho de importação de mercadorias.

4. Demurrage é o termo que define tanto a demora para a realização da descarga da mercadoria submetida a transporte marítimo como, nos termos da Circular 2.393/1993, do Banco Central do Brasil, a “indenização convencional para o caso de atraso no cumprimento da obrigação de carregar e descarregar as mercadorias no tempo pactuado”.

5. Trata-se de quantia devida ao armador ou ao proprietário do contêiner, pelo excesso do período em que este ficou injustamente privado da utilização do seu bem, e, portanto, possui natureza de direito obrigacional entre sujeitos de Direito Privado (*in casu*, entre o importador e o proprietário do contêiner), desvinculada das despesas ordinárias de armazenagem no recinto alfandegário.

6. Consequentemente, além de o ato normativo extrapolar o texto da legislação ordinária, tem-se que não se mostra razoável a interpretação do art. 18 da Lei 9.779/1999, tendente a condicionar o início ou a retomada do despacho aduaneiro à comprovação de regularidade das obrigações de natureza privada relativas à sobreestadia dos contêineres em que a carga se encontra unitizada.

6. Recurso Especial não provido. (REsp 1.573.871/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 28/10/2016)

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso especial.

É como voto.

