



Primeira Turma

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 1.598.445-SP (2019/0302035-0)

Relator: Ministro Gurgel de Faria
Agravante: Fazenda do Estado de São Paulo
Procuradora: Marcia Aparecida de Andrade Freixo - SP120421
Agravado: Universo Online S/A
Advogados: Luiz Roberto Peroba Barbosa - SP130824
Alice Marinho Correa da Silva - SP345200

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Fundamentação. Deficiência. ICMS-comunicação. Direito privado. Conceito. Serviço de publicidade. Valor adicionado. Não incidência.

1. Aplica-se o óbice da Súmula 284 do STF quando, por deficiência na fundamentação, o recurso especial não vem acompanhado da indicação dos dispositivos de lei federal supostamente violados pelo acórdão impugnado.

2. A legislação tributária não pode, para definir ou limitar competências tributárias, alterar a definição, o alcance e o conteúdo de institutos, conceitos e formas de direito privado (art. 110 do CTN).

3. O serviço de inserção de publicidade e veiculação de propaganda em sites da internet não se confunde com o serviço de comunicação tributável pelo ICMS (art. 60 da Lei n. 9.472/1997) por configurar serviço de valor adicionado (art. 61 do mesmo diploma legal).

4. “É constitucional o subitem 17.25 da lista anexa à LC n. 116/2003, incluído pela LC n. 157/2016, no que propicia a incidência do ISS, afastando a do ICMS, sobre a prestação de serviço de inserção de textos, desenhos e outros materiais de propaganda e publicidade em qualquer meio (exceto em livros, jornais, periódicos e nas modalidades de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita)”. (STF, Pleno, ADI 6.034/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 09/03/2022).

5. Agravo conhecido para conhecer em parte do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do agravo para conhecer em parte do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região), Benedito Gonçalves (Presidente), Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de agosto de 2022 (data do julgamento).

Ministro Gurgel de Faria, Relator

DJe 23.9.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Trata-se de agravo do *Estado de São Paulo* em objetiva admissão de recurso especial interposto contra acórdão do TJSP assim ementado:

Mandado de segurança. ICMS. Provedor de acesso à internet. Autuação por falta de recolhimento do imposto sobre atividade de veiculação de comunicação publicitária em sítio eletrônico da rede mundial de computadores, do período de 01-01-2008 a 22-12-2009. Constituição Federal, artigo 155, II e Lei Complementar n. 87/1996, 2º, III. Definição, pela Lei n. 9.472/1997, do serviço de telecomunicações, excluindo dessa hipótese o serviço de valor adicionado que engloba a atividade de veiculação de comunicação publicitária em sítio eletrônico, não se configurando, portanto, fato gerador do ICMS por não caracterizar o serviço de comunicação como previsto no artigo 2º, III, da Lei Complementar n. 87/1996. Orientação seguida pela Lei Complementar n. 157/2016, que alterou a Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003, de modo a incluir a hipótese como fato gerador do ISS, item 17.25 da correspondente lista de serviços. Falta de base legal para a exação. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Entendimento do próprio Tribunal de Impostos e Taxas do Estado. Segurança concedida. Não providos o recurso e o reexame necessário.

No especial, a parte recorrente, indicando violação do art. 2º, III, da Lei Complementar n. 87/1996, dos arts. 60 e 61 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/1997), sustentou, em resumo, que:

i) a competência constitucional seria conferida aos estados para a instituição de ICMS sobre prestação de serviço de comunicação;

ii) a norma constitucional não traria limitação ao conceito de comunicação para fins de incidência de ICMS, não podendo condicioná-la ao fornecimento de infraestrutura de comunicação;

iii) a Lei Complementar n. 87/ 1996 (arts. 2º e 12) traria normas gerais de incidência do ICMS sobre comunicação, sem limitação ao conceito de serviço de comunicação e comparando “a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza” aos serviços de comunicação tributáveis, os quais define como “qualquer ato que venha a transmitir, emitir ou receber símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações, independentemente do meio e/ou veículo utilizado”, ficando a sua prestação ligada ao fornecimento de meios para a viabilização do fluxo de mensagens;

iv) não haveria necessidade da detenção de infraestrutura de telecomunicação para prestar serviço de comunicação, não havendo como se diferenciar a veiculação de publicidade por meios físicos, tributada pelo ICMS, daquela feita pela internet;

v) seria necessário, ao serviço de comunicação, apenas o emissor, a mensagem e o meio, sendo indiferente a determinação da identidade do receptor;

vi) os veículos de divulgação de publicidade seriam definidos por lei (Lei n. 4.680/1965) como meios de comunicação;

vii) a veiculação de material publicitário, tal como realizada pela impetrante, não poderia ser considerada mera cessão de espaço, locação de espaço virtual, pois, no mínimo, demanda a programação da exposição do material publicitário e o fornecimento de infraestrutura para suportar os acessos;

viii) a impetrante, além de ceder espaço para a difusão das mensagens publicitárias de seus clientes, se incumbe de inserir essa programação em sua grade, determinando o espaço contratado, a quantidade de inserções, a forma das inserções, o horário em que elas serão realizadas, assim como as especificações para que a mensagem publicitária possa ser aceita, tratando-se de prestação onerosa de serviços de comunicação tributada, pois, pelo ICMS;

ix) não se poderia confundir o serviço de disponibilização de meios para a divulgação de mensagens de terceiros anunciantes com o serviço de publicidade, tributável pelo ISS e, por esse mesmo motivo, os itens 17.07 e 17.25 da lista anexa da LC 116/2003 foram vetados (veto mantido para o item 17.07 e

derrubado para o item 17.25) pela Presidência da República, uma vez que os serviços ali descritos seriam objeto de tributação pelo ICMS-comunicação;

x) competiria aos Municípios tributar a criação da propaganda, a elaboração artística, o planejamento da divulgação e o que for relativo à propaganda e à publicidade, ou seja, aquilo que não diz respeito à veiculação e à divulgação, acrescentando que a inserção de textos, desenhos e outros materiais de propaganda e publicidade em qualquer meio constitui serviço de veiculação de publicidade, a qual não se confunde com a atividade de concepção da peça publicitária, sendo a inserção etapa necessária da obrigação de veiculação da mensagem que não comporta cisão e que constitui serviço de comunicação tributado pelo ICMS;

xi) a distinção entre o serviço de veiculação de publicidade do provimento de acesso à internet, motivo pelo qual não se sustentaria o fundamento de dupla incidência de ICMS sobre a veiculação de material publicitário em páginas da internet, sendo inaplicável ao caso concreto os precedentes do STJ relativos a não incidência do ICMS sobre serviço de acesso à internet;

xii) a impetrante não indicou nenhuma ilegalidade ou vício na condução do processo administrativo, capaz de gerar a nulidade do procedimento.

Contrarrazões apresentadas às e-STJ fls. 1.198/1.217, em que se pleiteia o não conhecimento do recurso especial na parte que alega violação do art. 2º da Lei complementar n. 87/1996 por deficiência de fundamentação (Súmula 284 do STF) e, na parte que alega violação dos itens da lista anexa da Lei complementar n. 116/2005, por aplicação do óbice da Súmula 7 do STJ.

O recurso especial foi inadmitido por aplicação do óbice da Súmula 7 do STJ e por não se verificar a alegada violação do dispositivo de lei federal indicado, fundamentos atacados pelo agravo.

Impugnação ao agravo apresentada às e-STJ fls. 1.340/1.352.

O Ministério Público Federal deixou de emitir parecer por ausência de interesse público na discussão (e-STJ fl. 1.408).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria (Relator): Inicialmente, por entender estarem preenchidos os pressupostos legais para o conhecimento do agravo e,

em parte, do próprio recurso especial, submeto o presente feito diretamente ao Colegiado, conforme faculta o art. 1.042, § 5º, do CPC/2015.

O recurso especial se origina de mandado de segurança em que se discute a validade de autos de infração lavrados pelo Estado de São Paulo em desfavor de provedor de acesso à *internet (Universe on line)* pelo não recolhimento de ICMS incidente sobre os serviços de disponibilização de espaços publicitários e veiculação de propaganda em seu sítio eletrônico.

No primeiro grau de jurisdição, a segurança foi concedida para anular os autos de infração ao fundamento de que, interpretando os dispositivos da Lei Geral de Telecomunicação e da Lei Kandir, o serviço descrito não se configura como serviço de comunicação, mas mero serviço de valor adicionado, o qual não é objeto de incidência do ICMS (e-STJ fls. 1.039/1.040):

De acordo com o raciocínio acima, a veiculação de publicidade, ainda que importe em divulgação de uma mensagem, não configura serviço de comunicação passível de tributação, porque para tanto é imprescindível que o prestador disponha dos meios necessários à sua realização e que esses meios sejam fornecidos aos usuários do serviço, de forma a que o emissor possa transmitir e o receptor possa receber a mensagem que seja objeto da comunicação.

Na hipótese, seria então a veiculação de publicidade serviço de valor adicionado, sem que o fornecedor detenha infraestrutura imprescindível à transmissão de sinais, tanto que tem como suporte o serviço de comunicação exercido pelas empresas que operam as telecomunicações, e que em razão de tal exercício são tributadas por ICMS.

Se a inserção de publicidade em sítio da internet consiste em serviço de valor adicionado, nos termos do artigo 61, § 1º, da Lei n. 9.472/1997, não corresponde a serviço de telecomunicações.

O serviço de comunicação, este sim, foi contratado para que se tenha acesso à internet, fato que diverge daquele que fora objeto da autuação fiscal ora analisada.

O Tribunal bandeirante negou provimento à apelação fazendária, reiterando as conclusões alcançadas no primeiro grau e acrescentando, ainda, a necessidade de interpretação dos dispositivos da Lei n. 9.472/1997, segundo as diretrizes do art. 110 do CTN, e que as alterações ocorridas na Lei Complementar n. 116/2003 reforçam a tese de não incidência do tributo estadual sobre os serviços em questão.

Pois bem.

O agravo impugna específica e suficientemente os fundamentos da decisão de inadmissão do apelo nobre, motivo pelo que conheço daquele recurso.

Registro, preambularmente, que a alegação formulada pelo recorrente de que a impetrante não indicou nenhuma ilegalidade ou vício na condução do processo administrativo capaz de gerar a nulidade do procedimento, razão pela qual pleiteia a extinção do mandado de segurança da origem, não veio acompanhada da indicação de qual o dispositivo de lei federal teria sido violado pelo acórdão recorrido, o que atrai a aplicação da Súmula 284 do STF, ante a deficiência de fundamentação do recurso especial, no particular.

Dito isso, anote-se que a controvérsia discutida no recurso especial acerca da incidência do tributo estadual sobre os serviços prestados pela particular, os quais foram corretamente descritos pelas instâncias ordinárias, não esbarra no óbice da Súmula 7 do STJ, por versar acerca de questão exclusivamente de direito.

Ademais, a controvérsia relativa à alega violação do art. 2º da Lei Complementar n. 87/1996 está corretamente definida no recurso especial, não se podendo acolher a alegação do particular em suas contrarrazões de que o recurso especial padeceria de fundamentação deficiente no ponto.

Feitas essas considerações, constato que a controvérsia trazida a debate envolve a definição sobre se a cessão de espaço em sítio eletrônico de provedor de acesso à *internet* para conteúdo publicitário configura serviço de comunicação e, portanto, deve ser considerada como fato gerador de ICMS.

De início, a Lei Complementar n. 87/1996 prevê, em seu art. 2º, III, que o ICMS incide sobre prestação onerosa de serviços de comunicação, incluindo, na previsão legal, a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza, bem como fixa, na forma de seu art. 12, VII, esta prestação onerosa de serviço de comunicação como o próprio momento do fato gerador.

Vale destacar, no entanto, que a legislação tributária não pode, para definir ou limitar competências tributárias, alterar a definição, o alcance e o conteúdo de institutos, conceitos e formas de direito privado (art. 110 do CTN).

Assim, extrai-se do art. 60 da Lei n. 9.472/1997 que o serviço de comunicação (telecomunicação) é o conjunto de atividades que possibilita a oferta deste serviço, ou seja, a transmissão, emissão ou recepção, por infraestrutura física de informações de qualquer natureza.

Nesse panorama, o serviço de comunicação apenas está configurado quando o prestador fornece ao usuário os meios necessários à transmissão e à recepção de informações e mensagens objeto da comunicação.

Ademais, mostra-se pertinente a distinção da mensagem e da transmissão da mensagem, sendo apenas o último objeto de tributação pelo ICMS comunicação.

É importante salientar, ainda, que a definição de serviço de valor adicionado, a qual não se confunde com o serviço de comunicação, está prevista no art. 61 e §§ da Lei Geral de Telecomunicação – LGT, não podendo a legislação tributária alterá-la.

Por oportuno, transcrevo o referido dispositivo legal:

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§ 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações.

Não por outro motivo, esta Corte Superior tem adotado a orientação jurisprudencial segundo a qual os serviços de valor adicionado não são objeto de tributação pelo ICMS comunicação por não se confundirem com os serviços de telecomunicação propriamente ditos.

É o que se extrai dos seguintes julgados:

Processual Civil e Tributário. Acórdão adequadamente fundamentado. ICMS. Serviços de anúncio e telegrama fonado e telelista. Valor adicionado. Não-incidência.

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

2. Os serviços de anúncio e telegrama fonado e telelista valem-se da telecomunicação, que lhes dá suporte, para acrescentar utilidades relacionadas ao acesso e à apresentação de informações. Esta é a definição de serviço de valor

adicionado, que não se confunde com o de telecomunicação, nos termos do art. 61 da Lei 9.472/1997.

3. In casu, esses serviços nem sequer são prestados pelas concessionárias de telefonia, que são apenas “intermediadoras da cobrança das tarifas”, conforme aferiram as instâncias de origem.

4. A jurisprudência pacífica do STJ, pela não-incidência do ICMS sobre os serviços de valor adicionado, deve ser aplicada ao caso.

5. Recurso Especial não provido.

(REsp 1.206.428/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/11/2010, DJe 04/02/2011).

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental no agravo. Recurso especial. Suposta ofensa ao art. 535 do CPC. Inexistência de vício no acórdão recorrido. ICMS. Provedor de acesso à internet. Não-incidência. Súmula 334/STJ.

1. Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC.

2. Não incide o ICMS sobre o serviço prestado pelos provedores de acesso à internet, uma vez que a atividade desenvolvida por eles constitui mero serviço de valor adicionado, nos termos do art. 61 da Lei n. 9.472/97 e da Súmula 334/STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 357.107/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17/09/2013, DJe 25/09/2013).

Especificamente quanto ao serviço descrito nos autos (de disponibilização de espaço para publicidade e veiculação de propaganda em *sites* da *internet*), tenho que esse se configura como serviço de valor adicionado, pois se utiliza dos meios (infraestrutura) já disponibilizados para o público em geral por terceiros para acrescentar ao serviço de comunicação novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento e apresentação das informações ali contidas.

A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI n. 6034/RJ, firmou o entendimento segundo o qual “é constitucional o subitem 17.25 da lista anexa à LC n. 116/2003, incluído pela LC n. 157/2016, no que propicia a incidência do ISS, afastando a do ICMS, sobre a prestação de serviço de inserção de textos, desenhos e outros materiais de propaganda e publicidade em qualquer meio (exceto em livros, jornais, periódicos e nas modalidades de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita)”. (ADI 6.034, Relator(a): Dias Toffoli, Tribunal Pleno, Julgado em 09/03/2022, Processo Eletrônico DJe-053 Divulg 18/03/2022 Public 21/03/2022).

Destaco, por oportuno, que, nos termos do voto do Relator, Ministro Dias Toffoli, essas atividades (inserção de textos, desenhos e outros materiais de propaganda e publicidade em qualquer meio), embora imprescindíveis à operacionalização do serviço de comunicação social, encontram-se fora do âmbito de materialidade do ICMS-comunicação.

Dito isso, verifico que, na hipótese dos autos, o Tribunal de origem consignou que a pretensão da Fazenda Estadual com a lavratura do auto de infração é a tributação da disponibilização em sítios eletrônicos da própria provedora de acesso a *internet* de mensagem de conteúdo publicitário, o que não constitui a prestação de serviços de comunicação propriamente dita, mas mero serviço de valor adicionado que não se confunde com o serviço de telecomunicação e, por isso, não é objeto de tributação pelo ICMS.

Nessa perspectiva, o acórdão recorrido não merece reparos.

Ante o exposto, *conheço* do agravo para *conhecer em parte* do recurso especial e, nesta extensão, *negar-lhe provimento*.

É como voto.

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 1.941.907-RJ (2021/0223607-9)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Agravante: SHL Participacoes S/A

Advogados: Lidio Edgardo Lobo Araújo - RJ015535

Creston Fernandes - RJ023903

Renato Oliveira Ramos - DF020562

Anderson da Silva Nuss - RJ160599

Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

EMENTA

Processual Civil e Direito Administrativo. Agravo em recurso especial. Execução de título extrajudicial. Obrigações assumidas em termo de ajustamento de conduta, firmado no bojo de ação

civil, em decorrência da construção do Shopping Center Leblon. Obrigações que não se referem a reparação de danos ambientais. Prazo prescricional. Incidência, por analogia, do artigo 21 da Lei 4.717/1965.

1. Consigna-se, inicialmente, que, tendo o recurso sido interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015, deve ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele previsto, conforme Enunciado Administrativo n. 3/2016/STJ.

2. Os autos são oriundos de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Rio de Janeiro contra a empresa SHL Participações S.A, no bojo da qual foi celebrado Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), visando a reparação dos danos causados pela construção do Shopping Center Leblon à comunidade vizinha, conhecida como “Cruzada São Sebastião”, composta por vários condomínios edifícios.

3. Sob a alegação de não cumprimento satisfatório das obrigações assumidas no TAC, os condomínios ajuizaram Ação de Indenização contra a empresa SHL Participações (Processo n. 0157364-13.2012.8.19.0001) e, em seguida, o Ministério Público do Rio de Janeiro promoveu Ação de Execução de título executivo extrajudicial (Termo de Ajustamento de Conduta) (Processo n. 0070691-80.2013.8.19.0001), que foi distribuída por prevenção/conexão.

4. No bojo do processo executivo, o magistrado de primeira instância proferiu decisão determinando a realização de perícia técnica, para a apuração de descumprimento das cláusulas obrigacionais do TAC e julgamento de ambos os processos. Desse desate, a empresa interpôs agravo de instrumento (que deu origem ao presente recurso especial), ao qual foi negado provimento pelo Tribunal, seguido de diversos embargos declaratórios.

5. O presente recurso especial é interposto contra acórdão que, em re julgamento determinado por este Superior Tribunal de Justiça, acolheu os embargos declaratórios, para, alterando seu entendimento, reconhecer a imprescritibilidade da pretensão executiva deflagrada pelo Ministério Público, por entender que as obrigações assumidas no TAC se referem à reparação de danos ambientais.

6. Não há violação do artigo 1.022 do CPC/2015, posto que o acórdão recorrido manifestou-se de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia, inclusive sobre as que ora se alegam omissão.

7. Tampouco se verifica a alegada ofensa aos artigos 783 e 786 do CPC, posto que é possível a determinação de realização de perícia em processo de execução fundado em título executivo extrajudicial, como forma de efetividade ao comando do título executivo, especialmente no caso dos autos, em que foi constatada séria controvérsia acerca do cumprimento integral das obrigações ajustadas no TAC.

8. No que diz respeito aos artigos 505 e 507, CPC, não procedem as alegações atinentes à ocorrência de desrespeito à preclusão e coisa julgada, na medida em que se verifica dos autos, que, diferentemente do alegado pela recorrente, o agravo de instrumento (Processo n. 0024096-89.2014.8.19.0000) que deu ensejo aos presentes autos tem origem no processo de Execução, cujo número originário é 0070691-80.2013.8.19.0001, conforme consta expressamente no Termo de Recebimento e Registro e Autuação de fls. 20. Além disso, o Tribunal a quo consignou expressamente que “a extinção do processo de conhecimento deflagrado pelos condomínios, não implica perda de objeto do presente agravo, porque a decisão impugnada foi proferida em outro feito (execução do TAC, promovida pelo Parquet)” (fls. 418).

9. Por outro lado, merecem prosperar as argumentações relativas à prescrição, tendo em vista que a pretensão trazida nos autos não se refere à reparação de danos ambientais em si, a ensejar a imprescritibilidade, mas sim à pretensão executória de obrigações de fazer previstas em TAC, relacionadas a obras e serviços de pavimentação, pintura e instalação de telhas, assumidos pela empresa construtora como contrapartida à comunidade vizinha pela instalação do empreendimento imobiliário.

10. Portanto, a insurgência executória está embasada em pendências oriundas de alegadas deficiências na execução de algumas obrigações de fazer assumidas no referido instrumento, relacionadas a questões meramente patrimoniais, que não se confundem com dano ao meio ambiente, ainda que em sentido amplo, como mencionado no acórdão a quo.

11. Não há que se confundir o caráter imprescritível da reparação ambiental por dano continuado em relação à pretensão meramente patrimonial, sujeita à prescrição quinquenal. Precedentes: AgInt no REsp 1.401.278/RJ, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 18/12/2020; AgInt no AREsp 443.094/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 25/02/2019.

12. Assim, não se tratando diretamente de danos ambientais, é de se acolher o entendimento de que a presente pretensão executória, proposta pelo MPRJ após mais de cinco anos do termo final para cumprimento das obrigações constantes no TAC - como consignado na origem, está sujeita à prescrição quinquenal, diante da aplicação do disposto no artigo 21 da Lei 4.717/65, nos termos da jurisprudência desta Corte.

13. Agravo conhecido para dar parcial provimento ao recurso especial, para reconhecer a prescrição quinquenal da pretensão executória promovida pelo MPRJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça prosseguindo o julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Regina Helena Costa, por unanimidade, conhecer do agravo para dar parcial provimento ao recurso especial, para reconhecer a prescrição quinquenal da pretensão executória promovida pelo MPRJ, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa (voto-vista), Gurgel de Faria e Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de agosto de 2022 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 19.8.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de agravo em recurso especial (fls. 899/911) interposto por SHL Participações S/A contra decisão da Corte de

origem que não admitiu o recurso especial em razão da inexistência de ofensa ao art. 1.022 do CPC e incidência das Súmulas 7 e 83 do STJ.

O apelo nobre obstado enfrenta acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que, por determinação deste Superior Tribunal de Justiça, proferiu novo julgamento dos embargos declaratórios, que restou assim ementado (fl. 301):

Embargos de declaração em embargos de declaração em agravo de instrumento. Omissões reconhecidas pelo Superior Tribunal de Justiça. Termo de Ajustamento de Conduta, firmado no bojo de ação civil pública. Execução deflagrada pelo Ministério Público. Alegação de descumprimento das obrigações de fazer assumidas para reparação de danos ambientais. Medidas compensatórias previstas no TAC que objetivaram o implemento de melhorias em edifícios vizinhos ao shopping Leblon. Contrapartida social à concessão de licença ao empreendimento para compensação de danos ambientais. Meio ambiente que, em sentido amplo, é gênero que abrange o espaço natural, cultural e artificial, todos protegidos por norma constitucional. Inteligência do artigo 225 da Carta Magna. Entendimento da Doutrina e Jurisprudência favorável à tese da imprescritibilidade da pretensão executiva. Recurso provido para suprir a omissão apontada pela Corte Superior, da qual resulta a alteração do resultado do julgamento.

Desse desate, a empresa recorrente opôs mais dois sucessivos embargos de declaração que restaram rejeitados, nos seguintes termos (fls. 412 e 431):

Embargos de declaração em embargos de declaração em embargos de declaração em agravo de instrumento. Execução de obrigação de fazer estabelecida em termo de ajustamento de conduta. Acórdão impugnado que registrou expressamente a imprescritibilidade da pretensão deduzida pelo Parquet (recomposição do dano ambiental). Alegada contradição. Vício que deve existir intrinsecamente, no bojo do acórdão, entre seus próprios termos, e não em confronto com elementos externos, como no caso concreto. Defeito não configurado. Prosseguimento da execução do TAC que se impõe, com a realização da perícia determinada no juízo unitário. Recurso desprovido.

Embargos de declaração, em embargos de declaração, em embargos de declaração, em embargos de declaração, em agravo de instrumento. Execução de termo de ajustamento de conduta. A realização de perícia favorece a embargante, que terá oportunidade de demonstrar a alegada inexigibilidade do título, independentemente do ajuizamento de embargos de devedor. Omissão e contradição não configuradas. Recurso desprovido.

Nas razões do recurso especial (fls. 442/461), a recorrente alega, preliminarmente, violação aos artigos 489, § 1º, IV, e 1.022, I e II, e parágrafo

único, II, CPC, ao argumento de que a Corte de origem não se manifestou, de forma suficiente, a respeito de pontos importantes ao deslinde da controvérsia, em especial acerca das alegações de: i) ofensa à coisa julgada/preclusão, pelo fato do recurso especial ser oriundo de agravo de instrumento interposto em outro processo, já extinto, e não nos autos da própria execução; e ii) inexistência de título hábil para ensejar a execução, exatamente por depender de perícia para apurar a sua liquidez.

A esse respeito, esclarece que (fls. 445/448):

Com visto, foram ajuizadas duas ações judiciais tendo basicamente o mesmo objeto. Uma ação indenizatória pelos Condomínios afetados pela obra (Processo n. 0157364-13.2012.8.19.0001) e uma execução pelo Ministério Público buscando a execução do TAC (Processo n. 0070691-80.2013.8.19.0000).

Este recurso especial, por mais incrível que possa parecer, é oriundo de decisão interlocutória proferida nos autos da ação indenizatória que determinou a realização de perícia -- que, no entanto, posteriormente, foi extinta sem julgamento de mérito, por ilegitimidade ativa, cuja decisão, inclusive, já transitou em julgado.

(...)

A execução proposta pelo MPRJ, por sua vez, está sobrestada, aguardando o julgamento da exceção de pré-executividade apresentada pela SHL, ora *recorrente*, conforme decidido pelo próprio TJRJ nos autos de agravo de instrumento interposto pela SHL (Processo n. 0023855-52.2013.8.19.0000).

Ou seja, no final das contas, o TJRJ afastou a prescrição e determinou a realização de uma perícia nos autos de um processo que foi *extinto* por ele próprio! Além disso, desconsiderou outra decisão proferida por ele mesmo que sobrestou o andamento da execução até o julgamento da exceção de pré-executividade oposta pela SHL.

(...)

Respeitosamente, embora o TJRJ tenha dito alguma coisa sobre as alegações da SHL, ora *recorrente*, de perda de objeto e ofensa à coisa julgada/preclusão, o fato é que essa decisão não foi suficientemente fundamentada. Ao contrário, confundiu os fatos, os processos e não explicitou seus fundamentos.

Ora, ao contrário do que disse o TJRJ, a decisão que determinou a perícia foi proferida na ação indenizatória (cópia anexa), e não na execução (que se encontra sobrestada por decisão do próprio TJRJ – cópia anexa). Logo, com a extinção superveniente da ação indenizatória e sobrestado o curso da execução até o julgamento da exceção de pré-executividade, não poderia o TJRJ desconsiderar essas duas decisões proferidas por ele mesmo, já transitadas em julgado, para determinar a realização de uma perícia em uma ação já extinta, muito menos poderia determinar

qualquer diligência em outro processo, envolvendo outras partes, que se encontra suspenso por decisão dele próprio.

(...)

A par dessa questão, a SHL também defendeu a tese nos dois embargos de declaração que apresentou após a decisão que deu cumprimento ao que restou decidido pelo Superior Tribunal de Justiça de que o título que embasou a execução seria inexecutível, o que ensejaria a extinção do processo.

Foi dito que seria contraditória a conclusão de que a execução deva prosseguir com a determinação de realização de perícia para aferir o cumprimento da obrigação. Ora, ou a execução preenche os requisitos previstos em lei e, portanto, deve prosseguir, ou a obrigação é ilíquida e deve ser previamente apurada, o que afastaria o cabimento de execução. As duas afirmações não são conciliáveis, o que implicaria na alegada contradição. Como foi dito pela *recorrente* em seus últimos embargos de declaração, *se é necessária a realização de perícia, é porque o título que embasa a execução não é líquido, nem certo e nem exigível, o que seria de rigor para admitir o processamento da execução, exatamente como preveem os arts. 783 e 786, CPC. Em outras palavras, a imposição da perícia implica na conclusão de que o título executivo não carrega em si a liquidez, a certeza e a exigibilidade indispensáveis para justificar o aforamento de uma execução.*

No mais, aponta ofensa aos artigos 783 e 786, CPC, defendendo que “*a imposição da perícia implica na conclusão de que o título executivo não carrega em si a liquidez, a certeza e a exigibilidade indispensáveis para justificar o aforamento de uma execução*” (fls. 450/451).

Aduz, ainda, contrariedade aos artigos 505 e 507, CPC, por desrespeito à preclusão e à coisa julgada, tendo em vista que a discussão dos presentes autos de execução (necessidade de realização de perícia) é oriunda de decisão proferida em outro processo já extinto e encerrado (ação indenizatória ajuizada pelos Condomínios).

Além disso, afirmam que, ainda que se permitisse a realização de tal diligência em autos distintos, a situação encontra empecilho no fato de a execução proposta pelo MPR encontrar-se suspensa, até o julgamento da exceção de pré-executividade apresentada pela empresa ora recorrente.

Sob esse enfoque, sustenta que “*na verdade, a única opção do TJRJ seria declarar a perda superveniente do agravo de instrumento, em razão da extinção do processo originário, deixando para a execução, após a análise da exceção de pré-executividade, qualquer discussão sobre a necessidade ou não da realização de perícia*” (fls. 453).

Por fim, sustenta violação do artigo 21 da Lei n. 4.717/65, diante da ocorrência de prescrição quinquenal no caso dos autos, cuja pretensão não se

refere à reparação de danos ambientais (imprescritíveis), mas apenas à supostas imperfeições técnicas de algumas obras realizadas e previstas no Termo de Ajustamento de Conduta firmado com o MPRJ (serviços de pavimentação, pintura e instalação de telhas).

A esse respeito, acrescenta que os precedentes invocados no acórdão recorrido não tem relação com o caso dos autos, além de que (fls. 458/459):

Todas essas supostas pendências envolvem, na verdade, questões relacionadas apenas à qualidade da execução dos referidos serviços e, por isso mesmo, podiam/deviam ter sido constatadas já quando da sua finalização, não sendo razoável sequer admitir a tese defendida pelo MPRJ de que o prazo prescricional só começou a fluir com o aparecimento de evidências de que as obras não seguiram, em sua execução, a técnica atual, como estipulado no TAC. Aliás, a própria defesa pelo MPRJ de que o prazo prescricional só teria começado a fluir com o aparecimento de evidências de que as obras não seguiram o combinado conflita com a alegada imprescritibilidade do direito.

(...)

Com efeito, como já dito e repetido, a questão do potencial dano ambiental já foi resolvida no âmbito do TAC, não sendo mais objeto de discussão eventual dano em si sobre o meio ambiente decorrente da construção do *Shopping Leblon*. A discussão atual é outra e está centrada no alegado inadimplemento parcial de uma das cláusulas (a quinta) daquele TAC, o que é outra coisa bem diferente e prescritível, pois, do contrário, poder-se-ia admitir o absurdo do Ministério Público poder daqui a 500 anos cobrar o cumprimento daquela cláusula, sob alegação do seu não adimplemento nos termos combinados.

Com tais fundamentos, a recorrente pugna pela cassação do acórdão, para possibilitar que o Tribunal examine as alegações omissas. Superada a preliminar, requer a reforma do julgado, para que seja declarada a prejudicialidade do agravo de instrumento, diante da extinção superveniente da ação principal, ou a inexecutibilidade do título executivo ou, ainda, a prescrição da ação executória.

O MPRJ apresentou contrarrazões às fls. 699/729, aduzindo, inicialmente, a prejudicialidade do recurso quanto ao tema afeto à prescrição, diante da conformidade do acórdão com o entendimento firmado no regime de repetitivos (RE 654.833 - Tema 999), no sentido de que “*é imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental*”.

No mais, alega: i) não existir omissão a ser sanada, especialmente porque “*a alegada extinção da ação por ilegitimidade ativa não se deu na Ação Originária deste Agravo de Instrumento e não se verifica a suposta suspensão da execução do Ministério*

Público, razão por que não se há de falar em negativa da prestação jurisdicional ou decisão incompleta” (fls. 706); e ii) as controvérsias relativas aos atributos do título executivo e ao cumprimento do TAC exigem reexame de prova e interpretação de cláusulas contratuais, esbarrando nos óbices das Súmulas 5 e 7/STJ; iii) a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido da imprescritibilidade das ações que tutelam danos ambientais, a ensejar a aplicação da Súmula 83/STJ.

Adiante, argui que não há violação aos invocados dispositivos de lei de federal, defendendo que *“as obrigações constantes são certas e determinada e o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC), como título executivo extrajudicial, está previsto no art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85, sendo certo que foram respeitadas as determinações legais para que pudesse ser executado” (fls. 723).*

Acrescenta que (fls. 723/724):

Ademais, vale consignar que a realização de perícia é perfeitamente cabível em execução de obrigação de fazer de título executivo extrajudicial, visto que se trata de providência imprescindível para dar efetividade ao comando do título executivo, não havendo qualquer justificativa, séria e concreta, para descaracterizá-lo.

Ressalte-se, mais uma vez, que a perícia determinada não trará qualquer prejuízo à recorrente, mas benefícios. Ela permitirá que se apure com exatidão se a alegação da embargante de cumprimento das medidas impostas no TAC possui respaldo.

Por fim, sustenta que *“as medidas compensatórias e mitigatórias estabelecidas no TAC têm origem, justamente, nestes danos urbanísticos e ambientais que foram causados em razão da construção do Shopping e, por mais essa razão, tendo em vista a imprescritibilidade do dano ambiental (inclusive de natureza urbanística), não há falar em prescrição, sob pena de violação ao artigo 225 da CRFB e art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81” (fls. 724).* Defende que *“não se pode atribuir ao artigo 21 da Lei 4.717/65 a incidência no âmbito das ações reparatórias ambientais” (fls. 726).*

Neste agravo, SHL Participações S/A afirma que seu recurso especial satisfaz os requisitos de admissibilidade e que não se encontram presentes os óbices apontados na decisão agravada.

O MPF opinou pelo conhecimento do agravo e negativa de provimento do recurso especial, nos termos da seguinte ementa (fls. 1.007):

Ambiental. Processual Civil. Agravo em recurso especial. Shopping Center Leblon. Termo de ajustamento de conduta. Ausência de omissão. Exequibilidade do título. Revisão. Necessário reexame de fatos e provas. Súmulas 5 e 7/STJ. Dano ambiental. Imprescritibilidade.

1 – O acórdão decidiu de forma clara, minuciosa e suficiente todas as questões postas em Juízo, embora de forma contrária às pretensões da recorrente, não havendo falar em omissão ou deficiência na fundamentação do acórdão.

2 – Para rever as conclusões do TJ/RJ acerca da exequibilidade do TAC, seria necessária a revisão dos elementos fáticos probatórios e dos termos do ajustamento de conduta, o que é vedado nessa via recursal, em razão do óbice dos enunciados n. 5 e 7 dessa Corte.

3 – A reparação do dano ambiental em espaços especialmente protegidos é imprescritível, em razão da natureza permanente da lesão. (AgInt no REsp 1.910.520/SC, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves, Primeira Turma*, julgado em 30/08/2021, DJe 01/09/2021)

4 – Parecer pelo conhecimento do agravo, para negar provimento ao recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator):

Histórico dos autos:

Examinando os autos, constata-se que o Ministério Público do Rio de Janeiro ajuizou *Ação Civil Pública* contra SHL Participações S.A, objetivando a reparação dos danos causados pela construção do Shopping Center Leblon à comunidade vizinha, conhecida como “Cruzada São Sebastião”, composta por vários condomínios edifícios.

No curso desse processo, as partes celebraram *Termo de Ajustamento de Conduta (TAC)*, no qual a empresa se comprometeu a realizar diversas obras civis no local, como forma de reparar os danos causados aos condôminos em decorrência da construção do empreendimento.

Sob a alegação de não cumprimento satisfatório das obrigações assumidas no TAC, os condomínios ajuizaram *Ação de Indenização* contra a empresa SHL Participações (Processo n. 0157364-13.2012.8.19.0001) e, em seguida, o Ministério Público do Rio de Janeiro promoveu *Ação de Execução de título executivo extrajudicial (Termo de Ajustamento de Conduta)* (Processo n. 0070691-80.2013.8.19.0001), que foi distribuída por prevenção/conexão à aquela.

No curso da *Ação Indenizatória*, a construtora e os condôminos beneficiários das obras previstas no TAC celebraram *acordo* no valor de R\$ 568.000,00, para

a quitação das obrigações assumidas e não cumpridas no instrumento (fls. 357/361 - apenso).

Todavia, o MPRJ se opôs a essa transação, por entender que os condôminos autores não teriam legitimidade para exigir diretamente da incorporadora a execução do TAC, do qual não figuram como parte, tampouco para dar quitação às obrigações nele assumidas, as quais reafirmou não terem sido executadas adequadamente.

Ato contínuo, o magistrado de primeira instância proferiu *decisão* na ação de indenização, aplicada expressamente também à conexa execução (fls. 33, apenso), *determinando a realização de perícia técnica*, para a apuração de eventual descumprimento das cláusulas obrigacionais do TAC e julgamento dos feitos, senão vejamos (fls. 46/47):

(...) No caso em tela, há sérias divergências acerca do cumprimento do TAC bem como das demais obrigações assumidas pelo réu em face dos autores e do Ministério Público. Consoante o grande número de petições que nada esclarecem sobre tais fatos, determino a realização de prova pericial de engenharia, para o que nomeio a Dra. Elizabeth Almeida Moraes, cujo telefone é do conhecimento do cartório. Intimem-se as partes e o MP para apresentação de quesitos, no prazo de dez dias. Com os quesitos, intime-se a Dra. Perita para dizer se aceita o encargo, formulando sua proposta de honorários, devendo a mesma esclarecer se foi cumprido o TAC e se as obrigações assumidas com os moradores da Cruzada São Sebastião foram cumpridas. Em caso negativo, esclareça. Com a homologação dos honorários, venha o laudo em trinta dias.

Em 20.5.2014, a empresa interpôs o *Agravo de Instrumento n. 0024906-89.2014.8.19.0000 - fls. 1/19*), nos autos da Execução de Título Executivo Extrajudicial (TAC), atacando expressamente as “decisões de fls. 440 e 611/612”, cujos conteúdos, proferidos respectivamente na ação executória e indenizatória, são os seguintes: i) “despachei no apenso”; e ii) decisão acima transcrita, que determinou a perícia na ação indenizatória.

Neste agravo, que deu origem ao presente recurso especial, a empresa alegou que, em suma, que a realização da perícia se mostra desnecessária e onerosa, já que as partes já resolveram a questão por meio de acordo na ação indenizatória e já reconheceram o cumprimento das obrigações. Sustentou, ainda, que nem mesmo na execução tal prova se presta, porque a sua determinação implica na inexigibilidade do título, além de que, antes de qualquer coisa, haveria de ter sido apreciada a exceção de pre-executividade por ela apresentada, em razão de anterior decisão do Tribunal (que suspendeu a execução até julgamento da

exceção - AGI 0023855-52.2013.8.19.0000) e também porque tal questão teria sido alegada no incidente, além de outras como quitação das obrigações exigidas e prescrição.

Ao final, pugnou pelo afastamento da perícia, pela homologação da transação firmada na ação ordinária e, também, pela apreciação da exceção de pré-executividade apresentada no processo de execução, conexo aos autos.

O Tribunal de origem entendeu por bem negar provimento ao agravo, ao fundamento de que: i) os condôminos não possuem legitimidade para firmar acordo reconhecendo o cumprimento de obrigações assumidas pela empresa SHL em TAC firmado com o MP; e ii) “*como há divergência quanto ao integral cumprimento das obrigações, a prova pericial é necessária e refletirá diretamente no desfecho de ambos os processos*” (fls. 49). Ainda, ratificou “*o sobrestamento da execução iniciada pelo Ministério Público até a conclusão da perícia de engenharia aqui deferida*” (fls. 49). Eis a ementa do julgado (fls. 45):

Agravo de instrumento. Cumprimento de termo de ajustamento de conduta. Acordo firmado sem a anuência do *Parquet* dando por quitadas as obrigações assumidas. Direitos metaindividuais. Somente o Ministério Público tem legitimidade para reconhecer o cumprimento de termo de ajustamento de conduta, ainda que algumas medidas compensatórias estabelecidas no instrumento beneficiem terceiros não signatários do ajuste. Precedente do STJ. Determinação de prova pericial que não trará prejuízos às partes. Recurso desprovido.

Desse desate, foram opostos *embargos de declaração*, que restaram *providos*, para acolher a arguição e reconhecer a ocorrência de *prescrição* da pretensão do MP de executar o TAC, julgando extinta a execução, nos termos da seguinte ementa (fls. 80):

Embargos de declaração em agravo de instrumento. Termo de Ajustamento de Conduta, firmado no bojo de ação civil pública. Execução deflagrada pelo Ministério Público, mais de cinco anos depois do termo final para cumprimento das obrigações ajustadas. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que, em se tratando de ação civil pública, aplica-se, por analogia, o prazo prescricional quinquenal a que alude o art. 21 da Lei 4.717/1965 (ação popular). Prescrição configurada. Recurso provido.

Após a rejeição dos embargos declaratórios opostos pelo MPRJ (fls. 103/106), este Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso especial interposto pelo parquet, determinando a reapreciação dos aclaratórios, com a manifestação

expressa das teses nele articuladas (supressão de instância, preclusão *pro judicato* e imprescritibilidade do TAC) (fls. 264/265).

Em novo julgamento, o Tribunal de origem *acolheu os embargos de declaração* do Ministério Público, para, após afastar as alegações de *preclusão pro judicato* e supressão de instância, reconhecer a *imprescritibilidade* da pretensão executiva e determinar o prosseguimento do processo de conhecimento, com a realização da perícia, consoante ementa assim redigida (fl. 301):

Embargos de declaração em embargos de declaração em agravo de instrumento. Omissões reconhecidas pelo Superior Tribunal de Justiça. Termo de Ajustamento de Conduta, firmado no bojo de ação civil pública. Execução deflagrada pelo Ministério Público. Alegação de descumprimento das obrigações de fazer assumidas para reparação de danos ambientais. Medidas compensatórias previstas no TAC que objetivaram o implemento de melhorias em edifícios vizinhos ao shopping Leblon. Contrapartida social à concessão de licença ao empreendimento para compensação de danos ambientais. Meio ambiente que, em sentido amplo, é gênero que abrange o espaço natural, cultural e artificial, todos protegidos por norma constitucional. Inteligência do artigo 225 da Carta Magna. Entendimento da Doutrina e Jurisprudência favorável à tese da imprescritibilidade da pretensão executiva. Recurso provido para suprir a omissão apontada pela Corte Superior, da qual resulta a alteração do resultado do julgamento.

Na sequência, a empresa SHL opôs novos *embargos de declaração*, nos quais reiterou a prescritibilidade da pretensão e o cumprimento das obrigações do TAC, bem como informou que sobreveio a extinção da ação indenizatória, sem resolução do mérito, antes que a prova técnica fosse realizada.

Os embargos foram rejeitados, com os esclarecimentos de que (fls. 418): i) “a extinção do processo de conhecimento deflagrado pelos condomínios, não implica perda de objeto do presente agravo, porque a decisão impugnada foi proferida em outro feito (execução do TAC, promovida pelo Parquet)”; e ii) “a execução do termo de ajustamento de conduta, desse modo, deverá prosseguir (processo 0070691-80.2013.8.19.0001), com a realização da perícia determinada no juízo unitário, para a verificação do cumprimento da obrigação de fazer, objeto da referida execução”.

A ementa do julgado ficou assim redigida (fls. 412):

Embargos de declaração em embargos de declaração em embargos de declaração em agravo de instrumento. Execução de obrigação de fazer estabelecida em termo de ajustamento de conduta. Acórdão impugnado que registrou expressamente a imprescritibilidade da pretensão deduzida pelo

Parquet (recomposição do dano ambiental). Alegada contradição. Vício que deve existir intrinsecamente, no bojo do acórdão, entre seus próprios termos, e não em confronto com elementos externos, como no caso concreto. Defeito não configurado. Prosseguimento da execução do TAC que se impõe, com a realização da perícia determinada no juízo unitário. Recurso desprovido.

Desse desate, sobreveio mais um *embargo de declaração* da empresa SHL, também rejeitados, nos seguintes termos (fls. 431):

Embargos de declaração, em embargos de declaração, em embargos de declaração, em embargos de declaração, em agravo de instrumento. Execução de termo de ajustamento de conduta. A realização de perícia favorece a embargante, que terá oportunidade de demonstrar a alegada inexigibilidade do título, independentemente do ajuizamento de embargos de devedor. Omissão e contradição não configuradas. Recurso desprovido.

Após a narrativa supra, necessária para a compreensão da controvérsia, e tendo a parte insurgente impugnado os fundamentos da decisão agravada, passa-se a análise de cada uma das arguições trazidas no recurso especial.

Consigna-se, inicialmente, que, tendo o recurso sido interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015, deve ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele previsto, conforme Enunciado Administrativo n. 3/2016/STJ.

Artigo 1.022 do CPC - Negativa de prestação jurisdicional:

Na presente insurgência, a empresa SHL alega, preliminarmente, violação aos artigos 489, § 1º, IV, e 1.022, I e II, e parágrafo único, II, CPC, por negativa de prestação jurisdicional, em especial acerca da ofensa à preclusão e coisa julgada, bem como da inexistência de título hábil para ensejar a execução.

Com efeito, é de se afastar a referida alegação, porquanto o acórdão recorrido manifestou-se de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia, inclusive sobre as que ora se alegam omissão, tendo assentado que:

i) não ocorreu supressão de instância e preclusão *pro judicato*, porquanto a questão atinente à prescrição é de ordem pública e ainda estava pendente de apreciação na 1ª instância (fls. 305/306);

ii) “a extinção do processo de conhecimento deflagrado pelos condomínios, não implica perda de objeto do presente agravo, porque a decisão impugnada foi

proferida em outro feito (execução do TAC, promovida pelo Parquet). A execução do termo de ajustamento de conduta, desse modo, deverá prosseguir (processo 0070691-80.2013.8.19.0001), com a realização da perícia determinada no juízo unitário, para a verificação do cumprimento da obrigação de fazer, objeto da referida execução” (fls. 418).

iii) *“a realização de perícia favorece à embargante, que terá oportunidade de demonstrar a alegada inexigibilidade do termo de ajustamento de conduta, independentemente do ajuizamento de embargos de devedor” (fls. 435). Além disso, “nos diversos recursos anteriormente interpostos, a embargante não pleiteou a manifestação do Colegiado sobre os artigos 783 e 786 do CPC” (fls. 435).*

É o que se extrai dos seguintes excertos dos votos:

EDcl (fls. 305/311):

Como se vem de referir, a Corte Superior deu provimento a recurso especial do Ministério Público para reconhecer omissão no acórdão embargado, no tocante a apreciação das teses de supressão de instância, preclusão pro judicato e imprescritibilidade do termo de ajustamento de conduta (fls. 265/267).

Desse modo, passo a suprir as omissões apontadas, com as seguintes considerações:

Preclusão pro judicato.

O artigo 471, caput, do CPC de 1973, em vigor quando do julgamento dos embargos de declaração, dispunha que “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas a mesma lide”.

No caso concreto, após o ajuizamento da execução do termo de ajustamento de conduta, a executada apresentou exceção de pré-executividade, arguindo, dentre outras matérias, a prescrição (fls. 167 dos autos principais).

O Juízo Unitário indeferiu a concessão de efeito suspensivo ao incidente, sem contudo fazer qualquer menção ao pedido de reconhecimento da prescrição. Interposto agravo de instrumento, esta Câmara deu provimento ao recurso apenas para sobrestar o andamento da execução até a apreciação da exceção de pré-executividade (agravo 0023855-52.2013.8.19.0000). Naquela decisão não foi sequer debatida a tese de prescrição.

No presente agravo de instrumento, oferecido contra decisão que deixou de homologar transação entre o agravante e terceiros beneficiados pelo TAC, a Câmara houve por bem negar provimento ao recurso.

Depois da oposição dos declaratórios pela SHL, a prescrição foi analisada pela primeira vez, quando ainda pendente de julgamento o incidente de exceção no Juízo Unitário.

Não houve, assim, preclusão pro judicato, porque a matéria ainda estava pendente de apreciação na 1ª instância.

Supressão de instância.

Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “as matérias de ordem pública, tais como prescrição e decadência, podem ser apreciadas a qualquer tempo nas instâncias ordinárias. Todavia, existindo decisão anterior, opera-se a preclusão consumativa se não houver impugnação no momento processual oportuno” (AgInt no REsp 1.447.224/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas 13ôas Cueva, Terceira Turma, DJe de 26/02/2018).

Portanto, o reconhecimento da prescrição diretamente por esta Câmara, não representou supressão de instância, por cuidar-se de matéria de ordem pública, e, ademais, não decidida no Juízo Unitário.

(...)

Consequentemente, a ação de conhecimento deve prosseguir, com a realização da perícia. *A prova técnica, conforme inicialmente decidido no julgamento do agravo de instrumento, não traz prejuízo às partes e, ademais, poderá confirmar se, de fato, as obras foram realizadas em desacordo, ou não, com os parâmetros fixados no TAC. Essa aferição é imprescindível para caracterizar o inadimplemento do embargado.*

EDcl (fls. 418):

De todo modo, convém esclarecer que *a extinção do processo de conhecimento deflagrado pelos condomínios, não implica perda de objeto do presente agravo, porque a decisão impugnada foi proferida em outro feito (execução do TAC, promovida pelo Parquet).*

A execução do termo de ajustamento de conduta, desse modo, deverá prosseguir (processo 0070691-80.2013.8.19.0001), com a realização da perícia determinada no juízo unitário, para a verificação do cumprimento da obrigação de fazer, objeto da referida execução.

EDcl (fls. 435):

A realização de perícia favorece à embargante, que terá oportunidade de demonstrar a alegada inexigibilidade do termo de ajustamento de conduta, independentemente do ajuizamento de embargos de devedor.

Por outro lado, nos diversos recursos anteriormente interpostos, a embargante não pleiteou a manifestação do Colegiado sobre os artigos 783 e 786 do CPC. Inexiste, desse modo, omissão a ser suprida.

Artigos 783 e 786 do CPC – Tese de nulidade do título executivo por necessidade de realização de perícia:

No mais, a recorrente aponta ofensa aos artigos 783 e 786, CPC, defendendo que “*a imposição da perícia implica na conclusão de que o título executivo*

não carrega em si a liquidez, a certeza e a exigibilidade indispensáveis para justificar o aforamento de uma execução” (fls. 450/451).

A esse respeito, vale inicialmente consignar que a jurisprudência desta Corte reconhece pacificamente que o Termo de Ajustamento de Conduta constitui título executivo extrajudicial, conforme expressamente previsto no art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/85 (C/C art. 784, inc. XII, do CPC/2015), de forma que os seu descumprimento dá ensejo à execução imediata, senão vejamos:

Agravo interno no agravo em recurso especial. Tribunal local. Juízo prévio de admissibilidade. Possibilidade. Controle bifásico. Créditos tributários. Ausência de submissão ao concurso formal instaurado com a decretação da falência ou com o deferimento da recuperação judicial. Descumprimento do TAC antes do pedido de recuperação judicial. Multa pecuniária. Título executivo extrajudicial. Execução imediata. Recurso com argumentação diferente dos correspondentes dispositivos legais apontados como violados. Súmula 284 do STF.

(...)

3. Veja-se que o arcabouço fático-probatório delineado pela Corte de origem demonstra que, após firmar o termo de ajustamento de conduta, a recorrente o descumpriu, sujeitando-se à multa pecuniária inserida em pacto livremente celebrado entre as partes, situação que afasta, efetivamente, a natureza tributária do crédito.

4. Com efeito, o TAC foi descumprido pela recorrente no ano de 2012, isto é, antes do pedido de recuperação judicial, formulado em maio de 2014, fato que ensejou o ajuizamento, na Justiça do Trabalho, de ação de execução de título extrajudicial, situação que impossibilita a alteração da classe do crédito como devido a credores trabalhistas para quirografários.

5. *O descumprimento do TAC enseja a sua execução imediata, tendo em vista o fato de constituir título executivo extrajudicial. Precedentes.*

(...)

7. Agravo interno não provido (AgInt no AREsp 1.405.503/SP, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 04/03/2020)

Processual Civil e Ambiental. Embargos à execução. Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) celebrado antes da vigência do novo Código Florestal. Tempus regit actum.

1. Trata-se, na origem, de Embargos à Execução em que se requer, com fundamento na superveniência do novo Código Florestal, a extinção de Execução por quantia certa proposta pelo Ministério Público para o pagamento de multa decorrente do descumprimento de TAC relativo a infrações ambientais.

2. O pedido das embargantes foi julgado improcedente pelo Juízo do primeiro grau, sob o argumento de que a Lei 4.771/1965 se aplica aos TACs celebrados durante a sua vigência. Decidindo Apelação, o Tribunal de origem, com fundamento nas disposições do novo Código Florestal, anulou a sentença, determinando a adaptação do TAC à nova legislação.

3. *As cláusulas de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, ou de documento assemelhado, devem ser adimplidas fielmente e de boa-fé, incumbindo ao degradador a prova da satisfação plena das obrigações assumidas. A inadimplência, total ou parcial, do TAC dá ensejo à execução do avençado e das sanções de garantia.* O STJ consolidou o entendimento de que o novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, os direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada. Precedentes.

4. Uma vez celebrado, e cumpridas as formalidades legais, o Termo de Ajustamento de Conduta - TAC constitui ato jurídico perfeito, imunizado contra alterações legislativas posteriores que enfraqueçam as obrigações ambientais nele estabelecidas. Deve, assim, ser cabal e fielmente implementado, vedado ao juiz recusar sua execução, pois do contrário desrespeitaria a garantia da irretroatividade da lei nova, prevista no art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942). Precedentes do STJ.

5. Recurso Especial provido (REsp 1.802.754/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 08/10/2019, DJe 11/09/2020)

Processual Civil e Ambiental. Embargos à execução. Descumprimento de termo de ajustamento de conduta. Obrigação de não fazer. Degradação ambiental constatada na origem. Não conhecimento do recurso especial. Súmulas 282/STF, 5 e 7/STJ. Execução da multa. Possibilidade.

1. Trata-se, na origem, de Embargos à Execução julgados improcedentes pelo Tribunal de origem contra Execução de Título Extrajudicial ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul em razão do descumprimento de Termo de Ajustamento de Conduta e de obrigação de não fazer nela prevista ("abster-se de realizar qualquer atividade que produza degradação ao meio ambiente, sem os licenciamentos ambientais necessários").

(...)

4. *Por fim, o acórdão recorrido está de acordo com a jurisprudência do STJ no sentido de que o descumprimento de compromisso de ajustamento de conduta celebrado com o Ministério Público viabiliza a execução da multa nele prevista.* A propósito: AgRg no AREsp 154.381/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 13.11.2013; e REsp 443.407/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJ 25.4.2006.

5. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido (REsp 1.755.146/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 17/12/2018).

Processo Civil. Ausência de omissão e contradição. Inexistência. Inovação. Impossibilidade de exame. Preclusão consumativa. Súmula 211 do STJ. Ausência

de vício no julgado. Lei n. 10.741/03. Interpretação razoável. Recurso especial conhecido em parte e improvido.

(...) 3. *A existência de Termo de Ajustamento de conduta entre a empresa com o Ministério Público obriga o acordante ao seu cumprimento, sendo, inclusive, título executivo extrajudicial. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, improvido.* (REsp 1.046.243/MG, 2ª T., Min. Humberto Martins, DJe de 31/03/2009)

Processual Civil. Administrativo. Recurso especial. Ausência de prequestionamento. Súmulas 282/STF e 211/STJ. Fundamentação recursal deficiente. Súmula 284/STF. Ação civil pública. Dano ambiental. Termo de ajuste de conduta (art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/85). Título executivo extrajudicial. Precedentes do STJ. Ausência de assinatura do membro do Parquet. Defeito formal configurado. Impossibilidade da utilização da via executiva. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(...)

3. Na hipótese examinada, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ajuizou ação de execução de obrigação de fazer contra o recorrido, em decorrência de descumprimento de cláusulas de termo de compromisso de ajustamento de conduta firmado entre os litigantes em decorrência de dano ambiental. O executado apresentou exceção de pré-executividade, na qual alegava, entre outros tópicos, a ausência de assinatura do representante do Ministério Público no termo de ajustamento de conduta. Por ocasião da sentença, o Juízo Singular julgou procedente a referida exceção a fim de extinguir a execução, o que mantido pelo Tribunal de origem.

4. *A orientação consolidada deste Tribunal Superior reconhece que o compromisso de ajustamento de conduta previsto no art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/85 constitui título executivo extrajudicial.*

5. Nesse sentido, os seguintes precedentes: REsp 327.023/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 23.5.2006; REsp 443.407/SP, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 25.4.2006; REsp 440.205/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 13.6.2005.

6. Assim, é manifesta a conclusão no sentido de que o compromisso de ajustamento de conduta como espécie de título executivo extrajudicial exige, para o reconhecimento de sua validade, a presença de requisitos, entre os quais a expressa manifestação de vontade do órgão público que formalizou o compromisso que fica exteriorizado pela assinatura do compromitente. Portanto, a ausência de assinatura do representante do Ministério Público que formalizou o termo de ajustamento de conduta constitui requisito formal indispensável que afasta a natureza executiva do referido instrumento.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (REsp 840.507/RS, 1ª T., Min. Denise Arruda, DJe de 11/02/2009)

Com efeito, considerando que a produção de prova é um direito fundamental da parte, não só no processo de conhecimento, como no de execução, não se mostra inviável a determinação de realização de perícia em processo de execução fundado em título executivo extrajudicial, nos casos em que a prova documental não se mostrar suficiente para elucidar a questão, servindo, portanto, para dar efetividade ao comando do título executivo, especialmente no caso dos autos, em que foi constatada séria controvérsia acerca do cumprimento integral das obrigações de fazer ajustadas no Termo de Ajustamento executado.

Tal determinação é oriunda do poder/dever do magistrado de analisar os requisitos indispensáveis à execução, antes de determinar o cumprimento dos atos executórios, sem que isso implique em inexecuibilidade do título.

Serve, portanto, para que se possa aferir se houve inadimplemento e em qual grau, de forma que, assim como bem assinalou o acórdão de origem, “a realização de perícia favorece à embargante, que terá oportunidade de demonstrar a alegada inexigibilidade do termo de ajustamento de conduta, independentemente do ajuizamento de embargos de devedor” (fls. 435).

Não se vislumbra, portanto, desrespeito aos dispositivos apontados, mas apenas a determinação de realização de diligência que o juízo entendeu indispensável para uma perfeita prestação jurisdicional. A esse respeito, vale conferir, os seguintes julgados: REsp 1.654.399/PB, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24/04/2017; REsp 1.050.341/PB, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 25/11/2013.

Ademais, considerando que cabe ao magistrado, por ser o destinatário da prova, apreciar livremente a prova e decidir acerca da necessidade de produzi-la, desde que fundamentadamente (artigo 131 e 165 do CPC) e que, no caso dos autos entendeu pela necessidade de prova pericial em razão de séria controvérsia acerca do cumprimento das obrigações assumidas no TAC, é de se concluir que a revisão de tal entendimento esbarra no óbice da Súmula 7/STJ, na linha do seguinte precedente desta Corte:

Ambiental. Embargos à execução de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC. Não comprovação do cumprimento das obrigações. Julgamento antecipado da lide. Ônus probatório. Reexame de fatos e provas. Incidência do Enunciado n. 7 da súmula do STJ.

I - Quanto à alegada violação dos artigos 330, I, e 333, I, do Código de Processo de 1973, a Jurisprudência do STJ entende que não há como aferir eventual ofensa ao dispositivo (art. 373 do CPC/2015) sem que se verifique o conjunto probatório dos presentes autos. A pretensão de simples reexame de provas, além de escapar da

função constitucional deste Tribunal, encontra óbice no enunciado n. 7 da Súmula do STJ, cuja incidência é indubitosa no caso sob exame.

II - Na forma da jurisprudência, “segundo o princípio da livre persuasão racional, a dilação probatória destina-se ao convencimento do julgador. Assim, pode o juiz rejeitar a produção de determinadas provas por entendê-las irrelevantes para a formação de sua convicção ou meramente protelatórias ao andamento do processo, em desrespeito ao princípio da celeridade processual”.

III - Com isso, pode o magistrado julgar antecipadamente a lide quando concluir que a questão controvertida é unicamente de direito ou que as provas já apresentadas com a exordial e com a peça de defesa são suficientes para o deslinde da controvérsia” (STJ, AgInt no REsp 1.432.643/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe de 29/11/2016; (AgInt nos EDcl no REsp 1.566.710/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 16/3/2017, DJe 27/3/2017).

IV - Segundo o acórdão recorrido “Analisando o que dos autos consta, a maior parte de todos os documentos apresentados constitui-se das cópias do processo de execução, revelando o descumprimento do TAC. Restou bem comprovado o descumprimento do TAC firmado, vez que não promoveu a embargante a integral recuperação ambiental da área de preservação permanente existente no imóvel como acordado”.

V - Nesse contexto, acolher as alegações da parte recorrente demandaria, inevitavelmente, o reexame da matéria fático-probatória dos autos, procedimento vedado, em sede de recurso especial, nos termos do enunciado n. 7 da Súmula do STJ. Precedentes do STJ (AgInt no AREsp 1.018.025/SE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 25/4/2017, DJe 4/5/2017; AgInt no REsp 1.379.973/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 29/11/2016; AgRg no AREsp 664.320/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 2/6/2015).

VI - A incidência do enunciado n. 7 da Súmula do STJ nas questões controversas apresentadas é, por consequência, prejudicial para a análise de dissídio jurisprudencial, e impede o conhecimento do recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional.

VII - Agravo interno improvido (AgInt no AREsp 1.027.082/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 13/06/2017)

Artigos 505 e 507 do CPC - Tese de desrespeito à coisa julgada, face a extinção da ação de indenização na qual foi determinada a perícia e a existência de prévio acórdão do próprio Tribunal determinando a suspensão da execução até julgamento da exceção de pre-executividade:

A recorrente aduz, ainda, contrariedade aos artigos 505 e 507, CPC, por desrespeito à preclusão e à coisa julgada, tendo em vista que a discussão dos

presentes autos de execução (necessidade de realização de perícia) é oriunda de decisão proferida em outro processo já extinto e encerrado (ação indenizatória ajuizada pelos Condomínios).

Além disso, afirmam que, ainda que se permitisse a realização de tal diligência em autos distintos, a situação encontra empecilho no fato de a execução proposta pelo MPR encontrar-se suspensa, até o julgamento da exceção de pré-executividade apresentada pela empresa ora recorrente.

Sob esse enfoque, sustenta que *“na verdade, a única opção do TJRJ seria declarar a perda superveniente do agravo de instrumento, em razão da extinção do processo originário, deixando para a execução, após a análise da exceção de pré-executividade, qualquer discussão sobre a necessidade ou não da realização de perícia”* (fls. 453).

A esse respeito, verifica-se dos autos que, diferentemente do alegado pela recorrente, o agravo de instrumento (Processo n. 0024096-89.2014.8.19.0000) que deu ensejo aos presentes autos tem origem no processo de Execução, cujo número originário é 0070691- 80.2013.8.19.0001, conforme consta expressamente no Termo de Recebimento e Registro e Autuação acostado às fls. 20.

Há ainda a informação de que o referido agravo foi distribuído por prevenção à Décima Terceira Câmara Cível, Rel. Des. Agostinho Teixeira de Almeida Filho, face os processos anteriores ns. 0023855-52.2013.8.19.0000 (Exceção de Pré-executividade) e 0023907- 14.2014.8.19.0000 (Ação Indenizatória), apenso aos autos (fls. 21).

Além disso, o Tribunal *a quo* consignou expressamente que *“a extinção do processo de conhecimento deflagrado pelos condomínios, não implica perda de objeto do presente agravo, porque a decisão impugnada foi proferida em outro feito (execução do TAC, promovida pelo Parquet)”* (fls. 418).

Por fim, em relação à coisa julgada, registra-se que o delineamento fático descrito no acórdão recorrido não permite concluir por sua eventual ocorrência, de modo que a aferição da questão esbarra no óbice da Súmula 7/STJ, nos termos dos seguintes precedentes:

Processual Civil. Administrativo. Servidor público. Execução. Agravo interno no recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Violação ao art. 535 do CPC. Inocorrência. Execução de sentença. Ilegitimidade ativa dos exequentes para promover a execução. Não integravam a primeira listagem do

processo de conhecimento. Ausência de prequestionamento dos arts. 87 do Código de Defesa do Consumidor e 20 do Código de Processo Civil. Incidência, por analogia, da Súmula n. 282/STF. Argumentos insuficientes para desconstituir a decisão atacada. Aplicação de multa. Art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015. Descabimento.

(...)

V A revisão das premissas fixadas pela Corte de origem quanto à limitação promovida pela própria ASSUPE na ação de conhecimento suficiente para afastar a alegação de coisa julgada demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 7 desta Corte, assim enunciada: a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

(...)

IX Agravo Interno improvido (AgInt no REsp 1.366.863/PE, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 21/03/2022)

Processual Civil e Administrativo. Servidor público. Execução. Agravo interno no recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Violação ao art. 1.022 do CPC. Inocorrência. Ausência de combate a fundamentos autônomos do acórdão. Aplicação do óbice da Súmula n. 283/STF. Coisa julgada. Reconhecimento pelo Tribunal de origem. Revisão. Impossibilidade. Súmula n. 7/STJ. Incidência. Ausência de prequestionamento do art. 5º, XXXV, da Constituição da República. Incidência da Súmula n. 211/STJ. Argumentos insuficientes para desconstituir a decisão atacada. Aplicação de multa. Art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015. Descabimento.

(...)

IV - Esta Corte firmou orientação no sentido de não ser possível, em recurso especial, rever o posicionamento adotado pelo tribunal de origem quanto ao teor do título em execução, a fim de se verificar possível ofensa à coisa julgada, aplicando o enunciado da Súmula 7/STJ.

(...)

IX Agravo Interno improvido (AgInt no REsp 1.899.905/RS, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 21/03/2022)

Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Recurso manejado sob a égide do NCPC. Ação declaratória de nulidade de cheque emitido pelo falecido pai dos autores. Alegação de falsidade da assinatura. Arts. 489, § 1º, V, e 503, § 1º, do NCPC. Rejeição de pedido de prova pericial. Coisa julgada. Ocorrência. Litispendência afastada. Alteração do julgado. Súmula n. 7 do STJ. Dissídio não comprovado. Decisão mantida. Recurso especial não provido.

(...)

3. Rever o posicionamento adotado na Corte estadual quanto ao reconhecimento da litispendência e da coisa julgada, demanda o reexame dos fatos da causa, de modo que sua alteração encontra óbice no enunciado da Súmula n. 7 do STJ.

4. Consoante iterativa jurisprudência desta Corte, a necessidade do reexame da matéria fática impede a admissão do recurso especial tanto pela alínea a quanto pela alínea c do permissivo constitucional. Precedentes: AgInt no AREsp n. 1.188.742/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 24/4/2018, DJe 30/4/2018; e, AgRg no Ag 1.276.510/SP, Rel. Ministro Paulo Furtado, Desembargador Convocado do TJ/BA, DJe 30/6/2010.

5. Não sendo a linha argumentativa apresentada capaz de evidenciar a inadequação dos fundamentos invocados pela decisão agravada, o presente agravo interno não se revela apto a alterar o conteúdo do julgado impugnado, devendo ele ser integralmente mantido em seus próprios termos.

6. Agravo Interno não provido (AgInt no AREsp 1.855.607/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 23/02/2022)

Forte em tais fundamentos, não procedem as alegações atinentes à ocorrência de desrespeito à preclusão e coisa julgada.

Artigo 21 da Lei 4.717/65 – Prescrição:

Por fim, aduz a empresa recorrente que o Tribunal de origem, ao alterar o seu posicionamento anterior e afastar a prescrição no caso dos autos, ofendeu o disposto no artigo 21 da Lei n. 4.717/65, que prevê o prazo prescricional de cinco anos para a proteção dos direitos coletivos tutelados por meio de Ação Popular, o qual, defende, deve ser aplicado analogicamente aos autos.

Defende que a presente pretensão não se refere à reparação de danos ambientais (imprescritíveis), mas apenas à supostas imperfeições técnicas de algumas obras realizadas e previstas no Termo de Ajustamento de Conduta firmado com o MPRJ (serviços de pavimentação, pintura e instalação de telhas), reiterando que (fls. 459):

Com efeito, como já dito e repetido, a questão do potencial dano ambiental já foi resolvida no âmbito do TAC, não sendo mais objeto de discussão eventual dano em si sobre o meio ambiente decorrente da construção do *Shopping Leblon*. A discussão atual é outra e está centrada no alegado inadimplemento parcial de uma das cláusulas (a quinta) daquele TAC, o que é outra coisa bem diferente e prescritível, pois, do contrário, poder-se-ia admitir o absurdo do Ministério Público poder daqui a 500 anos cobrar o cumprimento daquela cláusula, sob alegação do seu não adimplemento nos termos combinados.

Acrescenta que os precedentes invocados no acórdão recorrido não tem relação com o caso dos autos.

A esse respeito, não se desconhece que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, seguindo posição consolidada no âmbito do Supremo Tribunal Federal (Tema 999 de Repercussão Geral), possui entendimento no sentido de que é imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental, consoante se extrai do seguintes precedentes:

Processual Civil e Ambiental. Agravo interno no recurso especial. Inovação recursal. Não cabimento. Violação do art. 1.022 e 489 do CPC2015. Não ocorrência. Reparação do dano ambiental. Imprescritibilidade. Regularização do imóvel. Revisão. Impossibilidade. Súmula 7/STJ.

1. Não é cabível inovação recursal, em agravo interno, com base em alegação de fato novo. Precedentes.

2. 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.

3. *A reparação do dano ambiental em espaços especialmente protegidos é imprescritível, em razão da natureza permanente da lesão.* Precedentes.

4. A Corte de origem, após ampla análise do conjunto fático-probatório, firmou compreensão de que não é possível a regularização do imóvel, que se encontra em área de duna e sempre esteve em condição irregular. A revisão da conclusão a que chegou o Tribunal de origem sobre a questão demanda o reexame dos fatos e provas constantes nos autos, o que é vedado no âmbito do recurso especial. Incide ao caso a Súmula 7/STJ.

5. Agravo interno não provido (AgInt no REsp 1.910.520/SC, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 01/09/2021)

Ambiental. Processual Civil. Agravo em recurso especial. Enunciado Administrativo 3/STJ. Pretensão indenizatória de dano ambiental. Imprescritibilidade. RE 654.833/AC - Repercussão Geral. Natureza "propter rem" da obrigação. Legitimidade dos atuais proprietários. Súmula 623/STJ. Denúnciação da lide de eventuais corresponsáveis. Carência de prequestionamento. Súmulas 282 e 356 do STF.

1. *"É imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental"* (RE 654.833/AC, rel. Ministro Alexandre de Moraes).

2. As obrigações ambientais possuem natureza "propter rem", sendo admissível cobrá-las tanto do proprietário ou do possuidor atual, quanto dos anteriores, à escolha do credor. Inteligência da Súmula 623/STJ.

3. Não cumpre o requisito do prequestionamento o recurso especial para salvaguardar a higidez de norma de direito federal não examinada pela origem, ainda mais quando inexistente a prévia oposição de embargos declaratórios. Súmulas 282 e 356, do Supremo Tribunal Federal.

4. Agravo conhecido para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento (AREsp 1.791.545/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 24/05/2021)

Ambiental. Ação civil pública. Regularização do dano decorrente da inexistência de sistema adequado de tratamento de esgoto. Imprescritibilidade do dano ambiental. Legitimidade da Cohab para responder pelo dano causado por loteamento promovido por ela. Recurso especial não provido.

Identificação da controvérsia

1. O acórdão recorrido, proferido em Ações Civas Públicas, condenou a Cohab, a Corsan e o Município de Santa Rosa/RS a reparar dano ambiental decorrente da ausência de sistema adequado de tratamento de esgoto no loteamento Promorar 2, condenando os réus a implementá-lo, a fim de eliminar o lançamento a céu aberto e a descarga de resíduos residenciais sem tratamento sobre as águas do Arroio Persegueiro. *Imprescritibilidade da pretensão reparatória ambiental*

2. *É assente no STJ que a ação de reparação de dano ambiental é imprescritível, notadamente pelo caráter continuado da degradação do meio ambiente e pela indisponibilidade do direito tutelado.* Nesse sentido: REsp 1.081.257/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 13.6.2018; AgRg no REsp 1.466.096/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 30.3.2015; AgRg no REsp 1.421.163/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 17/11/2014; REsp 1.120.117/AC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 19.11.2009; REsp 647.493/SC, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 22.10.2007; e REsp 1.559.396/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19.12.2016.

3. *Esse também é o entendimento consolidado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que no julgamento do Tema 999 de Repercussão Geral, fixou a seguinte tese: “É imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental” (RE 654.833/AC, relator Ministro Alexandre de Moraes, j. 20.4.2020).*

Legitimidade passiva da recorrente

4. A Corte de origem assim fundamentou a manutenção da recorrente no polo passivo da demanda e a conseqüente responsabilização (fl. 49/e-STJ): “A contaminação do Arroio Persegueiro, decorrente da ineficiência do saneamento básico fornecido, restou amplamente demonstrado pelo material probatório coligido aos autos, sendo possível atestar a irregularidade no escoamento do esgoto cloacal disponível no loteamento Promorar Área 2, já que os detritos são lançados de forma direta no arroio”.

5. Sabe-se que o conceito de poluidor, no Direito Ambiental brasileiro, é amplíssimo, confundindo-se, por expressa disposição legal, com o de degradador

da qualidade ambiental, isto é, toda e qualquer “pessoa física ou jurídica, de Direito Público ou Privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental” (art. 3º, IV, da Lei 6.938/1981).

6. Ademais, a jurisprudência do STJ é toda no sentido de que a responsabilidade pela reparação dos danos ambientais é solidária entre todos os poluidores ou degradadores. A propósito: REsp 1.768.207/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 18.3.2019; AREsp 1.084.396/RO, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 18.10.2019; EDcl no AREsp 1.233.356/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27.6.2018; AgInt no AREsp 1.100.789/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 15.12.2017; e REsp 1.454.281/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 9.9.2016.

7. Recurso Especial não provido (REsp 1.321.992/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 17/12/2021).

Também, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, reconheceu a repercussão geral, no ARE 1.352.872/SC, da matéria atinente à “prescritibilidade de título executivo decorrente de condenação por dano ambiental posteriormente convertida em perdas e danos” (tema 1194, julgado em 03/02/2022, DJ 10/02/2022).

Conquanto, em tese, poder-se-ia determinar o retorno dos autos para o exercício de juízo de conformação com a tese a ser firmada pelo STF, no caso concreto, essa providência é desnecessária, pois o contexto delineado pelas instâncias ordinárias denotam não se tratar de recomposição de dano ambiental.

Isso porque, no caso dos autos, o Ministério Público pretende executar a cláusula quinta do Termo de Ajustamento de Conduta firmado com a empresa que construiu o Shopping Center Leblon, cujo teor consta no acórdão recorrido e é o seguinte (fls. 307):

a) *restaurar e revitalizar, onde necessário, a pavimentação* cimentada dos pátios internos do pavimento térreo dos prédios, adotando na execução dessas providências a boa técnica usual para esse tipo de serviço;

b) *executar, em tinta acrílica, a pintura externa das fachadas* e, em tinta plástica, das *áreas comuns internas dos prédios*, adotando na execução dessas providências a boa técnica usual para esse tipo de serviço;

(...)

d) *executar, onde se fizer necessário, a troca de telhas nos telhados dos prédios*, adotando na execução dessas providências a boa técnica usual para esse tipo de serviço.

Como se pode perceber, a pretensão ora trazida não se refere à reparação de danos ambientais em si, a ensejar a imprescritibilidade, mas sim à pretensão

executória de obrigações de fazer previstas em TAC, relacionada a obras e serviços de pavimentação, pintura e instalação de telhas, assumidos pela empresa construtora como contrapartida à comunidade vizinha, conhecida como cruzada São Sebastião, pela instalação do empreendimento imobiliário.

O caso refere-se a suposto inadimplemento parcial de uma das cláusulas previstas no TAC firmado com o MPRJ, alusivas a obras de melhorias e conservação em prédios do conjunto habitacional da Cruzada São Sebastião, sob a alegação de que não foram executadas com o devido padrão de qualidade esperado.

A presente demanda não visa a restauração de bens da natureza que supostamente tenham sido agredidos, e sim a reparação meramente patrimonial.

O que aqui se discute é mera pretensão de reparação material de bem privado, sem qualquer envolvimento de dano ao meio ambiente. Além disso, não se trata de ação de indenização por dano ambiental, mas sim execução de pretensão título executivo extrajudicial, em relação a qual há de incidir a prescrição.

Por oportuno, é importante ressaltar que a jurisprudência deste Corte distingue a obrigação de reparar o dano ambiental e a obrigação de executar a multa administrativa por infração ambiental, haja vista que aquela, ao contrário do que ocorre com esta, não são alcançadas pela incidência da prescrição. Nesse sentido é o que dispõe a Súmula 467 do STJ (“Prescreve em cinco anos, contados do término do processo administrativo, a pretensão da Administração Pública promover a execução da multa por infração ambiental”), constante dos seguintes precedentes desta Corte, senão vejamos:

Administrativo e Processual Civil. Prescrição da pretensão executória. Multa ambiental. Termo inicial. Término do processo administrativo. Aplicação do REsp 1.115.078/RS, sob o regime do art. 543-C do CPC e Súmula 467/STJ.

1. Trata-se de Recurso Especial contra acórdão que considerou a data da infração como termo inicial de contagem do prazo quinquenal da prescrição da pretensão executória de multa ambiental.

2. De acordo com entendimento fixado no STJ no âmbito do regime dos recursos repetitivos, o termo inicial da prescrição quinquenal para execução dos créditos não tributários conta-se da constituição definitiva do crédito. (REsp 1.115.078/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 6.4.2010).

3. Diante da pacificação da matéria, o STJ editou a Súmula 467 sobre o tema: “Prescreve em cinco anos, contados do término do processo administrativo, a pretensão da Administração Pública de promover a execução da multa por infração ambiental”.

4. Não fixada no acórdão recorrido a data do término do processo administrativo, devem os autos retornar ao Tribunal de origem para, diante das premissas jurídicas aqui fixadas, averiguar a ocorrência de prescrição.

5. Recurso Especial provido (REsp 1.275.014/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 09/05/2013),

Processual Civil. Execução fiscal. Violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência. Multa ambiental. Prescrição. Cinco anos. Art. 1º do Decreto n. 20.910/32. Precedente regido pela sistemática do art. 543-C, do CPC. Súmula n. 467/STJ.

1. O Tribunal de origem se manifestou de forma clara e fundamentada sobre a questão posta à sua apreciação, não havendo que se falar em violação do art. 535 do CPC. É cediço que o magistrado não precisa se manifestar sobre todos os argumentos deduzidos pelas partes, desde que a decisão proferida seja suficientemente fundamentada para por fim à demanda.

2. *Esta Corte adotou entendimento, inclusive em sede de recurso especial repetitivo (REsp n. 1.112.577/SP), na sistemática do art. 543-C, do CPC, no sentido de que o prazo prescricional nas ações de cobrança de multa aplicada devido a infração administrativa ao meio ambiente é de cinco anos, nos termos do art. 1º do Decreto n. 20.910/32.*

3. *Sobre o tema, esta Corte editou a Súmula n. 467, a qual dispõe que: "Prescreve em cinco anos, contados do término do processo administrativo, a pretensão da Administração Pública de promover a execução da multa por infração ambiental".*

4. Recurso especial não provido (REsp 1.225.489/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 04/03/2011)

Portanto, a insurgência executória está embasada em pendências oriundas de alegadas deficiências na execução de algumas obrigações de fazer assumidas no referido instrumento, relacionadas à questões meramente patrimoniais, que não se confundem com dano ao meio ambiente, ainda que em sentido amplo, como mencionado no acórdão *a quo*.

Nesse sentido:

Administrativo. Agravo interno no recurso especial. Requisitos de admissibilidade. Ação civil pública. Pretensão de reparação patrimonial decorrente de dano ambiental. Prescrição quinquenal. Imprescritibilidade. Ausência de prequestionamento. Súmula 282/STF.

1. O recurso especial observou integralmente os requisitos de admissibilidade necessários à espécie, não havendo que se falar na impossibilidade de conhecimento da impugnação.

2. *"Não há que se confundir o caráter imprescritível da reparação ambiental por dano continuado em relação à pretensão meramente patrimonial, sujeita*

à *prescrição quinquenal*." (AgInt no AREsp 443.094/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 18/2/2019, REPDJe 26/2/2019, DJe 25/2/2019).

3. O Tribunal de origem não se manifestou sobre a alegação de que a pretensão veiculada nos autos teria caráter imprescritível, tampouco foram opostos embargos declaratórios para suprir eventual omissão quanto à tese. Portanto, ante a falta do necessário prequestionamento, incide o óbice da Súmula 282/STF, a impedir a análise do tema perante esta Corte de Justiça.

4. Agravo interno não provido (AgInt no REsp 1.401.278/RJ, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 18/12/2020)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Processual Civil. Ação civil pública. Pretensão de reparação patrimonial decorrente de dano ambiental. Prescritibilidade. Reexame de matéria fática. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Agravo interno do MPRJ desprovido.

1. Conforme moldura fática delineada pelas instâncias ordinárias, não houve comprovação de dano ambiental ou ato de improbidade administrativa a justificar o afastamento do instituto da prescrição, incidindo o óbice da Súmula 7/STJ no ponto em que se pretende reabrir essa discussão, dada a inviabilidade de revolvimento de matéria fático-probatória na seara do Recurso Especial.

2. *Não há que se confundir o caráter imprescritível da reparação ambiental por dano continuado em relação à pretensão meramente patrimonial, sujeita à prescrição quinquenal.*

3. Agravo Interno do *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* desprovido (AgInt no AREsp 443.094/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 25/02/2019)

Recurso especial. Administrativo. Dano ambiental. Reparação. Objeto da lide. Não reconhecimento. Inaplicabilidade da imprescritibilidade do pedido. Operações interligadas. Instituto de Política Urbana. Mau uso. Prescrição quinquenal.

1. A alegação da ocorrência de dano ambiental, na forma de dano urbanístico, traduzido no adensamento populacional e impacto na vizinhança, é questão abordada, mas não com o intuito de proteção ambiental propriamente dita, mas sim para demonstrar a utilização do instituto da operação interligada, ferramenta urbanística de cunho preponderantemente social, para beneficiar particulares. Inaplicabilidade da tese de imprescritibilidade do pedido.

2. A pretensão na hipótese é declarar a inconstitucionalidade de lei municipal e impugnar ato de gestão quanto ao atendimento do interesse público, sem apontar, contudo, a responsabilidade de um agente específico por eventual dano, o que faz incidir, no caso, o prazo prescricional quinquenal, previsto no art. 21 da Lei 4.717/65.

3. Recurso especial não provido (REsp 1.365.160/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 24/10/2013).

Assim, não se tratando diretamente de danos ambiental, não há como se afastar do entendimento de que a presente pretensão executória, proposta pelo MPRJ após mais de cinco anos do termo final para cumprimento das obrigações constantes no TAC - como consignado na origem, está sujeita à prescrição quinquenal, diante da aplicação do disposto no artigo 21 da Lei 4.717/65, nos termos da jurisprudência desta Corte:

Administrativo e Processual Civil. Recurso especial. Ação civil pública. Pretensão de ressarcimento ao erário. Ato praticado em agosto de 1988, anteriormente à CF/88 e à Lei 8.429/92. Alegada ofensa ao art. 535 do CPC/73. Inexistência. Inconformismo. Imprescritibilidade da ação afastada, pelo Tribunal de origem, com fundamento exclusivamente constitucional. Alegada ofensa ao art. 23 da Lei 8.429/92. Ausência de prequestionamento. Incidência da Súmula 282/STF. Prazo prescricional. Incidência, por analogia, do prazo quinquenal previsto art. 21 da Lei 4.717/65. Precedentes do STJ. Recurso especial parcialmente conhecido, e, nessa extensão, improvido.

I. Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73.

II - Na origem, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, ora recorrente, ajuizou, em 22/04/2004, com fundamento na Lei 7.347/85, nos arts. 159 do Código Civil de 1916 e 37, § 5º, da CF/88, Ação Civil Pública, postulando a condenação do ora recorrido, ex-Prefeito do Município de Candeias/MG, ao ressarcimento do dano ao erário relativo a débito de agosto de 1988, que lhe fora imputado pelo Tribunal de Contas estadual em 18/08/94, conforme “valores constantes dos cálculos oferecidos pela Procuradoria de Justiça junto ao TCMG, devidamente atualizados até o momento do efetivo pagamento, acrescidos de juros moratórios”. A sentença, reconhecendo a imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário, com fundamento no art. 37, § 5º, da CF/88, registrou que, no caso, “é defeso a aplicação da Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), (...) em observância ao princípio da irretroatividade das leis, uma vez que os fatos que originaram a presente ação civil pública ocorreram em data anterior a vigência da lei, devendo ser analisada as condutas do ex-prefeito à luz das regras constitucionais e da responsabilidade civil”, e que “o órgão ministerial ao ajuizar a ação não fez menção a aludida lei, recaindo o pedido apenas em ressarcimento por danos causados ao erário”. A ação foi julgada procedente, em parte, para condenar o recorrido “a restituir ao erário os valores identificados na f. 128 do inquérito civil público, que (...) atualizado até abril de 2003 chegou ao valor de R\$ 32,12 (trinta e dois reais e vinte e sete centavos), a ser apurado em liquidação de sentença”. Interposta Apelação, pelo ora recorrido, foi ela provida, pelo acórdão recorrido, que, registrando não incidir, no caso, a Lei 8.429/92 - que não foi o

fundamento da inicial, porquanto o ato que ocasionou o pedido de ressarcimento ao erário ocorrera em agosto de 1988 -, mas, sim, o art. 159 do Código Civil/1916, acolheu a prejudicial de prescrição quinquenal, com fundamento no art. 21 da Lei 4.717/65 e no art. 1º do Decreto 20.910/32, afastando a incidência da imprescritibilidade do art. 37, § 5º, da CF/88, “em observância ao princípio da irretroatividade das leis prevista no art. 5º, inc. XXXVI, do referido diploma constitucional”. Registrou, ainda, que o ato ocorreu em agosto de 1988 - antes da CF/88 e da Lei 8.429/92 -, a rejeição das contas do réu, com imputação da sua responsabilidade, pelo Tribunal de Contas estadual, deu-se em 18/08/94, e a ação foi ajuizada em 22/02/2004.

III. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 535 do CPC/73, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

IV. Segundo entendimento desta Corte, “não há violação do art. 535, II, do CPC/73 quando a Corte de origem utiliza-se de fundamentação suficiente para dirimir o litígio, ainda que não tenha feito expressa menção a todos os dispositivos legais suscitados pelas partes” (STJ, REsp 1.512.361/BA, Rel. Ministro *Og Fernandes, Segunda Turma*, DJe de 22/09/2017).

V. No caso, a questão relacionada à alegada imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário e à pretendida incidência do art. 37, § 5º, da Constituição Federal fora decidida, pelo Tribunal de origem, com fundamento exclusivamente constitucional, ou seja, a incidência do princípio da irretroatividade das leis, previsto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, por se tratar de ato praticado anteriormente à CF/88. Assim, é inviável a apreciação da matéria, no particular, em Recurso Especial, sob pena de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 1.323.250/SP, Rel. Ministro *Herman Benjamin, Segunda Turma*, DJe de 19/03/2015; AgRg no AREsp 30.329/MG, Rel. Ministro *Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma*, DJe de 04/05/2012; AgRg no REsp 1.211.989/RN, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves, Primeira Turma*, DJe de 10/08/2011.

VI. Justamente por ter sido a causa decidida, no particular, com fundamento exclusivamente constitucional, o Recurso Especial é manifestamente inadmissível, por falta de prequestionamento, no que tange à tese recursal vinculada à alegada ofensa ao art. 23 da Lei 8.429/92, pois não foi ela objeto de discussão, nas instâncias ordinárias, por se tratar, no caso, de ato praticado anteriormente à Lei 8.429/92, razão pela qual é o caso de incidência do óbice previsto na Súmula 282/STF.

VII. Não conhecido o Recurso Especial, no tocante à alegada imprescritibilidade da ação ajuizada pelo recorrente, também não merece acolhida a pretensão de

adoção do prazo prescricional previsto no art. 177 do Código Civil de 1916. Sobre o tema, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que “a pretensão de ressarcimento de danos ao erário não decorrente de ato de improbidade prescreve em cinco anos” (STJ, REsp 662.844/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe de 01/02/2011). Em igual sentido: STJ, AgInt no AREsp 981.278/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 21/09/2017.

VIII. Ressalte-se, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência no sentido de que “a Ação Civil Pública e a Ação Popular compõem um microsistema de tutela dos direitos difusos onde se encartam a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas. Assim, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da analogia legis, recomendando o prazo quinquenal para a prescrição das Ações Cíveis Públicas, tal como ocorre com a prescribibilidade da Ação Popular, porquanto ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio” (STJ, REsp 1.089.206/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 06/08/2009). Nesse sentido: STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.321.564/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 27/05/2021; AgRg no REsp 1.185.347/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 25/04/2012.

IX. Recurso Especial parcialmente conhecido, e, nessa extensão, improvido (REsp 1.590.809/MG, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 29/11/2021)

Processo Civil. Agravo interno. Razões que não enfrentam o fundamento da decisão agravada. Dissídio jurisprudencial. Cotejo analítico e similitude fática. Ausência. Ação civil pública. Plano de saúde. Demanda coletiva. Execução individual. Prazo prescricional específico. Prescrição quinquenal. Precedentes. Não provimento.

1. As razões do agravo interno não enfrentam adequadamente o fundamento da decisão agravada.

2. Dissídio jurisprudencial não demonstrado nos moldes estabelecidos nos artigos 1.029, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015 e 255, parágrafos 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

3. “Na falta de dispositivo legal específico para a ação civil pública, aplica-se, por analogia, o prazo de prescrição da ação popular, que é o quinquenal (art. 21 da Lei n. 4.717/1965), adotando-se também tal lapso na respectiva execução, a teor da Súmula n. 150/STF. A lacuna da Lei n. 7.347/1985 é melhor suprida com a aplicação de outra legislação também integrante do microsistema de proteção dos interesses transindividuais, como os coletivos e difusos, a afastar os prazos do Código Civil, mesmo na tutela de direitos individuais homogêneos (pretensão de reembolso dos usuários de plano de saúde que foram obrigados a custear lentes intraoculares para a realização de cirurgias de catarata)” Precedentes. (REsp

1.473.846/SP, Rel. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, Terceira Turma, julgado em 21/2/2017, DJe 24/2/2017).

4. Agravo interno a que se nega provimento (Aglnt no REsp 1.807.990/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 24/04/2020)

Processual Civil e Administrativo. Agravo interno no agravo em recurso especial. Ausência de violação do art. 535, II do CPC. Ação civil pública. Anulação de ato administrativo. Aplicação analógica do prazo prescricional quinquenal, previsto no art. 21 da Lei 4.717/1965. Microssistema de tutela coletiva. Entendimento desta Corte Superior. Agravo interno do presentante ministerial a que se nega provimento.

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

2. Inexiste a alegada violação do art. 535, II do CPC/1973, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido. O Tribunal de origem apreciou fundamentadamente a controvérsia, não padecendo o acórdão recorrido de qualquer omissão, contradição ou obscuridade. Observe-se, ademais, que julgamento diverso do pretendido, como na espécie, não implica ofensa à norma ora invocada.

3. Esta Corte Superior entende que, inexistindo a previsão de prazo prescricional específico na Lei 7.347/1985, aplica-se à Ação Civil Pública, por analogia, a prescrição quinquenal instituída pelo art. 21 da Lei 4.717/1965. Julgados: AgRg no REsp 1.504.828/PR, Rel. Min. *Mauro Campbell Marques*, DJe 23.4.2015; AgRg nos EREsp 995.995/DF, Rel. Min. *Raul Araújo*, DJe 9.4.2015; AgRg no AREsp 213.642/RN, Rel. Min. *Benedito Gonçalves*, DJe 24.4.2013; AgRg no REsp 1.185.347/RS, Rel. Min. *Humberto Martins*, DJe 25.4.2012.

4. Agravo Interno do Presentante Ministerial a que se nega provimento (Aglnt no AREsp 814.391/RN, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 30/05/2019).

Ante o exposto, conheço do agravo para dar parcial provimento ao recurso especial da SHL Participações S/A, para reconhecer a prescrição quinquenal da pretensão executória promovida pelo MPRJ.

É como voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Trata-se de Agravo em Recurso Especial de *SHL Participações S.A. (SHL)* contra decisão mediante a qual foi

inadmitido o Recurso Especial interposto em face de acórdão assim ementado (fl. 301e):

Embargos de declaração em embargos de declaração em agravo de instrumento. Omissões reconhecidas pelo Superior Tribunal de Justiça. Termo de Ajustamento de Conduta, firmado no bojo de ação civil pública. Execução deflagrada pelo Ministério Público. Alegação de descumprimento das obrigações de fazer assumidas para reparação de danos ambientais.

Medidas compensatórias previstas no TAC que objetivaram o implemento de melhorias em edifícios vizinhos ao shopping Leblon. Contrapartida social à concessão de licença ao empreendimento para compensação de danos ambientais. Meio ambiente que, em sentido amplo, é gênero que abrange o espaço natural, cultural e artificial, todos protegidos por norma constitucional. Inteligência do artigo 225 da Carta Magna. Entendimento da Doutrina e Jurisprudência favorável à tese da imprescritibilidade da pretensão executiva. Recurso provido para suprir a omissão apontada pela Corte Superior, da qual resulta a alteração do resultado do julgamento.

Sustenta-se, em síntese, a presença dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial (fls. 899/911e).

Com contraminuta (fls. 930/956e), os autos foram encaminhados a esta Corte.

No Recurso Especial, interposto com amparo no art. 105, III, *a*, da Constituição da República, aponta-se ofensa aos dispositivos a seguir relacionados, alegando-se, em síntese, que:

I. Art. 489, § 1º, IV, e 1.022 do Código de Processo Civil de 2015 – o acórdão recorrido padece de vício integrativo, consubstanciado em omissão acerca da violação à coisa julgada e quanto à não existência de título executivo hábil;

II. Arts. 505, 507, 783 e 786 do estatuto processual de 2015 – o título exequendo não ostenta certeza, liquidez e exigibilidade, porquanto, como teria decidido o tribunal de origem, seria necessária a realização de perícia para aferir o cumprimento das obrigações assumidas pela Agravante, bem como a ação indenizatória, da qual decorreu o agravo interposto na origem, foi extinta, por ilegitimidade ativa ad causam, operando-se a preclusão, por força da coisa julgada; e

III. Art. 21 da Lei n. 4.717/1965 – a pretensão ministerial estaria prescrita, ante o transcurso do prazo quinquenal previsto pela Lei da Ação Popular, aplicável ao rito da Ação Civil Pública.

Com contrarrazões (fls. 699/729e).

O Ministério Público Federal, na qualidade de custos iuris, manifestou-se às fls. 1.007/1.012e.

Por ocasião da sessão de julgamento realizada em 10.05.2022, o Sr. Relator, Ministro Benedito Gonçalves, apresentou voto no qual conhece do agravo para dar parcial provimento ao Recurso Especial, consoante os fundamentos estampados na seguinte ementa:

Processual Civil e Direito Administrativo. Agravo em recurso especial. Execução de título extrajudicial. Obrigações assumidas em termo de ajustamento de conduta, firmado no bojo de ação civil, em decorrência da construção do Shopping Center Leblon. Obrigações que não se referem a reparação de danos ambientais. Prazo prescricional. Incidência, por analogia, do artigo 21 da Lei 4.717/1965.

1. Consigna-se, inicialmente, que, tendo o recurso sido interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015, deve ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele previsto, conforme Enunciado Administrativo n. 3/2016/STJ.

2. Os autos são oriundos de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Rio de Janeiro contra a empresa SHL Participações S.A, no bojo da qual foi celebrado Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), visando a reparação dos danos causados pela construção do Shopping Center Leblon à comunidade vizinha, conhecida como “Cruzada São Sebastião”, composta por vários condomínios edifícios.

3. Sob a alegação de não cumprimento satisfatório das obrigações assumidas no TAC, os condomínios ajuizaram Ação de Indenização contra a empresa SHL Participações (Processo n. 0157364-13.2012.8.19.0001) e, em seguida, o Ministério Público do Rio de Janeiro promoveu Ação de Execução de título executivo extrajudicial (Termo de Ajustamento de Conduta) (Processo n. 0070691-80.2013.8.19.0001), que foi distribuída por prevenção/conexão.

4. No bojo do processo executivo, o magistrado de primeira instância proferiu decisão determinando a realização de perícia técnica, para a apuração de descumprimento das cláusulas obrigacionais do TAC e julgamento de ambos os processos. Desse desate, a empresa interpôs agravo de instrumento (que deu origem ao presente recurso especial), ao qual foi negado provimento pelo Tribunal, seguido de diversos embargos declaratórios.

5. O presente recurso especial é interposto contra acórdão que, em rejugamento determinado por este Superior Tribunal de Justiça, acolheu os embargos declaratórios, para, alterando seu entendimento, reconhecer a imprescritibilidade da pretensão executiva deflagrada pelo Ministério Público,

por entender que as obrigações assumidas no TAC se referem à reparação de danos ambientais.

6. Não há violação do artigo 1.022 do CPC/2015, posto que o acórdão recorrido manifestou-se de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia, inclusive sobre as que ora se alegam omissão.

7. Tampouco se verifica a alegada ofensa aos artigos 783 e 786 do CPC, posto que é possível a determinação de realização de perícia em processo de execução fundado em título executivo extrajudicial, como forma de efetividade ao comando do título executivo, especialmente no caso dos autos, em que foi constatada séria controvérsia acerca do cumprimento integral das obrigações ajustadas no TAC.

8. No que diz respeito aos artigos 505 e 507, CPC, não procedem as alegações atinentes à ocorrência de desrespeito à preclusão e coisa julgada, na medida em que se verifica dos autos, que, diferentemente do alegado pela recorrente, o agravo de instrumento (Processo n. 0024096-89.2014.8.19.0000) que deu ensejo aos presentes autos tem origem no processo de Execução, cujo número originário é 0070691-80.2013.8.19.0001, conforme consta expressamente no Termo de Recebimento e Registro e Autuação de fls. 20. Além disso, o Tribunal a quo consignou expressamente que “a extinção do processo de conhecimento deflagrado pelos condomínios, não implica perda de objeto do presente agravo, porque a decisão impugnada foi proferida em outro feito (execução do TAC, promovida pelo Parquet)” (fls. 418).

9. Por outro lado, merecem prosperar as argumentações relativas à prescrição, tendo em vista que a pretensão trazida nos autos não se refere à reparação de danos ambientais em si, a ensejar a imprescritibilidade, mas sim à pretensão executória de obrigações de fazer previstas em TAC, relacionadas a obras e serviços de pavimentação, pintura e instalação de telhas, assumidos pela empresa construtora como contrapartida à comunidade vizinha pela instalação do empreendimento imobiliário.

10. Portanto, a insurgência executória está embasada em pendências oriundas de alegadas deficiências na execução de algumas obrigações de fazer assumidas no referido instrumento, relacionadas à questões meramente patrimoniais, que não se confundem com dano ao meio ambiente, ainda que em sentido amplo, como mencionado no acórdão a quo.

11. Não há que se confundir o caráter imprescritível da reparação ambiental por dano continuado em relação à pretensão meramente patrimonial, sujeita à prescrição quinquenal. Precedentes: AgInt no REsp 1.401.278/RJ, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 18/12/2020; AgInt no AREsp 443.094/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 25/02/2019.

12. Assim, não se tratando diretamente de danos ambientais, é de se acolher o entendimento de que a presente pretensão executória, proposta pelo MPRJ após mais de cinco anos do termo final para cumprimento das obrigações constantes

no TAC - como consignado na origem, está sujeita à prescrição quinquenal, diante da aplicação do disposto no artigo 21 da Lei 4.717/65, nos termos da jurisprudência desta Corte.

13. Agravo conhecido para dar parcial provimento ao recurso especial, para reconhecer a prescrição quinquenal da pretensão executória promovida pelo MPRJ.

Na mesma oportunidade, pedi vista dos autos para examiná-los com maior detença.

Feito breve relatório, passo à análise do recurso.

Consoante o decidido pelo Plenário deste Tribunal Superior na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

I. Da omissão

De início, acompanho o voto do Sr. Relator quanto à ausência de violação aos arts. 489, § 1º, e 1.022, II, do CPC/2015.

A Recorrente sustenta a existência de omissão no acórdão recorrido, não sanada no julgamento dos embargos de declaração, porquanto não examinadas as alegações acerca da inaptidão do título executivo, ante a necessidade de realização de perícia, e formação da coisa julgada.

Ao prolatar o acórdão mediante o qual os Embargos de Declaração foram analisados, o tribunal de origem enfrentou a controvérsia atinente à preclusão nos seguintes termos (fls. 306/311e):

No presente agravo de instrumento, oferecido contra decisão que deixou de homologar transação entre o agravante e terceiros beneficiados pelo TAC, a Câmara houve por bem negar provimento ao recurso.

Depois da oposição dos declaratórios pela SHL, a prescrição foi analisada pela primeira vez, quando ainda pendente de julgamento o incidente de exceção no Juízo Unitário.

Não houve, assim, preclusão pro judicato, porque a matéria ainda estava pendente de apreciação na 1ª instância.

[...]

Consequentemente, a ação de conhecimento deve prosseguir, com a realização da perícia. A prova técnica, conforme inicialmente decidido no julgamento do

agravo de instrumento, não traz prejuízo às partes e, ademais, poderá confirmar se, de fato, as obras foram realizadas em desacordo, ou não, com os parâmetros fixados no TAC. Essa aferição é imprescindível para caracterizar o inadimplemento do embargado.

Outrossim, no que concerne à exequibilidade do título extrajudicial, consignou-se, no julgamento dos aclaratórios opostos às fls. 425/427e, *in verbis* (fl. 435e):

A realização de perícia favorece à embargante, que terá oportunidade de demonstrar a alegada inexigibilidade do termo de ajustamento de conduta, independentemente do ajuizamento de embargos de devedor.

Por outro lado, nos diversos recursos anteriormente interpostos, a embargante não pleiteou a manifestação do Colegiado sobre os artigos 783 e 786 do CPC. Inexiste, desse modo, omissão a ser suprida (destaque meu).

Dessarte, não verifico omissão acerca de questão essencial ao deslinde da controvérsia e oportunamente suscitada, tampouco de outro vício a impor a revisão do julgado.

II. Da inexecuibilidade do título extrajudicial e da coisa julgada

Quanto à verificação da ausência de liquidez, certeza e exigibilidade do título extrajudicial exequendo, observo que a insurgência carece de prequestionamento, porquanto não foi analisada pelo tribunal de origem.

Com efeito, o requisito do prequestionamento pressupõe prévio debate da questão pelo tribunal de origem, à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca dos dispositivos legais apontados como violados, e, no caso, malgrado a oposição de embargos declaratórios, o tribunal de origem não analisou, ainda que implicitamente, a aplicação dos suscitados arts. 783 e 786 do Código de Processo Civil de 2015.

Desse modo, não tendo sido apreciada tal questão pelo tribunal a quo, a despeito da oposição de embargos de declaração, aplicável, à espécie, o teor da Súmula n. 211/STJ, *in verbis*: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*”.

Nesse sentido:

Processual Civil e Administrativo. Ofensa ao art. 535 do CPC. Aplicação da Súmula n. 284 do STF, por analogia. Bens públicos. Terreno de marinha. Ilegalidade

do procedimento demarcatório. Ausência de prequestionamento. Incidência da Súmula n. 211 desta Corte Superior. Registro imobiliário. Caracterização do bem como terreno de marinha. Mandado de segurança. Via adequada. Questão meramente de direito. Oponibilidade em face da União. Caracterização do bem como propriedade particular. Impossibilidade. Propriedade pública constitucionalmente assegurada (CR/88, art. 20, inc. VII).

(...)

2. A controvérsia acerca da ilegalidade do procedimento demarcatório na espécie, pela desobediência do rito específico previsto no Decreto-Lei n. 9.760/46 – vale dizer: ausência de notificação pessoal dos recorrentes – não foi objeto de análise pela instância ordinária, mesmo após a oposição de embargos de declaração, razão pela qual aplica-se, no ponto, a Súmula n. 211 desta Corte Superior.

(...)

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido. Julgamento submetido à sistemática do art. 543-C do CPC e à Resolução n. 8/2008.

(REsp 1.183.546/ES, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 08/09/2010, DJe 29/09/2010 – destaques meus).

Por outro lado, há muito, esta Corte firmou orientação segundo a qual não é possível, em sede de recurso especial, rever a conclusão alcançada pelo tribunal de origem, relativamente ao teor do título em execução, a fim de reconhecer eventual ofensa à coisa julgada, por força do óbice constante da Súmula 7/STJ, na linha dos julgados assim ementados:

Tributário. Processual Civil. Cobrança de ISS sobre serviços notariais e cartorários. Ausência de prequestionamento. Súmula 282/STF. Alegação de violação à coisa julgada. Afastamento pelo Tribunal *a quo*. Reexame de matéria fática. Súmula 7/STJ. Legislação superveniente. Alteração dos aspectos formais da hipótese de incidência. Súmula 239/STF.

(...)

2. Não se admite, em sede de recurso especial, o reexame dos elementos do processo a fim de apurar a existência de coisa julgada já afastada pelo Tribunal *a quo*, com fundamento em análise das provas colhidas nos autos. Precedentes: AgRg no REsp 1.127.665/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 18/6/2015; AgRg no REsp 1.465.602/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19/2/2015; AgRg no REsp 1.095.283/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 18/05/2011; AgRg no Ag 1.373.008/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 15/4/2011; e AgRg no REsp 926.998/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 8/11/2010.

(...)

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 791.248/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 18/02/2016, DJe 24/02/2016).

Processual Civil e Previdenciário. Agravo regimental no recurso especial. Embargos à execução. Coisa julgada. Questão atrelada ao reexame do conjunto fático-probatório. Súmula 7/STJ. Agravo regimental não provido.

1. A Corte de origem, com base em ampla cognição fático-probatória, expressamente afastou a alegada violação à coisa julgada.

2. Segundo a firme jurisprudência deste STJ, "... inviável, nesta via recursal, rever o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem quanto ao teor do título em execução, em razão do comando contido na Súmula n. 07 desta Corte Superior de Justiça, uma vez que seria necessário o reexame dos aspectos concretos da causa." (AgRg no REsp 1.240.183/SC, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 19/2/2013, DJe 28/2/2013)

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.571.173/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 23/02/2016, DJe 01/03/2016).

III. Da prescrição

No que respeita à prescrição da pretensão executória, melhor sorte assiste à Recorrente.

Isso porque, ao proceder nova análise dos Embargos de Declaração opostos pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro às fls. 91/101e, por determinação deste Tribunal Superior (fls. 267/269e), a Corte de origem destacou as obrigações assumidas pela parte agravante no Termo de Ajustamento de Conduta, supostamente descumpridas (fls. 306/308e):

As partes celebram termo de ajustamento de conduta, em 08.10.2004. O Ministério Público pretende executar a cláusula quinta, ao argumento de que a embargada teria descumprido as seguintes obrigações assumidas em benefício da Comunidade da Cruzada São Sebastião:

a) restaurar e revitalizar, onde necessário, a pavimentação cimentada dos pátios internos do pavimento térreo dos prédios, adotando na execução dessas providências a boa técnica usual para esse tipo de serviço;

b) executar, em tinta acrílica, a pintura externa das fachadas e, em tinta plástica, das áreas comuns internas dos prédios, adotando na execução dessas providências a boa técnica usual para esse tipo de serviço;

(...)

d) executar, onde se fizer necessário, a troca de telhas nos telhados dos prédios, adotando na execução dessas providências a boa técnica usual para esse tipo de serviço

O Parquet esclarece que o TAC visou resguardar direitos indisponíveis, em razão da ausência de titular definido e da sua natureza. Esse argumento, todavia, não procede. Fosse assim, todo direito difuso também seria imprescritível, o que não é o caso.

Por outro lado, em primeira análise, firmei posicionamento no sentido de que a hipótese não era de dano ao meio ambiente, daí porque o direito alegado estaria sujeito à prescrição.

Entretanto, melhor analisando os contornos fáticos da demanda, me convenci da tese de imprescritibilidade.

Como se sabe, o meio ambiente, em sentido amplo, é gênero que abrange o meio ambiente natural, cultural e artificial.

[...]

Fixadas essas premissas, é possível concluir que o dano advindo do empreendimento imobiliário recaiu sobre o meio ambiente urbano artificial, cuja proteção tem igualmente status constitucional.

Nesse contexto, a partir da reavaliação da fundamentação estampada no sobredito acórdão, contrariamente ao entendimento esposado pelo tribunal local, compreendo que a pretensão ministerial não ostenta feição ambiental, mas, em verdade, diz com a reparação dos danos materiais suportados por determinados imóveis, vizinhos ao empreendimento de titularidade da Agravante.

Por conseguinte, inaplicável, *in casu*, a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento submetido à sistemática da repercussão geral, segundo a qual é imprescritível a pretensão de reparação dos danos ao meio ambiente (Tema n. 999; RE n. 654.833, Relator Min. *Alexandre de Moraes*, Tribunal Pleno, j. 20.04.2020), incidindo o prazo prescricional quinquenal do art. 21 da Lei n. 4.717/1965, aplicável por analogia ao rito das ações civis públicas, por força do microsistema processual de tutela coletiva, consoante os seguintes precedentes:

Administrativo. Processual Civil. Recurso especial de Welson Gasparini. Ação popular. Licitação pública. Contrato firmado com empreiteira que apresentou a proposta de menor valor. Subempreitada pactuada, antes da adjudicação do objeto do certame, para execução de toda a obra, por preço em muito inferior à proposta vencedora. Fraude declarada pelo Tribunal *a quo*. Negativa de prestação jurisdicional. Fundamentação deficiente. Súmula 284/STF. Ausência

de publicidade do ato lesivo. Aplicação da teoria da *actio nata*. Prescrição afastada. Falta de prequestionamento. Súmula 282/STF. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Razões recursais que não infirmam fundamento basilar do acórdão recorrido. Súmula 283 do STF. Julgamento *extra petita* não configurado. Lesividade decorrente da própria ilegalidade do ato. Cabimento da ação popular.

[...]

7. “O influxo do princípio da moralidade administrativa, consagrado no art. 37 da Constituição Federal, traduz-se como fundamento autônomo para o exercício da Ação Popular, não obstante estar implícito no art. 5º, LXXIII da Lex Magna. Aliás, o atual microsistema constitucional de tutela dos interesses difusos, hoje compostos pela Lei da Ação Civil Pública, a Lei da Ação Popular, o Mandado de Segurança Coletivo, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, revela normas que se interpenetram, nada justificando que a moralidade administrativa não possa ser veiculada por meio de Ação Popular” (REsp 474.475/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 25/2/2004, p. 102).

8. Recurso especial de Welson Gasparini não provido.

(REsp n. 1.084.525/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 25.06.2019, DJe de 02.08.2019).

Administrativo e Processual Civil. Recurso especial. Ação civil pública. Pretensão de ressarcimento ao erário. Ato praticado em agosto de 1988, anteriormente à CF/88 e à Lei 8.429/92. Alegada ofensa ao art. 535 do CPC/73. Inexistência. Inconformismo. Imprescritibilidade da ação afastada, pelo Tribunal de origem, com fundamento exclusivamente constitucional. Alegada ofensa ao art. 23 da Lei 8.429/92. Ausência de prequestionamento. Incidência da Súmula 282/STF. Prazo prescricional. Incidência, por analogia, do prazo quinquenal previsto art. 21 da Lei 4.717/65. Precedentes do STJ. Recurso especial parcialmente conhecido, e, nessa extensão, improvido.

[...]

VIII. Ressalte-se, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência no sentido de que “a Ação Civil Pública e a Ação Popular compõem um microsistema de tutela dos direitos difusos onde se encartam a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas. Assim, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da analogia legis, recomendando o prazo quinquenal para a prescrição das Ações Civis Públicas, tal como ocorre com a prescritibilidade da Ação Popular, porquanto *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*” (STJ, REsp 1.089.206/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 06/08/2009). Nesse sentido: STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.321.564/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 27/05/2021; AgRg no REsp 1.185.347/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 25/04/2012.

IX. Recurso Especial parcialmente conhecido, e, nessa extensão, improvido.

(REsp n. 1.590.809/MG, Relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, j. 23.11.2021, DJe de 29.11.2021).

Dessarte, tendo em vista que as partes celebraram o Termo de Ajustamento de Conduta em 2004 (fl. 307e), e a Execução de Título Extrajudicial promovida em 2013 (fl. 304e), de rigor o reconhecimento da prescrição.

Posto isso, acompanho o Sr. Relator, para *conhecer do agravo, conhecer em parte* do Recurso Especial, e, nessa extensão, *dar-lhe provimento*.

É o voto.

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 2.091.292-RJ (2022/0078766-1)

Relator: Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF5)

Agravante: Light Servicos de Eletricidade S A

Advogados: Carlos Henrique Tranjan Bechara - RJ079195

Luciana Christina Guimarães Lóssio - DF015410

Andre Torres dos Santos - DF035161

João Rafael Lavandeira Gândara de Carvalho - RJ152255

Agravado: Fazenda Nacional

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Agravo em recurso especial. Violação dos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015. Não ocorrência. Violação dos arts. 23 e 34 da LINDB e arts. 6º e 100 do CTN. Alegação genérica. Súmula 284/STF. Embargos à execução fiscal. Limites objetivos da coisa julgada formada em mandado de segurança extinto com resolução de mérito em virtude da homologação da renúncia ao direito em que se funda a ação. Decisão que se limita a atribuir efeitos processuais ao ato abdicativo da parte autora e não impõe nenhum dever jurídico para a parte contrária. Não ocorrência de ofensa à coisa julgada. Agravo conhecido para conhecer em parte do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento.

1. No pertinente à violação dos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015, não se verifica a negativa de prestação jurisdicional por falta de fundamentação do acórdão, nos moldes do que preconizam os dispositivos em referência. A simples leitura do *decisum* revela que a Corte de origem indicou fundamentos suficientes para se compreender quais os motivos a levaram a decidir a causa e o raciocínio utilizado para a formação de sua convicção. Ou seja, não padeceu o julgado de nenhum erro, omissão, contradição ou obscuridade, e tampouco se limitou à mera indicação de conceitos jurídicos indeterminados, ao contrário, explicitou os motivos pelos quais decidiu pela legalidade da cobrança de créditos tributários relativos ao IRPJ e à CSLL incidentes sobre os lucros auferidos por empresas sediadas no exterior controladas pela recorrente. Observe-se, ademais, que julgamento diverso do pretendido, como na espécie, não implica ofensa aos dispositivos de lei invocados. Rejeita-se, portanto, a questão preliminar.

2. Não se mostra viável o conhecimento do apelo nobre no tocante à infringência aos arts. 23 e 34 da LINDB e arts. 6º e 100 do CTN, indicados como violados no recurso especial, pois a parte recorrente não desenvolveu argumentos demonstrando de que modo tais dispositivos teriam sido vulnerados pelo acórdão de origem, alegando a empresa recorrente que a Fazenda Nacional, por se sujeitar ao princípio da legalidade estrita, deve observar as normas jurídicas vigentes e a jurisprudência dos tribunais superiores, pacificada no sentido da ilegalidade do método da equivalência patrimonial (MEP), previsto no art. 7º da Instrução Normativa SRF n. 213/2002. Assim, é adequada a aplicação, por analogia, da orientação contida na Súmula 284/STF, assim expressa: *É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.*

3. Ademais, é firme a jurisprudência do STJ pela aplicação do mencionado óbice, em razão da falta de comando normativo de dispositivo de lei federal apontado como violado, que, diante de seu caráter genérico, não contém, por si só, comando normativo suficiente para sustentar a tese recursal, como é o caso em apreço. Assim, quanto ao tema referente ao afastamento pelo ente fazendário da regra do art. 7º, § 1º, da IN/SRF 213/2002, o recurso especial não preenche os requisitos de admissibilidade recursal. Precedentes: AgInt no AREsp

n. 1.981.787/MS, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 11/4/2022, DJe de 18/4/2022.; AgInt nos EDcl no AREsp 1.700.429/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 26/4/2021, DJe 29/4/2021.

4. Em relação ao óbice da Súmula 7/STJ, entende-se despidiêda a apreciação do conjunto fático-probatório dos autos para se acolher a pretensão recursal e reformar a decisão do Tribunal de origem que afastou a coisa julgada, pois a discussão é restrita aos efeitos do ato de homologação da desistência da ação e renúncia sobre o direito postulado nos autos do Mandado de Segurança n. 2003.51.01.005514-8, no qual se questionou a ilegalidade da utilização do MEP na apuração dos lucros de controladas no exterior, durante a vigência da Instrução Normativa 213/2002, não havendo qualquer controvérsia acerca da extensão da matéria discutida naqueles autos.

5. Sendo assim, não se faz necessária a reavaliação do acervo fático-probatório dos autos, mas tão somente a interpretação e o alcance de preceitos da legislação federal às circunstâncias fáticas assentadas pela Corte de origem.

6. Tampouco prospera o fundamento da decisão proferida no juízo prévio de admissibilidade quanto à existência de impedimento ao conhecimento do recurso especial pela alínea *c* do permissivo constitucional, haja vista que a parte recorrente procedeu ao cotejo analítico entre os arestos comparados e transcreveu os trechos dos acórdãos que configuravam, no seu entender, o dissídio jurisprudencial. Assim, a demonstração do dissídio jurisprudencial foi manifestada de forma escorreita, com a necessária demonstração de similitude fática entre os acórdãos confrontados, sendo cabível o conhecimento do recurso especial pela dissidência jurisprudencial relacionada aos efeitos da homologação da renúncia ao direito em que se funda a ação e à coisa julgada formada a partir dela.

7. No tocante à alegada violação dos arts. 487, III, *a*, do CPC/2015, e 502 e 503 do CPC/2015, reproduzidos pelos arts. 269, V, 467 e 468 do CPC/1973, vigente à época dos fatos, alega a empresa recorrente que a cobrança de créditos tributários relativos ao IRPJ e à CSSL contraria decisão transitada em julgado decorrente da homologação do ato de renúncia do direito discutido nos autos do Mandado de Segurança n. 2003.5101.005514-8, impetrado com

vistas ao reconhecimento da ilegalidade da aplicação do Método da Equivalência Patrimonial-MEP previsto no art. 7º, § 1º, da IN/SRF 213/2002, na apuração dos lucros provenientes de controladas estrangeiras.

8. É certo que a homologação da renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação extingue o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 487, III, c, do digesto processual civil em vigor (art. 269, V, do CPC revogado), produzindo coisa julgada material, que torna imutável a vontade do autor em relação ao direito que defendera inicialmente, isto é, a parte abdica de seu direito e não poderá mais ajuizar nova demanda para discutir a mesma matéria. Nesse sentido, a jurisprudência é firme no sentido de que *o pedido de desistência formulado pelo autor, acompanhado de pleito no sentido da renúncia ao direito sobre que se funda a ação judicial, constitui fato extintivo do aludido direito subjetivo, ensejando a extinção do processo com “resolução” do mérito, à luz do disposto no artigo 269, V, do CPC* (PET no AgRg na DESIS no AgRg no REsp n. 1.114.790/SC, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/12/2010, DJe de 23/2/2011.)

9. Todavia, como bem expôs o aresto impugnado, a renúncia ao direito sobre que se funda a ação é um ato unilateral de vontade do autor que dispõe de um direito que alegara ter, sendo irrelevante na hipótese a efetiva existência ou não daquele direito material.

10. E, por ser a renúncia um ato de liberalidade do autor, é despicienda a anuência do réu, e ao juiz só caberá aferir se a hipótese não se enquadra em caso de direito irrenunciável para proceder à homologação do pedido e extinguir o feito com resolução de mérito.

11. Nesses termos, a sentença fundada nesse ato de disposição de direito material não homologa um acordo de vontade, mas sim, repita-se, um ato unilateral, motivo pelo qual se a renúncia ao direito a que se funda a ação versar sobre tema que possa interessar tanto ao demandante quanto ao demandado, e a esse não é permitido opor-se à renúncia, as eficácias positiva e negativa da coisa julgada só atingem o renunciante. Em outras palavras, levando-se em conta que a renúncia ao direito a que se funda a ação é ato unilateral da parte autora, que sequer depende do assentimento da parte contrária, não se pode impor a vontade daquele em desfavor desta última.

12. É nesse sentido a orientação firmada pelo Tribunal de origem, embasada em precedente desta Corte Superior: AgRg no AgRg na DESIS no REsp 1.436.958/CE, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves, Primeira Turma*, julgado em 16/03/2017, DJe 27/03/2017.

13. Nesse cenário, mantém-se o acórdão de origem segundo o qual não há ofensa à coisa julgada formada em decisão homologatória da renúncia ao direito material ao qual se funda a ação, haja vista a inexistência de determinação de adoção do Método da Equivalência Patrimonial - MEP, previsto no art. 7º da IN 213/2002 para o ano-calendário 2004.

14. Agravo conhecido para conhecer parcialmente do recurso especial e, nesse ponto, negar-lhe provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma, por unanimidade, conhecer do agravo para conhecer parcialmente do recurso especial e, nesse ponto, negar-lhe provimento, 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), 23 de junho de 2022 (data do julgamento).

Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF5), Relator

DJe 30.6.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF5):
1. Trata-se de agravo em face da inadmissão do recurso especial interposto por *Light Serviços de Eletricidade S.A.*, interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, assim ementado:

Apelação. Processual Civil. Tributário. Embargos à execução fiscal. Decisão homologatória de renúncia ao direito material deduzido em mandado de segurança anteriormente ajuizado. Limites objetivos da coisa julgada. Decisão

que se limita a atribuir efeitos processuais ao ato abdicativo da parte autora e não impõe qualquer dever jurídico para a parte contrária. Inocorrência de ofensa à coisa julgada. Método da equivalência patrimonial. Ilegalidade reconhecida pelo STJ.

1. Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou improcedentes os pedidos deduzidos nos presentes embargos à execução fiscal.

2. A hipótese é de embargos à execução fiscal opostos com o objetivo de desconstituir as CDAs n. 70.2.11.010338-78 e 70.6.11.018089-92, que lastreiam a Execução Fiscal n. 0509918- 16.2011.4.02.5101, proposta pela *União Federal/Fazenda Nacional* visando à cobrança de créditos tributários relativos ao IRPJ e à CSLL incidentes sobre os lucros auferidos por empresas sediadas no exterior controladas pela apelante.

3. A despeito de existir intensa controvérsia doutrinária sobre o tema, é possível afirmar que a coisa julgada é a qualidade da decisão judicial que torna indiscutível e imutável a norma jurídica concreta estabelecida na decisão judicial proferida pelo órgão julgador (art. 502 do CPC/2015; art. 467 do CPC/1973).

4. A decisão judicial que homologa a renúncia da parte autora ao direito material sobre o qual se funda a ação extingue o processo com resolução do mérito da causa, sendo apta a formar coisa julgada formal e material. É o que preconiza o artigo 487, inciso III, alínea 'c' do CPC/2015, que reproduz com poucas alterações o que já dispunha o então vigente artigo 269, inciso V, do CPC/1973.

5. Segundo Cassio Scarpinella Bueno, "Por limites objetivos da coisa julgada" deve ser entendido o que fica imunizado de ulteriores discussões, tornando-se imutável. Ou de forma bem direta mas não menos precisa: o que, da decisão de mérito e com cognição exauriente, transita materialmente em julgado" (Manual de Direito Processual Civil, 2ª ed., p. 442).

6. Sobre o tema, previa o artigo 468 do CPC/1973 que a decisão judicial que apreciar parcial ou totalmente o mérito da causa tem força de lei nos limites da lide e das questões expressamente decididas pelo órgão julgador. Assim, constitui limite objetivo da coisa julgada material a norma jurídica concreta resultante do pronunciamento judicial que tenha enfrentado expressamente o mérito da lide, de modo que a decisão judicial fica acobertada pelos efeitos da coisa julgada material nos precisos limites do que fora por ela apreciado e decidido.

7. Nas precisas letras de Caio Mario da Silva Pereira, a renúncia consiste na "abdição que o titular faz do seu direito, sem transferi-lo a quem quer que seja. É o abandono voluntário do direito. É ato unilateral, independente de suas consequências" (Instituições de Direito Civil, vol. 1, 24ª ed., p. 392). É, portanto, manifestação de vontade unilateral e exclusiva da parte autora que, abdicando da situação jurídica subjetiva de que se afirmava titular, provoca a extinção da pretensão de direito material controvertida. Precedentes.

8. Em se cuidando de decisão meramente homologatória da renúncia ao direito material, sem que o órgão jurisdicional tenha efetuado qualquer juízo de valor quanto à correta solução da lide, a coisa julgada material limita-se ao conteúdo do que foi homologado pelo órgão julgador, isto é, restringe-se a tornar imutável e indiscutível o ato unilateral da parte autora de extinção da pretensão de direito material por ela deduzida em juízo, impedindo que se proponha uma nova ação para discutir o mesmo direito. A intervenção judicial ocorre, nesse caso, tão somente para pôr fim ao processo, declarando extinta a relação jurídica processual. Em outras palavras, a coisa julgada formada em decisão homologatória de renúncia ao direito material sobre o qual se funda a ação recai sobre próprio ato unilateral extintivo do direito da parte autora, não havendo na decisão qualquer pronunciamento decisório impositivo de dever de conduta para a parte contrária, nem sequer manifestação do órgão julgador quanto à questão principal submetida à apreciação do Poder Judiciário.

9. A embargante impetrou mandado de segurança com o objetivo de afastar a aplicação do critério da equivalência patrimonial no cálculo do IRPJ e da CSLL incidente sobre os lucros auferidos por suas controladas sediadas no exterior. Deferida a liminar, a devedora passou a declarar os débitos nas respectivas DCTFs sem a aplicação do referido critério. Pretendendo aderir ao parcelamento regido pela Lei n. 11.941/2009, apresentou desistência e renúncia integral ao direito material sobre o qual se fundava a ação em petição dirigida ao relator da Apelação interposta por ela nos autos do aludido MS. O relator do recurso proferiu decisão monocrática meramente homologatória do pedido de renúncia, sem exercer qualquer juízo acerca do mérito da lide ou do conteúdo do ato abdicativo formalizado pela impetrante.

10. Nota-se que a decisão transitada em julgado, de caráter meramente homologatório, formada nos autos do aludido MS recai sobre o ato de renúncia à pretensão de direito material deduzida naqueles autos pela embargante/apelante, tornando indiscutível e imutável a manifestação unilateral de vontade da impetrante consubstanciada na disposição do direito material que alegara ter.

11. Afronta a lógica jurídica sustentar que sobressaia, da renúncia à pretensão de direito material deduzida na inicial e acolhida por decisão judicial meramente homologatória, qualquer obrigação em desfavor da parte ré, uma vez que se estaria impondo deveres de conduta para a parte vencedora no processo por força de um ato abdicativo decorrente da manifestação de vontade exclusiva e unilateral da parte perdedora, ato este que sequer exige o consentimento do réu. Portanto, impossível extrair da decisão homologatória qualquer dever jurídico que imponha à União Federal a obrigação de aceitar o recálculo dos créditos tributários de acordo com o método da equivalência patrimonial, pois tal pretensão refoge aos limites objetivos da coisa julgada formada no referido Writ.

12. Assim, não havendo coisa julgada a impor à Fazenda Nacional o recálculo dos débitos impugnados de acordo com o método da equivalência patrimonial (MEP) e estando o ente tributante sujeito ao princípio da legalidade estrita,

inadmissível acolher a pretensão da embargante/apelante de impor a aplicação do MEP na apuração dos créditos em execução, método cuja ilegalidade já foi reconhecida em inúmeros precedentes do STJ.

13. Consoante se infere do exame integral do laudo pericial de fls. 1.081/1.111, os créditos tributários impugnados somente estariam extintos se o órgão julgador concluísse pela existência de coisa julgada determinando a aplicação do MEP na apuração do débito exequendo. Ora, uma vez que o referido método é inaplicável pelas razões já expostas, não há que se falar em erro de cálculo ou na extinção do débito por deduções, retenções e antecipações mensais efetuadas no ano-calendário 2004, reputando-se correto o valor do crédito tributário apurado e declarado pela própria embargante na DCTF original relativa ao período de apuração em discussão.

14. Apelação a que se nega provimento (fls. 1.422/1.423).

2. Aos embargos de declaração opostos, negou-se provimento ante a ausência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material na decisão judicial embargada.

3. Nas razões do recurso especial (fls. 2.924/2.953), a empresa recorrente suscita, em preliminar, infringência aos arts. 489, § 1º, III e IV, e 1.022, I e II, do CPC/2015, aduzindo que houve negativa de prestação jurisdicional, visto que, não obstante a oposição de aclaratórios, persistem os vícios incorridos pelo Tribunal de origem.

4. No mérito, assevera que o acórdão de origem afronta os arts. 487, III, *a*, do CPC/2015 (art. 269, V, do CPC/1973, vigente à época dos fatos); e 502 e 503 do CPC/2015 (arts. 467 e 468 do CPC/1973), pois não foram observados os limites da coisa julgada formada nos autos do mandado de segurança impetrado para obstar a utilização do Método de Equivalência Patrimonial-MEP na apuração dos lucros provenientes de suas controladas estrangeiras, na forma prevista na IN 213/2002, pois, no caso de renúncia sobre o direito em que se funda a ação, não pode a Fazenda Nacional afastar tal método no cálculo do IRPJ e CSLL.

5. Indica, no ponto, precedentes jurisprudenciais desta Corte Superior favoráveis à tese de que a coisa julgada formada a partir da homologação da renúncia ao direito em que se funda a ação tem eficácia plena em relação ao direito material discutido no feito, aplicando-se à parte os efeitos da improcedência do pedido.

6. Segue argumentando que também restou configurada a afronta aos arts. 96 e 100, I, do CTN e arts. 23 e 24 da LINDB, decorrente da contraditória

adoção do princípio da estrita legalidade por parte da Administração como fundamento para justificar a não aplicação, pela própria União, da norma constante do art. 7º, § 1º, da IN SRF 213/2002.

7. Acrescenta que (i) *as Instruções Normativas integram a legislação tributária, nos termos dos artigos 96 e 100 do CTN, e vinculam tanto o contribuinte quanto a própria Administração*; (ii) *consoante reconhecido pela LINDB, após alterações promovidas pela Lei n. 13.655/18, a eventual revisão quanto à validade de norma administrativa não poderá operar efeitos retroativos e não poderá atingir situações já constituídas, a teor dos seus artigos 23 e 24 (fl. 2.952).*

8. Às fls. 3.002/3.006, a Fazenda Nacional apresentou contrarrazões, postulando pelo não conhecimento do recurso diante da ausência de questionamento dos dispositivos legais invocados, bem como por ser inviável o reexame do acervo fático dos autos, aplicáveis, portanto, os vetos das Súmulas 282 e 356 do STF e da Súmula 7 do STJ.

9. Sobreveio juízo negativo de admissibilidade recursal (fls. 3.051/3.054, o que ensejou a interposição do presente agravo em recurso especial (fls. 3.066/3.090).

10. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF5) (Relator): 1. Inicialmente, observa-se que o agravo em recurso especial preenche os requisitos de admissibilidade, impugnando especificamente todos os fundamentos da decisão de inadmissibilidade do especial. Assim, diante da autorização contida no art. 1.042, § 5º, do CPC, promovo o julgamento do agravo conjuntamente com o recurso especial.

2. No pertinente à violação dos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015, não se verifica a negativa de prestação jurisdicional por falta de fundamentação do acórdão, nos moldes do que preconizam os dispositivos em referência. A simples leitura do *decisum* revela que a Corte de origem indicou fundamentos suficientes para se compreender quais os motivos a levaram a decidir a causa e o raciocínio utilizado para a formação de sua convicção. Ou seja, não padeceu o julgado de nenhum erro, omissão, contradição ou obscuridade e tampouco se limitou à mera indicação de conceitos jurídicos indeterminados, ao contrário, explicitou os motivos pelos quais decidiu pela legalidade da cobrança de créditos

tributários relativos ao IRPJ e à CSLL incidentes sobre os lucros auferidos por empresas sediadas no exterior controladas pela recorrente. Observe-se, ademais, que julgamento diverso do pretendido, como na espécie, não implica ofensa aos dispositivos de lei invocados. Rejeita-se, portanto, a questão preliminar.

3. Não se mostra viável, por sua vez, o conhecimento do apelo nobre em relação à infringência aos arts. 23 e 34 da LINDB e arts. 6º e 100 do CTN, indicados como violados, pois a parte recorrente não desenvolveu argumentos demonstrando de que modo tais dispositivos teriam sido vulnerados pelo acórdão de origem, alegando a empresa recorrente que a Fazenda Nacional, por se sujeitar ao princípio da legalidade estrita, deve observar as normas jurídicas vigentes e a jurisprudência dos tribunais superiores, pacificada no sentido da ilegalidade do método da equivalência patrimonial (MEP), previsto no art. 7º da Instrução Normativa SRF n. 213/2002. Assim, é adequada a aplicação, por analogia, da orientação contida na Súmula 284/STF, assim expressa: *É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.*

4. Ademais, é firme a jurisprudência do STJ pela aplicação do mencionado óbice, em razão da falta de comando normativo de dispositivo de lei federal apontado como violado, que, diante de seu caráter genérico, não contém, por si só, comando normativo suficiente para sustentar a tese recursal, como é o caso em apreço. Assim, quanto ao tema referente ao afastamento pelo ente fazendário da regra do art. 7º, § 1º, da IN/SRF 213/2002, o recurso especial não preenche os requisitos de admissibilidade recursal. Por oportuno, leiam-se os seguintes julgados:

Processual Civil. Administrativo. Pedido de indenização por danos morais e materiais. Atos de agente público. Reexame de fatos e provas. Súmula n. 7/STJ. Razões dissociadas do recurso especial. Súmula n. 284/STF.

(...)

III - In casu, no que tange a alegada violação dos arts. 485, VI, do CPC e 944 do CC, verifica-se que as razões recursais, delineadas no especial, estão dissociadas dos fundamentos utilizados no aresto impugnado, tendo em vista que a parte recorrente não impugnou, de forma específica, os seus fundamentos, ensejando, por conseguinte, a incidência do óbice da Súmula n. 284/STF.

IV - Segundo a jurisprudência do STJ, o óbice de ausência de comando normativo do artigo de lei federal, apontado como violado ou como objeto de divergência jurisprudencial, incide nas seguintes situações: quando não tem correlação com a controvérsia recursal, por versar sobre tema diverso; e quando

sua indicação não é apta, por si só, para sustentar a tese recursal, seja porque o dispositivo legal tem caráter genérico, seja porque, embora consigne em seu texto comando específico, exigiria a combinação com outros dispositivos legais. Nesse sentido: AgInt no REsp n. 1.764.763/PR, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 27/11/2020 e AgInt no AREsp n. 1.674.879/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 12/03/2021.

V - Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp n. 1.981.787/MS, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 11/4/2022, DJe de 18/4/2022.)

Tributário. Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial (...). Razões recursais dissociadas do julgado. Súmula 284/STF.

(...)

3. É inadmissível o recurso especial que apresenta razões dissociadas do quadro fático e das premissas jurídicas expostos no acórdão recorrido. Incidência da Súmula 284/STF ("É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.").

(...)

7. Agravo interno conhecido parcialmente para, na parte conhecida, negar-se-lhe provimento (AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.700.429/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 26/4/2021, DJe 29/4/2021.)

5. Quanto à alegada violação dos arts. 487, III, *a*, do CPC/2015, e 502 e 503 do CPC/2015, reproduzidos pelos arts. 269, V, 467 e 468 do CPC/1973, vigente à época dos fatos, observa-se que a pretensão recursal reúne condições de cognoscibilidade.

6. Em relação ao óbice da Súmula 7/STJ, é despicienda a apreciação do conjunto fático-probatório dos autos para se acolher a pretensão recursal e reformar a decisão do Tribunal de origem que afastou a coisa julgada, pois a discussão é restrita aos efeitos do ato de homologação da desistência da ação e renúncia sobre o direito postulado nos autos do Mandado de Segurança n. 2003.51.01.005514-8, no qual se questionou a ilegalidade da utilização do MEP na apuração dos lucros de controladas no exterior, durante a vigência da Instrução Normativa 213/2002, não havendo qualquer controvérsia acerca da extensão da matéria discutida naqueles autos.

7. Relevante, aliás, destacar que todos os fatos encontram-se devidamente delineados no acórdão recorrido, no qual há manifestação expressa de que a controvérsia dos autos versa sobre matéria exclusivamente de direito, sendo despiciendas as conclusões contidas no laudo elaborado pelo perito judicial:

Assim, não havendo coisa julgada a impor à União Federal o cálculo dos débitos impugnados e estando o ente tributante sujeito ao princípio da legalidade estrita, inadmissível acolher a pretensão da embargante/apelante de impor a aplicação do MEP na apuração dos créditos em execução, não se vislumbrando qualquer ofensa à coisa julgada na execução embargada.

Ressalte-se que não cabe ao perito do juízo imiscuir-se em questões de natureza jurídica, uma vez que a qualificação jurídica dos fatos e a resolução das questões controvertidas do processo são de competência exclusiva do órgão julgador, cabendo ao expert se manifestar apenas sobre a questão técnica de sua formação.

Por essa razão, não tem qualquer valor jurídico a conclusão do perito de que o débito originalmente declarado em DCTF apresentada pela embargante afronta a coisa julgada formada no já mencionado MS, uma vez que se trata de matéria exclusivamente de direito, sobre a qual não se admite a manifestação do perito judicial, eis que reservada ao exclusivo juízo do órgão judicante (fls. 1.418/1.419 - grifos não originais).

8. Sendo assim, não se faz necessária a reavaliação do acervo fático-probatório dos autos, mas tão somente a interpretação e alcance de preceitos da legislação federal às circunstâncias fáticas assentadas pela Corte de origem.

9. Tampouco prospera o fundamento da decisão proferida no juízo prévio de admissibilidade quanto à existência impedimento ao conhecimento do recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional, haja vista que a parte recorrente procedeu ao cotejo analítico entre os arestos comparados e transcreveu os trechos dos acórdãos que configuravam, no seu entender, o dissídio jurisprudencial. Assim, a demonstração do dissídio jurisprudencial foi manifestada de forma escoreita, com a necessária demonstração de similitude fática entre os acórdãos confrontados, sendo cabível o conhecimento do recurso especial pela dissidência jurisprudencial relacionada aos efeitos da homologação da renúncia ao direito em que se funda a ação e à coisa julgada formada a partir dela.

10. No mérito, tem-se, na origem, embargos à execução com o objetivo de desconstituir o título executivo referente a créditos tributários relativos ao IRPJ e à CSLL incidentes sobre os lucros auferidos por empresas sediadas no exterior, sob o argumento de que a cobrança desses valores contraria decisão transitada em julgado decorrente da homologação do ato de renúncia do direito discutido nos autos do Mandado de Segurança n. 2003.5101.005514-8, impetrado com vistas ao reconhecimento da ilegalidade da aplicação do Método da Equivalência Patrimonial-MEP na apuração dos lucros provenientes de controladas estrangeiras.

11. Em apelação, o TRF da 2ª Região manteve a sentença de improcedência do pedido por entender que *a coisa julgada formada em decisão homologatória de renúncia ao direito material sobre o qual se funda a ação recai sobre próprio ato unilateral extintivo do direito da parte autora, não havendo na decisão qualquer pronunciamento decisório impositivo de dever de conduta para a parte contrária*. Com essa fundamentação, consignou que *é impossível extrair da decisão homologatória qualquer dever jurídico que imponha à União Federal a obrigação de aceitar o recálculo dos créditos tributários do ano-calendário 2004 de acordo com o método da equivalência patrimonial, pois tal pretensão refoge aos limites objetivos da coisa julgada formada no referido Writ* (fls. 1.417).

12. A controvérsia a ser dirimida cinge-se, portanto, ao alcance da coisa julgada formada de decisão judicial de caráter meramente homologatório da renúncia à pretensão de direito material deduzida na referida ação mandamental.

13. É certo que a homologação da renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação extingue o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 487, III, *c*, do digesto processual civil em vigor (art. 269, V, do CPC revogado), produzindo coisa julgada material, que torna imutável a vontade do autor em relação ao direito que defendera inicialmente, isto é, a parte abdica de seu direito e não pode mais ajuizar nova demanda para discutir a mesma matéria. Nesse sentido, a jurisprudência é firme no sentido de que o *pedido de desistência formulado pelo autor, acompanhado de pleito no sentido da renúncia ao direito sobre que se funda a ação judicial, constitui fato extintivo do aludido direito subjetivo, ensejando a extinção do processo com “resolução” do mérito, à luz do disposto no artigo 269, V, do CPC* (PET no AgRg na DESIS no AgRg no REsp n. 1.114.790/SC, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/12/2010, DJe de 23/2/2011.)

14. Todavia, como bem expôs o aresto impugnado, a renúncia ao direito sobre que se funda a ação é um ato unilateral de vontade do autor que dispõe de um direito que alegara ter, sendo irrelevante na hipótese a efetiva existência ou não daquele direito material.

15. E, por ser a renúncia um ato de liberalidade do autor, é despicienda a anuência do réu, e ao juiz só caberá aferir se a hipótese não se enquadra em caso de direito irrenunciável para proceder à homologação do pedido e extinguir o feito com resolução de mérito.

16. Logo, a sentença fundada nesse ato de disposição de direito material não homologa um acordo de vontade, mas sim, repita-se, um ato unilateral, motivo pelo qual se a renúncia ao direito a que se funda a ação versar sobre tema que possa interessar tanto ao demandante quanto ao demandado, e a esse não é permitido opor-se à renúncia, as eficácias positiva e negativa da coisa julgada só atingem o renunciante. Ou seja, levando-se em conta que a renúncia ao direito a que se funda a ação é ato unilateral da parte autora, que sequer depende do assentimento da parte contrária, não se pode impor a vontade daquele em desfavor desta última.

17. É nesse sentido a orientação firmada pelo Tribunal de origem, embasada no seguinte precedente desta Corte Superior:

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental no agravo regimental na desistência no recurso especial. Execução fiscal. Honorários advocatícios. Adesão ao parcelamento da Lei n. 11.941/2009. Desistência do recurso. Renúncia ao direito sobre o qual se funda. Impossibilidade. Legislação superveniente que dispensa o pagamento de honorários. Lei 13.043/2014. Art. 38. Aplicação. Art. 462 do CPC/1973.

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

2. *A renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação é ato unilateral exclusivo do autor, que pode dispor do direito subjetivo material alegado, importando na extinção da própria relação de direito material controvertida, sendo inapropriado o pedido na execução fiscal movida pela Fazenda Nacional. Homologação tão somente do pleito de desistência do recurso especial que interpôs a recorrente. Nesse sentido: EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 1.052.235/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 3/2/2017.*

3. Aplica-se o artigo 38, inciso II, da Lei 13.043/2014 aos casos em que há desistência do recurso para fins de adesão ao parcelamento previsto na Lei 11.941/2009, entre outras, a fim de se afastar a condenação em honorários de sucumbência. Inteligência do artigo 462 do CPC/1973. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.429.722/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 20/5/2015; AgRg no REsp 1.514.642/SE, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 29/03/2016; AgInt nos EDcl no AREsp 843.839/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 25/10/2016; AgInt no REsp 1.519.629/PR, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 3/2/2017.

4. Agravo regimental parcialmente provido (AgRg no AgRg na DESIS no REsp n. 1.436.958/CE, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 16/3/2017, DJe de 27/3/2017 - grifos não originais).

18. Daí porque não se pode impor à Fazenda Nacional, como pretende a recorrente, a obrigação de adotar o Método de Equivalência Patrimonial na apuração dos créditos tributários do ano calendário de 2004, mediante a mera justificativa de que houve homologação do ato unilateral de renúncia ao direito sobre o qual se fundava a ação por meio da qual a contribuinte pretendia o reconhecimento da ilegalidade do MEP, o que, vale repetir, não teve anuência do ente fazendário ou pronunciamento do juízo quanto à existência ou não do direito.

19. Diante desses argumentos, também não prospera a pretensão recursal pela alínea *c* do permissivo constitucional, pois, conforme já explicitado, a eficácia à coisa julgada formada a partir da homologação da renúncia ao direito em que se funda a ação atinge tão somente o próprio direito do renunciante, impedindo-o de reclamar aquele direito material em nova ação contra a mesma parte e com idênticos fundamentos. Todavia, não pode ser oposta em desfavor da parte contrária, no caso, a Fazenda Nacional, obrigando-a a aceitar os cálculos realizados pelo contribuinte.

20. Feitas essas ponderações, mantém-se o acórdão de origem segundo o qual não há ofensa à coisa julgada formada em decisão homologatória da renúncia ao direito material no qual se funda a ação, haja vista a inexistência de determinação de adoção, pela Fazenda Nacional, do Método da Equivalência Patrimonial - MEP, previsto no art. 7º da IN 213/2002 para o ano-calendário 2004.

21. Ante o exposto, conheço do agravo para conhecer parcialmente do recurso especial e, nesse ponto, negar-lhe provimento.

22. Por fim, caso exista nos autos prévia fixação de honorários sucumbenciais pelas instâncias de origem, majoro, em desfavor da parte recorrente, em 10% (dez por cento) o valor já arbitrado (na origem), nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, observados, se aplicáveis, os limites percentuais previstos nos §§ 2º e 3º do referido dispositivo, bem como os termos do art. 98, § 3º, do mesmo diploma legal.

23. É como voto.

**AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N.
1.125.411-AL (2017/0153190-6)**

Relator: Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF5)

Agravante: Cícero Cavalcanti de Araújo

Advogados: José Fragoso Cavalcanti e outro(s) - AL004118

Gedir Medeiros Campos Júnior - AL006001

Agravado: Ministério Público do Estado de Alagoas

EMENTA

Administrativo. Agravo interno. Ação de improbidade ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Alagoas em desfavor do então Prefeito do Município de Matriz de Camaragibe/AL, por ter contratado diretamente quatro agentes para serviço temporário, mas com base em autorização da Lei Municipal 328/1997. Condenação adveniente da Corte Alagoana com esteio em dolo genérico, em reversão à sentença de improcedência. Condenação insustentável, por não ser possível, em casos tais, dessumir o dolo específico do gestor público nas contratações, nos termos do Tema 1.108 julgado sob o rito dos recursos repetitivos. Sentença absolutória restabelecida.

1. Trata-se, na origem, de ação civil pública por ato de improbidade administrativa apresentada pelo Ministério Público do Estado de Alagoas em desfavor do então prefeito do Município de Matriz de Camaragibe/AL, em razão de suposto ato ímprobo, consistente na nomeação irregular de agentes públicos sem prévio certame. Cuidou-se de contratação direta de quatro agentes que remonta aos anos de 1997 a 2001, sendo um para a função de censor escolar, dois para servente de pedreiro e uma para agente de limpeza urbana. A questão prendeu a atenção do órgão acusador quando os referidos agentes foram buscar, na Justiça do Trabalho, verbas alusivas à rescisão dos contratos, operada em 2005 e 2006.

2. A imputação se deu no tipo do art. 11, V, da Lei 8.429/1992, alusiva à ofensa a princípios reitores administrativos por frustração de

licitude de concurso público. Houve sentença absolutória, na qual o douto magistrado de primeiro grau entendeu que *eventual realização de concurso público para ocupação de apenas quatro vagas, sendo uma de censor escolar, duas de servente de pedreiro, e uma de gari, pelo Município de Matriz de Camaragibe/AL, já carente de recursos, implicaria em real afronta ao Princípio da Eficiência* (fl. 532).

3. Lado outro, o acórdão do egrégio TJAL reformou a sentença, para aplicar, ao ex-gestor, a Lei 8.429/1992, ao entendimento de que *a contratação sem determinação de tempo, perdurando-se por longo período e sem qualquer demonstração da real excepcionalidade daquela necessidade, é apta a demonstrar o dolo genérico como integrante da conduta administrativa, tendo em vista que o Recorrido, deliberadamente, frustrou a licitude do processo licitatório diante da não observância das regras legais e morais que lhe são ínsitas, ainda que não se tenha efetivamente demonstrada a lesão aos cofres público* (fl. 599).

4. Ao receber o recurso especial do então prefeito, solução unipessoal desta Corte Superior manteve o juízo condenatório, ao anotar que *a Corte local reconheceu o dolo apto a justificar a condenação, no presente caso. Entendimento diverso, conforme pretendido, implicaria o reexame do contexto fático-probatório dos autos* (fl. 719). Persiste o então alcaide, na insurgência dirigida ao colegiado, em argumentar a ausência do fato típico ímprobo.

5. De fato, a questão acerca das contratações diretas e temporárias efetuadas por gestores da coisa pública, especialmente os mandatários do poder político, têm sido prodigamente analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, sobretudo nas situações em que ronda a narrativa factual a existência de lei municipal que autorize o administrador a efetuar as contratações.

6. Em casos tais, tradicionalmente, o Tribunal da Cidadania tem entendido que não é possível identificar a presença do chamado *dolo genérico*, justamente por haver chancela legal que aparta a exigência de prévio concurso público para o ato administrativo de contratação. Dada a multiplicidade de casos símiles, e frente à já conhecida compreensão da Corte Superior, a Primeira Seção do STJ afetou, para julgamento repetitivo, os REsp 1.926.832/TO, REsp 1.930.054/SE, e

REsp 1.913.638/MA, todos de relatoria do Ministro *Gurgel de Faria*, que deram origem ao Tema 1.108.

7. No aludido tema repetitivo, julgado em 11.05.2022 e com publicação de acórdão em 24.05.2022, proclamou-se a tese de que *a contratação de servidores públicos temporários sem concurso público, mas baseada em legislação local, por si só, não configura a improbidade administrativa prevista no art. 11 da Lei 8.429/1992, por estar ausente o elemento subjetivo (dolo) necessário para a configuração do ato de improbidade violador dos princípios da administração pública.*

8. Como *ratio decidendi*, o condutor do voto, Ministro *Gurgel de Faria*, registrou que *o afastamento do elemento subjetivo de tal conduta dá-se em razão da dificuldade de identificar o dolo genérico, situação que foi alterada com a edição da Lei n. 14.230/2021, que conferiu tratamento mais rigoroso para o reconhecimento da improbidade, ao estabelecer não mais o dolo genérico, mas o dolo específico como requisito para a caracterização do ato de improbidade administrativa.*

9. No caso concreto, observa-se que a condenação do então prefeito levou em consideração que o agente público, mesmo lançando mão da Lei 328/97, editada pela municipalidade alagoana, teria pautado suas providências *sob o móvel do dolo genérico*. Porém, cuida-se elementar que já não era aceita pelo entendimento do STJ na situação analisada (contratação direta com esteio em lei municipal autorizadora), circunstância realçada pelo advento das alterações na Lei 8.429/1992, processadas pela Lei 14.230/2021.

10. Sobreleva perceber que a modificação legal passou a exigir, para qualquer demanda de improbidade, o dolo específico do agente, no intuito de reforçar a necessidade de ser identificada a especial nota de má-fé do administrador público como causa material de condenação às sanções da Lei 8.429/1992, evitando-se implicar o agente público *em somenos*.

11. Por razões tais, incide inteiramente à espécie o desfecho do julgado repetitivo do Superior Tribunal de Justiça, para ser proclamada a absolvição do então alcaide da urbe alagoana.

12. Agravo interno provido para conhecer do agravo e prover o recurso especial da parte ré.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma, por unanimidade, dar provimento ao agravo interno para conhecer do agravo e prover o recurso especial, 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), 23 de junho de 2022 (data do julgamento).

Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF5), Relator

DJe 30.6.2022

RELATÓRIO

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

1. Trata-se de agravo interno de *Cícero Cavalcanti de Araújo* interposto contra decisão monocrática de minha relatoria que contou com a seguinte ementa:

Administrativo e Processual Civil. Agravo em recurso especial. Ação civil pública.. Improbidade administrativa. Dolo e má-fé. Configuração. Revisão. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Agravo em recurso especial a que se nega provimento (fl. 718).

2. Referida solução unipessoal apreciou agravo em recurso especial manejado contra acórdão do TJAL, assim ementado:

Acórdão Apelação cível. Ação civil de improbidade administrativa. Recebimento da inicial. Agravo retido. Recurso não conhecido pelo não cumprimento do art. 523, § 1º, do CPC. Mérito da apelação: verificação da contratação temporária de servidor público diante da Lei da Lei n. 8.429/92. Art. 37, IX, da CF. Exceção à regra do concurso público. Lei local editada sem observância dos requisitos do tempo máximo determinado e sobre a necessidade temporária de excepcional interesse público. Art. 11, inciso V, da LIA. Improbidade administrativa configurada. Exigência do dolo genérico, nos moldes da jurisprudência do STJ (REsp 951.389/SC, Relator Ministro Herman Benjamim, DJe 4/5/2011).

Reforma da sentença. Aplicabilidade das sanções previstas no art. 12, inciso III, da LIA. Não obrigatoriedade de incidência cumulativa. Princípio da razoabilidade. Multa civil e proibição de contratar com o poder público, bem como de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. Recurso conhecido e provido. Decisão unânime (fls. 590/600).

3. Em seu recurso dirigido ao colegiado, sustenta a parte recorrente que *a discussão proposta através da pretensão do Recurso Especial não se resume em aferir a mera presença ou não de provas do elemento subjetivo no caderno processual, senão afirma-se no recurso que há uma violação da Lei Federal no momento em que o e. Tribunal de Justiça de Alagoas afirmou a necessidade apenas da presença do dolo genérico para a condenação, prescindindo a presença do elemento essencial da má-fé* (fls. 732). Pede o provimento da insurgência, para que seu recurso especial seja igualmente provido, afastando-se a condenação por ato ímprobo.

4. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF5) (Relator): 1. Inicialmente, rejeito a conclusão da decisão agravada, que entendeu ser o caso de aplicação da Súmula 7/STJ, por cuidar-se, muito pelo contrário, de controle de legalidade a ser efetuado pelo STJ que não demanda aferição originária de fatos e de provas em esfera jurisdicional superior, mas apenas de leitura jurídica acerca dos elementos empíricos já constantes do caderno processual, nomeadamente do acórdão recorrido.

2. Trata-se, na origem, de ação civil pública por ato de improbidade administrativa apresentada pelo Ministério Público do Estado de Alagoas em desfavor do então prefeito do Município de Matriz de Camaragibe/AL, em razão de suposto ato ímprobo, consistente na nomeação irregular de agentes públicos sem prévio certame. Cuidou-se de contratação direta de quatro agentes que remonta aos anos de 1997 a 2001, sendo um para a função de censor escolar, dois para servente de pedreiro e uma para agente de limpeza urbana. A questão prendeu a atenção do órgão acusador quando os referidos agentes foram buscar, na Justiça do Trabalho, verbas alusivas à rescisão dos contratos, operada em 2005 e 2006.

3. A imputação se deu no tipo do art. 11, V, da Lei 8.429/1992, alusiva à ofensa a princípios reitores administrativos por frustração de licitude de concurso público. Houve sentença absolutória, na qual o douto magistrado de primeiro grau entendeu que *eventual realização de concurso público para ocupação de apenas quatro vagas, sendo uma de censor escolar, duas de servente de pedreiro, e uma de gari, pelo Município de Matriz de Camaragibe/AL, já carente de recursos, implicaria em real afronta ao Princípio da Eficiência* (fl. 532).

4. Lado outro, o acórdão do egrégio TJAL reformou a sentença, para aplicar, ao ex-gestor, a Lei 8.429/1992, ao entendimento de que *a contratação sem determinação de tempo, perdurando-se por longo período e sem qualquer demonstração da real excepcionalidade daquela necessidade, é apta a demonstrar o dolo genérico como integrante da conduta administrativa, tendo em vista que o Recorrido, deliberadamente, frustrou a licitude do processo licitatório diante da não observância das regras legais e morais que lhe são ínsitas, ainda que não se tenha efetivamente demonstrada a lesão aos cofres público* (fl. 599).

5. Ao receber o recurso especial do então prefeito, solução unipessoal desta Corte Superior manteve o juízo condenatório, ao anotar que *a Corte local reconheceu o dolo apto a justificar a condenação, no presente caso. Entendimento diverso, conforme pretendido, implicaria o reexame do contexto fático-probatório dos autos* (fl. 719). Persiste o então alcaide, na insurgência dirigida ao colegiado, em argumentar a ausência do fato típico ímprobo.

6. De fato, a questão acerca das contratações diretas e temporárias efetuadas por gestores da coisa pública, especialmente os mandatários do poder político, têm sido prodigamente analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, sobretudo nas situações em que ronda a narrativa factual a existência de lei municipal que autorize o administrador a efetuar as contratações. Note-se, a esse respeito:

Administrativo e Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Improbidade administrativa. Art. 11, caput e I, da Lei 8.429/92. Incidência da Súmula 211/STJ. Razões do agravo que não impugnam, especificamente, o aludido fundamento da decisão agravada. Súmula 182/STJ. Contratação temporária de servidor, sem concurso público, com base em lei municipal. Acórdão recorrido que, em face dos elementos de prova dos autos, concluiu pela ausência do elemento subjetivo. Ausência de ato de improbidade administrativa. Incidência da Súmula 7/STJ. Agravo interno improvido.

I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, trata-se de Ação de Improbidade Administrativa, ajuizada pela parte ora recorrente, com o objetivo de obter a condenação do ex-Prefeito do Município de Óbidos por ato de improbidade administrativa, previsto no art. 11, caput e I, da Lei 8.429/92, sob o fundamento de que houve a contratação temporária de servidor, sem concurso público. O acórdão do Tribunal de origem reformou a sentença, que julgara procedente o pedido, para afastar o ato de improbidade administrativa, em face da ausência de dolo.

III. Interposto Agravo interno com razões que não impugnam, especificamente, os fundamentos da decisão agravada, quanto à incidência da Súmula 211/STJ,

não prospera o inconformismo, quanto ao ponto, em face da Súmula 182 desta Corte.

IV. O Tribunal de origem, com base no conjunto probatório dos autos, após assentar que “a ex-servidora Sônia Silva dos Santos foi contratada pelo Município de Óbidos no ano de 2001 e teve seu distrato no ano de 2004 (fls. 09), percebendo o valor de R\$ 340,00 (trezentos e quarenta reais), correspondente a um salário mínimo à época”, concluiu que “a contratação temporária foi realizada com base em autorização legal - Lei Municipal n. 3.120/94” e afastou o ato de improbidade administrativa, sob o argumento de que “a referida lei municipal goza de presunção de constitucionalidade, o que, por via de consequência, descaracteriza o elemento subjetivo dolo”, ressaltando, ainda, que, “no caso em tela, ainda que tenha ocorrido a contratação irregular, não ficou configurado dolo ou má-fé do apelante, bem como não foi demonstrado a conduta para obter benefício próprio, lesar o erário, enriquecer ilícitamente alguém, razão pela qual deve ser reformada a sentença”.

V. Nos termos em que a causa foi decidida, infirmar os fundamentos do acórdão recorrido - para acolher a pretensão do agravante e condenar o réu pela prática de ato de improbidade administrativa - demandaria o reexame de matéria fática, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 210.361/PE, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Segunda Turma*, DJe de 01/06/2016; AgRg no AREsp 666.459/SP, Rel. Ministro *Og Fernandes*, *Segunda Turma*, DJe de 30/06/2015; AgRg no AREsp 535.720/ES, Rel. Ministro *Gurgel de Faria*, *Primeira Turma*, DJe de 06/04/2016.

VI. Na forma da jurisprudência do STJ, “fica afastada a caracterização do dolo genérico, quando a conduta do agente público, mesmo que de questionável validade em razão da vigência dos preceitos constitucionais relativos à obrigatoriedade do concurso e excepcionalidade da contratação temporária, se deu com base em leis municipais que estavam em vigor quando da contratação dos servidores, posto que tais leis gozam de presunção de constitucionalidade. (...). No presente caso, pela leitura do acórdão recorrido, extrai-se que o Tribunal de origem, com base no conjunto fático e probatório constante dos autos, afastou o dolo consignando não evidenciadas as condutas ímprobadas do agente, que agiu com respaldo em legislação vigente. Ora, a verificação acerca da existência do dolo demanda, no caso específico, a análise de lei local e dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é inviável em recurso especial, ante as orientações contidas nas Súmulas 280/STF, por analogia, e Súmula 7/STJ” (STJ, REsp 1.348.175/MG, Rei. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Segunda Turma*, DJe de 28/09/2015).

VII. Agravo interno improvido (Aglnt no REsp 1.833.171/PA, Rei. Ministra Assusete Magalhães, *Segunda Turma*, DJe 20.02.2020).

Administrativo. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Improbidade administrativa. Prefeita. Contratação de servidores temporários sem concurso

público. Amparo em legislação municipal. Ausência do elemento subjetivo (dolo). Art. 11 da Lei 8.429/92.

1. Não caracteriza ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 a contratação de servidores sem concurso público baseada em legislação municipal, por justamente nesses casos ser difícil de identificar a presença do elemento subjetivo necessário (dolo genérico) para a caracterização do ato de improbidade violador dos princípios da administração pública. Precedentes: AgRg no REsp 1.358.567/MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 09/06/2015; REsp 1.248.529/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 18/09/2013, EDcl no AgRg no AgRg no AREsp 166.766/SE, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 30/10/2012, REsp 1.231.150/MG, Rel. Min. *Herman Benjamin*, Segunda Turma, DJe 12/04/2012.

2. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 747.468/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 24.02.2016).

Improbidade administrativa. Embargos de divergência. Agravo em recurso especial. Ausência de concurso público na contratação de servidor. Autorização constante de lei municipal então vigente. Indispensabilidade de comprovação do efetivo prejuízo ao erário e do dolo do agente. Precedentes. Configuração de dolo que, genérico ou específico, encontra-se inserido na conduta e não no resultado. O dolo genérico depende da consciência e da vontade, dispensando apenas a intenção específica. Ausência de similitude fático-jurídica. Embargos de divergência não conhecidos.

1. A idéia de que não se requer a ocorrência de lesão nas condutas do art. 11 da Lei 8.429/92, mas apenas o dolo genérico, encaminha os juízos para identificar as ilegalidades com as improbidades, o que desvirtuaria o propósito sancionador do referido Diploma Legal.

2. O dolo reclama, ao menos, a consciência da ilicitude (dolo genérico) pelo agente e, no caso, havia a presunção de legalidade do ato, em razão da vigência da Lei Municipal 1.328/89, de Rio das Pedras/SP, que autorizava as contratações de empregado temporário, sem concurso público, o que, segundo a jurisprudência desta Corte Superior, afasta a configuração do ato ímprobo e, inclusive, o dolo genérico. Precedentes: AgRg no Ag 1.324.212/MG, Rel. Min. *Mauro Campbell Marques*, DJe 13.10.2010; AgRg no AgRg no REsp 1.191.095/SP, Rel. Min. *Humberto Martins*, DJe 25/11/2011.

3. Para fins de improbidade administrativa, releva ainda a verificação se o dolo, seja genérico ou específico, está no resultado ou na conduta; se a resposta apontar o resultado, pode-se concluir que sempre estará o dolo presente; no entanto, certo é que o dolo está na conduta, na maquinação, na maldade, na malícia do agente, e isso é o que deve ser demonstrado.

4. O dolo relaciona-se sempre com um tipo legal e, por isso, é que se fala em dolo. típico; esse mesmo dolo é o chamado genérico, sendo o requisito subjetivo

geral exigido em todos os ilícitos dolosos: consciência e vontade de concretizar os requisitos objetivos do tipo.

5. Por outro lado, o dolo específico está naqueles tipos, chamados de incongruentes, em que, além dessa exigência (dolo genérico), há a necessidade de se ter uma intenção especial do agente, ou seja, um requisito subjetivo transcendental.

6. Não há, portanto, em se falar que o dolo genérico se perfaz com a presença apenas da consciência da ilicitude, como se vem admitindo, no que toca ao art. 11, por violação ao princípio da legalidade, haja vista que sua configuração depende tanto da consciência, como da vontade do agente, dispensando tão somente a intenção específica.

7. Os acórdãos que estão em comparação partiram de pressupostos distintos, não havendo similitude fático-jurídica entre os exemplares jurisprudenciais cotejados, o que basta para inviabilizar a aceitação dos Embargos de Divergência.

8. Embargos de Divergência não conhecidos (EAREsp 184.923/SP, Rel. p/ Acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 05.03.2015).

Administrativo. Improbidade administrativa. Contratação de servidores temporários. Ausência de dolo genérico.

1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública contra ex-prefeito de Município por contratação irregular de 28 servidores públicos por meio de contratos administrativos temporários constantemente renovados.

2. A sentença de improcedência foi mantida pelo Tribunal a quo.

3. O dolo, ainda que genérico, é elemento essencial dos tipos previstos nos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/92.

4. O STJ, em situações semelhantes, entende ser “difícil identificar a presença do dolo genérico do agravado, se sua conduta estava amparada em lei municipal que, ainda que de constitucionalidade duvidosa, autorizava a contratação temporária dos servidores públicos”. Precedentes: AgRg no AgRg no REsp 1.191.095/SP, Segunda Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 25.11.2011 e AgRg no Ag 1.324.212/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 13.10.2010.

5. Recurso Especial não provido (REsp 1.231.150/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 12.04.2012).

7. Em casos tais, tradicionalmente, o Tribunal da Cidadania tem entendido que não é possível identificar a presença do chamado dolo genérico, justamente por haver chancela legal que aparta a exigência de prévio concurso público para o ato administrativo de contratação. Dada a multiplicidade de casos símiles, e frente à já conhecida compreensão da Corte Superior, a Primeira Seção do STJ

afetou, para julgamento repetitivo, os REsp 1.926.832/TO, REsp 1.930.054/SE, e REsp 1.913.638/MA, todos de relatoria do Ministro *Gurgel de Faria*, que deram origem ao Tema 1.108. Confira-se a ementa do julgado:

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial representativo da controvérsia. Improbidade. Contratação de servidor temporário. Autorização. Lei local. Dolo. Afastamento.

1. Em face dos princípios a que está submetida a administração pública (art. 37 da CF/1988) e tendo em vista a supremacia deles, sendo representantes daquela os agentes públicos passíveis de serem alcançados pela lei de improbidade, o legislador ordinário quis impedir o ajuizamento de ações temerárias, evitando, com isso, além de eventuais perseguições políticas e o descrédito social de atos ou decisões político-administrativos legítimos, a punição de administradores ou de agentes públicos inexperientes, inábeis ou que fizeram uma má opção política na gerência da coisa pública ou na prática de atos administrativos, sem má-fé ou intenção de lesar o erário ou de enriquecimento.

2. A questão central objeto deste recurso, submetido ao regime dos recursos repetitivos, é saber se a contratação de servidores temporários sem concurso público, baseada em legislação municipal, configura ato de improbidade administrativa, em razão de eventual dificuldade de identificar o elemento subjetivo necessário à caracterização do ilícito administrativo.

3. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, desde há muito, a contratação de servidores públicos temporários sem concurso público baseada em legislação local afasta a caracterização do dolo genérico para a configuração de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública.

4. O afastamento do elemento subjetivo de tal conduta dá-se em razão da dificuldade de identificar o dolo genérico, situação que foi alterada com a edição da Lei n. 14.230/2021, que conferiu tratamento mais rigoroso para o reconhecimento da improbidade, ao estabelecer não mais o dolo genérico, mas o dolo específico como requisito para a caracterização do ato de improbidade administrativa, ex vi do art. 1º, §§ 2º e 3º, da Lei n. 8.429/1992, em que é necessário aferir a especial intenção desonesta do agente de violar o bem jurídico tutelado.

5. Para os fins do art. 1.039 do CPC/2015, firma-se a seguinte tese: “A contratação de servidores públicos temporários sem concurso público, mas baseada em legislação local, por si só, não configura a improbidade administrativa prevista no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, por estar ausente o elemento subjetivo (dolo) necessário para a configuração do ato de improbidade violador dos princípios da administração pública.”

6. In casu, o Tribunal de origem manteve a sentença que condenou os demandados, mesmo levando em conta a existência de leis municipais que possibilitavam a contratação temporária dos servidores apontados nos autos,

sem a prévia aprovação em concurso público, motivo pelo qual o acórdão deve ser reformado.

7. Recurso especial provido.

8. No aludido tema repetitivo, julgado em 11.05.2022 e com publicação de acórdão em 24.05.2022, proclamou-se a tese de que *a contratação de servidores públicos temporários sem concurso público, mas baseada em legislação local, por si só, não configura a improbidade administrativa prevista no art. 11 da Lei 8.429/1992, por estar ausente o elemento subjetivo (dolo) necessário para a configuração do ato de improbidade violador dos princípios da administração pública.*

9. Como *ratio decidendi*, o condutor do voto, Ministro Gurgel de Faria, registrou que *o afastamento do elemento subjetivo de tal conduta dá-se em razão da dificuldade de identificar o dolo genérico, situação que foi alterada com a edição da Lei n. 14.230/2021, que conferiu tratamento mais rigoroso para o reconhecimento da improbidade, ao estabelecer não mais o dolo genérico, mas o dolo específico como requisito para a caracterização do ato de improbidade administrativa.*

10. No caso concreto, observa-se que a condenação do então prefeito levou em consideração que o agente público, mesmo lançando mão da Lei 328/97, editada pela municipalidade alagoana, teria pautado suas providências *sob o móvel do dolo genérico*. Porém, cuida-se elementar que já não era aceita pelo entendimento do STJ na situação analisada (contratação direta com esteio em lei municipal autorizadora), circunstância realçada pelo advento das alterações na Lei 8.429/1992, processadas pela Lei 14.230/2021.

11. Sobreleva perceber que a modificação legal passou a exigir, para qualquer demanda de improbidade, o dolo específico do agente, no intuito de reforçar a necessidade de ser identificada a especial nota de má-fé do administrador público como causa material de condenação às sanções da Lei 8.429/1992, evitando-se implicar o agente público *em somenos*.

12. Por razões tais, incide inteiramente à espécie o desfecho do julgado repetitivo do Superior Tribunal de Justiça, para ser proclamada a absolvição do então alcaide da urbe alagoana.

13. Pelo exposto, reconsiderando a decisão agravada quanto à aplicação da Súmula 7/STJ à espécie, conhece-se do agravo interno do então prefeito para conhecer do agravo e dar provimento ao seu recurso especial, em ordem a, de igual modo, reformar o aresto alagoano e restabelecer a sentença de absolvição.

14. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.572.874-RS (2015/0310173-6)

Relatora: Ministra Regina Helena Costa

Recorrente: Concessionária da Rodovia Osorio Porto Alegre SA - Concepa

Advogados: Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni - PR013073

José Luiz Borges Germano da Silva - RS059991

Felipe Lopes da Silva Trois - RS061804

Ricardo Alexandre da Silva - PR037097

Pietro Miorim - RS070897

Recorrido: Fazenda Nacional

Interes.: Ministério Público Federal

EMENTA

Processual Civil. Tributário. Recurso especial. Código de Processo Civil de 1973. Aplicabilidade. Contribuição ao PIS. Cofins. Concessionária de serviço público. Operadora de rodovia. Regime de apuração híbrido – cumulativo e não cumulativo. Aproveitamento de créditos. Mescla de regimes. Ausência de amparo legal. Impossibilidade.

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 - Conforme disciplina normativa estampada nas Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, há previsão de regime tributário híbrido de apuração da Contribuição ao PIS e da Cofins, o qual se revela adequado ao perfil da atividade desenvolvida por “concessionária operadora de rodovia”.

III - Diante da obtenção de receitas sujeitas tanto à sistemática cumulativa – pedágio – (Lei n. 9.718/1998), quanto à não cumulativa, a empresa descontará crédito, cuja determinação do montante, a critério da pessoa jurídica, dar-se-á por meio de apropriação direta ou rateio proporcional, consoante dispõem os §§ 7º e 8º do art. 3º das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003.

IV - Tal aproveitamento, concedido à contribuinte, no tocante “apenas a parte de suas receitas [...] será apurado, exclusivamente, em relação aos custos, despesas e encargos vinculados a essas receitas” (art. 3º, § 7º, das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003).

V - Admitir o desconto de crédito a partir da combinação das modalidades cumulativa e não cumulativa, ensejaria a mescla dos mencionados regimes da Contribuição ao PIS e da Cofins, culminando em mecanismo fiscal novo – *tertium genus*.

VI - Recurso Especial improvido.

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 da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região), Benedito Gonçalves (Presidente) e Sérgio Kukina votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Dr. Ricardo Alexandre da Silva, pela parte recorrente: Concessionária da Rodovia Osório Porto Alegre SA - Concepa e assistiu ao julgamento a Dra. Amanda de Souza Geracy, pela parte recorrida: Fazenda Nacional

Brasília (DF), 14 de junho de 2022 (data do julgamento).

Ministra Regina Helena Costa, Relatora

DJe 22.6.2022

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Trata-se de Recurso Especial interposto pela **Concessionária da Rodovia Osório - Porto Alegre S.A. - Concepa**, contra acórdão da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em sede de apelação, assim ementado (fl. 198e):

Tributário. Contribuição para o PIS e COFINS. Empresa prestadora de serviços públicos de concessionária de rodovia. Incidência cumulativa e não cumulativa. Aproveitamento de créditos.

1. A empresa que exerce a atividade de exploração de rodovia, sob o regime de concessão, recolhe a contribuição para o PIS e a COFINS pelo regime de incidência cumulativa em relação aos valores obtidos através do pedágio e não cumulativa no tocante as outras receitas, tais como valores oriundos da utilização da rodovia para fixação de placas de publicidade, passagem de cabos de fibra ótica para telefonia e outros.

2. Os encargos de depreciação e manutenção da rodovia e de realização de benfeitorias, decorrentes do contrato administrativo de concessão, não geram créditos a serem descontados das contribuições por estarem exclusivamente vinculados à prestação do serviço de concessão da rodovia, cuja receita está submetida à sistemática cumulativa de apuração da contribuição para o PIS e da COFINS.

Opostos Embargos de Declaração, foram acolhidos “[...] para complementação dos fundamentos do acórdão, sem alterar sua conclusão” (fls. 217/223e).

Apresentado Recurso Especial, com amparo no art. 105, III, *a e c*, da Constituição da República, aponta-se, a par do dissídio jurisprudencial, ofensa aos dispositivos legais a seguir relacionados, alegando-se, em síntese, que:

I - Arts. 3º, §§ 7º e 8º, I e II, das Leis n. 10.637/2002, 10.833/2003: “[...] as normas em questão não exigem uma ‘vinculação direta’ entre os ‘custos, despesas e encargos’ que geram os créditos e ‘as receitas obtidas’, porque basta que os custos sejam comuns e vinculados. [...] Sob esse enfoque, fica clara a ideia de que o ‘elemento de ligação’ entre todas as receitas, vinculadas aos dois regimes de tributação, é a rodovia-concedida. Sem ela, as atividades desenvolvidas, tanto no regime cumulativo, como não cumulativo, ficariam prejudicadas” (fls. 240/242e).

II - Art. 108 do Código Tributário Nacional: “[...] cuja disposição exige que a lei tributária seja interpretada literalmente, autorizando a interpretação pela analogia, princípios gerais de direito e equidade apenas quando ausente disposição expressa sobre a questão, o que não ocorre no caso, em que os §§ 7º e 8º, I e II, do art. 3º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 são expressos em autorizar o crédito pretendido, quando preenchidos os seus requisitos, os quais nada têm que ver com a ‘vinculação direta’”(fl. 244e).

Assim, requer o provimento do recurso, a fim de que seja reconhecido o direito “[...] ao aproveitamento dos créditos de PIS/COFINS, decorrentes de todos os custos, despesas e encargos (comuns), em específico os decorrentes da depreciação (IN/SRFB 457/2004) e benfeitorias na rodovia concedida, vinculados tanto às receitas sujeitas à incidência não cumulativa e cumulativa destas Contribuições [...]” (fls. 247/248e).

Com contrarrazões, o recurso foi admitido (fls. 272/275e; e fl. 278e).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da insurgência (fls. 311/312e).

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

Consigno que as questões federais debatidas encontram-se satisfatoriamente prequestionadas.

Ademais, o Recurso Especial acha-se hígido para julgamento, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade e ausentes as questões prejudiciais e/ou preliminares a serem examinadas.

Convém assinalar, outrossim, que a análise da pretensão ora veiculada no recurso não demanda reexame fático-probatório, pois todos os aspectos factuais e processuais estão clara e suficientemente delineados no acórdão recorrido.

O pronunciamento impugnado, por sua vez, dirimiu a controvérsia baseado em fundamentos infraconstitucionais.

II. Delimitação da controvérsia

As instâncias ordinárias assim delimitaram o debate “a questão controvertida é se os custos, despesas e encargos decorrentes da depreciação e benfeitorias na rodovia são comuns, gerando créditos para as duas sistemáticas” (fls. 87e; 191e).

A Corte *a qua* registrou, ainda, que a contribuinte – concessionária operadora de rodovia – sujeita tanto ao regime cumulativo, quanto ao não cumulativo “obtem, além dos ganhos decorrentes das receitas de pedágio, valores oriundos da utilização da rodovia para fixação de placas de publicidade, passagem de cabos de fibra ótica para telefonia e outros” (fl. 194e).

Por sua vez, alega a empresa “[...] que as atividades [...] tanto na exploração do pedágio (tributado no regime cumulativo), quanto na [...] locação e cessão onerosa de espaços para publicidade, cabeamento de linhas telefônicas e de energia ([...] não cumulativo), possuem custos comuns com benfeitorias e depreciação da rodovia [...]” (fl. 171e).

De fato, a Recorrente pretende aproveitar créditos da Contribuição ao PIS e da Cofins “[...] provenientes de custos comuns (benfeitorias e depreciação da rodovia concedida) vinculados às suas receitas que estão em ambos os regimes de tributação [...]” (fl. 171e).

Anotado o cerne do debate, examino a legislação pertinente.

III. Moldura normativa

O enquadramento da Recorrente – “concessionária operadora de rodovia” – na sistemática cumulativa decorre do quanto dispõe o art. 10, XXII, da Lei n. 10.833/2003 – diploma de regência da Cofins, aplicável à Contribuição ao PIS por força do art. 15:

Art. 10. Permanecem sujeitas às normas da legislação da COFINS, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 8º:

[...]

XXIII - as receitas decorrentes de prestação de serviços públicos de concessionárias operadoras de rodovias; (Incluído pela Lei n. 10.925, de 2004)

[...]

Art. 15. Aplica-se à contribuição para o PIS/PASEP não cumulativa de que trata a Lei n. 10.637, de 30 de dezembro de 2002, o disposto: (Redação dada pela Lei n. 10.865, de 2004)

[...]

V - nos incisos VI, IX a XXVII do caput e nos §§ 1º e 2º do art. 10 desta Lei;

[...]

A par disso, destaco o que as Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003 – simétricas na maioria das suas disposições – estabelecem no tocante ao regime híbrido das contribuições em tela (cumulativo e não cumulativo):

Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

[...]

§ 7º Na hipótese de a pessoa jurídica sujeitar-se à incidência não cumulativa da contribuição para o PIS/Pasep, em relação apenas a parte de suas receitas, o crédito será apurado, exclusivamente, em relação aos custos, despesas e encargos vinculados a essas receitas.

§ 8º Observadas as normas a serem editadas pela Secretaria da Receita Federal, no caso de custos, despesas e encargos vinculados às receitas referidas no § 7º e àquelas submetidas ao regime de incidência cumulativa dessa contribuição, o crédito será determinado, a critério da pessoa jurídica, pelo método de:

I – apropriação direta, inclusive em relação aos custos, por meio de sistema de contabilidade de custos integrada e coordenada com a escrituração; ou

II – rateio proporcional, aplicando-se aos custos, despesas e encargos comuns a relação percentual existente entre a receita bruta sujeita à incidência não cumulativa e a receita bruta total, auferidas em cada mês.

§ 9º O método eleito pela pessoa jurídica será aplicado consistentemente por todo o ano calendário, observadas as normas a serem editadas pela Secretaria da Receita Federal.

[...] (destaquei).

Visto o regramento aplicável, prossigo com a análise dos institutos tributários pertinentes.

IV. Da sistemática híbrida de apuração da Contribuição ao PIS e a da Cofins – cumulativa e não cumulativa – a que estão sujeitas as “concessionárias operadoras de rodovias”

Consoante disciplina normativa fixada pelas Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, há previsão de regime tributário híbrido de apuração da Contribuição ao PIS e da Cofins, o qual se revela adequado ao perfil da atividade desenvolvida por “concessionária operadora de rodovia”.

O apontado regramento das contribuições em tela contempla a realidade do aludido segmento empresarial, no qual, cumpre rememorar, a contribuinte pode, inclusive, valer-se de “receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, para favorecer a modicidade das tarifas”, caso o poder concedente, com fulcro no art. 11 da Lei n. 8.987/1995, fixe, no edital de licitação, a possibilidade de a concessionária obter tais fontes (cf. 1ª S., EREsp n. 985.695/RJ, Rel. Ministro *Humberto Martins*, j. 26.11.2014; 2ª T., AgInt no AREsp n. 1.251.496/SP, Rel. Ministro *Francisco Falcão*, j. 17.12.2019; e 1ª T., REsp n. 1.677.414/SP, de minha relatoria, j. 14.12.2021).

Diante da obtenção de receitas sujeitas tanto à sistemática cumulativa – pedágio – (Lei n. 9.718/1998), quanto à não cumulativa, a empresa descontará crédito, cuja determinação do montante, a critério da pessoa jurídica, dar-se-á por meio de apropriação direta ou rateio proporcional, conforme estabelecem os §§ 7º e 8º do art. 3º das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003.

Impende anotar, também, que *o desconto de crédito*, concedido à contribuinte, no tocante “apenas a parte [excluída a concernente ao pedágio] de suas receitas [...] *será apurado, exclusivamente*, em relação aos custos, despesas e encargos *vinculados* a essas receitas” (art. 3º, § 7º, das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003 – destaquei).

Assim, o “custo, despesa e encargo” com a operação da rodovia, consoante dicção legal, não se compatibiliza com a exigência para a obtenção de crédito, porquanto se cuida de receita tributada, por expressa determinação do art. 10, XXII e 15 da Lei n. 10.833/2003, pela sistemática cumulativa (Lei n. 9.718/1998).

Logo, aquilo – operação da rodovia – que se relaciona, tão somente e de modo circunstancial, com o “custo, despesa e encargo” atinentes às receitas diversas de pedágio, não atende, em meu sentir, ao liame plasmado no apontado dispositivo, pois consubstancia desdobramento negocial – mero pressuposto fático –, ocorrido no bojo de ajuste administrativo de concessão de serviço público.

Admitir, portanto, o aproveitamento de crédito a partir da combinação das modalidades cumulativa e não cumulativa, ensejaria a mescla dos mencionados regimes da Contribuição ao PIS e da Cofins, culminando em mecanismo fiscal novo – *tertium genus*.

Registrado o modelo de apuração das contribuições em exame, convém colacionar o memorial da jurisprudência sobre o tema.

V. Panorama jurisprudencial

Diante da semelhança axiológica com a presente demanda, cumpre rememorar a compreensão do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em regime de Repercussão Geral, o Recurso Extraordinário n. 970.821 (Tema n. 517), em que se fixou a constitucionalidade da: “[...] imposição tributária de diferencial de alíquota do ICMS pelo Estado de destino na entrada de mercadoria em seu território devido por sociedade empresária aderente ao Simples Nacional, independentemente da posição desta na cadeia produtiva ou da possibilidade de

compensação dos créditos”, *assentando, na ementa do julgado, que “[...] não é dado ao Poder Judiciário mesclar as parcelas mais favoráveis de regimes tributários distintos, culminando em um modelo híbrido, sem o devido amparo legal”* (Rel. Ministro *Edson Fachin*, j. 12.05.2021).

À vista da ausência de precedente específico acerca da matéria em debate neste Superior Tribunal de Justiça, é oportuno sublinhar o entendimento desta Corte em relação à vedação à mescla de regimes tributários:

Recurso em mandado de segurança. Regime Especial Unificado de arrecadação de tributos e contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional. Microempresa - ME e Empresa de Pequeno Porte - EPP. ICMS. Documento único de arrecadação e recolhimento antecipado.

1. Mandado de segurança impetrado contra ato do Secretário de Estado da Fazenda do Amazonas praticado com base na Lei Complementar Federal n. 123/2006 (que disciplinou, também, o Simples Nacional), o qual exige, além do pagamento do Simples Nacional em documento único de arrecadação - em que já está inserido o ICMS (art. 13, VII, da LC n. 126/2006) -, o recolhimento antecipado do ICMS no regime comum, sem nem mesmo abater o valor já recolhido no referido sistema especial (Simples Nacional). Requerimento para que seja garantido à impetrante, ora recorrente, o direito de se recolher, quanto ao ICMS, apenas “aquele inserido no bojo do ‘Simples Nacional’”, objeto de um único documento de arrecadação (art. 13, VII, da LC n. 126/2006), excluindo-se a antecipação.

2. Os arts. 146, III, “d” e parágrafo único, e 170, IX, da Constituição Federal revelam que o Simples Nacional não se define como novo tributo, mas como um sistema - considerado em seu todo - mais benéfico de cobrança de impostos já existentes, favoravelmente às microempresas e às empresas de pequeno porte. Tem-se, assim, o sistema comum, nele inseridos os não optantes, e o sistema especial denominado Simples Nacional, integrado pelas empresas optantes.

3. Importa, no caso em debate, o sistema como um todo, não a forma pela qual cada tipo de imposto é cobrado isoladamente, sendo inviável acolher a pretensão da recorrente de cindir o Simples Nacional para afastar a antecipação do ICMS prevista no § 1º, inciso XIII, alínea “g”, do art. 13 da Lei Complementar Federal n. 123/2006. Em outras palavras, aplicam-se todas as normas do Simples Nacional ou nenhuma, *não se admitindo a criação de um sistema híbrido, um tertium genus para efeito da cobrança de tributos das MEs e das EPPs, formado, apenas, pelas normas mais benéficas, extraídas do sistema comum e do sistema especial.*

4. Ausência de contrariedade aos princípios constitucionais da igualdade e da capacidade contributiva, salientando-se que a optante pelo Simples Nacional é, sempre, beneficiada em relação às empresas médias ou de grande porte.

5. Nos termos do art. art. 13, VII e § 1º, “g”, da Lei n. 123/2006, em determinadas hipóteses, caberá ao contribuinte ou responsável, a título de ICMS, pagar um

determinado percentual no documento único de arrecadação e, ainda, antecipá-lo “nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento”. Com efeito, não se cuida de um *bis in idem*, mas, sim, da obrigação de recolher um único imposto (ICMS) calculado parte de uma forma e parte de outra, somando-se as importâncias alcançadas, inexistindo dupla tributação.

6. Princípio da não cumulatividade não violado, sendo absolutamente desnecessário abater da antecipação o valor do ICMS incluído no “documento único” previsto no caput do art. 13.

7. Inaplicável o art. 152 da Constituição Federal, o qual busca, tão somente, impedir a chamada “guerra fiscal”, não tratada neste feito.

Discute-se nos presentes autos a simples opção de enquadramento no Simples Nacional e a consequente obrigação de se submeter às suas regras, integralmente.

8. Não se estando diante da criação ou majoração de tributos, mas de um regime mais benéfico de tributação, não incide a norma do 150, III, “b” e “c”, da Constituição Federal, pertinente ao princípio da anterioridade. Ademais, a Lei Complementar n. 123/2006 foi publicada em 15.12.2006, entrando em vigor, na parte relativa ao “regime de tributação das microempresas e empresas de pequeno porte” somente em 1º de julho de 2007, conforme disposto no art. 88 da própria Lei Complementar (texto original). Assim, mesmo não se cuidando de instituição ou de majoração de tributos, o referido diploma satisfaz o mencionado art. 150.

9. Recurso ordinário não provido.

(RMS 29.568/AM, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 20/08/2013, DJe 30/08/2013 – destaquei).

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Art. 30 da Lei 10.833/03. PIS, Cofins e CSLL. Retenção na fonte. Empresas de manutenção de máquinas e peças. Inclusão no regime. Art. 151, IV e V, do CTN. Suspensão do processo. Ausência de prequestionamento. Súmula 211/STJ. Impugnação deficiente do acórdão. Súmula 283/STF.

1. Resume-se a controvérsia em definir se o art. 30 da Lei 10.833/03, ao listar as atividades sujeitas à retenção antecipada na fonte do PIS, da Cofins e da CSLL pelo tomador dos serviços, englobou apenas os serviços de manutenção preventiva, ou também os de natureza corretiva.

2. A distinção entre serviços de manutenção preventiva e corretiva não encontra amparo no art. 30 da Lei 10.833/03, que adotou conceito amplo de manutenção, sem qualquer ressalva. É regra de hermenêutica, não deve o aplicador do direito restringir onde a lei não restringiu, nem proceder a interpretações limitativas implicitamente não pretendidas pelo legislador.

3. Quando a norma fala em “manutenção”, intentou abranger não só os serviços preventivos - para evitar a quebra ou fadiga de equipamentos, máquinas e aparelhos e garantir o seu regular e pleno funcionamento -, como os de natureza corretiva - destinados ao conserto de máquinas e equipamentos em geral.

4. *A tese da recorrente leva à conclusão absurda de que algumas empresas de manutenção - de elevadores por exemplo - sujeitam-se a um regime híbrido, ora destinatárias da regra do art. 30 da Lei 10.833/03, ora não, já que prestam serviços de manutenção preventiva e corretiva, concomitantemente.*

[...]

6. Recurso especial conhecido em parte e não provido.

(REsp 1.250.090/PE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 28/08/2012, DJe 04/09/2012).

Exposto o panorama jurisprudencial, passo à análise da pretensão deduzida.

VI. O caso concreto

O Tribunal de origem registrou acerca da moldura fática da presente demanda que (fl. 194e):

A autora explora com exclusividade, sob o regime de concessão, a Rodovia BR 290/RS, trecho Osório - Porto Alegre, entroncamento BR 116, na entrada para a cidade de Guaíba, e os respectivos acessos.

Obtém, além dos ganhos decorrentes das receitas de pedágio, *valores oriundos da utilização da rodovia para fixação de placas de publicidade, passagem de cabos de fibra ótica para telefonia e outros.*

Recolhe a contribuição para o PIS e a COFINS pelo regime de incidência cumulativa em relação aos valores obtidos através do pedágio e não cumulativa no tocante as outras receitas. (destaquei).

O montante obtido pela empresa atinente à “fixação de placas de publicidade, passagem de cabos de fibra ótica para telefonia e outros”, consoante apontada delimitação fática, *não revela* o vínculo exigido pela lei para a obtenção de créditos alusivos a “custos, despesas e encargos decorrentes da depreciação e benfeitorias *na rodovia*” na sistemática não cumulativa da Contribuição ao PIS e da Cofins (art. 3º, § 7º, das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003; fls. 87e; e 191/194e).

Induvidoso, a meu ver, o equívoco da Recorrente ao defender que: “[...] tanto quanto o pedágio, essas ‘demais receitas’ (sujeitas ao regime não

cumulativo) seriam impossíveis na hipótese de não existir a rodovia concedida. Daí o nexo de causalidade entre esta e as ‘demais receitas’” (fl. 242e).

Reitere-se que *o desconto de crédito*, concedido à empresa, no tocante “apenas a parte de suas receitas [...] será apurado, exclusivamente, em relação aos custos, despesas e encargos *vinculados a essas receitas*” (art. 3º, § 7º, das multicitadas leis – destaquei).

Dessarte, a tentativa de enquadrar como “custos comuns” elementos exclusivos da sistemática cumulativa, ínsitos, portanto, à operação de rodovia, encerra percepção imprópria do nexo – custo/receita – estabelecido, especificadamente, pela lei de regência para a receita advinda de pedágio (art. 10, XXII, da Lei n. 10.833/2003).

Nesse contexto, a pretensão vertida mostra-se desarrazoada, porquanto: (i) deduzida sem amparo legal; e (ii) caso viesse a ser reconhecida, traduziria mescla, não permitida, de regimes tributários.

Posto isso, *nego provimento* ao Recurso Especial, nos termos expostos.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.746.268-SP (2018/0137032-6)

Relatora: Ministra Regina Helena Costa

Recorrente: Marcep S/A Consultoria Estudos e Planejamento - Sucessora de
: Pedra Preta Corretora de Seguros Ltda

Recorrente: Investimentos Bemge S/A

Recorrente: Banco Itau BBA S.A

Recorrente: Armazens Gerais Itau S/A

Recorrente: Banco Itauleasing S.A.

Advogados: Leo Krakowiak e outro(s) - SP026750

Fernando Olavo Saddi Castro - SP103364

Advogados: Eliana Rached Taiar - SP045362

Veridiana Garcia Fernandes - SP163107

Recorrido: Fazenda Nacional

EMENTA

Processual Civil. Tributário. Recurso especial. Código de Processo Civil de 1973. Aplicabilidade. Violação ao art. 535 do CPC/1973. Não ocorrência. Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ. Base de cálculo. Sistemática do lucro real. Dedução de despesa. Remuneração pela prestação de serviços de administradores e conselheiros, ainda que não corresponda a montante mensal e fixo. Instrução Normativa SRFB n. 93/2017. Tributação fundada em ato infralegal. Ilegalidade.

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 ao caso. Inexistência de omissão.

III - A base imponible 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.

IV - Igual compreensão orienta o mecanismo da dedutibilidade de despesa para a determinação da base de cálculo do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ pela sistemática do lucro real.

V - Mostra-se desarrazoada a interpretação dada pelo Fisco, alicerçada na Instrução Normativa SRFB n. 93/1997, no tocante aos vetustos requisitos da periodicidade – mensal –, bem como da constância do numerário desembolsado – fixo –, em relação à despesa com o pagamento dos honorários de administradores e conselheiros de empresas.

VI - A instituição de óbices à integral dedução de despesas mediante interpretação veiculada em atos administrativos normativos não encontra amparo nas normas de regência do IRPJ.

VII - 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, prosseguindo o julgamento, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Gurgel de Faria (voto-vista) e Sérgio Kukina, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) e Benedito Gonçalves (Presidente) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 16 de agosto de 2022 (data do julgamento).

Ministra Regina Helena Costa, Relatora

DJe 26.8.2022

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Cuida-se, na origem, de ação proposta pelo rito ordinário, na qual se pretende o reconhecimento do direito à dedução, na apuração do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ, pela sistemática do lucro real, da despesa com a remuneração de administradores e conselheiros, ainda que não estabelecida em montante mensal e fixo.

Observe que as partes autoras lograram êxito na primeira instância, inclusive com a confirmação da antecipação da tutela por ocasião da prolação da sentença; todavia o desfecho foi diverso na esfera recursal, onde sagrou-se vitoriosa a tese fazendária (fls. 145/156e; e fl. 533e).

Trata-se, no âmbito desta Corte, de Recurso Especial interposto pela *Marcep S/A Consultoria Estudos e Planejamento - Sucessora de Pedra Preta Corretora de Seguros Ltda. e Outros* contra acórdão forjado pela 2ª Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, *em sede de Embargos Infringentes*, assim ementado (fls. 533/534e):

Tributário. Embargos infringentes. IRPJ. Despesas operacionais. Administradores e conselheiros. Remuneração eventual. Artigo 31 da IN/SRF n. 93/97.

A legislação que rege a matéria, vale dizer: o DL n. 5.844/43, o DL n. 2.341/87 e o Decreto n. 3.000/99, reforçam a regra de que a dedução da base de cálculo do IRPJ, a título de despesas na apuração do lucro real, somente é possível, em

se tratando de valores destinados a administradores e conselheiros da pessoa jurídica, quando forem fixos e mensais.

A dedutibilidade, como despesas operacionais, de pagamentos efetuados a diretores, sócios ou administradores, somente é considerada quando comprovadas a efetividade da prestação dos serviços e do atendimento dos requisitos fiscais da necessidade, usualidade e normalidade dos dispêndios ao desenvolvimento das operações da empresa.

É legítima a incidência tributária sobre qualquer retirada eventual da empresa, seja para pagar honorários de administradores e conselheiros, seja para remunerar o titular ou os sócios da empresa, tal como previsto no artigo 31 da IN n. 93/97, reproduzido no inciso I, do artigo 357, do Decreto n. 3.000/99 (RIR/99).

Embargos infringentes improvidos.

Opostos Embargos de Declaração, foram rejeitados (fls. 539/555e; e 558/569e).

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*) Art. 535, II, do Código de Processo Civil de 1973: omissão “[...] quanto à vigência expressa dos artigos 5º, II, 59, 84, IV, 150, I, 153, 111, 170 da CF/88; artigos 43, 44, 97, 99, 100, I do CTN; artigo 88, XIII da Lei 9.430/96 e 30 do Decreto-Lei 2.341/87 [...]” (fl. 580e).

(*ii*) Arts. 43, 44, 97, 99, 100, I, todos do CTN; 2º da LINDB; 10 da Lei n. 9.249/1995, 88, XIII, da Lei n. 9.430/1996; e 29 e 30 do Decreto-Lei n. 2.341/1987: “inexiste fundamento de validade para a exigência do artigo 31 da IN 93/97 nas Leis 8.981/95, 9.065/95, 9.249/95, 9.250/95, 9.316/96 e 9.430/96 por ela mesma indicadas como regulamentadas, posto que nenhuma dessas leis cuidou de estabelecer para honorários dos administradores e conselheiros a exigência de serem mensais e fixos para efeito de dedutibilidade do IRPJ. E ainda que, a legislação posterior que versou sobre condições de dedutibilidade dessas remunerações - art. 51 da Lei 4.506/64, art. 16 do DL 401/68, art. 7º do DL 1.089/70 e art. 29 do DL 2.341/87 - cuidou apenas dos limites de valor sem repetir a condição de remuneração ‘mensal e fixa’, até o advento da Lei 9.430/96 que, em seu art. 88, XIII revogou esses limites de valor ao revogar os artigos 29 e 30 do DL 2.341/87, tendo ocorrido a revogação tácita do Decreto-Lei 5.844/43 e da regra que impunha às retiradas de sócios ou de titulares de firma individual a circunstância de serem mensais e fixas, à luz do art. 2º, da Lei de Introdução do Código Civil” (fl. 583e).

Com contrarrazões, o recurso foi admitido (fls. 683/685e; e 690/692e).

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

Consigno que as questões federais debatidas se encontram satisfatoriamente prequestionadas.

Ademais, o Recurso Especial acha-se hígido para julgamento, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade e ausentes as questões prejudiciais e/ou preliminares a serem examinadas.

Convém assinalar, outrossim, que a análise da pretensão ora veiculada no recurso não demanda reexame fático-probatório, pois todos os aspectos factuais e processuais estão clara e suficientemente delineados no acórdão recorrido.

O pronunciamento impugnado, por sua vez, dirimiu a controvérsia baseado em fundamentos infraconstitucionais.

II. Do pleito de nulidade do acórdão recorrido por violação ao art. 535, II, do CPC/1973

No tocante às apontadas omissões do acórdão recorrido acerca da vigência dos artigos 5º, II, 59, 84, IV, 150, I, 153, 111, 170 da CR; 43, 44, 97, 99, 100, I, todos do CTN; e 88, XIII da Lei n. 9.430/1996 e 30 do Decreto-Lei n. 2.341/1987, 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 das Recorrentes, que não se coaduna com as hipóteses do art. 535 do CPC/1973 (*e.g.* 1ª T, REsp n. 1.344.716/RS, Rel. Ministro *Gurgel de Faria*, j. 05.05.2020; e 2ª T, REsp n. 1.836.088/MT, Rel. Ministro *Francisco Falcão*, j. 15.02.2022).

Haverá contrariedade ao art. 535 do estatuto processual civil – norma vigente por ocasião do julgamento na origem – quando a contradição/omissão disser respeito à/ao fundamentação exposta/pedido, e não na hipótese de os argumentos invocados não restarem estampados no julgado, como pretendem as Contribuintes.

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 vertidos 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 todos 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*, j. 10.09.2019).

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

Controverte-se acerca da dedutibilidade, na apuração do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ, pela sistemática do lucro real, da soma destinada ao pagamento de montante em razão da prestação de serviços de administradores e conselheiros, que *não* corresponda a valor mensal e fixo (fl. 524e).

O Juízo de primeiro grau, ao acolher a tese das contribuintes, bem emoldurou a discussão (fl. 156e):

[...] *Julgo procedente* a pretensão dos Autores, confirmando a tutela antecipada, a fim de que os Autores possam considerar, como despesa dedutível, na apuração do lucro real, os honorários pagos a seus administradores e conselheiros, independentemente de serem mensais e fixos, *afastando as restrições impostas pelo artigo 31 da Instrução Normativa n. 93/97.*

(destaquei).

Anotado o cerne do debate, passo ao exame dos institutos e normas aplicáveis, sem olvidar a moldura constitucional da exação em tela.

IV. Da base de cálculo do Imposto sobre a Renda

A Constituição da República estatui que a base de cálculo do Imposto sobre a Renda consiste em “renda e proventos de qualquer natureza” (art. 153, III, § 2º, I), estabelecendo, outrossim: (i) que “será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei” (art. 153, III, § 2º, I); e (ii) o papel normativo da lei complementar em matéria tributária na definição da base de cálculo dos impostos, dentre eles o IR (art. 146, III, a).

Ensina Geraldo Ataliba que “[...] a base imponible é a dimensão do aspecto material da hipótese de incidência”, e, assim, “enquanto aspecto da hipótese de incidência, a base imponible é um conceito-legal, a que fica preso o intérprete”, e sua mensuração “só pode ser feita de acordo com o critério normativo que na base de cálculo (legal) se adota” (*Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros: 2016. pp. 108 e 110).

A base de cálculo, inquestionavelmente, 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 (cf. 1ª S, EREsp n. 1.443.771/RS, de minha relatoria para o acórdão, j. 14.04.2021; bem como 1ª T, REsp’s n. 1.599.065/DF; e 1.222.547/RS, ambos de minha relatoria, julgados, respectivamente, em: 09.11.2021; e 08.03.2022).

A esse respeito, advertia, há muito, Alfredo Augusto Becker:

O critério de investigação da natureza jurídica do tributo que se demonstrará ser o único verdadeiramente objetivo e jurídico, parte da base de cálculo para chegar ao conceito do tributo. Este só poderá ter uma única base de cálculo. A sua conversão em cifra é que poderá variar de método: ou peso e/ou medida e/ou valor. Quando o método é o do valor, surge facilmente o perigo de se procurar atingir este valor mediante a *valorização de outro elemento que consistirá, logicamente, outra base de cálculo e com isto, ipso facto, desvirtuou-se o pretendido gênero jurídico do tributo [...]*”.

(*Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 339 – destaquei).

A base imponible do tributo em tela, portanto, deverá reportar-se àquele fato de conteúdo econômico inserto na hipótese de incidência tributária, guardando pertinência com a capacidade contributiva absoluta ou objetiva – relacionada aos fatos legislativamente escolhidos por representarem manifestações de riqueza – apreendida pelo legislador.

Convém resgatar, outrossim, uma vez mais, a lição de Geraldo Ataliba segundo a qual “[...] todos os outros eventuais critérios que possam ser adotados pelo legislador e que não levem em conta a capacidade contributiva são arbitrários e, por via de consequência, inconstitucionais” (*in* “Debates do VII Curso de Especialização em Direito Tributário”, PUC/SP-IDPE, *RDTributário* 4/142).

O princípio da capacidade contributiva constitui diretriz central, uma vez que opera como fundamento para a modulação da carga tributária em matéria de impostos (CR, art. 145, § 1º).

Como expressão, no campo tributário, de diretiva de maior amplitude, que é a da igualdade, o princípio da capacidade contributiva carrega consigo a plenitude de eficácia normativa atribuída àquele.

Consoante a dicção de Ricardo Mariz de Oliveira, na análise da incidência do IRPJ é preciso ter presente, que “[...] o princípio da universalidade exige a inclusão, na base de cálculo, *de todos os fatores negativos de mutação patrimonial*, assim como todos os positivos” (destaquei). E prossegue o aludido autor:

É neste contexto que se deve enfrentar a difícil questão de estabelecer os limites até os quais o legislador pode ir na determinação de como calcular o lucro real, sem que ele extravase o campo de competência constitucional e a própria definição da sua lei complementar.

[*Fundamentos do Imposto de Renda (2020)*, São Paulo, SP, Instituto Brasileiro de Direito Tributário - IBDT, 2020, v. 2, p. 547].

Extrai-se da Lei Maior, em síntese, que o mecanismo para a determinação da base de cálculo do IRPJ consistente na dedução deve ser interpretado à luz do apontado conjunto de normas.

V. Moldura normativa infraconstitucional aplicável à dedução de despesas na apuração do lucro real no IRPJ

Princípio colacionando os dispositivos do Código Tributário Nacional - CTN:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1º. A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. (Incluído pela LC n. 104/2001)

§ 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo. (Incluído pela LC n. 104/2001)

Art. 44. A base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis.

Observada a cronologia, frise-se o regramento presente em sucessivas normas acerca da sistemática envolvida na dedução de despesas na apuração do lucro real das empresas contribuintes.

Por primeiro, o ainda vigente Decreto-Lei n. 5.844/1943, que dispõe sobre a cobrança e fiscalização do Imposto sobre a Renda, estabelece a classificação das remunerações relativas à prestação de serviços pelos “conselheiros fiscais e de administração e diretores de sociedades anônimas, civis, ou de qualquer espécie”, bem como disciplina a base de cálculo do IRPJ, assim estatuinto, inclusive, acerca da sistemática das retiradas e dos honorários:

Art. 5º - Na cédula C serão classificados os rendimentos do trabalho, provenientes do exercício de empregos, cargos e funções, tais como vencimentos, soldos, subsídios, ordenados salários, percentagens, comissões, gratificações, diárias, cotas-partes de multas, ajudas de custo, representações e quaisquer outros proventos ou vantagens pagos, sob qualquer título e forma contratual, pelos cofres públicos federais, estaduais ou municipais, pelas entidades autárquicas, para estatais e de economia mista, pelas firmas e sociedades ou por particulares. (Redação dada pelo Decreto-Lei n. 9.407, de 27.6.1946)

§ 1º - Serão também classificadas na cédula C:

I - *as remunerações relativas à prestação de serviços pelos:*

[...]

b) *conselheiros fiscais e de administração e diretores de sociedades anônimas, civis, ou de qualquer espécie.*

c) negociantes em firma individual ou sócios de sociedades comerciais e industriais, quando tais remunerações forem representadas por importância mensal e fixa e levadas a despesas gerais ou contas subsidiárias, na contabilidade da firma ou sociedade.

[...]

§ 2º *No caso da alínea b do parágrafo anterior, serão computadas como lucro as quantias excedentes a 20% do capital social realizado ou a Cr\$ 60.000,00 anuais para cada um dos conselheiros fiscais e de administração de sociedades anônimas, civis ou de qualquer espécie, bem como as excedentes a 20% do capital social realizado ou a Cr\$ 120.000,00 anuais, para cada um dos diretores das mesmas entidades.* (Redação dada pela Lei n. 154, de 1947)

§ 3º A remuneração de que trata a alínea c, do inciso 1, do § 1º não poderá exceder a Cr\$ 24.000,00 anuais, quando o capital do beneficiado não for superior a Cr\$ 120.000,00; ultrapassando o capital essa quantia, a remuneração poderá atingir a 20% dele, até o limite máximo de Cr\$ 120.000,00 anuais. (Redação dada pela Lei n. 154, de 1947)

§ 4º A remuneração dos sócios de indústria será admitida de acordo com a cláusula contratual, até o limite máximo de Cr\$ 10.000,00 mensais, observadas as condições da alínea c, do inciso I, do § 1º deste artigo. (Redação dada pela Lei n. 154, de 1947)

§ 5º As quantias excedentes aos limites fixados nos §§ 2º, 3º e 4º deste artigo serão tributadas como lucro, em poder das firmas ou sociedades.

[...]

Art. 8º Na cédula F serão classificados os rendimentos sujeitos à taxaço proporcional em poder das pessoas jurídicas, a saber:

a) Os lucros, computando-se o lucro presumido ou arbitrado, quando não for apurado o real. (Redação dada pela Lei n. 154, de 1947)

b) *as retiradas não escrituradas em despesas gerais ou contas subsidiárias, e as que, mesmo escrituradas nessas contas, não corresponderem à remuneração de serviços prestados às firmas ou sociedades e, ainda, as quantias excedentes aos limites fixados nos §§ 2º, 3º e 4º do art. 5º;*

[...]

Art. 43. A base do imposto será dada pelo lucro real ou presumido correspondente ao ano social ou civil anterior ao exercício financeiro em que o imposto for devido.

§ 1º *Serão adicionados ao lucro real, para tributação em cada exercício financeiro:*

[...]

b) *as retiradas não debitadas em despesas gerais ou contas subsidiárias, e as que, mesmo escrituradas nessas contas, não correspondam à remuneração mensal fixa por prestação de serviços;*

c) *as importâncias excedentes aos limites fixados nos §§ 2º, 3º e 4º do art. 5º;*

d) *os ordenados e porcentagens pagos a membros das diretorias das sociedades por ações, que não residam no país;*

e) os juros sobre o capital ou quota social atribuídos ao titular e sócios das firmas e sociedades;

[...]

(destaquei).

Por sua vez, a Lei n. 4.506/1964, ao dispor sobre o IRPJ, estabelece o que integra a receita bruta operacional, bem ainda define como despesas operacionais aquelas “[...] não computadas nos custos, *necessárias à atividade da empresa e a manutenção da respectiva fonte produtora*” (art. 44 e 47, respectivamente – destaquei), fixando limite de valor para os honorários e retiradas, todavia *nada dispondo acerca das antigas condições para os honorários* – pagamento fixo e mensal – antes plasmadas no já mencionado Decreto-Lei n. 5.844/1943.

Destaque-se, por seu turno, a redação, *anterior à revogação* pela Lei n. 9.430/1996, dos arts. 29 e 30, ambos do Decreto-Lei n. 2.341/1987, os quais dispunham acerca das limitações à dedutibilidade de remuneração de dirigentes:

Art. 29. A despesa operacional relativa à remuneração mensal dos sócios, diretores ou administradores da pessoa jurídica, inclusive os membros do conselho de administração, assim como a dos titulares das empresas individuais, não poderá exceder, para cada beneficiário, a 15 (quinze) vezes o valor fixado como limite de isenção na tabela de desconto do Imposto de Renda na Fonte sobre rendimentos do trabalho assalariado, vigorante no mês a que corresponder a despesa. (Revogado pela Lei n. 9.430, de 1996)

1º O valor total da remuneração colegial a que se refere este artigo não poderá ultrapassar a 8 (oito) vezes o valor da remuneração individual. (Revogado pela Lei n. 9.430, de 1996)

2º A dedução das remunerações de que trata este artigo, em cada período-base, não poderá ser superior a 50% (cinquenta por cento) do lucro real antes da compensação de prejuízos e de serem computados os valores correspondentes às remunerações. (Revogado pela Lei n. 9.430, de 1996)

3º Em qualquer hipótese, mesmo no caso de prejuízo, será admitida, para cada um dos beneficiários, remuneração mensal igual ao dobro do limite de isenção para efeito de desconto do Imposto de Renda na Fonte sobre rendimentos do trabalho assalariado. (Revogado pela Lei n. 9.430, de 1996)

4º Para apuração do montante mensal da remuneração, *serão computados todos os pagamentos* efetuados pela pessoa jurídica *em caráter de retribuição* pelo exercício da função, *inclusive as despesas de representação*. (Revogado pela Lei n. 9.430, de 1996)

Art. 30. A despesa operacional relativa à remuneração de cada um dos conselheiros fiscais ou consultivos não poderá ultrapassar a 10% (dez por cento)

do limite da remuneração individual, estabelecido no artigo anterior, admitido para o período-base. (Revogado pela Lei n. 9.430, de 1996)

(destaquei).

Por fim, a Lei n. 9.249/1995, a par da vedação à dedução de determinadas despesas (art. 13), revogou expressamente, repita-se, os apontados arts. 29 e 30, do Decreto-Lei n. 2.341/1987 (art. 88, XIII), *que dispunham acerca do limite quantitativo para a despesa operacional relativa à remuneração mensal dos sócios, diretores e administradores.*

No plano infralegal, cumpre colacionar os artigos dos seguintes atos administrativos normativos, principiando pela Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil - SRFB, a qual ocupa o vértice da presente demanda:

Instrução Normativa SRFB n. 93/1997

Retiradas de Administradores

Art. 31. São dedutíveis na determinação do lucro real, sem qualquer limitação, as retiradas dos sócios, diretores ou administradores, titular de empresa individual e conselheiros fiscais e consultivos, desde que escriturados em custos ou despesas operacionais e correspondam a remuneração mensal e fixa por prestação de serviços.

[...]

(Publicada no DOU de 29.12.1997).

Decreto n. 3.000/1999

Art. 357. Serão dedutíveis na determinação do lucro real as remunerações dos sócios, diretores ou administradores, titular de empresa individual e conselheiros fiscais e consultivos (Lei n. 4.506, de 1964, art. 47).

Parágrafo único. *Não serão dedutíveis na determinação do lucro real* (DecretoLei n. 5.844, de 1943, art. 43, § 1º, alíneas “b” e “d”):

I *as retiradas não debitadas em custos ou despesas operacionais, ou contas subsidiárias, e as que, mesmo escrituradas nessas contas, não correspondam à remuneração mensal fixa por prestação de serviços.* (DecretoLei n. 5.844, de 1943, art. 43, § 1º, alíneas “b” e “d”);

II *as percentagens e ordenados pagos a membros das diretorias das sociedades por ações, que não residam no País.*

(O apontado Regulamento do Imposto sobre a Renda encontra-se revogado pelo Decreto n. 9.580/2018, o qual renovou a dição do aludido dispositivo no art. 368 – destaquei).

Dessume-se que a dedutibilidade da despesa com a remuneração pela prestação de serviços de administradores e conselheiros mostra-se consentânea com as normas *legais* vigentes.

Todavia, para alguns dos defensores da exigência segundo a qual os valores sejam mensais e fixos, sobreleva a ideia de que tal despesa, sem a limitação, “[...] seria dotada de tamanha elasticidade que comportaria qualquer coisa, de modo que tudo caberia no conceito de remuneração [...]” (cf. CARF, 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Processo n. 16327.721046/201516, Acórdão n. 1301003.897, Rel. Conselheiro *Roberto Silva Junior*, j. em 15.05.2019, pp. 06/07).

Porém, tal enfoque, normalmente atrelado à categoria da retirada do sócio gerente (“proprietário da empresa”), não guarda identidade com a realidade do administrador profissional (vínculo de subordinação), o qual não detém governabilidade sobre a própria remuneração, à luz das normas societárias, dentre as quais, a estampada na Lei n. 6.404/1976, denominada “Lei das Sociedades Anônimas”:

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

§ 1º O administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres.

§ 2º É vedado ao administrador:

- a) praticar ato de liberalidade à custa da companhia;
- b) sem prévia autorização da assembleia-geral ou do conselho de administração, tomar por empréstimo recursos ou bens da companhia, ou usar, em proveito próprio, de sociedade em que tenha interesse, ou de terceiros, os seus bens, serviços ou crédito;
- c) receber de terceiros, sem autorização estatutária ou da assembleia-geral, qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício de seu cargo.

§ 3º As importâncias recebidas com infração ao disposto na alínea c do § 2º pertencerão à companhia.

§ 4º O conselho de administração ou a diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais.

Visto o regramento aplicável, passo à análise dos institutos tributários pertinentes.

VI. O papel da dedutibilidade de despesa da pessoa jurídica na definição do lucro real

Prossigo sublinhando premissas atinentes ao conteúdo do IRPJ, cabendo recordar que, no tocante ao aspecto material da hipótese de incidência, o art. 43 do CTN, ao definir os conceitos de renda e proventos, *não* destoa do conceito constitucional.

Pressupõe-se, de igual modo, tal harmonia normativa em relação às disposições atinentes à dedução de valores da base de cálculo da exação, justamente pela imperativa necessidade de correlação lógica entre a base imponible indicada pela lei e o aspecto material da hipótese de incidência.

Nessa linha, a lição clássica de J. L. Bulhões Pedreira:

[...] o acréscimo patrimonial que constitui renda tributável é formado pela diferença entre as receitas e os custos necessários para ganhá-las, e é inconstitucional a lei (a) que define como base de cálculo a receita bruta ou uma porcentagem dessa receita, ou (b) que prescreve a determinação do lucro real computando receitas porém vedando a dedução de custos necessários para ganhá-las: se a lei ordinária veda a dedução de custos necessários, o tributo não incide apenas sobre a renda, mas sobre a renda e capital, pois a parte da receita bruta corresponde aos custos necessários é reposição de capital, e não renda;

[...]

(Imposto de renda - Lucro da pessoa jurídica - Compensação de prejuízos, Revista de Direito Administrativo, 1997, vol. 207, p. 401 – destaquei).

O IRPJ, à luz do disposto no art. 44 do CTN, é mensurado pela sistemática do *lucro real*, presumido ou arbitrado, sendo a primeira modalidade de base de cálculo a regra, a qual consiste, singelamente, no lucro líquido, com alguns ajustes, adições etc.

Voltando o olhar especificamente para o instituto da dedução, inserto no bojo do mecanismo da apuração do lucro real, sublinho a desnecessidade de a lei prever a dedutibilidade daquilo que, aprioristicamente, não se compatibiliza com a própria materialidade do IRPJ.

Logo, a indedutibilidade de despesa é que enseja previsão legal, porque constitui exceção no contexto da definição do elemento quantitativo da exação, sob pena de desatendimento do comando normativo constante dos arts. 150, I, da Constituição da República, e 97, IV, e § 1º, do Código Tributário Nacional, porquanto tal circunstância traduziria aumento indireto de tributação.

Nessa vertente, pondera Ricardo Mariz de Oliveira:

É bom recordar que em princípio todos os custos e despesas são dedutíveis do lucro real, independentemente de haver expressa disposição legal declarando a dedutibilidade deste ou daquele encargo. *Isto é assim porque o sistema legal toma o lucro líquido, no qual custos e despesas estão debitados ao resultado do período-base, como ponto de partida para apuração do lucro real, e prossegue discriminando apenas as exceções, que estabelecem a indedutibilidade de gastos específicos, ou limites ou condições para a sua dedutibilidade, ou períodos distintos para serem deduzidos fiscalmente, ou ainda algum tratamento diferenciado.*

[*Fundamentos do Imposto de Renda (2020)*, São Paulo, SP, Instituto Brasileiro de Direito Tributário - IBDT, 2020, v. 2, p. 828].

Quanto à dedução da soma destinada ao pagamento da remuneração em razão dos serviços prestados pelos administradores e conselheiros, leciona o mesmo autor:

[...] costuma-se justificar essas restrições legais com afirmações de que elas visam coibir a evasão fiscal [...].

[...]

[...] Não mais está presente a razão histórica que justificou adicionar à base de cálculo do IR-PJ o excesso de remuneração de diretores e administradores profissionais, devendo, por conseguinte, serem afastados os seus efeitos perversos, entre os quais se inclui a espúria tributação de decréscimo patrimonial.

Se as limitações à dedutibilidade de remunerações de dirigentes desapareceram do nosso ordenamento em 1997 com a Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996 (art. 88, inciso XIII), muitas outras sobreviveram até hoje, e outras foram criadas.

Mas todas as disposições que ainda subsistem para restringir a dedutibilidade de custos ou despesas carregam esse vesgo de anacronismo e injuridicidade.

São anacrônicas porque as primeiras disposições legais impeditivas de deduções datam de épocas antigas, nas quais o cenário empresarial era totalmente diferente do atual – época das empresas de famílias e dos dirigentes integrantes dessas famílias –, sendo que atualmente mesmo as empresas familiares se agigantaram e em geral estão sob gerência profissional, enquanto as menores enveredam pelo lucro presumido ou mesmo pelo regime do *Simples*, no qual em nada importam os custos e as despesas existentes ou não.

São anacrônicas, também, porque, havendo desde 1996 isenção na distribuição de lucro, não é em todo caso que interessa disfarçar um lucro efetivo em outro tipo de custo ou despesa que, para o receptor, passa a ser renda tributável.

(Ob. cit., pp. 535/536 – destaquei).

Ainda em relação ao mencionado receio de eventual abuso por parte das empresas, cumpre, uma vez mais, destacar a doutrina de Ricardo Mariz de Oliveira:

A injuridicidade dessas restrições também decorre de que as evasões devem ser combatidas caso a caso, com provas seguras da sua ocorrência e a devida penalização dos seus autores, e não através [de] norma gerais e injustas, que atingem todos os contribuintes e que não se preocupam em distinguir os casos de deduções legítimas dos fraudulentos.

Ademais, quando essas normas mandam adicionar à base de cálculo os valores de determinados dispêndios, não obstante a constatação e comprovação de que eles efetivamente ocorreram, na verdade criam ficções inconstitucionais de lucro onde lucro não existe, ou de lucro maior do que o efetivamente existente.

(Ob. cit., p. 537).

Portanto, o mecanismo da dedutibilidade não deve condicionar exegese que despreze as molduras constitucional e legal *fundamentais* da tributação do Imposto sobre a Renda, desfigurando a sua materialidade, inclusive quanto ao *decrécimo* patrimonial.

Nesse vértice, ensina Mizabel Derzi:

É importante lembrar que o legislador ordinário brasileiro não tem, como o legislador europeu, liberdade e discricionariedade maior para reduzir, ampliar, alterar ou graduar o conceito de renda. *Em outros países, onde a Constituição é silente, pode a lei determinar, com maior flexibilidade, a indedutibilidade de certa despesa, de certa provisão, até de tributos pagos; lá ele é guiado, apenas, pelas normas da tributação razoável e prudente. Em nosso país, não obstante, a Constituição não admite a confusão conceitual entre renda e patrimônio, e falece competência à União para tributar o patrimônio, por simples lei ordinária, como se fosse renda.*

(*Direito Tributário Brasileiro - CTN Comentado*. 14ª ed., rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 439, atualizado por Misabel Derzi – destaquei).

Registrado o papel do mecanismo tributário em debate, convém registrar o memorial da jurisprudência sobre o tema.

VII. Panorama jurisprudencial

Diante da semelhança axiológica com a presente demanda, cumpre rememorar a compreensão do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em regime

de Repercussão Geral, o Recurso Extraordinário n. 1.063.187 (*Tema n. 962*), em que se fixou a inconstitucionalidade da “[...] incidência do IRPJ e da CSLL sobre os valores atinentes à taxa Selic recebidos em razão de repetição de indébito tributário”, registrando, no voto condutor do julgado, que “a materialidade do Imposto de Renda e a da CSLL estão relacionadas com a existência de acréscimo patrimonial”, ementa assim expressa:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Direito Tributário. IRPJ e CSLL. Incidência sobre os valores atinentes à taxa Selic recebidos em razão de repetição de indébito tributário. Inconstitucionalidade.

1. *A materialidade do imposto de renda e a da CSLL estão relacionadas com a existência de acréscimo patrimonial. Precedentes.*

2. A palavra indenização abrange os valores relativos a danos emergentes e os concernentes a lucros cessantes. Os primeiros, que correspondem ao que efetivamente se perdeu, não incrementam o patrimônio de quem os recebe e, assim, não se amoldam ao conteúdo mínimo da materialidade do imposto de renda prevista no art. 153, III, da Constituição Federal. Os segundos, desde que caracterizado o acréscimo patrimonial, podem, em tese, ser tributados pelo imposto de renda.

3. Os valores atinentes à taxa Selic recebidos em razão de repetição de indébito tributário visam, precipuamente, a recompor efetivas perdas (danos emergentes). A demora na restituição do indébito tributário faz com que o credor busque meios alternativos ou mesmo heterodoxos para atender a suas necessidades, os quais atraem juros, multas, outros passivos, outras despesas ou mesmo preços mais elevados.

4. Foi fixada a seguinte tese para o Tema n. 962 de repercussão geral: “É inconstitucional a incidência do IRPJ e da CSLL sobre os valores atinentes à taxa Selic recebidos em razão de repetição de indébito tributário”.

5. Recurso extraordinário não provido.

(RE 1.063.187/SC, Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 27.09.2021, DJe 16.12.2021 – destaquei).

À vista da ausência de precedente específico acerca da matéria em debate neste Superior Tribunal de Justiça, revela-se oportuno destacar o entendimento desta Corte em relação à base imponible do IRPJ, segundo a qual é vedada a tributação fundada em atos normativos infralegais. Nessa linha, o julgado acerca da tributação do crédito presumido de ICMS pelo tributo em tela:

Processo Civil e Tributário. Embargos de divergência em recurso especial. [...] Créditos do Reintegra. Incidência de IRPJ e da CSLL. [...] Créditos presumidos

concedidos a título de incentivo fiscal. Inclusão nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. Inviabilidade. Tributação fundada em atos infralegais. [...].

[...]

IV - A discussão cognoscível cinge-se à exclusão de crédito presumido do ICMS das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, tema já pacificado por esta Seção na apreciação do EREsp n. 1.517.492/PR, de minha relatoria para o acórdão, julgado em 08.11.2017, DJe 01.02.2018, e reafirmado por tal órgão jurisdicional, inclusive com referência expressa pela inaplicabilidade da cláusula de reserva de plenário no AgInt nos EDv nos EREsp n. 1.603.082/SC, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, julgado em 03.12.2019, DJe 05.12.2019.

[...]

VI - Ao considerar tal crédito como lucro, o entendimento manifestado pelo acórdão paradigma, da 2ª Turma, sufraga, em última análise, a possibilidade de a União retirar, por via oblíqua, o incentivo fiscal que o Estado-membro, no exercício de sua competência tributária, outorgou.

VII - Tal orientação leva ao esvaziamento ou redução do incentivo fiscal legitimamente outorgado pelo ente federativo, *em especial porque fundamentado exclusivamente em atos infralegais*, consoante declinado pela própria autoridade coatora nas informações prestadas.

VIII - O modelo federativo abraça a concepção segundo a qual a distribuição das competências tributárias decorre dessa forma de organização estatal e por ela é condicionada.

[...]

XIX - O crédito presumido de ICMS, a par de não se incorporar ao patrimônio da contribuinte, não constitui lucro, base imponible do IRPJ e da CSLL.

[...]

XXI - Embargos de Divergência conhecidos em parte e, nessa extensão, providos.

(EREsp 1.443.771/RS, de minha relatoria para o acórdão, Primeira Seção, julgado em 14/04/2021, DJe 28/04/2021 – destaquei).

De igual modo, a 2ª Turma deste Tribunal Superior assentou, há muito, na linha do que já assinalava abalizada doutrina a impropriedade da criação de óbices à dedutibilidade “por interpretação jurídica ou veiculados por atos infralegais” (cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Imposto sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 274/276; cuja ponderação é reafirmada na edição seguinte daquela obra – 2009, p. 293).

Tal acórdão exhibe ementa assim redigida:

Tributário. Imposto sobre a renda. Duplicatas descontadas. Fundo de reserva especial de risco com operações de câmbio. Dedutibilidade. Art. 61, § 2º, da Lei 4.506/64.

1. As duplicatas descontadas após o endosso passam a compor o patrimônio do endossatário e se inadimplidas pelo sacado ou endossante caracterizam prejuízo ao possuidor do título.

2. Criado fundo específico para cobrir prejuízos com operações de câmbio, nos termos de Resolução do Banco Central, a provisão assim realizada, por restar excluída do lucro líquido e possuir finalidade própria de evitar perdas financeiras, é dedutível da base de cálculo do *imposto sobre a renda*.

3. *A jurisprudência desta Corte veda a criação de óbices à dedução de créditos de liquidez duvidosa por interpretação jurídica ou veiculados por atos infralegais. Precedentes.*

4. Recurso especial não provido.

(REsp 862.666/PE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 24/03/2009, DJe 23/04/2009 – destaquei).

No âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, ganha relevo a compreensão desenvolvida no voto condutor de acórdão oriundo da 3ª Turma, Colegiado integrante da Seção especializada em IRPJ daquele órgão, no qual se consignou, dentre outros pontos, a conclusão pela superação da “[...] restrição da dedução das despesas com administradores, dirigentes ou diretores, para remunerações mensais e fixas” (Processo n. 18471.001569/2006-13, Acórdão n. 1301000.729, Rel. Conselheiro *Marcos Takata*, j. 15.05.2019, p. 19/23 – destaquei):

[...] de há muito se encontra superada a restrição da dedução das despesas com administradores, dirigentes ou diretores, para remunerações mensais e fixas. O art. 357, parágrafo único, I, do RIR/99 à guisa de reproduzir o art. 43, § 1º, “b”, do DecretoLei 5.844/43, fala de remuneração mensal e fixa dos administradores, sócios, titular de empresa individual e conselheiros fiscais e consultivos, para sua dedutibilidade.

Mas, vejase a dicção do citado preceito legal:

[...]

Aí não se fala de remuneração de administradores. Por outro lado, a interpretação lógica com as demais alíneas leva à conclusão de que a restrição contida na alínea “b” do § 1º do art. 43 se refere à remuneração dos sócios. Isso fica claro pela expressão “retiradas” utilizada na alínea em questão, pela referência a percentuais quando se trata de administradores (diretores), isso na alínea “d”, e pela remissão a titular e sócios quanto a juros sobre o capital próprio na alínea “e”.

Retiradas são de sócios ou titular das firmas (alínea "b"). Para membros da diretoria residentes no País, não havia a restrição para dedução ordenados e percentuais pagos – a restrição era para diretores residentes no exterior (alínea "d"). Ora, percentuais levam a remuneração não fixa. Além disso, percentuais não levam a remuneração mensal necessariamente – em que pese este argumento provar demais. Aliase a isso a referência a titular e sócios, não mais quanto a "retiradas", mas para juros sobre o capital próprio (alínea "e"). A conjugação dessas alíneas conduz a interpretação de que a restrição contida na alínea "b" é para sócios ou titular de firma individual.

Essa a primeira razão.

Mas, mesmo quanto a sócios e titular de firma individual, a restrição do art. 43, § 1º, "b", do DecretoLei 5.844/43, e mais ainda quanto a administradores ou diretores, já havia sido superada pelos arts. 47, §§ 5º e 7º e 51, da Lei 4.506/642, que deram nova regulação à dedutibilidade das despesas de remuneração com sócios, titular de firma individual, e aí sim regulando também a remuneração de administradores, diretores ou dirigentes.

O § 1º do art. 51 da Lei 4.506/64 traçou regras detalhadas para dedutibilidade das despesas com remuneração de sócios e diretores.

Mais. *Em momento bem posterior, os arts. 29 e 30, do DecretoLei 2.341/87 regularam novamente a matéria – aliás, regularam integralmente a matéria, tal como a precitada lei – relativa à remuneração mensal dos sócios, diretores ou administradores, inclusive membros do conselho de administração, bem como de titulares de firmas individuais, e à remuneração dos membros dos conselhos fiscais e consultivos. Mais uma vez, o § 4º do art. 29 do DecretoLei 2.341/87 rechaçava a necessidade de remuneração fixa:*

[...]

Num passado não muito distante, os arts. 29 e 30, do DecretoLei 2.341/87 foram revogados pelo art. 88, XIII, da Lei 9.430/96. Com isso, o limite de dedutibilidade das despesas com administradores, dirigentes, diretores, sócios e titulares de firma individual deixou de existir.

Essa a segunda razão.

[...]

De tudo quanto expus, fica muito claro que a dedução de despesas com administradores ou diretores não se limita à remuneração fixa e mensal. E inexistente a limitação de dedutibilidade das despesas com remuneração de administradores ou diretores.

[...]

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

VIII. O caso concreto

As contribuintes sagraram-se vencedoras no âmbito da primeira instância (fl. 156e):

[...] *Julgo procedente* a pretensão dos Autores, confirmando a tutela antecipada, a fim de que os Autores possam considerar, como despesa dedutível, na apuração do lucro real, os honorários pagos a seus administradores e conselheiros, independentemente de serem mensais e fixos, afastando as restrições impostas pelo artigo 31 da Instrução Normativa n. 93/97.

A Corte *a qua*, por seu turno, reformou a sentença assinalando a conclusão segundo a qual “a legislação que rege a matéria, [...], reforça a regra de que a dedução da base de cálculo do IRPJ, a título de despesas na apuração do lucro real, somente é possível, em se tratando de valores destinados a administradores e conselheiros da pessoa jurídica, quando forem fixos e mensais” (fl. 533e).

Todavia, o exame atento da legislação de regência do Imposto sobre a Renda revela que os vetustos requisitos *da periodicidade* – mensal –, bem como da *constância* do numerário desembolsado – fixo –, voltados à restrição da dedutibilidade do pagamento dos honorários de administradores e conselheiros de empresas, não mais se verificam porque: (i) os arts. 29 e 30, do DecretoLei n. 2.341/1987 foram revogados pelo art. 88, XIII, da Lei n. 9.430/1996; e (ii) desnecessário a lei prever a dedutibilidade daquilo que, aprioristicamente, não se compatibiliza com a própria materialidade do IRPJ.

Conclusão diversa vulnera, indubitavelmente, as normas plasmadas nos arts. 43 e 44, ambos do CTN, dispositivos esses interpretados à luz do conceito constitucional de renda.

Ademais, a interpretação efetuada pelo Fisco, alicerçada na Instrução Normativa SRFB n. 93/1997 (art. 31), mostra-se desarrazoada, porquanto traduz a instituição de óbice à dedutibilidade mediante interpretação veiculada em atos administrativos normativos, no plano infralegal somente, tal como destacado no julgado da 2ª Turma (REsp n. 862.666/PE, Rel. Ministra *Eliana Calmon*, j. 24.03.2009), antes apontado e em confronto à jurisprudência da 1ª Seção.

Dessarte, revela-se inaceitável restringir, mediante ato administrativo normativo (IN SRFB n. 93/1997), a legítima dedutibilidade da apontada despesa com a remuneração pela prestação de serviços de administradores e conselheiros.

Em meu sentir, à vista da escorreita solução ultimada pelo Juízo de primeiro grau, a qual assentou a procedência dos pedidos das contribuintes, o restabelecimento daquele provimento jurisdicional é a medida que se impõe no presente caso (fls. 145/156e).

Posto isso, *dou provimento* ao Recurso Especial, nos termos expostos.

É o voto.

VOTO-VISTA

Após o bem-lançado voto da eminente relatora, Ministra Regina Helena Costa, pedi vista dos autos para melhor exame da controvérsia.

Na hipótese, trata-se de recurso especial interposto por *Marcep Corretagem de Seguros S.A. e Outras*, com base na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão assim ementado (e-STJ fl. 533):

Tributário. Embargos infringentes. IRPJ. Despesas operacionais. Administradores e conselheiros. Remuneração eventual. Artigo 31 da IN/SRF n. 93/97.

A legislação que rege a matéria, vale dizer: o DL n. 5.844/43, o DL n. 2.341/87 e o Decreto n. 3.000/99, reforçam a regra de que a dedução da base de cálculo do IRPJ, a título de despesas na apuração do lucro real, somente é possível, em se tratando de valores destinados a administradores e conselheiros da pessoa jurídica, quando forem fixos e mensais.

A dedutibilidade, como despesas operacionais, de pagamentos efetuados a diretores, sócios ou administradores, somente é considerada quando comprovadas a efetividade da prestação dos serviços e do atendimento dos requisitos fiscais da necessidade, usualidade e normalidade dos dispêndios ao desenvolvimento das operações da empresa.

É legítima a incidência tributária sobre qualquer retirada eventual da empresa, seja para pagar honorários de administradores e conselheiros, seja para remunerar o titular ou os sócios da empresa, tal como previsto no artigo 31 da IN n. 93/97, reproduzido no inciso I, do artigo 357, do Decreto n. 3.000/99 (RIR/99).

Os embargos de declaração foram rejeitados, nestes termos (e-STJ fls. 568/569):

Embargos de declaração em embargos infringentes. IRPJ. Despesas operacionais. Administradores e conselheiros. Remuneração eventual. Artigo

31 da IN/SRF n. 93/97. Omissão. Inocorrência. Prequestionamento. Caráter infringente dos embargos.

Os embargos de declaração, mesmo para fins de prequestionamento de dispositivos constitucionais, somente são cabíveis quando o julgado padece de omissão, contradição ou obscuridade, nos termos do art. 535, I e II, do CPC, bem como para sanar a ocorrência de erro material, inócurrenente no caso dos autos.

Não se discute nos autos os pagamentos alusivos aos lucros distribuídos aos sócios, para os quais a norma aplicável é o artigo 10 da Lei n. 9.249/95, razão pela qual tal artigo não derogou o artigo 43, § 1º, do DL n. 5.844/43.

Observe-se, a propósito, o artigo 357, parágrafo único do Regulamento do Imposto de Renda, veiculado pelo Decreto n. 3000/99, que encontra seu fundamento de validade no mencionado artigo 43, § 1º, 'b' e do DL n. 5.844/43.

O artigo 357 do RIR/99 trata expressamente das remunerações dos sócios, diretores ou administradores, titular de empresa individual e conselheiros fiscais e consultivos. E, diferentemente do que alegam as embargantes, ao cuidar das parcelas não dedutíveis em seu parágrafo único, referiu-se de forma genérica a quaisquer "retiradas", e não apenas dos sócios.

O objetivo das normas em questão é impedir que as empresas reduzam a sua carga tributária indevidamente. Nesse contexto, não há falar em majoração ou dupla incidência de tributo sobre a mesma base de cálculo, distorção do conceito de renda, tampouco violação ao princípio da livre iniciativa.

As restrições impostas pela legislação do IR atende perfeitamente aos princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais, especialmente o art. 1º, IV; art. 3º, I; art. 153, III; art. 154, I, e art. 170, IV e VIII e § único, da CF/88, e os arts. 43, 45 e 110 do CTN.

O teor da peça processual demonstra, por si só, que a parte deseja alterar o julgado, em manifesto caráter infringente para o qual não se prestam os embargos de declaração, uma vez que seu âmbito é restrito: visam a suprir omissão, aclarar ponto obscuro ou, ainda, eliminar contradição eventualmente existente em decisão, sentença ou acórdão.

Embargos de declaração rejeitados.

Em suas razões, a recorrente alega violação dos seguintes dispositivos legais: art. 535, II, do CPC/73, arts. 43, 44, 97, 99 e 100, I, do CTN; art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil; art. 10 da Lei n. 9.249/1995, art. 88, XIII, da Lei n. 9.430/1996 e arts. 29 e 30 do Decreto-Lei n. 2.341/1987.

Sustenta que o acórdão recorrido foi omissivo e, quanto ao mérito, requer a reforma do julgado por entender que (e-STJ fl. 582):

[...]

inexiste fundamento de validade para a exigência do artigo 31 da IN 93/97 nas Leis 8.981/95, 9.065/95, 9.249/95, 9.250/95, 9.316/96 e 9.430/96 por ela mesma indicadas como regulamentadas, posto que nenhuma dessas leis cuidou de estabelecer para honorários dos administradores e conselheiros a exigência de serem mensais e fixos para efeito de dedutibilidade do IRPJ. E ainda que, a legislação posterior que versou sobre condições de dedutibilidade dessas remunerações - art. 51 da Lei 4.506/64, art. 16 do DL 401/68, art. 7º do DL 1.089/70 e art. 29 do DL 2.341/87 - cuidou apenas dos limites de valor sem repetir a condição de remuneração “mensal e fixa”, até o advento da Lei 9.430/96 que, em seu art. 88, XIII revogou esses limites de valor ao revogar os artigos 29 e 30 do DL 2.341/87, tendo ocorrido a revogação tácita do Decreto-Lei 5.844/43 e da regra que impunha às retiradas de sócios ou de titulares de firma individual a circunstância de serem mensais e fixas, à luz do art. 2º, da Lei de Introdução do Código Civil.

Contrarrazões apresentadas à e-STJ fls. 683/685.

Decisão de admissibilidade às e-STJ fls. 690/692.

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

Dito isso, verifica-se que o recurso especial se origina de ação ordinária julgada procedente, na primeira instância, “a fim de que os autores possam considerar como despesa dedutível, na apuração do lucro real, os honorários pagos a seus administradores e conselheiros, independentemente de serem mensais e fixos, afastando-se as restrições impostas pelo artigo 31 da Instrução Normativa n. 93/97” (e-STJ fl. 156).

Por ocasião do julgamento da apelação, o Tribunal *a quo*, por maioria, deu provimento ao recurso fazendário, em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 523):

Tributário. Processual. IRPJ Remuneração. Administradores e conselheiros. Dedução no lucro real. IN 93/97: ARI: 31: exigência de valores fixos e periodicidade mensal. Exigência que não desborda das balizas contidas no Decreto-Lei n. 5.844/43. Renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação. Adesão a programa de recuperação fiscal, possibilidade mesmo após a sentença de mérito.

1. É viável a renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, mesmo - após a prolação de sentença de mérito, em ordem a cumprir requisito legal para adesão a programa de recuperação do passivo tributário do interessado. Providência que independe de aceitação da parte adversa.

2. As retiradas para remuneração de administradores e conselheiros são dedutíveis do lucro real, quando implementadas em patamar fixo e em caráter mensal, nos termos do que dispõe o art. 43, § 1º alínea b, do Decreto-Lei n. 5.844/43, não fazendo o legislador distinção entre retirada para pagamento de sócios e titular de empresa e administradores e conselheiros.

3. Tal o contexto, revela-se hígida a disposição do art. 31 da Instrução Normativa n. 93/97, a qual se ateuve aos comandos daquele preceptivo legal.

4. Apelo da União e remessa oficial providas.

Opostos embargos infringentes, estes foram desprovidos. Do voto condutor do acórdão destaca-se (e-STJ fls. 520/534):

[...]

A legislação que rege a matéria, vale dizer: o DL n. 5.844/43, o DL n. 2.341/87 e o Decreto n. 3.000/99, reforçam a regra de que a dedução da base de cálculo do IRPJ, a título de despesas na apuração do lucro real, somente é possível, em se tratando de valores destinados a administradores e conselheiros da pessoa jurídica, quando forem fixos e mensais.

Significa dizer, quaisquer gratificações pagas a título eventual ou esporádico, não-mensal, representam liberalidade da pessoa jurídica empregadora, não representando, pois, despesa ordinária, vinculada à consecução dos objetivos sociais.

Com efeito, a dedutibilidade, como despesas operacionais, tais como pagamentos efetuados a diretores, sócios ou administradores, somente é considerada, quando comprovadas a efetividade da prestação dos serviços e do atendimento dos requisitos fiscais da necessidade, usualidade e normalidade dos dispêndios ao desenvolvimento das operações da empresa. Essa dedutibilidade vai imbricar-se pois, com o denominado lucro operacional.

Assim considerando, é legítima a incidência tributária sobre qualquer retirada eventual da empresa, seja para pagar honorários de administradores e conselheiros, seja para remunerar o titular ou os sócios da empresa, tal como previsto no artigo 31 da IN n. 93/97, reproduzido no inciso I, do artigo 357, do Decreto n. 3.000/99 (RIR/99).

Não se alegue ademais, que o regulamento do IR/99 não exige que a remuneração seja mensal e fixa e dedutível. O certo é que igualmente não proíbe, não colidindo com as determinações anteriores. Portanto, a IN 93/97 (IN 1515/14) não inovou no mundo jurídico quando determinou no art. 29 “in verbis”:

Art. 29. São dedutíveis na determinação do lucro real, sem qualquer limitação, as retiradas dos sócios, diretores ou administradores, titular de empresa individual e conselheiros fiscais e consultivos, desde que escriturados em custos ou despesas

operacionais e correspondam a remuneração mensal e fixa por prestação de serviços.

Neste sentido, valho-me da declaração de voto do e. Desembargador Federal Carlos Muta, que tomo como razões de decidir:

“No exame das Teses adotadas de lado a lado, destaca-se que tanto a sentença como o voto do relator consideram aplicável o Decreto-Lei n. 4.844/43, enquanto o voto-vista invocou o artigo 29, §§ 1º e 4º do Decreto-Lei n. 2.341/87 como norma revogadora daquela outra legislação.

O artigo 29 do Decreto-Lei n. 2.341/87 dispôs que:

Art. 29. A despesa operacional relativa à remuneração mensal dos sócios, diretores ou administradores da pessoa jurídica, inclusive os membros do conselho de administração, assim como a dos titulares das empresas individuais, não poderá exceder, para cada beneficiário, a 15 (quinze) vezes o valor fixado como limite de isenção na tabela de desconto do Imposto de Renda na Fonte sobre rendimentos do trabalho assalariado, vigorante no mês a que corresponder a despesa.

1º O valor total da remuneração colegial a que se refere este artigo não poderá ultrapassar a 8 (oito) vezes o valor da remuneração individual.

2º A dedução das remunerações de que trata este artigo, em cada período - base, não poderá ser superior a 50% (cinquenta por cento) do lucro real antes da compensação de prejuízos e de serem computados os valores correspondentes às remunerações.

3º Em qualquer hipótese, mesmo no caso de prejuízo, será admitida, para cada um dos beneficiários, remuneração mensal igual ao dobro do limite de isenção para efeito de desconto do Imposto de Renda na Fonte sobre rendimentos do trabalho assalariado.

4º Para apuração do montante mensal da remuneração, serão computados todos os pagamentos efetuados pela pessoa jurídica em caráter de retribuição pelo exercício da função, inclusive as despesas de representação. Como se observa, o dispositivo citado reforça, e não elide, a regra de que a dedução somente é possível no tocante à ‘remuneração mensal de sócios, diretores ou administradores da pessoa jurídica, inclusive os membros do conselho de administração’, excluindo, portanto, os pagamentos esporádicos, em períodos distintos ou em valores não fixos, como 550 os versados na presente ação.

Verifica-se, pois, que o decreto-lei de 1987, ao contrário de revogar o decreto-lei de 1943, explícita ou implicitamente, revelou, na verdade, o intento de confirmar suas disposições, conferindo-lhe atualidade normativa, ao adotar o mesmo critério objetivo para definir o alcance da dedução possível de retiradas na apuração do lucro real. Correta a interpretação tanto da sentença como do voto do relator, no tocante à aplicabilidade, ao caso, do Decreto-Lei n. 5.844/43, o

que leva à necessidade lógica subsequente de examinar se a instrução normativa em exame violou, ou não, o parâmetro legal demarcado para a apuração do lucro real das pessoas jurídicas.

Neste ponto, igualmente, convirjo para a conclusão do relator, pois é expresso o texto legal em estabelecer que serão adicionados ao lucro real - e, por isto mesmo, se veda a dedução - 'as retiradas não debitadas em despesas gerais ou contas subsidiárias, e as que, mesmo escrituradas nessas contas, não correspondam à remuneração mensal fixa por prestação de serviços' (artigo 43, § 1º, b).

Portanto, se as retiradas em prol de administradores ou conselheiros não observa o regime de periodicidade e invariabilidade previsto no artigo 43, § 1º, b, do Decreto-Lei n. 5.844/43, não configurando, portanto, 'remuneração mensal', nos termos do artigo 29 do Decreto-Lei n. 2.341/87, não pode ser objeto de dedução para a apuração da base de cálculo do IRPJ, como pretendido pelos contribuintes, daí porque não haver qualquer- ilegalidade na tribulação censurada."

[...]

Ante o exposto, nego provimento aos Embargos Infringentes.

É como voto.

Pois bem, discute-se nos autos se a remuneração dos administradores da pessoa jurídica somente pode ser deduzida do lucro tributável, para fins de cálculo do IRPJ e da CSLL, se paga em valores fixos e mensais, na forma do art. 43, § 1º, "b", do Decreto-Lei n. 5.844/1943 e do art. 31 da Instrução Normativa SRF n. 93/1997.

Vejamos a legislação supracitada:

Decreto-Lei n. 5.844/43

(Dispõe sobre a cobrança e fiscalização do imposto de renda)

Capítulo V

Da base do imposto

Art. 43. A base do imposto será dada pelo lucro real ou presumido correspondente ao ano social ou civil anterior ao exercício financeiro em que o imposto for devido.

§ 1º Serão adicionados ao lucro real, para tributação em cada exercício financeiro:

a) as quantias aplicadas na aquisição de bens de qualquer natureza, quando levadas a lucros e perdas;

b) as retiradas não debitadas em despesas gerais ou contas subsidiárias, e as que, mesmo escrituradas nessas contas, não correspondam à remuneração mensal fixa por prestação de serviços;

IN da SRF n. 93, de 24/12/1997

Seção VI

Tributação com base no lucro real

Retiradas de Administradores

Art. 31. São dedutíveis na determinação do lucro real, sem qualquer limitação, as retiradas dos sócios, diretores ou administradores, titular de empresa individual e conselheiros fiscais e consultivos, desde que escriturados em custos ou despesas operacionais e correspondam a remuneração mensal e fixa por prestação de serviços.

Parágrafo único. Não serão dedutíveis na determinação do lucro real as percentagens e ordenados pagos a membros de diretorias das sociedades por ações que não residam no País. (Grifos acrescentados)

Segundo o acórdão recorrido, a conjugação das normas acima citadas ensejaria a conclusão jurídica de que não podem ser objeto de dedução, para a apuração da base de cálculo do IRPJ, as retiradas em prol de administradores ou conselheiros que não observem o regime de periodicidade e invariabilidade previsto nos dispositivos supratranscritos.

Antes de externar a interpretação que julgo adequada aos referidos artigos, é importante avaliar se o mencionado comando normativo primário (art. 43, § 1º, “b”, do Decreto-Lei n. 5.844/1943) ainda se encontra vigente, já que a questionada norma secundária (art. 31 da Instrução Normativa SRF n. 93/1997) tem naquele seu pressuposto de validade.

Adianto entender que a resposta a essa primeira controvérsia é positiva, isto é, a fonte normativa primária continua vigente.

É bem verdade que, após o Decreto-Lei n. 5.844/1943, foi editado o Decreto-Lei n. 2.341/1987, cujos artigos 29 e 30 dispunham acerca das limitações à dedutibilidade de remuneração de dirigentes, dispositivos posteriormente revogados pela Lei n. 9.430/1996 (art. 88, XIII).

Em um primeiro exame da questão, poder-se-ia imaginar que o Decreto-Lei de 1987, ao dispor sobre a dedutibilidade de remuneração da base do IRPJ, teria substituído integralmente a norma anterior (Decreto-Lei n. 5.844/1943), revogando-o tacitamente. E, seguindo esse raciocínio, como a norma intermediária (Decreto-Lei de 1987) teria, em sequência, sido revogada pela Lei n. 9.430/1996, concluir-se-ia que não haveria mais limites às deduções das remunerações de dirigentes.

Porém, verificando com mais vagar essa sucessão legislativa, tenho que em nenhum momento houve a revogação tácita total (ab-rogação) da primeira

fonte normativa (o Decreto-Lei n. 5.844/1943). É que os arts. 29 e 30 do Decreto-Lei n. 2.341/1987 dispuseram apenas sobre limitações *quantitativas* à dedutibilidade de remuneração de dirigentes, sem modificar os critérios *qualitativos* antes estabelecidos para que a despesa fosse deduzida.

Vejam os textos dos últimos dispositivos mencionados:

Decreto-Lei n. 2.341/87 (já revogado)

Art. 29. A despesa operacional relativa à remuneração mensal dos sócios, diretores ou administradores da pessoa jurídica, inclusive os membros do conselho de administração, assim como a dos titulares das empresas individuais, não poderá exceder, para cada beneficiário, a 15 (quinze) vezes o valor fixado como limite de isenção na tabela de desconto do Imposto de Renda na Fonte sobre rendimentos do trabalho assalariado, vigorante no mês a que corresponder a despesa. *(Revogado pela Lei n. 9.430, de 1996)*

1º O valor total da remuneração colegial a que se refere este artigo não poderá ultrapassar a 8 (oito) vezes o valor da remuneração individual. *(Revogado pela Lei n. 9.430, de 1996)*

2º A dedução das remunerações de que trata este artigo, em cada período-base, não poderá ser superior a 50% (cinquenta por cento) do lucro real antes da compensação de prejuízos e de serem computados os valores correspondentes às remunerações. *(Revogado pela Lei n. 9.430, de 1996)*

3º Em qualquer hipótese, mesmo no caso de prejuízo, será admitida, para cada um dos beneficiários, remuneração mensal igual ao dobro do limite de isenção para efeito de desconto do Imposto de Renda na Fonte sobre rendimentos do trabalho assalariado. *(Revogado pela Lei n. 9.430, de 1996)*

4º Para apuração do montante mensal da remuneração, serão computados todos os pagamentos efetuados pela pessoa jurídica em caráter de retribuição pelo exercício da função, inclusive as despesas de representação. *(Revogado pela Lei n. 9.430, de 1996)*

Art. 30. A despesa operacional relativa à remuneração de cada um dos conselheiros fiscais ou consultivos não poderá ultrapassar a 10% (dez por cento) do limite da remuneração individual, estabelecido no artigo anterior, admitido para o período-base. *(Revogado pela Lei n. 9.430, de 1996)*

Melhor dizendo: a interpretação geral e *contrario sensu* do art. 43, § 1º, “b”, do Decreto-Lei n. 5.844/1943 era a de que seriam dedutíveis na determinação do lucro real as retiradas escrituradas que correspondessem à remuneração mensal e fixa por prestação de serviços. Logo, esta condição constituiria o requisito *qualitativo* exigido para que tal espécie de despesa fosse deduzida do lucro real, sendo que a norma posterior (Decreto-Lei n. 2.341/1987) estabeleceu

apenas critérios *quantitativos* novos, fixando limites/tetos para que essa dedução ocorresse (arts. 29 e 30).

Portanto, quando a Lei posterior (9.430/1996, art. 88, XIII), revogou os arts. 29 e 30 da norma antecedente (Decreto-Lei n. 2.341/1987), ela decotou do ordenamento jurídico apenas o critério/limite *quantitativo*, sem que em nenhum momento a condição *qualitativa* (retiradas escrituradas que correspondessem à remuneração mensal e fixa por prestação de serviços), criada desde a primeira norma (43, § 1º, “b”, do Decreto-Lei n. 5.844/1943), tenha sido revogada.

Saliente-se que o Regulamento do Imposto de Renda atualmente vigente (Decreto n. 9.580/2018), na parte em que trata da Remuneração dos Sócios, Diretores ou Administradores e Titulares de Empresas Individuais e Conselheiros Fiscais e Consultivos, ainda faz, em seu art. 368, referência expressa ao Decreto-Lei n. 5.844/1943, art. 43, § 1º, alíneas “b” e “d”, o que reforça a validade da norma.

Superada este primeiro ponto, resta ainda saber se, embora ainda vigente, o comando normativo do art. 43, § 1º, “b”, do Decreto-Lei n. 5.844/1943 restringe-se à retirada dos sócios, ou abrange também a remuneração dos administradores e conselheiros.

Isso porque, segundo os recorrentes, a interpretação sistemática e teleológica do supracitado Decreto permitiria extrair de outros dispositivos ali inseridos (notadamente os arts. 5º e 8º) a ideia de que o legislador promoveu uma separação entre o tratamento conferido aos negociantes em firma individual ou sócios de sociedades (art. 5º, § 1º, I, “c”) e aquele dado aos conselheiros, administradores e diretores (art. 5º, § 1º, I, “b”).

Com esse raciocínio, os particulares compreendem que o Decreto-Lei n. 5.844/1943, se vigente, estabeleceu a exigência de pagamento mensal e fixo como condição para dedutibilidade do IRPJ apenas para as “retiradas” dos negociantes em firma individual ou sócios de sociedades comerciais e industriais, não prevendo igual exigência em relação aos “honorários” dos conselheiros fiscais e de administração e de diretores de sociedades anônimas, civis ou de qualquer espécie.

Não comungo do mesmo pensamento.

Transcrevo o referido art. 5º:

Art. 5º Na cédula C serão classificados os rendimentos do trabalho, provenientes do exercício de empregos, cargos e funções, tais como vencimentos, soldos,

subsídios, ordenados salários, percentagens, comissões, gratificações, diárias, cotas-partes de multas, ajudas de custo, representações e quaisquer outros proventos ou vantagens pagos, sob qualquer título e forma contratual, pelos cofres públicos federais, estaduais ou municipais, pelas entidades autárquicas, para estatais e de economia mista, pelas firmas e sociedades ou por particulares. (Redação dada pelo Decreto-Lei n. 9.407, de 27.6.1946)

§ 1º Serão também classificadas na cédula C:

I, as remunerações relativas à prestação de serviços pelos:

- a) caixeiros viajantes;
- b) conselheiros fiscais e de administração e diretores de sociedades anônimas, civís, ou de qualquer espécie.
- c) negociantes em firma individual ou sócios de sociedades comerciais e industriais, quando tais remunerações forem representadas por importância mensal fixa e levadas a despesas gerais ou contas subsidiárias, na contabilidade da firma ou sociedade;

A meu ver, a divisão empregada no referido dispositivo (art. 5º, § 1º, “b” e “c”) se operou como forma de deixar claro que ambas as espécies de remuneração das pessoas físicas ali previstas (seja a dos conselheiros fiscais e de administração e a dos diretores, seja a dos negociantes em firma individual ou a dos sócios de sociedades comerciais e industriais) deveriam se submeter à sistemática de pagamento da mesma cédula (a “C”).

Entendo que essa divisão didática escolhida pelo legislador no contexto de tributação de pessoa física não é suficiente para levar à conclusão de que a condição geral imposta pelo art. 43, § 1º, “b”, do Decreto-Lei n. 5.844/1943 às pessoas jurídicas valha apenas quando se tratar de remuneração de sócios das sociedades empresárias, e não de pagamento aos conselheiros, administradores e diretores.

Na realidade, o referido dispositivo não restringe, em seu texto, a sua aplicabilidade ao primeiro grupo de pessoas; também não traz nenhuma distinção entre “retirada” e “honorários”, como fazem crer os interessados, apresentando redação genérica de restrição às deduções referentes às remunerações que “não correspondam à remuneração mensal fixa por prestação de serviços”.

Se tencionava o legislador incluir na moldura normativa do art. 43, § 1º, “b”, do Decreto-Lei n. 5.844/1943 apenas as remunerações pagas aos negociantes em firma individual ou sócios de sociedades comerciais e industriais, bastaria tê-los indicados expressamente, ou ter promovido remissão direta aos sujeitos mencionados no art. 5º, § 1º, “c”, mas assim não procedeu.

Não me parece ser caso de omissão por atecnia legal, mas silêncio eloquente, apresentando-se como opção legislativa a escolha por redação mais abrangente.

Dessa maneira, uma vez que o legislador fez opção expressa de considerar adicionadas ao lucro real as retiradas com a qualidade supracitada (não debitadas em despesas gerais ou contas subsidiárias, e as que, mesmo escrituradas nessas contas, não correspondam à remuneração mensal fixa por prestação de serviços); e tendo em vista que, a meu ver, essa escolha não vulnera nenhuma norma de status superior na pirâmide de validade normativa, conluo que há que se ter deferência pela escolha legislativa.

Em suma, da leitura e exegese do contexto normativo que rege a matéria (art. 43 do Decreto-Lei n. 5.844/1943 e art. 368 do Decreto n. 9.580/2018), deduz-se que a inclusão das retiradas eventuais dos administradores e conselheiros da pessoa jurídica no lucro tributável é obrigatória, não havendo nenhuma ressalva na legislação de regência a respeito do tema.

Nesse raciocínio, entendo que nada há de ilegal na IN n. 93/1997. A norma secundária, penso, deu fiel execução à norma primária, atingindo sua finalidade constitucional e legal.

Por fim, não cabe a esta Corte Superior, ainda que para fins de prequestionamento, examinar na via especial suposta violação de dispositivo ou princípio constitucional, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, pedindo todas as vênias à eminente Ministra Relatora, voto pelo *não provimento* do recurso especial.

É como voto.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Em razão da divergência inaugurada com o voto-vista do Sr. Ministro Gurgel de Faria, bem como do lapso temporal entre a presente data e a sessão pretérita, ratifico o voto que proferi na assentada de 03 de maio do corrente ano.

Controverte-se acerca da dedutibilidade, na apuração do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ, pela sistemática do lucro real, da soma destinada ao pagamento de montante em razão da prestação de serviços de administradores e conselheiros, que *não* corresponda a valor mensal e fixo.

In casu, o limite à dedução encontra-se plasmado na Instrução Normativa n. 93/1997 da Secretaria da Receita Federal do Brasil - SRFB.

Nesse cenário, ganham relevo as seguintes premissas: (i) a base de cálculo, inquestionavelmente, 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; e (ii) igual compreensão orienta o mecanismo da dedutibilidade de despesa para a determinação da base de cálculo do IRPJ pela sistemática do lucro real, exigindo-se a inclusão *de todos os fatores negativos de mutação patrimonial*, assim como a integralidade dos positivos.

Assim, se em relação ao aspecto material da hipótese de incidência, o art. 43 do CTN, ao definir os conceitos de renda e proventos, *não* destoa do conceito constitucional, *pressupõe-se tal harmonia normativa no tocante às disposições legais atinentes à dedução de valores da base de cálculo do tributo*, justamente pela imperativa necessidade de correlação lógica entre a base imponible indicada pela lei e o aspecto material da hipótese de incidência.

Logo, à vista da *desnecessidade* de a lei prever a dedutibilidade daquilo que, aprioristicamente, não se compatibiliza com a própria materialidade do IRPJ, *a indedutibilidade de despesa é que, a meu ver, enseja previsão legal*, porque constitui exceção no contexto da definição do elemento quantitativo, sob pena de desatendimento dos comandos normativos constantes dos arts. 150, I, da Constituição da República, e 97, IV, e § 1º, do Código Tributário Nacional, porquanto tal circunstância traduziria aumento indireto de tributação.

Oportuno destacar, também, o entendimento deste Superior Tribunal segundo o qual é vedada a tributação fundada em atos normativos infralegais, bem como a impropriedade da criação de óbices à dedutibilidade “por interpretação jurídica ou veiculados por atos infralegais”, na esteira dos julgados apontados no voto proferido em maio deste ano (*e.g.* 1ª S., EREsp n. 1.443.771/RS, de minha relatoria para o acórdão, j. 14.04.2021).

Diante do observado pelo Ministro Gurgel, pondero que o fato de o atual Regulamento do Imposto sobre a Renda (Decreto n. 9.580/2018), na parte em que trata da Remuneração dos Sócios, Diretores ou Administradores e Titulares de Empresas Individuais e Conselheiros Fiscais e Consultivos, ainda efetuar referência expressa ao Decreto-Lei n. 5.844/1943, *não representa*, na linha dos precedentes desta Corte, o reforço de validade da norma em tela, uma vez que se cuida de disposição, de igual modo, contida em diploma infralegal.

Com efeito, o exame da legislação de regência do Imposto sobre a Renda revela que os vetustos requisitos *da periodicidade* – mensal –, bem como da *constância* do numerário desembolsado – fixo –, voltados à restrição da dedutibilidade do pagamento dos honorários de administradores e conselheiros de empresas, *não mais se verificam*, com a devida vênua da compreensão abraçada no voto divergente, porque: (i) os arts. 29 e 30, do Decreto-Lei n. 2.341/1987 foram revogados pelo art. 88, XIII, da Lei n. 9.430/1996; (ii) desnecessário a lei prever a dedutibilidade daquilo que, aprioristicamente, não se compatibiliza com a própria materialidade do IRPJ; (iii) o entendimento do Fisco, alicerçado na Instrução Normativa SRFB n. 93/1997 (art. 31), mostra-se desarrazoado, porquanto traduz a instituição de óbice à dedutibilidade mediante interpretação veiculada em atos administrativos normativos, no plano infralegal somente; e (iv) conclusão diversa vulnera, indubitavelmente, as normas plasmadas nos arts. 43 e 44, ambos do CTN, dispositivos esses interpretados à luz do conceito constitucional de renda.

Posto isso, com a licença do Sr. Ministro Gurgel de Faria, reafirmo a compreensão externada na sessão pretérita para *dar provimento* ao Recurso Especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.945.660-SP (2021/0094485-7)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Recorrente: Construtora Tratex S/A

Outro Nome: Stenobras Companhia de Obras e Participações S.A

Advogados: Carlos Mário da Silva Velloso Filho - DF006534

Carlos Eduardo Caputo Bastos - DF002462

Celso Cintra Mori - SP023639

Vicente Coelho Araújo e outro(s) - DF013134

Lucas Pinto Simão - SP275502

Pedro Ivo Gil Zanetti - SP342843

Alexandre Pacheco Bastos - DF052682

Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo

Recorrido: Departamento de Estradas de Rodagem
Procurador: Vitor Gomes Moreira - SP430738

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Ação rescisória em ação rescisória. Saneamento do processo. Violação ao artigo 1.022 do CPC. Não ocorrência. Preliminares. Confusão com o mérito. Exame postergado. Possibilidade. Pretensão de temas não apreciados na origem. Súmula 211/STJ. Controvérsia acerca da necessidade de prova pericial. Princípio do livre convencimento do motivado. Revisão. Óbice Súmula 7/STJ.

1. Não há 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, inclusive sobre as que ora se alegam omissão.

2. A competência do TJSP para julgamento do presente feito foi definida no bojo da Rcl 34.474/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe de 21/11/2018, tendo em vista que o mérito do REsp 1.163.528/SP não foi examinado pelo STJ, que não conheceu o recurso em sua integralidade.

3. O Estado de São Paulo é parte legítima para figurar no polo ativo da causa, uma vez que o objeto da ação rescisória é a desconstituição de acórdão proferido em anterior ação rescisória, da qual participou, além de que há possibilidade de a condenação judicial implicar sua responsabilização financeira, uma vez que o DER não possui patrimônio suficiente para suportar o vultoso montante indenizatório.

4. Não há nulidade no despacho saneador que se limita a postergar o exame das matérias preliminares alegadas, porque se confundem com a pretensão meritória posta em juízo e especialmente em razão da constatação de que, no caso dos autos, há a necessidade de prévia instrução probatória, para a completa compreensão e solução da lide, tanto do juízo rescindente como rescisório.

5. Nesse passo, considerando que a recorrente se estende em temas não apreciados pelo acórdão recorrido, torna-se inviável o

conhecimento do recurso especial quanto aos pontos, pela falta do cumprimento do requisito do prequestionamento, a teor da Súmula 211/STJ.

6. Segundo a jurisprudência desta Corte, não se conhece do recurso especial quando o dispositivo de lei federal tido por violado não possui comando normativo capaz de sustentar a tese defendida e impugnar os fundamentos do acórdão recorrido, incidindo, por analogia, a orientação contida na Súmula n. 284/STF.

7. Soma-se a isso o fato de que o presente recurso especial é oriundo de uma decisão saneadora, mantida integralmente pelo colegiado do Tribunal de origem, na qual os julgadores, observando as circunstâncias do caso concreto e sem adentrar no mérito da demanda, formularam juízo de valor no sentido da imprescindibilidade da perícia judicial no presente feito, com o fim de apurar os alegados vícios apontados no julgamento de improcedência da primeira ação rescisória (relacionados à ilegalidade e idoneidade da prova produzida - meros esclarecimentos do mesmo perito que atuou na ação ordinária - seja quanto ao *iter* processual seja quanto ao conteúdo (falsidade ideológica)), e assim possibilitar que a lide seja julgada em sua plenitude, tanto no juízo rescindente como rescisório.

8. Assim, considerando que a realização de perícia não é vedada em sede de ação rescisória, bem como que a determinação da prova incumbe ao órgão julgador, no âmbito do seu livre convencimento motivado, a revisão da conclusão a que chegou o Tribunal de origem sobre a questão esbarra no óbice da Súmula 7/STJ, por demandar o reexame dos fatos e provas constantes nos autos, o que é vedado no âmbito do recurso especial.

9. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, 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, retificando decisão proferida na sessão do dia 27/09/2022, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, 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), 04 de outubro de 2022 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 10.10.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de *recurso especial* interposto por Construtora Tratex S.A., com fundamento no artigo 105, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo TJSP, assim ementado (fl. 2.173):

Agravo interno. Insurgência contra decisão proferida nos embargos de declaração opostos à decisão de saneamento e organização do processo. Competência. Ação rescisória que é o meio de desconstituir decisão que tenha adentrado o mérito da causa. Recurso especial não conhecido que não produz o efeito substitutivo apto a vincular a competência do Superior Tribunal de Justiça para o julgamento da ação rescisória. Recurso não provido

Agravo interno. Insurgência contra decisão proferida nos embargos de declaração opostos à decisão de saneamento e organização do processo. Falta de interesse processual, preclusão, decadência. Preliminares que se confundem com o mérito da lide. Apreciação da matéria em momento oportuno. Recurso não provido

Agravo interno. Insurgência contra decisão proferida nos embargos de declaração opostos à decisão de saneamento e organização do processo. Legitimidade de parte ativa do Estado de São Paulo. Presença dos requisitos do art. 967 do CPC. Estado que foi autor na ação cuja decisão de mérito se pretende desconstituir. Presença de interesse jurídico na demanda Recurso não provido.

Questões preliminares. Interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. Adoção do voto convergente em separado, cujos fundamentos são aqui acoplados.

Desse desate, foram opostos *embargos de declaração*, que foram rejeitados às fls. 2.231/2.235:

Embargos de declaração. Alegação de omissão e contradição. Não Ocorrência. Competência deste Tribunal de Justiça para processar e julgar esta ação

rescisória reconhecida na decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que julgou improcedente reclamação interposta pela embargante contra a decisão saneadora. Embargante que pretende a rediscussão das questões levantadas, emprestando aos embargos o caráter infringente. Impossibilidade na hipótese. Inexistência de violação aos dispositivos dos Códigos de Processo Civil, revogado e vigente, e do art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, prequestionados. Embargos de declaração rejeitados.

Nas *razões do especial*, a recorrente alega violação dos artigos 489, § 1º, e 1.022, I e II, do CPC, ao argumento de que a Corte de origem incorreu em contradições e omissões a respeito de pontos importantes ao deslinde da controvérsia, em especial acerca da: i) preclusão e falta de interesse se agir no que diz respeito ao pleito de produção de prova pericial; ii) impossibilidade jurídica do pedido (revisão do conteúdo da perícia em sede de ação rescisória); iii) desnecessidade de produção de prova para a realização do juízo rescindente.

Quanto às questões de fundo, sustenta, em suma de sua longa argumentação, as seguintes ofensas (fls. 2.281):

Artigos 471, 472, 473 e 503 do CPC/73 (arts. 505, 506 e 507) e artigo 1.000 do CPC/2015. Acórdão recorrido afirma que “descabida a pretensão consistente em demarcar territórios impenetráveis [para a perícia] (mesmo em nome da preclusão), pois a verdade processual não convive com o erro”. Jurisprudência do E. STJ firme no sentido de “ser inviável sua utilização [da ação rescisória] como meio de reavaliar os fatos da causa ou corrigir eventual injustiça da decisão”. DER já havia manifestado expressamente sua anuência com os valores apurados pela perícia judicial na Ação Originária (fl. 730 – proc. n. 2210507-80.2015.8.26.0000). Preclusão e venire contra factum proprium configurados;

Artigo 495 do CPC/73 (arts. 975 do CPC/2015). Ação rescisória da ação rescisória ataca o laudo pericial produzido na liquidação da Ação Originária e não o acórdão da Primeira Rescisória. A Segunda Rescisória, além de não ser possível juridicamente, foi atingida pelo prazo decadencial de dois anos, contados do transido em julgado da Ação Originária, que pretende rescindir;

Artigo 485, VI, do CPC/1973 (art. 966, VI, do CPC/2015) e 267, VI, do CPC/73. Impossibilidade jurídica do pedido não se confunde com o mérito. Ausência de falsidade da prova que não se confunde com o pedido de revisão do conteúdo da prova. Não é possível em ação rescisória de ação rescisória rediscutir metodologia e os critérios técnicos adotados pela perícia na Ação Originária;

Artigos 420, parágrafo único, 485 e 494 do CPC/73 (artigo 464, 1º, 966 e 974 do CPC/2015). Desnecessidade de produção de prova na Segunda Rescisória para realização do juízo rescindente. Determinação de produção de prova pericial para estabelecer a “exata correspondência entre o comando do título judicial

condenatório e a liquidação”. Decisão referente ao juízo rescindente é de direito, e, portanto, prescinde de prova pericial; e (eventual prova pericial, ainda que fosse necessária, deveria estar circunscrita e se destinar ao exame da alegada falsidade da prova da Primeira Rescisória, e jamais repetir o laudo pericial da Ação Originária;

Artigos 113 e 485 do CPC/73 (artigos 64 e 966 do CPC/2015). Súmula 182 do STJ. Incompetência absoluta do E. TJ/SP;

Artigo 487 do CPC/73 (artigo 967 do CPC/15). Ilegitimidade ativa da FESP. Caráter meramente econômico do interesse da FESP no feito, que não se confunde com o interesse jurídico imprescindível à sua legitimação.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso, para a anulação e/ou reforma do acórdão recorrido, reconhecendo “*que a absurda, desmedida e teratológica pretensão dos Recorridos, materializada em ação rescisória de ação rescisória, é desprovida de qualquer embasamento legal*” (fls. 2.279).

O Estado de São Paulo e o Departamento de Estradas e Rodagens (DER) apresentaram *contrarrazões* às fls. 2.350/2.407, sustentando, preliminarmente, a não ocorrência de violação dos artigos 489 e 1.022 do CPC e o não conhecimento do recurso em relação às normas já revogadas, relativas ao CPC/1973, bem como em razão da definição da competência do TJSP em sede de RCL 34.747 no STJ (ocorrência de preclusão e coisa julgada acerca do tema) e incidência da Súmula 735 do STF (não cabimento de recurso especial de decisão saneadora em ação rescisória, que não analisa o mérito da causa), Súmulas 211/STJ e 356/STF (ausência de prequestionamento) e Súmula 7/STJ (pretensão de reexame de questões fáticas, sendo que a jurisprudência do STJ entente legítimo o julgador, no despacho saneador, deixar para examinar as preliminares, quando se confundirem como mérito).

No mérito, defende:

i) a inoocorrência de preclusão (porque foram interpostos os competentes recursos a propósito da liquidação, até o trânsito em julgado que culminou com a primeira rescisória, que possui objeto e causa de pedir absolutamente distinto da segunda rescisória) e da decadência (não se trata de repetição de rescisória, tendo sido esta tempestivamente distribuída);

ii) a possibilidade jurídica do pedido da rescisória II, a qual, além de sua aferição, à luz do novo CPC, ser matéria de mérito, está configurada porque a prova que fundamentou a improcedência da primeira rescisória foi produzida de forma ilegal e inidônea, seja quanto ao iter processual (mera manifestação do

mesmo perito que atuou na ação ordinária), seja quanto ao seu conteúdo (que não corresponde à realidade dos fatos ocorridos, o que caracteriza falsidade);

iii) a necessidade de produção de prova, sendo evidente que o juízo rescindente não está imune à dilação probatória;

iv) a competência do TJSP foi decidida por este STJ na Rcl 37.474, já que o acórdão proferido no REsp 1.163.528/SP, nos autos da primeira ação rescisória, não decidiu o mérito da causa, tendo aplicado o óbice da Súmula 7/STJ; e

v) legitimidade ativa do Estado de São Paulo, o qual foi parte na demanda que se pretende desconstituir, além de que, por certo, o vultuoso montante indenizatório não poderá ser suportado exclusivamente pelo DER, recaindo sobre o ente estatal a responsabilidade subsidiária.

Inadmitido o recurso na origem, foi interposto agravo perante esta Corte, o qual foi convertido em recurso especial à fl. 2.569.

O *MPF* opinou pelo parcial conhecimento do recurso especial e, nesta extensão, pelo seu não provimento, nos termos da seguinte ementa (fls. 2.579):

Recurso especial. Direito Administrativo. Contratos. Ação rescisória. Provas falsas. Decisão interlocutória. Saneamento do processo.

I – *Recurso conexo ao Recurso Especial n. 1.163.528. Conforme análise realizada pelo Ministro Herman Benjamin, no julgamento da Rcl n. 34.474/SP, o suposto débito do Estado de São Paulo, relativo à indenização de 20km de rodovia, pelos cálculos realizados na fase executiva, totalizaram a quantia de R\$ 687.720.355,54, a qual, por cálculos realizados à época do julgamento da Reclamação n. 34.474/SP, superaria o astronômico montante de R\$3.000.000.000,00 - três bilhões de reais.*

II – *Omissões. Inexistência. Mero descontentamento da parte pelo não acatamento de suas teses.*

III – *Provas. Princípio do livre convencimento motivado. O acolhimento da pretensão da parte, no sentido do reconhecimento da desnecessidade de produção de provas, demandaria reexame do contexto fático-probatório.*

IV – *Acórdão proferido em agravo interno, interposto contra decisão em embargos de declaração, opostos contra decisão interlocutória. Saneamento do processo. Preliminares que se confundem com o mérito. Ausência de prequestionamento. Impossibilidade de análise, na via estreita do recurso especial, especialmente de forma tão prematura, de questões relativas ao mérito da demanda.*

V – *Parecer pelo conhecimento parcial do recurso especial e, nesta extensão, pelo seu desprovimento.*

É o relatório. Passo a decidir.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Consigne-se inicialmente que o recurso foi interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015, devendo ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele previsto, conforme Enunciado Administrativo n. 3/2016/STJ.

Histórico processual:

Os autos remontam a uma *Ação Ordinária de Cobrança proposta pela Construtora Tratex S.A. em 1994*, postulando indenização por perdas e danos causados pelo Departamento de Estradas e Rodagem (DER), em face do atraso no adimplemento dos contratos administrativos firmados entre as partes, relativos à prestação de serviços de engenharia em rodovia estaduais.

Após todos os trâmites recursais (inclusive perante STJ e STF - não admitidos), a *ação foi julgada parcialmente procedente*, para condenar o DER ao pagamento de correção monetária e juros de mora sobre as parcelas pagas em atraso, bem como dos consequentes danos emergentes causados à Tratex (afastando os lucros cessantes, por ausência de comprovação).

Em sede de *liquidação de sentença*, o juiz, após acolher o laudo pericial, definiu o valor devido, cuja homologação deu azo a novos recursos (em que se alegou excesso de execução) e, posteriormente, ao início da execução no valor de R\$ 687.720.355,54, que não foi embargada pelo DER, dando ensejo a determinação de expedição do ofício requisitório.

Posteriormente (por ocasião da fase de provisionamento dos valores), a *Fazenda do Estado de São Paulo e o DER apresentaram Ação Rescisória*, com fundamento no artigo 485, V, do CPC/73 (afronta direta ao disposto no artigo 610 do CPC e 1.056 e 1.059 do CC/16), para desconstituir o acórdão que homologou os cálculos da liquidação, sob a alegação de que o valor apurado pelo perito teria sido ampliativo e destoante ao julgado transitado em julgado em favor da Tratex, diante da indevida inclusão dos lucros cessantes nos danos emergentes.

Após os esclarecimentos do perito que emitiu o laudo na ação ordinária, a *demandante foi julgada improcedente pelo TJSP*, ao entendimento de que inexistiram falhas ou vícios na perícia realizada, que justificassem a repetição da prova. Eis a ementa do julgado:

I - Ação rescisória - A violação a literal disposição de lei não se presta a corrigir injustiça da decisão e nem se revela simples abertura para uma nova instância recursal, ainda que de direito. Exigir-se que a rescisória caiba dentro de estes estritos limites com nova apreciação fática ou com nova interpretação ou ainda aplicação possível e mais favorável a uma das partes na dedução dos fatos que deram origem ao julgamento significaria empobrecer o sistema descaracterizar a preclusão máxima que a coisa julgada forma e material. Para pleitear-se a rescisória, no tipo do art. 485, V exige-se que tenham sido frontal e diretamente violados o sentido e o propósito da norma. Assim, se o julgamento se baseou em dados colhidos no ambiente fático e hauridos com boa-fé dos autores probantes, não há que se falar em ação rescisória com base nesse dispositivo.

II - Os danos emergentes deve ser interpretados, na moderna civilística, aqueles que compõem o ressarcimento como um todo para que o credor não sofra qualquer tipo de arranhão no seu direito de crédito. Interpretar os danos de maneira tímida, é desconhecer o sistema civilístico atual e empobrece o lesado na busca de seu direito que buscou estabilizar a sua situação econômico-financeira antes da lesão.

III - Ação rescisória julgada improcedente, impondo-se aos autores as custas e despesas processuais e a verba honorária fixada em 1% do valor da demanda.

A controvérsia chegou até o STJ (com alegação de cerceamento de defesa por falta de nova perícia), que, no bojo do REsp 1.163.528/SP, não conheceu o recurso, por incidência da Súmula 7/STJ (trânsito em julgado em 2014), mediante a seguinte ementa:

Processual Civil. Recurso especial em ação rescisória. Ataque ao juízo rescindendo e não ao juízo rescisório. Necessidade de nova perícia. Matéria fática. Incidência da Súmula 7/STJ.

1. O Recurso Especial interposto contra acórdão de Ação Rescisória deve limitar-se ao exame de suposta afronta aos pressupostos desta elencados no art. 485 do Código de Processo Civil, e não aos fundamentos do julgado rescindendo.

2. Inexiste violação do art. 535 do Código de Processo Civil quando o recorrente limita-se a alegar, genericamente, ofensa ao referido dispositivo legal, sem explicitar os pontos em que teria sido omissa o acórdão recorrido.

3. O Tribunal de origem firmou a premissa fática de que “inexistiram falhas ou vícios na perícia realizada, que justificassem a repetição da prova, além do que a nova perícia afrontaria os princípios da economia e celeridade processual ante a patente desnecessidade”. Rever o entendimento do Tribunal a quo para afirmar que é necessária a realização de perícia afronta a Súmula 7/STJ.

4. Inexiste violação do art. 610 do Código de Processo Civil, e 1.059/1.060 do Código Civil de 1916, tendo em conta que não cabe em ação rescisória rever o

“quantum debeatur” reconhecido pela ação ordinária, sem a impugnação aos valores em momento oportuno.

5. Por uma questão de coerência na prestação jurisdicional, em regra não se conhece do recurso especial retirado de ação rescisória, se na ação originária já havia o Superior Tribunal de Justiça negado provimento ao recurso, justamente com fundamento no óbice previsto na Súmula 7/STJ.

Recurso especial não conhecido (REsp n. 1.163.528/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 2/9/2010, DJe de 22/2/2011)

Em seguida, *os autores ajuizaram nova Ação Rescisória*, com esteio no artigo 485, V e VI, do CPC/73, mediante o argumento de que o acórdão proferido na primeira ação rescisória, ao se embasar em meros esclarecimentos do mesmo perito judicial que atuou na Ação Ordinária, ofendeu literal disposição de lei referente ao direito à produção de prova pericial (artigos 130, 131, 138, 330, 332, 420 à 422, 425 à 427, 431-A e 435, parágrafo único), bem como se baseou em prova falsa, pois não corresponde à realidade dos fatos ocorridos.

Em *contestação*, a Tratex alegou diversas preliminares: incompetência absoluta do TJSP; ilegitimidade do Estado de São Paulo; falta de interesse de agir (DER não impugnou laudo na fase de liquidação, concordou com os valores em sede de execução e não pleiteou qualquer prova para a fase rescisória); decadência e preclusão (o objeto da segunda ação rescisória não é a falsidade de uma prova superveniente, mas sim a produzida na ação originária); e impossibilidade jurídica do pedido (descabimento da segunda ação rescisória por prova falsa, já que a pretensão é de mera revisão do conteúdo da prova). No mérito, alega ausência de violação a literal dispositivo de lei e de falsidade da prova pericial.

O *pleito liminar foi inicialmente deferido pelo Tribunal de origem*, para obstar a tramitação dos precatórios em discussão (Precatório n. 44/2005, relativo aos honorários sucumbenciais, e Precatório n. 87/2005, referente ao crédito principal), em razão dos indícios de violação ao direito à prova e fundadas dúvidas acerca dos esclarecimentos do perito. Posteriormente, em sede de agravo interno, a Corte reafirmou a presença dos requisitos autorizadores da tutela, porém, em razão da constatação de valores confessadamente devidos, deu parcial provimento ao recurso da Construtora, *para permitir a tramitação dos precatórios até o depósito integral dos valores, facultando o levantamento desses valores incontroversos. Essa questão específica está sendo discutida no bojo do REsp 1.929.784/SP, conexo ao presente.*

Em sede de *despacho saneador*, o eminente relator entendeu por bem afastar as preliminares de incompetência e ilegitimidade; postergar o exame das alegações de preclusão, decadência, falta de interesse de agir e impossibilidade jurídica do pedido para o julgamento do mérito da ação; e *determinar a realização de perícia nos autos* para apurar os fatos alegados pelos autores.

Inconformada, a Tratex interpôs *agravo interno*, não provido pelo TJSP, em *acórdão* cujos fundamentos podem ser assim resumidos:

i) o TJSP é competente para o julgamento da segunda rescisória, tendo em vista que o STJ não decidiu o mérito da primeira Ação Rescisória no REsp 1.163.528/SP, não tendo, portanto, ocorrido o efeito substitutivo necessário a atrair a sua competência;

ii) as preliminares de falta de interesse processual, decadência, preclusão, e impossibilidade jurídica do pedido confundem-se com o mérito da demanda e, portanto, com ele serão decididas, após a instrução probatória, a qual se faz necessária *“para que a lide seja julgada em sua completude, tanto o juízo rescindente como o juízo rescisório”* (fls. 2.195);

iii) a perícia judicial tem como escopo e extensão apurar o que restou requerido pelos autores, a saber, *“os efetivos danos emergentes para o exato cumprimento da decisão de mérito da demanda originária”* (fls. 2.196);

iv) o Estado de São Paulo é parte legítima para figurar no polo ativo da ação, nos termos do artigo 927 do CPC/2015, eis que possui interesse direto na causa, pois saldará o precatório que já ultrapassou a cifra de 1,05 bilhão de reais, além do fato de envolver dinheiro público, indispensável para a realização de políticas públicas.

O referido julgado ainda adotou os fundamentos acrescidos pelo *voto convergente*, no tocante à configuração do interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido, no sentido de que:

i) os autores da presente rescisória não estão confundindo erro com fraude, mas apenas buscando garantir o contraditório, sendo que, segundo precedente do STJ, *“o laudo técnico incorreto, incompleto ou inadequado, que tenha servido de base para a decisão rescindenda, embora não se inclua perfeitamente no conceito de ‘prova falsa’ a que se refere o artigo 485, VI, do CPC, pode ser impugnado ou refutado na ação rescisória por falsidade ideológica”* (fls. 2.203);

ii) pode o relator decidir acerca da condução do feito, relevando-se, conforme o princípio da concentração dos atos processuais, que se delibere acerca da dilação probatória desde logo;

iii) não se pretende repetição da prova feita na fase de liquidação de sentença, mas perícia a respeito da forma de cálculo de correção monetária e juros de mora,

além da aferição da exata correspondência entre o comando do título judicial condenatório e a liquidação; e

iv) "*mostrando-se descabida a pretensão consistente em demarcar territórios impenetráveis (mesmo em nome da preclusão), pois a verdade processual não convive com o erro, mormente quando se vê que os fundamentos e a causa de pedir da presente ação rescisória dizem respeito à falsidade ideológica da prova*" (fls. 2.205).

No *presente recurso especial*, a recorrente aduz que o acórdão proferido na origem ofendeu os seguintes dispositivos:

- i) artigos 489, § 1º, e 1.022, I e II, do CPC (negativa da prestação jurisdicional);
- ii) artigos 471, 472, 473 e 503 do CPC/73 (arts. 505, 506 e 507) e artigo 1.000 do CPC/2015 (ocorrência de preclusão e *venire contra factum proprium* configurados);
- iii) artigo 495 do CPC/73 (arts. 975 do CPC/2015) (ocorrência de decadência);
- iv) artigo 485, VI, do CPC/1973 (art. 966, VI, do CPC/2015) e 267, VI, do CPC/73 (impossibilidade jurídica do pedido);
- v) artigos 420, parágrafo único, 485 e 494 do CPC/73 (artigo 464, 1º, 966 e 974 do CPC/2015) (desnecessidade de produção de prova na segunda rescisória para realização do juízo rescindente);
- vi) artigos 113 e 485 do CPC/73 (artigos 64 e 966 do CPC/2015) (incompetência absoluta do E. TJ/SP, apenas em atenção à Súmula 182/STJ);
- vii) artigo 487 do CPC/73 (artigo 967 do CPC/15) (ilegitimidade ativa da FESP).

Feita tal retrospectiva, necessária para a compreensão da controvérsia, passa-se à análise das arguições trazidas no recurso.

Violação ao artigo 1.022 do CPC/2015

Como visto, a recorrente alega, preliminarmente, ofensa aos artigos 489, § 1º, e 1.022, I e II, do CPC, ao argumento de que a Corte de origem incorreu em contradições e omissões a respeito de pontos importantes ao deslinde da controvérsia, em especial acerca da: i) preclusão e falta de interesse se agir no que diz respeito ao pleito de produção de prova pericial; ii) impossibilidade jurídica do pedido (revisão do conteúdo da perícia em sede de ação rescisória); iii) desnecessidade de produção de prova para a realização do juízo rescindente.

Da leitura do acórdão recorrido, é possível aferir que o Tribunal de origem se manifestou de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia, inclusive sobre as que ora se alegam omissão/

contradição, tendo assentado que as preliminares alegadas se confundem com o mérito da demanda e que a deliberação para a realização desde logo da perícia se faz necessária para que a lide seja julgada em sua completude (tanto o juízo rescindente como o juízo rescisório), cabendo ao magistrado decidir acerca da condução do feito.

Ainda, em adesão aos fundamentos do voto-vista prolatado, restou acrescentado que não se pretende com a nova rescisória a repetição da prova feita na fase de liquidação de sentença, mas sim a garantia do contraditório, dada a alegação de falsidade ideológica do laudo técnico adotado na decisão rescindenda.

Portanto, considerando que a tutela jurisdicional foi prestada de forma eficaz, não há razão para a anulação do acórdão proferido em sede de embargos de declaração, devendo-se afastar a arguição de violação dos artigos 489, § 1º e 1.022 do CPC/2015.

Competência do TJSP:

Em seguida, aponta ofensa aos artigos 113 e 485 do CPC/73 (artigos 64 e 966 do CPC/2015), sustentando a incompetência absoluta do e. TJSP para o julgamento do feito, tendo em vista que a coisa julgada que os recorridos pretendem rescindir emana de acórdão do STJ, que, apesar de ter inadmitido o REsp 1.163.528/SP no âmbito da primeira rescisória, avançou no exame do mérito daquela lide, com exame dos dispositivos legais alegadamente violados.

Ocorre que tal questão, como bem mencionou a própria recorrente e alegou o recorrido, já foi definida pelo STJ por ocasião da Rcl 34.474/SP, de minha relatoria, no sentido de que o REsp 1.163.528/SP não foi conhecido em sua integralidade, de forma que, não tendo havido exame do mérito pelo STJ, descabe a este “*o julgamento da nova ação rescisória, que foi corretamente proposta pelos entes públicos perante o Tribunal de origem, que proferiu a última decisão de mérito do processo*”.

Assim, não tendo havido exame de mérito pelo STJ no REsp 1.163.528/SP, não há falar em efeito substitutivo necessário a atrair a sua competência, cabendo ao TJSP o julgamento da lide, quem proferiu a última decisão de mérito no processo.

Nesse sentido:

Processual Civil. Agravo regimental na reclamação. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Art. 105, I, f da Constituição da República de 1988.

Usurpação de competência no ato reclamado. Inexistência. Súmula 515/STF. Ausência de estrita identidade. Necessidade. Reclamação como sucedâneo recursal. Impossibilidade. Argumentos insuficientes para desconstituir a decisão atacada.

I - A competência para processar e julgar ação rescisória é do tribunal prolator do último julgamento meritório relativamente à demanda rescindenda. A exclusiva análise da ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil de 1973 é insuficiente para caracterização do exame de mérito recursal a viabilizar o efeito substitutivo. Inteligência da Súmula 515/STF.

II - Ausentes os pressupostos autorizadores do ajuizamento da Reclamação Constitucional, caracterizada está a utilização da presente via de exceção como sucedâneo recursal. Inadmissibilidade. Precedentes.

III - É firme o posicionamento desta Corte segundo o qual a Reclamação Constitucional assecuratória de autoridade de decisão judicial pressupõe a estrita aderência entre o objeto do ato reclamado e o conteúdo da decisão que se alega ter sido descumprida. A ausência de identidade perfeita entre eles inviabiliza o conhecimento da reclamação.

IV - Agravo Regimental improvido (AgRg na Rcl n. 26.236/RJ, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, julgado em 15/2/2022, DJe de 17/2/2022.)

Processual Civil. Agravo interno em ação rescisória. Incompetência desta Corte. Ausência de manifestação sobre o mérito da causa de origem. Recurso especial que teve seguimento negado. Decisão mantida.

1. Esta Corte não detém competência para a apreciação de ação rescisória quando não proferiu nenhum pronunciamento a respeito do mérito da demanda rescindenda. Precedentes.

2. Hipótese em que se negou provimento a agravo em recurso especial por ausência de demonstração dos requisitos legais para sua apreciação (art. 541, parágrafo único, do CPC/73 (art. 1.029, § 1º, do NCPC) (art. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ).

3. Agravo interno desprovido (AglInt na AR n. 6.459/SP, relator Ministro Moura Ribeiro, Segunda Seção, julgado em 15/2/2022, DJe de 17/2/2022.)

Administrativo. Processual Civil. Ação rescisória. Rescisão. Acórdão do Tribunal de Justiça. Recurso especial não conhecido. Incompetência do STJ. Remessa ao Tribunal competente.

1. A parte autora visa rescindir acórdão do Tribunal de Justiça do Amapá por violação do art. 485, V, do CPC/1973.

2. A competência do STJ, em matéria de Ação Rescisória, restringe-se ao exame de seus julgados, em que o mérito da demanda foi efetivamente analisado, nos termos do disposto no art. 105, inciso I, alínea "e", da Constituição Federal.

3. No caso, o acórdão rescindendo, em verdade, é do Tribunal de Justiça do Amapá, pois o Recurso Especial interposto contra ele não mereceu conhecimento no STJ.

4. Ação Rescisória remetida ao Tribunal de Justiça do Amapá (AR n. 5.086/AP, relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 16/9/2021, DJe de 14/12/2021.)

Previdenciário. Processual Civil. Ação rescisória. Acórdão rescindendo. Não apreciação de questão de mérito. Incompetência do STJ.

1. Nos termos da Súmula 515/STF, aqui aplicável por analogia, "A competência para a ação rescisória não é do Supremo Tribunal Federal, quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diversa da que foi suscitada no pedido rescisório".

2. No caso, é flagrante a incompetência do STJ para o julgamento da presente ação rescisória, uma vez que, ao apreciar o AgInt no REsp 1.881.048/RN, a Eg. Segunda Turma apenas afastou a alegada violação do art. 1.022 do CPC não adentrando no mérito da controvérsia.

3. Agravo interno não provido (AgInt na AR n. 7.052/DF, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 9/3/2022, DJe de 21/3/2022.)

Legitimidade do Estado de São Paulo:

Defende, ainda, violação do artigo 487 do CPC/73 (artigo 967 do CPC/15), ante a ilegitimidade ativa da Fazenda do Estado de São Paulo, pelo fato de não ter feito parte na ação ordinária e não possuir interesse jurídico, mas apenas econômico.

A esse respeito, não vislumbro razões para alterar o entendimento externado pelo acórdão recorrido, que reconheceu ser o Estado de São Paulo parte legítima para figurar no polo ativo da presente ação, visto que figurou como autor na primeira Ação Rescisória e possui interesse jurídico na demanda, vez que o vultoso montante indenizatório não poderá ser suportado exclusivamente pelo DER, que não possui patrimônio para tanto, recaindo sobre o ente estatal a responsabilidade subsidiária.

De fato, se o objeto da ação rescisória é a desconstituição de acórdão proferido em anterior ação rescisória, da qual participou o Estado de São Paulo e, em havendo a possibilidade de a condenação judicial implicar sua responsabilização financeira, não há como afastar a legitimidade ativa *ad causam*.

Preclusão, decadência e possibilidade jurídica do pedido:

No que diz respeito à *preclusão*, a recorrente alega contrariedade aos artigos 471, 472, 473 e 503 do CPC/73 (arts. 505, 506 e 507 e artigo 1.000 do

CPC/2015), ante a ocorrência de preclusão consumativa e violação ao princípio geral da boa-fé objetiva (*venire contra factum proprium*), tendo em vista que, “independentemente da existência ou não de erro, que a Primeira Rescisória já decidiu que não ocorreu, – operou-se a preclusão do direito de FESP e DER debaterem os critérios da prova pericial produzida na Ação Originária, para apuração do quantum debeatur” (fls. 2.266/2.267).

Defende que a preclusão estaria materializada em razão da concordância expressa dos recorridos com o laudo pericial produzido na fase de liquidação da ação originária, bem como diante da propositura da primeira rescisória, sendo certo que a alegação ora apresentada, de “falsidade da prova produzida na Primeira Rescisória é mero subterfúgio dos Recorridos para reabrirem a discussão do quantum debeatur mediante repetição da prova produzida na liquidação da Ação Originária” (fls. 2.263). Argui que, considerando que alegado vício de falsidade é imputado ao laudo produzido no processo originário, dever ter sido invocado na primeira rescisória, pois não é um fato superveniente a ela.

Quanto à *decadência*, aponta ofensa aos artigos 495 do CPC/73 (arts. 975 do CPC/15), por entender ter ocorrido a decadência no caso dos autos, já que, “a despeito de ter sido proposta aparentemente contra a decisão proferida na Primeira Rescisória, a Segunda Rescisória efetivamente ataca o laudo pericial produzido na liquidação da Ação Originária. A alegação, maliciosa, é de perícia falsa ou inautêntica”. Mas, como a perícia só existiu na Ação Originária, e não se requereu nem se fez prova pericial de danos emergentes na Primeira Rescisória, a alegação de falsa perícia se refere claramente à Ação Originária” (fls. 2.267).

Em suma, afirma que a segunda rescisória é uma mera repetição da primeira, tendo, portanto, sido atingida pelo prazo decadencial de dois anos previsto no dispositivo legal citado.

Por fim, sustenta a *impossibilidade jurídica do pedido*, mediante a arguição de violação dos artigos 485, VI, do CPC/73 (art. 966, VI, do CPC/2015) e 267, VI, do CPC/73.

Para tanto, defende que “(i) o art. 485, VI do CPC/1973 (art. 966, VI, do CPC/2015) restringe o cabimento da ação rescisória às hipóteses em que houver efetiva falsidade material ou ideológica da prova; e (ii) os Recorridos não apontam em momento algum qualquer evidência de falsidade material (adulteração consciente e intencional de documento) ou ideológica (adulteração consciente e intencional da verdade real) nos esclarecimentos prestados na Primeira Rescisória ou mesmo no laudo pericial da Ação Originária” (fls. 2.270).

Ainda, afirma que “*a impossibilidade jurídica do pedido é vício insanável cuja declaração se impõe antes da instrução probatória*” (fls. 2.274).

A respeito de tais temas, o acórdão de origem assentou que, não obstante tenham sido nomeados como matéria preliminar, dizem respeito ao próprio mérito da demanda, porquanto relacionados ao exame da subsunção dos fatos às hipóteses previstas no artigo 966 do CPC.

Concluiu, portanto, que, sendo admissível a presente rescisória, porquanto distinta da anteriormente ajuizada, tais temas serão decididos em momento oportuno, por ocasião do julgamento do mérito, após a instrução probatória requerida pelos autores e deferida pela decisão agravada, necessária para que a lide seja julgada em sua completude, tanto o juízo rescindente como o juízo rescisório.

É o que se extrai do seguinte excerto do voto (fls. 2.193/2.196):

Falta de interesse processual, preclusão, decadência e impossibilidade jurídica do pedido

Sem razão outra vez a agravante.

As preliminares de falta de interesse processual e de preclusão e decadência, tal como arguidas, confundem-se, sim, com o mérito do julgamento da ação rescisória.

Tanto é assim que a recorrente, em sua contestação, repete a fundamentação dessas matérias ditas preliminares em sua defesa de mérito.

E nem poderia ser diferente. *Com efeito, as questões trazidas pela recorrente tocam ao âmago da lide. Trata-se de incursão do mérito o exame da subsunção dos fatos concretos trazidos ao conhecimento desta Corte às hipóteses abstratamente previstas no art. 966 do Código de Processo Civil.*

O que é possível, em matéria preliminar, é a análise de admissibilidade da ação rescisória, o que foi feito na decisão de saneamento, in verbis:

... há distinção entre a presente rescisória e a anteriormente ajuizada.

Na primeira rescisória, como já dito acima, os autores aduziram que o valor apurado na ocasião da ação originária se baseou em perícia destoante e ampliativa do decisum sob liquidação, dando ensejo à violação literal do artigo 610 do CPC então vigente e dos artigos 1.056 e 1.059 do Código Civil de 1916, dispositivos de lei federal invocados para dar fundamento à primeira ação rescisória.

Na presente, aduzem que o v. acórdão proferido naquela ação rescisória violou literal disposição dos artigos 130, 131, 138, 330, 332, 420, 421, 422, 425 a 427, 431-A, 435, par. único e 535, todos do Código de Processo Civil de 1973, bem assim o artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal, que

regem a produção da prova pericial e o devido processo legal, o que dá fundamento à pretensão rescisória nos termos do inciso V do art. 485 do mesmo CPC; bem assim fundamentou-se em prova falsa, consistente na manifestação exarada pelo perito da sentença de liquidação da ação originária, a fundamentar a pretensão rescisória nos termos do inciso VI do art. 485 do CPC de 1973.

Vale dizer, a primeira rescisória visou a desconstituir acórdão da ação originária, enquanto a presente ação objetiva desconstituir acórdão proferido na rescisória anteriormente ajuizada, de modo que não se há falar em decadência ou preclusão.

Pelo visto, o que pretende a recorrente, na verdade, é o julgamento imediato da lide, com o decreto de improcedência.

Todavia, o julgamento do mérito ocorrerá no momento oportuno, após a instrução probatória requerida pelos autores e deferida pela decisão agravada.

Como dito no julgamento dos embargos de declaração, é necessária a realização da instrução probatória para que a lide seja julgada em sua completude, tanto o juízo rescindente como o juízo rescisório.

É que, embora o juízo rescisório seja logicamente posterior ao rescindente, eles são exercidos na mesma oportunidade, quando do julgamento do mérito da ação rescisória, de sorte que deve ocorrer a ampla instrução probatória para que estejam aptos para julgamento pela Turma Julgadora.

Em virtude da clareza do ensinamento de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, transcrevo suas anotações já referidas no julgamento dos embargos declaratórios:

“Juízo rescindendo e juízo rescisório. Sob pena de inépcia da petição inicial da ação rescisória, o autor deve cumular os dois juízos no pedido deduzido na vestibular. O pedido de rescisão (iudicium rescindens) é sempre obrigatório e imprescindível; o pedido de rejuízo (iudicium rescissorium) pode ou não ter pertinência, dependendo do caso concreto (v. coments. seguintes). Caso seja necessária, a cumulação é obrigatória (Fux. Curso DPC, p. 861; Barbosa Moreira. Coment. CPC, n. 103, p. 177; Alves Dinamarco. Rescisória, n. 10.1, p. 105; STJ-RP 102/355). Os dois pedidos devem vir expressos na petição inicial, não se admitindo pedido implícito (Barbosa Moreira. Coment. CPC, n. 103, p. 177. Contra: Yarshell. Rescisória, n. 117, p. 356). Em consequência, o autor já deve pedir, na petição inicial, a realização de provas que demonstrem a existência de seu direito quanto aos dois iudicia: rescindendo e rescisório. Isto quer significar que o autor, se quiser ver os pedidos julgados procedentes, tem de fazer prova das duas circunstâncias (rescisão e rejuízo), nos próprios autos da ação rescisória. (in Comentários ao Código de Processo Civil, 1ª edição, 2015, nota 10 ao artigo 968, livro eletrônico).

Vale dizer, a extensa matéria de mérito alegada pela recorrente, não obstante nomeada de matéria preliminar, será analisada no momento oportuno, após a instrução probatória.

Como visto, as argumentações atinentes à preclusão, decadência e impossibilidade jurídica do pedido não foram apreciadas pelo Tribunal de origem, que as remeteu para o julgamento do mérito, por entender que com ele se confundem.

Tal providência encontra respaldo na jurisprudência desta Corte, no sentido de que, se a preliminar se confunde com o mérito, pode o julgador deixá-la para examinar com a questão de fundo, nos termos dos seguintes precedentes:

Processual Civil. Ação cautelar. Administradora de plano de saúde. Serviços de cobrança e repasse de mensalidades. Compensação de créditos. Decisão saneadora. Questões de ordem pública.

1. Não se considera sem fundamentação a decisão que, de forma sucinta, aprecia as questões próprias do despacho saneador.

2. As matérias de ordem pública decididas por ocasião do despacho saneador não precluem, podendo ser suscitadas na apelação, ainda que a parte não tenha interposto o recurso de agravo.

3. *As preliminares da contestação que se confundem com o mérito da demanda devem com este ser examinadas.*

4. Recurso especial desprovido (REsp n. 1.359.501/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe de 23/2/2016.)

Processual. Despacho saneador. Fundamentação. Preliminar. Mérito. Exame.

O despacho saneador não é nulo só por estar sucintamente fundamentado.

Se a preliminar se confunde com o mérito, pode o julgador deixar para examiná-la com a questão de fundo.

Embargos rejeitados (EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp n. 135.791/SP, relator Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, DJ de 14/9/1998)

E, considerando a forma como arguidas pela recorrida Tratex em sua contestação, é possível concluir que as preliminares, de fato, se entrelaçam ao mérito da demanda, porquanto relacionadas à aferição do próprio enquadramento dos fatos expostos às hipóteses legais de cabimento da rescisória, previstas no artigo 966 do CPC.

Diz-se isso porque, no caso específico dos autos, verifica-se que as preliminares estão substancialmente vinculadas à tese de que o objeto da

segunda ação rescisória é, em verdade, o laudo pericial produzido no processo de conhecimento, o que, por si só, implicaria na configuração da preclusão, decadência, ausência de interesse de agir e impossibilidade jurídica do pedido.

É possível perceber, portanto, que as preliminares arguidas são meras consequências do eventual acolhimento da tese principal trazida, a qual constitui o próprio âmago da demanda e, como tal, deve ser analisada em momento próprio, por ocasião do julgamento final da rescisória.

Nesse passo, com razão o acórdão quando afirma que “*o que pretende a recorrente, na verdade, é o julgamento imediato da lide, com o decreto de improcedência. Todavia, o julgamento do mérito ocorrerá no momento oportuno, após a instrução probatória requerida pelos autores e deferida pela decisão agravada*” (fls. 2.195).

No mesmo rumo se manifestou no MPF em seu parecer: “*é necessário ter em mente que o acórdão recorrido foi proferido em agravo interno manejado em embargos de declaração, opostos em decisão interlocutória, e que as pretensões veiculadas no presente apelo visam verdadeiro julgamento da lide, o que é impossível neste momento processual, especialmente na via estreita do recurso especial*” (fls. 2.584).

E, especificamente acerca da impossibilidade jurídica do pedido, vale registrar que esta Corte já assentou que a possibilidade jurídica foi abolida no regime do CPC de 2015 como elemento de condição da ação, de modo que agora é sempre resolvida no julgamento de mérito, senão vejamos:

Tributário e Processual Civil. Rescisória. Prescrição. Imposto de renda. Cinco mais cinco. Matéria não tangenciada pelo acórdão. Ausência de impugnação dos fundamentos do acórdão rescindendo. Rescisória julgada improcedente.

(...)

3. No regime do CPC de 2015, em que as condições da ação não mais configuram categoria processual autônoma, diversa dos pressupostos processuais e do mérito, a possibilidade jurídica do pedido deixou de ser questão relativa à admissibilidade e passou a ser mérito. Afirma a Exposição de motivos do Anteprojeto do Novo CPC que “a sentença que, à luz da lei revogada seria de carência da ação, à luz do Novo CPC é de improcedência e resolve definitivamente a controvérsia”.

(...)

Ação rescisória julgada improcedente (AR n. 3.667/DF, relator Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe de 23/5/2016.)

Civil. Direito Processual Civil. Direito das Sucessões. Ação declaratória de reconhecimento de indignidade com pedido de exclusão de herdeiro. Omissões relevantes. Inocorrência. Questão expressamente decidida no acórdão recorrido.

Possibilidade jurídica do pedido. Condição da ação no CPC/73. Questão de mérito no CPC/15. Reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido. Resolução do processo com mérito. Aptidão para formar coisa julgada material. Conceito e conteúdo inalterados. Ausência de vedação à pretensão do autor, sob pena de julgamento de improcedência liminar. Contundente divergência sobre a natureza do rol do art. 1.814 do CC/2002 e sobre as técnicas hermenêuticas admissíveis para a sua interpretação. Pedido juridicamente possível, vedado o julgamento de improcedência liminar.

(...)

4- *O enquadramento da possibilidade jurídica do pedido, na vigência do CPC/73, na categoria das condições da ação, sempre foi objeto de severas críticas da doutrina, que reconhecia o fenômeno como uma questão de mérito, tendo sido esse o entendimento adotado pelo CPC/15, conforme se depreende de sua exposição de motivos e dos dispositivos legais que atualmente versam sobre os requisitos de admissibilidade da ação. Precedentes.*

5- O fato de a possibilidade jurídica do pedido ter sido realocada como questão de mérito, conquanto provoque reflexos significativos na forma como o processo será resolvido, com mérito e aptidão para formar coisa julgada material, não acarreta modificação substancial em seu conceito e conteúdo, que continua sendo a ausência de vedação, pelo ordenamento jurídico, à pretensão deduzida pelo autor, sob pena de, após o CPC/15, conduzir à improcedência liminar do pedido.

6- Na hipótese, a questão relativa à possibilidade de exclusão do herdeiro que atenta contra a vida dos pais é objeto de severas controvérsias doutrinárias, seja sob a perspectiva da taxatividade, ou não, do rol do art. 1.814 do CC/2002, seja sob o enfoque dos métodos admissíveis e apropriados para a interpretação das hipóteses listadas no rol, razão pela qual as múltiplas possibilidades hermenêuticas do referido dispositivo induzem à inviabilidade do julgamento de improcedência liminar do pedido.

7- Recurso especial conhecido e não-provido (REsp n. 1.938.984/PR, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/2/2022, DJe de 18/2/2022)

Processual Civil. Recurso especial. Ofensa ao art. 535 do CPC/1973 não caracterizada. Arts. 1º, 10, 12, 18, 86 e 96 da Lei 8.213/1991. Ausência de prequestionamento. Súmula 211/STJ. Concessão de auxílio-acidente. Possibilidade jurídica do pedido reconhecida pelo Tribunal *a quo*. Teoria da asserção.

1. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

2. No tocante à aventada ofensa aos arts. 1º, 10, 12, 18, 86 e 96 da Lei 8.213/1991, percebo que, em que pese a oposição de Embargos de Declaração, os referidos artigos de lei não foram analisados e decididos pelo órgão julgador.

Ausente, portanto, o requisito do prequestionamento. Incide, na espécie, a Súmula 211/STJ.

3. O Tribunal de origem deu provimento à Apelação interposta pela parte autora tão somente para anular a sentença que extinguiu o processo sem resolução do mérito por impossibilidade jurídica do pedido (art. 267, VI, do CPC/1973), a fim de determinar o retorno dos autos à origem para prosseguimento da ação,

4. Assim sendo, a tese levantada no Recurso Especial, calcada na alegação de impossibilidade de implantação do auxílio-acidente que a autora agora busca com essa ação ainda será discutida no momento processual adequado, cingindo-se o acórdão recorrido, por enquanto, à análise da possibilidade jurídica do pedido.

5. Conforme entendimento desta Corte, as condições da ação, entre as quais se insere a possibilidade jurídica do pedido, devem ser verificadas pelo juiz à luz das alegações feitas pelo autor na inicial. Trata-se da aplicação da Teoria da Asserção.

6. 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.

7. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido (REsp n. 1.661.571/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 9/5/2017, DJe de 17/5/2017.)

Informações complementares à ementa

"[...] o presente recurso versa sobre atos judiciais proferidos na vigência do sistema processual anterior. No novo CPC, a possibilidade jurídica foi abolida como elemento de condição da ação, de modo que agora é sempre resolvida no julgamento de mérito".

Tributário e Processual Civil. Rescisória. Prescrição. Imposto de renda. Cinco mais cinco. Matéria não tangenciada pelo acórdão. Ausência de impugnação dos fundamentos do acórdão rescindendo. Rescisória julgada improcedente.

1. A rescisória por violação de direito federal exige que a tese prestigiada no acórdão seja atacada de forma direta e específica.

2. Hipótese em que a rescisória, fundada em alegação de violação de literal dispositivo de lei, refere-se à questão diversa daquela que foi apreciada pelo acórdão rescindendo. Caso de absoluta assimetria entre o que julgou a Corte e o que alega o autor como causa de rescisão. É inviável pretender rescindir o que não declarou o acórdão, o que nele não se contém.

3. No regime do CPC de 2015, em que as condições da ação não mais configuram categoria processual autônoma, diversa dos pressupostos processuais e do mérito, a possibilidade jurídica do pedido deixou de ser questão relativa à admissibilidade e

passou a ser mérito. Afirma a Exposição de motivos do Anteprojeto do Novo CPC que “a sentença que, à luz da lei revogada seria de carência da ação, à luz do Novo CPC é de improcedência e resolve definitivamente a controvérsia”.

4. Nos termos do parágrafo único do art. 974 do CPC, a conversão em multa do depósito do art. 488, II, do CPC/1973 (atual 968, II) pressupõe ser a rescisória julgada improcedente ou inadmissível por unanimidade, razão pela qual a decisão quanto ao destino do depósito somente poderá ser tomada após a conclusão do julgamento.

Ação rescisória julgada improcedente (AR n. 3.667/DF, relator Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 27/4/2016, DJe de 23/5/2016.)

Não há, portanto, nulidade no despacho saneador que se limita a postergar o exame das matérias alegadas, porque se confundem com a pretensão meritória posta em juízo e especialmente em razão da constatação de que, no caso dos autos, há a necessidade de prévia instrução probatória, para a completa compreensão e solução da lide, tanto do juízo rescindente quanto do rescisório.

Por conseguinte, mostra-se prematura a análise, na via estreita do recurso especial, das matérias alegadas, sendo certo que, por ocasião do julgamento final pelo Tribunal de Justiça, à parte será oportunizada a impugnação de todas as questões decididas.

Nesse passo, considerando que a recorrente estende-se em temas não apreciados pelo acórdão recorrido, torna-se inviável o conhecimento do recurso especial quanto aos pontos, pela falta do cumprimento do requisito do questionamento, a teor da Súmula 211/STJ.

Produção de prova pericial:

Quanto à prova, alega ofensa aos artigos 420, parágrafo único, 485 e 494 do CPC/73 (artigo 464, § 1º, 966 e 974 do CPC/2015), em face da desnecessidade de produção de prova na segunda rescisória para a realização do juízo rescindente, pois: “(i) a decisão referente ao juízo rescindente é de direito, e, portanto, prescinde de prova pericial; e (ii) eventual prova pericial, ainda que fosse necessária, deveria estar circunscrita e se destinar ao exame da alegada falsidade das informações sobre a prova prestadas na Primeira Rescisória, e jamais repetir o laudo pericial da Ação Originária para “estabelecer também exata correspondência entre o comando do título judicial condenatório e a liquidação” (fls. 2.275).

Acrescenta que “ainda que, por argumento, a Segunda Rescisória pudesse ser julgada procedente, a eventual produção de prova pericial para apuração do quantum

debeatur apenas poderia ser realizada na fase subsequente (novo julgamento) e não enquanto pendente a fase rescindente” (fls. 2.276).

De início, insta expor o teor dos dispositivos tidos por violados:

Art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.

§ 1º O juiz indeferirá a perícia quando:

I - a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico;

II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas;

III - a verificação for impraticável.

(...)

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar manifestamente norma jurídica;

VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

(...)

Art. 974. Julgando procedente o pedido, o tribunal rescindir a decisão, proferirá, se for o caso, novo julgamento e determinará a restituição do depósito a que se refere o inciso II do art. 968.

Parágrafo único. Considerando, por unanimidade, inadmissível ou improcedente o pedido, o tribunal determinará a reversão, em favor do réu, da importância do depósito, sem prejuízo do disposto no § 2º do art. 82.

Da leitura das transcrições acima, é possível constatar que as referidas normas dizem respeito às hipóteses genéricas de cabimento da ação rescisória e de indeferimento da prova pericial pelo juiz, não se mostrando aptas, portanto, a

sustentar a tese recursal ora apresentada, de desnecessidade de prova pericial na fase rescindente, tampouco de infirmar os fundamentos adotados pela origem, à luz das peculiaridades do caso dos autos.

Em situações como tais, é firme o posicionamento desta Corte segundo o qual se revela incabível conhecer do recurso especial quando o dispositivo de lei federal tido por violado não possui comando normativo capaz de sustentar a tese defendida e impugnar os fundamentos do acórdão recorrido, incidindo, por analogia, a orientação contida na Súmula n. 284, do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido:

V - A jurisprudência desta Corte considera deficiente a fundamentação do recurso quando os dispositivos apontados como violados não têm comando normativo suficiente para infirmar os fundamentos do aresto recorrido, circunstância que atrai, por analogia, a incidência do entendimento da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal.

VI - O Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida. (...)

VIII - Agravo Interno improvido (AgInt no REsp n. 1.409.884/MG, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 12/8/2022)

2. Não se conhece de recurso especial, na hipótese em que os artigos de lei tidos por violados não contêm norma apta a assegurar o reconhecimento do direito líquido e certo que a parte impetrante considera ter; e, por isso, não servem à impugnação específica do acórdão recorrido. Observância das Súmulas 283 e 284 do STF. (...)

7. Agravo interno não provido (AgInt no AREsp n. 1.333.113/RJ, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 15/6/2022)

III - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a ausência de comando normativo dos dispositivos apontados como violados, atrai, por conseguinte, o óbice da Súmula n. 284/STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.

IV - O óbice de ausência de comando normativo do artigo de lei federal apontado como violado ou como objeto de divergência jurisprudencial incide nas seguintes situações: quando não tem correlação com a controvérsia recursal, por versar sobre tema diverso; e quando sua indicação não é apta, por si só, para sustentar a tese recursal, seja porque o dispositivo legal tem caráter genérico, seja porque, embora consigne em seu texto comando específico, exigiria a combinação com outros dispositivo legais.

V - A indicação genérica do artigo de lei que teria sido contrariado induz à compreensão de que a violação alegada é somente de seu caput, pois a ofensa aos seus desdobramentos também deve ser indicada expressamente. Nesse sentido, vale citar os seguintes julgados: (AgInt no AREsp n. 1.674.879/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 12/3/2021, (...)) AgInt no REsp n. 1.846.655/PR, Terceira Turma, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe de 23/4/2020; AgInt nos EDcl no REsp n. 1.709.059/RJ, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 18/12/2020; e AgInt no REsp n. 1.790.501/SP, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 19/3/2021. (...)

IX - Agravo interno improvido (AgInt no AREsp n. 2.013.622/TO, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 26/5/2022)

4. *Não se conhece do recurso especial, quando o dispositivo apontado como violado não contém comando normativo para sustentar a tese defendida ou infirmar os fundamentos do acórdão recorrido, em face do óbice contido na Súmula 284 do STF.*

(...)

8. *Agravos conhecidos para conhecer em parte dos recursos especiais e, nessa extensão, negar-lhes provimento (AREsp n. 1.198.958/ES, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 9/6/2022)*

Soma-se a isso o fato de que o presente recurso especial é oriundo de uma decisão saneadora, mantida integralmente pelo colegiado do Tribunal de origem, na qual os julgadores, observando as circunstâncias do caso concreto, formularam juízo de valor no sentido da imprescindibilidade da perícia judicial no presente feito, com o fim de apurar os alegados vícios apontados no julgamento de improcedência da primeira ação rescisória (relacionados à ilegalidade e idoneidade da prova lá produzida - meros esclarecimentos do mesmo perito que atuou na ação ordinária - seja quanto ao *iter* processual seja quanto ao conteúdo (falsidade ideológica)), e assim possibilitar que a lide seja julgada em sua plenitude, tanto no juízo rescindente como rescisório.

É ressabido que o nosso sistema processual civil é orientado pelo princípio do livre convencimento motivado, cabendo ao julgador determinar as provas que entender necessárias à formação do seu convencimento, senão vejamos:

Agravo interno no agravo em recurso especial. Processual Civil. Ação de execução de título extrajudicial. Fase de cumprimento de sentença. Cerceamento de defesa. Prova pericial. Desnecessidade. Demonstrativo discriminado e atualizado do débito. Ausência. Causa extintiva/modificativa da obrigação. Inexistência. Conjunto fático-probatório. Reexame. Súmulas n. 5 e 7/STJ. Prequestionamento. Ausência. Súmula n. 282/STF.

(...)

3. *O nosso sistema processual civil é orientado pelo princípio do livre convencimento motivado, cabendo ao julgador determinar as provas que entender necessárias à instrução do processo, bem como indeferir aquelas que considerar inúteis ou protelatórias.*

4. *É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que compete às instâncias ordinárias exercer juízo acerca da necessidade ou não da produção de prova pericial e testemunhal, haja vista sua proximidade com as circunstâncias fáticas da causa, cujo reexame é vedado em recurso especial, a teor da Súmula n. 7/STJ.*

(...)

6. Agravo interno não provido (Aglnt no AREsp n. 1.942.272/GO, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 30/5/2022, DJe de 2/6/2022)

Agravo interno no recurso especial. Processual Civil. Plano de saúde. Negativa de cobertura. Rol da ANS. Caráter exemplificativo.

(...)

2. *A determinação da realização de provas, a qualquer tempo e sob o livre convencimento do magistrado, é uma faculdade deste, incumbindo-lhe sopesar sua necessidade e indeferir diligências inúteis, protelatórias ou desnecessárias.*

(...)

4. Agravo interno não provido (Aglnt no REsp n. 1.957.113/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 23/5/2022, DJe de 30/5/2022.)

Previdenciário e Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Negativa de prestação jurisdicional. Não configuração. Art. 10 do CPC. Deficiência de fundamentação. Aplicação da Súmula 284/STF. Indeferimento de prova pericial. Impossibilidade de análise. Óbice da Súmula 7/STJ. Fundamento autônomo do acórdão recorrido não impugnado em argumentação de recurso especial. Atração da Súmula 283/STF.

(...)

3. *É faculdade do julgador o indeferimento de produção probatória que julgar desnecessária para o regular trâmite do processo, sob o pálio da prerrogativa do livre convencimento, cabendo-lhe, apenas, expor fundamentadamente o motivo de sua decisão, e o STJ não pode rever tal posicionamento em recurso especial, nos termos da Súmula 7.*

(...)

5. Agravo interno não provido (Aglnt no AREsp n. 1.935.465/SP, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 31/3/2022)

Além disso, consoante se extrai do artigo 972 do CPC, que se refere genericamente à prova dos fatos alegados pela parte, é admissível a instrução probatória tanto no juízo rescindente como no rescisório, os quais, como regra geral, ocorrem de forma concentrada no direito brasileiro, nos ditames do artigo 974 do CPC.

Nesse sentido são os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (in *Ação Rescisória: Do Juízo Rescindente ao Juízo Rescisório*, Ed. Revista dos Tribunais, 2017, fls. 343):

Dependendo, contudo, da natureza do vício rescindente reconhecido e do seu alcance sob a causa originária, pode ser admissível a produção de prova nova no âmbito do juízo rescisório. Ao contrário do que ocorre no direito francês (art. 601) e no direito italiano (art. 402), que ligam diretamente a instrução ao juízo rescisório, o direito brasileiro fala genericamente na prova dos fatos alegados pelas partes (art. 972, CPC).

Em regra, sendo admissível instrução no juízo rescindente e no juízo rescisório, o órgão jurisdicional tem o dever de concentrá-la (art. 972, CPC). Isso porque a regra no direito brasileiro é a concentração do julgamento do juízo rescindente e do juízo rescisório (art. 974, CPC), o que, obviamente, pressupõe prévia instrução. Há, portanto, dupla concentração: da instrução e do julgamento.

Assim, considerando que a realização de perícia não é vedada em sede de ação rescisória, bem como que a determinação da prova incumbe ao órgão julgador, no âmbito do seu livre convencimento motivado, tem-se que a revisão da conclusão a que chegou o Tribunal de origem sobre a questão demanda o reexame dos fatos e provas constantes nos autos, o que é vedado no âmbito do recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

Dispositivo:

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e, nesta parte, nego-lhe provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.984.140-RJ (2022/0032455-5)

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Recorrente: Jose Henrique da Silva
Advogados: Graziela Sueli Menini - RJ121085
 Marcelle Dias Silveira - RJ121152
Recorrido: União

EMENTA

Direito Administrativo. Servidor público. Recurso especial. Militar da reserva não remunerada das Forças Armadas. Atuação voluntária na Força Nacional de Segurança Pública. Direito à simultânea remuneração correspondente à do posto militar anteriormente ocupado no Exército. Inexistência.

1- Cuida-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região que manteve incólume sentença que julgou improcedente o pedido formulado pelo ora recorrente, no sentido de que a *União* fosse condenada a lhe pagar proventos/salários referentes ao período em que esteve em exercício junto à Força Nacional de Segurança Pública – FNSP, tomando-se por parâmetro o posto que ocupara no Exército antes de ser transferido para a reserva não remunerada.

2- Da leitura da Lei 11.473/2007, que criou a FNSP, extrai-se que esta não consiste em órgão autônomo de segurança pública, mas sim em instrumento de cooperação para auxiliar Estados-membros, por meio de ato formal de adesão, voluntário, na preservação da ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio.

3- Aludidas atividades de cooperação federativa poderão ser desempenhadas não só por militares dos Estados e do Distrito Federal, mas também por servidores das atividades-fim dos órgãos de segurança pública, do sistema prisional e de perícia criminal dos entes federativos que vierem a celebrar o convênio. Além destes, também poderão ser realizadas por reservistas que tenham servido como militares temporários das Forças Armadas e passado para a reserva há menos de 5 (cinco) anos. Inteligência do art. 5º, *caput* e § 1º, da Lei 11.473/2007.

4- O ingresso de reservistas na FNSP não implica retorno/reincorporação ao serviço ativo das Forças Armadas, o que, via de

consequência, afasta a regra contida no art. 50, IV, *d*, da Lei 6.880/1980, porquanto aplicável tão somente aos militares da ativa.

5- Recurso especial conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Regina Helena Costa, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa (voto-vista), Gurgel de Faria, Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) e Benedito Gonçalves (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de junho de 2022 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 30.6.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Trata-se de recurso especial interposto por *José Henrique da Silva*, com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Narram os autos que o ora recorrente ajuizou a subjacente ação ordinária em desfavor da *União*, objetivando a condenação desta ao pagamento de proventos/salários referentes ao período em que esteve em exercício de suas atividades junto à Força Nacional de Segurança Pública, calculados de acordo com o mesmo posto, graduação ou cargo que exercia na respectiva instituição quando estava no serviço ativo.

O Juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido autoral (fls. 106/109).

A sentença foi confirmada pelo Tribunal de origem, nos termos da ementa que segue (fl. 224):

Direito Administrativo. Apelação. Militar da reserva não remunerada. Atuação na Força Nacional de Segurança Pública. Percebimento de diária. Atendimento ao Edital n.4/2017 e à Lei n. 11.473/2007. Verbas salariais. Descabimento.

1. Mantém-se a sentença que negou a Cabo da reserva não remunerada do Exército a condenação da *União* ao pagamento de “proventos/salários, por todo o período que esteve em exercício de suas atividades junto à Força Nacional de Segurança Pública, no mesmo posto, graduação ou cargo que exercia na respectiva instituição quando estava no serviço ativo, incluindo 13º salário e férias remuneradas, bem como todo e qualquer direito determinado em Lei inerente aos Militar das forças armadas da atividade.”

2. O autor, Cabo reservista do Exército, com 7 anos e onze meses de serviço militar prestado em caráter temporário, voluntariou-se, conforme as regras do Edital n. 4 de janeiro de 2017, para prestação de serviços à Força Nacional na condição de colaborador voluntário. O período de mobilização iniciou em 10.3.2017 e terminou em 12.01.2019, e o colaborador recebeu as verbas indenizatórias conforme o edital de convocação.

3. O autor/apelante se voluntariou para atuar na Força Nacional de Segurança Pública ciente dos requisitos estabelecidos no Edital n. 4, de 12 de janeiro de 2017, que não prevê pagamento de remuneração/salário/vencimento, 13º salário e férias aos mobilizados, sobretudo diante do caráter de cooperação federativa da Força Nacional.

4. Tanto o edital ao qual estava vinculado, quanto a Lei n. 11.473/2007, com as alterações da Lei n. 13.500/2017, não possuem qualquer dispositivo que preveja a percepção de verba relativa a salário, vencimentos ou remuneração.

5. Apelação desprovida.

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados (fls. 257/262).

Sustenta o recorrente violação aos arts. 5º, §§ 1º, 3º, 5º e 13, da Lei 11.473/2007 e 50, IV, *d*, da Lei 6.880/1980, ao argumento de que (fl. 288):

Como aludido no voto do Relator, o Autor na qualidade de Militar Reservista passou a integrar a Força Nacional conforme prevê a Lei 11.473/07, ao aderir o Edital n. 4/2017, ocorre que durante o tempo em que esteve em serviço ativo na Força Nacional, recebeu apenas *diárias*, previstas no Edital, e na Lei 11.473/07, deixando de ser pago a *todos os reservistas*, inclusive ao Autor, a *remuneração/salário* em contrariedade a Lei Federal que regulamenta as obrigações e direitos dos componentes da Força Nacional que prevê o direito o direito de percepção da remuneração, como são pagos aos demais membros da Força Nacional [...]

Nesse sentido, afirma que a pretensão deduzida na petição inicial “*não trata de reintegração às forças armadas, mas tão somente do pagamento de salários enquanto esteve em serviço ativo*” (fl. 288).

Segue afirmando que (fls. 290/292):

Ponto incontroverso, é que são pagas *diárias* a todos os membros da Força Nacional, na forma do Artigo 4, da Lei 8.162/91, e que estas são exclusivas para "... as despesas de deslocamento, de alimentação e de pousada ..." e que *não* serão computadas para efeito de adicional de férias e do 13º (décimo terceiro) salário, nem integrará os salários, remunerações, subsídios, proventos ou pensões, inclusive alimentícias.

Assim, se as diárias não serão computadas para efeito de adicionais de férias e do 13º (décimo terceiro) salário, nem integrará os salários, remunerações, subsídios, proventos ou pensões, inclusive alimentícia, tudo demonstra que há pagamento de salários e demais garantias sociais na forma dos artigos mencionados, acima, e de fato há, à todos os membros da força Nacional, são pago salários, conforme estabelece os artigos 1º, 2º e 5º da Lei 11.473/07, por meio do Convênio firmado entre os Entes Convenentes e o Ministério da Justiça, ficando a cargo dos Entes Convenentes o pagamento dos salários/remuneração, garantido este pela legislação federal apontada, só não sendo respeitado o Convênio pelo Ministério da Defesa, ente convenente dos Reservistas, em clara contrariedade as Lei Federais, a qual o Acórdão foi totalmente omisso, apesar de questionado, preferindo o Relator em seu voto tão somente reafirmar, os artigos que permitem o recebimento das Diárias, sendo omisso sobre aplicabilidade dos demais artigos das Leis elencadas que perfazem única e exclusivamente matéria de direito, fazendo portanto que a presente peça se admissível.

A Lei traz de forma objetiva que ao Ministério da Justiça caberá o pagamento de diárias, "Os servidores civis e militares dos Estados e do Distrito Federal que participarem de atividades desenvolvidas em decorrência de convênio de cooperação de que trata esta Lei farão jus ao recebimento de diária a ser paga na forma prevista no art. 4º da Lei n. 8.162, de 8 de janeiro de 1991". *Não há menção na lei*, conforme faz crer o Acórdão, de que *apenas* será pago diárias.

Muito pelo contrário, a Lei 11.473, em seu artigo 6º e §§, em respeito à Constituição, e para bem definir o que está sendo pago e por quem, dispõe a quem compete o pagamento das diárias e a natureza jurídica da mesma. E o legislador assim o fez, com o real intuito de evitar questões judiciais, que poderiam aí sim, gerar a integralização das diárias aos salários, e em outra vertente afronta de igual forma a legislação e a Constituição.

E antes disso, a Lei estabeleceu de forma nítida como se daria a participação dos reservistas e como seria regulamentado seus direitos e deveres através do artigo 5º, e seus parágrafos, assim: § 1º (Se forem insuficientes os convênios firmados entre a União e os entes federados para suprir a previsão do efetivo da Força Nacional de Segurança Pública (FNSP), e em face da necessidade de excepcional interesse público, as atividades previstas no caput deste artigo poderão ser desempenhadas em caráter voluntário: ... II por reservistas que tenham servido como militares temporários das Forças Armadas e passado para a reserva há menos de cinco anos, nos termos de convênio celebrado entre o Ministério da Defesa e o Ministério da Justiça e Segurança Pública.)

Óbvio, a obrigatoriedade do Convenio, e que este será firmado em face da necessidade excepcional e do interesse público, por reservistas que tenham servido como militares temporários das Forças Armadas e passado para a reserva há menos de cinco anos, tal fato de extrema relevância, pois não é qualquer um que pode aderir ao convênio no caso de excepcional necessidade.

Deixa claro a legislação, que a qualidade de militar reservista é característica sine qua non, para que se possa participar do processo seletivo, visto que, a Constituição prevê a Continuidade dos serviços prestados, visto que as atividades a serem desempenhadas, são próprias e específicas do serviço militar, tanto que os §§ 3º e 5º, do artigo 5º, da Lei 11.473, dispõe que os Reservistas exercerão suas atividades no mesmo posto, graduação ou cargo que exerciam nas respectivas instituições quando estavam no serviço ativo, e ainda que, a estes *militares*, aplica-se o regime disciplinar a que estavam submetidos nas respectivas instituições de origem, ou seja toda a Lei 6.880/80, e o que se requer é que seja respeitado o Artigo 50, IV, d., pois como já mencionado o artigo 241 trata a continuidade dos serviços transferido, e fato que os reservistas voltaram ao serviço ativo como servidores temporários, não podendo permanecer em tal serviço pela limitação imposta pelo § 13º do artigo 5º, da Lei 11.473, claro fica que os reservista tem sim direito a remuneração, caso contrário não haveriam tais dispositivos na Lei 11.473/07, pois como dito se trata de uma obrigatoriedade imposta pelo permissivo constitucional 241, a continuidade dos serviços transferidos.

Por fim, requer o provimento do recurso especial.

Sem contrarrazões (fl. 323).

Recurso admitido na origem (fls. 329/330).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): Cuida-se, na origem, de ação condenatória movida contra a União, em que o autor, ora recorrente, na qualidade de reservista não remunerado do Exército há menos de cinco anos, tendo prestado serviço perante a Força Nacional de Segurança Pública, entre março de 2017 e janeiro de 2019, aduz que teria recuperado sua condição de servidor ativo do Exército, fazendo, por isso, jus, nesse período, para além das diárias percebidas na FNSP, à percepção da remuneração correspondente ao respectivo posto que ocupara na Exército. As duas instâncias ordinárias rejeitaram tal pretensão.

O caso é de improvemento também da presente súplica especial.

Com efeito, da leitura da Lei 11.473/2007, que criou a FNSP, extrai-se que esta não consiste em órgão autônomo de segurança pública, mas apenas seria instrumento de cooperação para auxiliar Estados-membros, por meio de ato formal de adesão, voluntário, a preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio. Senão vejamos:

Art. 1º. A União poderá firmar convênio com os Estados e o Distrito Federal para executar atividades e serviços imprescindíveis à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Segundo tal lei de regência, aludidas atividades de cooperação federativa poderão ser desempenhadas *não só por militares dos Estados e do Distrito Federal, mas também por servidores das atividades-fim dos órgãos de segurança pública, do sistema prisional e de perícia criminal dos entes federativos que vierem a celebrar o convênio*. Além destes, também poderão ser realizadas por *reservistas que tenham servido como militares temporários das Forças Armadas e passado para a reserva remunerada há menos de 5 (cinco) anos*. Confira-se:

Art. 5º As atividades de cooperação federativa no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública serão desempenhadas *por militares dos Estados e do Distrito Federal e por servidores das atividades-fim dos órgãos de segurança pública, do sistema prisional e de perícia criminal dos entes federativos que celebrarem convênio*, na forma do art. 1º desta Lei.

§ 1º Se forem insuficientes os convênios firmados entre a União e os entes federados para suprir a previsão do efetivo da Força Nacional de Segurança Pública (FNSP), e em face da necessidade de excepcional interesse público, as atividades previstas no caput deste artigo *poderão ser desempenhadas em caráter voluntário*:

I - por militares e por servidores das atividades-fim dos órgãos de segurança pública e dos órgãos de perícia criminal da União, dos Estados e do Distrito Federal que tenham passado para a inatividade há menos de cinco anos;

II - *por reservistas que tenham servido como militares temporários das Forças Armadas e passado para a reserva há menos de cinco anos*, nos termos de convênio celebrado entre o Ministério da Defesa e o Ministério da Justiça e Segurança Pública.

(Grifos nossos)

De se ver, portanto, que o ingresso de reservistas na FNSP não implica retorno/reincorporação ao serviço ativo das Forças Armadas, o que, via de consequência, afasta a regra contida no art. 50, IV, *d*, da Lei 6.880/1980, porquanto aplicável tão somente aos militares da ativa. A propósito:

Art. 50. São direitos dos militares:

[...]

IV - nas condições ou nas limitações impostas por legislação e regulamentação específicas, os seguintes:

[...]

d) a percepção de remuneração;

[...]

Sobreleva notar que as disposições contidas nos §§ 3º, 5º e 13 do art. 5º da Lei 11.473/2007 dizem respeito tão somente aos requisitos para ingresso na FNSP e, ainda, à estrutura administrativo-disciplinar à qual ficarão submetidos durante o período de mobilização. Veja-se:

Art. 5º [omissis]

[...]

§ 3º. Os militares, os servidores e os reservistas de que trata o § 1º deste artigo serão mobilizados na FNSP, no mesmo posto, graduação ou cargo que exerciam nas respectivas instituições quando estavam no serviço ativo.

§ 5º. Aos militares, aos servidores e aos reservistas de que trata o § 1º deste artigo aplica-se o regime disciplinar a que estão submetidos nas respectivas instituições de origem.

§ 13. A mobilização para a FNSP dos reservistas a que se refere o inciso II do § 1º deste artigo será restrita àqueles que contarem mais de um ano de serviço militar e menos de nove anos de serviço público e que atenderem às demais condições estabelecidas por esta Lei e pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, considerando, ainda, que a eventual prorrogação de sua permanência na FNSP só será concedida se não implicar estabilidade.

Em outros termos, não há nos referidos dispositivos legais comando normativo capaz de sustentar a tese segundo a qual o período em que o recorrente esteve mobilizado junto à FNSP corresponderia ao retorno ao serviço ativo das Forças Armadas.

Nos termos do art. 5º, § 14, do mesmo diploma legal, “*As despesas com a convocação e com a manutenção dos reservistas a que se refere o inciso II do § 1º [...] serão custeadas com dotações orçamentárias do Ministério da Justiça e Segurança Pública*”, o que também evidencia a inexistência de vínculo entre os ex-militares reservistas e as Forças Armadas.

Da mesma forma, o disposto no art. 6º, § 1º, da Lei 11.473/2007 – no sentido de que a diária recebida durante a permanência da FNSP “*não*

será computada para efeito de adicional de férias e do 13 (décimo terceiro) salário, nem integrará os salários, remunerações, subsídios, proventos ou pensões, inclusive alimentícias” – também não autoriza entendimento diverso, na medida em que especificamente direcionado aos servidores civis e militares dos Estados e do Distrito Federal *ainda em atividade*, a que se refere o art. 5º, *caput*, do mesmo diploma legal.

Logo, considerando-se que o autor, ora recorrente, voluntariou-se para a FNSP na condição de Cabo reservista não remunerado do Exército, não há falar em direito à percepção de remuneração pelo período em que esteve mobilizado, ante a inexistência de previsão legal nesse sentido.

Por fim, a teor do Enunciado Administrativo n. 7 do Superior Tribunal de Justiça, *“Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC”*.

Logo, considerando-se que o acórdão recorrido foi prolatado já na vigência do CPC/2015 e, outrossim, tendo em vista o não acolhimento da pretensão recursal da parte ora recorrente, é cabível a condenação desta em honorários advocatícios recursais, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015. Nesse sentido:

Processual Civil. Enunciado Administrativo n. 3 e 7/STJ. Embargos de declaração. Vício no julgado. Ocorrência. Supressão. Honorários de sucumbência recursal. Art. 85, § 11, do CPC/2015. Fixação. Embargos de declaração acolhidos.

1. Tendo em vista o disposto no art. 85, § 11, do CPC/2015, c/c o Enunciado Administrativo n. 7/STJ (*“Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016 será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do NCPC”*) e o trabalho adicional realizado em grau recursal, impõe-se a fixação dos honorários advocatícios a título de sucumbência recursal.

2. Embargos de declaração acolhidos.

(EDcl no AREsp 1.679.208/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 3/12/2020)

Processual Civil. Majoração de honorários recursais. Art. 85, § 11, do CPC/2015. Acórdão recorrido publicado na vigência do CPC/2015. Possibilidade.

1. Hipótese em que foi dado provimento a recurso da Fazenda Nacional para reconhecer a possibilidade de majoração dos honorários recursais, no âmbito do STJ, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015.

2. Conforme consignado no decisum agravado, “não seria a data do ato judicial decisório que determinaria a aplicação do art. 85, § 11, do CPC de 2015, mas a data em que publicada a decisão contra a qual é interposto o recurso” (EDcl no AREsp 1.752.269/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 7.4.2021).

3. “É devida a fixação de honorários recursais no âmbito do STJ quando o acórdão recorrido do Tribunal de origem tenha sido prolatado na vigência do Código Fux, ainda que a sentença tenha sido publicada à luz do Código Buzaid” (AgInt nos EDcl no AREsp 1.424.412/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 26.11.2019).

4. Agravo Interno não provido.

(AgInt no AgInt nos EDcl no AREsp 1.805.836/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 10/12/2021) - Grifo nosso

Ante o exposto, conheço do recurso especial e nego-lhe provimento. Condeno a parte recorrente ao pagamento de honorários advocatícios recursais arbitrados, nos termos do art. 85, § 11, do CPC, em 10% sobre a verba honorária fixada nas instâncias ordinárias.

É como voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Solicitei vista dos autos para examiná-los com maior detença.

Trata-se de Recurso Especial interposto por *Jose Henrique da Silva* contra acórdão prolatado, por unanimidade, pela 7ª Turma Especializada do Tribunal Regional da 2ª Região, assim ementado (fl. 224e):

Direito Administrativo. Apelação. Militar da reserva não remunerada. Atuação na Força Nacional de Segurança Pública. Percebimento de diária. Atendimento ao Edital n. 4/2017 e à Lei n. 11.473/2007. Verbas salariais. Descabimento.

1. Mantém-se a sentença que negou a Cabo da reserva não remunerada do Exército a condenação da *União* ao pagamento de “proventos/salários, por todo o período que esteve em exercício de suas atividades junto à Força Nacional de Segurança Pública, no mesmo posto, graduação ou cargo que exercia na respectiva instituição quando estava no serviço ativo, incluindo 13º salário e férias remuneradas, bem como todo e qualquer direito determinado em Lei inerente aos Militar das forças armadas da atividade.”

2. O autor, Cabo reservista do Exército, com 7 anos e onze meses de serviço militar prestado em caráter temporário, voluntariou-se, conforme as regras do Edital n. 4 de janeiro de 2017, para prestação de serviços à Força Nacional na condição de colaborador voluntário. O período de mobilização iniciou em 10.3.2017 e terminou em 12.01.2019, e o colaborador recebeu as verbas indenizatórias conforme o edital de convocação.

3. O autor/apelante se voluntariou para atuar na Força Nacional de Segurança Pública ciente dos requisitos estabelecidos no Edital n. 4, de 12 de janeiro de 2017, que não prevê pagamento de remuneração/salário/vencimento, 13º salário e férias aos mobilizados, sobretudo diante do caráter de cooperação federativa da Força Nacional.

4. Tanto o edital ao qual estava vinculado, quanto a Lei n. 11.473/2007, com as alterações da Lei n. 13.500/2017, não possuem qualquer dispositivo que preveja a percepção de verba relativa a salário, vencimentos ou remuneração.

5. Apelação desprovida.

Opostos Embargos de Declaração, foram rejeitados (fls. 261/262e).

Nas razões do Recurso Especial, interposto com amparo no art. 105, III, *a*, da Constituição da República, aponta-se ofensa aos arts. 5º, §§ 1º, 3º e 5º da Lei n. 11.473/2007 e 13º e 50, IV, *d*, da Lei n. 6.880/1980, alegando-se, em síntese, que, ao impor ao reservista o exercício de missão no mesmo posto ocupado quando em atividade e sujeito ao regime disciplinar da Força de origem, a legislação de regência não deixa dúvidas quanto à continuidade do serviço transferido e a manutenção da qualidade de militar, impondo, assim, o pagamento de remuneração pelos serviços prestados.

Sem contrarrazões (fl. 323e), o recurso foi admitido (fls. 329/330e).

Na sessão do dia 26.04.2022, o Sr. Relator, Ministro Sérgio Kukina, apresentou voto negando provimento ao Recurso Especial, sob o fundamento de que o ingresso de reservista na Força Nacional de Segurança Pública - FNSP não implica retorno/reincorporação ao serviço ativo das Forças Armadas, mormente porque a FNSP não constitui um órgão autônomo, mas, apenas, instrumento de cooperação para auxiliar Estados-membros, o que, via de consequência, afasta o direito à remuneração previsto no art. 50, IV, *d*, da Lei 6.880/1980, porquanto aplicável tão somente aos militares da ativa.

É o relatório. Passo a proferir o voto-vista.

Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte, na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do

provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

Para a exata compreensão da controvérsia, entendo importante uma breve exposição do panorama normativo envolvendo a Força Nacional de Segurança Pública.

Tal corporação foi criada pelo Decreto n. 5.289/2004 como programa de cooperação federativa denominado Força Nacional de Segurança Pública, ao qual poderiam aderir, voluntariamente, os Estados interessados, por meio de atos formais específicos (art. 1º).

Posteriormente, a instituição passou a ser disciplinada pela Lei n. 11.473/2007, vindo a incluir os reservistas das Forças Armadas no rol de convocáveis apenas com a edição das Medidas Provisórias n. 755/2016 e 781/2017, as quais alteraram a apontada norma, passando a dispor:

Art. 5º As atividades de cooperação federativa, no âmbito da Força Nacional de Segurança Pública, serão desempenhadas por militares e servidores civis dos entes federados que celebrarem convênio, na forma do art. 1º desta Lei.

§ 1º As atividades previstas no caput, excepcionalmente, poderão ser desempenhadas em caráter voluntário por:

I - militares e policiais da União, dos Estados e do Distrito Federal que tenham passado para a inatividade há menos de cinco anos, inclusive os militares temporários da União que tenham sido admitidos e incorporados por prazo limitado para integrar quadros auxiliares ou complementares de oficiais ou praças; e

II - servidores civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios aposentados há menos de cinco anos, para fins de atividades de apoio administrativo à Força Nacional de Segurança Pública. (destaques meus)

Na sequência, a Lei n. 13.500/2017 introduziu nova alteração no art. 5º da Lei n. 11.473/2007, cujo teor, na parte que interessa, recebeu a seguinte redação, vigente à época da convocação do Recorrente (10.03.2017 a 12.01.2019):

Art. 5º As atividades de cooperação federativa, no âmbito da Senasp serão desempenhadas por militares dos Estados e do Distrito Federal e por servidores das atividades-fim dos órgãos de segurança pública e dos órgãos de perícia criminal dos entes federados que celebrarem convênio, na forma do art. 1º desta Lei.

§ 1º Se forem insuficientes os convênios firmados entre a União e os entes federados para suprir a previsão do efetivo da Força Nacional de Segurança Pública (FNSP), e em face da necessidade de excepcional interesse público, as atividades previstas no caput deste artigo poderão ser desempenhadas em caráter voluntário:

I - por militares e por servidores das atividades-fim dos órgãos de segurança pública e dos órgãos de perícia criminal da União, dos Estados e do Distrito Federal que tenham passado para a inatividade há menos de cinco anos;

II - por reservistas que tenham servido como militares temporários das Forças Armadas e passado para a reserva há menos de cinco anos, nos termos de convênio celebrado entre o Ministério da Defesa e o Ministério da Justiça e Segurança Pública.

(...)

§ 5º Aos militares, aos servidores e aos reservistas de que trata o § 1º deste artigo aplica-se o regime disciplinar a que estão submetidos nas respectivas instituições de origem.

§ 13. A mobilização para a FNSP dos reservistas a que se refere o inciso II do § 1º deste artigo será restrita àqueles que contarem mais de um ano de serviço militar e menos de nove anos de serviço público e que atenderem às demais condições estabelecidas por esta Lei e pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, considerando, ainda, que a eventual prorrogação de sua permanência na FNSP só será concedida se não implicar estabilidade.

Importante observar que a Lei n. 13.500/2017 originou-se da conversão da Medida Provisória n. 781/2017, cujo projeto, a partir de alterações introduzidas na Câmara dos Deputados, recebeu acréscimo no art. 5º, com a inserção dos §§ 2º e 12º, *in verbis*:

§ 2º Os reservistas de que trata o inciso II do § 1º deste artigo serão, na sequência:

I - reincorporados voluntariamente às respectivas Forças Armadas onde prestaram o serviço militar, na forma da legislação e regulamentação que tratam do serviço militar, com todos os direitos, prerrogativas e deveres inerentes ao posto ou graduação que ocupavam quando estavam na ativa;

II - agregados, com aplicação, no que couber, dos arts. 80, 81, 82, 83, 84 e 85 da Lei n. 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares), colocados à disposição do Ministério da Justiça e Segurança Pública e mobilizados na Senasp, incluída a FNSP.

§ 12. Aos reservistas de que trata o inciso II do § 1º deste artigo, enquanto estiverem à disposição da FNSP, aplica-se o disposto no § 7º do art. 15 da Lei Complementar n. 97, de 9 de junho de 1999. (destaques meus)

Tais dispositivos, *não existentes na versão original da Medida Provisória n. 781/2017*, foram vetados pelo Sr. Presidente da República, sob a justificativa de inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa, haja vista que afrontavam o disposto no art. 61, § 1º, II, *f*, da Constituição da República, porquanto

introduzidos no âmbito do Poder Legislativo, na tramitação do projeto de conversão.

Eis a origem da ausência de previsão legal do pagamento de remuneração aos reservistas convocados para a Força Nacional de Segurança Pública.

Embora o legislador tenha manifestado interesse em garantir aos militares voluntários a contraprestação pelos serviços prestados e demais direitos inerentes ao encargo, o fez de maneira inadequada, descuidando-se da necessidade de iniciativa presidencial em tal matéria.

Tal silêncio normativo aponta para a prestação gratuita de serviço público, a qual é criticável por implicar enriquecimento indevido da Administração.

Todavia, como acertadamente apontou o Sr. Relator, a legislação de regência, em especial os §§ 3º, 5º e 13 do art. 5º da Lei n. 11.473/2007, não ostentam comando normativo capaz de justificar o restabelecimento do vínculo funcional entre o reservista mobilizado e sua corporação de origem, afastando, por consequência, o direito à remuneração previsto no art. 50, IV, *d*, da Lei 6.880/1980, direcionado ao pessoal da ativa e da reserva remunerada.

Assim, a despeito da defeituosa disciplina normativa, não há suporte legal para acolher a pretensão, sob pena de indevida atuação legiferante do Poder Judiciário e afronta ao art. 37, X, da CR/1988, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios *obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte*:

X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices; (destaques meus)

Ademais, observo que o Autor, ora Recorrente, voluntariou-se para atuar na Força Nacional ciente das normas editalícias, previamente divulgadas, as quais garantiam, exclusivamente, o recebimento das diárias, consoante assinalou a Corte regional (fls. 221/222e), tendo, portanto, assumido o encargo sabendo da ausência de remuneração.

Posto isso, *acompanho o voto do Sr. Relator*, para negar provimento ao Recurso Especial, nos termos da fundamentação exposta.

É o voto.