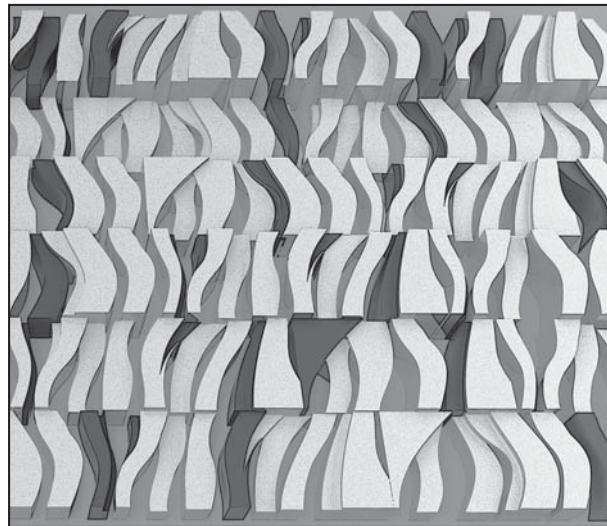


REVISTA

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA



PUBLICAÇÃO OFICIAL

REVISTA

VOLUME 246, TOMO 1
ANO 29
ABRIL/MAIO/JUNHO 2017

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Diretor

Ministro Luis Felipe Salomão

Chefe de Gabinete

Marluce Sampaio Duarte

Servidores

Gerson Prado da Silva

Hekelson Bitencourt Viana da Costa

Maria Angélica Neves Sant'Ana

Marilisa Gomes do Amaral

Técnico em Secretariado

Ruthe Wanessa Cardoso de Souza

Mensageiro

Cristiano Augusto Rodrigues Santos

Superior Tribunal de Justiça

www.stj.jus.br, revista@stj.jus.br

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Setor de Administração Federal Sul, Quadra 6, Lote 1,

Bloco C, 2º Andar, Sala C-240, Brasília-DF, 70095-900

Telefone (61) 3319-8055/3319-8003, Fax (61) 3319-8992

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

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

Disponível também em versão eletrônica a partir de 2009:

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

ISSN 0103-4286.

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

CDU 340.142 (81) (05)

REVISTA
MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
Diretor

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Plenário

Ministra **Laurita Hilário Vaz** (*Presidente*)

Ministro **Humberto Eustáquio Soares Martins** (*Vice-Presidente*)

Ministro **Felix Fischer**

Ministro **Francisco Cândido de Melo Falcão** Neto

Ministra Fátima **Nancy Andrichi**

Ministro **João Otávio de Noronha** (*Corregedor Nacional de Justiça*)

Ministra **Maria Thereza Rocha de Assis Moura** (*Diretora-Geral da ENFAM*)

Ministro Antonio **Herman** de Vasconcellos e **Benjamin**

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**

Ministro **Jorge Mussi**

Ministro Geraldo **Og Nicéas Marques Fernandes**

Ministro **Luis Felipe Salomão** (*Diretor da Revista*)

Ministro **Mauro Luiz Campbell Marques** (*Corregedor-Geral da Justiça Federal*)

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Raul Araújo** Filho

Ministro **Paulo de Tarso Vieira Sanseverino**

Ministra Maria **Isabel Diniz Gallotti** Rodrigues

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Ministro Ricardo **Villas Bôas Cueva**

Ministro **Sebastião Alves dos Reis Júnior** (*Ouvidor*)

Ministro **Marco Aurélio Gastaldi Buzzi**

Ministro **Marco Aurélio Bellizze** Oliveira

Ministra **Assusete Dumont Reis Magalhães**

Ministro **Sérgio Luíz Kukina**

Ministro Paulo Dias de **Moura Ribeiro**

Ministra **Regina Helena Costa**

Ministro **Rogério Schietti Machado Cruz**

Ministro **Nefi Cordeiro**

Ministro Luiz Alberto **Gurgel de Faria**

Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**

Ministro Marcelo Navarro **Ribeiro Dantas**

Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**

Ministro **Joel Ilan Paciornik**

Resolução n. 19/1995-STJ, art. 3º.

RISTJ, arts. 21, III e VI; 22, § 1º, e 23.

CORTE ESPECIAL (Sessões às 1ª e 3ª quartas-feiras do mês)

Ministra **Laurita Vaz** (*Presidente*)

Ministro **Humberto Martins** (*Vice-Presidente*)

Ministro **Felix Fischer**

Ministro **Francisco Falcão**

Ministra **Nancy Andrighi**

Ministro **João Otávio de Noronha**

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**

Ministro **Herman Benjamin**

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**

Ministro **Jorge Mussi**

Ministro **Og Fernandes**

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Mauro Campbell Marques**

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Raul Araújo**

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

Ministro **Herman Benjamin** (*Presidente*)

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

Ministra **Regina Helena Costa** (*Presidente*)

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Sérgio Kukina**

Ministro **Gurgel de Faria**

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

Ministra **Assusete Magalhães** (*Presidente*)

Ministro **Francisco Falcão**

Ministro **Herman Benjamin**

Ministro **Og Fernandes**

Ministro **Mauro Campbell Marques**

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

Ministro **Raul Araújo** (*Presidente*)

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

Ministro **Marco Aurélio Bellizze** (*Presidente*)

Ministra **Nancy Andrichi**

Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino**

Ministro **Villas Bôas Cueva**

Ministro **Moura Ribeiro**

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

Ministra **Isabel Gallotti** (*Presidente*)

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Raul Araújo**

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Ministro **Marco Buzzi**

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

Ministro **Rogério Schietti Cruz**

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

Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca** (*Presidente*)

Ministro **Felix Fischer**

Ministro **Jorge Mussi**

Ministro **Ribeiro Dantas**

Ministro **Joel Ilan Paciornik**

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

Ministro **Rogério Schietti Cruz** (*Presidente*)

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

Ministro **Nefi Cordeiro**

Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**

COMISSÕES PERMANENTES

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

Ministro **Marco Buzzi** (*Presidente*)

Ministra **Regina Helena Costa**

Ministro **Gurgel de Faria**

Ministro **Nefi Cordeiro** (*Suplente*)

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

Ministro **Jorge Mussi** (*Presidente*)

Ministro **Raul Araújo**

Ministro **Villas Bóas Cueva**

Ministro **Moura Ribeiro** (*Suplente*)

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

Ministro **Luis Felipe Salomão** (*Presidente*)

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Marco Aurélio Bellizze**

Ministro **Jorge Mussi** (*Suplente*)

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ministro **Mauro Campbell Marques** (*Presidente*)

Ministra **Isabel Gallotti**

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

Ministro **Sérgio Kukina**

Ministro **Rogério Schietti Cruz**

GESTORA DE PRECEDENTES

Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino** (*Presidente*)

Ministra **Assusete Magalhães**

Ministro **Rogério Schietti Cruz**

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Sessão à 1ª sexta-feira do mês)

Ministra **Laurita Vaz** (*Presidente*)

Ministro **Humberto Martins** (*Vice-Presidente*)

Ministro **Mauro Campbell Marques** (*Corregedor-Geral da Justiça Federal*)

Membros Efetivos

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Raul Araújo**

Membros Suplentes

Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino**

Ministra **Isabel Gallotti**

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS - ENFAM

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura** (*Diretora-Geral*)

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho** (*Vice-Diretor*)

Ministro **Mauro Campbell Marques** (*Diretor do CEJ/CJF*)

Ministro **Jorge Mussi**

Ministro **Og Fernandes**

MEMBROS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Ministro **Herman Benjamin** (*Corregedor-Geral*)

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho** (*Efetivo*)

Ministro **Jorge Mussi** (*1º Substituto*)

Ministro **Og Fernandes** (*2º Substituto*)



SUMÁRIO

JURISPRUDÊNCIA

TOMO 1

Corte Especial	17
Primeira Seção.....	43
Primeira Turma	87
Segunda Turma	215
Segunda Seção.....	291
Terceira Turma	413

TOMO 2

JURISPRUDÊNCIA

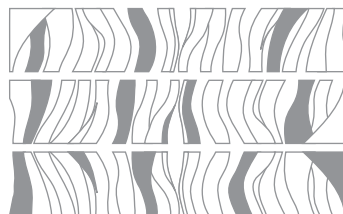
Quarta Turma.....	527
Quinta Turma.....	729
Sexta Turma.....	875

ÍNDICE ANALÍTICO	1007
-------------------------------	------

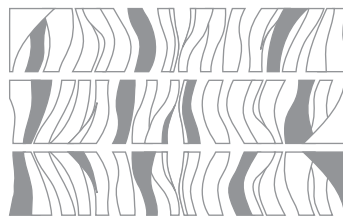
ÍNDICE SISTEMÁTICO	1027
---------------------------------	------

SIGLAS E ABREVIATURAS	1033
------------------------------------	------

REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	1039
--	------



Jurisprudência



Corte Especial

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 1.336.452-MG (2012/0158662-6)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Agravante: Levi Honorato de Oliveira e outro

Advogados: Evandro França Magalhães e outro(s) - MG033017

Rodrigo França Dornelas e outro(s) - DF016731

Agravado: Lourival de Almeida

Advogado: Adair Miranda e outro(s) - MG055631

EMENTA

Processual Civil. Agravo interno nos embargos de divergência. Paradigmas originários de Seção não mais competente para julgamento da matéria. Aplicação da Súmula n. 158/STJ. Pretensão de troca dos paradigmas. Invocação do Enunciado Administrativo n. 6/STJ. Embargos de divergência protocolados na vigência do CPC/1973.

1. O Enunciado Administrativo n. 6/STJ autoriza conceder oportunidade à parte para sanar vício estritamente formal e não considerado grave constante apenas dos recursos interpostos já sob a égide do CPC/2015.

2. A escolha equivocada dos acórdãos paradigma que amparam os embargos de divergência é vício de natureza grave, seja por implicar substancial alteração das razões recursais, que deverão demonstrar a similitude fática e a divergência de conclusões jurídicas entre os novos arestos confrontados; seja por acarretar, em alguns casos, modificação do órgão competente para julgamento dos embargos de divergência.

3. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

A Corte Especial, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell

Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Francisco Falcão e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2017 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Presidente

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJe 15.3.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de agravo interno interposto por *Levi Honorato de Oliveira e Outro* contra decisão que indeferiu liminarmente os embargos de divergência nestes termos:

Processual Civil. Embargos de divergência. Paradigmas originários de Seção não mais competente para julgamento da matéria. Súmula n. 158/STJ. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Dissenso interpretativo não caracterizado. Discussão acerca da aplicação de regra técnica relativa ao conhecimento do recurso especial. Impossibilidade. Inexistência de similitude fático-jurídica. Finalidade do recurso.

1. Quando o acórdão colacionado como paradigma tiver sido proferido por órgão que não mais detém competência para apreciar a matéria, não se presta, portanto, para caracterizar dissídio jurisprudencial. Incidência da Súmula n. 158/STJ.

2. É inviável, em embargos de divergência, discussão acerca da admissibilidade do recurso especial.

3. Não se caracteriza o dissenso interpretativo entre os arestos confrontados quando o paradigma conhece do recurso e adentra o mérito e o acórdão impugnado não ultrapassa o juízo de admissibilidade.

4. A finalidade dos embargos de divergência é a uniformização da jurisprudência do Tribunal, não se apresentando como novo recurso ordinário nem se prestando para a correção de eventual equívoco ou violação que possa ter ocorrido quando do julgamento do apelo especial.

5. Embargos de divergência indeferidos liminarmente.

Alega a parte agravante que os paradigmas foram eleitos em razão da similitude fática verificada para fins de comprovação da divergência. Todavia,

não se prestando os paradigmas ao pretendido confronto, em razão do óbice da Súmula n. 158 do STJ, indica novo precedente para amparar os presentes embargos de divergência, oriundo da Terceira Turma, afirmando tratar-se de vício meramente formal que poderia ser corrigido, a teor do disposto no Enunciado Administrativo n. 6 do STJ, que autoriza a concessão de prazo pelo relator para que a parte sane vício estritamente formal. Em seguida, passa a sustentar a existência de dissenso interpretativo entre os arestos confrontados.

Devidamente intimada, a parte agravada deixou transcorrer *in albis* o prazo para impugnação (fl. 588, e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): Os presentes embargos de divergência foram indeferidos liminarmente, ao fundamento de que os paradigmas indicados para fins de confronto eram oriundos da Terceira Seção, que não mais detinha competência para apreciar a matéria impugnada ao tempo em que interposto o recurso (incidência da Súmula n. 158 do STJ).

A parte agravante pretende, então, indicar novo paradigma, agora oriundo da Terceira Turma (AgRg no REsp n. 1.576.006/DF), para amparar os presentes embargos de divergência. Argumenta que, como a decisão ora agravada foi publicada já sob a égide do novo Código de Processo Civil, deve-se aplicar ao presente caso a regra prevista no parágrafo único do art. 932, c/c o § 3º, do art. 1.029 do novel diploma processual, conforme autoriza o Enunciado Administrativo n. 6/STJ, permitindo-se que sane o vício apontado nos embargos de divergência.

Eis a redação do mencionado enunciado administrativo:

Nos recursos tempestivos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016), somente será concedido o prazo previsto no art. 932, parágrafo único, c/c o art. 1.029, § 3º, do novo CPC para que a parte sane vício estritamente formal.

A dicção do enunciado já evidencia o descabimento da pretensão recursal.

Primeiro, porque a oportunidade que se concede à parte é para sanar algum vício estritamente formal de que padeça o recurso interposto já sob a égide do CPC/2015; no caso, o vício apresentado não é do agravo interno, mas

dos embargos de divergência, os quais foram protocolados em 10.12.2014, na vigência, portanto, do código anterior.

Segundo, porque o vício passível de ser sanado é aquele estritamente formal e, ainda assim, que não seja considerado grave pelo Superior Tribunal de Justiça, a teor do § 3º do art. 1.029 do CPC/2015.

Ora, a escolha equivocada dos paradigmas em que se fundamenta o cabimento dos embargos de divergência não representa mero vício formal, como alega a parte agravante. Isso porque a alteração dos paradigmas invocados implica a modificação substancial do recurso, demandando nova argumentação que demonstre a presença de similitude fática e conclusão jurídica diversa entre os arestos confrontados. Além disso, acarreta modificação do órgão competente para examiná-lo. Veja-se que, no caso concreto, a divergência inicial foi traçada com paradigmas de turmas componentes de seção distinta, direcionando os embargos para julgamento pela Corte Especial. Todavia, com a pretendida alteração, que trouxe precedente da Terceira Turma, sendo o acórdão embargado da Quarta Turma, a competência para exame e julgamento dos embargos de divergência seria da Segunda Seção.

Nesse contexto, forçoso reconhecer que se trata de vício de natureza grave, o que, igualmente, impede a aplicação do invocado enunciado administrativo do Superior Tribunal de Justiça.

Impossibilitada a pretendida alteração, fica prejudicada a apreciação dos demais argumentos da parte agravante.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo interno*.

É o voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO N. 32.470-SC
(2016/0227947-1)**

Relator: Ministro Humberto Martins

Agravante: Maria Terezinha Medeiros Milanez

Advogado: Alex Sandro Sommariva - SC012016

Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Interes.: Ministério Público Federal

EMENTA

Processual Penal. Constitucional. Reclamação. Decisão de admissão. Petição inicial indeferida. Protocolo no STJ e não no STF. Inexistência de usurpação de competência. Descabimento da reclamação para rediscutir o indeferimento de recurso extraordinário. Precedente do STF. Pedido de remessa ao STF. Ausência de previsão legal.

1. Reclamação constitucional ajuizada no Superior Tribunal de Justiça contra decisão da Vice-Presidência pela qual se indeferiu liminarmente um recurso extraordinário em razão da interposição de agravo nos próprios autos, quando cabível agravo interno.

2. Não há falar em usurpação de competência no caso concreto, pois a reclamação foi ajuizada no STJ, quando deveria ter sido protocolada diretamente no STF; o indeferimento da petição inicial se deve, preliminarmente, a tal erro.

3. Está assentado na jurisprudência que a decisão que indefere liminarmente ou julga prejudicado recurso extraordinário, por tribunal de origem, deve ser combatida por meio de agravo interno e não pela via do agravo nos próprios autos; em tais casos, não há falar em fungibilidade recursal, pois – após o advento da QO no AI 760.358/SE – tal equívoco se configura em erro grosseiro.

4. A reclamação contra decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre a admissão de recurso extraordinário deveria ter sido ajuizada diretamente no Pretório Excelso, não havendo dispositivo no Código de Processo Civil ou na legislação específica que determine que seja protocolada no Superior Tribunal de Justiça para posterior envio ao Pretório Excelso.

5. Ainda, como frisado na decisão agravada que indeferiu a petição inicial, a insurgência não prosperaria pela via da reclamação, uma vez tal meio processual não é útil para rediscutir o indeferimento liminar de admissão de recurso extraordinário, como já firmado pelo Pretório Excelso: “(...) Esta Corte assentou o entendimento no sentido de que não cabe reclamação ou qualquer recurso ao Supremo da decisão do Juízo de origem que, com base em precedente produzido sob a sistemática da repercussão geral, nega a admissão de recurso

extraordinário” (AgR na Rcl 22.924/AP, Relator Min. Edson Fachin, Primeira Turma, Processo eletrônico publicado no DJe em 29.4.2016.).

Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Francisco Falcão, Nancy Andrichi e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2017 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Presidente

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 21.2.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de agravo regimental interposto por *Maria Terezinha Medeiros Milanez* contra decisão monocrática de minha relatoria que indeferiu a petição inicial de reclamação constitucional ajuizada contra decisão da Min. Laurita Vaz, então *Vice-Presidente do STJ*, que não conheceu do agravo nos próprios autos do recurso extraordinário em razão do seu descabimento no ARE no RE no EAREsp 665.374/SC.

A decisão agravada possui a seguinte ementa (fl. 19, e-STJ):

Processual Penal. Constitucional. Não conhecimento de recurso. Erro grosseiro. Descabimento da reclamação. Precedentes do STF. Petição inicial indeferida.

Na petição de agravo interno (fls. 26-38, e-STJ), a parte agravante insurgiu-se contra minha decisão monocrática com três argumentos: teria havido usurpação de competência do STF pelo STJ, pois somente ele poderia analisar

o mérito da presente reclamação; alega que não caberia agravo interno contra decisão que nega seguimento ao recurso extraordinário e que deveria ter sido remetido o feito ao STF; e alega que a reclamação deveria ter sido remetida ao Supremo Tribunal Federal.

O parecer do Ministério Público Federal opina pela negativa de provimento ao agravo interno. Argumenta que não existiria usurpação de competência, pois a reclamação foi ajuizada diretamente no STJ e não no STF. Defende que a decisão monocrática deve ser mantida, uma vez que bem esclarece que o ajuizamento da reclamação deveria ter ocorrido na Suprema Corte. Por fim, argumenta que inexistente previsão legal para a remessa da reclamação ao STF, quando foi dirigida ao STJ (fls. 44-47, e-STJ).

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina opina em prol do não conhecimento do agravo e, de outra forma, do não provimento. Argumenta que não teria havido combate ao fundamento de que a via estreita da reclamação não seria servível para debater a admissão de recurso extraordinário. Caso haja aferição do mérito, o *Parquet* alega que seria correto o indeferimento da petição inicial, uma vez que deveria ter sido ajuizada no STF. Ainda, postula – com base na jurisprudência do Pretório Excelso – que é incabível a reclamação ao STF para rediscutir decisão de admissão de tribunal de origem, realizada no rito da repercussão geral (fls. 49-51, e-STJ).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Deve ser negado provimento ao agravo interno.

A agravante descreve ter sido condenada por crime de denunciação caluniosa, tendo o Tribunal de Justiça do Estado do Santa Catarina mantido a sentença em acórdão que julgou a apelação. No STJ, o seu recurso especial não foi conhecido com base na Súmula 7/STJ. Os embargos de divergência não prosperaram, em razão de debaterem regra de conhecimento. Por fim, o recurso extraordinário foi indeferido liminarmente pela então *Vice-Presidente* com base na sistemática da repercussão geral.

Contra o teor da decisão que indeferiu liminarmente o recurso extraordinário, a parte interpôs agravo nos próprios autos e não o agravo interno. A decisão reclamada consta do sistema do STJ e possui o seguinte teor:

(...)

A decisão que indefere liminarmente ou julga prejudicado recurso extraordinário é impugnável por meio de *agravo interno*, a ser apreciado pelo Tribunal que procedeu ao juízo de admissibilidade, conforme orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Questão de Ordem no AI 760.358/SE, Rel. Ministro *Gilmar Mendes*, Tribunal Pleno, DJe de 19.02.2010.

Assim, a interposição do agravo nos próprios autos, contra decisão que aplica a sistemática da repercussão geral consubstancia *erro grosseiro*, por não mais subsistir dúvida quanto ao único recurso adequado – repita-se, o agravo interno.

(...).

Ainda, a presente reclamação foi ajuizada no STJ e não no STF. Assim, a reclamação teve o seu seguimento negado e sua petição inicial indeferida. Transcrevo a decisão monocrática atacada:

(...)

A parte reitera – por meio de uma via incabível – sua insurgência.

Em primeiro lugar, a reclamação contra o ato judicial da Vice-Presidência do Superior Tribunal de Justiça somente poderia ser protocolada no Pretório Excelso.

Em segundo lugar, mesmo que tivesse se dirigido ao órgão jurisdicional correto, também não seria cabível a reclamação, uma vez que o próprio Supremo Tribunal Federal já firmou que o indeferimento liminar de recurso extraordinário pelo Superior Tribunal de Justiça – ou outra Corte de origem – não é passível de ataque por essa estreita via.

A propósito:

(...) Esta Corte assentou o entendimento no sentido de que não cabe reclamação ou qualquer recurso ao Supremo da decisão do Juízo de origem que, com base em precedente produzido sob a sistemática da repercussão geral, nega a admissão de recurso extraordinário.

(...)

(AgR na Rcl 22.924/AP, Relator Min. Edson Fachin, Primeira Turma, julgado em 15.3.2016, Processo eletrônico publicado no DJe-083 em 29.4.2016.)

Ante o exposto, com fulcro no art. 34, XVIII, alínea 'a', do RISTJ, indefiro a petição inicial em razão do seu descabimento.

Passo a julgar o agravo interno.

São trazidos três argumentos, os quais examinarei detidamente.

A parte alega que teria havido usurpação de competência do STF pelo STJ, pois somente ele poderia analisar o mérito da presente reclamação.

Não há falar em nenhuma usurpação de competência do STF, pois a presente reclamação, como se infere da petição inicial (fl. 1, e-STJ), foi dirigida ao Superior Tribunal de Justiça e não ao Pretório Excelso.

Assim opina o *Parquet* federal (fl. 45, e-STJ):

(...) Em primeiro lugar, não há falar em usurpação de competência da Suprema Corte Federal tendo em vista que a reclamação foi ajuizada diretamente perante o Superior Tribunal de Justiça e dirigida à Vice-Presidência. (...).

Não prospera o argumento da parte agravante.

O segundo argumento é que não caberia o agravo interno contra decisão da Vice-Presidência que nega seguimento ao recurso extraordinário e que deveria ter sido remetido o feito ao STF, porquanto correta seria a interposição do agravo nos próprios autos no feito original (EAREsp 665.374/SC).

O argumento não prospera, pois o tema foi limpidamente definido em Questão de Ordem no STF, como se verifica da leitura da ementa abaixo:

Questão de Ordem. Repercussão Geral. Inadmissibilidade de agravo de instrumento ou reclamação da decisão que aplica entendimento desta Corte aos processos múltiplos. Competência do Tribunal de origem. Conversão do agravo de instrumento em agravo regimental. 1. Não é cabível agravo de instrumento da decisão do tribunal de origem que, em cumprimento do disposto no § 3º do art. 543-B, do CPC, aplica decisão de mérito do STF em questão de repercussão geral. 2. Ao decretar o prejuízo de recurso ou exercer o juízo de retratação no processo em que interposto o recurso extraordinário, o tribunal de origem não está exercendo competência do STF, mas atribuição própria, de forma que a remessa dos autos individualmente ao STF apenas se justificará, nos termos da lei, na hipótese em que houver expressa negativa de retratação. 3. A maior ou menor aplicabilidade aos processos múltiplos do quanto assentado pela Suprema Corte ao julgar o mérito das matérias com repercussão geral dependerá da abrangência da questão constitucional decidida. 4. Agravo de instrumento que se converte em agravo regimental, a ser decidido pelo tribunal de origem (QO no AI 760.358/SE, Relator Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, publicada no DJe de 19.2.2010.).

Está claro que - no processo original - a parte reclamante deveria ter interposto agravo interno e não o agravo nos próprios autos.

O segundo argumento não prospera, também.

Por fim, por meio do seu terceiro argumento, a parte reclamante defende que a reclamação deveria ter sido remetida ao Supremo Tribunal Federal para que examinasse o seu teor.

Como frisado na decisão monocrática que, corretamente, indeferiu a petição inicial, a insurgência não prosperaria pela via da reclamação. Tal meio processual não é útil para rediscutir o indeferimento liminar de admissão de recurso extraordinário, como já firmado pelo Pretório Excelso.

A propósito:

(...) Esta Corte assentou o entendimento no sentido de que não cabe reclamação ou qualquer recurso ao Supremo da decisão do Juízo de origem que, com base em precedente produzido sob a sistemática da repercussão geral, nega a admissão de recurso extraordinário.

(...) (AgR na Rcl 22.924/AP, Relator Min. Edson Fachin, Primeira Turma, julgado em 15.3.2016, Processo eletrônico publicado no DJe-083 em 29.4.2016.).

Não obstante, cabe indicar que a reclamação no STF pode e deve ser ajuizada diretamente no Pretório Excelso, não havendo dispositivo no Código de Processo Civil ou na legislação específica de que seja protocolada no Superior Tribunal de Justiça para posterior remessa.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como penso. É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NOS
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO
AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 355.637-RJ (2013/0212057-5)**

Relator: Ministro Humberto Martins

Agravante: Marcos José Novaes dos Santos

Advogado: Matusalem Lopes de Souza - RJ038754

Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Interes.: Ministério Público Federal

EMENTA

Penal. Processual Penal. Agravo regimental interposto após o prazo de 5 (cinco) dias previsto na Lei n. 8.038/1990. Intempestividade. Novo Código de Processo Civil. Inaplicabilidade.

1. O agravo regimental contra decisão proferida monocraticamente por relator, em matéria penal ou processual penal, não segue as disposições contidas no novo Código de Processo Civil, no que concerne à contagem dos prazos em dias úteis (art. 219 da Lei n. 13.105/2015).

2. A norma especial da Lei n. 8.038/1990, que prevê o prazo de 05 (cinco) dias para a interposição do agravo regimental, não foi expressamente revogada pela Lei n. 13.105/2015. Precedentes.

Agravo regimental não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça por unanimidade, não conhecer do agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Francisco Falcão, Nancy Andrighi e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 15 de março de 2017 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Presidente

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 21.3.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de agravo regimental interposto por *Marcos José Novaes dos Santos* contra decisão monocrática da

minha relatoria, que apreciou recurso extraordinário interposto com o objetivo de reformar acórdão acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça ementado nos seguintes termos (fl. 1150, e-STJ):

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Uso de documento falso. Art. 304 do CP. Dosimetria. Fundamentação concreta e idônea. Ausência de prequestionamento. Súmulas n. 282 e 356 do STF. Julgado proferido em *habeas corpus*. Inaptidão para comprovação de divergência jurisprudencial. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Inviabilidade. Agravo regimental não provido.

1. Se fundamentada a exasperação da pena-base em elementos concretos e diversos do tipo penal violado – enorme e sofisticada operação voltada à prática delitiva –, não há violação do art. 59 do Código Penal.

2. A matéria relacionada à primariedade do réu não foi examinada pelo acórdão recorrido, o que atrai a incidência das Súmulas n. 282 e 356 do STF, em razão da falta de prequestionamento.

3. Julgados prolatados em *habeas corpus* não se prestam à configuração do dissídio jurisprudencial.

4. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis é elemento que afasta a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Agravo regimental não provido.

Aduz o agravante, em síntese, que as razões recursais ofertadas pela defesa, buscando o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre ausência de fundamentação no decidido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, vieram lastreadas nos termos do reconhecimento de repercussão geral no RE 719.870/MG, ainda pendendo de julgamento pela Corte Suprema.

Pugna o agravante pelo regular processamento do recurso extraordinário.

Contrarrazões (fls. 1.246/1.251, e-STJ).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): O agravo regimental não comporta conhecimento.

O agravo contra decisão monocrática de relator, em controvérsias que versam sobre matéria penal ou processual penal, nos tribunais superiores, não

obedece às regras no novo CPC referentes à contagem dos prazos em dias úteis (art. 219 da Lei n. 13.105/2015) e ao estabelecimento de prazo de 15 (quinze) dias para todos os recursos, com exceção dos embargos de declaração (art. 1.003, § 5º, da Lei n. 13.105/2015).

Isso porque, no ponto, não foi revogada, expressamente, como ocorreu com outros de seus artigos, a norma especial da Lei n. 8.038/1990, que dispõe sobre normas procedimentais para os processos que especifica, no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, e que em seu art. 39 prevê:

Art. 39 - Da decisão do Presidente do Tribunal, de Seção, de Turma ou de Relator que causar gravame à parte, caberá agravo para o órgão especial, Seção ou Turma, conforme o caso, no prazo de cinco dias.

Tal previsão legal é secundada pelo disposto no *caput* do art. 258 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, cujo teor é o seguinte:

Art. 258. A parte que se considerar agravada por decisão do Presidente da Corte Especial, de Seção, de Turma ou de relator, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.

Além disso, importa lembrar que o art. 798 do Código de Processo Penal, em seu *caput* e § 1º, determina que “todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado” e que “Não se computará no prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento”.

A propósito:

Processual Penal. Agravo interno. Agravo em recurso especial. Interposição após o prazo legal de cinco dias corridos. Lei n. 8.038/1990. Art. 798 do CPP. Intempestividade.

1 - A Terceira Seção desta Corte firmou entendimento no sentido de que, em feitos que tratam de matéria penal ou processual penal, nos tribunais superiores, têm aplicação a Lei n. 8.038/1990 e o art. 798 do Código de Processo Penal, que estabelecem o prazo de cinco dias corridos para a interposição do agravo interno.

2. Agravo regimental não conhecido (AgInt no AREsp 940.304/PE, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 6.10.2016, DJe 21.10.2016.);

Agravo regimental em agravo em recurso especial. Penal e Processo Penal. Interposição após o prazo de 5 dias previsto na Lei n. 8.038/1990. Recurso

intempestivo. Novo CPC. Não incidência. Precedentes do STJ. Agravo regimental não conhecido. Trânsito em julgado. Início imediato da execução penal.

Agravo regimental não conhecido, com determinação de início imediato da execução penal (AgRg no AREsp 964.758/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 6.10.2016, DJe 25.10.2016.);

Agravo regimental no agravo regimental no agravo regimental no agravo em recurso especial. Lesão corporal de natureza grave. Agravo regimental interposto após o prazo de 5 (cinco) dias previsto na Lei n. 8.038/1990. Intempestividade. Novo Código de Processo Civil. Inaplicabilidade. Precedentes. Agravo regimental não conhecido.

I - O agravo regimental contra decisão proferida monocraticamente por relator, em matéria penal ou processual penal, neste Tribunal, não segue as disposições contidas no novo Código de Processo Civil no que concerne à contagem dos prazos em dias úteis (art. 219 da Lei n. 13.105/2015).

II - A norma especial da Lei n. 8.038/1990, que prevê o prazo de 05 (cinco) dias para a interposição do agravo regimental, não foi expressamente revogada pela Lei n. 13.105/2015 (precedente).

Agravo regimental desprovido (AgRg no AgRg no AgRg no AREsp 687.400/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 16.8.2016, DJe 22.8.2016.);

Penal. Processo Penal. Agravo interno no agravo em recurso especial. Prazo de 5 dias. Art. 39 da Lei n. 8.038/1990. Art. 258 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça - RISTJ. Novo Código de Processo Civil. Inaplicabilidade. Intempestividade. Agravo não conhecido.

1. É intempestivo o agravo regimental que não observa o prazo de interposição de 5 dias, conforme art. 39 da Lei n. 8.038/1990 e art. 258 do RISTJ.

2. Esta Corte já se manifestou no sentido de que em ações que tratam de matéria penal ou processual penal não incidem as novas regras do CPC, referentes à contagem dos prazos em dias úteis (art. 219 da Lei n. 13.105/2015).

Agravo regimental não conhecido (AgInt no AREsp 581.478/DF, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 4.8.2016, DJe 15.8.2016.);

Processo Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Agravo regimental. Prazo. Cinco dias. Intempestividade.

1. É intempestivo o agravo regimental interposto após o prazo de 5 (cinco) dias, previsto no art. 258 do RISTJ.

2. O prazo do agravo regimental em matéria penal permanece de 5 (cinco) dias corridos (art. 39 da Lei n. 8.038/1990). Precedentes.

3. Agravo regimental não conhecido (AgRg no AREsp 536.909/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 28.06.2016, DJe 1º.8.2016.).

No caso dos autos, a decisão agravada foi disponibilizada no DJe em 16.12.2016 e considerada publicada em 19.12.2016. O prazo recursal teve início em 1º.2.2017 (quarta-feira), findando-se em 6.2.2017 (segunda-feira). Todavia, o presente recurso somente foi protocolado em 14.2.2017, sendo, pois, intempestivo.

Ante o exposto, não conheço do agravo regimental.

É como penso. É como voto.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 1.367.923-RJ (2013/0389569-1)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Embargante: Brasilit Indústria e Comércio Ltda e outro

Advogados: Henrique Neves da Silva e outro(s) - DF007505

Fernando Neves da Silva e outro(s) - DF002030

Embargado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

EMENTA

Embargos de divergência. Processual Civil. Paradigmas originários de Turmas da mesma Seção e de Seção diversa. Competência. Juízo de admissibilidade. Ausência de preclusão *pro judicato*. Cabimento de danos morais coletivos em ação civil pública. Inexistência de dissenso interpretativo. Falta de similitude fático-jurídica entre arestos confrontados. Exegese de dispositivos infraconstitucionais diversos.

1. Suscitada divergência com paradigmas de Turmas da mesma Seção e de Seção diversa daquela de que provém o aresto embargado, ocorre a cisão do julgamento com primazia da Corte Especial, com posterior remessa à Seção competente em relação aos demais paradigmas.

2. A admissibilidade do processamento dos embargos de divergência não obsta a que, em juízo definitivo, conclua-se pelo seu não cabimento, inexistindo preclusão *pro judicato*.

3. Inexiste dissenso interpretativo se os arestos confrontados adotaram conclusão no mesmo sentido, reconhecendo o cabimento, em tese, da condenação à indenização de danos morais coletivos em ação civil pública, na linha da jurisprudência predominante do STJ.

4. Inexiste similitude fático-jurídica se os arestos confrontados examinam acontecimentos totalmente distintos (dano ambiental e dano a consumidores) e adotam como fundamentos de decidir dispositivos legais diversos.

5. Embargos de divergência não conhecidos, com o encaminhamento dos autos à Primeira Seção para exame da divergência suscitada entre julgados de suas Turmas.

ACÓRDÃO

A Corte Especial, por unanimidade, não conheceu dos embargos de divergência e determinou o encaminhamento dos autos à Primeira Seção para exame da divergência suscitada entre julgados de suas Turmas, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Felix Fischer, Francisco Falcão e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente o Dr. Fernando Neves da Silva, pela embargante.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2017 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Presidente

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJe 15.3.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de embargos de divergência interpostos por *Brasilit Indústria e Comércio Ltda. e Outro* a acórdão

da Segunda Turma, integrado por embargos de declaração, cujas conclusões foram assim ementadas:

Administrativo e Processual Civil. Violação do art. 535 do CPC. Omissão inexistente. Ação civil pública. Dano ambiental. Condenação a dano extrapatrimonial ou dano moral coletivo. Possibilidade. Princípio *in dubio pro natura*.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. A Segunda Turma recentemente pronunciou-se no sentido de que, ainda que de forma reflexa, a degradação ao meio ambiente dá ensejo ao dano moral coletivo.

3. Haveria *contra sensu* jurídico na admissão de ressarcimento por lesão a dano moral individual sem que se pudesse dar à coletividade o mesmo tratamento, afinal, se a honra de cada um dos indivíduos deste mesmo grupo é afetada, os danos são passíveis de indenização.

4. As normas ambientais devem atender aos fins sociais a que se destinam, ou seja, necessária a interpretação e a integração de acordo com o princípio hermenêutico *in dubio pro natura*.

Recurso especial improvido.

Processual Civil. Administrativo. Ambiental. Omissão inexistente. Devido enfrentamento das questões aduzidas. Conclusão contrária ao interesse das partes.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no *iter* processual.

2. Entendimento contrário ao interesse da parte e omissão no julgamento são conceitos que não se confundem.

Embargos de declaração rejeitados.

São duas as teses trazidas para exame de divergência: a) cabimento da aferição de danos morais coletivos em ação civil pública; e b) possibilidade de impor sanção por dano moral coletivo sem que “se identifique uma infração concreta e significativa que, por si só, tenha a capacidade de atingir a sociedade como um todo, não se admitindo, em consequência, a sua estipulação por via reflexa ou indireta”.

Para tanto, as embargantes indicam como paradigmas os seguintes acórdãos:

- *Primeira Turma: AgRg no REsp n. 1.305.977/MG*, relator Ministro Ari Pargendler, DJe de 16.4.2013; *AgRg no REsp n. 1.109.905/PR*, relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJe de 3.8.2010; *REsp n. 971.844/RS*, relator Ministro Teori Zavascki, DJe de 12.2.2010; *REsp n. 821.891/RS*, relator Ministro Luiz Fux, DJe de 12.5.2008; e *REsp n. 598.281/MG*, relator para o acórdão Ministro Teori Zavascki, DJe de 1º.6.2006; e

- *Terceira Turma: REsp n. 1.221.756/RJ*, relator Ministro Massami Uyeda, DJe de 10.2.2012.

Admitidos os embargos e determinada a intimação da parte embargada, foram apresentadas impugnações pelo Ministério Público Federal (fls. 1.731/1.744, e-STJ) e pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (fls. 1.747/1.787, e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): Registre-se, inicialmente, que os presentes embargos de divergência foram interpostos com fundamento no Código de Processo Civil de 1973, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência desta Corte (Enunciado Administrativo n. 2/STJ).

Relativamente aos paradigmas colacionados da Primeira Turma, a competência para dirimir a alegada divergência com o acórdão embargado, que é oriundo da Segunda Turma, é da Primeira Seção, que reúne ambos os colegiados.

Como a parte recorrente também colacionou como paradigma acórdão de Seção diversa, o julgamento é cindido com primazia da Corte Especial, razão pela qual passo à apreciação da divergência suscitada com o aresto da Terceira Turma.

Para tanto, destaco que o recurso tem origem em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, tendo por objeto o correto armazenamento e acondicionamento de material residual de amianto e

indenização pelos danos causados ao meio ambiente e à saúde pública nas áreas adjacentes ao local do armazenamento do material.

A sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos e, no que aqui interessa, julgou improcedente o pedido de condenação por danos morais coletivos, com base na seguinte fundamentação:

Quanto à necessidade de indenização por danos irreparáveis, é o caso de improcedência, pois todos os danos e inconvenientes foram desfeitos pelas rés de forma solidária.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro modificou o julgado para condenar as empresas rés, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos morais coletivos no montante de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), ante a gravidade do problema ambiental decorrente do uso de substância altamente nociva e da ameaça de danos à sociedade. Em sua fundamentação, invocando os comandos constitucionais normativos e principiológicos pertinentes ao dano moral, afirmou que tal modalidade de reparação mostra-se cabível nas hipóteses de ameaça à saúde da sociedade.

O recurso especial foi julgado, inicialmente, por decisão monocrática, por meio da qual o relator, Ministro Humberto Martins, deu-lhe parcial provimento, sintetizando seus fundamentos nestes termos:

Administrativo e Processual Civil. Omissão inexistente. Ação civil pública. Dano ambiental. Dano moral coletivo. Necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual. Incompatibilidade com a noção de transindividualidade (indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação). Recurso especial parcialmente provido.

Apresentado agravo regimental, o relator houve por bem anular a decisão, reconhecendo o caráter controvertido da matéria e submetendo-a a exame pelo órgão colegiado.

A Segunda Turma desproveu o recurso especial, mantendo a condenação imposta na origem.

Impõe-se observar que, não obstante admitidos os embargos de divergência num primeiro juízo, nada impede que, após exame mais aprofundado, conclua-se em sentido diverso, inexistindo preclusão *pro judicato*. Nesse sentido, confira-se precedente recente da Corte Especial:

Agravo interno nos embargos de divergência. Processual Civil. Juízo de admissibilidade. Ausência de vinculação do relator. Preclusão *pro judicato*. Inexistência. [...]

1. A decisão que admite o processamento dos embargos de divergência não impede o Relator de, no momento da prolação da decisão definitiva, proceder a um novo exame sobre os requisitos de admissibilidade do recurso. Preclusão *pro judicato* inexistente. Precedentes.

[...]

4. Agravo regimental desprovido. (AgInt nos REsp n. 1.336.201/SP, Corte Especial, relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 19.9.2016.)

Assim, passando a um exame mais acurado do juízo de admissibilidade dos presentes embargos de divergência, verifica-se que, relativamente à primeira questão suscitada – possibilidade de condenação por danos morais coletivos em ação civil pública –, inexistente divergência entre os arestos confrontados, pois ambos reconheceram o cabimento, em tese, da condenação por danos extrapatrimoniais à coletividade. Aliás, esse é o entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça, como demonstram os seguintes precedentes das Turmas das Seções de Direito Público e Privado:

Processual Civil e Administrativo. Ação civil pública. Comercialização de leite em desacordo com as normas regulamentares. Violação a direito do consumidor. Agravo regimental. Decisão que restabeleceu a sentença que condenou a empresa a pagar indenização por danos morais à coletividade no importe de R\$20.000,00. Gravidade da conduta. Precedentes: REsp 1.410.698/MG, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 30.6.2015; REsp 1.057.274/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 26.2.2010; REsp 1.509.923/SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 22.10.2015. Manutenção da decisão que conheceu em parte do apelo raro e, nessa parte, deu-lhe provimento. Agravo regimental desprovido.

1. *Esta Corte já se manifestou no sentido de que atentado aos interesses dos consumidores que seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade gera dano coletivo, como ocorre no presente caso, dada a comprovada comercialização de leite com vício de qualidade.*

[...]

3. Agravo Regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp n. 1.283.434/GO, **Primeira Turma**, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 15.4.2016.)

Processual Civil e Administrativo. Agravo regimental. Telefonia. Ação civil pública. Inexistência de violação do art. 535 do CPC. Prova pericial. Aferição de

sua necessidade. Súmula 7/STJ. Danos morais coletivos. Cabimento. Redução do *quantum* indenizatório. Impossibilidade na espécie. Súmula 7/STJ. *Astreintes*. Averiguação do cumprimento da liminar. Súmula 7/STJ.

[...]

3. *Esta Corte possui entendimento quanto ao cabimento de danos morais coletivos em sede de ação civil pública*. Precedentes: EDcl no AgRg no REsp 1.526.946/RN, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.11.2015, DJe 13.11.2015; REsp 1.397.870/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 02.12.2014, DJe 10.12.2014.

[...]

6. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp n. 1.485.610/PA, **Segunda Turma**, relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe de 29.2.2016.)

Consumidor e Processual Civil. Recurso especial. Exploração da atividade de bingos. Ilicitude. Precedentes. *Dano moral coletivo*. *Possibilidade*. Não ocorrência. Fixação de honorários advocatícios em favor do Ministério Público. Impossibilidade.

[...]

- *O dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de direito transindividual de ordem coletiva, valores de uma sociedade atingidos do ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade, pois o dano é, na verdade, apenas a consequência da lesão à esfera extrapatrimonial de uma pessoa*. Precedentes.

[...]

- Recurso especial parcialmente provido. (REsp n. 1.438.815/RN, **Terceira Turma**, relatora Ministra Nancy Andriahi, DJe de 1º.12.2016.)

Direito Coletivo e Direito do Consumidor. Ação civil pública. Plano de saúde. Cláusula restritiva abusiva. Ação híbrida. Direitos individuais homogêneos, difusos e coletivos. Danos individuais. Condenação. Apuração em liquidação de sentença. *Danos morais coletivos*. *Condenação*. *Possibilidade, em tese*. No caso concreto danos morais coletivos inexistentes.

[...]

4. Assim, por violação a direitos transindividuais, é cabível, em tese, a condenação por dano moral coletivo como categoria autônoma de dano, a qual não se relaciona necessariamente com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico).

[...]

6. Recurso especial não provido. (REsp n. 1.293.606/MG, **Quarta Turma**, relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 26.9.2014.)

No que concerne à segunda questão objeto da divergência suscitada – possibilidade de impor sanção por dano moral coletivo sem que “se identifique uma infração concreta e significativa que, por si só, tenha a capacidade de atingir à sociedade como um todo, não se admitindo, em consequência, a sua estipulação por via reflexa ou indireta” –, não há a necessária similitude fático-jurídica entre os arestos confrontados.

As embargantes sustentam que, enquanto o aresto embargado considerou suficiente para o deferimento de indenização por dano moral coletivo a mera ameaça de dano à saúde da sociedade, o acórdão da Terceira Turma trazido a confronto adotou o entendimento de ser necessário que “o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade”, sendo “grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva”.

Ocorre que a leitura atenta do aresto embargado permite concluir que a Segunda Turma, para justificar o cabimento da condenação a danos morais coletivos, invocou diversos precedentes seus, cujo mérito recursal centrava-se na possibilidade ou não de cumulação da condenação nas obrigações de fazer, não fazer e pagar em caso de dano ambiental. Tanto é que o aresto embargado expressamente consignou que, “embora nesses julgamentos citados não se tenha feito a análise específica do ponto em debate, infere-se que é possível a condenação à indenização por dano extrapatrimonial ou dano moral coletivo, decorrente de lesão ambiental”.

Observa-se que os julgados invocados pelo acórdão embargado afastaram a tese de *bis in idem* ao fundamento de que a cumulação das condenações nas obrigações de fazer, não fazer e pagar atenderia aos princípios do poluidor/pagador e da reparação integral do dano ambiental. No bojo dessa fundamentação é que mencionaram a possibilidade de condenação à reparação de danos morais coletivos.

Como o relator do acórdão embargado, ao julgar monocraticamente o recurso, afirmara que, “das razões do acórdão recorrido, não foi demonstrado de forma clara e irrefutável o efetivo dano moral sofrido pelos vizinhos do pátio da Brasiltelhas, titulares do interesse coletivo ou difuso”, bem como que as premissas fáticas estabelecidas pelas instâncias ordinárias dariam conta de que a condenação decorreria de mera ameaça à paz e à saúde da sociedade, foram

opostos embargos de declaração, pugnando-se pela manifestação expressa da Turma julgadora acerca da possibilidade de deferimento de indenização por danos morais coletivos na hipótese de não ter sido demonstrada a existência de dano efetivo.

Ao responder aos declaratórios, o acórdão embargado assim se pronunciou:

Embora não se tenha dado ênfase ao dano ambiental, o que ocorreu *in casu*, porquanto este foi o motivo da propositura da ação civil pública, e embora se tenha concluído pela mera ameaça de danos à sociedade – o que levou à condenação de indenização por dano moral coletivo –, ficou consignado que “a responsabilidade civil ambiental deve ser compreendida da forma mais ampla possível” e que “as normas ambientais devem atender aos fins sociais a que se destinam, ou seja, necessária a interpretação e integração de acordo com o princípio hermenêutico *in dubio pro natura*”.

[...]

Consoante outrora se afirmou, não há porque limitar a *ratio essendi* do instituto (responsabilidade civil ambiental), a qual está atrelada à importância social de preservação do meio ambiente, bem jurídico que encontra salvaguarda no texto constitucional. Ademais, foi acrescentado que o próprio art. 1º da Lei n. 7.347/1985 prevê expressamente a viabilidade da condenação em danos morais nas ações civis públicas, e que não há restrições a sua extensão à coletividade.

Portanto, o acórdão embargado firmou sua convicção a partir de uma exegese das normas atinentes à proteção jurídica do meio ambiente. De sua leitura e dos precedentes incorporados às razões de decidir, constata-se a expressa referência a uma “hermenêutica jurídico-ambiental”, que se rege pelo “princípio *in dubio pro natura*”, além de considerações acerca do caráter multifacetário do dano ambiental, que envolve uma dimensão ética, temporal, ecológica e patrimonial, com vasto universo de vítimas, “que vão do indivíduo isolado à coletividade, às gerações futuras e aos próprios processos ecológicos em si mesmos considerados”.

Por sua vez, o acórdão paradigma analisou situação totalmente diversa, ou seja, acerca do atendimento dado por instituição bancária a pessoas idosas e com deficiência física. Na ação civil pública julgada pela Terceira Turma, o Ministério Público impugnou a atitude do banco de disponibilizar atendimento prioritário apenas em andar superior da agência, ao invés de fazê-lo no andar térreo, onde o acesso seria mais fácil tanto para os idosos quanto para os portadores de necessidades especiais, que possuem maior dificuldade de locomoção e teriam que subir uma escada com 23 degraus. Para dirimir a controvérsia, o acórdão paradigma valeu-se de exegese do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse contexto, como os arestos confrontados interpretaram dispositivos legais distintos, não há como reconhecer a existência de divergência jurisprudencial apta a autorizar o cabimento dos embargos. Esse entendimento já foi proclamado por esta Corte, *in verbis*:

Tributário. Processual Civil. Agravo regimental nos embargos de divergência em recurso especial. Ausência de similitude fática. Acórdãos em confronto que interpretaram dispositivos diversos. Pretensão de se rediscutir matéria já examinada. Não cabimento. Agravo não provido.

1. Se os acórdãos em confronto interpretam dispositivos infraconstitucionais distintos, não há campo para a interposição de embargos de divergência em recurso especial.

[...]

3. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EREsp n. 833.810/SC, Primeira Seção, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 10.11.2010.)

Processual Civil. Embargos de divergência. Requisitos. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Dissenso interpretativo não caracterizado. Ausência de similitude fático-jurídica. Dissídio entre Turmas pertencentes à mesma Seção. Redistribuição para a respectiva Seção. Agravo regimental prejudicado.

[...]

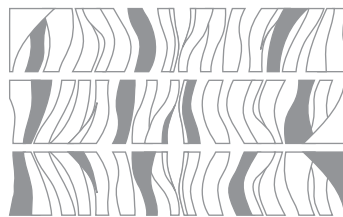
2. Não há falar em tese jurídica divergente quando os arestos confrontados têm como fundamento de decidir dispositivos legais diversos.

[...]

4. Embargos de divergência não-conhecidos. (EREsp n. 451.271/SP, Corte Especial, de minha relatoria, DJe de 26.6.2008.)

Ante o exposto, *não conheço dos embargos de divergência*. Encaminhem-se os autos à Primeira Seção para exame da divergência suscitada entre julgados de suas Turmas.

É o voto.



Primeira Seção

**AGRAVO INTERNO NO MANDADO DE SEGURANÇA N. 22.039-DF
(2015/0221695-0)**

Relator: Ministro Og Fernandes

Agravante: União

Procurador: Advocacia-Geral da União - AGU - AL000000U

Agravado: Josemir Rodrigues e Dutra

Advogados: Alexandre Augusto Santos de Vasconcelos - PE020304

Bruno de Albuquerque Baptista e outro(s) - PE019805

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Agravo interno no mandado de segurança. Reparação econômica. Anistia de militar. Parcelas pretéritas. Matéria pacificada em sede de repercussão geral. RE 553.710/DF. Adequação da via eleita. Decadência não configurada. Direito líquido e certo.

1. A impetração de *mandamus* contra ato omissivo de natureza continuada, como ocorre no descumprimento de determinação de pagamento de reparação econômica em prestação mensal, permanente e continuada, com efeitos retroativos (Lei n. 10.559/2002), não se subsume aos efeitos da decadência. Precedentes do STJ e STF.

2. O fundamento da inadequação da via eleita, por indevida utilização do *writ* como sucedâneo de ação de cobrança, da mesma forma, não há de prosperar. O descumprimento da portaria ministerial evidencia uma lacuna em fazer por parte da autoridade impetrada. Assim, não atrai os óbices das Súmulas 269 e 271, ambas do STF, nem traduz que o *writ* está sendo usado como ação de cobrança.

3. A falta de recursos orçamentários suficientes para o pagamento das parcelas pretéritas da reparação econômica decorrente de anistia política, continuada ao longo dos anos, revela manifesta desobediência do Poder Executivo à lei que fixou prazo certo para tanto (art. 12, § 4º, da Lei n. 10.559/2002). Por tal motivo, ela não pode ser utilizada *sine die* como pretexto para inviabilizar a efetivação do direito cuja tutela é perseguida no mandado de segurança.

4. Conforme destacado na decisão agravada, o Supremo Tribunal Federal, no dia 17 de novembro de 2016, firmou tese em sede de repercussão geral, no bojo do RE 553.710/DF, a favor do pagamento dos retroativos garantidos aos anistiados políticos, estabelecendo que “1) a falta de cumprimento de requisição ou determinação de providências por parte da União, por intermédio do órgão competente, no prazo previsto nos arts. 12, § 4º, e 18, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 10.599/2002, caracteriza ilegalidade e violação de direito líquido e certo; 2) havendo rubricas no orçamento destinadas ao pagamento das indenizações devidas aos anistiados políticos e não demonstrada a ausência de disponibilidade de caixa, a União há de promover o pagamento do valor ao anistiado no prazo de 60 dias; 3) na ausência ou na insuficiência de disponibilidade orçamentária no exercício em curso, cumpre à União promover sua previsão no projeto de lei orçamentária imediatamente seguinte”. Logo, não prospera o pedido de suspensão do presente feito até a análise do tema perante a Corte Suprema, já que a questão já se encontra dirimida.

5. Agravo interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Francisco Falcão e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de março de 2017 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Presidente

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 28.3.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de agravo interno interposto pela União contra decisão que concedeu a segurança a fim de determinar o imediato pagamento dos valores retroativos reconhecidos como devidos ao ora agravado, nos termos da Portaria Anistiadora n. 1.251/2002.

Aduz a União que interpõe o presente agravo, porquanto se pretende que a questão principal dos autos, pagamento de retroativos, seja julgada pelo STF de forma definitiva, notadamente diante da existência de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida naquela Corte.

Alega que decorreu o prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias para a impetração do mandado de segurança, além de consignar que “o Ministério da Defesa vem assegurando a plena garantia do mínimo existencial dos anistiados, ao adimplir com suas obrigações mensais, visto que as verbas retroativas representam apenas um ‘plus’ que deve estar subsumido aos meios ordinários de cobrança” (e-STJ, fl. 267).

Requer seja o recurso julgado pelo órgão colegiado competente.

Impugnação da parte agravada às e-STJ, fls. 273/284.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Tenho que a irresignação não merece acolhida.

Inicialmente, destaco que o Supremo Tribunal Federal, no último dia 17 de novembro, firmou compreensão, em sede de repercussão geral, no bojo do RE 553.710/DF, a favor do pagamento dos retroativos garantidos aos anistiados políticos. As teses ficaram assim resumidas:

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, fixou tese nos seguintes termos:

1) - Reconhecido o direito à anistia política, a falta de cumprimento de requisição ou determinação de providências por parte da União, por intermédio do órgão competente, no prazo previsto nos arts. 12, § 4º, e 18, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 10.599/2002, caracteriza ilegalidade e violação de direito líquido e certo;

2) - Havendo rubricas no orçamento destinadas ao pagamento das indenizações devidas aos anistiados políticos e não demonstrada a ausência de disponibilidade de caixa, a União há de promover o pagamento do valor ao anistiado no prazo de 60 dias;

3) - Na ausência ou na insuficiência de disponibilidade orçamentária no exercício em curso, cumpre à União promover sua previsão no projeto de lei orçamentária imediatamente seguinte.

Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 23.11.2016.

Assim, ao contrário do que sustenta a União, o tema combatido já foi objeto de análise pela Suprema Corte, a qual decidiu em prol do direito dos anistiados políticos ao recebimento dos retroativos previstos nas respectivas portarias anistiadoras.

De outro lado, os argumentos trazidos pela parte agravante não se mostram suficientes a reformar o entendimento antes preconizado, na medida em que apenas reforçam os termos da impetração.

Mantém-se, pois, o afastamento da tese de decadência, pois o *mandamus* foi impetrado contra ato omissivo de natureza continuada, como ocorre no descumprimento de determinação de pagamento de reparação econômica em prestação mensal, permanente e continuada, com efeitos retroativos (Lei n. 10.559/2002), não se subsumindo aos efeitos da decadência, conforme a hodierna jurisprudência desta Corte e a do Pretório Excelso.

Ademais, quanto à alegação de que eventual ressarcimento estaria submetido à aplicação do princípio da reserva do possível, tem-se que a falta de recursos orçamentários suficientes em rubricas específicas para o pagamento das parcelas pretéritas da reparação econômica decorrente de anistia política, continuada ao longo dos anos, revela manifesta desobediência do Poder Executivo à lei que fixou prazo certo para tanto (art. 12, § 4º, da Lei n. 10.559/2002). Por tal motivo, ela não pode ser utilizada como pretexto para inviabilizar a efetivação do direito, cuja tutela é perseguida no mandado de segurança.

No mesmo sentido aqui defendido, inúmeros são os precedentes desta Corte de Justiça, senão vejamos:

Administrativo e Processual Civil. Mandado de segurança. Anistia política. Militar. Pagamento de reparação econômica retroativa. Cabimento. Ato omissivo continuado. Decadência. Não configuração. Não incidência das Súmulas 269 e

271/STF. Descumprimento do prazo previsto na Lei n. 10.559/2002. Previsão dos recursos, mediante rubrica própria, nas leis orçamentárias. Omissão configurada. Precedentes do STJ e do STF, em regime de repercussão geral (RE 553.710/DF - Tema 394). Direito líquido e certo ao integral cumprimento da portaria anistiadora, enquanto não cassada ou revogada. Precedentes. Segurança concedida.

I. A questão controvertida diz respeito à possibilidade de a impetrante, na condição de viúva de militar anistiado, perceber reparação econômica retroativa, em parcela única, que não foi paga, diante da inércia do impetrado, de sorte que a Portaria anistiadora não foi integralmente cumprida.

II. A ausência de pagamento, à impetrante, da reparação econômica pretérita, configura ato omissivo continuado da autoridade coatora em cumprir, integralmente, a Portaria anistiadora, situação que afasta a configuração de decadência da pretensão mandamental.

Precedentes do STJ (MS 22.410/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 21.09.2016; MS 20.226/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe de 17.12.2014).

III. A jurisprudência do STJ firmou entendimento no sentido de que o não cumprimento integral de Portaria do Ministro da Justiça, que reconheceu a condição de anistiado “post mortem” do cônjuge da impetrante e fixa indenização de valor retroativo certo e determinado, a ser a ela pago, pode ser sanado pela via do mandado de segurança, afastando-se as restrições previstas nas Súmulas 269 e 271/STF. Nesse sentido: STF, RMS 27.357/DF, Rel. Ministra *Carmen Lúcia*, Primeira Turma, DJe de 06.08.2010; STJ, MS 22.509/DF, Rel. Ministro *Humberto Martins*, Primeira Seção, DJe de 30.08.2016; STJ, MS 16.648/DF, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, Primeira Seção, DJe de 02.08.2011.

IV. No caso dos autos, restou comprovada a condição de anistiado político “post mortem” do cônjuge da impetrante, nos termos da Portaria n. 1.735, de 08.07.2004, que a ela concedeu reparação econômica de caráter indenizatório, em prestação mensal, permanente e continuada, e, dado o caráter retroativo dessa concessão, foi igualmente reconhecido o direito ao recebimento de valor pretérito.

V. É pacífico o entendimento da Primeira Seção do STJ no sentido de reconhecer direito líquido e certo da impetrante, viúva de anistiado político, ao recebimento de valores retroativos, em face da comprovação de ter havido previsão orçamentária específica e do transcurso do prazo, constante do art. 12, § 4º, da Lei n. 10.559/2002, sem que haja o pagamento da aludida reparação econômica, prevista na Portaria anistiadora. A propósito: STJ, MS 22.410/DF, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, Primeira Seção, DJe de 21.09.2016.

VI. Em igual sentido, o Supremo Tribunal Federal - consoante o portal de notícias daquela Corte -, no julgamento do RE 553.710/DF, em regime de repercussão geral (Rel. Ministro *Dias Toffoli*, julgado em 17.11.2016), firmou entendimento

no sentido de que “é constitucional a determinação de pagamento imediato de reparação econômica aos anistiados políticos, nos termos do que prevê o parágrafo 4º do artigo 12 da Lei da Anistia (Lei n. 10.559/2002), que regulamentou o artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)”, bem como de que o pagamento do retroativo deve ser imediato, pois, conforme o voto do Relator, “o presente *mandamus* não se confunde com ação de cobrança, uma vez que a consequência diretamente decorrente da procedência do pedido é uma obrigação de fazer por parte da autoridade impetrada, consistente no cumprimento integral de portaria do Ministro da Justiça que, com fundamento na Lei n. 10.559/2002, reconheceu a condição de anistiado político e o direito a reparações econômicas por atos de exceção com motivação estritamente política em período pretérito”.

VII. A Primeira Seção do STJ, apreciando Questão de Ordem relacionada ao fato de a Administração ter dado início a um procedimento para revisão das anistias de militares, no julgamento do MS 15.706/DF, de relatoria do Ministro *Castro Meira* (DJe de 11.05.2011), repeliu o pedido de suspensão do feito, formulado pela União, mas ressaltou que, “nas hipóteses de concessão da ordem, situação dos autos, ficará prejudicado o seu cumprimento se, antes do pagamento do correspondente precatório, sobrevier decisão administrativa anulando ou revogando o ato de concessão da anistia”.

VIII. Segurança concedida, com a ressalva da Questão de Ordem no MS 15.706/DF (STJ, Rel. Ministro *Castro Meira*, *Primeira Seção*, DJe de 11.05.2011).

(MS 21.479/DF, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Primeira Seção, julgado em 14.12.2016, DJe 19.12.2016)

Processual Civil e Administrativo. Mandado de segurança individual. Empregado público da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Anistia política. Lei n. 10.559/2002. Pretensão de pagamento de valores mensais de complementação de remuneração e retroativos. Preliminares: adequação da via eleita e não incidência das Súmulas 269 e 271/STF. Precedentes. Legitimidade passiva do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão no que se refere às parcelas retroativas. Art. 18 da Lei n. 10.559/2002. Ilegitimidade da autoridade coatora em relação ao pagamento das parcelas mensais de complementação de remuneração. Responsabilidade do órgão empregador do impetrante. Mérito: descumprimento do prazo previsto nos arts. 12, § 4º e 18, da Lei n. 10.559/2002. Existência de previsão orçamentária. Exigência de assinatura de termo de adesão. Direito facultativo. Ausência de óbice no art. 4º, § 2], da Lei n. 10.559/2002. Direito líquido e certo. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Dispositivo: preliminar processual de ilegitimidade passiva *ad causam* parcialmente acolhida e mandado de segurança denegado no que tange ao pagamento da parcela mensal de complementação de remuneração. Segurança concedida em relação ao pagamento da parcela retroativa.

1. Pretende o impetrante, empregado público da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT e anistiado político na forma da Lei n. 10.559/2002, a concessão da segurança contra ato omissivo do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão consubstanciada na não-efetivação do pagamento das parcelas correspondentes aos valores mensais de complementação de remuneração e retroativos previstos no ato que declarou a sua condição de anistiado político com base na Lei n. 10.559/2002, em que pese o decurso do prazo temporal de 60 dias e a existência de dotação orçamentária.

2. Preliminares Processuais:

2.1. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o não-cumprimento de Portaria do Ministro da Justiça, que reconhece a condição de anistiado e fixa indenização de valor certo e determinado, caracteriza ato omissivo da Administração Pública, o qual pode ser sanado pela via do mandado de segurança, afastando-se as restrições previstas nas Súmulas 269 e 271/STF.

Nesse sentido: RMS 27.357/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJe de 6.8.2010 e RMS 24.953/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 1º.10.2004.

2.2. O Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão é parte legítima para figurar no polo passivo de mandado de segurança impetrado com o objetivo de obter reparação econômica retroativa concedida ao civil anistiado, em decorrência da expressa previsão legal contida no art. 18 da Lei n. 10.559/2002. Precedentes.

2.3. Carece de legitimidade passiva o Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão no que tange à pretensão de pagamento da parcela mensal de complementação de remuneração, porquanto tal encargo é da responsabilidade do órgão empregador do impetrante, conforme consta da própria Portaria Anistiadora, segundo a qual: "encaminhar à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT para que seja realizada a complementação da remuneração no valor de R\$ 140,73 (cento e quarenta reais e setenta e três centavos), bem como ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão-MPOG para o pagamento dos efeitos financeiros retroativos".

3. *Mérito:* 3.1. É firme o entendimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça de que a ausência de pagamento da reparação econômica pretérita configura ato omissivo continuado da autoridade coatora em cumprir integralmente a referida portaria, situação que afasta a configuração de decadência da pretensão mandamental.

3.2. No casos dos autos, foi comprovada a condição de anistiado político nos termos de Portaria expedida pelo Ministro de Estado da Justiça, na qual se concedeu reparação econômica de caráter indenizatório, em prestação mensal, permanente e continuada, e, dado o caráter retroativo dessa concessão, foi igualmente reconhecido o direito ao recebimento de valor pretérito.

3.3. É pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal e da Primeira Seção do STJ no sentido de reconhecer direito líquido e certo do impetrante ao recebimento de valores retroativos, em face da comprovação de ter havido previsão orçamentária específica e o transcurso do prazo contido no art. 12, § 4º, da Lei n. 10.559/2002, sem que haja a realização da reparação econômica prevista na portaria anistiadora.

3.4. “A assinatura do Termo de Adesão, segundo as condições previstas na Lei n. 11.354/2006, constitui mera faculdade a ser exercida pelos interessados, não se podendo falar em ofensa ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, pois nenhum dos anistiados políticos foi compelido a aderir ao acordo para recebimento dos valores a que tem direito” (MS 13.923/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, julgado em 22.05.2013, DJe 11.06.2013).

3.5. A pretensão autoral não encontra óbice no art. 4º, § 2º, da Lei n. 10.559/2002, isto porque tal dispositivo veda a percepção de “reparação econômica em prestação única” em valor superior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), o que se dá apenas nas hipóteses em que não for possível comprovar vínculos com a atividade laboral (*caput*), de modo que tal prestação, por possuir idêntica natureza, é inacumulável com a “reparação econômica em prestação mensal, permanente e continuada”, na forma do que dispõe o § 1º, do art. 3º da Lei n. 10.559/2002. Contudo, no presente *casu* a Portaria do Ministério da Justiça assegurou ao impetrante o direito à prestação mensal, permanente e continuada, e não em prestação única, o que afasta a incidência do óbice previsto no § 2º do art. 4º da Lei n. 10.559/2002.

4. *Dispositivo*: Preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* parcialmente acolhida para denegar o Mandado de Segurança no que se tange à pretensão de pagamento das parcelas mensais de complementação de remuneração. No mais, Segurança concedida, a fim de determinar o pagamento do montante concernente aos retroativos unicamente pelo valor nominal apontado na portaria anistiadora, com os recursos orçamentários disponíveis, ou, em caso de manifesta impossibilidade, a expedição do competente precatório, independentemente da assinatura de Termo de Adesão, ressalvada a hipótese de decisão administrativa superveniente, revogando ou anulando o ato de concessão da anistia, nos moldes do que restou decidido no julgamento da QO no MS 15.706/DF.

(MS 22.410/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 14.09.2016, DJe 21.09.2016)

Administrativo e Processo Civil. Mandado de segurança. Anistia política. Militar. Cabo da Aeronáutica. Indenização. Pagamento. Valores retroativos. Preliminares rejeitadas. Matéria pacificada na Primeira Seção do STJ. Questão de ordem. Ressalvada.

1. Mandado de segurança impetrado por Cabo da Aeronáutica, anistiado político, no qual se postula o cumprimento integral de Portaria do Ministro de

Estado da Justiça, na qual se fixou o direito à percepção de valores retroativos.

2. Preliminar de inadequação da via eleita. O descumprimento da totalidade da Portaria Ministerial evidencia uma lacuna em fazer por parte da autoridade impetrada. Assim, não atrai o óbice das Súmulas 269 e 271 do STF, nem traduz que o *writ* está sendo usado como ação de cobrança. Preliminar rejeitada.

3. Preliminar de decadência para impetração. O direito de impetração renova-se, ao passo que o descumprimento da obrigação prolonga-se no tempo, não atraindo, portanto, a fixação de um prazo decadencial para impetração. Preliminar rejeitada.

4. Preliminar de legitimidade passiva *ad causam*. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça já pacificou que o Ministro de Estado da Defesa figura como autoridade com legitimidade para compor o polo passivo de impetrações idênticas, em razão do art. 18 da Lei n. 10.559/2002. Preliminar rejeitada.

5. Preliminar de revisão administrativa em razão da Portaria Interministerial n. 134/2011. A Primeira Seção já firmou que não há falar em interrupção do processamento do mandado de segurança em razão de processo de revisão administrativa com base na Portaria Interministerial n. 134/2011. Preliminar rejeitada.

4. Quanto ao mérito, o tema se encontra pacificado no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que “a falta de recursos orçamentários suficientes para o pagamento das parcelas pretéritas da reparação econômica decorrente de anistia política, continuada ao longo dos anos, revela manifesta desobediência do Poder Executivo à lei que fixou prazo certo para tanto (art. 12, § 4º, da Lei n. 10.559/2002). Por tal motivo, ela não pode ser utilizada ‘sine die’ como pretexto para inviabilizar a efetivação do direito cuja tutela é perseguida no Mandado de Segurança” (MS 21.705/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 16.11.2015). No mesmo sentido: MS 15.564/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 17.6.2011; MS 15.623/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 4.5.2011; MS 16.648/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 2.8.2011; MS 15.201/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 1º.2.2011; e MS 16.135/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 30.6.2011.

5. No caso de inexistir disponibilidade orçamentária para o imediato atendimento da ordem, o pagamento deverá ser efetuado por meio de regular processo de execução contra a Fazenda Pública, com a expedição de precatório (art. 730 do CPC).

6. “(...) O *writ* está limitado à apuração da ofensa ao direito líquido e certo do impetrante, que no caso é o reconhecimento da omissão no dever de providenciar o pagamento do montante concernente aos retroativos, conforme valor nominal estabelecido no ato administrativo. Inviável, na forma mencionada pela autoridade impetrada, ampliar o objeto da demanda para definição da quantia a ser adicionada a título de juros e correção monetária, pois, em tal hipótese, o feito

assumiria os contornos de Ação de Cobrança, escopo absolutamente estranho ao Mandado de Segurança (...)” (MS 21.032/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção do STJ, DJe 18.6.2015).

No mesmo sentido: MS 22.434/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 15.6.2016; e MS 21.377/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 31.3.2015.

7. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Questão de Ordem no MS 15.706/DF (Rel. Ministro Castro Meira, DJe de 11.5.2011), rejeitou o pleito de suspensão de mandado de segurança idêntico, mas frisou que, “(...) nas hipóteses de concessão da ordem, situação dos autos, ficará prejudicado o seu cumprimento se, antes do pagamento do correspondente precatório, sobrevier decisão administrativa anulando ou revogando o ato de concessão da anistia”.

Segurança concedida com ressalvas.

(MS 22.509/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 24.8.2016, DJe 30.8.2016)

Processual Civil e Administrativo. Mandado de segurança. Reparação econômica. Anistia de militar. Parcelas pretéritas. Ministro de Estado da Defesa. Legitimidade. Adequação da via eleita. Decadência não configurada. Parcial concessão da ordem.

1. Cuida-se de Mandado de Segurança, no qual o impetrante busca suprir omissão atinente ao cumprimento dos efeitos financeiros da Portaria n. 2.226, do Ministro de Estado da Justiça, relativos aos meses de dezembro de 2012 a abril de 2013, período em que, por decisão administrativa, manteve-se anulada a portaria anistiadora, posteriormente restabelecida por decisão judicial.

2. Como a Administração encontra-se omissa quanto ao adimplemento de cinco parcelas mensais, a presente situação não difere substancialmente de todos os demais casos, em relação aos quais se consolidou o entendimento de que é cabível Mandado de Segurança para a percepção de valores retroativos de anistia política e de que a permanência da omissão administrativa, que se renova e perpetua no tempo, descaracteriza a decadência do direito à impetração (MS 17.511/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, 3.10.2014; MS 20.419/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 17.10.2013; MS 21.377/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 31.3.2015).

3. O Ministro de Estado da Defesa é competente para realizar pagamentos das reparações econômicas concedidas pelo Ministério da Justiça relativas à anistia política para militares, nos termos do art. 18 da Lei n. 10.599/2002, tendo legitimidade para figurar como autoridade impetrada no Mandado de Segurança em que se pleiteia o recebimento das parcelas pretéritas.

4. *In casu*, encontra-se comprovada documentalmente a condição de anistiado político nos termos de portaria baixada pelo Ministro de Estado da Justiça, na

qual se concedeu reparação econômica de caráter indenizatório, em prestação mensal, permanente e continuada, de modo que está demonstrado o direito líquido e certo.

5. Caso inexista disponibilidade orçamentária para o imediato atendimento da ordem, o pagamento deverá ser efetuado mediante regular processo de execução contra a Fazenda Pública, com a expedição de precatório (art. 730 do CPC).

6. Consoante os precedentes atuais da Primeira Seção, o direito líquido e certo apurável nesta via restringe-se ao valor nominal previsto na portaria anistiadora. Eventual controvérsia acerca dos consectários legais (juros e correção monetária) pode ser dirimida em demanda autônoma, sob pena de o presente feito assumir contornos de ação de cobrança (Súmula 269/STF) (MS 22.215/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 4.3.2016; MS 21.456/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 3.3.2016).

7. Mandado de Segurança parcialmente concedido, nos termos acima referidos, com a ressalva de que, revogada a anistia concedida ao impetrante, cessam os efeitos desta ordem.

(MS 20.770/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 10.8.2016, DJe 5.9.2016)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 19.132-DF (2012/0188951-7)

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Impetrante: Alba Lucia Filgueiras de Carvalho

Advogado: Bruno dos Santos Padovan e outro(s) - DF028460

Impetrado: Ministro de Estado da Justiça

Interes.: União

EMENTA

Administrativo. Mandado de segurança. Processo administrativo. Anistia política. Legitimidade passiva do Ministro da Justiça. Ato

omissivo. Direito de petição. Ordem concedida para que a autoridade coatora decida o pedido de anistia da impetrante no prazo do art. 49 da Lei n. 9.784/1999.

1. Cuida-se, no caso concreto, de pedido administrativo para declaração da condição de anistiado, formulado pela parte impetrante em novembro de 1997, ou seja, há duas décadas, mas ainda pendente de decisão final pela Administração Pública.

2. Não procede a preliminar de ilegitimidade passiva do Ministro da Justiça (autoridade coatora), sob o evasivo argumento de que a omissão denunciada seria atribuível ao Plenário da Comissão de Anistia. Como ressaí dos autos, o procedimento já se achava na regular órbita de competência do Ministro da Justiça para proferir seu julgamento final quando, *sponte propria*, deliberou pela necessidade da prévia manifestação do Plenário da Comissão da Anistia. Daí que a tão só remessa do procedimento para o Plenário não o desvinculou da fase decisória, pela qual continua diretamente responsável, inclusive no que tange à alegada demora para se ultimar o respectivo *iter* administrativo.

3. O direito de petição aos Poderes Públicos, assegurado no art. 5º, XXXIV, “a”, da Constituição Federal, traduz-se em preceito fundamental a que se deve conferir a máxima eficácia, impondo-se à Administração, como contrapartida lógica e necessária ao pleno exercício desse direito pelo Administrado, o dever de apresentar tempestiva resposta.

4. Nos termos da certa lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, “o direito de petição não pode ser destituído de eficácia. Não pode a autoridade a quem é dirigido escusar pronunciar-se sobre a petição, quer para acolhê-la quer para desacolhê-la com a devida motivação [...] A Constituição não prevê sanção à falta de resposta e pronunciamento da autoridade, mas parece-nos certo que ela pode ser constrangida a isso por via do mandado de segurança, quer quando se nega expressamente a pronunciar-se quer quando omite” (*Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: RT, 1990, p. 382-3).

5. A demora excessiva e injustificada da Administração para cumprir obrigação que a própria Constituição lhe impõe é omissão violadora do princípio da eficiência, na medida em que denuncia a

incapacidade do Poder Público em desempenhar, num prazo razoável, as atribuições que lhe foram conferidas pelo ordenamento (nesse sentido, o comando do art. 5º, LXXVIII, da CF). Fere, também, a moralidade administrativa, por colocar em xeque a legítima confiança que o cidadão comum deposita, e deve depositar, na Administração. Por isso que semelhante conduta se revela ilegal e abusiva, podendo ser coibida pela via mandamental, consoante previsto no art. 1º, *caput*, da Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009.

6. *Ordem concedida* para determinar à autoridade impetrada que, no prazo do art. 49 da Lei n. 9.784/1999, decida, em caráter final e como entender de direito, o requerimento administrativo de concessão de anistia formulado pela impetrante, no âmbito do Processo Administrativo n. 2001.01.11994.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Regina Helena Costa e os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Francisco Falcão, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de março de 2017 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 27.3.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Cuida-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por Alba Lúcia Filgueiras de Carvalho, que indica como autoridade impetrada o Ministro de Estado da Justiça, a quem atribui responsabilidade por omissão, pois, segundo a impetrante, “... desde 2003 age de forma omissiva, retardando o resultado final do processo de anistia, uma vez que [a interessada] já teve o pleito deferido pela Comissão de Anistia do Ministério da Justiça e pende tão somente ato ministerial chancelando o deferimento” (fl. 2).

Relata que, na qualidade de ex-empregada da Viação Aérea São Paulo S/A (VASP), formulou, em 12 de novembro de 1997, requerimento de concessão de anistia, este deferido pela Terceira Câmara da Comissão de Anistia em 02 de dezembro de 2002 e, conforme o disposto no art. 9º do Regimento Interno da aludida Comissão, encaminhado à chancela do Ministro de Estado, que, sem apor sua decisão final, encaminhou o procedimento à Comissão Plenária, isto em 6 de março de 2003 (fl. 364), para que revisasse o julgamento daquela Terceira Câmara, mediante o esclarecimento de alguns pontos levantados pela assessoria especial da autoridade coatora, revisão até os dias de hoje pendente de efetivação, embora transcorrida quase uma década e meia desde então.

Segundo a impetrante, “em que pese a Lei n. 10.559/2002 não fixar prazo para a conclusão dos processos de anistia e nem para que o Ministro da Justiça declare e conceda a anistia, certo é que a jurisprudência tem entendido pela aplicação subsidiária da Lei n. 9.784/1999 nesses casos, uma vez que, caso assim não fosse, ter-se-iam processos cuja conclusão seria prorrogada por prazo indefinido, ferindo-se o preceito constitucional que garante a duração razoável do processo” (fl. 6). Nisso estaria a violação de seu direito líquido e certo.

A segurança, por isso, é postulada “... a fim de determinar ao Exmo. Ministro da Justiça que conclua/finalize o processo de anistia da impetrante no prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por uma única vez por igual período desde que justificado, com a publicação de portaria [...] quanto ao pleito do processo administrativo n. 2001.01.11994 reconhecendo a condição de anistiada política da impetrante”. (fl. 11).

O pedido liminar, para que se determinasse a tramitação prioritária do procedimento administrativo, restou prejudicado pela decisão às fls. 427 a 429, proferida pelo Ministro Teori Zavascki, relator original, que indeferiu liminarmente a inicial, extinguindo o feito sem apreciação de seu mérito.

Não obstante, tal decisão foi embargada de declaração pela parte autora, com pedido de efeito infringente, nos termos da petição de fls. 433 a 438, ao argumento de que havia omissão quanto a específicas premissas trazidas na impetração.

Examinando as alegações da embargante, pareceu-me, com efeito, que o quadro fático delineado na exordial reclamava solução diversa, pelo que requeri a manifestação da União, na qualidade de embargada (fl. 444). Por fim, mesmo considerados os argumentos apresentados por esse ente público (fls. 448 a 450), decidi por acolher os aclaratórios, emprestando-lhe efeitos modificativos para tornar sem efeito a decisão embargada, que denegara a segurança.

Essa mesma decisão foi contestada pela União, pelo regimental de fls. 459 a 462, ao argumento de que “*está documentalmente comprovada a existência de requerimento formulado pela impetrante à Comissão de Anistia (fls. 369/388 STJ), ainda pendente de julgamento, e que o Processo Administrativo n. 2002.01.11994 foi restituído ao Setor de Análise da Comissão, especificamente ao Núcleo de Plenário, para estudo, com vista à futura inclusão em pauta*”, razão pela qual, segundo a agravante, não haveria “*fundamento para acolher os embargos opostos pela parte recorrente*” (fl. 461). Considerando, porém, que a questão assim suscitada se confunde com o próprio mérito, decidi por examiná-la conjuntamente com a questão principal, nos termos do voto que agora estou a submeter a esse egrégio Colegiado.

Encontram-se nos autos, fls. 174 a 424, as informações prestadas pela autoridade coatora, com as quais se acham, dentre outros, o acórdão proferido pela Terceira Câmara da Comissão de Anistia (fls. 350 a 359), o despacho do Gabinete do Ministro encaminhando os autos para revisão pela Comissão Plenária (fl. 364) e o despacho de encaminhamento ao setor de Análise da Comissão de Anistia (fl. 415).

O Ministério Público Federal, pelo culto Subprocurador-Geral da República Brasilino Pereira dos Santos, manifestou-se pela *denegação* da ordem, forte na ilegitimidade passiva da Autoridade impetrada, consoante a fundamentação que lastreia o parecer lançado às fls. 470/476.

Pedido de gratuidade de justiça deferido pela Presidência (fl. 154).

Representação regular (fl. 12).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): Porque potencialmente prejudicial ao exame do mérito da presente impetração, há de se examinar, à saída, a questão posta pela União e pelo *Parquet* Federal quanto à legitimidade passiva do Ministro de Estado da Justiça.

1. Preliminar de ilegitimidade passiva da autoridade coatora

A Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, que disciplina o mandado de segurança, define a autoridade coatora nos seguintes termos:

Art. 6º, § 3º Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.

Por certo que tal normativo também alcança a autoridade impetrada à qual se irroge, como no presente caso, indevida conduta omissiva (demora na apreciação final do pleito de anistia da autora).

Dito isso, não procede o argumento da parte coatora no sentido de que a omissão, na espécie, seria debitável ao Plenário da Comissão de Anistia, a quem incumbiria dar cumprimento ao despacho administrativo reproduzido à fl. 364.

Muito pelo contrário, os autos revelam não ter havido recurso da autora para o Plenário, mesmo porque a decisão proferida pela Terceira Câmara da Comissão de Anistia lhe havia sido favorável (cf. acórdão de fls. 350/359), tendo a posterior remessa do caso ao Plenário sido determinada, unilateralmente, pelo Ministro da Justiça.

Logo, vê-se que *o procedimento já se achava na regular órbita de competência do Ministro da Justiça* para proferir seu julgamento final quando, *sponte propria*, deliberou pela necessidade da prévia manifestação do Plenário da Comissão de Anistia. Daí que a tão só remessa do procedimento para o Plenário não o desvinculou da fase decisória, pela qual continua diretamente responsável, inclusive no que tange à alegada demora para se ultimar o respectivo *iter* administrativo.

Rejeita-se, pois, a preliminar de ilegitimidade passiva da autoridade coatora.

2. Do mérito

Como já relatado, queixa-se a impetrante da demora na apreciação definitiva de pedido administrativo que formulou, há duas décadas atrás (1997), com base no art. 8º do ADCT, visando ao reconhecimento de sua condição de anistiada política.

Um dos direitos fundamentais assegurados a todo cidadão pela Constituição da República é o *direito de petição* aos Poderes Públicos, vazado na Carta Fundamental nos seguintes termos:

XXXIV - São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

Trata-se, pois, de *preceito fundamental* a que se deve conferir a máxima eficácia, impondo-se à Administração, como contrapartida *lógica e necessária* ao pleno exercício desse direito pelo administrado, o *dever* de apresentar *tempestiva resposta*.

No plano infraconstitucional, é a diretriz encontrável, por exemplo, no art. 48 da Lei Federal n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999:

Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Ora, a demora *excessiva e injustificada* da Administração em cumprir obrigação que a própria Constituição lhe impõe é omissão violadora do *princípio da eficiência*, na medida em que denuncia a incapacidade do Poder Público em desempenhar, num prazo razoável, as atribuições que lhe foram conferidas pelo ordenamento (nesse sentido, o comando do art. 5º, LXXVIII, da CF). Fere, também, a *moralidade administrativa*, por colocar em xeque a legítima confiança que o cidadão comum deposita, e deve depositar, na Administração.

Por isso que semelhante conduta se revela ilegal e abusiva, podendo ser coibida pela via mandamental, consoante previsto no art. 1º, *caput*, da Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009:

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, *ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação* ou houver justo receio de sofrê-la *por parte de autoridade*, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. (destaquei).

Nesse mesmo sentido, aliás, vai a certa lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, para quem “o direito de petição não pode ser destituído de eficácia. Não pode a autoridade a quem é dirigido escusar pronunciar-se sobre a petição, quer para acolhê-la quer para desacolhê-la com a devida motivação [...] A Constituição não prevê sanção à falta de resposta e pronunciamento da autoridade, mas parece-nos certo que ela pode ser constrangida a isso por via do mandado de segurança, quer quando se nega expressamente a pronunciar-se quer quando omite” (*Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: RT, 1990, p. 382-3).

Essa breve incursão no plano constitucional seria, só por si, suficiente para subsidiar a análise do pedido formulado pela impetrante. Não obstante, tenho por oportuno o exame da questão também no plano da legislação federal pertinente e, nesse passo, inicio pelas disposições da *Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979*, a Lei da Anistia, cujo art. 3º, para o que agora importa, prescreve:

Art. 3º O retorno ou a reversão ao serviço ativo somente deferido para o mesmo cargo ou emprego, posto ou graduação que o servidor, civil ou militar, ocupava na data de seu afastamento, condicionado, necessariamente, à existência de vaga e ao interesse da Administração.

§ 1º - Os requerimentos serão processados e instituídos por comissões especialmente designadas pela autoridade a qual caiba a apreciá-los.

§ 2º - O despacho decisório será proferido nos centos e oitenta dias seguintes ao recebimento do pedido.

Para melhor aquilatar o inusitado e emblemático caso que ora se examina, colho da exordial, à fl. 3: “*O pedido administrativo de anistia foi formulado pela impetrante em 12/11/1997*”.

Eis, então, o ponto a que chegamos: a impetrante aguarda resposta final e definitiva para o seu pleito há mais de 7.000 (Sete mil dias), cujo pedido administrativo, nos termos da lei, deveria obter resposta meritória em 180 (cento e oitenta) dias.

Mas não é só.

Tratando-se, como é o caso, de procedimento administrativo que tramita em repartição pública federal, é inafastável a incidência, à espécie, dos comandos contidos na já mencionada *Lei Federal n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999*, norma que, dentre outros preceptivos, fixa para servidores e autoridades um prazo genérico de *cinco dias corridos* para a produção dos atos administrativos das respectivas competências, necessários à impulsão de ofício do processo. Confirmam-se:

Art. 24. Inexistindo disposição específica, os atos do órgão ou autoridade responsável pelo processo e dos administrados que dele participem *devem ser praticados no prazo de cinco dias*, salvo motivo de força maior.

Parágrafo único. O prazo previsto neste artigo pode ser dilatado até o dobro, mediante comprovada justificação.

Art. 66. Os prazos começam a correr a partir da data da cientificação oficial, excluindo-se da contagem o dia do começo e incluindo-se o do vencimento.

[...]

§ 2º Os prazos expressos em dias *contam-se de modo contínuo*.

Logo, na falta de um prazo específico para produção de ato necessário à impulsão de ofício de processo administrativo no âmbito federal, deve ser observado o quinquídio fixado no art. 24 da Lei n. 9.784/1999, sob pena de omissão ilegal.

Uma vez encerrada a fase instrutória, ainda segundo essa mesma lei, cabe à autoridade competente emitir decisão no prazo de até trinta dias corridos. Anote-se:

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

Por tudo isto, mostra-se evidente a ilegalidade da omissão combatida no âmbito do presente *mandamus*, violadora que é do direito líquido e certo da impetrante de obter resposta ao requerimento administrativo que formulou na longeva data de 12 de novembro de 1997.

3. Da conclusão

A falta de resposta final a requerimento administrativo formulado em processo que tramita na repartição pública federal por cerca *vinte anos*, para o qual o ordenamento pátrio fixou prazo de cento e oitenta dias para conclusão, subestima o direito de petição (Art. 5º, XXXIV) e afronta os princípios constitucionais da *eficiência* e da *moralidade administrativas* (Art. 37, *caput*), aquele por denunciar a incapacidade do Poder Público em desempenhar, num prazo razoável, suas atribuições legais; e este, por colocar em xeque a legítima confiança que o cidadão comum deposita na capacidade operacional do Poder Público.

Tenho, ainda, por manifestamente *ilegal* a omissão combatida, violadora que é das disposições contidas no artigo 3º da Lei n. 6.683/1979 e nos artigos 24 e 49 da Lei n. 9.784/1999.

Firme nessas razões, reconheço a *ilegalidade da omissão combatida* neste *writ* e encaminho meu voto no sentido de *conceder a segurança* para determinar à autoridade impetrada que, **no prazo do art. 49 da Lei n. 9.784/1999**, decida, em caráter final e como entender de direito, o requerimento administrativo

de concessão de anistia formulado pela impetrante, no âmbito do Processo Administrativo n. 2001.01.11994.

Com a presente decisão de mérito, resta prejudicada a apreciação do agravo regimental de fls. 459 a 462.

Custas pela União; sem honorários advocatícios, consoante art. 25 da Lei n. 12.016/2009 e Súmula 105/STJ.

É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 21.506-DF (2014/0344786-6)

Relatora: Ministra Assusete Magalhães

Impetrante: Claudinete Batista Ferreira

Advogado: Paulo Roberto Manes e outro(s) - SP091571

Impetrado: Ministro de Estado da Defesa

Interes.: União

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Mandado de segurança. Anistia política. Militar. Pagamento de reparação econômica retroativa. Cabimento. Ato omissivo continuado. Decadência. Não configuração. Não incidência das Súmulas 269 e 271/STF. Descumprimento do prazo previsto na Lei n. 10.559/2002. Previsão dos recursos, mediante rubrica própria, nas leis orçamentárias. Omissão configurada. Precedentes do STJ e do STF, em regime de repercussão geral (RE 553.710/DF – Tema 394). Direito líquido e certo ao integral cumprimento da portaria anistiadora, enquanto não cassada ou revogada. Juros de mora e correção monetária. Não cabimento. Precedentes. Segurança parcialmente concedida.

I. A questão controvertida diz respeito à possibilidade de a impetrante, na condição de viúva de militar anistiado, perceber reparação econômica retroativa, em parcela única, que não foi paga,

diante da inércia do impetrado, de sorte que a Portaria anistiadora não foi integralmente cumprida.

II. A ausência de pagamento, à impetrante, da reparação econômica pretérita, configura ato omissivo continuado da autoridade coatora em cumprir, integralmente, a Portaria anistiadora, situação que afasta a configuração de decadência da pretensão mandamental. Precedentes do STJ (MS 22.410/DF, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Primeira Seção*, DJe de 21.09.2016; MS 20.226/DF, Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Primeira Seção*, DJe de 17.12.2014).

III. A jurisprudência do STJ firmou entendimento no sentido de que o não cumprimento integral de Portaria do Ministro da Justiça, que reconhece a condição de anistiado do impetrante e fixa indenização de valor certo e determinado, pode ser sanado pela via do mandado de segurança, afastando-se as restrições previstas nas Súmulas 269 e 271/STF. Nesse sentido: STF, RMS 27.357/DF, Rel. Ministra *Cármen Lúcia*, *Primeira Turma*, DJe de 06.08.2010; STJ, MS 22.509/DF, Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Primeira Seção*, DJe de 30.08.2016; STJ, MS 16.648/DF, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Primeira Seção*, DJe de 02.08.2011.

IV. No caso dos autos, restou comprovada a condição de anistiado político do falecido cônjuge da impetrante, nos termos da Portaria n. 2.285, de 09.12.2003, do Ministro de Estado da Justiça, na qual se concedeu reparação econômica de caráter indenizatório, em prestação mensal, permanente e continuada, e, dado o caráter retroativo dessa concessão, foi igualmente reconhecido o direito ao recebimento de valor pretérito.

V. É pacífico o entendimento da Primeira Seção do STJ no sentido de reconhecer direito líquido e certo do impetrante anistiado ao recebimento de valores retroativos, em face da comprovação de ter havido previsão orçamentária específica e do transcurso do prazo, constante do art. 12, § 4º, da Lei n. 10.559/2002, sem que haja o pagamento da aludida reparação econômica, prevista na Portaria anistiadora. A propósito: STJ, MS 22.410/DF, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Primeira Seção*, DJe de 21.09.2016.

VI. Em igual sentido, o Supremo Tribunal Federal – consoante o portal de notícias daquela Corte –, no julgamento do RE 553.710/DF,

em regime de repercussão geral (Rel. Ministro *Dias Toffoli*, julgado em 17.11.2016), firmou entendimento no sentido de que “é constitucional a determinação de pagamento imediato de reparação econômica aos anistiados políticos, nos termos do que prevê o parágrafo 4º do artigo 12 da Lei da Anistia (Lei n. 10.559/2002), que regulamentou o artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)”, bem como de que o pagamento do valor retroativo deve ser imediato, pois, conforme o voto do Relator, “o presente *mandamus* não se confunde com ação de cobrança, uma vez que a consequência diretamente decorrente da procedência do pedido é uma obrigação de fazer por parte da autoridade impetrada, consistente no cumprimento integral de portaria do Ministro da Justiça que, com fundamento na Lei n. 10.559/2002, reconheceu a condição de anistiado político e o direito a reparações econômicas por atos de exceção com motivação estritamente política em período pretérito”.

VII. Em relação aos juros de mora e correção monetária, a Primeira Seção realinou seu entendimento, no sentido de que “o direito líquido e certo apurável nesta via restringe-se ao valor nominal previsto na portaria anistiadora. Eventual controvérsia acerca dos consectários legais (juros e correção monetária) pode ser dirimida em demanda autônoma, sob pena de o presente feito assumir contornos de ação de cobrança (Súmula 269/STF) (MS 22.215/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 4.3.2016; MS 21.456/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 3.3.2016)” (STJ, MS 20.770/DF, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Primeira Seção, DJe de 05.09.2016). Em igual sentido: STJ, MS 22.509/DF, Rel. Ministro *Humberto Martins*, Primeira Seção, DJe de 30.08.2016.

VIII. A Primeira Seção do STJ, apreciando Questão de Ordem relacionada ao fato de a Administração ter dado início a um procedimento para revisão das anistias de militares, no julgamento do MS 15.706/DF, de relatoria do Ministro *Castro Meira* (DJe de 11.5.2011), repeliu o pedido de suspensão do feito, formulado pela União, mas ressaltou que, “nas hipóteses de concessão da ordem, situação dos autos, ficará prejudicado o seu cumprimento se, antes do pagamento do correspondente precatório, sobrevier decisão administrativa anulando ou revogando o ato de concessão da anistia”.

IX. Segurança parcialmente concedida, com a ressalva da Questão de Ordem no MS 15.706/DF (STJ, Rel. Ministro *Castro Meira*, *Primeira Seção*, DJe de 11.05.2011).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a segurança, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Francisco Falcão, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 08 de março de 2017 (data do julgamento).

Ministra Assusete Magalhães, Relatora

DJe 17.3.2017

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Mandado de Segurança, impetrado por *Claudinete Batista Ferreira*, na condição de viúva de *Antônio Lima*, contra suposto ato omissivo praticado pelo *Ministro de Estado da Defesa*, consubstanciado no não pagamento da parcela correspondente aos valores retroativos previstos no ato que declarou o seu falecido companheiro anistiado político, com base na Lei n. 10.559/2002 (Portaria MJ 2.285, de 09.12.2003).

Sustenta a impetrante que o seu falecido marido obteve, além do pagamento de reparação econômica de caráter indenizatório, em prestação mensal, o direito ao pagamento no montante retroativo apurado de R\$ 185.435,73 (cento e oitenta e cinco mil, quatrocentos e trinta e cinco reais e setenta e três centavos), sendo a Portaria/MJ n. 2.285/2003 cumprida apenas parcialmente, pois o valor referente aos atrasados ainda não lhe foi creditado.

Ressalta terem as Leis Orçamentárias 11.007/2004, 11.100/2005, 11.306/2006, 11.451/2007, 11.647/2008, 11.897/2009, 12.214/2010, 12.381/2011, 12.595/2012, 12.798/2013 e 12.952/2014 reservado créditos

especiais para o Ministério da Defesa, para o pagamento da reparação econômica aos anistiados políticos militares, demonstrando a existência de disponibilidade orçamentária para atender ao pagamento da reparação econômica devida à impetrante.

Por fim, requer:

3.1 Diante dos fatos supramencionados, a Impetrante requer digno-se *Vossa Excelência* em expedir a *ordem* e conceder-lhe a *Segurança* almejada, haja vista a presença do Direito Líquido Certo e Exigível, determinando:

a) que o Exmo. Sr. Ministro de Estado da Defesa, proceda ao imediato cumprimento do ato não praticado, ordenando o pagamento do valor de R\$ 185.435,73 (cento e oitenta e cinco mil, quatrocentos e trinta e cinco reais e setenta e três centavos), importância esta constante da Portaria de Anistia do falecido cônjuge da Impetrante, vez que a segunda parte da referida Portaria nunca foi cumprida, devidamente acrescida de juros e atualizada monetariamente a partir do sexagésimo primeiro dia, quando configurada a omissão em tela, haja vista que ficou cabalmente demonstrado à V. Exa. que no ano de entrada em folha havia verba para o pronto adimplemento da obrigação, o que não se observou; (...) (fl. 10e).

Comprovante de recolhimento de custas a fls. 20/21e.

A *União* manifestou o seu interesse no feito (fl. 202e).

A autoridade impetrada apresentou informações, alegando, em síntese, o seguinte: (a) decadência do direito à impetração do *writ*; (b) ausência de direito líquido e certo, tendo em vista a abertura de processo de revisão das Portarias anistiadoras; (c) ausência de disponibilidade orçamentária, mormente diante do princípio da reserva do possível; (d) impossibilidade de utilização do *writ* como ação de cobrança; (e) impossibilidade de incidência de juros e correção monetária.

O Ministério Público Federal, em parecer do Subprocurador-Geral da República, *Moacir Guimarães Moraes Filho*, opinou pela concessão da segurança (fls. 386/394e).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Relatora): Como relatado, a questão controvertida diz respeito à possibilidade de a impetrante, na condição de viúva

de militar anistiado (cf. escritura pública de união estável, a fls. 13/14e), perceber reparação econômica retroativa, em parcela única, que não foi paga, diante da inércia do impetrado.

O caso em análise situa-se no âmbito das anistias reconhecidas com base na Súmula Administrativa 2002.07.2003, editada pela Comissão de Anistia, que classifica a Portaria 1.104-GMS como ato de exceção, de natureza exclusivamente política.

A matéria não é nova, nesta Corte.

No que se refere à decadência, a jurisprudência do STJ orienta-se no sentido de que a ausência de pagamento da reparação econômica retroativa, em decorrência da anistia política, constitui ofensa de trato sucessivo, que se renova continuamente, não atraindo a fixação de prazo decadencial para a impetração.

A propósito:

Administrativo e Processo Civil. *Mandado de segurança. Anistia política. Militar. Indenização. Pagamento. Retroativos. Preliminares rejeitadas.* Ausência de firma do termo de acordo da Lei n. 11.354, de 2006. Mera faculdade. Existência de previsão orçamentária. Matéria pacificada na Primeira Seção do STJ.

(...)

2. *Preliminar de decadência para impetração. O direito de impetração renova-se, ao passo que o descumprimento da obrigação prolonga-se no tempo, não atraindo, portanto, a fixação de um prazo decadencial para impetração.* Preliminar rejeitada.

(...) (STJ, MS 20.226/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe de 17.12.2014).

Administrativo. Processual Civil. *Mandado de segurança. Reparação econômica. Anistia. Parcelas pretéritas. Ministro de Estado do Planejamento. Legitimidade. Adequação da via eleita. Decadência não configurada.* Inexistência de disponibilidade orçamentária. Ausência de ato coator.

(...)

2. *Esta Corte fixou o entendimento em conformidade com julgado do e. STF (RMS 24.953/DF, Relator Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 1º.10.2004), admitindo o manejo de Mandado de Segurança contra omissão no pagamento de reparação econômica por anistia relativa a períodos pretéritos, não se aplicando à hipótese o óbice das Súmulas 269 e 271, ambas do e. STF. Precedente: MS 12.029/DF, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJ 26.02.2007.*

3. *A omissão quanto ao pagamento da reparação econômica é coação continuada no tempo, com relação à qual não caduca a pretensão dos impetrantes. Precedente: MS 12.026/DF, Rel. Ministra Denise Arruda, DJ 18.12.2006.*

(...) (STJ, MS 12.024/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe de 26.09.2008).

Quanto à preliminar de inadequação da via eleita, é verdade que, a teor das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal, o mandado de segurança não pode ser utilizado como substituto de ação de cobrança. Todavia, também é entendimento pacífico, tanto no STF, quanto no STJ, que as referidas Súmulas não se aplicam aos mandados de segurança que objetivem o cumprimento integral de Portarias de reconhecimento de anistia política.

A propósito:

Recurso ordinário em mandado de segurança. *Portaria que declarou o recorrente anistiado político e determinou o pagamento de indenização. Alegação de indisponibilidade orçamentária. Recurso provido.*

1. *O não-cumprimento de Portaria do Ministro da Justiça que reconheceu o Recorrente como anistiado político, fixando-lhe indenização de valor certo e determinado, caracteriza-se ato omissivo da Administração Pública.*

2. *Configurado o direito líquido e certo do Recorrente, por se tratar de cumprimento de obrigação de fazer, e não cobrança de valores anteriores à impetração da presente ação mandamental. Não-incidência das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal.*

3. *Demonstrada a existência de prévia dotação orçamentária, não há afronta ao princípio da legalidade da despesa pública.*

4. *Recurso em Mandado de Segurança provido (STF, RMS 27.357/DF, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 06.08.2010).*

Administrativo e Processo Civil. Mandado de segurança. *Anistia política. Militar. Cabo da Aeronáutica. Indenização. Pagamento. Valores retroativos. Preliminares rejeitadas. Matéria pacificada na Primeira Seção do STJ. Questão de ordem. Ressalvada.*

1. *Mandado de segurança impetrado por cabo da aeronáutica, anistiado político, no qual se postula o cumprimento integral de Portaria do Ministro de Estado da Justiça, na qual se fixou o direito à percepção de valores retroativos.*

2. *Preliminar de inadequação da via eleita. O descumprimento da totalidade da Portaria Ministerial evidencia uma lacuna em fazer por parte da autoridade impetrada. Assim, não atrai o óbice das Súmulas 269 e 271 do STF, nem traduz que o writ está sendo usado como ação de cobrança. Preliminar rejeitada.*

(...)

Segurança concedida com ressalvas (STJ, MS 22.509/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe de 30.08.2016).

Administrativo. *Mandado de segurança. Anistiado político. Direito líquido e certo ao cumprimento integral da portaria concessiva da anistia, inclusive nos seus efeitos financeiros. Segurança concedida, com a ressalva de cessação dos efeitos desta ordem, em caso de revogação da portaria concessiva da anistia política, consoante o decidido na Questão de Ordem no Mandado de Segurança n. 15.706-DF.*

O decreto de anistia política tem como efeito o pagamento das parcelas devidas no período pretérito nele especificado, e seu cumprimento pode, nesse aspecto financeiro, ser exigido por meio de mandado de segurança. Segurança concedida. Pedido de reconsideração e agravo regimental prejudicados (STJ, MS 17.494/DF, Rel. Ministra Marga Tessler (Desembargadora Federal Convocada do TRF/4ª Região), Primeira Seção, DJe de 17.03.2015).

Processual Civil e Administrativo. *Mandado de segurança. Anistia política. Militar. Pagamento de valores retroativos. Preliminares. Adequação via eleita. Não incidência das Súmulas 269 e 271/STF. (...)*

1. *O Supremo Tribunal Federal entende que o não-cumprimento de portaria do Ministro da Justiça, que reconhece a condição de anistiado do impetrante e fixa indenização de valor certo e determinado, caracteriza ato omissivo da Administração Pública, o qual pode ser sanado pela via do mandado de segurança, inclusive afastando-se as restrições previstas nas Súmulas 269 e 271/STF. Nesse sentido: RMS 27.357/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe de 6.8.2010 e RMS 24.953/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 1º.10.2004.*

(...)

10. *Segurança concedida, com a ressalva da Questão de Ordem no MS 15.706/DF (Primeira Seção, Rel. Min. Castro Meira, data do julgamento 13.4.2011) (STJ, MS 16.648/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 02.08.2011).*

Posto isso, esta Corte não se olvida de que o ato concessivo de anistia, fundado exclusivamente na Portaria n. 1.104-GM3/64, poderá ser revisto, pelo Ministro da Justiça, que detém a prerrogativa de realizar a revisão desse procedimento. Entretanto, tal possibilidade – ainda que haja expressa recomendação do TCU e da AGU, nesse sentido – não suspende os efeitos da Portaria que concedeu a anistia ao cônjuge da impetrante, tampouco afasta a obrigação de o impetrado cumprir o pagamento de valores atrasados, nos processos de anistia política de militares.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

Embargos de declaração. Mandado de segurança. Anistia política. Portaria do Ministro da Justiça. Omissão do Ministro de Estado da Defesa no seu integral

cumprimento. Retroativos. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado. Pretensão de reexame da matéria. Impossibilidade.

(...)

2. Não há falar em suspensão do pagamento dos valores retroativos com base em simples recomendação do Tribunal de Contas da União que, em acórdão prolatado em 03.12.2008 no Processo n. 028.456/2007-9, decidiu que lhe falece competência para deliberar sobre o mérito das anistias concedidas pelo Governo Federal, por meio de decisão do Ministro da Justiça, por se tratar de matéria de cunho eminentemente político. Precedente desta Seção.

(...)

5. Embargos de declaração rejeitados (STJ, EDcl no MS 13.564/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, DJe de 28.05.2009).

Embargos de declaração no mandado de segurança. Decisão cautelar do TCU nos autos do TC-011.627/2004-4. Revogação. Direito líquido e certo. Existência. Segurança concedida.

I - Revogada, anteriormente ao julgamento deste *writ*, a decisão cautelar do e. Tribunal de Contas da União nos autos do TC-011.627/2006-4, por meio da qual havia sido determinada a suspensão do pagamento correspondente aos efeitos financeiros retroativos das concessões de reparação econômica concedidas pelo Ministério da Justiça, cujo fundamento tenha sido a Portaria n. 1.104-GM3/1964, subsiste liquidez e certeza ao direito vindicado.

II - A recomendação do e. TCU, no sentido de que eventualmente seja procedida a revisão das concessões de anistia política que tiveram por fundamento único e exclusivo a Portaria n. 1.104/64, foi dirigida ao em. Ministro da Justiça, autoridade competente e legítima para suspender ou anular a declaração de anistiado político, razão pela qual eventual ofício da Consultoria Jurídica do Ministério da Defesa não possui o condão de per si, deflagrar procedimento de revisão da concessão de anistia política, muito menos suspender os efeitos da portaria anistiadora (arts. 17 e 18 da Lei n. 10.559/2002).

III - A orientação desta c. Corte é no sentido de que, havendo previsão orçamentária, e inobservado o prazo de 60 (sessenta) dias previsto no art. 12, § 4º da Lei n. 10.559/2002, exsurge para o anistiado o direito líquido e certo ao recebimento da reparação econômica de parcela única. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para conceder a segurança (STJ, EDcl no MS 13.459/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, DJe de 25.05.2009).

No caso dos autos, foi comprovada a condição de anistiado político do falecido companheiro da impetrante, nos termos da Portaria n. 2.285, de 09.12.2003 (fl. 16e), baixada pelo Ministro de Estado da Justiça, na qual se concedeu reparação econômica de caráter indenizatório, em prestação mensal,

permanente e continuada, e, dado o caráter retroativo dessa concessão, foi igualmente reconhecido o direito ao recebimento de valor pretérito, que perfazia, à época, um total de R\$ 185.435,73 (cento e oitenta e cinco mil, quatrocentos e trinta e cinco reais e setenta e três centavos).

Impende ressaltar, outrossim, que houve uma evolução do entendimento da Primeira Seção desta Corte sobre o tema, a fim de alinhar a orientação aos julgados da Terceira Seção e do Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir maior efetividade à Lei n. 10.559/2002.

Dessa forma, tem sido reconhecida a presença de direito líquido e certo ao recebimento da reparação econômica retroativa, em face da comprovação de ter havido previsão orçamentária específica e do transcurso do prazo constante do art. 12, § 4º, da Lei n. 10.559/2002, sem que haja a realização do pagamento da aludida reparação econômica.

Assim, verifica-se que a Portaria anistiadora reveste-se de plena validade e eficácia, mormente porque inexistente, nos autos, notícia de que foi ela revogada ou anulada, pela Administração.

Na hipótese examinada, a Portaria concessiva da anistia, que estabeleceu o valor pretérito devido, a título de reparação econômica, em parcela única, foi editada em 2003, e, como sabido, mesmo após a existência de várias Leis, prevendo dotação orçamentária para o pagamento das verbas retroativas dos anistiados políticos (*v.g.*, Leis 11.007/2004, 11.100/2005, 11.306/2006, 11.451/2007 e 11.647/2008), não houve, pela autoridade coatora, o cumprimento integral e efetivo da referida Portaria. Tal consideração afasta a alegação, contida nas informações, de ausência de previsão orçamentária para o cumprimento da obrigação legal.

Especificamente sobre o tema, cita-se o precedente do STF, relatado pelo Ministro *Ricardo Lewandowski*, no julgamento do RMS 26.879 AgR/DF (DJe de 1º.09.2009):

Entendo que a discussão sobre a possibilidade orçamentária para o cumprimento de obrigações legais não é uma tarefa fácil para o Judiciário, haja vista que o processo orçamentário é complexo e não pode, pela sua própria natureza, detalhar todos os gastos a serem feitos pela Administração.

José Afonso da Silva ao explicar a natureza da Lei Orçamentária anual acentuou que “englobará três orçamentos: (1) o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da Administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; (2) o orçamento de

investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; (3) o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da Administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público”.

E, ao relatar essas características do orçamento, conclui o autor que “corre-se o risco de distorções orçamentárias com esse método, mediante dupla avaliação de uma coisa só” (SILVA, José Afonso da. Processo constitucional de formação das leis. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 325).

Ademais, cumpre ressaltar que o detalhamento das despesas do orçamento público não se encontra no corpo da lei orçamentária, mas nos anexos que a acompanha. Dessa forma, saber se, diante da previsão orçamentária destinada ao pagamento das indenizações, sejam elas de prestação continuada ou mesmo as retroativas, o valor destinado exauriu-se no exercício financeiro de 2007, a ponto de não se poder adimplir a pretensão ora pleiteada, é tarefa de extrema complexidade.

Mais do que isso, requer a produção de provas, tarefa essa que, diga-se de passagem, deve ser do próprio Executivo, não cabendo ao Poder Judiciário cotejar os valores gastos e previstos na lei e seus anexos. O que temos no caso concreto é uma portaria emitida pelo Ministro de Estado da Justiça, em que ordena, além do pagamento de valor mensal, um valor retroativo em favor do ora recorrente.

E o faz amparado nas competências a ele atribuídas pelo art. 10 da Lei n. 10.559/2002.

Portanto, se age o Ministro de Estado da Justiça em nome da União, não cabe ao Ministro de Estado do Planejamento, também, em nome desse poder federativo, negar-se ao pagamento do quantum concedido. Não há nos autos prova inequívoca apresentada pela União no sentido de que os recursos destinados a essa rubrica - Indenização de anistiados políticos - tenha se exaurido, a ponto de tornar inviável o adimplemento. Ainda que assim o fosse, há a possibilidade de remanejamento orçamentário para o devido pagamento das obrigações assumidas por um ente federativo com terceiros.

Assim, parece-me equivocado o argumento que levou o STJ a denegar a ordem, porquanto sua decisão fundamentou-se, única e exclusivamente, nas alegações apresentadas pela União de que não haveria dotação orçamentária para o pagamento dos valores retroativos, quando, na verdade, caberia àquela pessoa jurídica de direito público o ônus de comprovar, faticamente, o que aludiu.

Por sua vez, a Primeira Seção desta Corte proclamou o entendimento no sentido de que, “na linha dos precedentes do Pretório Excelso e da Terceira Seção do STJ, não se pode acolher a mera informação de ausência de disponibilidade orçamentária como óbice à ação mandamental (...) dessa feita, é suficiente para a

concessão da ordem a comprovação de já ter havido previsão orçamentária específica e o transcurso do prazo legal, sem que haja a realização da reparação econômica, (...) a indenização dos anistiados não pode ficar à mercê de casuísmos e da boa vontade do Poder Público” (STJ, MS 14.345, Rel. Ministro Castro Meira, DJe de 22.10.2010).

Na mesma linha de pensamento, os seguintes precedentes:

Processual Civil e Administrativo. Mandado de segurança individual. Empregado público da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Anistia política. Lei n. 10.559/2002. Pretensão de pagamento de valores mensais de complementação de remuneração e retroativos. Preliminares: adequação da via eleita e não incidência das Súmulas 269 e 271/STF. Precedentes. Legitimidade passiva do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão no que se refere às parcelas retroativas. Art. 18 da Lei n. 10.559/2002. Ilegitimidade da autoridade coatora em relação ao pagamento das parcelas mensais de complementação de remuneração. Responsabilidade do órgão empregador do impetrante. Mérito: descumprimento do prazo previsto nos arts. 12, § 4º e 18, da Lei n. 10.559/2002. Existência de previsão orçamentária. Exigência de assinatura de termo de adesão. Direito facultativo. Ausência de óbice no art. 4º, § 2º, da Lei n. 10.559/2002. Direito líquido e certo. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Dispositivo: preliminar processual de ilegitimidade passiva *ad causam* parcialmente acolhida e mandado de segurança denegado no que tange ao pagamento da parcela mensal de complementação de remuneração. Segurança concedida em relação ao pagamento da parcela retroativa.

1. Pretende o impetrante, empregado público da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT e anistiado político na forma da Lei n. 10.559/2002, a concessão da segurança contra ato omissivo do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão consubstanciada na não-efetivação do pagamento das parcelas correspondentes aos valores mensais de complementação de remuneração e retroativos previstos no ato que declarou a sua condição de anistiado político com base na Lei n. 10.559/2002, em que pese o decurso do prazo temporal de 60 dias e a existência de dotação orçamentária.

2. Preliminares Processuais:

2.1. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o não-cumprimento de Portaria do Ministro da Justiça, que reconhece a condição de anistiado e fixa indenização de valor certo e determinado, caracteriza ato omissivo da Administração Pública, o qual pode ser sanado pela via do mandado de segurança, afastando-se as restrições previstas nas Súmulas 269 e 271/STF. Nesse sentido: RMS 27.357/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJe de 6.8.2010 e RMS 24.953/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 1º.10.2004.

2.2. O Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão é parte legítima para figurar no polo passivo de mandado de segurança impetrado com o objetivo de obter reparação econômica retroativa concedida ao civil anistiado, em decorrência da expressa previsão legal contida no art. 18 da Lei n. 10.559/2002. Precedentes.

2.3. Carece de legitimidade passiva o Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão no que tange à pretensão de pagamento da parcela mensal de complementação de remuneração, porquanto tal encargo é da responsabilidade do órgão empregador do impetrante, conforme consta da própria Portaria Anistiadora, segundo a qual: “encaminhar à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT para que seja realizada a complementação da remuneração no valor de R\$ 140,73 (cento e quarenta reais e setenta e três centavos), bem como ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão-MPOG para o pagamento dos efeitos financeiros retroativos”.

3. Mérito:

3.1. *É firme o entendimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça de que a ausência de pagamento da reparação econômica pretérita configura ato omissivo continuado da autoridade coatora em cumprir integralmente a referida portaria, situação que afasta a configuração de decadência da pretensão mandamental.*

3.2. *No casos dos autos, foi comprovada a condição de anistiado político nos termos de Portaria expedida pelo Ministro de Estado da Justiça, na qual se concedeu reparação econômica de caráter indenizatório, em prestação mensal, permanente e continuada, e, dado o caráter retroativo dessa concessão, foi igualmente reconhecido o direito ao recebimento de valor pretérito.*

3.3. *É pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal e da Primeira Seção do STJ no sentido de reconhecer direito líquido e certo do impetrante ao recebimento de valores retroativos, em face da comprovação de ter havido previsão orçamentária específica e o transcurso do prazo contido no art. 12, § 4º, da Lei n. 10.559/2002, sem que haja a realização da reparação econômica prevista na portaria anistiadora.*

3.4. *“A assinatura do Termo de Adesão, segundo as condições previstas na Lei n. 11.354/2006, constitui mera faculdade a ser exercida pelos interessados, não se podendo falar em ofensa ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, pois nenhum dos anistiados políticos foi compelido a aderir ao acordo para recebimento dos valores a que tem direito” (MS 13.923/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, julgado em 22.05.2013, DJe 11.06.2013).*

3.5. *A pretensão autoral não encontra óbice no art. 4º, § 2º, da Lei n. 10.559/2002, isto porque tal dispositivo veda a percepção de “reparação econômica em prestação única” em valor superior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), o que se dá apenas nas hipóteses em que não for possível comprovar vínculos com a atividade laboral (caput), de modo que tal prestação, por possuir idêntica natureza, é inacumulável com a “reparação econômica em prestação mensal, permanente e continuada”, na forma*

do que dispõe o § 1º, do art. 3º da Lei n. 10.559/2002. Contudo, no presente caso a Portaria do Ministério da Justiça assegurou ao impetrante o direito à prestação mensal, permanente e continuada, e não em prestação única, o que afasta a incidência do óbice previsto no § 2º do art. 4º da Lei n. 10.559/2002.

4. *Dispositivo: Preliminar de ilegitimidade passiva ad causam parcialmente acolhida para denegar o Mandado de Segurança no que se tange à pretensão de pagamento das parcelas mensais de complementação de remuneração. No mais, Segurança concedida, a fim de determinar o pagamento do montante concernente aos retroativos unicamente pelo valor nominal apontado na portaria anistiadora, com os recursos orçamentários disponíveis, ou, em caso de manifesta impossibilidade, a expedição do competente precatório, independentemente da assinatura de Termo de Adesão, ressalvada a hipótese de decisão administrativa superveniente, revogando ou anulado o ato de concessão da anistia, nos moldes do que restou decidido no julgamento da QO no MS 15.706/DF" (STJ, MS 22.410/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 21.09.2016).*

Mandado de segurança. Anistia. Militar. Omissão em cumprir integralmente a portaria com o pagamento dos valores retroativos da reparação econômica. Previsão orçamentária. Direito líquido e certo.

1. *Doutrina e jurisprudência convergem no entendimento de que, no caso de ato omissivo continuado praticado pela Administração Pública, a caracterizar a natureza permanente da lesão de direito, não fluem os prazos de prescrição e de decadência.*

2. *O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RMS n. 24.953/DF, entendeu não consubstanciar ação de cobrança o mandado de segurança impetrado contra a omissão da autoridade coatora em dar cumprimento integral à portaria que reconhece a condição de anistiado político, com o pagamento dos efeitos retroativos da reparação econômica.*

3. *Consistindo o ato impugnado na omissão em pagar as reparações econômicas decorrentes da concessão de anistia a militares, é indubitosa a legitimidade do Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado da Defesa para figurar no polo passivo da ação mandamental, à luz do parágrafo único do artigo 18 da Lei n. 10.559/2002.*

4. *A expedição de ofícios ou de pareceres genéricos não tem o condão de desconstituir o ato que reconheceu a condição de anistiado político do impetrante, se não há prova nos autos de que a anistia concedida tenha sido anulada ou de que sequer tenha sido efetivamente instaurado o processo de revisão, máxime em já estando o impetrante a receber a prestação mensal, permanente e continuada, em decorrência de anistia reconhecida em portaria expedida há quase sete anos.*

5. *A Lei n. 10.559/2002 impôs o dever da Administração Pública de incluir a obrigação assumida na fixação da despesa para o exercício financeiro seguinte, fazendo-se evidente o abuso de poder consubstanciado na exclusão do impetrante, há muito anistiado, à percepção dos valores retroativos da reparação econômica.*

6. Aberto o crédito de R\$ 6.681.873,00 ao Comando da Aeronáutica para o “Pagamento de Valores Retroativos a Anistiados Políticos Militares, para os Celebrantes de Termos de Adesão, conforme disposto na Lei n. 11.354/2006”, no Anexo II da Lei n. 12.214, referente ao orçamento do ano de 2010, exsurge o direito líquido e certo do impetrante, que não pode ser excluído da satisfação de seus direitos, tanto quanto não pode ser compelido a celebrar o “Termo de Adesão” de que cuida a Lei n. 11.354/2006.

7. Ordem concedida (STJ, MS 15.255/DF, Rel. Ministro Hamilton Carvalho, Primeira Seção, DJe de 08.10.2010).

Administrativo e Processo Civil. Anistia. Militar. Mandado de segurança. Efeitos retroativos. Cabimento. Legitimidade passiva do Ministro de Estado da Defesa. Ato omissivo decadência. Prescrição. Inocorrência. Prévia dotação orçamentária. Existência. Descumprimento do prazo previsto na Lei n. 10.559/2002. Segurança concedida.

1. *Consoante decidido pelo STF nos autos do RMS 24.953/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 1º.10.2004, o mandado de segurança é instrumento hábil para fiel execução das portarias do Ministro de Estado da Justiça que tratam da concessão de indenização aos anistiados políticos. Não incidência das restrições contidas nas Súmulas 269 e 271/STF.*

(...)

7. *Na linha dos precedentes do Pretório Excelso e da Terceira Seção do STJ, não se pode acolher a mera informação de ausência de disponibilidade orçamentária como óbice à ação mandamental. O art. 12, § 4º, da Lei n. 10.559/2002 deve ser interpretado de modo a se conferir maior efetividade ao direito daqueles que foram lesados por atos de exceção política. Dessa feita, é suficiente para a concessão da ordem a comprovação de já ter havido previsão orçamentária específica e o transcurso do prazo legal, sem que haja a realização da reparação econômica. A indenização dos anistiados não pode ficar à mercê de casuísmos e da boa vontade do Poder Público.*

8. Segurança concedida (STJ, MS 15.238/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe de 21.09.2010).

De qualquer modo, “o princípio da reserva do possível não pode ser invocado para afastar a obrigação da Administração em face do direito líquido e certo do impetrante” (STJ, MS 17.716/DF, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, DJe de 14.04.2014).

Registre-se, outrossim, que, em igual sentido, o Supremo Tribunal Federal – consoante o portal de notícias daquela Corte –, no julgamento do RE 553.710/DF, em regime de repercussão geral (Rel. Ministro Dias Toffoli, julgado em 17.11.2016), firmou entendimento no sentido de que “é constitucional a

determinação de pagamento imediato de reparação econômica aos anistiados políticos, nos termos do que prevê o parágrafo 4º do artigo 12 da Lei da Anistia (Lei n. 10.559/2002), que regulamentou o artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)”, bem como de que o pagamento do retroativo deve ser imediato, pois, conforme o voto do Relator, “o presente *mandamus* não se confunde com ação de cobrança, uma vez que a consequência diretamente decorrente da procedência do pedido é uma obrigação de fazer por parte da autoridade impetrada, consistente no cumprimento integral de portaria do Ministro da Justiça que, com fundamento na Lei n. 10.559/2002, reconheceu a condição de anistiado político e o direito a reparações econômicas por atos de exceção com motivação estritamente política em período pretérito”.

Quanto ao pedido de incidência de juros de mora e correção monetária, todavia, é ele inviável.

Com efeito, em um primeiro momento, o entendimento que restara firmado, nesta Corte, era no sentido de que, nos processos em que se busca o pagamento de valores retroativos, decorrentes da concessão de anistia política, seriam devidos os juros e a correção monetária, a partir do sexagésimo primeiro dia, contados da publicação da Portaria anistiadora.

A propósito:

Administrativo. Mandado de segurança. Cumprimento das obrigações resultantes do reconhecimento da condição de anistiado político. Ato omissivo do Ministro de Estado da Defesa. Adequação da via mandamental.

1. É adequada a via do mandado de segurança contra ato omissivo do Ministro de Estado da Defesa, que deixa de implementar os benefícios resultantes do reconhecimento da condição de anistiado político, nos moldes da Lei n. 10.559/2002.

2. Hipótese em que a Primeira Seção desta Corte, no julgamento do MS n. 19.284/DF, concedeu a segurança para restabelecer a condição de militar anistiado do impetrante.

(...)

5. Os juros moratórios são devidos da seguinte forma: I) no patamar de 0,5% ao mês, nos termos do art. 1.062 do CC/1916; II) a partir da vigência do Novo Código Civil (art. 406), juros equivalentes à Taxa Selic, que já engloba juros e correção monetária; III) a partir de 30.6.2009, quando entrou em vigor a Lei n. 11.960/2009, incidem os juros aplicados à caderneta de poupança.

6. A mora da Fazenda Pública, no caso específico, somente tem início após o transcurso do prazo de sessenta dias para pagamento das reparações econômicas.

7. Para fins de correção monetária, aplica-se a sistemática prevista na Resolução n. 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal. Após a vigência da Lei n. 11.960/2009, adota-se o IPCA, em virtude de sua inconstitucionalidade parcial, declarada pelo Supremo Tribunal Federal.

8. Segurança concedida (STJ, MS 13.513/DF, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, DJe de 05.03.2015).

Administrativo. Embargos à execução. Militar. Anistia política. Coisa julgada material. Interpretação do título judicial. Direito a todas as promoções como se na ativa estivesse. Termo *a quo* dos efeitos financeiros. Consectários legais.

(...)

4. Sobre a alegação de que o mandado de segurança não serve para alcançar efeitos patrimoniais pretéritos e de que, por isso, devem ser excluídas da execução as parcelas relativas ao período de 5.10.1988 (promulgação da Constituição) a 5.8.1991 (data do ajuizamento do mandado de segurança), tal questão esbarra na coisa julgada material, visto que o título judicial expressamente estabeleceu os efeitos financeiros a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

5. O Plenário do STF, no julgamento da ADI 4.357/DF, Rel. Min. Ayres Brito, declarou a inconstitucionalidade parcial por arrastamento do art. 5º da Lei n. 11.960/2009, no que se refere aos critérios de atualização monetária.

6. Em decorrência do novel pronunciamento da Suprema Corte, a Primeira Seção, por unanimidade, na ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1.270.439/PR, consolidou o entendimento segundo o qual a partir da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei n. 11.960/2009: (a) a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período, a ela não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança; e (b) os juros moratórios serão equivalentes aos juros aplicáveis à caderneta de poupança, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para as quais prevalecerão as regras específicas.

7. No caso dos autos, como a condenação imposta é de natureza indenizatória, os juros moratórios devem corresponder a 0,5% no período de vigência do CC/1916, à Taxa SELIC com a vigência do CC/2002 e aos juros aplicados à caderneta de poupança, consoante a regra do art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009, a partir de sua entrada em vigência, sem efeitos retroativos.

8. Correção monetária: observância do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, sendo que, a partir da vigência da Lei n. 11.960/2009, aplica-se o IPCA, em decorrência de sua inconstitucionalidade parcial, declarada pelo STF.

Agravo regimental provido em parte (STJ, AgRg nos EmbExeMS 1.068/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe de 10.12.2014).

Todavia, realinhando seu entendimento, o Superior Tribunal de Justiça firmou sua jurisprudência no sentido de que, nos mandados de segurança em que se busca o cumprimento integral das Portarias anistiadoras, quanto ao pagamento dos valores retroativos decorrentes da concessão de anistia política, não é possível impor a condenação ao pagamento de juros e correção monetária, sob pena de convolar o *writ* em ação de cobrança.

A propósito:

Administrativo e Processo Civil. Mandado de segurança. Anistia política. Militar. Cabo da Aeronáutica. Indenização. Pagamento. Valores retroativos. Preliminares rejeitadas. Matéria pacificada na Primeira Seção do STJ. Questão de ordem. Ressalvada.

1. Mandado de segurança impetrado por Cabo da Aeronáutica, anistiado político, no qual se postula o cumprimento integral de Portaria do Ministro de Estado da Justiça, na qual se fixou o direito à percepção de valores retroativos.

(...)

4. Quanto ao mérito, o tema se encontra pacificado no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que 'a falta de recursos orçamentários suficientes para o pagamento das parcelas pretéritas da reparação econômica decorrente de anistia política, continuada ao longo dos anos, revela manifesta desobediência do Poder Executivo à lei que fixou prazo certo para tanto (art. 12, § 4º, da Lei n. 10.559/2002). Por tal motivo, ela não pode ser utilizada 'sine die' como pretexto para inviabilizar a efetivação do direito cuja tutela é perseguida no Mandado de Segurança' (MS 21.705/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 16.11.2015). No mesmo sentido: MS 15.564/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 17.6.2011; MS 15.623/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 4.5.2011; MS 16.648/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 2.8.2011; MS 15.201/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 1º.2.2011; e MS 16.135/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 30.6.2011.

5. No caso de inexistir disponibilidade orçamentária para o imediato atendimento da ordem, o pagamento deverá ser efetuado por meio de regular processo de execução contra a Fazenda Pública, com a expedição de precatório (art. 730 do CPC).

6. "(...) O writ está limitado à apuração da ofensa ao direito líquido e certo do impetrante, que no caso é o reconhecimento da omissão no dever de providenciar o pagamento do montante concernente aos retroativos, conforme valor nominal estabelecido no ato administrativo. Inviável, na forma mencionada pela autoridade impetrada, ampliar o objeto da demanda para definição da quantia a ser adicionada a título de juros e correção monetária, pois, em tal hipótese, o feito assumiria os contornos de Ação de Cobrança, escopo absolutamente estranho ao Mandado de

Segurança (...) (MS 21.032/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção do STJ, DJe 18.6.2015). No mesmo sentido: MS 22.434/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 15.6.2016; e MS 21.377/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 31.3.2015.

7. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Questão de Ordem no MS 15.706/DF (Rel. Ministro Castro Meira, DJe de 11.5.2011), rejeitou o pleito de suspensão de mandado de segurança idêntico, mas frisou que, "(...) nas hipóteses de concessão da ordem, situação dos autos, ficará prejudicado o seu cumprimento se, antes do pagamento do correspondente precatório, sobrevier decisão administrativa anulando ou revogando o ato de concessão da anistia".

Segurança concedida com ressalvas (STJ, MS 22.509/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe de 30.8.2016).

Processual Civil e Administrativo. Mandado de segurança. Reparação econômica. Anistia de militar. Parcelas pretéritas. Ministro de Estado da Defesa. Legitimidade. Adequação da via eleita. Decadência não configurada. Parcial concessão da ordem.

1. Cuida-se de Mandado de Segurança, no qual o impetrante busca suprir omissão atinente ao cumprimento dos efeitos financeiros da Portaria n. 2.226, do Ministro de Estado da Justiça, relativos aos meses de dezembro de 2012 a abril de 2013, período em que, por decisão administrativa, manteve-se anulada a portaria anistiadora, posteriormente restabelecida por decisão judicial.

2. Como a Administração encontra-se omissa quanto ao adimplemento de cinco parcelas mensais, a presente situação não difere substancialmente de todos os demais casos, em relação aos quais se consolidou o entendimento de que é cabível Mandado de Segurança para a percepção de valores retroativos de anistia política e de que a permanência da omissão administrativa, que se renova e perpetua no tempo, descaracteriza a decadência do direito à impetração (MS 17.511/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, 3.10.2014; MS 20.419/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 17.10.2013; MS 21.377/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 31.3.2015).

3. O Ministro de Estado da Defesa é competente para realizar pagamentos das reparações econômicas concedidas pelo Ministério da Justiça relativas à anistia política para militares, nos termos do art. 18 da Lei n. 10.599/2002, tendo legitimidade para figurar como autoridade impetrada no Mandado de Segurança em que se pleiteia o recebimento das parcelas pretéritas.

4. *In casu*, encontra-se comprovada documentalmente a condição de anistiado político nos termos de portaria baixada pelo Ministro de Estado da Justiça, na qual se concedeu reparação econômica de caráter indenizatório, em prestação mensal, permanente e continuada, de modo que está demonstrado o direito líquido e certo.

5. Caso inexista disponibilidade orçamentária para o imediato atendimento da ordem, o pagamento deverá ser efetuado mediante regular processo de execução contra a Fazenda Pública, com a expedição de precatório (art. 730 do CPC).

6. *Consoante os precedentes atuais da Primeira Seção, o direito líquido e certo apurável nesta via restringe-se ao valor nominal previsto na portaria anistiadora. Eventual controvérsia acerca dos consectários legais (juros e correção monetária) pode ser dirimida em demanda autônoma, sob pena de o presente feito assumir contornos de ação de cobrança (Súmula 269/STF) (MS 22.215/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 4.3.2016; MS 21.456/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 3.3.2016).*

7. Mandado de Segurança parcialmente concedido, nos termos acima referidos, com a ressalva de que, revogada a anistia concedida ao impetrante, cessam os efeitos desta ordem (STJ, MS 20.770/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe de 05.09.2016).

Por fim, é de se registrar que, apreciando Questão de Ordem relacionada ao fato de a Administração ter dado início a um procedimento para revisão das anistias de militares, esta Primeira Seção, no julgamento do MS 15.706/DF, de relatoria do Ministro *Castro Meira* (DJe de 11.05.2011), repeliu o pedido de suspensão do feito, apresentado pela União, mas ressaltou que, “nas hipóteses de concessão da ordem, situação dos autos, ficará prejudicado o seu cumprimento se, antes do pagamento do correspondente precatório, sobrevier decisão administrativa anulando ou revogando o ato de concessão da anistia”.

É o que se extrai dos seguintes arestos:

Mandado de segurança. Administrativo. *Anistiado político. Efeitos retroativos da reparação econômica. Legitimidade do Ministro de Estado da Defesa. Afastada a decadência da impetração. Cabimento do writ. Previsão dos recursos mediante rubrica própria nas leis orçamentárias. Possibilidade de execução contra a Fazenda Pública, por meio de precatórios, caso não seja possível o pagamento em uma única parcela, em dinheiro. Incidência de juros e correção monetária, nos termos do REsp 1.270.439/PR. Omissão configurada. Direito líquido e certo ao integral cumprimento da portaria, enquanto não cassada ou revogada. Segurança concedida.*

1. *É iterativa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de que: (a) não há a decadência do direito à impetração quando se trata de comportamento omissivo da autoridade impetrada, que se renova e perpetua no tempo; (b) o Ministro de Estado da Defesa tem legitimidade para figurar no pólo passivo deste mandamus, por ser competente para realizar o pagamento das reparações econômicas concedidas pelo Ministério da Justiça relacionadas à anistia política de Militares, nos termos do art. 18, parágrafo único, da Lei n. 10.599/2002; (c) é cabível a impetração de Mandado*

de Segurança no caso de descumprimento de Portaria expedida por Ministro de Estado, tendo em vista não consubstanciar típica ação de cobrança, mas ter por finalidade sanar omissão da autoridade coatora; (d) a sucessiva e reiterada previsão de recursos, em leis orçamentárias da União Federal, para o pagamento dos efeitos financeiros das anistias concedidas, dentre elas a do impetrante, bem como o decurso do prazo previsto no § 4º do art. 12 da Lei n. 10.559/2002 constituem o direito líquido e certo ao recebimento integral da reparação econômica; (e) inexistindo os recursos orçamentários bastantes para o pagamento, em uma só vez, dos valores retroativos ora pleiteados, cabível será a execução contra a Fazenda Pública, por meio de precatórios, nos termos do art. 730 do CPC.

2. Não impede a concessão da segurança o fato de ter sido editada a Portaria Interministerial n. 134/2011, uma vez que não há nos autos prova de que a Portaria que concedeu anistia ao impetrante tenha sido desconstituída ou de qualquer modo afetada na sua eficácia. Caso anulada a Portaria em que se funda o mandamus, incidirá a ressalva consignada na Questão de Ordem no MS 15.706/DF, de que a segurança restará prejudicada caso sobrevenha, antes do pagamento retroativo, ato administrativo desconstituindo a anistia concedida.

3. Esta Corte fixou a lição segundo a qual não prospera a alegação de que o pagamento dos retroativos está cingido à reserva do possível, porquanto o caso refere-se à existência de direito líquido e certo à percepção dos retroativos, nos termos do direito vigente (MS 17.967/DF, Rel. Min. **Humberto Martins**, DJe 30.05.2012).

(...)

5. No julgamento do REsp 1.270.439/PR, sob a sistemática dos recursos repetitivos, esta Corte, diante da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 1º-F da Lei n. 9.494/1999 no que concerne à correção monetária, ratificou o entendimento de que nas condenações impostas à Fazenda Pública após 29.06.2009, de natureza não tributária, os juros moratórios devem ser calculados com base na taxa de juros aplicáveis à caderneta de poupança. A correção monetária deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada no período.

6. Segurança concedida, para determinar à Autoridade Impetrada o cumprimento integral da Portaria n. 1.667, de 22 de agosto de 2005, do Ministro de Estado da Justiça, atentando-se para o pagamento dos efeitos retroativos advindos do reconhecimento da condição de anistiado político, nos termos da Lei n. 10.559/2002, observado o decidido na Questão de Ordem no MS 15.706/DF" (STJ, MS 19.350/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe de 1º.09.2014).

Administrativo e Processo Civil. Mandado de segurança. Anistia política. Militar. Marinha. Indenização. Pagamento. Retroativos. Preliminares rejeitadas. Termo de acordo da Lei n. 11.354, de 2006. Mera faculdade. Precedentes. Reserva do possível. Inaplicável. Existência de previsão orçamentária. Matéria pacificada na Primeira Seção do STJ. Questão de ordem. Ressalvada.

1. Cuida-se de mandado de segurança impetrado por anistiado político militar da marinha, no qual se pretende o cumprimento integral de portaria de anistia, com o pagamento total dos valores retroativos, tal como reconhecidos naquele ato jurídico, descontada a parcela do que já foi efetivamente paga.

2. Preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*. O Ministro de Estado da Defesa é autoridade legítima para figurar nas impetrações em prol do cumprimento integral de portaria de anistia política, por força do art. 18, § único, da Lei n. 10.559/2002. Preliminar rejeitada.

3. Preliminar de decadência para impetração. O direito de impetração renova-se, ao passo que o descumprimento da obrigação prolonga-se no tempo, não atraindo, portanto, a fixação de um prazo decadencial para impetração. Preliminar rejeitada.

4. Preliminar de inadequação da via eleita. O descumprimento da totalidade da Portaria Ministerial evidencia uma lacuna em fazer por parte da autoridade impetrada. Assim, não atrai o óbice das Súmulas 269 e 271, ambas do STF, nem traduz que o *writ* está sendo usado como ação de cobrança. Preliminar rejeitada.

5. Quanto ao mérito, não há sentido em alegar que o pagamento individual configura satisfação do mínimo existencial, por parte do Ministério da Defesa, muito menos em aduzir que o pagamento integral dos retroativos está cingido à reserva do possível. O caso refere-se à existência de direito líquido e certo à percepção dos retroativos, nos termos do direito vigente.

6. A adesão ao Termo para o pagamento na forma proposta na Lei n. 11.354/2006 constitui mera faculdade do anistiado, uma vez que ninguém pode ser compelido a aderir a acordo para o recebimento de valor a que faz jus de forma parcelada e/ou em valor menor ao que teria direito, constituindo evidente abuso de poder o tratamento desigual aos igualmente anistiados, amparável pelo Poder Judiciário na via do mandado de segurança, nos termos do art. 5º, LXIX, da Constituição da República.

7. Demonstrada a existência de crédito específico para o pagamento dos retroativos devidos aos anistiados, e transcorrido o prazo previsto no § 4º do art. 12 da Lei n. 10.559/2002, consubstancia-se o direito líquido e certo do impetrante ao recebimento integral da reparação econômica.

8. O tema encontra-se pacificado na Primeira Seção: MS 15.564/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 17.6.2011; MS 15.623/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 4.5.2011; MS 16.648/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 2.8.2011; MS 15.201/DF, Rel. Min. Herman Benajmin, DJe 1º.2.2011; e MS 16.135/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 30.6.2011.

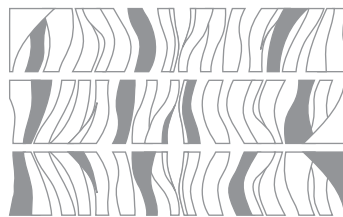
9. Cabe frisar que, em conformidade com a Questão de Ordem havida no MS 15.706/DF, julgada na Primeira Seção em 14.4.2011, o cumprimento da ordem tornar-se-á prejudicado se sobrevier a aventada revisão administrativa da Portaria concessiva de direitos.

Segurança concedida (STJ, MS 19.060/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe de 12.08.2014).

Assim, estando caracterizada a mora da autoridade coatora em pagar a reparação econômica retroativa, em parcela única, prevista na Portaria/MJ n. 2.285/2003, que concedeu a anistia ao falecido cônjuge da impetrante, não há como deixar de acolher a pretensão, em seu mérito, e reconhecer o direito líquido e certo da impetrante ao recebimento da aludida reparação econômica, com a ressalva da hipótese de decisão administrativa superveniente, revogando ou anulando o ato de concessão da anistia política, conforme jurisprudência pacificada nesta Corte.

Ante o exposto, concedo parcialmente a segurança, nos termos acima firmados.

É como voto.



Primeira Turma

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 587.403-RS (2014/0245377-6)

Relator: Ministro Gurgel de Faria
Agravante: Município de Porto Alegre
Procurador: Maren Guimarães Taborda e outro(s) - RS019670
Agravado: CPA Engenharia S/S Ltda
Advogados: Cristiano Colombo e outro(s) - RS048673
Juliano Colombo - RS058351

EMENTA

Tributário. Agravo em recurso especial. Repetição de indébito. Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN. Exportação de projetos de engenharia. Não incidência.

1. Agravo de instrumento julgado conjuntamente com o recurso especial, conforme autorização do art. 1.042, § 5º, do CPC/2015.

2. A só confecção do projeto de engenharia, à luz dos arts. 109, 113, 114, 116, I, do CTN, é fato gerador do ISSQN, e sua posterior remessa ao contratante estrangeiro não induz, por si só, à conclusão de que se está exportando serviço.

3. À luz do parágrafo único do art. 2º da LC n. 116/2003, a remessa de projetos de engenharia ao exterior poderá configurar exportação quando se puder extrair do seu teor, bem como dos termos do ato negocial, puder-se extrair a intenção de sua execução no território estrangeiro.

4. Hipótese em que se deve manter o acórdão *a quo*, porquanto o Tribunal consignou que as provas dos autos revelaram a finalidade de execução do projeto em obras que só poderiam ser executadas na França (“elaboração das Plantas de execução do muro cilíndrico de proteção do reservatório de gás liquefeito de petróleo naval TK1, a ser construído na cidade de Gonfreville – LOrcert, França e ao dimensionamento dos blocos de estacas do edifício principal do centro cultural, Centre Pompidou a ser construído na cidade de Metz, França e a modelagem em elementos finitos da fachada principal de dito centro”).

5. Agravo conhecido para negar provimento ao recurso especial.

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 negar provimento ao recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina (Presidente) e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de outubro de 2016 (data do julgamento).

Ministro Gurgel de Faria, Relator

DJe 24.11.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Trata-se de agravo interposto pelo *Município de Porto Alegre* contra inadmissão de recurso especial, no qual discute a não incidência de imposto sobre a prestação de serviços de confecção de projeto e anteprojeto de engenharia, conforme determinação do art. 2º, I, da LC n. 116/2003.

O Tribunal de Justiça decidiu que “não há como concordar com o entendimento do julgador singular, no sentido de que, para a verificação do local em que se operou o resultado dos serviços prestados, não importaria o local da realização das obras, uma vez que a elaboração dos projetos e a realização das obras são serviços distintos. Entendo que, em se tratando de projetos de engenharia civil, o local em que se opera o resultado do serviço é justamente aquele em que será, em tese, concretizada a obra, entendimento este corroborado por decisão do Superior Tribunal de Justiça [...] sendo inequívoco que a realização das obras contratadas deu-se no exterior, não há razão para negar o pedido da parte autora, impondo-se, ainda, a condenação do Município à restituição dos valores indevidamente pagos pela parte autora. Inaplicável o disposto no art. 166 do CTN, por se tratar, o ISS, de um imposto direto” (e-STJ fls. 452/454).

No especial, alegam-se divergência jurisprudencial e violação do art. 333 do CPC/1973, do art. 166 do CTN e do art. 2º, inciso I e parágrafo único, da LC n. 116/2003. Defendem-se: i) a inexistência de exportação de serviço, uma

vez que o “desenvolvimento e o resultado da prestação de serviços ocorreram no território nacional” (e-STJ fl. 486); e ii) a necessidade de comprovação do não repasse do ônus financeiro do tributo para fins de repetição de indébito, ou de apresentação de autorização do contribuinte de fato.

Com contrarrazões, o recurso não foi admitido porque encontraria óbice na Súmula 7 do STJ, fundamento com o qual não concorda o agravante.

Contraminuta apresentada por *CPA Engenharia SS Ltda.*

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria (Relator): Agravo julgado conjuntamente com o recurso especial, conforme autorização do art. 1.042, § 5º, do CPC/2015.

Inicialmente, destaca-se que o fundamento da decisão agravada não serve à inadmissão do especial, pois o delineamento fático realizado nas instâncias ordinária é suficiente à análise da pretensão recursal, dispensando o reexame de fatos e provas.

Isso considerado, importa mencionar, desde logo, que o recurso especial não deve ser provido, conforme adiante se explicita.

CPA Engenharia S/S Ltda. ajuizou ação contra o *Município de Porto Alegre*, objetivando a restituição de imposto que pagou por ocasião da confecção de projetos de engenharia a serem utilizados em País estrangeiro, por entendê-lo indevido, à luz do art. 2º, I, da LC n. 116/2003. Defendeu ter havido a exportação do serviço.

Deve-se anotar, porquanto importante, que a autora juntou autorização da contratante dos serviços para o fim de postular a repetição do indébito (art. 166, CTN).

No primeiro grau, o magistrado, consignando a existência da autorização da sociedade estrangeira, reconhece a legitimidade da autora, mas julga improcedente o pedido. Vejamos (e-STJ fls. 396/401):

Primeiramente, cumpre salientar que, diante do documento de fl. 158, a autora teria legitimidade para pleitar a restituição dos valores pagos indevidamente a título de ISS, eis que expressa a autorização da sociedade empresária CTE S.A.S neste sentido, atendendo ao disposto no art. 166 do CTN.

[...]

A partir desse dispositivo legal, conclui-se que o ISS não incide sobre exportação de serviços, entretanto, se faz imprescindível que o resultado do serviço não se verifique no Brasil, mesmo que o pagamento seja efetivado por residente no exterior.

No caso da autora, tratam-se de serviços de engenharia. Ocorre que tais serviços são executados inteiramente no Brasil, para, só então, serem remetidos aos clientes no exterior, ou seja, é aqui que o resultado (projeto pronto) se produz, sendo indiferente que a execução do projeto (que é serviço distinto) se dê no exterior. O que caracteriza a exportação de serviço para fins de isenção do ISSQN é a produção do resultado no exterior, o que não é o caso dos autos.

[...]

A melhor interpretação da referida expressão demanda o entendimento que não se pode confundir o efeito do serviço prestado no exterior com a feitura do projeto no território brasileiro.

[...]

A demandante afirma que a elaboração de projetos de engenharia tem como destinatário final a França e acosta aos autos um conjunto de notas fiscais para embasar tal afirmação, evidenciando que a execução ocorre no território pátrio, oom a consequência na França.

[...]

Em tal prol, deve ser aludido que a parte autora tem como objeto a “prestação de serviços de Engenharia e Consultoria Empresarial” (fl. 17), e a CTE tem como atividade “Escritório de estudos técnicos relativo a engenharia civil, concreto armado, construção metálica, e todas as atividades de consultoria de engenharia e de assistência intelectual necessárias no quadro de realização de trabalhos na construção de todos os gêneros” (fl. 187).

Logo, infere-se a partir da semelhança entre os objetos que a empresa nacional elabora o projeto, e a empresa francesa aplica as construções o plano de edificação, por conseguinte trabalha a companhia europeia com um produto já pronto.

[...]

E, por derradeiro, deve ser destacado que a interpretação da norma tributária que concede isenção deve ser restritiva, em conformidade com o artigo 111 do CTN, portanto, não se pode pretender realizar uma hermenêutica que estenda o conceito de serviço a ponto de abranger a sua consequência.

A empresa interessada interpôs recurso de apelação, provido pelo Tribunal de Justiça, nos seguintes termos (e-STJ fls. 444/457):

A discussão trazida à baila visa a declaração de inexigibilidade tributária de Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) e envolve a discussão sobre a alegada não-incidência tributária de que seria beneficiária a apelante, na condição de exportadora de serviços. Para tanto, de crucial importância definir o local em que os serviços prestados pela parte autora, empresa do ramo da engenharia, produzem resultados.

Tal se dá, porque segundo o disposto no art. 2º da Lei Complementar n. 116/2003, que regula Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, especialmente no que tange à isenção em discussão:

[...]

O trabalho realizado pela Apelante consiste na elaboração de projetos e anteprojetos de engenharia contratados por empresa situada na França.

E, considero, ter a parte autora, ora Apelante, desincumbido-se a contento do ônus de comprovar que os serviços, embora realizados parcialmente no Brasil, geravam resultados no exterior, mais especificamente na França.

As notas fiscais e contratos juntados demonstram que o usuário, ou destinatário do serviço, é domiciliado na França.

Afora isso, a descrição dos projetos constante das notas fiscais de fls. 53 (Elaboração das Plantas de execução do muro cilíndrico de proteção do reservatório de gás liquefeito de petróleo naval TK1, a ser construído na cidade de Gonfreville - LOrcert, França) e de fls. 63 e 64 (dimensionamento dos blocos de estacas do edifício principal do centro cultural, Centre Pompidou a ser construído na cidade de Metz, França e a modelagem em elementos finitos da fachada principal de dito centro) encontra correspondência com as obras reproduzidas nas fotos de fls. 151, 153 e 154, indicadas de forma exemplificativa.

Não se pode afirmar, com a máxima vênia, que o resultado dos projetos aqui elaborados esgota-se dentro dos limites do território brasileiro e que as construções, com base neles erguidas, constituir-se-iam em meros efeitos deles decorrentes. Ao revés se, a partir dos projetos, as obras não fossem realizadas, resultado algum se verificaria, pois o resultado de um projeto não se confunde com a sua mera elaboração, se não que se estende até sua execução concreta, ou seja, até que seja erguida a obra projetada, até por que esta requer análises posteriores de adaptação, o que se sabe pelas regras de experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece.

[...]

É a empresa francesa que auferir a utilidade do serviço, pois coloca em prática os projetos de engenharia produzidos pela parte autora, levando as obras a efeito na França.

Com a devida vênia, não há como concordar com o entendimento do julgador singular, no sentido de que, para a verificação do local em que se operou o resultado dos serviços prestados, não importaria o local da realização das obras, uma vez que a elaboração dos projetos e a realização das obras são serviços distintos. Entendo que, em se tratando de projetos de engenharia civil, o local em que se opera o resultado do serviço é justamente aquele em que será, em tese, concretizada a obra, entendimento este corroborado por decisão do Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Sendo inequívoco que a realização das obras contratadas deu-se no exterior, não há razão para negar o pedido da parte autora, impondo-se, ainda, a condenação do Município à restituição dos valores indevidamente pagos pela parte autora.

Inaplicável o disposto no art. 166 do CTN, por se tratar, o ISS, de um imposto direto. Este é o entendimento desta Segunda Câmara Cível, conforme se observa nos precedentes abaixo colacionados:

[...] (Grifos acrescentados).

Como se observa, o Tribunal de origem decidiu pela não incidência do ISSQN sobre a confecção de projetos de engenharia em razão destes se destinarem a realização de obras em outro País, as quais são tidas como o resultado do serviço.

Com relação à alegação de violação do art. 333 do CPC/1973 e do art. 166 do CTN, sobre os quais haveria divergência jurisprudencial, a pretensão recursal não pode prosperar.

É que, ante a autorização expressa em nome da autora para o recebimento da restituição do imposto, não há falar na necessidade de comprovação do não repasse do ônus financeiro do tributo, pois a própria autorização faz prova em sentido contrário, pelo repasse, o que denota, no caso concreto, a natureza de imposto indireto.

A propósito, por ocasião do julgamento do REsp 1.131.476/RS, na sistemática dos recursos repetitivos, a Primeira Seção desta Corte Superior firmou a compreensão de que “o ISS é espécie tributária que admite a sua dicotomização como tributo direto ou indireto, consoante o caso concreto”.

Assim, embora a Corte local tenha externado pela existência de imposto direto, verifica-se, *in casu*, a legitimidade e o interesse da autora.

Quanto ao art. 2º, inciso I e parágrafo único, da LC n. 116/2003, vejamos seu teor:

Art. 2º. O imposto não incide sobre:

I – as exportações de serviços para o exterior do País;

[...]

Parágrafo único. Não se enquadram no disposto no inciso I os serviços desenvolvidos no Brasil, cujo resultado aqui se verifique, ainda que o pagamento seja feito por residente no exterior.

A norma legal acima indicada determina a não incidência do imposto sobre os serviços exportados, assim considerados aqueles cujos resultados não ocorram no âmbito do território nacional.

Pois bem.

Comumente, projeto pode ser definido como um plano prévio para a criação de um produto ou prestação de um serviço específico, no qual está incluído o planejamento detalhado das etapas necessárias à sua execução.

Realizado/pronto o projeto, pode ou não dar ensejo à sua execução/materialização.

O item 7.03 da lista anexa à LC n. 116/2003 elegeu como fato gerador do ISSQN: “elaboração de planos diretores, estudos de viabilidade, estudos organizacionais e outros, relacionados com obras e serviços de engenharia; elaboração de anteprojetos, projetos básicos e projetos executivos para trabalhos de engenharia”.

Nesse contexto, elaborado todo o projeto de engenharia em território nacional, não se pode dizer que seu resultado é vinculado à realização da obra no Estado estrangeiro, porquanto, se assim o fosse, estar-se-ia subordinando, ficticiamente, a ocorrência do fato gerador a evento posterior, futuro e incerto, e, de outro lado, confundido-se as etapas independentes da obra de engenharia.

É que a só confecção do projeto de engenharia, à luz dos arts. 109, 113, 114, 116, I, do CTN, é fato gerador do ISSQN; e sua posterior remessa ao contratante estrangeiro não induz, por si só, à conclusão de que se está exportando serviço.

Então, quando se daria a exportação de um serviço de projeto de engenharia?

Vejamos.

De amplo conhecimento, há necessidade de os serviços técnicos deverem observar os requisitos, os padrões e as normas impostos pela ciência correlata

que lhes dá suporte, conforme as regras estabelecidas pelos órgão competentes, a exemplo do Sistema Brasileiro de Normalização; do Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial; do Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, dentre vários outros.

De outro lado, não se pode ignorar o fato de os prestadores de serviços, principalmente no caso de exportações, serem procurados pelos potenciais clientes em razão de métodos ou conhecimentos diferenciados na execução (*know how*).

Nessa linha, o serviço de elaboração de projetos de engenharia poderá ser enquadrado na hipótese de não incidência do inciso I do art. 2º da LC n. 116/2003 quando a realização do trabalho, obrigatoriamente, observar técnicas, regras e normas estabelecidas no País estrangeiro, independentemente da forma de execução do projeto.

É que, nesse caso, embora o projeto tenha sido finalizado em território nacional, não se tem dúvidas de que o contratante estrangeiro está interessado, especificamente, na *importação do serviço a ser prestado pela pessoa brasileira para, posteriormente, executá-lo*.

Todavia, não se podem descartar outras hipóteses em que os serviços a serem prestados por pessoas nacionais/brasileiras podem ser do interesse do estrangeiro, como seu custo, por exemplo.

O que importa, portanto, é constatar a real intenção do adquirente/contratante na execução do projeto no território estrangeiro, de tal sorte que, quando o projeto, contratado e acabado em território nacional, puder ser executado em qualquer localidade, a critério do contratante, não se estará diante de exportação de serviço, mesmo que, posteriormente, seja enviado a País estrangeiro, salvo se dos termos do ato negocial se puder extrair a expressa intenção de sua elaboração para fins de exportação.

O resultado do projeto de engenharia, assim, não é a obra correlata, mas a sua exequibilidade, conforme a finalidade para que foi elaborado.

Portanto, à luz do parágrafo único do art. 2º, I, da LC n. 116/2003, a remessa de projetos de engenharia ao exterior poderá configurar exportação quando, do seu teor, bem como dos termos do ato negocial, puder-se extrair a intenção de sua execução no território estrangeiro.

Na hipótese, o Tribunal consignou que as provas dos autos revelaram a finalidade de execução do projeto em obras que só poderiam ser executadas na

França (“Elaboração das Plantas de execução do muro cilíndrico de proteção do reservatório de gás liquefeito de petróleo naval TK1, a ser construído na cidade de Gonfreville - LOrcert, França...” “...e dimensionamento dos blocos de estacas do edifício principal do centro cultural, Centre Pompidou a ser construído na cidade de Metz, França e a modelagem em elementos finitos da fachada principal de dito centro...”), razão pela qual deve ser mantido.

Ante o exposto, *conheço* do agravo para *negar provimento* ao recurso especial. É como voto.

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 831.004-DF (2015/0322414-8)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Agravante: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Agravado: Florencio Figueiredo Cavalcante Neto

Advogados: Eduardo Lowenhaupt da Cunha e outro(s) - DF006856

Everardo Ribeiro Gueiros Filho - DF019740

EMENTA

Direito Processual Civil. Agravo interno em recurso especial. Pronúncia de intempestividade, no Tribunal de origem, do recurso de apelação do demandado. Apresentação, pelo patrono do recorrente, de justificativa de formulação extemporânea da insurgência, advinda de enfermidade, acompanhada de atestado médico, de pedidos de exames e de receitas de medicamentos. Indeferimento do pedido de devolução do prazo pelo Tribunal de origem, ao fundamento de que o patrono poderia substabelecer a outro profissional no período de convalescença. Reforma do julgado por violação frontal do art. 507 do CPC/1973, para além dos princípios resguardados no Estatuto da Advocacia, pois, pela moldura fática delineada pelo aresto recorrido, o douto representante judicial enfrentou força maior que o impediu

de veicular o recurso de apelação tempestivamente, empeço não reconhecido pela Corte de origem, que, longe de afastar a inidoneidade ou a inadmissibilidade dos apresentados, se valeu de fundamento inconciliável para indeferir o pedido em questão. Agravo interno do autor da ação desprovido.

1. A sustentabilidade da decisão judicial como atributo do discurso lógico formal ou material está vinculada à validade de seus empregados fundamentos.

2. Mercê dessa compreensão, não se pode indeferir, a partir do fundamento de que é possível o substabelecimento de poderes a outro Causídico, o pedido de restituição de prazo recursal a Advogado que, no curso do prazo para veicular a insurgência, comprova enfermidade nos autos que o impede de tomar a esperada providência processual.

3. Não se pode olvidar que a nobre profissão Advocacia consubstancia atividade em que os vínculos de pessoalidade e de confiança mais se exprimem, de sorte que uma coisa (hipotético substabelecimento) não justifica a outra (indeferimento de requerimento da devolução de prazo).

4. Efetivamente, *o pedido de devolução do prazo recursal deve vir acompanhado da necessária comprovação das circunstâncias que impediram o advogado de atuar no feito (...)* (EDcl no AgRg no AREsp 256.778/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, DJe 18.11.2015).

5. Bem por isso, reputam-se frontalmente violados na presente demanda os art. 507 do CPC/1973 e as prerrogativas do Advogado resguardadas pelo art. 7º da Lei n. 8.906/1994, pois pela moldura fática delineada pelo aresto recorrido, o douto Representante judicial enfrentou força maior que o impediu de formular o recurso de Apelação tempestivamente, empecilho não reconhecido pelo Tribunal de origem, que, longe de afastar a inidoneidade ou a inadmissibilidade dos exames, relatórios, atestados médicos e receituários apresentados, se valeu de fundamento inconciliável – possibilidade de substabelecimento pelo Advogado durante a sua convalescença – para indeferir o pedido em questão.

6. Agravo Interno do autor da ação desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina (Presidente), Regina Helena Costa e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de março de 2017 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 7.4.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Agravo Interno interposto pelo *Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios* contra decisão monocrática de minha lavra, assim ementada:

Direitos Sancionador e Processual Civil. Agravo em recurso especial. Ação civil pública com suporte em alegados atos de improbidade administrativa. Pronúncia de intempestividade do recurso de apelação do demandado. Apresentação, pelo patrono do recorrente, de justificativa de apresentação extemporânea insurgência, advinda de enfermidade, acompanhada de atestado médico, de pedidos de exames e de receitas de medicamentos. Indeferimento do pedido de devolução do prazo pelo Tribunal de origem, ao fundamento de que o patrono poderia substabelecer a outro profissional no período de convalescença. Porém, o pedido de devolução do prazo recursal deve vir acompanhado da necessária comprovação das circunstâncias que impediram o advogado de atuar no feito (EDcl no AgRg no AREsp 256.778/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, DJe 18.11.2015), fato evidenciado na lide sancionadora originária, conforme se deduz da moldura probatória delineada no aresto recorrido. Parecer do MPF pelo desprovimento do recurso. Agravo conhecido e recurso especial provido para, reformando o aresto *a quo*, outorgar a devolução ao recorrente do prazo de recurso na origem (fls. 314/320).

2. Referido julgamento resultou de apreciação de Apelo Raro interposto contra acórdão do TJDFT, que contou com a seguinte ementa:

Cível. Recurso de apelação. Prazo peremptório. Negativa de seguimento. Intempestividade. Incidência do art. 507 do CPC. Não configurado. Ausência de força maior. Doença do advogado.

1. A tempestividade é matéria de ordem pública e requisito para admissibilidade dos recursos, constitui, portanto, pressuposto objetivo indispensável à sua admissibilidade, devendo, assim, ser examinada de ofício.

2. Nos termos do art. 507 do CPC a doença do advogado, por si só, não configura motivo de força maior capaz de autorizar a restituição do prazo recursal, exceto se houver total impossibilidade do exercício da profissão ou a impossibilidade de substabelecer.

3. Na hipótese dos autos, além haver mais de um patrono constituído nos autos, o prazo para a interposição da apelação era de 30 dias. O atendimento médico do causídico se deu 3 dias antes do último dia do prazo.

4. Agravo de instrumento conhecido e não provido (fls. 178/185).

3. Nas razões de sua insurgência, a parte agravante sustenta que o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior é unânime em afirmar que a apresentação de atestado médico, por si só, não é capaz de devolver o prazo para interposição de recurso, havendo necessidade de se demonstrar a absoluta impossibilidade de o Advogado praticar o ato oportunamente. Aduz que, na espécie, o atestado apresentado não teria demonstrado a absoluta incapacidade de o Causídico atuar no feito, razão pela qual requer a reforma do julgado monocrático, de modo a que prevaleça o acórdão de origem, negando-se provimento ao Apelo Raro, portanto.

4. Conquanto intimado, a parte agravada não veiculou razões de contrariedade (fls. 340).

5. Em síntese, é o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Inicialmente, verifica-se que foi proferido julgamento monocrático de reforma do acórdão de origem ao fundamento de que, muito embora tivesse o douto Causídico apresentado atestado nos autos de que não poderia cumprir pessoalmente o lapso temporal recursal para formulação de recurso de Apelação, o Tribunal de origem rejeitou o pedido de devolução do prazo, sob a premissa de que o profissional poderia, a outro Advogado, substabelecer os poderes.

2. Portanto, a questão de fundo, no Apelo Raro, não é exatamente a exigência de se comprovar ou não a ocorrência de força maior. A reforma do acórdão se impõe porque o Tribunal de origem adotou o fundamento segundo o qual o Advogado, no curso do prazo, poderia substabelecer os poderes a outro representante judicial, expressão que soa desrespeitosa à classe profissional e vulneradora das prerrogativas do Estatuto da Advocacia (art. 7º da Lei n. 8.906/1994), uma vez que, como é sabido, *o vínculo de confiança é elementar à relação entre constituinte e constituído*. Note-se:

11. Na vertente situação, observa-se que a Corte de origem indeferiu o requerimento de devolução do prazo de Recurso de Apelação ao acusado, sob o fundamento de que a necessidade de simples repouso atestada pelos documentos acostados não configura caso de força maior, tendo em vista, inclusive, a possibilidade de substabelecimento de poderes para a implementação do ato (fls. 184).

12. Não se pode concordar com as aludidas razões de decidir do Tribunal *a quo*, na medida em que, se o douto Causídico apresentou nos autos documento comprobatório de enfermidade no lapso temporal, não é razão suficiente para sobrepor a alegação do Patrono de impossibilidade de formulação da defesa em favor do acusado a circunstância de já terem transcorridos vários dias do prazo recursal ou de haver eventual possibilidade de substabelecimento de um profissional a outro, especialmente quando o pedido de restituição de prazo é acompanhado de atestado médico, de pedidos de exame e de receituário sobre os quais não foi sequer afastada a idoneidade.

13. A afirmação de que o Advogado poderia substabelecer poderes para implementação do ato soa desrespeitosa à classe profissional, pois – a quem bem conhece a atividade advocatícia – sabe-se que a defesa judicial se desenvolve em forte vínculo entre representante e representado, sendo, por isso, verossímil a afirmação do Advogado de que o prazo deve ser devolvido à parte, a fim de que, como mandatário pessoal do acusado de improbidade, possa cumprir a providência que lhe cabe, isto é, apresentar o recurso tempestivamente, por sua subscrição. Sobreleva notar que, ainda que haja uma miríade de Advogados constituídos no feito, ordinariamente acontece, em não raras vezes, que apenas um e somente um profissional é o que conduz a defesa, trava comunicação com o constituído e desempenha em geral a função que lhe é confiada.

14. O fato é que, objetivamente, sem qualquer revisão fático-probatória em sede de recorribilidade especial, há informação suficiente e necessária no acórdão que justifica a sua própria reforma, na medida em que: (a) houve apresentação de atestado médico pelo Patrono da parte Recorrente, que compreendeu período em que transcorria prazo recursal; (b) referido prazo não foi atendido em virtude de necessidade de sua convalescença.

15. Considera-se, portanto, frontalmente violado o art. 507 do CPC/1973, pois nota-se, pelas evidências dos autos, que o douto Representante judicial enfrentou força maior que o impediu de apresentar o recurso de Apelação tempestivamente, não reconhecida pelo Tribunal *a quo*, que se valeu de fundamento inconciliável (possibilidade de substabelecimento pelo Advogado durante a sua enfermidade) para indeferir o pedido ora em exame. O aresto merece inegável reproche (fls. 317/318).

3. Assim, as razões de Agravo Interno não exprimem força argumentativa suficiente para infirmar a decisão agravada, que aponta para a importante tese de que a *validade da decisão está vinculada à plausibilidade de seus fundamentos*. Como dito, na espécie, não poderia ter sido indeferido o pedido de restituição de prazo recursal com esteio na afirmação de que os poderes poderiam ser substabelecidos e de que, quando foi apresentado o atestado médico, vários dias do prazo já haviam transcorrido.

4. A parte agravante aduz somente que não teria sido comprovada a impossibilidade de atendimento à providência processual e que verificar a referida possibilidade ou não demandaria reexame de fatos e provas em recorribilidade extraordinária (fls. 329/333). Não é isso que está em debate, contudo: há informação no julgado recorrido de que foram acostados documentos evidenciadores de que o Patrono necessitava de convalescer de enfermidade no período que medeia o prazo recursal, este que, quase esgotado, não poderia ser atendido.

5. Ao contrário de avançar sobre os aspectos de fundo dos documentos, o Tribunal recorrido apenas afasta a tese de que o repouso não é hipótese para suspensão processual e aduz a possibilidade de substabelecimento de poderes do Advogado, violando o art. 507 do CPC/1973, uma vez que, pela moldura fática inserta no julgado, os documentos veiculados pelo Causídico seriam comprobatórios de enfermidade, presumindo-se, como ordinariamente acontece, a existência de obstáculo para cumprimento do prazo processual. Referida conduta está em plena convergência com o entendimento desta Corte Superior segundo o qual *o pedido de devolução do prazo recursal deve vir acompanhado da necessária comprovação das circunstâncias que impediram o advogado de atuar no feito (...)* (EDcl no AgRg no AREsp 256.778/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, DJe 18.11.2015).

6. Mais a mais, adicione-se que, enfermo, profissional algum consegue desenvolver eficaz e amplamente o trabalho advocatício – *frise-se, pessoal* – de tomar os autos em carga, de encontrar-se com o cliente, de estudar a causa,

de formular com denodo a petição pertinente e de deslocar-se para efetuar o protocolo da insurgência.

7. Em razão de tais circunstâncias e até mesmo porque os argumentos da parte agravante não tem aptidão para estremecer o alicerce da decisão agravada, qual seja, *não se pode indeferir o pedido de restituição de prazo recursal a Advogado que comprovou enfermidade nos autos ao fundamento de que é possível o substabelecimento de poderes a outro Causídico*, mantém-se a conclusão de que o aresto deve ser reformado, em ordem a outorgar ao Recorrente a devolução do prazo para formulação de recurso de origem, contado a partir de sua intimação para, querendo, apresentar a insurgência ou ratificar a já filigranada.

8. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.163.020-RS (2009/0205525-4)

Relator: Ministro Gurgel de Faria
Recorrente: Randon S/A Implementos e Participações
Advogado: Marcos Spada Aliberti e outro(s) - SC018539
Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul
Procurador: Homero So Jobim Neto e outro(s) - RS020098

EMENTA

Tributário. ICMS. Fornecimento de energia elétrica. Base de cálculo. Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD). Inclusão.

1. O ICMS incide sobre todo o processo de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a indissociabilidade das suas fases de geração, transmissão e distribuição, sendo que o custo inerente a cada uma dessas etapas – entre elas a referente à Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) – compõe o preço final da operação e, conseqüentemente, a base de cálculo do imposto, nos termos do art. 13, I, da Lei Complementar n. 87/1996.

2. A peculiar realidade física do fornecimento de energia elétrica revela que a geração, a transmissão e a distribuição formam o conjunto dos elementos essenciais que compõem o aspecto material do fato gerador, integrando o preço total da operação mercantil, não podendo qualquer um deles ser decotado da sua base de cálculo, sendo certo que a etapa de transmissão/distribuição não cuida de atividade meio, mas sim de atividade inerente ao próprio fornecimento de energia elétrica, sendo dele indissociável.

3. A abertura do mercado de energia elétrica, disciplinada pela Lei n. 9.074/1995 (que veio a segmentar o setor), não infirma a regra matriz de incidência do tributo, nem tampouco repercute na sua base de cálculo, pois o referido diploma legal, de cunho eminentemente administrativo e concorrencial, apenas permite a atuação de mais de um agente econômico numa determinada fase do processo de circulação da energia elétrica (geração). A partir dessa norma, o que se tem, na realidade, é uma mera divisão de tarefas – de geração, transmissão e distribuição – entre os agentes econômicos responsáveis por cada uma dessas etapas, para a concretização do negócio jurídico tributável pelo ICMS, qual seja, o fornecimento de energia elétrica ao consumidor final.

4. Por outro lado, o mercado livre de energia elétrica está disponibilizado apenas para os grandes consumidores, o que evidencia que a exclusão do custo referente à transmissão/distribuição da base de cálculo do ICMS representa uma vantagem econômica desarrazoada em relação às empresas menores (consumidores cativos), que arcam com o tributo sobre o “preço cheio” constante de sua conta de energia, subvertendo-se, assim, os postulados da livre concorrência e da capacidade contributiva.

5. Recurso especial desprovido.

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 do Sr. Ministro Benedito Gonçalves, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho

e Regina Helena Costa (voto-vista), negar provimento ao recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves (voto-vista) e Sérgio Kukina (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de março de 2017 (data do julgamento).

Ministro Gurgel de Faria, Relator

DJe 27.3.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Trata-se de recurso especial interposto por *Random S.A. Implementos e Participações*, fundado nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (e-STJ fl. 197):

Apelação cível. Direito Tributário. Mandado de segurança. ICMS. Incidência sobre o custo do uso do sistema de distribuição de energia consumida. Transmissão e distribuição de energia elétrica realizadas por empresas distintas.

1. O consumidor – contribuinte de fato – é parte ativa legítima para pleitear cessação da cobrança de ICMS nas faturas que lhe são apresentadas para pagamento.

2. O mandado de segurança constitui ação adequada para fazer cessar inclusões ilegais de ICMS nas contas de energia elétrica.

3. A base de cálculo do ICMS sobre o consumo de energia elétrica inclui os custos de geração, de transmissão e de distribuição, na medida do consumo do usuário.

Apelação desprovida por maioria, vencido o relator.

Nas suas razões (e-STJ fls. 214/222), a empresa, além de divergência jurisprudencial, aponta violação dos arts. 13, § 1º, II, “a”, da Lei Complementar n. 87/1996 e 110 do CTN. Sustenta, em síntese, que não é exigível dos consumidores de energia elétrica adquirida no mercado livre o ICMS sobre a Tarifa de Uso de Sistema de Distribuição (TSUD), pois esse imposto somente “incide sobre a energia elétrica, não sobre tarifas relativas à estrutura física correlata”. Aduz que “a celebração de contratos possibilitando o uso dos sistemas de distribuição não consubstancia fato gerador do imposto, assim como a mera circulação física ou econômica é irrelevante para configurar o seu fato gerador”.

Contrarrrazões apresentadas pela Fazenda Pública às e-STJ fls. 235/246, pelas quais defende que a tarifa questionada “é calculada com base em efetiva circulação de energia elétrica, o que mostra que, na realidade, [a impetrante] pretende conferir ao Judiciário um poder reservado ao legislador, qual seja, o de reduzir a base de cálculo, o que implicaria afronta direta ao inciso I (*a contrario sensu*) e ao § 6º do artigo 150 da Constituição Federal, bem como ao § 1º do artigo 97 (*a contrario sensu*), ao inciso II do artigo 111 e ao artigo 176 do Código Tributário Nacional”. Afirma, ainda, que “a *TUSD* e os *encargos de conexão* compõem o preço, sobretudo como efeitos do necessário ressarcimento do custo da energia, a ser arcado pelo consumidor final como ônus econômico da aquisição da mercadoria. Todas as parcelas formadoras do custo da mercadoria efetivamente consumida compõem o valor da operação final e esta é a base de cálculo do ICMS”.

Juízo positivo de admissibilidade pelo Tribunal de origem às e-STJ fls. 248/250.

Parecer do Ministério Público Federal pelo provimento do recurso (e-STJ fls. 259/263).

O então relator, em. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), com base na jurisprudência desta Corte Superior, deu provimento ao apelo nobre da contribuinte (e-STJ fls. 269/271).

Irresignado, o ente público interpôs agravo regimental (e-STJ fls. 464/489).

Os autos foram a mim atribuídos em 1º.03.2016 (e-STJ fls. 491).

Em razão da importância do tema e da relevância dos argumentos suscitados por ambas as partes, reconsiderarei a decisão de e-STJ fls. 269/271, para determinar o julgamento do recurso diretamente pelo Colegiado (e-STJ fls. 492/494).

É o relatório.

VOTO

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

Considerando que, *in casu*, a matéria suscitada foi suficientemente prequestionada junto à instância de origem e que se encontram preenchidos os demais pressupostos processuais, conheço do recurso especial para, ao cabo, aplicar o direito à espécie.

Conforme relatado, por meio do presente recurso especial discute-se se a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD – que é paga pelo consumidor que adquire energia elétrica diretamente dos agentes de comercialização ou de geração no mercado livre de energia elétrica – sofre a incidência do ICMS e/ou compõe a sua base de cálculo.

Especificamente no caso dos autos, tem-se que a empresa contribuinte contratou a compra da energia elétrica com a Tractebel Energia S.A. e a sua distribuição com a Rio Grande Energia S.A. (RGE).

Pois bem. Como é cediço, a atual legislação de regência do setor elétrico brasileiro permite que grandes consumidores de energia elétrica possam escolher livremente a empresa geradora e/ou comercializadora que lhes apresenta oferta mais vantajosa, não estando mais vinculados às condições de fornecimento de energia elétrica estabelecidas para o público em geral pela concessionária distribuidora local.

Sobre a diferenciação das operações de energia elétrica envolvendo os “consumidores cativos” e “os consumidores livres”, explica o Professor Roque Antonio Carraza:

Até passado recente a energia elétrica era produzida e distribuída por empresas estatais aos consumidores finais, que a elas estavam *cativos*, não podendo, destarte, negociar os preços praticados.

O modelo esgotou-se na década de 90 do século passado. Com a crise no setor energético e o próprio aquecimento da economia, causado pelo *Plano Real*, foi necessário encontrar alternativas capazes de expandir o setor, inclusive com o aporte de capitais privados e o ingresso de novos agentes no mercado.

Efetivou-se, pois, uma ampla reforma no segmento, e o Poder Público passou a apenas orientar e fiscalizar a prestação de serviços de fornecimento de energia elétrica, agora a cargo de agentes desse setor, que foram divididos por atividades (geração, transmissão, distribuição e comercialização da energia elétrica).

Também se estimulou a livre concorrência, isto é, a competição entre as empresas dos setores de geração e comercialização de energia elétrica.

Mais especificamente, separaram-se as atividades de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica e abriu-se a possibilidade de esta mercadoria ser

negociada livremente pelos grandes consumidores, que, assim, desvinculam-se dos concessionários distribuidores (titulares de determinadas áreas geográficas de concessão e, até então, únicos responsáveis pelo fornecimento de energia elétrica aos usuários nelas instalados) e puderam adquirir o produto de quem lhes dessa maiores vantagens econômicas.

Para que melhor se compreenda: atualmente as distribuidoras atendem ao “mercado cativo” (pequenos e médios consumidores, que não podem escolher livremente os seus fornecedores de energia elétrica) e ao “mercado livre” (grandes consumidores aos quais a legislação faculta escolherem seus fornecedores, valendo-se de critérios empresariais).

Quando as distribuidoras atendem aos “consumidores cativos” são por eles remuneradas por meio de *tarifas* (*tarifas de energia e tarifas de fio*) e são responsáveis, na condição de substitutas tributárias, pelo recolhimento do ICMS-Energia Elétrica.

Já, quando as distribuidoras atendem aos *consumidores livres* limitam-se a receber as *tarifas de fio*, cobradas pela utilização das infraestruturas de transmissão e/ou distribuição (*TUST/Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão e/ou TUSD/Tarifa do Sistema de Distribuição*). (In ICMS, 17^a ed., Ed. Malheiros: São Paulo, 2015, p. 332/333).

Sob o aspecto normativo, a possibilidade de escolha das empresas geradoras ou comercializadoras encontra-se positivada no art. 15 da Lei n. 9.074/1995, que está assim grafado:

Art. 15. Respeitados os contratos de fornecimento vigentes, a prorrogação das atuais e as novas concessões serão feitas sem exclusividade de fornecimento de energia elétrica a consumidores com carga igual ou maior que 10.000 Kw, atendidos em tensão igual ou superior a 69 Kv, que podem optar por contratar seu fornecimento, no todo ou em parte, com produtor independente de energia elétrica.

Já a previsão legal da tarifa em apreço encontra-se no § 6º desse mesmo artigo, *in verbis*:

§ 6º. É assegurado aos fornecedores e respectivos consumidores livre acesso aos sistemas de distribuição e transmissão de concessionário e permissionário de serviço público, mediante ressarcimento do custo de transporte envolvido, calculado com base em critérios fixados pelo poder concedente.

A propósito, cabe registrar que o Conselho Nacional de Política Fazendária, por meio do Convênio ICMS n. 117/2004, atribui “ao consumidor livre conectado à rede básica a responsabilidade pelo pagamento do imposto

devido pela conexão e uso dos sistemas de transmissão de energia elétrica” (Cláusula primeira).

Pois bem. Não desconheço o entendimento da doutrina e da jurisprudência do STJ pela inexigibilidade do ICMS sobre a TUST e a TUSD, ao fundamento de que essas tarifas remuneram o exercício de uma atividade meio de “transporte de energia elétrica” que foge ao espectro de incidência do tributo. A título ilustrativo, cito os seguintes precedentes de ambas as Turmas de Direito Público:

Processual Civil. Tributário. Omissão inexistente. Legitimidade ativa. ICMS sobre “TUSD” E “TUST”. Não incidência. Súmula 83/STJ.

[...]

4. “(...) o STJ possui entendimento no sentido de que a Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica - TUST e a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica - TUSD não fazem parte da base de cálculo do ICMS” (AgRg nos EDcl no REsp 1.267.162/MG, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Segunda Turma, julgado em 16.08.2012, DJe 24.08.2012.).

[...] (AgRg no AREsp 845.353/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.04.2016, DJe 13.04.2016).

Tributário. Agravo regimental no recurso especial. Legitimidade ativa do contribuinte de fato. Utilização de linha de transmissão e de distribuição de energia elétrica. ICMS sobre Tarifa de Uso dos Sistema de Distribuição (TUSD). Impossibilidade. Ausência de operação mercantil.

1. O ICMS sobre energia elétrica tem como fato gerador a circulação da mercadoria, e não do serviço de transporte de transmissão e distribuição de energia elétrica, incidindo, *in casu*, a Súmula 166/STJ. Dentre os precedentes mais recentes: AgRg nos EDcl no REsp 1.267.162/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24.08.2012.

[...] (AgRg no REsp 1.278.024/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 07.02.2013, DJe 14.02.2013).

Ocorre que, depois de refletir mais detidamente, constatei que a controvérsia também pode ser analisada por outro enfoque, o qual leva a conclusão diversa daquela até o momento alcançada.

O fato gerador do ICMS em questão diz respeito à circulação jurídica da energia elétrica fornecida ao consumidor “livre”.

Em razão de sua peculiar realidade física, sabe-se que a circulação da energia elétrica se dá com a ocorrência simultânea de sua geração, transmissão, distribuição e consumo, concretizando-se em uma corrente elétrica que é

acionada quando do fechamento do circuito físico existente desde a fonte geradora até a unidade do usuário.

A esse respeito, mais uma vez, louvo-me do ensinamento do Professor Roque Carraza:

Em boa verdade científica, só há falar em operação jurídica relativa ao fornecimento de energia elétrica, passível de tributação por meio de ICMS, no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (luz, calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade).

Portanto, apenas por “ficção” é que se pode entrever, na “circulação” de energia elétrica, duas operações distintas: uma, da fonte geradora à rede distribuidora; outra, desta ao consumidor final.

Logo, o *ICMS-Energia Elétrica* levará em conta todas as fases anteriores que tornaram possível o consumo de energia elétrica. Estas fases anteriores, entretanto, não são dotadas de autonomia apta a ensejar incidências isoladas, mas *apenas uma*, tendo por único sujeito passivo o consumidor final.

O elo existente entre a usina geradora e empresa distribuidora não tipifica, para fins fiscais, operação autônoma de circulação de energia elétrica. É, na verdade, o meio necessário à prestação de um único serviço público, ao consumidor final, abrindo espaço à cobrança, junto a este, de um único ICMS”. (Obra citada, p. 328).

Essa realidade física revela, então, que a geração, a transmissão e a distribuição formam o conjunto dos elementos essenciais que compõem o aspecto material do fato gerador, integrando o preço total da operação mercantil, não podendo qualquer um deles ser decotado da sua base de cálculo.

Não trata a etapa de transmissão/distribuição de mera atividade meio, mas sim de atividade inerente ao próprio fornecimento de energia elétrica, sendo dele indissociável.

Nessa esteira, cabe salientar que a Constituição Federal, no art. 34, § 9º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao tratar da responsabilidade tributária das concessionárias distribuidoras em relação aos consumidores que hoje permanecem “cativos”, deixou claro que todas as etapas do processo de fornecimento da energia elétrica devem ser consideradas na composição do preço final da mercadoria a ser suportada pelo usuário. Confirma-se esse comando constitucional:

§ 9º. Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos

tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local deva ocorrer essa operação. (Grifos acrescidos).

Essa regra veio a ser ratificada pela Lei Complementar n. 87/1996, em seu art. 9º, § 1º, II.

Frise-se que a abertura do mercado de energia elétrica, disciplinada pela Lei n. 9.074/1995 (que veio a segmentar o setor), não infirma a regra matriz de incidência do tributo, nem tampouco repercute na sua base de cálculo.

Digo isso porque essa lei, de cunho eminentemente administrativo e concorrencial, apenas permite a atuação de mais de um agente econômico numa determinada fase do processo de circulação da energia elétrica (geração). A partir dessa norma, o que se tem, na realidade, é uma mera divisão de tarefas, de geração, transmissão e distribuição, entre os agentes econômicos responsáveis por cada uma dessas etapas para a concretização do negócio jurídico tributável pelo ICMS, qual seja, o fornecimento de energia elétrica ao consumidor final.

A circunstância de o “consumidor livre” ter de celebrar um contrato com empresa de geração, em relação à “tarifa de energia”, e outro com empresa de transmissão/distribuição, em relação à “tarifa de fio”, tão somente exterioriza a decomposição do preço global do fornecimento, não desnaturando o fato gerador da operação.

Nessa esteira, destaco que “a definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se (...) da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto e dos seus efeitos” (art. 118, I, do CTN).

Ponderados esses elementos, tenho que o ICMS incide sobre todo o processo de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a indissociabilidade das suas fases de geração, transmissão e distribuição, sendo que o custo inerente a cada uma dessas etapas – entre elas a referente à Taxa de Uso do Sistema de Distribuição (TSUD) – compõe o preço final da operação e, conseqüentemente, a base de cálculo do imposto, nos termos do art. 13, I, da Lei Complementar n. 87/1996.

Por outro lado, a exclusão dessa tarifa da base de cálculo do tributo, além de implicar flagrante violação ao princípio da igualdade, prejudica a concorrência, o que é expressamente vedado pelo art. 173, § 4º, da Carta Política.

Explico.

Embora materialmente não exista diferença na operação de fornecimento de energia elétrica, enquanto o “consumidor cativo”, que não tem o direito de escolha de quem comprar a energia elétrica, permanecerá pagando o ICMS sobre o preço final da operação, que engloba o custo de todas as fases, o “consumidor livre”, além de poder barganhar um melhor preço das empresas geradoras/comercializadoras, recolherá o tributo apenas sobre o preço dessa etapa da operação.

Ilustrativamente, poderemos ter, em uma área geográfica atendida por uma mesma distribuidora, o “consumidor cativo” pagando o ICMS sobre a “tarifa de energia”, no valor hipotético de R\$ 5,00, e mais sobre a “tarifa de fio”, também no valor hipotético de R\$ 5,00, ou seja, recolhendo o tributo sobre o preço final de R\$ 10,00. Já o consumidor livre sediado na mesma localidade poderá negociar a “tarifa de energia” por valor hipotético de R\$ 3,00 e arcar com a mesma “tarifa de fio” de R\$ 5,00, sendo que, excluída esta da base de cálculo, ao final pagará ICMS apenas sobre R\$ 3,00.

A propósito, ressalto a dimensão econômica da rubrica em discussão, a qual pode ser aferida, exemplificadamente, da conta de energia elétrica de e-STJ fl. 38, na qual consta que, de um total de R\$ 170.074,71, a parcela referente ao Encargo do Uso do Sistema de Distribuição corresponde a R\$ 45.743,69.

Ora, não é possível admitir-se que a modificação da regulamentação do setor elétrico permita tratamento tributário diferenciado para contribuintes que se encontram em situação semelhante, no tocante à aquisição de uma mesma riqueza, qual seja, a energia elétrica.

Por fim, cumpre lembrar que o mercado livre de energia elétrica está disponibilizado apenas para os grandes consumidores, o que evidencia que a exclusão do custo referente à transmissão/distribuição da base de cálculo do ICMS representa uma vantagem econômica desarrazoada em relação às empresas menores que arcam com o tributo sobre o “preço cheio” constante de sua conta de energia, subvertendo-se, assim, os postulados da livre concorrência e da capacidade contributiva.

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

É como voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Solicitei vista dos autos para examiná-los com maior detença.

A empresa *Randon S/A Implementos e Participações* interpôs recurso especial contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em julgamento de apelação, por maioria, assim ementado (fl. 197e):

Apelação cível. Direito Tributário. Mandado de segurança. ICMS. Incidência sobre o custo do uso do sistema de distribuição de energia consumida. Transmissão e distribuição de energia elétrica realizadas por empresas distintas.

1. O consumidor – contribuinte de fato – é parte ativa legítima para pleitear cessação da cobrança de ICMS nas faturas que lhe são apresentadas para pagamento.

2. O mandando de segurança constitui ação adequada para fazer cessar inclusões ilegais de ICMS nas contas de energia elétrica.

3. A base de cálculo do ICMS sobre o consumo de energia elétrica inclui os custos de geração, de transmissão e de distribuição, na medida do consumo do usuário. *Apelação desprovida por maioria, vencido o relator.*

Na origem, narrou a petição inicial do mandado de segurança preventivo: “[...] conforme consta nas contas de energia elétrica, o ICMS vem incidindo não apenas sobre a energia efetivamente consumida, mas também sobre as tarifas devidas a título de uso dos sistemas de distribuição e sobre os encargos de conexão, tributação esta que não encontra qualquer amparo legal [...]” (fl. 03e).

Dessa forma, requereu a Impetrante “a concessão da segurança para declarar a inexigibilidade do ICMS sobre a TUSD e encargos de conexão, porquanto não se constituem em hipótese de incidência do referido tributo” (fls. 16/17e).

A sentença denegou a ordem (fls. 149/152e), tendo sido mantida pelo Tribunal *a quo*, consoante apontado.

No presente recurso especial, interposto com amparo no art. 105, III, *a e c*, da Constituição da República, mediante o qual se aponta, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos dispositivos a seguir relacionados, nos seguintes termos:

- Arts. 13, II, *a*, da LC n. 87/1996 e 110 do CTN – “Não se pode, como quer fazer crer a decisão recorrida, entender que a TUSD deve compor o valor

final da operação para efeitos do cálculo e cobrança do ICMS. Com efeito, o ICMS incide sobre a energia elétrica, não sobre tarifas relativas à estrutura física correlata. Há distinção entre a destinação das rubricas. Não se pode, à toda evidência, por ficção, realizar equiparação, sob pena de tratar identicamente a energia elétrica em si e a tarifa de uso dos sistemas de distribuição ou os outros desembolsos congêneres. Entender em sentido contrário a essa premissa, além de ir de encontro à melhor interpretação e aplicação do artigo 13, § 1º, inciso II, 'a', da LC n. 87/1996, é negar vigência ao artigo 110, do CTN [...]” (fl. 217).

Postula, ao final, o provimento do recurso especial para “[...] que se determine a incidência do ICMS apenas sobre a energia elétrica efetivamente utilizada pela empresa recorrente, e não sobre a TUSD - Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição e demais encargos de conexão, como vem ocorrendo” (fl. 222e).

Com contrarrazões (fls. 235/246e), o recurso especial foi admitido (fls. 248/250e).

Distribuídos os autos inicialmente ao Ministro Hamilton Carvalho, Sua Excelência determinou a remessa ao Ministério Público Federal, que os devolveu com parecer pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 259/263e).

Em 10.06.2015 foram os autos redistribuídos ao Ministro Olindo Menezes, o qual, por decisão monocrática, deu provimento ao especial (fls. 269/271e).

Interposto agravo regimental e redistribuído o feito ao Ministro Gurgel de Faria, Sua Excelência reconsiderou a decisão anterior para pautar e julgar o recurso perante a Primeira Turma (fls. 492/494e).

Na assentada do dia 15.09.2016, Sua Excelência proferiu voto negando provimento ao especial, por entender, em síntese, que “o ICMS incide sobre todo o processo de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a indissociabilidade das suas fases de geração, transmissão e distribuição, sendo que o custo inerente a cada uma dessas etapas, entre elas a referente à Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD), compõe o preço final da operação e, consequentemente, a base de cálculo do imposto, nos termos do art. 13, I, da Lei Complementar n. 87/1996”.

Outrossim, assinalou o Sr. Relator não ser “[...] possível admitir-se que a modificação da regulamentação do setor elétrico permita tratamento tributário

diferenciado para contribuintes que se encontram em situação semelhante, referentes à aquisição de uma mesma riqueza, qual seja, a energia elétrica”.

É o relatório. Passo a proferir o voto-vista.

Inicialmente, importante consignar que o recurso especial encontra-se hígido para julgamento, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Ademais, a questão da legitimidade ativa foi adequadamente dirimida com base em posicionamento consolidado no âmbito desta Corte segundo o qual o consumidor final detém legitimidade ativa para discutir a incidência do ICMS no fornecimento de energia elétrica.

No mérito, convém demarcar, de forma breve, os contextos histórico e legislativo mais recentes sobre o tema da inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição - TUSD na base de cálculo do ICMS, assim como os conceitos técnicos envolvidos para melhor compreensão da controvérsia.

A Constituição da República preservou a competência da União para explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços e instalações de energia elétrica (art. 21, XII, *b*).

Em decorrência da estabilização da economia na metade da década de 1990, cresceu a demanda por energia no país, fruto do incremento da industrialização e do aumento dos parques industriais existentes, impondo ao Poder Público a necessidade de reestruturar o modelo energético nacional.

Coube então à Lei n. 9.074/1995 a viabilização legislativa dessas mudanças, ao providenciar, dentre outros aspectos, tratamento diferenciado para perfis distintos de consumidores de energia elétrica, os denominados *consumidores cativos* e os *consumidores livres*.

Os primeiros são aqueles que recebem a energia diretamente de distribuidora, sem margem de negociação ou escolha. Correspondem aos consumidores comuns, quais sejam, as residências e os empreendimentos de pequeno e médio portes.

Os consumidores livres, por sua vez, a teor do art. 15 da Lei n. 9.074/1995, são regidos por contratos “sem exclusividade de fornecimento de energia elétrica a consumidores com carga igual ou maior que 10.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV, que podem optar por contratar seu fornecimento, no todo ou em parte, com produtor independente de energia elétrica”.

Contudo, a reação legislativa à necessidade de reconfiguração do setor não foi suficiente para impedir que o país vivenciasse grave crise energética no

início dos anos 2000, provocada não apenas pela estiagem prolongada, como também pela ausência de planejamento e investimentos em geração, transmissão e distribuição.

Nesse cenário, foi editada a Lei n. 10.833/2002, mais tarde revogada pela Lei n. 10.848/2004, tendo esta última criado dois ambientes de contratação baseados naqueles diferentes perfis de consumidores.

A esse respeito, esclarece Eduardo Muniz Cavalcanti:

O ambiente de contratação regulada (ACR) atende os consumidores chamados cativos, como, por exemplo, as residências, que necessariamente adquirem energia elétrica de distribuidoras locais. Estes consumidores estão vinculados à concessionária de energia elétrica que atende em seu endereço. Neste ambiente de mercado não há competição, já que toda a energia é fornecida pelo distribuidor concessionário, o qual é remunerado por tarifa previamente estabelecida pelo ente regulador – Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel).

No ambiente de contratação livre (ACL), a energia é direcionada aos consumidores livres, geralmente industriais que consomem uma grande quantidade de energia elétrica no processo produtivo, como, por exemplo, segmentos industriais eletrointensivos e grandes plantas industriais automobilística, alimentícia, siderúrgica, química. Estes consumidores podem celebrar contratos diretamente com a concessionária de sua livre escolha, que será remunerada por preço fixado no contrato e não por tarifa previamente definida pela agência reguladora.

(ICMS e a estrutura energética brasileira, in Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 20, n. 107, nov/dez 2012. pp. 76/77).

Todavia, embora seja facultado aos consumidores livres adquirirem energia elétrica de geradora de sua escolha, para que se realize a sua entrega será necessária a integração ao sistema de transmissão e distribuição, impondo-se, para tanto, a celebração de contratos específicos para uso dessa rede, por força do estabelecido no art. 9º da Lei n. 9.648/1998.

A transmissão e a distribuição, a seu turno, ficam a cargo de concessionários ou permissionários, os quais serão remunerados mediante tarifa, a teor do disposto no art. 15, § 6º, da Lei n. 9.074/1995, dentre elas a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição - TUSD, sobre a qual se controverte quanto à inclusão na base de cálculo do ICMS.

A Constituição da República de 1988, conquanto tenha outorgado à União a competência para explorar os serviços de energia elétrica, à exceção

dos Impostos de Importação e Exportação, deixou ao arbítrio dos Estados a tributação, exclusivamente mediante ICMS, das operações de energia elétrica, nos termos do art. 155, II e § 3º, com a redação dada pelas Emendas Constitucionais n. 3/93 e 33/01, *verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

[...]

§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, *nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.* (destaque meu)

Com efeito, no que interessa ao caso concreto, extrai-se da regra-matriz de incidência do ICMS a necessidade da presença concomitante de três aspectos: *operação, circulação e mercadoria.*

Na dicção do professor Roque Antonio Carrazza, operação “é o *fato jurídico* que pode desencadear o efeito de fazer nascer a obrigação de pagar ICMS”, hábil a acarretar a “transmissão de sua titularidade” (*ICMS*. 10ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 40).

Em obra doutrinária destaco que a ideia de “circulação de mercadoria” traduz negócio jurídico que tenha por objetivo a transferência da propriedade do bem, não se tratando, à evidência, de mera circulação física (*Curso de Direito Tributário – Constituição e Código Tributário Nacional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 398).

Tanto o Supremo Tribunal Federal, em *repercussão geral*, como o Superior Tribunal de Justiça em julgamento de *recurso especial submetido ao rito do art. 543-C do CPC* (RE n. 540.829 RG/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 17.11.2014; e REsp n. 1.125.133/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª S., DJe 10.09.2010), concluíram que a circulação apta a atrair a incidência do ICMS é a circulação jurídica, é dizer, aquela em que há transferência de domínio.

E a energia elétrica, a par de constituir bem móvel para efeitos civis e penais (arts. 83, I, do Código Civil e 155, § 3º, do Código Penal), é considerada

mercadoria para efeitos tributários, integrando a materialidade do ICMS (art. 155, II, § 3º, CR).

Fixada tal premissa, segue-se que o deslocamento da energia elétrica da fonte geradora para o sistema de transmissão e distribuição constitui, por definição, circulação *física*, porquanto caracterizadas como atividades-meio para o nascimento e aperfeiçoamento do fato gerador do ICMS, efetivado tão somente no instante do *consumo* da energia elétrica.

A rigor, os estágios de transmissão e distribuição apresentam-se como elos na cadeia, interligando a geradora/produtora de energia elétrica ao consumidor final.

Neste passo, impende traçar o panorama da evolução da jurisprudência desta Corte sobre o tema.

Já no ano 2000, a Primeira Turma assentou o posicionamento segundo o qual o ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida:

Tributário. ICMS. Energia elétrica. Contrato de demanda reservada de potência. Fato gerador. Incidência.

1 - O valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime de ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (Gilberto Ulhôa Canto).

2 - O ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa.

3 - O ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos.

4 - Não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente a garantir demanda reservada de potência.

5 - A só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria.

6 - A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado.

7 - Recurso conhecido e provido por maioria.

8 - Voto vencido no sentido de que o ICMS deve incidir sobre o valor do contrato firmado que garantiu a “demanda reservada de potência”, sem ser considerado o total consumido.

(REsp 222.810/MG, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, julgado em 14.03.2000, DJ 15.05.2000, p. 135 - destaques meus).

Nos anos seguintes, a Corte tornou a apreciar o tema, reafirmando a jurisprudência, como segue:

Processo Civil e Tributário. ICMS. Energia elétrica. Legitimidade ativa. Consumidor final. Demanda reservada de potência. Fato gerador.

1. O sujeito passivo da obrigação tributária é o consumidor final da energia elétrica, que assume a condição de contribuinte de fato e de direito, figurando a concessionária como mera responsável pelo recolhimento do tributo. (Precedentes: REsp 838.542/MT, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 25.08.2006; EREsp 279.491/SP, 1ª Seção, Rel. para acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 08.05.2006).

2. É cediço em sede doutrinária que, *verbis*: “Embora as operações de consumo de energia elétrica tenham sido equiparadas a operações mercantis, elas se revestem de algumas especificidades, que não podem ser ignoradas.

O consumo de energia elétrica pressupõe, logicamente, sua produção (pelas usinas e hidrelétricas) e sua distribuição (por empresas concessionárias ou permissionárias). De fato, só se pode consumir uma energia elétrica anteriormente produzida e distribuída.

A distribuidora de energia elétrica, no entanto, não se equipara a um comerciante atacadista, que revende ao varejista ou ao consumidor final, mercadorias de seu estoque.

É que a energia elétrica não configura bem suscetível de ser “estocado”, para ulterior revenda aos interessados.

Em boa verdade científica, só há falar em operação jurídica relativa ao fornecimento de energia elétrica, passível de tributação por meio de ICMS, no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (luz, calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade).

Logo, o ICMS-Energia Elétrica levará em conta todas as fases anteriores que tornaram possível o consumo de energia elétrica.

Estas fases anteriores, entretanto, não são dotadas de autonomia apta a ensejar incidências isoladas, mas apenas uma, tendo por único sujeito passivo o consumidor final.

A distribuidora, conquanto importante neste contexto, não é – e nem pode vir a ser – contribuinte do imposto, justamente porque, a rigor, não pratica qualquer operação mercantil, mas apenas a viabiliza, nos termos acima expostos. Obviamente, a distribuidora de energia elétrica é passível de tributação por via de ICMS quando consome, para uso próprio, esta mercadoria. Não, porém, quando se limita a interligar a fonte produtora ao consumidor final. Este é que é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, de contribuinte de fato.

(...) A distribuidora, ao colocar a energia elétrica à disposição do consumidor final, assume a condição de “responsável” pelo recolhimento do ICMS. Melhor explicando, ela, no caso, paga tributo a título alheio, isto é, por conta do consumidor final. Este, na verdade, o contribuinte do ICMS, nas duas acepções possíveis: contribuinte de direito (porque integra o pólo passivo da obrigação tributária correspondente) e contribuinte de fato (porque suporta a carga econômica do tributo).” (Roque Antonio Carrazza *in* ICMS, 10ª ed., Ed. Malheiros, p. 213/215).

3. A regra matriz constitucional estabeleceu como critério material da hipótese de incidência do ICMS sobre energia elétrica o ato de realizar operações envolvendo energia elétrica, salvo o disposto no art. no art. 155, § 2º, X, “b”. Embora equiparadas às operações mercantis, as operações de consumo de energia elétrica têm suas peculiaridades, razão pela qual *o fato gerador do ICMS ocorre apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida. Não se cogita acerca de tributação das operações anteriores, quais sejam, as de produção e distribuição da energia, porquanto estas representam meios necessários à prestação desse serviço público.*

4. Destarte, a base de cálculo do imposto é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor, vale dizer, o preço realmente praticado na operação final, consoante estabelecido no art. 34, § 9º, do ADCT. Nesse diapasão, não há falar em incidência da exação sobre demanda reservada ou contratada junto à concessionária, porquanto faz-se mister a efetiva utilização da energia elétrica, não sendo suficiente a sua mera disponibilização pela distribuidora. (Precedentes: REsp 840.285/MT, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ 16.10.2006; AgRg no REsp 855.929/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 16.10.2006; REsp 343.952/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 17.06.2002).

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 797.826/MT, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 03.05.2007, DJ 21.06.2007, p. 283 - destaques meus).

Relevante ressaltar que o posicionamento fixado no julgamento do REsp n. 222.810/MG, pela Primeira Turma, em 2000, foi textualmente adotado como razão de decidir na apreciação, em 11.03.2009, do Recurso Especial n.

960.476/SC, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC, mediante o qual se consolidou o entendimento de que o fato gerador do ICMS sobre energia elétrica pressupõe o seu efetivo consumo, constituindo as etapas anteriores mera circulação física da mercadoria.

Ulteriormente, essa compreensão foi *reafirmada* pela Primeira Seção desta Corte:

Embargos de divergência em recurso especial. Dissídio configurado. ICMS. Repartição. VAF. Regra constitucional. Critério. Energia elétrica. *Elemento temporal e espacial da obrigação tributária. Consumo*. Limites do processo. Eleição de terceira tese no julgamento de embargos de divergência. Precedentes.

1. Os arestos embargado e paradigmas decidiram que o Valor Adicionado Fiscal, para efeito de repartição da receita do ICMS, deve ser computado ao município onde se concretiza a hipótese de incidência tributária. Divergiram, todavia, quanto à definição dos elementos espacial e temporal da obrigação tributária do ICMS incidente sobre energia elétrica: (a) o aresto embargado adotou o critério da produção e, por isso, atribuiu o VAF ao Município de Ubarana, onde localizados os geradores da usina hidrelétrica; e (b) os paradigmas acolheram o critério da distribuição e, conseqüentemente, destinaram o VAF ao Município de Promissão, onde situada a subestação elevadora, a partir de onde é distribuída a energia elétrica produzida na municipalidade vizinha. Dissídio configurado. Embargos de divergência admitidos.

2. O critério eleito pelo art. 158, parágrafo único, inciso I, da CF/1988 para definir a quem pertence o valor adicionado fiscal relativo a uma operação ou prestação sujeita, em tese, à incidência do ICMS é, unicamente, espacial, ou seja, local onde se concretiza o fato gerador do imposto.

3. Conforme posição doutrinária e jurisprudencial uniforme, o **consumo** é o elemento temporal da obrigação tributária do ICMS incidente sobre energia elétrica, sendo o aspecto espacial, por dedução lógica, o local onde consumida a energia.

4. *A produção e a distribuição de energia elétrica, portanto, não configuram, isoladamente, fato gerador do ICMS, que somente se aperfeiçoa com o consumo da energia gerada e transmitida.*

5. Como o critério de rateio do ICMS leva em conta o valor adicionado fiscal que ocorre no território de cada município e não há incidência tributária pela geração da energia ou por sua distribuição, conseqüentemente, não se justifica a participação do município produtor ou distribuidor na partilha do ICMS incidente sobre as operações com energia elétrica, que somente contemplará os municípios consumidores.

6. Conhecidos os embargos de divergência, incumbe ao órgão julgador aplicar o direito à espécie, mesmo que, para isso, seja necessária a adoção de uma terceira

tese, diversa das que foram acolhidas nos arestos embargado e paradigma. Precedentes da Corte Especial e de todas as Seções do STJ.

7. Atualmente, só o Município de Promissão, onde situada a Subestação elevadora, tem direito de adicionar ao seu índice de participação as operações vinculadas à Usina de mesmo nome. A ação judicial objetiva compelir o Estado de São Paulo a computar essas operações, em sua totalidade, a favor do Município de Ubarana, onde se acham localizados os geradores da Usina.

8. As conclusões adotadas conduzem à procedência, em parte, da pretensão autoral, devendo a Fazenda Pública ré acrescer ao índice de participação do Município autor as operações da Usina de Promissão proporcionalmente ao consumo de energia elétrica verificado em seu respectivo território.

9. Embargos de divergência acolhidos em parte para julgar procedente, também em parte, a pretensão do autor, ora embargado.

(EREsp 811.712/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Rel. p/ Acórdão Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 12.12.2012, DJe 06.03.2013 - destaques meus).

Colhe-se do voto vencedor:

[...] o nosso sistema tributário adotou como elemento temporal da hipótese de incidência do ICMS o consumo, vale dizer, o momento em que a energia, saindo da rede elétrica, é utilizada pelo estabelecimento consumidor.

Como o imposto incide sobre operações de circulação da energia elétrica, poderia o legislador adotar qualquer das três etapas anteriormente descritas: geração, distribuição ou consumo.

No caso brasileiro, adotou-se a última etapa, mas nada impedia o legislador de eleger a geração ou a distribuição como elemento temporal da hipótese de incidência tributária.

RICARDO LOBO TORRES afirma que “em outros países, como na Itália, o momento da ocorrência do fato gerador é fixado, pela legislação, na produção da energia elétrica, o que traz consequências diferentes das produzidas no nosso sistema na temática da sujeição e da responsabilidade tributária”. (*Id., Ibid.*, p. 15)

Anote-se, outrossim, não haver diferença ontológica entre o caso sob análise e as premissas que animaram os precedentes embasadores do verbete sumular n. 334/STJ, segundo o qual “o ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à *internet*”.

Com efeito, assentou a Primeira Seção ao pacificar o tema:

[...] a provedoria via Internet é serviço de valor adicionado, pois ‘acrescenta informações através das telecomunicações. A *chamada comunicação eletrônica*,

entre computadores, somente ocorre através das chamadas linhas telefônicas de qualquer natureza, ou seja, a cabo ou via satélite. Sem a via telefônica impossível obter acesso à Internet. Cuida-se, pois, de um serviço adicionado às telecomunicações, como definiu o legislador. O provedor é usuário do serviço de telecomunicações. Assim o diz a lei!

Conclui-se, portanto, que, nos termos do artigo 110 do Código Tributário Nacional, não podem os Estados ou o Distrito Federal alterar a definição, o conteúdo e o alcance do conceito de prestação de serviços de conexão à Internet, para, mediante Convênios Estaduais, tributá-la por meio do ICMS.

Como a prestação de serviços de conexão à Internet não cuida de prestação onerosa de serviços de comunicação ou de serviços de telecomunicação, mas de serviços de valor adicionado, em face dos princípios da legalidade e da tipicidade fechada, inerentes ao ramo do direito tributário, deve ser afastada a aplicação do ICMS pela inexistência na espécie do fato imponible.

(EResp 456.650/PR, Rel. Min. José Delgado, Rel. p/ acórdão Min. Franciulli Netto, Primeira Seção, julgado em 11.05.2005, DJ 20.03.2006 – destaque meu).

No que tange especificamente à Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD), a jurisprudência de ambas as Turmas de Direito Público tem afastado a sua incidência sobre a base de cálculo do ICMS justamente por não reconhecer a circulação *jurídica* da mercadoria, a qual, em se tratando de energia elétrica, como visto, ocorre apenas com o seu consumo.

Nesse sentido:

Processual Civil. Tributário. Omissão inexistente. Legitimidade ativa. ICMS sobre "TUSD" e "TUST". Não incidência. Súmula 83/STJ.

1. Não há a alegada violação do art. 535 do CPC, ante a efetiva abordagem das questões suscitadas no processo, quais seja, ilegitimidade passiva e ativa ad causam, bem como a matéria de mérito atinente à incidência de ICMS.

2. Entendimento contrário ao interesse da parte e omissão no julgado são conceitos que não se confundem.

3. O STJ reconhece ao consumidor, contribuinte de fato, legitimidade para propor ação fundada na inexistência de tributo que entenda indevido.

4. "(...) o STJ possui entendimento no sentido de que a Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica - TUST e a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica - TUSD não fazem parte da base de cálculo do ICMS" (AgRg nos EDcl no REsp 1.267.162/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16.08.2012, DJe 24.08.2012.).

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 845.353/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.04.2016, DJe 13.04.2016 - destaque meu).

Processo Civil e Tributário. Violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência. ICMS sobre "TUST" e "TUSD". Não incidência. Ausência de circulação jurídica da mercadoria. Precedentes.

1. Recurso especial em que se discute a incidência de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços sobre a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD).

2. Inexiste a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido.

3. Esta Corte firmou orientação, sob o rito dos recursos repetitivos (REsp 1.299.303-SC, DJe 14.8.2012), de que o consumidor final de energia elétrica tem legitimidade ativa para propor ação declaratória cumulada com repetição de indébito que tenha por escopo afastar a incidência de ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica.

4. *É pacífico o entendimento de que "a Súmula 166/STJ reconhece que 'não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte'.*

Assim, por evidente, não fazem parte da base de cálculo do ICMS a TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e a TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica)".

*Nesse sentido: AgRg no REsp 1.359.399/MG, Rel. Ministro **Humberto Martins, Segunda Turma**, julgado em 11.06.2013, DJe 19.06.2013; AgRg no REsp 1.075.223/MG, Rel. Ministra **Eliana Calmon, Segunda Turma**, julgado em 04.06.2013, DJe 11.06.2013; AgRg no REsp 1.278.024/MG, Rel. Ministro **Benedito Gonçalves, Primeira Turma**, julgado em 07.02.2013, DJe 14.02.2013.*

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.408.485/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 12.05.2015, DJe 19.05.2015 - destaquei).

Tributário. Agravo regimental no recurso especial. Legitimidade ativa do contribuinte de fato. Utilização de linha de transmissão e de distribuição de energia elétrica. ICMS sobre Tarifa de Uso dos Sistema de Distribuição (TUSD). Impossibilidade. Ausência de operação mercantil.

1. O ICMS sobre energia elétrica tem como fato gerador a circulação da mercadoria, e não do serviço de transporte de transmissão e distribuição de energia elétrica, incidindo, *in casu*, a Súmula 166/STJ. Dentre os precedentes mais recentes: AgRg nos EDcl no REsp 1.267.162/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24.08.2012.

2. A Primeira Seção/STJ, ao apreciar o REsp 1.299.303/SC, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 14.8.2012, na sistemática prevista no art. 543-C do CPC, pacificou entendimento no sentido de que o usuário do serviço de energia

elétrica (consumidor em operação interna), na condição de contribuinte de fato, é parte legítima para discutir a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica ou para pleitear a repetição do tributo mencionado, não sendo aplicável à hipótese a orientação firmada no julgamento do REsp 903.394/AL (1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 26.4.2010 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC).

3. No ponto, não há falar em ofensa à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da Constituição Federal), tampouco em infringência da Súmula Vinculante n. 10, considerando que o STJ, ao apreciar o REsp 1.299.303/SC, interpretou a legislação ordinária (art. 4º da Lei Complementar n. 87/1996).

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.278.024/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 07.02.2013, DJe 14.02.2013).

Processo Civil. Tributário. Agravo regimental em recurso especial. Cobrança de ICMS com inclusão em sua base de cálculo da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica - TUSD. Inclusão na base de cálculo do ICMS. Impossibilidade. Precedentes.

1. É firme a Jurisprudência desta Corte de Justiça no sentido de que não incide ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de distribuição de energia elétrica, já que o fato gerador do imposto é a saída da mercadoria, ou seja, no momento em que a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte, circunstância não consolidada na fase de distribuição e transmissão. Incidência da Súmula 166 do STJ. Precedentes jurisprudenciais.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.075.223/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 04.06.2013, DJe 11.06.2013).

Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Tributário. ICMS. Energia elétrica. Tarifas cobradas pelo uso do sistema de distribuição e pelos encargos de conexão. Não inclusão na base de cálculo do tributo. Precedentes.

1. A tarifa cobrada pelo uso do sistema de distribuição, bem como a tarifa correspondente aos encargos de conexão não se referem a pagamento decorrente do consumo de energia elétrica, razão pela qual não integram a base de cálculo do ICMS.

Nesse sentido: AgRg no REsp 1.135.984/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 4.3.2011; AgRg nos EDcl no REsp 1.267.162/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 24.8.2012; AgRg no REsp 1.278.024/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 14.2.2013.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.014.552/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 12.03.2013, DJe 18.03.2013).

Processual Civil e Tributário. ICMS. Transmissão e distribuição de energia elétrica. Súmula 166/STJ. Honorários advocatícios. Majoração. Impossibilidade. Súmula 7/STJ.

1. O ICMS sobre energia elétrica tem como fato gerador a circulação da mercadoria, e não do serviço de transporte de transmissão e distribuição de energia elétrica. Desse modo, incide a Súmula 166/STJ.

2. Ademais, o STJ possui entendimento no sentido de que a Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica - TUST e a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica - TUSD não fazem parte da base de cálculo do ICMS.

3. A discussão sobre o montante arbitrado a título de verba honorária está, em regra, indissociável do contexto fático-probatório dos autos, o que obsta o revolvimento do quantum adotado nas instâncias ordinárias pelo STJ, por força do disposto em sua Súmula 7.

4. Ressalto que tratam os autos de Ação Declaratória em que a autora pleiteia somente o direito de não pagar tributo. Desse modo, os honorários advocatícios fixados estão condizentes com o valor da causa estabelecido pela própria empresa.

5. Conforme orientação pacífica no STJ, excepcionalmente se admite o exame de questão afeta à verba honorária para adequar, em Recurso Especial, a quantia ajustada na instância ordinária ao critério de equidade estipulado na lei, quando o valor indicado for exorbitante ou irrisório.

6. A agravante reitera, em seus memoriais, as razões do Agravo Regimental, não apresentando nenhum argumento novo.

7. Agravos Regimentais do Estado de Minas Gerais e da empresa não providos.

(AgRg nos EDcl no REsp 1.267.162/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16.08.2012, DJe 24.08.2012 - destaquei meu).

Tributário. ICMS. Distribuição de energia elétrica. "Serviço de transporte de mercadoria". Inexistência de previsão legal. Circulação de mercadoria na transmissão da energia elétrica. Não ocorrência. Súmula 166/STJ. Precedentes. Súmula 83/STJ.

1. **Inexiste previsão legal para a incidência de ICMS sobre o serviço de "transporte de energia elétrica"**, denominado no Estado de Minas Gerais de TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica).

2. "Embora equiparadas às operações mercantis, as operações de consumo de energia elétrica têm suas peculiaridades, razão pela qual o fato gerador do ICMS

ocorre apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida. Não se cogita acerca de tributação das operações anteriores, quais sejam, as de produção e distribuição da energia, porquanto estas representam meios necessários à prestação desse serviço público.” (AgRg no REsp 797.826/MT, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 3.5.2007, DJ 21.6.2007, p. 283).

3. O ICMS sobre energia elétrica tem como fato gerador a circulação da “mercadoria”, e não do “serviço de transporte” de transmissão e distribuição de energia elétrica. Assim sendo, no “transporte de energia elétrica” incide a Súmula 166/STJ, que determina não constituir “fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.135.984/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 08.02.2011, DJe 04.03.2011 - destaque meu).

Dessa breve síntese, extrai-se que a jurisprudência desta Corte consagra, desde 2000, o entendimento segundo o qual não há fato gerador de ICMS no estágio de distribuição da energia elétrica.

Consequentemente, a não inclusão da TUSD na base de cálculo do ICMS constitui desdobramento lógico e necessário, porquanto a distribuição de energia elétrica não se confunde com a circulação jurídica dessa mercadoria.

Outrossim, releva assinalar que o art. 13, § 1º, da LC n. 87/1996, ao tratar da base de cálculo do ICMS, prescreve:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

[...]

§ 1º. Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do *caput* deste artigo:

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;

b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado. (destaque meu)

Nada dispõe a lei, dessarte, sobre encargos tarifários como integrantes de base de cálculo do ICMS.

Reforçando a ausência de previsão legal para a inclusão da TUSD na base de cálculo do ICMS para os consumidores livres, impende registrar que a PEC n. 285/04 previa, justamente, a incidência do ICMS na transmissão e distribuição da energia elétrica, mas foi declarada prejudicada em virtude da conversão da PEC n. 58/07 na EC n. 55/07, que aumentou a entrega de recursos pela União ao Fundo de Participação dos Municípios.

Da mesma forma, rejeitou-se pretensão semelhante contida no texto do Projeto de Lei Complementar n. 352/2002, dando origem à Lei Complementar n. 138/2010 que, por sua vez, alterou a Lei Complementar n. 87/1996 *sem instituir a previsão de incidência do ICMS nos estágios intermediários*.¹

Ressalta-se, ainda, que a previsão do art. 34, § 9º, do ADCT, segundo a qual o imposto será calculado pelo preço praticado na operação final, não atribui às distribuidoras a sujeição passiva – salvo se elas próprias forem as consumidoras da energia disponibilizada –, de maneira que o custo apurado na cadeia continuará sendo suportado pelo *verdadeiro* sujeito passivo, qual seja, o consumidor final, conforme ensina, uma vez mais, Roque Antonio Carrazza:

Esta ideia foi abonada pelo próprio constituinte, quando, no já mencionado art. 34, § 9º, do ADCT, estatuiu que as empresas distribuidoras “serão as responsáveis” pelo pagamento do ICMS, “desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final” – no mesmo sentido a Lei Complementar n. 87/1996, em seu art. 9º, § 1º, II. De que ICMS? Do único devido, pela operação praticada: a que levou – por intermédio da distribuidora – a energia elétrica, da fonte produtora ao consumidor final.

¹ Com efeito, dispunham os textos *não aprovados* da PEC n. 285/04 e do PLC n. 385/02, respectivamente:

[...]

§ 7º. Ressalvado o disposto no § 2º, X, *b*, a incidência do imposto de que trata o inciso II do *caput*, sobre *energia elétrica* e petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados:

I – ocorre em *todas as etapas da circulação*, desde a saída do estabelecimento produtor ou a importação até a sua destinação final;

II – *em relação à energia elétrica*, ocorre também nas etapas de produção, de *transmissão*, de *distribuição*, de conexão e de conversão, até a sua destinação final. (NR) (destaques meus)

Art. 13. [...]

[...]

VIII – na hipótese do inciso XII do art. 12, o valor:

a) da operação de que decorrer a entrada de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo;

b) total cobrado do adquirente, nele computados todos os encargos, tais como os de geração, importação, conexão, conversão, *transmissão* e *distribuição*, em relação à entrada de energia elétrica; (destaques meus)

[...]

Não se desconhece que cada etapa deste *iter* acrescenta riquezas novas, isto é, aumenta o *custo* da energia elétrica fornecida ao consumidor final. Mas isto só repercute na base de cálculo do ICMS, que será, a teor do dispositivo transitório em exame, o *preço então praticado na operação final*.

Com isto estamos enfatizando que tal tributação, em face das peculiaridades que cercam o fornecimento de energia elétrica, só é juridicamente possível no momento em que a energia elétrica, por força de relação contratual, *sai* do estabelecimento do fornecedor, sendo consumida.

A distribuidora, ao colocar a energia elétrica à disposição do consumidor final, assume a condição de “responsável” pelo recolhimento do ICMS. Melhor explicando, ela, no caso, paga o tributo a título alheio, isto é, por conta do consumidor final. Este, na verdade, o contribuinte do ICMS, nas duas acepções possíveis: *contribuinte de direito* (porque integra o polo passivo da obrigação tributária correspondente) e *contribuinte de fato* (porque suporta a carga econômica do tributo. (*op. cit.*, pp. 214/215)

Na mesma linha, Ricardo Lobo Torres, que, ao examinar o mencionado dispositivo, assinala:

O fato gerador do ICMS apenas se aperfeiçoa, deflagrando o nascimento da obrigação tributária, com o fornecimento da energia elétrica ao consumidor final, que é a “última operação” ou “operação final” referida no ADCT (art. 34, § 9º) e na LC n. 87/1996 (art. 9º, § 1º, II).

O termo fornecimento ingressou no direito brasileiro ainda ao tempo do antigo Imposto único sobre Energia Elétrica e perdura até hoje na legislação sobre a concessão e as tarifas do serviço público, para significar a entrega da mercadoria pelas concessionárias aos consumidores finais.

[...]

O momento da saída do estabelecimento do concessionário coincide com o da entrega do bem ao consumidor.

(*ICMS, fornecimento de energia elétrica e demanda de potência*, in *Revista de Estudos Tributários*, ano XI, n. 62, 2008, pp. 14/15).

Por fim, penso que a justiça fiscal não será concretizada com a adoção de exegese conducente à inclusão de encargos tarifários não autorizados em lei na base de cálculo do ICMS sobre energia elétrica, majorando seu custo para os consumidores livres, sob o fundamento de que os consumidores cativos já são onerados com a inclusão desses encargos.

O panorama retratado demonstra, em meu sentir, a adequação técnica do entendimento há muito sufragado pelas Turmas de Direito Público deste Superior Tribunal, motivo pelo qual se impõe a sua manutenção.

Ademais, tal orientação prestigia a previsibilidade das relações e a segurança jurídica, valor maior do ordenamento, constituindo tanto um direito fundamental quanto uma garantia do exercício de outros direitos fundamentais.

Isto posto, com respeitosa vênia do Senhor Relator, *dele divirjo para dar provimento ao recurso especial*, concedendo a segurança para afastar a incidência do ICMS sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição - TUSD, reafirmando, assim, a jurisprudência desta Corte.

Custas *ex lege*. Sem condenação em honorários, nos termos da Lei n. 12.016/2009 e do verbete sumular n. 105/STJ.

VOTO-VISTA

Ementa: Tributário. Recurso especial. ICMS sobre o fornecimento de energia elétrica. Consumidores livres. Inclusão da “TUSD” na base de cálculo do tributo. Possibilidade. Voto-vista acompanhando o relator, Sr. Ministro Gurgel de Faria.

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto por *Random S.A. Implementos e Participações*, com fulcro nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que negou provimento ao seu recurso de apelação para determinar a inclusão dos custos de geração, de transmissão e de distribuição na base de cálculo do ICMS sobre o consumo de energia elétrica.

Nas razões recursais, a recorrente sustenta, em suma, a inexigibilidade do ICMS sobre a Tarifa de Uso de Sistema de Distribuição (TSUD) no Ambiente de Contratação Livre (ACL) de energia elétrica.

Iniciado o julgamento, na sessão de 15.9.2016, o relator Ministro Gurgel de Farias negou provimento ao recurso especial acentuando, em síntese:

O fato gerador do ICMS em questão diz respeito à circulação jurídica da energia elétrica fornecida ao consumidor “livre”;

[...] a circulação da energia elétrica se dá com a ocorrência simultânea de sua geração, transmissão, distribuição e consumo, concretizando-se em uma corrente

elétrica que é acionada quando do fechamento do circuito físico existente desde a fonte geradora até a unidade do usuário;

[...] a geração, a transmissão e a distribuição formam o conjunto dos elementos essenciais que compõem o aspecto material do fato gerador, integrando o preço total da operação mercantil, não podendo qualquer um deles ser decotado da sua base de cálculo;

[...] o ICMS incide sobre todo o processo de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a indissociabilidade das suas fases de geração, transmissão e distribuição, sendo que o custo inerente a cada uma dessas etapas – entre elas a referente à Taxa de Uso do Sistema de Distribuição (TSUD) – compõe o preço final da operação e, conseqüentemente, a base de cálculo do imposto, nos termos do art. 13, I, da Lei Complementar n. 87/1996;

[...] embora materialmente não exista diferença na operação de fornecimento de energia elétrica, enquanto o “consumidor cativo”, que não tem o direito de escolha de quem comprar a energia elétrica, permanecerá pagando o ICMS sobre o preço final da operação, que engloba o custo de todas as fases, o “consumidor livre”, além de poder barganhar um melhor preço das empresas geradoras/comercializadoras, recolherá o tributo apenas sobre o preço dessa etapa da operação.

Na seqüência, a Ministra Regina Helena Costa, ao apresentar seu voto vista na sessão de 17.11.2016, divergiu do Relator aos seguintes fundamentos:

Energia elétrica [...] é considerada mercadoria para efeitos tributários, integrando a materialidade do ICMS (art. 155, II, § 3º, CR);

[...] o deslocamento da energia elétrica da fonte geradora para o sistema de transmissão e distribuição constitui, por definição, circulação física, porquanto caracterizadas como atividades-meio para o nascimento e aperfeiçoamento do fato gerador do ICMS, efetivado tão somente no instante do consumo da energia elétrica;

[...] no julgamento do REsp n. 222.810/MG, pela Primeira Turma, em 2000, foi textualmente adotado como razão de decidir na apreciação, em 11.03.2009, do Recurso Especial n. 960.476/SC, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC, mediante o qual se consolidou o entendimento de que o fato gerador do ICMS sobre energia elétrica pressupõe o seu efetivo consumo, constituindo as etapas anteriores mera circulação física da mercadoria;

No que tange especificamente à Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD), a jurisprudência de ambas as Turmas de Direito Público tem afastado a sua incidência sobre a base de cálculo do ICMS justamente por não reconhecer a circulação jurídica da mercadoria, a qual, em se tratando de energia elétrica, como visto, ocorre apenas com o seu consumo;

A não inclusão da TUSD na base de cálculo do ICMS constitui desdobramento lógico e necessário, porquanto a distribuição de energia elétrica não se confunde com a circulação jurídica dessa mercadoria;

Reforçando a ausência de previsão legal para a inclusão da TUSD na base de cálculo do ICMS para os consumidores livres, impende registrar que a PEC n. 285/04 previa, justamente, a incidência do ICMS na transmissão e distribuição da energia elétrica, mas foi declarada prejudicada em virtude da conversão da PEC n. 58/07 na EC n. 55/07, que aumentou a entrega de recursos pela União ao Fundo de Participação dos Municípios;

Da mesma forma, rejeitou-se pretensão semelhante contida no texto do Projeto de Lei Complementar n. 352/2002, dando origem à Lei Complementar n. 138/2010 que, por sua vez, alterou a Lei Complementar n. 87/1996 *sem instituir a previsão de incidência do ICMS nos estágios intermediários*.

Pedi vista dos autos.

E o relatório.

A controvérsia posta nos autos, como visto, cinge-se à legitimidade da inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TSUD) na base de cálculo do ICMS.

Dentro da nova estrutura do setor energético brasileiro, conforme explicitado pelo Relator e pela Ministra Regina Helena Costa, a partir de 1995, com a edição da Lei n. 9.074/1995 houve uma descentralização no fornecimento da energia elétrica, que anteriormente era concentrada nos entes estatais, passando a ser atribuída a agentes responsáveis pela geração, transmissão, distribuição e comercialização da energia elétrica.

Com a edição da Lei n. 10.848/2004, estabeleceu o legislador dois ambientes de contratação de energia elétrica, conforme o perfil do consumidor: o de contratação livre (ACL) e o de contratação regulada (ACR). Este tipo de contrato visa suprir as necessidades do consumidor cativo, que é atendido pela distribuidora local por meio de contratos de adesão. Por outro lado, o ambiente de contratação livre (ACL), geralmente destinado a indústrias que consomem grande quantidade de energia elétrica no processo produtivo, a negociação é feita de forma livre com agentes concessionários de geração, comercialização ou importação, conforme suas características próprias de consumo.

Confira-se o disposto no art. 1º, *caput*, e § 3º, da Lei n. 10.848/2004.

Art. 1º A comercialização de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica, bem como destes com seus consumidores, no Sistema Interligado Nacional - SIN,

dar-se-á mediante contratação regulada ou livre, nos termos desta Lei e do seu regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, deverá dispor sobre:

[...]

§ 3º A contratação livre dar-se-á nos termos do art. 10 da Lei n., mediante operações de compra e venda de energia elétrica envolvendo os agentes concessionários e autorizados de geração, comercializadores e importadores de energia elétrica e os consumidores que atendam às condições previstas nos arts. 15 e, com a redação dada por esta Lei.

A Resolução Aneel n. 456/2000 dividiu esses consumidores em dois grupos. No Grupo “A”, em regra, estão os consumidores com fornecimento de tensão igual ou superior a 2,3 kV e, no Grupo “B”, em geral, aqueles com tensão inferior a 2,3 kV. Essa Resolução posteriormente foi revogada pela Resolução Normativa n. 414/2010.

No Grupo “A” estão os consumidores livres, os quais, preenchidos os requisitos mínimos previstos na legislação, celebram os seguintes contratos: contrato de compra de energia elétrica, Contrato de Uso do Sistema de Distribuição (CUSD), Contrato de Uso do Sistema de Transmissão (CUST) e Contrato de Conexão, conforme previsto no art. 9º da Lei n. 9.648/1998 e na da Resolução Aneel n. 264/1998, que foi sucedida pela *Resolução Normativa n. 376, de 25 de agosto de 2009*

A Lei n. 9.648/1998, a propósito, assim dispõe:

Art. 9º Para todos os efeitos legais, a compra e venda de energia elétrica entre concessionários ou autorizados, deve ser contratada separadamente do acesso e uso dos sistemas de transmissão e distribuição.

Parágrafo único. Cabe à ANEEL regular as tarifas e estabelecer as condições gerais de contratação do acesso e uso dos sistemas de transmissão e de distribuição de energia elétrica por concessionário, permissionário e autorizado, bem como pelos consumidores de que tratam os arts. 15 e 16 da Lei n. 9.074, de 1995.

No Contrato de Compra e Venda de Energia Elétrica, o consumidor do Grupo “A”, na forma do art. 23 da Resolução Aneel n. 456/2000, contrata o fornecimento da energia elétrica de forma individual, conforme as suas características, que será remunerada por meio de preço.

Por sua vez, os Contratos de Uso do Sistema de Transmissão (CUST) ou do Sistema de Distribuição (CUSD) são destinados a regular a disponibilização

do uso das redes de distribuição e de transmissão e são remunerados por meio de tarifa estabelecida pela Aneel, consoante o disposto no art. 7º, §§ 1º e 2º, da Resolução Aneel n. 264/1998, sucedida pela Resolução Normativa n. 376, de 25 de agosto de 2009. Cumpre ressaltar que nesta contratação não há liberdade de negociação.

Esse, de forma breve, é o panorama da contratação a que está sujeito o consumidor no ambiente de contratação livre, espécie dos autos.

A energia elétrica, no que diz respeito à incidência do ICMS, é considerada mercadoria, e não serviço, de forma que é de se observar a regra geral da LC n. 87/1996, art. 2º, I:

O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias.

Em se tratando de incidência do ICMS sobre a energia elétrica, é relevante delinear o aspecto temporal de sua hipótese de incidência.

A Lei Complementar n. 87/1996 prevê, no art. 12, I, que a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte é o critério temporal hábil a demarcar a incidência desse tributo. Contudo, dada a complexidade do sistema, faz-se necessário compreender o funcionamento do sistema elétrico.

O sistema elétrico brasileiro, composto por instalações de geradores, linhas de transmissão e de distribuição e conexão com os consumidores, simultaneamente recebe energia de todos os geradores e alimenta todos os consumidores, fazendo uma analogia com “um sistema de ‘caixa único’, em que todos os geradores contribuem com sua produção, creditando-se respectivamente e, de outro lado, o universo de consumidores, alimentados pelas distribuidoras de energia elétrica, retiram seu consumo, debitando-se respectivamente, sendo o balanço final de resultado igual a zero” (CAMPOS, Clever M., *Curso Básico de Direito de Energia Elétrica*. Rio de Janeiro, Synergia, 2010, p. 12).

A energia elétrica não é suscetível de ser armazenada, a produção e o consumo ocorrem ao mesmo tempo, de forma que toda energia gerada é consumida instantaneamente, não havendo possibilidade de ser armazenada nos estágios intermediários de produção, transmissão e distribuição (CAMPOS, Clever M., *Introdução ao Direito de Energia Elétrica*, São Paulo, Ícone, 2001, p. 68).

Oportuno, no ponto, são os esclarecimentos de Roque Carrazza:

Embora as operações de consumo de energia elétrica tenham sido equiparadas a operações mercantis, elas se revestem de algumas especificidades, que não podem ser ignoradas.

O consumo de energia elétrica pressupõe, logicamente, sua produção (pelas usinas e hidrelétricas) e sua distribuição (por empresas concessionárias ou permissionárias). De fato, só se pode consumir uma energia elétrica anteriormente produzida e distribuída.

A distribuidora de energia elétrica, no entanto, não se equipara a um comerciante atacadista, que revende, ao varejista ou ao consumidor final, mercadorias de seu estoque.

É que a energia elétrica não configura bem suscetível de ser “estocado”, para ulterior revenda aos interessados.

Em boa verdade científica, só há falar em operação jurídica relativa ao fornecimento de energia elétrica, passível de tributação por meio de ICMS, no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (luz, calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade).

Portanto, apenas por “ficção” é que se pode entrever na “circulação” de energia elétrica, duas operações distintas: uma, da fonte gerador à rede distribuidora; outra, desta ao consumidor final.

[...]

Com isto estamos enfatizando que tal tributação, em face das peculiaridades que cercam o fornecimento de energia elétrica, só é juridicamente possível no momento em que a energia elétrica, por força de relação contratual, sai do estabelecimento do fornecedor, sendo consumida” (CARRAZZA, Roque, ICMS, 17ª ed., São Paulo, Malheiros, 2014, p. 242-243).

Assim, dada a instantaneidade do sistema energético, a concretização no tempo da hipótese de incidência do ICMS ocorre quando a energia elétrica é efetivamente consumida.

Portanto, o que se observa é que o procedimento de entrega da energia elétrica ao consumidor, que ocorre por meio de uma rede interligada, é um todo indissociável, devendo ser atribuído um tratamento unitário ao sistema.

Transmissão e distribuição, somadas à geração, são etapas indispensáveis à comercialização da energia elétrica. Isso porque estabelecido o campo elétrico, que é criado na denominada fase de geração de energia elétrica, uma força elétrica é gerada sobre os elétrons livres existentes nos fios condutores, produzindo corrente elétrica. Os elétrons sob efeito do campo elétrico vibram numa velocidade extremamente alta sem sair do lugar, e praticamente não se

movem. Não há que se falar, então, em transporte da corrente elétrica pelas linhas de transmissão e distribuição, estas são necessárias à propagação da corrente elétrica para ser finalmente disponibilizada ao consumidor. O campo elétrico gerado na usina é que se propaga pelas linhas de transmissão e produz efeitos nos elétrons livres existentes na fiação do consumidor.

Horácio Villen Neto, de forma clara, esclarece esses pontos:

Com o estabelecimento do campo elétrico no circuito, é gerada uma força elétrica sobre cada um dos elétrons livres, produzindo a corrente elétrica nas linhas de transmissão.

O deslocamento dos elétrons sob efeito de um campo elétrico é praticamente inexistente, movem-se para frente e para trás numa velocidade extremamente alta, sem praticamente, sair do lugar.

[...]

Concluimos, portanto, a inexistência do deslocamento dos elétrons, demonstrando o equivocado entendimento de que a energia elétrica é produzida pela usina hidrelétrica, seguindo pelas linhas de transmissão e distribuição, sendo, por fim disponibilizada aos consumidores.

O que efetivamente ocorre é que o campo elétrico produzido pela usina hidrelétrica gera efeito nos elétrons livres existentes na linha de transmissão, produzindo uma força elétrica sobre cada elétron, gerando, assim, uma corrente elétrica. Não ocorre 'transporte' dos elétrons da geradora para as linhas de transmissão e de distribuição, que chegaria ao consumidor. Os elétrons permanecerão 'estáticos', sujeitando-se ao campo produzido na etapa de transformação de energia elétrica.

O campo elétrico gera efeitos sobre os elétrons existentes nas linhas de transmissão, de distribuição e, posteriormente, aos existentes na fiação elétrica no domicílio do consumidor.

As linhas de distribuição e transmissão não 'transportam' a corrente elétrica produzida na etapa de transformação até chegar ao consumidor. Na verdade, as linhas de transmissão são necessárias para que o campo elétrico se propague até os elétrons livres existentes na fiação dos consumidores.

Quando ligamos um aparelho de som na tomada, o campo elétrico gerado na usina hidrelétrica e estabelecido em todo o circuito age sobre os elétrons contidos nos fios do aparelho, produzindo uma corrente elétrica dentro do aparelho e permitindo sua utilização pelo consumidor.

Nesse passo verifica-se a necessidade das linhas de transmissão para a propagação do campo elétrico e a 'produção' da energia elétrica. ("Incidência de ICMS na Atividade Praticada pelas Concessionárias de Transmissão e Distribuição de Energia Elétrica". In *Revista de Estudos Tributários*, Vol. 32, jul/ago 2003. Ed. Síntese, pp. 15/41.

Nota-se, nesse contexto, que a etapa de distribuição, da qual resulta a exigência da tarifa TUSD, é indispensável à integração do consumidor ao sistema energético. O consumidor não tem opção pela contratação do uso de sistema de distribuição, haja vista que sem ele não é possível o fornecimento de energia elétrica.

Assim, todo custo despendido para a entrega da energia elétrica, que será efetivamente consumida, deve integrar a base de cálculo do ICMS (geração, transmissão e distribuição), de forma que o imposto há de ser calculado sobre o preço praticado na operação final, entendendo esse que se depreende do estabelecido no art. 9º, II, da LC n. 87/1996 e no art. 34, § 9º, do ADCT.

Mais uma vez, são relevantes os ensinamentos de Roque Carrazza:

Logo, o ICMS-Energia elétrica levará em conta todas as fases anteriores que tornaram possível o consumo da energia elétrica. Estas fases anteriores, entretanto, não são dotadas de autonomia apta a ensejar incidências isoladas mas apenas uma, tendo por único sujeito passivo o consumidor final.

[...] no mencionado art. 34, § 9º, do ADCT, estatuiu que as empresas distribuidoras 'serão as responsáveis' pelo pagamento do ICMS, 'desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final' – no mesmo sentido a Lei Complementar n. 87/1996, em seu art. 9º, II, De que ICMS? Do único devido, pela operação praticada: a que levou - por intermédio da distribuidora - a energia elétrica, da fonte produtora ao consumidor final.

Insistimos que este tributo incide sobre a realização de operações relativas à circulação de energia elétrica (havida, pelo menos para fins tributários, como modalidade de mercadoria). E tal circulação só pode ser jurídica; não meramente física.

Não desconhecemos que cada etapa deste iter acrescenta riquezas novas, isto é, aumenta o custo da energia elétrica fornecida ao consumidor final. Mas isto só repercute na base de cálculo do ICMS, que será, a teor do dispositivo constitucional transitório em exame, o preço então praticado na operação final

No ponto, também ressaltou o eminente Relator Ministro Gurgel de Farias:

Essa realidade física revela, então, que a geração, a transmissão e a distribuição formam o conjunto dos elementos essenciais que compõem o aspecto material do fato gerador, integrando o preço total da operação mercantil, não podendo qualquer um deles ser decotado da sua base de cálculo.

Não trata a etapa de transmissão/distribuição de mera atividade meio, mas sim de atividade inerente ao próprio fornecimento de energia elétrica, sendo dele indissociável.

Nessa esteira, cabe salientar que a Constituição Federal, no art. 34, § 9º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao tratar da responsabilidade tributária das concessionárias distribuidoras em relação aos consumidores que hoje permanecem “cativos”, deixou claro que todas as etapas do processo de fornecimento da energia elétrica devem ser consideradas na composição do preço final da mercadoria a ser suportada pelo usuário. Confira-se esse comando constitucional:

§ 9º. Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local deva ocorrer essa operação. (Grifos acrescidos).

Essa regra veio a ser ratificada pela Lei Complementar n. 87/1996, em seu art. 9º, § 1º, II.

Frise-se que a abertura do mercado de energia elétrica, disciplinada pela Lei n. 9.074/1995 (que veio a segmentar o setor), não infirma a regra matriz de incidência do tributo, nem tampouco repercute na sua base de cálculo.

Digo isso porque essa lei, de cunho eminentemente administrativo e concorrencial, apenas permite a atuação de mais de um agente econômico numa determinada fase do processo de circulação da energia elétrica (geração). A partir dessa norma, o que se tem, na realidade, é uma mera divisão de tarefas, de geração, transmissão e distribuição, entre os agentes econômicos responsáveis por cada uma dessas etapas para a concretização do negócio jurídico tributável pelo ICMS, qual seja, o fornecimento de energia elétrica ao consumidor final.

Ante o exposto, peço vênias à senhora Ministra Regina Helena Costa, que inaugurou a divergência, para negar provimento ao recurso especial, acompanhando o eminente Relator Ministro Gurgel de Farias.

Advogado: João Joaquim Martinelli e outro(s) - RS045071A
Recorrido: Fazenda Nacional

EMENTA

Tributário. Recurso especial. Correção monetária das demonstrações financeiras. Ano-base de 1989. Ajuste no balanço patrimonial de 1994. Impossibilidade. Observância ao regime de competência.

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. Caso em que a recorrente defende a licitude da utilização do IPC no índice de 42,72% referente à inflação de 1989 na apuração do balanço patrimonial de 1994.

3. Na apuração dos resultados da empresa, adota-se o regime de competência, de modo que as receitas e as despesas devem ser incluídas no período-base em que, respectivamente, ocorreram, independentemente de recebimento ou pagamento.

4. *In casu*, constata-se que o ajuste da correção monetária efetuado pela recorrente desrespeitou o regime de competência no reconhecimento das receitas e despesas, bem como a limitação temporal legalmente imposta à compensação dos prejuízos fiscais.

5. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2016 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 13.2.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto por Oxford S/A Indústria e Comércio, com fulcro na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, assim ementado (fl. 1.177):

Mandado de segurança. Tributário. IPC de janeiro de 1989. Balanço contábil. Coisa julgada. Utilização em 1994 do direito a correção monetária. Impossibilidade.

Reconhecido judicialmente ao impetrante o direito de correção monetária do balanço patrimonial no ano-base de 1989, não pode utilizar deste direito em 1994, por desrespeito a *res judicata*.

Os embargos de declaração foram acolhidos, sem efeitos modificativos, conforme ementa de fls. 1.193-1.194:

Processual Civil. Embargos de declaração. Omissão. Tributário. Correção monetária das demonstrações financeiras. Índice de janeiro de 1989. Reconhecimento judicial. Princípio da competência.

1. O acórdão incorreu em omissão, uma vez que não analisou o cerne do controvérsia. A discussão paira sobre a possibilidade de correção monetária das demonstrações financeiras do ano base de 1994, pelo índice de 42,72%, relativo a janeiro de 1989, reconhecido judicialmente, diante do princípio da competência.

2. A impetrante, ao apurar o resultado econômico do período base de 1994, valendo-se de expurgo inflacionário ocorrido no ano de 1989, deixou de observar o princípio da competência. O reconhecimento de receitas e a apropriação de despesas devem ocorrer no período base em que, respectivamente, foram geradas e incorridas, pouco importando a data do recebimento ou do pagamento. E incorreto excluir do lucro real o saldo devedor da correção monetária, quando esse saldo não decorreu do resultado do exercício.

3. O art. 186 da Lei n. 6.404/1976 admite como ajuste de exercício anterior apenas os resultantes de efeitos da mudança de critério contábil ou da retificação de erro imputável a determinado exercício anterior, que não possam ser atribuídos a fatos subsequentes. Quando existem receitas e despesas relativas a

período anterior, que não foram consideradas por motivo não enquadrado no art. 186, os ajustes devem ser realizados no período em que se evidenciou a omissão.

4. Não se está negando a continuidade e o fluxo das operações produtivas da empresa, tampouco o direito de corrigir as demonstrações financeiras do ano-base de 1989 pelo índice de 42,72%.

5. Acolhe-se os embargos de declaração, para suprir a omissão, restando mantido, porém, o improvimento do recurso de apelação.

No apelo especial, a parte recorrente alega violação dos artigos 6º e 7º do Decreto-Lei n. 1.598/1977, 57 do Decreto n. 85.450/1980 (RIR de 1989) e 177, *caput* e § 1º, e 187 da Lei n. 6.404/1976.

Sob esse enfoque, narra a recorrente que obteve, em ação ordinária ajuizada em 1994, o reconhecimento de seu direito de computar, nas demonstrações financeiras, o expurgo do Plano Verão referente ao exercício do ano de 1989. Com base na referida sentença transitada em julgado, a recorrente efetuou o ajuste do balanço patrimonial referente ao ano de 1994, ou seja, “dentro do prazo prescricional do pleno exercício de qualquer direito em face da Fazenda” (fl. 1.201).

Defende que, por força da obrigatoriedade da pessoa jurídica de respeitar o princípio da continuidade previsto nos artigos acima referidos, é permitido ao contribuinte efetuar ajustes contábeis a qualquer tempo, desde que amparado em fundamento concreto (no caso, a coisa julgada).

Sustenta que, uma vez preenchidos determinados pressupostos, é possível o reconhecimento extemporâneo dos efeitos decorrentes dos expurgos inflacionários nas demonstrações financeiras da empresa contribuinte, de forma que a atitude de “se reconhecer o expurgo do índice inflacionário em 1994 não resultou em postergação do pagamento do imposto indevido e muito menos em redução indevida do lucro real, eis que consubstanciada em decisão judicial” (fl. 1.204).

Conclui, assim, que a correta interpretação dos artigos 6º e 7º do DL n. 1.598/1977, bem como dos artigos 177, 186 e 187 da Lei n. 6.404/1976, é no sentido de que, não havendo prejuízo para o Fisco, como no caso concreto, é possível a utilização dos efeitos da correção monetária suprimida, na forma dos devidos ajustes em exercícios futuros.

Contrarrrazões às fls. 1.219-1.234, nas quais alega-se, em síntese, que o direito reconhecido em favor da recorrente na ação ordinária ajuizada em 1994

(aplicação do índice expurgado de 42,72%, relativamente à inflação do mês de janeiro de 1989) foi indevidamente utilizado.

Nesse sentido, afirma que:

[...] a contabilização do saldo devedor da correção monetária do balanço de 1989 deveria ser efetuada a partir deste ano-base de 1989, com a aplicação contínua sobre o balanço dos exercícios seguintes para observância dos reflexos e possibilidade das deduções fiscais pretendidas em períodos-base mensais posteriores onde apurasse base de cálculo tributável, conforme decisão judicial, porém em concordância aos limites impostos na legislação tributária da época” (fl. 1.227).

Assim, insiste na tese de que a legislação vigente à época da obtenção submetia os contribuintes ao regime de competência, bem como a limites temporais quanto à utilização de eventuais prejuízos fiscais, de sorte que aqueles apurados em 1989, poderiam ser utilizados apenas nos quatro anos subsequentes.

Juízo positivo de admissibilidade às fls. 1.236-1.237.

O Ministério Público Federal opina pelo não provimento do recurso especial (fls. 1.249-1.252).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): De início, registra-se que “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo n. 2, aprovado pelo Plenário do Superior Tribunal de Justiça em 9.3.2016).

In casu, depreende-se que a ora recorrente impetrou mandado de segurança no qual requereu a concessão da ordem para anulação de atos da Delegacia da Receita Federal em Joinville, a fim de que fosse considerada, pela autoridade coatora, a “decisão judicial passada em julgado nos autos da Ação Ordinária n. 94.0102729-3 na sua integralidade e a licitude do lançamento do expurgo inflacionário do Plano Verão efetivado pela impetrante no exercício de 1994”.

A ordem foi denegada, basicamente, ao argumento de que “ao efetuar o ajuste da correção monetária referente ao período-base de 1989, no período-

base de 1994, a impetrante desrespeitou indiretamente o regime de competência no reconhecimento das receitas e despesas” (fl. 1.135), de modo que “caberia ao contribuinte refazer a sua contabilidade, calculando o montante correto e, se fosse o caso, solicitar a restituição do Imposto de Renda recolhido a maior em 1989 e nos anos subsequentes” (fl. 1.136).

O Tribunal de origem, em sede de apelação, manteve a sentença, assim fundamentando-se (fl. 1.175):

O Julgador monocrático entendeu que, em respeito a coisa julgada, o impetrante possui direito de efetuar a correção monetária no percentual de 42,72% do balanço patrimonial apenas relativo ano base de 1989, não sendo possível realizar a referida correção monetária em 1994.

Correto o julgador monocrático.

A decisão da ação declaratória n. 94.0102729-3 transitou em julgado com a seguinte parte dispositiva: “... *julgo procedente, em parte*, o pedido inicial e declaro o direito da autora ao cômputo do índice de 42,72%, relativamente à inflação do mês de janeiro de 1989, para fins de apuração do real resultado econômico do balanço patrimonial encerrado em 31.12.1989”.

A decisão é claríssima, não sendo possível o desrespeito a sua determinação sem ofensa a *res judicata*.

O fato do impetrante não ter utilizado no momento oportuno o seu direito não permite a sua utilização em momento diverso do determinado judicialmente.

Irresignada, a recorrente opôs embargos declaratórios que, embora acolhidos para suprir omissão, manteve o não provimento do recurso de apelação. Confira-se (fls. 1.189-1.191):

A impetrante, ao apurar o resultado econômico do período base de 1994, valendo-se de expurgo inflacionário ocorrido no ano de 1989, efetivamente deixou de observar o princípio da competência. O reconhecimento de receitas e a apropriação de despesas devem ocorrer no período base em que, respectivamente, foram geradas e incorridas, pouco importando a data do recebimento ou do pagamento”.

[...]

Como visto, há duas impropriedades no procedimento da empresa: não escriturar o índice de atualização monetária de janeiro de 1989 nas contas de resultado (receitas e despesas) e fazer o ajuste nas demonstrações financeiras de 1994. É incorreto excluir do lucro real o saldo devedor da correção monetária, quando esse saldo não decorreu do resultado do exercício. Além disso, o ajuste contábil deveria ser feito ao resultado do exercício a que se refere, para que efetivamente reflita o lucro ou prejuízo apurado.

Segundo a legislação tributária, a pessoa jurídica sujeita à tributação com base no lucro real deve manter escrituração com observância das leis comerciais e fiscais (art. 7º do DL n. 1.598/1977 e art. 157 do Decreto n. 85.450/1980). Assim, sob o ponto de vista do direito tributário, o princípio da competência também rege as adições, as exclusões e a temporalidade de utilização de resultados negativos apurados em períodos anteriores. Todos esses elementos compõem o lucro real de determinado exercício, que certamente não se repetem nos períodos de apuração subsequentes.

Cumpram-se ressaltar que o art. 186 da Lei n. 6.404/1976 admite como ajuste de exercício anterior, na demonstração dos lucros e prejuízos acumulados, apenas os resultantes de efeitos da mudança de critério contábil ou da retificação de erro imputável a determinado exercício anterior, **que não possam ser atribuídos a fatos subsequentes.** Na hipótese dos autos, evidentemente não se cuida nem de um caso nem de outro. **Quando existem receitas e despesas relativas a período anterior, que não foram consideradas por motivo não enquadrado no art. 186, os ajustes devem ser realizados no período em que se evidenciou a omissão.**

A invocação do princípio contábil da continuidade das entidades em nada altera o entendimento defendido neste julgado. Não se está negando a continuidade e o fluxo das operações produtivas da empresa, tampouco o direito de corrigir as demonstrações financeiras do ano-base de 1989 pelo índice de 42,72%. Pelo contrário, a Resolução do Conselho Federal de Contabilidade n. 759/1993 giza que **a observação do princípio da continuidade é indispensável à correta aplicação do princípio da competência, uma vez que se relaciona diretamente à quantificação dos componentes patrimoniais e à formação do resultado, constituindo dado importante para aferir a capacidade futura de geração de resultado.**

Nada há a reparar na decisão administrativa, porquanto determinou o exame da ocorrência de eventuais pagamentos a maior em relação ao período-base de 1989, em virtude do direito ao ajuste de correção monetária obtido judicialmente.

Ante o exposto, voto no sentido de acolher os embargos de declaração, para suprir a omissão apontada pela embargante, restando mantido, porém, o improvido do recurso de apelação.

No presente apelo especial, a recorrente reitera que o índice reconhecido judicialmente - 42,72% (IPC referente ao período-base de 1989) - poderia ser utilizado no balanço patrimonial de 1994.

Razão, contudo, não lhe assiste.

De início, consigno que a apuração do lucro tributável da pessoa jurídica para efeitos de IRPJ ou CSLL toma por base o lucro apurado na escrituração comercial. Nesta, a pessoa jurídica deve obedecer, em regra, ao

princípio da competência, ou seja, as receitas e as despesas devem ser incluídas na apuração do resultado do período-base em que, respectivamente, ocorreram, independentemente de recebimento ou pagamento. Referido aspecto contábil encontra-se expresso nos artigos 177 e 187 da Lei n. 6.404/1976. Confira-se:

*Art. 177. A escrituração da companhia será mantida em registros permanentes, com obediência aos preceitos da legislação comercial e desta Lei e aos princípios de contabilidade geralmente aceitos, devendo observar métodos ou critérios contábeis uniformes no tempo e registrar as mutações patrimoniais segundo o **regime de competência**.*

§ 1º As demonstrações financeiras do exercício em que houver modificação de métodos ou critérios contábeis, de efeitos relevantes, deverão indicá-la em nota e ressaltar esses efeitos.

§ 2º A companhia observará exclusivamente em livros ou registros auxiliares, sem qualquer modificação da escrituração mercantil e das demonstrações reguladas nesta Lei, as disposições da lei tributária, ou de legislação especial sobre a atividade que constitui seu objeto, que prescrevam, conduzam ou incentivem a utilização de métodos ou critérios contábeis diferentes ou determinem registros, lançamentos ou ajustes ou a elaboração de outras demonstrações financeiras. (Redação dada pela Lei n. 11.941, de 2009)

I – (revogado); (Redação dada pela Lei n. 11.941, de 2009)

II – (revogado). (Redação dada pela Lei n. 11.941, de 2009)

§ 3º As demonstrações financeiras das companhias abertas observarão, ainda, as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários e serão obrigatoriamente submetidas a auditoria por auditores independentes nela registrados. (Redação dada pela Lei n. 11.941, de 2009)

§ 4º As demonstrações financeiras serão assinadas pelos administradores e por contabilistas legalmente habilitados.

§ 5º As normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários a que se refere o § 3º deste artigo deverão ser elaboradas em consonância com os padrões internacionais de contabilidade adotados nos principais mercados de valores mobiliários. (Incluído pela Lei n. 11.638, de 2007)

§ 6º As companhias fechadas poderão optar por observar as normas sobre demonstrações financeiras expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários para as companhias abertas. (Incluído pela Lei n. 11.638, de 2007)

§ 7º (Revogado). (Redação dada pela Lei n. 11.941, de 2009)

[...]

Art. 187. A demonstração do resultado do exercício discriminará:

I - a receita bruta das vendas e serviços, as deduções das vendas, os abatimentos e os impostos;

II - a receita líquida das vendas e serviços, o custo das mercadorias e serviços vendidos e o lucro bruto;

III - as despesas com as vendas, as despesas financeiras, deduzidas das receitas, as despesas gerais e administrativas, e outras despesas operacionais;

IV - o lucro ou prejuízo operacional, as outras receitas e as outras despesas; (Redação dada pela Lei n. 11.941, de 2009)

V - o resultado do exercício antes do Imposto sobre a Renda e a provisão para o imposto;

VI - as participações de debêntures, empregados, administradores e partes beneficiárias, mesmo na forma de instrumentos financeiros, e de instituições ou fundos de assistência ou previdência de empregados, que não se caracterizem como despesa; (Redação dada pela Lei n. 11.941, de 2009)

VII - o lucro ou prejuízo líquido do exercício e o seu montante por ação do capital social.

§ 1º Na determinação do resultado do exercício serão computados:

a) as receitas e os rendimentos ganhos no período, independentemente da sua realização em moeda; e

b) os custos, despesas, encargos e perdas, pagos ou incorridos, correspondentes a essas receitas e rendimentos.

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei n. 11.638, de 2007) (Revogado pela Lei n. 11.638, de 2007)

Assim, a partir do lucro líquido contábil, a pessoa jurídica tributada pelo lucro real apura o IRPJ e a CSLL mediante adições e exclusões, segundo os regimes jurídicos próprios de cada uma das exações.

A propósito, é entendimento desta Corte que “na legislação tributária, prevalece a regra do regime de competência, de modo que as despesas devem ser deduzidas no lucro real do período-base competente, ou seja, quando jurídica ou economicamente se tornarem devidas” (REsp 1.313.879/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 8.3.2013).

Convém destacar que o próprio Regulamento do Imposto sobre a Renda vigente no período-base de 1989, aprovado pelo Decreto n. 85.450/1980, em seu artigo 154, assim definia o lucro real:

Art. 154. Lucro real é o lucro líquido do exercício ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas por este Regulamento (arts. 387 e 388) (Decreto-Lei n. 1.598/1977, art. 6º).

Parágrafo único. Os valores que, por competirem a outro período-base, forem, para efeito de determinação do lucro real, adicionados ao lucro líquido

do exercício, ou dele excluídos, serão, na determinação do lucro real do período competente, excluídos do lucro líquido ou a ele adicionados, respectivamente (Decreto-Lei n. 1.598/1977, art. 6º, § 4º).

Tal regulamento, a propósito, nos artigos 155 e 157, determinava que a apuração do lucro líquido e a escrituração observasse as leis comerciais e fiscais:

Art. 155. O lucro líquido do exercício é a soma algébrica do lucro operacional (Capítulo II), dos resultados não operacionais (Capítulo III), do saldo da conta de correção monetária (Capítulo IV) e das participações, e deverá ser determinado com observância dos preceitos da lei comercial (Decreto-Lei n. 1.598/1977, art. 6º, § 1º).

[...]

Art. 157. A pessoa jurídica sujeita à tributação com base no lucro real deve manter escrituração com observância das leis comerciais e fiscais (Decreto-Lei n. 1.598/1977, art. 7º).

§ 1º A escrituração deverá abranger todas as operações do contribuinte, bem como os resultados apurados anualmente em suas atividades no território nacional (Lei n. 2.354/1954, art. 2º).

§ 2º É facultado às pessoas jurídicas que possuem filiais, sucursais ou agências manter contabilidade não centralizada, devendo incorporar, na escrituração da matriz, os resultados de cada uma delas (Lei n. 2.354/1954, art. 2º).

§ 3º As disposições deste art. aplicam-se também às filiais, sucursais, agências ou representações, no Brasil, das pessoas jurídicas com sede no exterior, devendo o agente ou representante do comitente com domicílio fora do País escriturar os seus livros comerciais, de modo que demonstrem além dos próprios rendimentos, os lucros reais apurados nas operações de conta alheia, em cada ano (Lei n. 2.354/1954, art. 2º, e Lei n. 3.470/1958, art. 76 e § 1º).

§ 4º Para a apuração do resultado das operações referidas no final do parágrafo anterior, o intermediário no País que for o importador ou consignatário da mercadoria deverá escriturar o lucro da sua atividade separadamente do lucro do comitente residente ou domiciliado no exterior, observado o disposto no parágrafo único do art. 270 (Lei n. 3.470/1958, art. 76 e §§ 1º e 2º).

§ 5º A pessoa jurídica isenta na forma do art. 125 está desobrigada de escrituração contábil e fiscal relativa ao imposto de renda (Decreto-Lei n. 1.780/1980, art. 1º, § 3º).

De outro lado, estabelecia o artigo 382 do Regulamento do Imposto sobre a Renda já citado, a possibilidade de compensação de eventual prejuízo fiscal nos quatro períodos-base subsequentes. Veja-se:

Art. 382. A pessoa jurídica poderá compensar o prejuízo apurado em um período-base com o lucro real determinado nos 04 (quatro) períodos-base subseqüentes (Decreto-Lei n. 1.598/1977, art. 64).

§ 1º O prejuízo compensável é o apurado na demonstração do lucro real e registrado no Livro de Apuração do Lucro Real, corrigido monetariamente até o balanço do período-base em que ocorrer a compensação (Decreto-Lei n. 1.598/1977, art. 64, § 1º).

§ 2º Dentro do prazo previsto neste art. a compensação poderá ser total ou parcial, em um ou mais períodos-base, à opção do contribuinte (Decreto-Lei n. 1.598/1977, art. 64, § 2º).

§ 3º A absorção, mediante débito à conta de lucros acumulados, de reservas de lucros ou capital, ao capital social, ou à conta de sócios, matriz ou titular de empresa individual, de prejuízos apurados na escrituração comercial do contribuinte não prejudica seu direito à compensação nos termos deste art. (Decreto-Lei n. 1.598/1977, art. 64, § 3º).

Dita previsão foi repetida pelo Regulamento do Imposto de Renda de 1994 (aprovado pelo Decreto n. 1.041/1994) que, no artigo 503, estabeleceu que “a pessoa jurídica poderá compensar o prejuízo apurado em um período-base, encerrado até 31 de dezembro de 1991, com o lucro real determinado nos quatro anos-calendário subsequentes (Decreto-Lei n. 1.598/77, art. 64)”.

A par dos dispositivos legais elencados, evidencia-se que, ao efetuar o ajuste da correção monetária referente ao período-base de 1989, no balanço patrimonial do ano de 1994, a recorrente desrespeitou indiretamente o regime de competência no reconhecimento das receitas e despesas, bem como deixou de observar a limitação temporal legalmente imposta à compensação dos prejuízos fiscais.

Com essas considerações, *nego provimento* ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.468.401-RS (2014/0172284-5)

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social

Advogado: Procuradoria-Geral Federal - PGF - PR000000F

Recorrido: Joira Chiavagatti

Advogados: Jefferson Picoli - RS050336

Daniel Coral e outro(s) - RS078176

EMENTA

Previdenciário e Processual Civil. Negativa de prestação jurisdicional. Deficiência de fundamentação. Óbice da Súmula 284/STF. Tempo especial. Exposição a agentes biológicos. Ambiente hospitalar. Conceitos de habitualidade e permanência que comportam interpretação. Prevalência do critério qualitativo. Risco iminente. Avaliação da real efetividade e da devida utilização do EPI. Reexame de prova. Súmula 7/STJ. Conversão de tempo de serviço comum em especial. Incidência da legislação vigente quando preenchidos os requisitos do benefício pretendido. Matéria já decidida sob o rito do art. 543-C do CPC.

1. É deficiente a fundamentação do recurso especial em que a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC se faz de forma genérica, sem a demonstração exata dos pontos pelos quais o acórdão se fez omissivo, contraditório ou obscuro. Aplica-se, na hipótese, o óbice da Súmula 284 do STF.

2. A circunstância de o contato com os agentes biológicos não perdurar durante toda a jornada de trabalho não significa que não tenha havido exposição a agentes nocivos de forma habitual e permanente, na medida que a natureza do trabalho desenvolvido pela autora, no ambiente laboral hospitalar, permite concluir por sua constante vulnerabilidade. Questão que se resolve pelo parâmetro qualitativo, e não quantitativo.

3. Na hipótese, a instância ordinária manifestou-se no sentido de que, sendo evidente a exposição a agentes de natureza infecto-contagiosa, não há como atestar a real efetividade do Equipamento de Proteção Individual – EPI. Rever esse entendimento, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice da Súmula 7/STJ.

4. No julgamento do *REsp 1.310.034/PR*, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, processado nos termos do arts. 543-C do CPC, o STJ firmou entendimento no sentido de que, para fazer jus à conversão de tempo de serviço comum em especial, é necessário que o segurado tenha reunido os requisitos para o benefício pretendido antes da vigência da Lei n. 9.032/1995, independentemente do regime jurídico reinante à época em que prestado o serviço.

5. Recurso especial do INSS parcialmente provido, para se afastar a pretendida conversão de tempo de serviço comum em especial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial apenas para afastar a conversão de tempo de serviço comum em especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília (DF), 16 de março de 2017 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 27.3.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Trata-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com fulcro na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fl. 345):

Direito Previdenciário. Tempo rural. Regime de economia familiar. Tempo especial. Agentes nocivos biológicos. Aposentadoria por tempo de serviço/contribuição. Concessão. Consectários. Adequação de ofício.

1. Mediante início de prova material, corroborada por prova testemunhal, é de se reconhecer o labor no meio rural, para fins previdenciários.

2. Comprovada a exposição do segurado a agente nocivo, na forma exigida pela legislação previdenciária aplicável à espécie, possível reconhecer-se a especialidade da atividade laboral por ele exercida.

3. Em se tratando de agentes biológicos, o enquadramento decorre do fato do labor ter sido prestado em ambiente hospitalar, onde é notória a presença de germes infecciosos ou parasitários humanos-animais e onde o risco de contágio é inerente às atividades prestadas, sendo desnecessário que o contato se dê de forma permanente, já que o risco de acidente independe do tempo de exposição, da utilização ou não de EPI ou de menção, em laudo pericial, à neutralização de seus efeitos nocivos.

4. No caso dos autos, o autor tem direito à aposentadoria por tempo de contribuição, pois mediante a soma do tempo judicialmente reconhecido com o tempo computado na via administrativa, possui tempo suficiente e implementa os demais requisitos para a concessão do benefício.

5. Não incide a Lei n. 11.960/2009 (correção monetária equivalente à poupança) porque declarada inconstitucional (ADIs 4.357 e 4.425/STF), com efeitos *erga omnes* e *ex tunc*.

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados.

Alega o INSS violação ao art. 535 do CPC/1973, 57, §§ 3º e 4º, e 58, §§ 1º e 2º, da Lei n. 8.213/1991, 191, II, da CLT, e 2º da LICC. Para tanto, argumenta que:

I) o aresto integrativo deveria ser anulado, pois não teria sanado omissão indicada em embargos de declaração;

II) não é possível o direito ao reconhecimento da especialidade do trabalho no período posterior à vigência da Lei n. 9.032/1995, uma vez que a exposição a agentes nocivos biológicos ocorreu apenas de forma intermitente;

III) o emprego de equipamento de proteção individual - EPI, com a neutralização do potencial lesivo dos agentes nocivos, afasta a possibilidade do reconhecimento de tempo de serviço especial; e

IV) é impossível a conversão de tempo de serviço comum para especial quando o requerimento administrativo foi realizado após o advento da Lei n. 9.032/1995.

Sem contrarrazões, conforme certidão de fl. 40.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): Registre-se, de logo, que o acórdão recorrido foi publicado na vigência do CPC/1973; por isso, no exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso, será observada a diretriz contida no Enunciado Administrativo n.2/STJ, aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9 de março de 2016 (*Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*).

De plano, verifica-se deficiência na fundamentação do recurso especial em que a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC se faz de forma genérica, sem a demonstração exata dos pontos pelos quais o acórdão se fez omissivo, contraditório ou obscuro. Aplica-se, na hipótese, o óbice da Súmula 284 do STF. Nesse mesmo sentido são os seguintes precedentes: *AgRg no REsp 1.084.998/SC*, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12.3.2010; *AgRg no REsp 702.802/SP*, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma DJe 19.11.2009, e *REsp 972.559/RS*, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe de 9.3.2009.

Quanto à alegação do INSS de que a recorrida não faz jus ao reconhecimento de tempo de serviço especial no período posterior à vigência da Lei n. 9.032/1995, porque a exposição do autor a agentes nocivos biológicos ocorreu apenas de forma intermitente, necessário se faz um exame mais acurado da questão.

De início, consigna-se que o art. 57, § 3º, da Lei n. 8.213/1991, com redação dada pela Lei n. 9.032/1995, assevera que a “concessão da aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado, perante o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado”.

No caso, a Corte de origem, ao reconhecer o direito da autora à contagem de tempo de serviço especial, deixou expressamente dispostos os elementos que embasaram a sua convicção, conforme se observa do seguinte excerto do acórdão recorrido, *verbis* (fls. 335/336):

Período: 13.10.2003 a 27.09.2005

Empresa: Fundação Hospital Centenário

Função/Atividades: Técnica de enfermagem

Agentes nocivos: Agentes biológicos

Enquadramento legal: 1.3.2 do Quadro Anexo do Decreto n. 53.831/1964, 1.3.4 do Anexo I do Decreto n. 83.080/1979, 3.0.1 do Anexo IV do Decreto n. 2.172/1997 e 3.0.1 do Anexo IV do Decreto n. 3.048/1999 (agentes biológicos)

Provas: CTPS, PPP (evento 1 - PROCADM8 - fl.7)

Conclusão: Restou devidamente comprovado nos autos o exercício de atividade especial pela parte autora no período indicado, conforme a legislação aplicável à espécie, em virtude de sua exposição aos agentes biológicos.

Assim, mantida a sentença no tópico.

Período: 06.12.2005 a 21.12.2010

Empresa: Associação Hospitalar Novo Hamburgo

Função/Atividades: Técnica de enfermagem

Agentes nocivos: Agentes biológicos

Enquadramento legal: 1.3.2 do Quadro Anexo do Decreto n. 53.831/1964, 1.3.4 do Anexo I do Decreto n. 83.080/1979, 3.0.1 do Anexo IV do Decreto n. 2.172/1997 e 3.0.1 do Anexo IV do Decreto n. 3.048/99 (agentes biológicos)

Provas: CTPS, PPP (evento 1 - PROCADM8 - /1.12)

Conclusão: Restou devidamente comprovado nos autos o exercício de atividade especial pela parte autora no período indicado, conforme a legislação aplicável à espécie, em virtude de sua exposição aos agentes biológicos.

[...]

Todavia, esta Corte tem entendido que é possível o enquadramento em face do labor ter sido prestado em ambiente hospitalar, onde é notória a presença de germes infecciosos ou parasitários humanos-animais, sendo o risco de contágio inerente às atividades ali prestadas e sendo desnecessário que o contato se dê de forma permanente, já que o risco de acidente independe do tempo de exposição (vide AC n. 2000.04.01.130926-0/RS, Rei. Juiz Fernando Quadros da Silva, DJU, seção II, de 18.02.2004, p. 619).

Cumpre referir por fim, que os equipamentos de proteção individual, ainda que sejam fornecidos e utilizados, não são capazes de elidir a agressão dos agentes biológicos presentes em todo o ambiente de trabalho, uma vez que não há como executar um controle absoluto, capaz de elidir o risco proveniente do exercício da atividade que é executada com evidente exposição a agentes de natureza infecto-contagiosa.

Assim deve ser mantida a sentença monocrática no que reconheceu a especialidade das atividades desenvolvidas nos períodos de 24.04.1986 a 09.06.1992, 10.06.1992 a 1º.02.1996 e 13.10.2003 a 27.09.2005, bem como deve ser provido o recurso da parte autora para reconhecer a especialidade das atividades exercidas no interregno de 06.12.2005 a 21.12.2010, os quais somados correspondem a 16 anos, 09 meses e 09 dias.

No ponto, não há o que reparar no acórdão recorrido.

Com efeito, o fato de a exposição a agentes biológicos não perdurar durante toda a jornada de trabalho não significa que não tenha havido exposição a agentes nocivos de forma habitual e permanente, na medida em que a natureza do trabalho desenvolvido pela autora, aliada ao ambiente em que exerce sua profissão permitem concluir a sua constante vulnerabilidade.

A propósito, a doutrinadora Adriana Bramante de Castro Ladenthin, em sua obra “Aposentadoria especial: teoria e prática”, leciona que “*Não é necessário que a exposição se dê durante toda a jornada de trabalho, mas que permanência ao agente biológico possibilite a contaminação e o prejuízo à saúde do trabalhador*” (fl. 79).

E prosseguindo, conclui a autora que:

[...] o reconhecimento da especialidade em relação aos agentes biológicos se dá pela comprovação de exposição a esses agentes qualitativamente, capazes de serem nocivos à saúde, ainda que a exposição não se dê em toda jornada de trabalho em razão da natureza da atividade exercida. Além disso, na via administrativa, em relação às doenças infectocontagiosas dispostas no Anexo IV, alínea “a”, do Decreto n. 3.048/1999, somente serão considerados especiais aquelas que tenham sido exercidas cumulativamente:

- em estabelecimento de saúde;
- em contato com doentes portadores de doenças infectocontagiosas ou com manuseio de materiais contaminados.

(LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro, *in* **Aposentadoria especial: teoria e prática**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 79-82).

Esta Corte, por seu turno, já teve oportunidade de se manifestar acerca do conceito do vocábulo “permanente”, para os fins de cumprimento do disposto no art. 57, § 3º, da Lei n. 8.213/1991. Veja-se:

Recurso especial. Previdenciário. Conversão de tempo de serviço prestado em condições insalubres. Comprovação. Agente nocivo eletricidade. Recurso que deixa de impugnar os fundamentos do acórdão recorrido. Súmula n. 283/STF.

1. O direito à contagem, conversão e averbação de tempo de serviço é de natureza subjetiva, enquanto relativo à realização de fato continuado, constitutivo de requisito à aquisição de direito subjetivo outro, estatutário ou previdenciário, não havendo razão legal ou doutrinária para identificá-lo a norma legal de regência com aquela que esteja a vigor somente ao tempo da produção do direito à aposentadoria, de que é instrumental.

2. O tempo de serviço é regido pela norma vigente ao tempo da sua prestação, consequencializando-se que, em respeito ao direito adquirido, prestado o serviço em condições adversas, por força das quais atribuía a lei vigente forma de contagem diversa da comum e mais vantajosa, esta é que há de disciplinar a contagem desse tempo de serviço.

3. Considerando-se a legislação vigente à época em que o serviço foi prestado, não se pode exigir a comprovação à exposição a agente insalubre de forma permanente, não ocasional nem intermitente, uma vez que tal exigência somente foi introduzida pela Lei n. 9.032/1995.

4. *O tempo de trabalho permanente a que se refere o parágrafo 3º do artigo 57 da Lei n. 8.213/1991 é aquele continuado, não o eventual ou intermitente, não implicando, por óbvio, obrigatoriamente, que o trabalho, na sua jornada, seja ininterrupto sob o risco.*

5. Fundado o acórdão alvejado em que a atividade exercida pelo segurado é enquadrada como especial, bem como em que restou comprovado, por meio dos formulários SB-40 e DSS-8030 e perícia, que o autor estava efetivamente sujeito a agentes nocivos, fundamentação estranha, todavia, à impugnação recursal, impõe-se o não conhecimento da insurgência especial.

6. "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles." (Súmula do STF, Enunciado n. 283).

7. Recurso parcialmente conhecido e improvido.

(REsp 658.016/SC, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 18.10.2005, DJ 21.11.2005, p. 318)

Em relação aos agentes biológicos, anota-se o elucidativo trecho colhido da decisão monocrática prolatada no REsp 1.645.025/RS, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, DJe, 06.02.2017:

11. Como afirmado pelo Tribunal de origem, o fundamento sustentado pela Autarquia de que a exposição aos agentes biológicos era eventual, não é suficiente para descaracterização da especialidade. Não se reclama exposição às condições insalubres durante todos os momentos da prática laboral, visto que habitualidade e permanência hábeis para os fins visados pela norma - que é protetiva - devem ser analisadas à luz do serviço cometido ao trabalhador, cujo desempenho, não

descontínuo ou eventual, exponha sua saúde à prejudicialidade das condições físicas, químicas, biológicas ou associadas que degradam o meio ambiente do trabalho.

12. Tem-se, assim, que a avaliação no caso dos autos se torna qualitativa, independentemente do tempo de exposição.

Quanto ao uso de Equipamento de Proteção Individual - EPI para neutralização dos agentes agressivos, esta Corte, ao examinar o tema, firmou o entendimento de que o fato de a empresa fornecer o EPI não afasta, por si só, a contagem do tempo especial, pois cada caso deve ser examinado em suas peculiaridades, a fim de se ter como comprovada a real efetividade do aparelho e o uso permanente pelo empregado durante a jornada de trabalho.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

Previdenciário. Processual Civil. Divergência jurisprudencial. Fornecimento de Equipamento de Proteção Individual. Afastamento da insalubridade. Reexame de fatos e provas. Súmula 7/STJ.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o fato de a empresa fornecer ao empregado Equipamento de Proteção Individual (EPI) não afasta, por si só, o direito ao benefício da aposentadoria com a contagem de tempo especial, devendo ser apreciado caso a caso.

2. Hipótese em que o Tribunal de origem expressamente consignou que o uso de EPI neutralizou a insalubridade, não dando ensejo ao benefício da aposentadoria com a contagem de tempo especial.

3. Desconstituir tal premissa requer, necessariamente, o reexame de fatos e provas, o que é vedado ao STJ, em recurso especial, por óbice da Súmula 7/STJ. Precedentes.

4. Incabível recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional quando o deslinde da controvérsia requer a análise do conjunto fático-probatório dos autos.

Agravo regimental improvido.

(*AgRg no AREsp 174.282/SC*, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 21.06.2012, DJe 28.06.2012)

Previdenciário. Reconhecimento de atividade especial. Termo final. Inaplicabilidade do artigo 28 da Lei n. 9.711/1998. Direito adquirido. Comprovação de salubridade da atividade desenvolvida. Laudo pericial e uso Equipamento de Proteção Individual. Desconstituição. Incidência da Súmula 7/STJ.

1. A partir do julgamento do REsp n. 956.110/SP, a Quinta Turma, em alteração de posicionamento, assentou a compreensão de que, exercida a atividade em condições especiais, ainda que posteriores a maio de 1998, ao segurado assiste o direito à conversão do tempo de serviço especial em comum, para fins de aposentadoria.

2. Impossibilidade de descaracterizar a salubridade da atividade reconhecida pelo Tribunal de origem por meio da análise da prova pericial.

3. No que tange ao uso do EPI - Equipamento de Proteção Individual, esta Corte já decidiu que não há condições de chegar-se à conclusão de que o aludido equipamento afasta, ou não, a situação de insalubridade sem revolver o conjunto fático-probatório amealhado ao feito. (Súmula n. 7).

4. Recurso especial improvido.

(REsp 1.108.945/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 23.06.2009, DJe 03.08.2009)

Previdenciário. Contagem de tempo de serviço. Exercício em condições especiais. Comprovação por meio de formulário próprio. Possibilidade até o Decreto n. 2.172/1997 – ruídos acima de 80 decibéis considerados até a vigência do referido decreto. Equipamento de Proteção Individual. Simples fornecimento. Manutenção da insalubridade. Aplicação do verbete sumular n. 7/STJ. Recurso improvido.

1. A Terceira Seção desta Corte entende que não só o período de exposição permanente a ruído acima de 90 dB deve ser considerado como insalubre, mas também o acima de 80 dB, conforme previsto no Anexo do Decreto n. 53.831/1964, que, juntamente com o Decreto n. 83.080/1979, foram validados pelos arts. 295 do Decreto n. 357/1991 e 292 do Decreto n. 611/1992.

2. Dentro desse raciocínio, o ruído abaixo de 90 dB deve ser considerado como agente agressivo até a data de entrada em vigor do Decreto n. 2.172, de 5.3.1997, que revogou expressamente o Decreto n. 611/1992 e passou a exigir limite acima de 90 dB para configurar o agente agressivo.

3. O fato de a empresa fornecer ao empregado o Equipamento de Proteção Individual - EPI, ainda que tal equipamento seja devidamente utilizado, não afasta, de per se, o direito ao benefício da aposentadoria com a contagem de tempo especial, devendo cada caso ser apreciado em suas particularidades.

4. Incabível, pela via do recurso especial, o exame acerca da eficácia do EPI para fins de eliminação ou neutralização da insalubridade, ante o óbice do enunciado sumular n. 7/STJ.

5. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 720.082/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 15.12.2005, DJ 10.04.2006, p. 279)

Na hipótese, a instância ordinária manifestou-se no sentido de que não houve comprovação da real efetividade do equipamento de proteção individual - EPI na neutralização do agente insalubre, nos seguintes termos (fl. 336):

Cumpra referir por fim, que os equipamentos de proteção individual, ainda que sejam fornecidos e utilizados, não são capazes de elidir a agressão dos agentes biológicos presentes em todo o ambiente de trabalho, uma vez que não há como executar um controle absoluto, capaz de elidir o risco proveniente do exercício da atividade que é executada com evidente exposição a agentes de natureza infecto-contagiosa.

Dessa forma, rever as conclusões adotadas pelo Tribunal de origem, no sentido de averiguar o fornecimento de equipamento de proteção individual - EPI capaz de neutralizar o potencial lesivo dos agentes nocivos, é providência que também encontra o óbice previsto na Súmula 7/STJ.

Por fim, a questão relativa à possibilidade de conversão de tempo comum em especial foi decidida no julgamento do *REsp 1.310.034/PR*, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, processada nos termos do art. 543-C do CPC, em acórdão assim ementado:

Recurso especial. Violação do art. 535 do CPC não configurada. Matéria repetitiva. Art. 543-C do CPC e Resolução STJ 8/2008. Recurso representativo de controvérsia. Previdenciário. Tempo especial e comum. Conversão. Possibilidade. Art. 9º, § 4º, da Lei n. 5.890/1973, introduzido pela Lei n. 6.887/1980. Critério. Lei aplicável. Legislação vigente quando preenchidos os requisitos da aposentadoria.

1. Trata-se de Recurso Especial interposto pela autarquia previdenciária com intuito de desconsiderar, para fins de conversão entre tempo especial e comum, o período trabalhado antes da Lei n. 6.887/1980, que introduziu o citado instituto da conversão no cômputo do tempo de serviço.

2. Como pressupostos para a solução da matéria de fundo, destaca-se que o STJ sedimentou o entendimento de que, em regra; a) a configuração do tempo especial é de acordo com a lei vigente no momento do labor, e b) a lei em vigor quando preenchidas as exigências da aposentadoria é a que define o fator de conversão entre as espécies de tempo de serviço. Nesse sentido: *REsp 1.151.363/MG*, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 5.4.2011, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC.

3. A lei vigente por ocasião da aposentadoria é a aplicável ao direito à conversão entre tempos de serviço especial e comum, independentemente do regime jurídico à época da prestação do serviço. Na mesma linha: *REsp 1.151.652/MG*, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 9.11.2009; *REsp 270.551/SP*, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 18.03.2002; *REsp 28.876/SP*, Rel. Ministro

Assis Toledo, Quinta Turma, DJ 11.09.1995; AgRg nos EDcl no Ag 1.354.799/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 5.10.2011.

4. No caso concreto, o benefício foi requerido em 24.1.2002, quando vigente a redação original do art. 57, § 3º, da Lei n. 8.213/1991, que previa a possibilidade de conversão de tempo comum em especial.

5. Recurso Especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(*REsp 1.310.034/PR*, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 24.10.2012, DJe 19.12.2012)

Nesse julgamento, foram estabelecidas as seguintes premissas:

a) a configuração do tempo especial se dá de acordo com a lei vigente no momento do labor;

b) a lei vigente por ocasião da aposentadoria é a aplicável ao direito à conversão entre tempos de serviço especial e comum, independentemente do regime jurídico à época da prestação do serviço;

c) segundo a redação original do art. 57, § 3º, da Lei n. 8.213/1991, era possível tanto a conversão de tempo especial em comum quanto de comum em especial; e

d) com a Lei n. 9.032/1995, que alterou a redação do art. 57 da Lei n. 8.213/1991, somente é possível a conversão de tempo especial em comum, sendo suprimida a hipótese de se converter tempo comum em especial.

Desta feita, para que o segurado faça jus à conversão de tempo de serviço comum em especial, é necessário que ele tenha reunido os requisitos para o benefício pretendido antes da Lei n. 9.032/1995, de 28.4.1995, independentemente do momento em que foi prestado o serviço.

No caso dos autos, o acórdão recorrido concluiu pela possibilidade de conversão do tempo de serviço comum em especial, mesmo quando preenchidos os requisitos para aposentadoria após o advento da Lei n. 9.032/1995.

Ao assim decidir, o acórdão recorrido partiu de premissa diversa da adotada no mencionado *REsp 1.310.034/PR*, merecendo reforma nesse aspecto, na medida em que o pedido de concessão do benefício ocorreu em 25.08.2011 (fl. 3), ou seja, não houve preenchimento dos requisitos em data anterior à vigência da Lei n. 9.032/1995.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao especial do INSS para afastar a pretendida conversão de tempo de serviço comum em especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.603.035-RJ (2014/0115558-8)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves
Recorrente: Ministério Público Federal
Recorrente: Defensores da Terra
Advogado: Francisco José Marques Sampaio - RJ046563
Recorrente: Companhia Siderúrgica Nacional
Advogados: Maria Helena Caldas Osório e outro(s) - RJ064624
José Carlos Torres Neves Osório - RJ011316
Miguel Pereira Neto - SP105701
Luiz Gustavo Friggi Rodrigues - SP163631
Marcus Vinicius Furtado Coêlho - DF018958
Eduardo Borges Araújo - DF041595
Recorrente: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos
Naturais Renováveis - IBAMA
Repr. por: Procuradoria-Geral Federal
Recorrido: Os Mesmos
Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Dano ambiental. Prova pericial postergada para a fase de liquidação de sentença. Ação civil pública. Julgamento antecipado da lide. Violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Matéria de natureza fática, e não apenas de direito. Necessidade de produção de prova pericial. Ofensa ao art. 330, I do CPC. Retorno dos autos à origem.

1. Nos termos do art. 330, I do CPC, poderá ocorrer o julgamento antecipado da lide, mas somente quando a questão de mérito for unicamente de direito ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; essa situação não se evidencia nos presentes autos, em que se discute supostos danos ambientais pretéritos causados pela ora recorrida na bacia hidrográfica do Rio Paraíba do Sul.

2. A matéria posta em exame possui natureza fática, e não meramente de direito, sendo o seu desate exigente de produção de provas, em especial a prova pericial, requerida desde a contestação, de maneira que a lide não comportaria o julgamento antecipado, sob pena de caracterização de cerceamento de defesa. Precedentes.

3. Recurso especial da CSN provido para determinar o retorno dos autos à origem para realização da prova pericial.

4. Prejudicado os recursos especiais do MPF, do IBAMA e dos Defensores da Terra.

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, dar provimento recurso especial da CSN para determinar o retorno dos autos à origem para realização da prova pericial e julgar prejudicados os recursos especiais do MPF, do IBAMA e dos Defensores da Terra, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sérgio Kukina (Presidente), Regina Helena Costa (voto-vista) e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília (DF), 07 de março de 2017 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 31.3.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Tratam-se de recursos especiais interpostos por *Defensores da Terra; Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), Companhia Siderúrgica Nacional (CSN)* e *Ministério Público Federal (MPF)*, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, assim ementado (fls. 2.185/2.186):

Apelação Cível. Dano Ambiental. Ação Civil Pública. Prova Pericial. Fase de Liquidação de Sentença. Verba Honorária.

1. É descabida a alegação de cerceamento de defesa, pois a sentença não impediu a realização de prova pericial pela CSN. Aliás, nada permite assegurar que a eventual perícia, feita àquela época, definiria a possibilidade de reparação “in natura” e a livraria da responsabilidade de reparar os danos do que comprovado danos ambientais por ela causados na bacia hidrográfica do Rio Paraíba do Sul.

2. Não há qualquer possibilidade de inexequibilidade da sentença, muito menos sua nulidade, diante das perícias que serão realizadas na fase de liquidação, para se Superior Tribunal de Justiça mensurar a real dimensão dos danos ambientais - cuja existência é incontestável - a serem reparados, determinando-se as medidas mais adequadas para tanto.

3. Deve-se conferir provimento parcial ao apelo da Associação, para que esta receba a parcela a que tem direito, proporcionalmente, em relação aos demais litigantes do pólo ativo da demanda. Todavia, não merece prosperar o pleito de inclusão, na base de cálculo da verba honorária, dos valores despendidos pela CSN, após a citação, para enquadrar suas fontes poluidoras nos limites da legislação vigente. Como esses gastos resultaram de um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), celebrado entre a CSN e FEEMA, não houve participação da Associação, não fazendo jus, portanto a qualquer valor resultante dessa medida de enquadramento.

4. O MP/RJ não pode pleitear o recebimento de honorários, por sua atuação processual, a serem revertidos para o fundo criado pela Lei Estadual n. 2.819/1997.

Precedentes do STJ (REsp n. 493.823/DF e REsp 785.489/DF).

5. Deve ser majorado o valor dos honorários advocatícios, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC, para quantia equivalente a 20% sobre o valor da compensação financeira a ser realizada pela CSN, diante da notória complexidade e repercussão em grande escala da causa, além de ter tramitado durante muitos anos somente em primeira instância.

6. Negado seguimento à Apelação da CSN e dado parcial provimento à Apelação do MP/RJ e da Associação Defensores da Terra.

Opostos embargos de declaração por Defensores da Terra e pela Companhia Siderúrgica Nacional - CSN, sendo que foram parcialmente providos somente os embargos da CSN, conforme ementa de fls. 2.278/2.279.

Processual Civil. Embargos de declaração. Dano ambiental. - O *decisum* condena a Companhia Siderúrgica Nacional a proceder a reparação dos danos ambientais pretéritos causados ao ecossistema pela sua atividade industrial, a ser fixada oportunamente em liquidação de sentença: - alegação de omissão quanto

à limitação temporal. Alegação de omissão quanto à correção monetária e juros. Alegação de cerceamento de defesa por ter sido indeferida prova

I - Conquanto omissa a *decisum* com relação ao limite temporal requerido, é certo que a sua análise fica prejudicada, eis que relegada para a fase de liquidação a apuração da reparação ecológica determinada na r. sentença a quo e mantida pelo v. acórdão recorrido.

II - Quanto a alegada omissão em relação à atualização monetária e à incidência de juros sobre a condenação imposta à CSN, e à responsabilidade da CSN pelo pagamento dos honorários periciais necessários à liquidação por arbitramento, verifica-se que inexistiu omissão suprível através de embargos declaratórios se se trata de matéria cuja apreciação dependia de provocação da parte, que não ocorreu.

III - Ainda que se considerasse como pedidos implícitos - superando a omissão das alegações de atualização monetária, incidência de juros e previsão de pagamento de honorários periciais - também se revelaria prejudicada a análise de tal pedido, sendo certo que, a uma, não há que se imiscuir o tribunal, por antecipação, no juízo próprio da liquidação, eis que a sentença condenatória expressamente determina que somente se os danos ecológicos forem considerados irreversíveis é que serão convertidos em perdas e danos.

IV - A alegação de cerceamento de defesa revela mero inconformismo, sem apontar qualquer dos requisitos que torne viável seu conhecimento na estreita via dos embargos de declaração.

V - O inconformismo deve ser objeto de recurso em sede processual adequada.

Prequestionamento. Fundamentação legal e/ou constitucional para fins de recurso especial e/ou extraordinário. Desnecessidade de menção ou indicação de dispositivo de lei ou de preceito constitucional aplicado. Inexistência de vícios

VI - Quanto a alegação de omissão referente ao pronunciamento expresso de todas as matérias relevantes, verifica-se que a iterativa jurisprudência do Plenário do C. STF e da Corte Especial do E. STJ, órgãos de cúpula do Poder Judiciário do Estado Brasileiro no que tange, respectivamente, às questões de interpretação e aplicação do direito constitucional e do direito federal infraconstitucional, firmase, muito acertadamente, no sentido de que desnecessária é a menção expressa ao (s) dispositivo (s) legal (is) e/ou ao (s) preceito (s) constitucional (is) incidente (s) e aplicado (s) na decisão proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais para o fim de aferir-se a pertinência de percurso das vias recursais especial e/ou extraordinária, disciplinadas, respectivamente, no art. 105, III, alíneas "a", "b" e "c", e no art. 102, III, alíneas e §§, ambos da Constituição Federal. Precedentes: STF, RE 141.788-CE; STJ, REsp n. 144.844-RS, REsp n. 155.321-SP, REsp n. 181.682-CE.

VII - Tendo sido devidamente enfrentada e explicitada a questão constitucional e/ou federal no Acórdão que se pretende impugnar, oportunamente, por meio

de Recurso Extraordinário e/ou Especial, irrelevante é a menção ou indicação dos preceitos constitucionais e/ou dos dispositivos legais aplicados e, nesta rota, impertinentes revelam-se os embargos de declaração opostos, *in casu*. *Honorários sucumbenciais em sede de ação civil pública*

VIII - No que se refere à condenação em honorários sucumbenciais, conhecimento dos embargos de declaração nesta parte, para reconhecer a omissão do julgado recorrido no que se refere aos argumentos dispostos tanto na apelação cível da CSN, quanto nas contrarrazões por ela apresentadas, para, conferindo-lhes efeitos infringentes, alterar o v. acórdão recorrido, para excluir a condenação da CSN em honorários advocatícios sucumbenciais a favor do Ministério Público Estadual do Rio de Janeiro e da Associação dos Defensores da Terra.

IX - Embargos de declaração opostos pela Associação Defensores da Terra desprovidos e providos, em parte, os embargos de declaração opostos pela CSN.

Novos embargos foram opostos pela CSN, que restaram parcialmente providos, conforme ementa que se transcreve (fl. 2406):

Processual Civil. Embargos de declaração em embargos de declaração. Dano ambiental. Honorários sucumbenciais em assistência simples.

I - Conhece-se parcialmente dos presentes embargos de declaração, para, retificando a omissão do julgado recorrido, conferir-lhes efeitos infringentes, e alterar o v. Acórdão impugnado, para excluir a condenação da CSN em honorários advocatícios sucumbenciais.

II - Embargos de declaração opostos pela CSN parcialmente providos.

Defensores da Terra, interpõe recurso especial com fulcro nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, alegando em síntese: a) violação ao princípio do juiz natural e vício de incompetência absoluta na relatoria do acórdão prolatado pelo Tribunal de origem (arts. 5º, III, da CF e 93, 548 e 549 do CPC/1973), isso porque, teria havido assunção da relatoria dos embargos de declaração por magistrado diverso daquele ao qual o feito fora redistribuído. b) violação aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, por ter conferido efeitos infringentes a embargos de declaração sem abrir vista à parte contrária (arts. 5º, LIV e LV, da CF e 536 c/c 518 do CPC/1973). Neste ponto também alega dissídio jurisprudencial; c) rejuízo de questões já decididas e, portanto, preclusas. (art. 474 do CPC/1973); d) contrariedade de dispositivos de lei federal inerentes a incidência de atualização monetária e de juros na condenação (arts. 293 do CPC, 1º da Lei n. 6.899/1981, dos enunciados das Súmulas 254 e 562/STF e 43/STJ); e) o acórdão teria incorrido em equívoco ao manter a sentença na parte que extinguiu o feito sem julgamento de mérito, no que

tange ao pedido de condenação da CSN à obrigação de não fazer (cessação da poluição); f) violação do art. 18 da Lei n. 7.347/1985, quanto à não condenação da CSN em honorários advocatícios; e, g) violação dos arts. 22, 23 e 24, § 4º, da Lei n. 8.906/1994; 134 do CC/1916 e 947 do CC/2002 e 20, § 3º, 219 e 269 do CPC, no que diz com a exclusão da base de cálculo dos honorários de sucumbência, do valor correspondente às medidas executadas por força de Termos de Ajustamento de Conduta celebrados pela CSN e Estado do Rio de Janeiro; e, por fim, f) arts. 2º, 128, 458, III, 459, 460, 512 e 515, todos do CPC, a verba honorária deve ser destinada ao causídico que a representa e não ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, sob pena de estar-se usurpado direito autônomo do advogado à remuneração de seu trabalho (fls. 2.294/2.339).

Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, interpõe recurso especial com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, em suas razões recursais, alega em suma, que a sentença condenou a CSN a pagar honorários advocatícios em favor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos-FDD, administrado pelo Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, órgão do Ministério da Justiça, com isso a condenação não se dá em favor do Ministério Público, de modo que não se revela adequada a aplicação por simetria do art. 18 da Lei n. 7.347/1985, assim como, não tem incidência a regra que impede aos Membros do Ministério Público o recebimento de verba honorária.

Companhia Siderúrgica Nacional - CSN, interpõe recurso especial com fundamento na alínea *a* e *c* do dispositivo constitucional, em suas razões recursais alega, em síntese, além do dissídio jurisprudencial, preliminarmente, negativa de prestação jurisdicional no acórdão proferido em embargos de declaração (art. 165, 458, II e III e 535, do CPC), em que pese a oposição dos segundos embargos de declaração deixou de se pronunciar “sobre questões de direito e às normas constitucionais e de direito federal ventiladas, a saber, os (i) art. 130 e 330, I, do CPC: em face da recusa da produção de perícia técnica, prova imprescindível para que se chegasse ao nexó de causalidade entre a atividade industrial da ora recorrente e os danos apurados no Rio Paraíba do Sul, bem assim sua extensão e efetiva participação de inúmeros outros poluidores, de perfil industrial e até doméstico; (ii) art. 1518 do CC/1916: que determinava, ao tempo em que ocorreram os fatos narrados na peça inicial, e, pois, sob sua vigência, que os bens do responsável pela violação ou ofensa a direito de outrem devem responder pelos danos causados, não cabendo à ora recorrente responder isoladamente por danos de que não é a única causadora; e; (iii) art.

6º da LINDB, uma vez que a recalcitrância do Tribunal local, mesmo quando provocado pela oposição de embargos de declaração, recusou-se a esclarecer o marco temporal para apuração, em sede de liquidação de sentença, o início da ocorrência dos danos reparáveis por meio desta ação, incidindo, por isso apenas, em infringência ao princípio da irretroatividade das leis (art. 5º XXXVI da CF/88).

No mérito, alega que o julgador ao se utilizar da faculdade do art. 130 do CPC, não pode indeferir provas necessárias, sob pena de violar os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Conta que fora condenada à indenização por suposto dano ambiental, mas que no entanto, o dano foi “presumido”, porquanto não lhe fora oportunizada a produção de prova pericial. A violação aos dispositivos constitucionais e legais referentes ao cerceamento de defesa deixou de ser apreciada pelos acórdãos recorridos.

Defende a indispensabilidade da produção de prova pericial, sendo certo que o seu indeferimento impediu a recorrente de exercer o pleno direito de defesa.

Ministério Público Federal - MPF, interpõe recurso especial com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, alegando em suma, violação aos arts. 18 e 20 da Lei n. 7.347/1985; 20 e 535 do CPC/1973, aduz que a sentença apelada condenou a CSN a pagar honorários advocatícios em favor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos - FDD (administrado pelo Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, órgão do Ministério da Justiça), sendo certo que a condenação não se dá em favor do *Parquet*, estadual ou federal, ou de algum dos outros litisconsortes, mas sim do referido fundo federal, razão pela qual o Tribunal de origem, além de haver erroneamente atribuído efeitos infringentes aos embargos de declaração da CSN, uma vez que inócua omissão ou contradição no acórdão anteriormente prolatado, o que é vedado fazer, atentou contra o interesse da própria União.

Contrarrazões às fls. 2.710/2.725; 2.790/2.797; 2.799/2.813, 2.815/2.838; 2.866/2.878 e 2.885/2.890, e-STJ.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 3.27/3.29, e-STJ.

Juízo negativo de admissibilidade na origem (fls. 2.895/2.899; 2.905/2.910; 2.919/2.923, 2.928/2.932), subiram os autos a esta Corte com os respectivos agravos que, analisados, restaram não conhecidos aqueles interpostos por

Defensores da Terra e IBAMA e não providos os interpostos por MPF e CSN (fls. 3.231/3.239).

Em juízo de retratação, diante da complexidade da causa, tornei sem efeito as decisões monocráticas anteriormente prolatadas e determinei a reautuação dos agravos em recursos especiais, para submeter ao julgamento deste colegiado (fls. 3.296/3.297; 3.298/3.299; 3.300 e 3.301).

Nova ciência do Ministério Público Federal às fls. 3.316/3.317.

É o Relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Inicialmente, registra-se que “[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, aprovado pelo Plenário do Superior Tribunal de Justiça em 9.3.2016).

Convém em uma breve retrospectiva do processado, dizer trata-se de Ação Civil Pública (ACP) movida originalmente pelo Estado do Rio de Janeiro contra a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), a ela tendo se associado em litisconsórcio ativo o Ministério Público Federal, o IBAMA e das Associações Macaense de Defesa Ambiental e dos Defensores da Terra. A ACP foi posteriormente assumida pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Objetivavam os autores a condenação da ré, ora recorrente, resumidamente: (i) ao cumprimento de obrigações de fazer definidas em termos de compromisso assinados com a FEEMA em 1986 e 1987 (implantação de equipamentos e sistemas de controles indispensáveis à redução de sua atividade poluidora), sob pena de multa diária; e, (ii) pagamento da indenização relativa ao custo da recomposição do ecossistema atingido pela sua atividade - indenização a ser apurada no curso do procedimento judicial.

O Juízo de Primeiro Grau delimitou a controvérsia consignando “o deslinde da questão jurídica em tela envolve a análise de dois aspectos fundamentais: 1º) se a ré efetivamente causou danos ambientais pretéritos; 2º) qual o dimensionamento real dos eventuais danos ainda subsistentes causados ao ecossistema.” (fl. 1.661, e-STJ), postergando a análise do 2º aspecto para a fase de liquidação de sentença.

O Tribunal de origem no julgamento dos recursos de apelação, reformou parcialmente a sentença, para dar parcial provimento aos recursos interpostos pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e pela Associação Defensores da Terra apenas para majorar o percentual da verba honorária para 20% sobre o valor da compensação financeira a ser realizada pela CSN e estabelecer que a Associação receba a parcela a que tem direito, proporcionalmente, em relação aos demais litigantes do pólo ativo da demanda.

Feito isso, passa-se ao julgamento do recurso especial da *Companhia Siderúrgica Nacional*:

Afasta-se, desde logo, a dita afronta ao artigo 535 do CPC, porquanto a matéria foi examinada pelo Tribunal *a quo*, sendo indicados os fundamentos nos quais assentaram as conclusões ali firmadas. Vejamos (fl. 2.173):

(...) descabida alegação de cerceamento de defesa, pois a sentença não impediu a realização de prova pericial pela CSN. Aliás, nada permite assegurar, como crê a CSN, que eventual perícia, feita àquela época, definiria a possibilidade de reparação "*in natura*" e a livraria da responsabilidade de reparar os mais do que comprovados (e confessados ao afirmar-se poluidor não exclusivo) danos ambientais por ela causados na bacia hidrográfica do Rio Paraíba do Sul, antes pelo contrário. (...)

Quanto a preliminar de cerceamento de defesa em função do indeferimento da perícia requerida na fase de produção de provas, o Tribunal *a quo*, mantendo a sentença, entendeu dispensável a prova pericial, reiteradamente requerida pela ora recorrente, ao argumento de que a existência do dano em si, fora expressamente reconhecido pela CSN, em nota que fez publicar no Jornal "O GLOBO" de 19.8.1988, assim como na celebração dos TACs de 1986/1987, além de outros supervenientes ao ajuizamento da ACP originária. Assim, para o julgador *a quo* a celebração dos TAC's comprovam o nexo de causalidade, isso porque "se este não existisse, a conduta da ré/CSN não estaria sujeita aos ajustes por ela consentidos." (fl. 1.666, e-STJ)

Vê-se que a v. sentença, confirmada pelo Tribunal *a quo* valeu-se como fundamento essencial para a condenação da ora recorrente de alegada confissão que teria feito por ocasião da publicação de nota em meios impressos de comunicação em agosto de 1988, concluindo daí ser notório e incontroverso o passado poluidor de sua principal unidade produtora-Usina Presidente Vargas.

Antes de adentrar ao mérito, faz-se necessário analisar a preliminar relativa à nulidade do acórdão, primeira tese trazida nas razões recursais pela CSN, em razão de alegado cerceamento da atividade probatória.

A preliminar deve ser acolhida, pois é necessária a produção de prova pericial, visto que permitirá a comprovação do dano alegado e a extensão da degradação por ele eventualmente causado de maneira a lançar os fundamentos mínimos para a efetiva liquidação de sentença.

Ademais, apesar do acórdão recorrido ter considerado oportuno o julgamento antecipado da lide, os documentos anexados pelas partes não apresentam elementos dos quais se possam aferir a extensão dos danos ambientais, conquanto a ora recorrente (CSN) tenha requerido expressamente a perícia nesse sentido.

Embora o artigo 330 do CPC preconize que o Juiz possa conhecer diretamente do pedido, quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência, entendo não ser este o caso dos autos, uma vez que a matéria posta em exame possui natureza eminentemente fática, e não meramente de direito, sendo exigente, portanto, de produção de prova pericial, de maneira que não comportaria o julgamento antecipado da lide, como se deu.

Neste caso, a prolação de Sentença pelo Juízo de Primeiro Grau de forma antecipada, sem oportunizar às partes a especificação de provas, feriu o seu direito à instrução do processo e violou os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV da CF).

Sendo assim, é de se concluir que a presente lide não comporta julgamento antecipado, ante a necessidade de dilação probatória, tendo havido, portanto, a alegada ofensa ao artigo 330, I, do CPC, com a qual os autos devem retornar a origem, para que seja oportunizada às partes a especificação de provas aptas a elucidar todas as mencionadas questões fáticas, essenciais à solução da demanda, repise-se, prova esta requerida desde a contestação.

Nesse sentido, vale conferir os seguintes precedentes desta Corte:

Processo Civil. Julgamento antecipado da lide, não obstante controvertida questão de fato que só pode ser dirimida mediante prova pericial.

Na forma do art. 330, I, do Código de Processo Civil, o juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência.

Controvertida a existência de insalubridade nas condições de trabalho do autor da demanda, é de rigor a instrução regular com a oitiva de testemunhas e, se for o caso, com a produção de prova pericial.

Cerceamento de defesa caracterizado porque o MM. Juiz de Direito julgou antecipadamente a lide.

Recurso especial conhecido e provido (REsp 1.417.869/PA, Rel. Min. Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 04.02.2014, grifo nosso).

Tributário e Processual Civil. Ação anulatória de auto de infração. ICMS. Julgamento antecipado da lide. Indeferimento de provas. Cerceamento de defesa. Ocorrência. Precedentes do STJ.

1. Trata-se, na origem, de Ação Anulatória de Auto de Infração movida pelo agravado contra o Estado do Amapá. O auto de infração teve por fundamento, em suma, o recolhimento a menor do ICMS devido em razão do regime de substituição tributária.

2. *Colhe-se dos autos que o agravado, desde a petição inicial, suscita a imprescindibilidade da realização de perícia técnica para comprovar suas alegações. Porém, tal pedido foi indeferido, tendo o juízo singular julgado antecipadamente a lide na forma do art. 330 do CPC.*

3. Verifica-se que a sentença julgou improcedente o pedido ao argumento de que não houve demonstração de que “as operações abrangidas pelo auto de infração foram realizadas no atacado com hospitais e/ou similares e para utilização dos medicamentos em pacientes, demonstração que não houve, sequer se sabendo quem foram, no caso, os destinatários dos produtos” (fl. 107, e-STJ).

4. *Segundo a jurisprudência do STJ, ocorre cerceamento de defesa quando se indefere a produção probatória e condena-se o requerente pela ausência de provas em contrário, justamente o que ocorreu no caso dos autos.*

5. Agravo Regimental não provido (AgRg no AgRg no REsp 1.280.559/AP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13.09.2013, grifo nosso).

Processual Civil. Julgamento antecipado da lide. Ausência de prova do direito alegado. Cerceamento de defesa. Ocorrência. Precedentes.

O juízo inicial realizou o exame direto da lide, julgando-a antecipadamente, dando pela improcedência do pedido por entender, à luz do direito, que a parte não apresentou provas do direito alegado.

Nos dizeres do processualista José Miguel Garcia Medina, “não é caso de incidência do art. 330 quando, sendo necessária a produção de provas, deixa o juiz de deferi-las, proferindo desde logo a sentença. Ocorre, neste caso, cerceamento de defesa, devendo a sentença ser anulada”. (cf. Código de Processo Civil Comentado, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 323).

Tendo o juiz julgado a lide de forma antecipada por entender estarem presentes todas as provas necessárias ao deslinde da controvérsia, não pode o acórdão, atestando a ausência de provas, julgar contrariamente ao recorrente, sem viabilizar o direito da produção de provas, pois assim, vedaria à parte o direito de instruir corretamente o processo, cerceando-lhe a defesa.

Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 371.238/GO, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 14.10.2013, grifo nosso).

Assim, a solução mais justa é a anulação da sentença, para que a CSN produza as provas requeridas.

Ante o exposto, *dou provimento ao recurso da Companhia Siderúrgica Nacional (CSN)*, acolhendo a preliminar de cerceamento de defesa, para anular a sentença e permitir a dilação probatória em instrução, em especial, quanto à prova pericial.

Prejudicado os outros fundamentos e a análise do recurso pela alínea “c” do inciso III do art. 105 da CF/1988.

Em face disso, ficam prejudicados os recursos interpostos pelo Ministério Público Federal, pelo IBAMA e pelos Defensores da Terra.

É como voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Tratam-se de Recursos Especiais interpostos por *Defensores da Terra, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, Companhia Siderúrgica Nacional - CSN e Ministério Público Federal*, nos termos do Relatório apresentado por ocasião de sessão de julgamento na qual o Eminentíssimo Relator deu provimento ao recurso interposto pela CSN, acolhendo preliminar de cerceamento de defesa para anular a sentença, determinando-se a produção de provas, em especial, a prova pericial, restando prejudicados os demais fundamentos, bem como os recursos especiais interpostos pelos demais Recorrentes.

Esclareço, desde já, que acompanharei o Relator em seu voto, e que meu pedido de vista fundou-se na particularidade de a proposta de anulação do acórdão recorrido, com o retorno dos autos ao primeiro grau, para a devida produção de prova pericial, ter sido realizada nos autos de ação civil pública ajuizada no ano de 1988.

Cumprе mencionar, em breve resumo, que a ação civil pública foi ajuizada originariamente pelo Estado do Rio de Janeiro em face da CSN, com o objetivo de ver cumpridas as obrigações de fazer definidas em termos de compromisso celebrados com o órgão ambiental estadual nos anos de 1986 e 1987, relacionados à recuperação ambiental da bacia do Rio Paraíba do Sul, bem

como para que fosse a Ré condenada a reparar os danos pretéritos causados ao ecossistema por sua atividade industrial poluidora.

Após tal ajuizamento, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro assumiu o polo ativo da ação, o qual foi integrado, ainda, por Defensores da Terra, Ministério Público Federal e IBAMA. Da análise dos autos, verifica-se que o MM. Juízo de primeiro grau extinguiu o primeiro pedido, sem resolução do mérito, em razão da celebração de sucessivos aditivos ao termo de compromisso original num lapso temporal de aproximadamente treze anos, e julgou procedente o segundo pedido para condenar a CSN a reparar os danos ambientais pretéritos, em valor a ser fixado na fase de liquidação de sentença (fls. 1.659/1.671e).

Em sede de julgamento dos recursos de apelação, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região negou provimento ao recurso da CSN e deu parcial provimento ao recurso do Ministério Público Estadual para majorar o percentual da verba honorária para 20% (vinte por cento) sobre o valor da compensação financeira a ser realizada pela CSN e deu parcial provimento ao recurso de Defensores da Terra para lhe reconhecer o direito ao recebimento de honorários advocatícios, a serem rateados com os demais coautores (fls. 2.174/2.175e).

Todavia, por ocasião do julgamento dos embargos de declaração opostos pelas partes, somente foi dado parcial provimento ao recurso da CSN para que fossem excluídos da condenação os honorários advocatícios sucumbenciais, tanto a favor do Ministério Público Estadual como de Defensores da Terra (fl. 2.275e).

Passo à análise do recurso especial interposto pela CSN.

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.

Prequestionados, implicitamente, os dispositivos tidos por violados, afasto a alegada ofensa ao art. 535, II, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, os arestos:

Processual Civil e Tributário. Violação do art. 535 do CPC. Inocorrência. Execução fiscal. Multa moratória aplicada sobre massa falida. Inexigibilidade.

1. Afasta-se violação do art. 535 do CPC quando implicitamente prequestionada a matéria objeto do recurso especial.

(...)

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1.218.364/RS, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, julgado em 19.02.2013, DJe 27.02.2013)

Processual Civil. Recurso especial. Inexistente violação do art. 535 do CPC. Matéria ventilada implicitamente. Violação dos arts. 165, 458, II e III. Inexistência. Acórdão bem fundamentado. Dissídio jurisprudencial não configurado. Acórdão recorrido decidido à luz da legislação estadual. Vedado o exame da controvérsia em sede de recurso especial.

1. Afasta-se a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC quando o Tribunal, ainda que implicitamente, emite juízo de valor a respeito da questão tida por omissa.

2. Em nosso sistema processual, o juiz não está adstrito aos fundamentos legais apontados pelas partes. Exige-se apenas que a decisão seja fundamentada, aplicando o magistrado, ao caso concreto, a legislação por ele considerada pertinente. Caso em que o Tribunal de origem bem fundamentou seu entendimento, afastando, ainda que implicitamente, as teses do recurso especial.

(...) 6. Recurso especial conhecido parcialmente, mas nessa parte não provido.

(REsp 1.049.969/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 22.08.2008)

Tributário e Processual Civil. IPI. Direito de creditamento. Violação do art. 535 do CPC não-configurada. Embargos de declaração. Caráter protelatório. Não-ocorrência. Multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC. Descabimento.

1. Afasta-se a violação do art. 535 do CPC quando implicitamente prequestionada a matéria infraconstitucional deduzida nas razões do recurso especial.

(...)

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido para afastar a multa de que trata o art. 538, parágrafo único, do CPC.

(REsp 214.940/PI, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 03.05.2005, DJ 27.06.2005, p. 308).

Com relação à alegada omissão quanto ao estabelecimento de parâmetros temporais a serem observados para definição da indenização a ser arbitrada em sede de liquidação de sentença, haverá contrariedade ao art. 535 do Código de Processo Civil quando a omissão disser respeito à fundamentação exposta, e não quando os argumentos invocados não restarem estampados no julgado, como pretende a parte Recorrente.

O procedimento encontra amparo em reiteradas decisões no âmbito desta Corte Superior, de cujo teor merece destaque a dispensa ao julgador de rebater, um a um, os argumentos trazidos pelas partes (*v.g.* Corte Especial, EDcl nos EDcl nos EREsp 1.284.814/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 03.06.2014; 1ª Turma, EDcl nos EDcl no AREsp 615.690/SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe de 20.02.2015; e 2ª Turma, EDcl no REsp 1.365.736/PE, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 21.11.2014).

E depreende-se da leitura do acórdão integrativo que a controvérsia foi examinada de forma satisfatória, mediante apreciação da disciplina normativa e cotejo ao firme posicionamento jurisprudencial aplicável ao caso, conforme excerto do acórdão recorrido que trago à colação (fl. 2.266e):

a) omissão quanto ao limite temporal inicial dos eventuais danos a serem reparados

(...) Observe-se que, conquanto silente o acórdão recorrido sobre a limitação temporal requerida pela Embargante, é certo que a condenação determinada não é possível ser cindida em relação ao período.

Com efeito, e considerando-se que a Embargante aponta como marco temporal data posterior à elaboração de Termo de Compromisso firmado em 1987, deduz-se que pretende a Embargante que o dano ambiental a ser reparado seja o que foi causado por ela a partir de então, o que, registre-se, não é possível ser determinado em relação ao tempo. Trata-se, na verdade, de sequelas ecológicas antigas, não determináveis por ano. A poluição de um rio, por exemplo, não se apresentaria na forma de 1km de poluição por ano.

Na verdade, ao ter o MM. Juízo *a quo* determinado que “a indenização deve ser arbitrada com razoabilidade”, já engloba todo o cuidado que se deve ter na avaliação a ser realizada por perito.

Ademais, a extensão do dano ecológico a ser reparado, conforme disposto na r. sentença monocrática, será objeto de análise na fase de liquidação, pelo juízo da execução.

Logo, conquanto efetivamente omissa o decisum com relação ao limite temporal requerido, é certo que a sua análise fica prejudicada, eis que relegada para a fase de liquidação a apuração da reparação ecológica determinada na r. sentença a quo e mantida pelo v. acórdão recorrido.

No que diz respeito à preliminar de cerceamento de defesa, observo que, em seu voto, o Senhor Relator acolheu tal alegação, por entender tratar-se de questão de natureza fática, na qual não se impõe o procedimento do art. 330, do Código de Processo Civil.

Desse modo, a par dos fundamentos trazidos, os quais também adoto como razão de decidir, entendo, ainda, que a controvérsia cinge-se à efetiva demonstração do nexos de causalidade entre o ato poluidor e a obrigação de reparar o respectivo dano, tendo em vista a previsão do art. 94, do Código de Defesa do Consumidor, aplicável às ações civis públicas, por força do art. 21, da Lei n. 7.347/1985.

Com efeito, o aludido dispositivo legal remete à fase de liquidação a quantificação da extensão do dano, advindo de comprovada afronta a direito individual homogêneo ou difuso. Nesse sentido, registro julgados desta Corte:

Direito Processual. Recurso representativo de controvérsia (art. 543-C, CPC). Direitos metaindividuais. Ação civil pública. APADECO x BANESTADO. Expurgos inflacionários. Alcance subjetivo da sentença coletiva. Limitação aos associados. Inviabilidade. Ofensa à coisa julgada. Multa prevista no art. 475-J, CPC. Não incidência.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: 1.1. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, *caput*, da Lei n. 9.494/1997.

1.2. *A sentença genérica prolatada no âmbito da ação civil coletiva, por si, não confere ao vencido o atributo de devedor de "quantia certa ou já fixada em liquidação" (art. 475-J do CPC), porquanto, "em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica", apenas "fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados" (art. 95 do CDC). A condenação, pois, não se reveste de liquidez necessária ao cumprimento espontâneo do comando sentencial, não sendo aplicável a reprimenda prevista no art. 475-J do CPC.*

2. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1.247.150/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 19.10.2011, DJe 12.12.2011, destaque meu).

Recurso especial. Direito do Consumidor. Dano presumido. Direitos individuais homogêneos e difusos. Produto indevido. Risco à saúde e à segurança. Pretensão indenizatória. Artigo 6º, I e VI do CDC. Cabimento. Direitos individuais homogêneos e difusos. Fixação genérica. Liquidação.

1. A disponibilização de produto em condições impróprias para o consumo não apenas frustra a justa expectativa do consumidor na fruição do bem, como também afeta a segurança que rege as relações consumeristas.

2. *No caso, houve violação do direito básico do consumidor à incolumidade da saúde do consumidor (art. 6º, I, do CDC) ante a potencialidade de lesão pelo consumo do produto comercializado: leite talhado.*

3. *Necessidade de reparação dos prejuízos causados aos consumidores efetivamente lesados e à sociedade como um todo, na forma dos artigos 95 do CDC e 13 da Lei n. 7.347/1985 visto que a conduta dos réus mostrou-se nociva à saúde da coletividade, enquanto potencialmente consumidora do produto deteriorado.*

4. *Inafastável a condenação genérica quanto aos danos morais e materiais, a ser fixada em liquidação.*

5. Recurso especial provido.

(REsp 1.334.364/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 18.02.2016, DJe 23.02.2016, destaques meus).

Da análise da sentença de primeiro grau, confirmada nesse ponto pelo tribunal de origem, conclui-se que o reconhecimento do nexo de causalidade deu-se com base nos seguintes elementos (fls. 1.662/1.667e): a) nota no Jornal O Globo, em 19.08.1988, na qual a CSN teria reconhecido que seria a principal poluidora da bacia hidrográfica em questão, dezesseis anos após a realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente de Estocolmo, ocorrida em 1972; b) Relatório de auditoria realizada pela Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente - FEEMA na mesma época; e c) a celebração de diversos Termos de Ajustamento de Conduta após o ajuizamento da presente ação, por meio dos quais foram alterados os procedimentos relacionados à produção industrial da empresa, representaria o reconhecimento da responsabilidade pela degradação ambiental promovida no passado.

Nesse contexto, entendo configurado o cerceamento de defesa da Recorrente, porquanto a sentença genérica, mencionada pelo aludido art. 94, do Código de Defesa do Consumidor, não dispensa a demonstração do nexo de causalidade entre o ato poluidor e o dano a ser reparado, devendo, portanto, ser certa, fixando-se a norma jurídica para o caso concreto.

Assim, noto que os parâmetros utilizados até o momento para a respectiva comprovação são frágeis, ocorridos há quase trinta anos e de natureza fática.

Além disso, entendo que os mencionados Termos de Ajustamento de Conduta, celebrados após o ajuizamento da presente ação, por si sós, são insuficientes à imposição de condenação por atos pretéritos, nos moldes estabelecidos pelo tribunal de origem, por terem modificado o regramento jurídico envolvendo a atividade industrial tida por poluidora.

Revela-se, portanto, necessária a produção de provas, especialmente a prova pericial, para a aferição do mencionado nexos causal, sendo insuficientes os elementos utilizados até o momento para a respectiva comprovação, conforme bem firmado pelo Relator.

Isto posto, acompanho o Relator e *dou provimento ao recurso especial da Companhia Siderúrgica Nacional - CSN*, para acolher a preliminar de cerceamento de defesa e anular o acórdão recorrido e a sentença, determinando o retorno dos autos ao Juízo de primeiro grau, para a necessária produção de provas, em especial, a prova pericial, restando prejudicados os demais pedidos formulados pela Recorrente. *Julgo prejudicados os recursos especiais de IBAMA, Ministério Público Federal e Associação Defensores da Terra.*

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.619.009-PR (2016/0208591-7)

Relatora: Ministra Regina Helena Costa

Recorrente: Andrade Gutierrez Engenharia S/A

Advogados: Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto e outro(s) -
SP112208

Bruna Silveira Sahadi e outro(s) - DF040606

Recorrido: União

EMENTA

Processual Civil. Administrativo. Recurso especial. Improbidade administrativa. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Acórdão recorrido. Nulidade omissão. Ausência de vícios. Aplicabilidade do instituto da prevenção às causas continentais. Interpretação conjunta do art. 2º, parágrafo único, LACP e 93, do CDC. Dano de abrangência nacional. Proximidade da produção probatória. Súmula 7/STJ.

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. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - A fundamentação adotada no acórdão recorrido é suficiente para respaldar a conclusão alcançada, pelo que ausente a alegada nulidade, bem como o pressuposto a ensejar a oposição de embargos de declaração, nos termos do art. 1.022 do CPC/2015.

III - Aplicabilidade do instituto da prevenção às causas continentais. Discussão superada com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (arts. 56 e seguintes).

IV - Por força do princípio da integração, as normas processuais coletivas são aplicáveis às ações civis públicas por improbidade administrativa. Interpretação conjunta dos arts. 2º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/1985 e 93, da Lei n. 8.078/1990.

V - Acórdão recorrido que considerou o dano de abrangência nacional, não só diante da magnitude da lesão causada à coletividade, como também em razão de os fatos apontados na exordial terem ocorrido em locais diversos. Fundamentação suficiente a respaldar a aplicação do regramento. Opção do autor. Precedentes.

VI - Proximidade da produção probatória advinda dos juízos criminais. Eventual análise envolvendo a desnecessidade de produção de prova pericial ou de juntada de novas provas advindas do Juízo criminal esbarra no óbice contido na Súmula 7, do STJ, segundo a qual “*a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*”.

VII - Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

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

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Assistiram ao julgamento o Dr. Luis Justiniano Haiek Fernandes, pela parte recorrente: Andrade Gutierrez Engenharia S/A e o Dr. Adriano Martins de Paiva, pela parte recorrida: União.

Brasília (DF), 07 de março de 2017 (data do julgamento).

Ministra Regina Helena Costa, Relatora

DJe 16.3.2017

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Trata-se de Recurso Especial interposto por *Construtora Andrade Gutierrez S.A.*, contra acórdão prolatado, por unanimidade, pela 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no julgamento de agravo de instrumento, assim ementado (fl. 152e):

Agravo de instrumento. Administrativo. Ação civil pública. Ato de improbidade. Proposta pela União. Dano de natureza difusa. Competência. Foro da capital do Estado.

1. Conforme anotado pelo Juízo de Primeiro Grau, deve-se levar em conta para a fixação da competência deste juízo que os fatos (e o dano) não ocorreram unicamente no Estado do Rio de Janeiro. Como bem cuidou a União, houve uma multiplicidade de condutas, praticadas em diversos pontos do território nacional e inclusive internacional. Com efeito, os fatos discutidos na demanda originária abalaram a credibilidade das instituições de modo geral e, portanto, podem ser classificados como danos nacionais.

2. A previsão contida no art. 93 da Lei n. 8.078/1990, segundo a qual é competente o foro da Capital do Estado para os casos de danos de âmbito nacional, como é a hipótese em exame.

3. Registre-se, ainda, que os elementos dos autos demonstram que a maior parte dos elementos probatórios relativos ao caso em comento encontra-se concentrada em Curitiba/PR. Tal critério é adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, também, como parâmetro para estabelecer a competência para o julgamento da ação civil pública por ato de improbidade.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 184/189e).

Com amparo no art. 105, III, c, da Constituição da República, aponta-se ofensa aos dispositivos a seguir relacionados, alegando-se, em síntese, que:

I. Art. 489, § 1º, III, do Código de Processo Civil – o acórdão recorrido seria nulo por ausência de fundamentação, porquanto não teria se manifestado a respeito de omissões veiculadas pela via dos embargos de declaração: a) aplicabilidade do art. 93, II, da Lei n. 8.078/1990 em detrimento do art. 109, § 1º, da Constituição da República; b) inaplicabilidade do instituto da prevenção às causas continentas; c) o alegado dano não teria ocorrido no Juízo de origem, razão pela qual a ação deveria ser redistribuída à Seção Judiciária do Rio de Janeiro, sede da PRETROBRAS, ou de São Paulo, local da assinatura dos contratos questionados;

II. Art. 1.022, II, do Código de Processo Civil - ultrapassada a preliminar de nulidade, entende que o acórdão recorrido deve ser integrado, suprindo-se as omissões anteriormente apontadas;

III. Art. 56, Do Código de Processo Civil (art. 104, do Código de Processo Civil de 1973) - a ação civil pública por improbidade administrativa, originária do presente recurso, é continente àquela em relação à qual se deu a sua distribuição, por prevenção, no Juízo de origem. Contudo, tal instituto não seria aplicável às hipóteses de continência, nos termos do art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/1985;

IV. Art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/1985 e 93, II, da Lei n. 8.070/1990 - a valoração do dano como de abrangência nacional não corresponde à causa de pedir e pedidos formulados na inicial da ação em questão, que persegue a reparação de dano de natureza local;

Com contrarrazões, (fls. 275/285e) o recurso foi admitido (fl. 303e).

É o Relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa (Relatora): Por primeiro, consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

Sustenta a Recorrente a nulidade do acórdão recorrido, por ausência de fundamentação, porquanto, a despeito da oposição de embargos de declaração perante o tribunal de origem, não teria havido manifestação daquela Corte quanto a questões relevantes para o deslinde da controvérsia.

Conforme relatado anteriormente, aduz-se que o acórdão recorrido teria sido omissivo quanto às alegações concernentes a: a) aplicabilidade do art. 93, II, da Lei n. 8.078/1990 em detrimento do art. 109, § 1º, da Constituição da República; b) inaplicabilidade do instituto da prevenção às causas continentais; c) o alegado dano não teria ocorrido no Juízo de origem, razão pela qual a ação deveria ser redistribuída à Seção Judiciária do Rio de Janeiro, sede da PETROBRAS, ou de São Paulo, local da assinatura dos contratos questionados - o que ensejaria a declaração de sua nulidade, uma vez que os embargos de declaração opostos em segundo grau teriam sido rejeitados sem enfrentamento pormenorizado das questões por ela veiculadas.

Consoante o art. 1.022 do CPC/2015, cabe a oposição de embargos de declaração para: *i)* esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; *ii)* suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; e, *iii)* corrigir erro material.

A omissão, definida expressamente pela lei, ocorre na hipótese de a decisão deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento.

O Código de Processo Civil considera, ainda, omissa, a decisão que incorra em qualquer uma das condutas descritas no art. 489, § 1º, no sentido de não se considerar fundamentada a decisão que: *i)* se limita à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; *ii)* emprega conceitos jurídicos indeterminados; *iii)* invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; *iv)* não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; *v)* invoca precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes, nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; e, *vi)* deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Sobreleva notar que o inciso IV do art. 489 do CPC/2015 impõe a necessidade de enfrentamento, pelo julgador, dos argumentos que possuam aptidão, em tese, para infirmar a fundamentação do julgado embargado. Nesse sentido, confira-se a doutrina de Nelson Nery Junior e Rosa Nery:

Não enfrentamento, pela decisão, de todos os argumentos possíveis de infirmar a conclusão do julgador. Para que se possa ser considerada fundamentada a decisão, o juiz deverá examinar todos os argumentos trazidos pelas partes que

sejam capazes, por si sós e em tese, de infirmar a conclusão que embasou a decisão. Havendo omissão do juiz, que deixou de analisar fundamento constante da alegação da parte, terá havido omissão suscetível de correção pela via dos embargos de declaração. Não é mais possível, de lege lata, rejeitarem-se, por exemplo, embargos de declaração, ao argumento de que o juiz não está obrigado a pronunciar-se sobre todos os pontos da causa. Pela regra estatuída no texto normativo ora comentado, o juiz deverá pronunciar-se sobre todos os pontos levantados pelas partes, que sejam capazes de alterar a conclusão adotada na decisão.

(*Código de Processo Civil Comentado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.249-1.250, destaque no original):

Esposando tal entendimento, o precedente da Primeira Seção desta Corte:

Processual Civil. Embargos de declaração em mandado de segurança originário. Indeferimento da inicial. Omissão, contradição, obscuridade, erro material. Ausência.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço.

2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.

3. No caso, entendeu-se pela ocorrência de litispendência entre o presente *mandamus* e a ação ordinária n. 0027812-80.2013.4.01.3400, com base em jurisprudência desta Corte Superior acerca da possibilidade de litispendência entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, na ocasião em que as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas.

4. Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes aclaratórios em virtude, tão somente, de seu inconformismo com a decisão ora atacada, não se dividando, na hipótese, quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil, a inquirir tal *decisum*.

5. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Primeira Seção, julgado em 08.06.2016, DJe 15.06.2016)

Da análise dos autos, verifico que, embora o tribunal de origem tenha rejeitado os aludidos embargos de declaração, as questões suscitadas pela

Recorrente foram enfrentadas no acórdão recorrido nos seguintes termos (fls. 149/151e):

A questão posta para análise por esta Corte cinge-se ao exame da alegação de incompetência da Seção Judiciária de Curitiba/PR para o julgamento da demanda originária.

Conforme os elementos dos autos, a ação civil pública por ato de improbidade originária foi proposta pela União, com a finalidade de obter a condenação dos réus às penas previstas na Lei n. 8.492/1992, em razão, basicamente, de desvio de recursos públicos e de danos causados ao Erário.

Nos termos do disposto no art. 2º da Lei n. 7.347/1985, aplicável à hipótese dos autos, a competência para o julgamento da causa é do foro do local onde ocorrer o dano. O parágrafo único do referido dispositivo legal estabelece que o Juízo no qual for proposta a ação será considerado prevendo (*sic*) para todas as ações posteriormente intentadas, que possuam o mesmo objeto ou a mesma causa de pedir.

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

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

Destaco, inicialmente, que a demanda de origem (ACP n. 5027001-47.2015.404.7000) foi distribuída por dependência à ACP n. 5006695-57.2015.404.7000, em observância, portanto, ao disposto no parágrafo único do art. 2º da Lei n. 7.347/1985.

Em relação à incidência do disposto no art. 109, § 2º da Constituição Federal, como bem ressaltou a Juíza de Primeiro Grau, Com relação ao óbice constitucional referido pela embargante, cumpre observar que aqui se trata de questão de conexão (para a embargante, de continência). A decisão deixou claro que, em uma outra hipótese, o objetivo do legislador é o de evitar decisões conflitantes, razão pela qual a competência deste juízo resulta fixada com a distribuição da anterior ação proposta pelo Ministério Público.

Com efeito, nada obstante as alegações deduzidas pela parte agravante, notadamente no que se refere à hierarquia das normas, destaco que a interpretação do conjunto normativo que rege a matéria deve ser procedido de forma sistemática, sendo inadequada a consideração de uma única regra, isoladamente do restante do sistema legal.

De outro lado, o dano considerado na petição inicial da demanda originária atingiu a coletividade de maneira geral, tendo ocorrido simultaneamente em relação a todos os brasileiros, embora o recebimento de suposta propina tenha acontecido, em tese, na cidade do Rio de Janeiro/RJ.

Registre-se, ainda, que os danos apontados pela parte autora da ação civil pública originária relacionam-se à alegada formação de cartel, cuja atuação teria sido identificada em diversos projetos e obras da PETROBRAS, no período compreendido entre os anos de 2004 e 2012. Assim, tais danos ocorreram em locais diversos, não se limitando ao território de um município ou de um estado, havendo inclusive a indicação de danos referentes a obras realizadas no Estado do Paraná (Refinaria Presidente Getúlio Vargas - REPAR).

Os danos em relação aos quais a União busca o ressarcimento, portanto, são de natureza difusa, na medida em que afetam a todos os cidadãos brasileiros, e apresentam abrangência nacional, uma vez que ocorreram em diversas localidades no país.

Ainda, conforme anotado pelo Juízo de Primeiro Grau, deve-se levar em conta para a fixação da competência deste juízo que - ao contrário do que sustenta a excipiente - os fatos (e o dano) não ocorreram unicamente no Estado do Rio de Janeiro. Como bem cuidou a União, houve uma multiplicidade de condutas, praticadas em diversos pontos do território nacional e inclusive internacional (lavagem de dinheiro por meio de instituições financeiras situadas no exterior). Com efeito, os fatos discutidos na demanda originária abalaram a credibilidade das instituições de modo geral e, portanto, podem ser classificados como danos nacionais.

Aplica-se à hipótese dos autos, portanto, a previsão contida no art. 93 da Lei n. 8.078/1990, segundo a qual é competente o foro da Capital do Estado para os casos de danos de âmbito nacional, como é a hipótese em exame.

(...)

Registre-se, ainda, que os elementos dos autos demonstram que a maior parte dos elementos probatórios relativos ao caso em comento encontra-se concentrada em Curitiba/PR. Tal critério é adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, também, como parâmetro para estabelecer a competência para o julgamento da ação civil pública por ato de improbidade (o grifo não constava no original).

Com efeito, depreende-se da leitura do acórdão recorrido que as questões suscitadas pelo Recorrente em sede de embargos de declaração haviam sido previamente abordadas, ainda que contrariamente ao seu interesse, não havendo que se falar em nulidade, nem, tampouco, em vícios por afronta aos arts. 489, § 1º, III e 1.022, II, do Código de Processo Civil.

Cumprе esclarecer que, consoante o entendimento adotado em segundo grau, a aplicação do art. 93, II, da Lei n. 8.078/1990 decorreu de interpretação sistemática dada às normas processuais. Além disso, firmou-se a possibilidade de distribuição de ações por prevenção, entre causas conexas ou continentes, com o objetivo de evitar a prolação de decisões judiciais conflitantes. Por fim,

adotou-se o critério de abrangência nacional dos danos, objeto das ações civis públicas, para a definição do Juízo competente, não havendo que se falar, nesse contexto, na necessidade de demonstração pormenorizada de seu reflexo no Estado do Paraná.

A controvérsia foi examinada de forma satisfatória, mediante apreciação da disciplina normativa e cotejo ao firme posicionamento jurisprudencial aplicável à hipótese.

O procedimento encontra amparo em reiteradas decisões no âmbito desta Corte Superior, de cujo teor merece destaque a rejeição dos embargos declaratórios uma vez ausentes os vícios do art. 1.022 do CPC/2015 (*v.g.* Corte Especial, EDcl no AgRg nos EREsp 1.431.157/PB, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 29.06.2016; 1ª Turma, EDcl no AgRg no AgRg no REsp 11041181/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes, DJe de 29.06.2016; e 2ª Turma, EDcl nos EDcl no REsp 1.334.203/PR, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe de 24.06.2016).

No que tange ao mérito, a pretensão da Recorrente pode ser assim resumida: a) o instituto da prevenção não seria aplicável às hipóteses de processos continentais, mas somente aos casos de conexão; b) a abrangência nacional do dano tratado na ação civil pública por improbidade administrativa originária, assim considerado pelo tribunal de origem não corresponderia à causa de pedir e pedido veiculados na respectiva inicial; e c) a competência para o julgamento da ação não poderia ser determinada pela proximidade do Juízo com a produção probatória, uma vez que tal critério é somente destinado a uma escolha dentre diversos Juízos competentes para o julgamento de uma mesma ação.

A ACP n. 5027001-47.2015.404.7000, originária do presente recurso e ajuizada pela União, foi distribuída à 3ª Vara Federal de Curitiba/PR por dependência à ACP n. 5006695-57.2015.404.7000, ajuizada pelo Ministério Público Federal.

O tribunal de origem entendeu que, em se tratando de processos conexos ou continentais, a distribuição poderia dar-se por prevenção, promovendo uma interpretação sistemática das normas processuais envolvendo a matéria, com o objetivo de evitar decisões conflitantes.

É importante frisar que a Recorrente não questiona a prejudicialidade existente entre ambas as ações, mas entende que a segunda ação distribuída ao Juízo de primeiro grau, ACP n. 5027001-47.2015.404.7000 seria continente à primeira, ACP n. 5006695-57.2015.404.7000.

Por tal razão, entende inaplicável ao caso o parágrafo único do art. 2º, da Lei n. 7.347/1985, o qual seria destinado somente a processos conexos, ou seja, que apresentem a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto. No caso dos autos, segundo a Recorrente, a ação continente atrairia a competência para o julgamento da ação contida, nos termos do art. 104 do Código de Processo Civil de 1973.

Consoante veiculado nas razões recursais, a 3ª Turma desta Corte, mais especificamente em feitos de Relatoria da Ministra Nancy Andrigli (*v.g.* REsp 1.051.652/TO, Rel. Ministra Nancy Andrigli, DJe 03.10.2011), adota o entendimento segundo o qual o art. 106, do Código de Processo Civil de 1973, somente seria aplicável aos casos de processos conexos. Contudo, discordo do aludido posicionamento.

A respeito dos institutos, assim ensina Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Há continência entre causas toda vez que o objeto de uma (causa continente), por ser mais amplo, abrange o da outra (causa contida). A diferença entre as ações continente e conteúdo é, portanto, quantitativa. A continência não deixa de ser uma espécie de conexão, sendo que a consequência processual advinda da existência de uma outra é a mesma: a modificação da competência. A distinção teórica que existe entre conexão e continência não tem outra consequência prática. (*Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*, 14ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, pp. 104-105).

A diferenciação proposta pela Recorrente não se coaduna com os conceitos doutrinários dos institutos jurídicos em questão, tendo restado, inclusive, superada a partir do Código de Processo Civil de 2015 que, expressamente, tratou da conexão e da continência de maneira similar. Confira-se:

Art. 56. Dá-se a continência entre 2 (duas) ou mais ações quando houver identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o pedido de uma, por ser mais amplo, abrange o das demais.

Art. 57. Quando houver continência e a ação continente tiver sido proposta anteriormente, no processo relativo à ação contida será proferida sentença sem resolução de mérito, caso contrário, as ações serão necessariamente reunidas.

Art. 58. A reunião das ações propostas em separado far-se-á no juízo prevento, onde serão decididas simultaneamente.

Adotando a mesma orientação, confira-se a decisão monocrática prolatada no CC 134.854, Relator Ministro Mauro Campbell, DJe 29.10.2014.

Neste contexto, não vislumbro afronta ao apontado art. 106, do Código de Processo Civil de 1973, por meio da qual se pretende impugnar a distribuição por prevenção entre causas reconhecidamente continentais pela Recorrente.

Dessarte, verifico que o acórdão recorrido adotou entendimento pacificado nesta Corte no sentido de que, por força do princípio da integração, não havendo na Lei n. 8.429/1992 regramento específico quanto às regras de competência territorial, devem ser aplicados outros diplomas legais que compõem o microsistema processual coletivo, a exemplo das Leis n. 4.717/1965, n. 7.347/1985, 8.078/1990 e 12.016/2009.

De tal modo, as regras processuais gerais somente seriam utilizadas caso ainda subsistesse a lacuna legal.

Nesse sentido, destaco os seguintes julgados:

Conflito negativo de competência. Ação de improbidade administrativa. Local do dano - Art. 2º da Lei n. 7.347/1985. Divergência quanto à amplitude do dano. Prevalência da localidade onde se localizam a maior parte dos elementos probatórios. Prejuízos mais graves sobre a sede de trabalho dos servidores públicos envolvidos. Interpretação teleológica. Celeridade processual, ampla defesa e razoável duração do processo.

1. Discute-se nos autos a competência para processar e julgar ação civil pública de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal contra servidores públicos e particulares envolvidos na prática de crimes de descaminho de cigarros oriundos do Paraguai e destinados ao Estado de Sergipe.

2. *Não há na Lei n. 8.429/1992 regramento específico acerca da competência territorial para processar e julgar as ações de improbidade. Diante de tal omissão, tem-se aplicado, por analogia, o art. 2º da Lei n. 7.347/1985, ante a relação de mútua complementariedade entre os feitos exercitáveis em âmbito coletivo, autorizando-se que a norma de integração seja obtida no âmbito do microsistema processual da tutela coletiva.*

(...)

5. Interpretação que se coaduna com os princípios da celeridade processual, ampla defesa e duração razoável do processo.

6. Conflito conhecido para declarar competente o juízo federal de São Paulo, o suscitante.

(CC 97.351/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 27.05.2009, DJe 10.06.2009, destaque meu).

Administrativo. Processual Civil. Improbidade administrativa. Litisconsortes. Prazo em dobro para apresentação de defesa prévia. Ausência de previsão

na LIA. Utilização dos institutos e mecanismos das normas que compõem o microsistema de tutela coletiva. Art. 191 do CPC. Aplicabilidade. Recurso especial não conhecido.

1. *Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microsistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados para “propiciar sua adequada e efetiva tutela” (art. 83 do CDC).*

(...)

3. Recurso especial não conhecido.

(REsp 1.221.254/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 05.06.2012, DJe 13.06.2012, destaque meu).

O tribunal de origem, ao apreciar a questão atinente à extensão do dano, assim se manifestou (fl. 150e):

(...)

De outro lado, o dano considerado na petição inicial da demanda originária atingiu a coletividade de maneira geral, tendo ocorrido simultaneamente em relação a todos os brasileiros, embora o recebimento de suposta propina tenha acontecido, em tese, na cidade do Rio de Janeiro/RJ.

Registre-se, ainda, que os danos apontados pela parte autora da ação civil pública originária relacionam-se à alegada formação de cartel, cuja atuação teria sido identificada em diversos projetos e obras da PETROBRAS, no período compreendido entre os anos de 2004 e 2012. Assim, tais danos ocorreram em locais diversos, não se limitando ao território de um município ou de um estado, havendo inclusive a indicação de danos referentes a obras realizadas no Estado do Paraná (Refinaria Presidente Getúlio Vargas - REPAR).

Os danos em relação aos quais a União busca o ressarcimento, portanto, são de natureza difusa, na medida em que afetam a todos os cidadãos brasileiros, e apresentam abrangência nacional, uma vez que ocorreram em diversas localidades no país.

Ainda, conforme anotado pelo Juízo de Primeiro Grau, deve-se levar em conta para a fixação da competência deste juízo que - ao contrário do que sustenta a excipiente - os fatos (e o dano) não ocorreram unicamente no Estado do Rio de Janeiro. Como bem cuidou a União, houve uma multiplicidade de condutas, praticadas em diversos pontos do território nacional e inclusive internacional (lavagem de dinheiro por meio de instituições financeiras situadas no exterior). Com efeito, os fatos discutidos na demanda originária abalaram a credibilidade

das instituições de modo geral e, portanto, podem ser classificados como danos nacionais.

Aplica-se à hipótese dos autos, portanto, a previsão contida no art. 93 da Lei n. 8.078/1990, segundo a qual é competente o foro da Capital do Estado para os casos de danos de âmbito nacional, como é a hipótese em exame.

Com efeito, esta Corte tem admitido a aplicação do art. 93, da Lei n. 8.078/1990 na hipótese de dano de abrangência nacional, tratando-se de opção legislativa conferida ao autor, observada a competência da Justiça Federal.

É o que se extrai do seguinte julgado:

Conflito positivo de competência. Demandas coletivas promovidas contra a ANEEL. Discussão acerca da metodologia de reajuste tarifário. Lei n. 7.347/1985. Distribuição de energia elétrica. Conexão.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que “havendo causa de modificação da competência relativa decorrente de conexão, mediante requerimento de qualquer das partes, esta Corte Superior tem admitido a suscitação de conflito para a reunião das ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas conjuntamente (*simultaneus processus*) e não sejam proferidas decisões divergentes, em observância aos princípios da economia processual e da segurança jurídica”.

2. No presente caso, trata-se de conflito positivo de competência proposto pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL em face do Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais e outros, em demandas de índole coletiva, cujo objeto é a discussão da metodologia de reajuste tarifário aplicado pela ANEEL desde 2002 às concessionárias de distribuição de energia elétrica. Nessa linha, verificando-se que nas ações há as mesmas alegações (ilegalidade do reajuste tarifário aplicado pela ANEEL desde 2002), aplicáveis a todas as concessionárias, é imperioso que se dê uma única solução para todas.

(...)

10. Reconhecida a abrangência nacional do conflito, cumpre definir o juízo competente, destacando-se que, ante o interesse da ANEEL no pólo passivo de todas as demandas, a competência é, indubitavelmente, da Justiça Federal (art. 109, I, da Constituição Federal).

11. Em razão do disposto no artigo 93, II, do Código de Defesa do Consumidor, sendo o suposto dano nacional, a competência será concorrente da capital do Estado ou do Distrito Federal, a critério do autor, tendo em vista sua comodidade na defesa dos interesses transindividuais lesados e o mais eficaz acesso à Justiça, uma vez que “não há exclusividade do foro do Distrito Federal para o julgamento de ação civil pública de âmbito nacional. Isto porque o referido artigo ao se referir à Capital do Estado e ao Distrito Federal invoca competências territoriais concorrentes, devendo

ser analisada a questão estando a Capital do Estado e o Distrito Federal em planos iguais, sem conotação específica para o Distrito Federal” (CC 17.533/DF, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Segunda Seção, julgado em 13.09.2000, DJ 30.10.2000, p. 120).

12. No presente caso, como já visto, o dano atinge todo país, tendo sido apresentadas várias ações idênticas em foros concorrentes (Capitais de Estados e Distrito Federal). Dessa forma, a prevenção deverá determinar a competência.

12. Pela leitura do art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/1985 deve ser fixado como foro competente para processar e julgar todas as ações o juízo a quem foi distribuída a primeira ação (CC 22.693/DF, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, julgado em 09.12.1998, DJ 19.04.1999). Assim, como a primeira ação coletiva foi proposta pela Associação de Defesa de Interesses Coletivos - ADIC, em 20.10.2009, perante a 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, esta é a competente para o julgamento das demais causas.

13. Salienta-se que, conforme informações de fls. 3.174, a Ação Civil Pública n. 2009.38.00.027553 - 0, que tramitou na 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, foi julgada extinta sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC, com recurso pendente de julgamento no TRF da 1ª Região.

14. Conforme enunciado Sumular 235/STJ “A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado”. Porém, se o conflito decorre de regra de competência absoluta (art. 93, inciso II, do CDC), como no presente caso, não há restrição a seu conhecimento após prolatada a sentença, desde que não haja trânsito em julgado.

15. Conflito conhecido para declarar a competência da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais.

(CC 126.601/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 27.11.2013, DJe 05.12.2013, destaque meu).

Processual Civil. Ação civil pública. Ausência de prequestionamento. Súmula 282/STF. Serviço de telefonia. Competência da Vara da Capital para o julgamento da demanda. Art. 2º da Lei n. 7.347/1985. Potencial lesão a direito supra-individual de consumidores de âmbito regional. Aplicação do art. 93 do CDC.

1. Não se conhece de Recurso Especial quanto a matéria não especificamente enfrentada pelo Tribunal de origem, dada a ausência de prequestionamento. Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF.

2. Trata a hipótese de Ação Civil Pública ajuizada com a finalidade de discutir a prestação de serviço de telefonia para a defesa de consumidores de todo o Estado do Rio Grande do Sul.

3. O art. 2º da Lei n. 7.347/1985 estabelece que a competência para o julgamento das ações coletivas para tutela de interesses supra-individuais seja definida pelo critério do lugar do dano ou do risco.

4. O CDC traz vários critérios de definição do foro competente, segundo a extensão do prejuízo. Será competente o foro do lugar onde ocorreu – ou possa ocorrer – o dano, se este for apenas de âmbito local (art. 93, I). Na hipótese de o prejuízo tomar dimensões maiores - dano regional ou dano nacional -, serão competentes, respectivamente, os foros da capital do Estado ou do Distrito Federal (art. 93, II).

5. Ainda que localizado no capítulo do CDC relativo à tutela dos interesses individuais homogêneos, o art. 93, como regra de determinação de competência, aplica-se de modo amplo a todas as ações coletivas para defesa de direitos difusos, coletivos, ou individuais homogêneos, tanto no campo das relações de consumo, como no vasto e multifacetário universo dos direitos e interesses de natureza supraindividual.

6. Como, *in casu*, a potencial lesão ao direito dos consumidores ocorre em âmbito regional, à presente demanda deve ser aplicado o inciso II do art. 93 do CDC, mantido o aresto recorrido que determinou a competência da Vara da Capital – Porto Alegre – para o julgamento da demanda. Precedente do STJ.

7. Recurso Especial não provido.

(REsp 448.470/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28.10.2008, DJe 15.12.2009).

A respeito do tema, ensina Hugo Nigro Mazzilli:

a) Tratando-se de danos efetivos ou potenciais a interesses transindividuais, que atinjam todo o País, a tutela coletiva será de competência de uma vara do Distrito Federal ou da Capital de um dos Estados, a critério do autor. Se a hipótese se situar dentro dos moldes do art. 109, I, da CR, a competência será da Justiça federal; em caso contrário, da Justiça estadual ou distrital. A ação civil pública ou coletiva poderá, pois ser proposta, alternativamente, na Capital de um dos Estados atingidos ou na Capital do Distrito Federal" (A defesa dos interesses difusos em Juízo, 28ª edição. São Paulo, Saraiva: 2015, p. 331, destaque meu).

Importante mencionar que, em se tratando de ação civil pública por improbidade administrativa, esta Corte já reconheceu a natureza difusa de seu objeto, relacionado à tutela do patrimônio público. É o que se extrai dos seguintes julgados:

Processo Civil e Administrativo. Improbidade administrativa. Propositura de ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Cabimento. Precedentes. Cerceamento de defesa. Necessidade produção de provas. Reexame de matéria fático-probatória. Súmula n. 7 do STJ. Prequestionamento. Súmulas n. 282 e n. 356/STF. Lei n. 8.437/1992. Oitiva prévia do ente público que não faz parte do polo passivo. Desnecessidade. Elemento subjetivo. Dolo caracterizado. Violação

do princípio da impessoalidade. Precedentes. Revisão da dosimetria das penas. Impossibilidade reexame de matéria fático-probatória. Súmula n. 7/STJ.

1. Cinge-se a controvérsia dos autos à aplicação ou não da Súmula Vinculante n. 13 aos agentes políticos. O Tribunal de origem manteve a condenação por improbidade administrativa, uma vez que a Prefeita do Município de Pilar do Sul/SP *Janete Pedrina de Carvalho Paes* nomeou seu cônjuge, *Maurício José Paes*, para Secretário de Gabinete, Segurança Pública e Trânsito.

2. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que “é cabível a propositura de ação civil pública que tenha como fundamento a prática de ato de improbidade administrativa, tendo em vista a natureza difusa do interesse tutelado. Também mostra-se lícita a cumulação de pedidos de natureza condenatória, declaratória e constitutiva nesta ação, porque sustentada nas disposições da Lei n. 8.429/1992” (REsp 757.595/MG, Rel. Ministro **Luiz Fux, Primeira Turma**). Precedente.

3. Não é possível o conhecimento do recurso especial quando visa reformar entendimento do Tribunal *a quo* pela desnecessidade de produção de prova. Recorrente sustenta ter havido, com isso, cerceamento de sua defesa. Isso porque alterar a conclusão do julgador a quo, pela desnecessidade da prova, demandaria o reexame de fatos e provas, o que é vedado pela Súmula n. 7 do STJ.

4. Verifica-se que a Corte de origem não analisou, ainda que implicitamente, o art. 267, VI, do Código de Processo Civil. Desse modo, impõe-se o não conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento, entendido como o indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal.

5. A Lei n. 8.437/1992, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público, não se aplica ao caso concreto, uma vez que ação civil pública foi direcionada apenas aos recorrentes, não fazendo parte da presente ação o ente público.

6. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento, no sentido de que as nomeações para cargos políticos não se subsumem, em regra, às hipóteses descritas na Súmula Vinculante n. 13/STF, no entanto, “a configuração do nepotismo deve ser analisado caso a caso, a fim de se verificar eventual “troca de favores” ou fraude a lei” (Rcl 7.590, Relator Min. *Dias Toffoli*, Primeira Turma, julgado em 30.09.2014, Acórdão Eletrônico DJe-224, DIVULG 13.11.2014, PUBLIC 14.11.2014.).

7. As considerações feitas pelo Tribunal de origem NÃO afastam a prática do ato de improbidade administrativa, caso em que a conduta dos agentes se amoldam ao disposto no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, pois atenta contra os princípios da Administração Pública, em especial a impessoalidade. Precedentes.

8. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que a revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ações de improbidade administrativa implica reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que esbarra na

Súmula n. 7/STJ, salvo em hipóteses excepcionais, nas quais, da leitura do acórdão recorrido, exsurgir a desproporcionalidade entre o ato praticado e as sanções aplicadas, o que não é o caso vertente. Precedentes.

Recurso especial improvido.

(REsp 1.516.178/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 23.06.2015, DJe 30.06.2015, destaque meu).

Processual Civil. Administrativo. Ação civil pública. Lei de Improbidade Administrativa. Ex-prefeito. Inaplicabilidade da Lei n. 1.070/1950. Princípio da proporcionalidade. Discricionariedade do julgador na aplicação das penalidades. Reexame de matéria fática. Súmula n. 7/STJ. Legitimidade ativa do Ministério Público. Art. 129, III, da Constituição Federal. Ônus de sucumbência. Parte ré. Arts. 18 e 19 da Lei n. 7.347/1985. Isenção. Descabimento. Violação do art. 535, II, do CPC. Julgamento *extra* e *ultra petita*. Inocorrência.

1. O “ex-prefeito não se enquadra dentre aquelas autoridades que estão submetidas à Lei n. 1.070/1950, que dispõe sobre os crimes de responsabilidade, podendo responder por seus atos em sede de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa” (REsp 764.836/SP, Relator Ministro José Delgado, Relator p/ acórdão Ministro Francisco Falcão, DJ 10.03.2008).

(...)

8. A promulgação da Constituição Federal de 1988 alargou o campo de atuação do *Parquet*, legitimando-o a promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros direitos difusos e coletivos (*ratio essendi* do art. 129, III, CF/1988).

9. Consectariamente, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

10. O inciso IV do art. 1º da Lei n. 7.347/1985 legitima o Ministério Público à propositura da ação civil pública em defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo, abrangendo nessa previsão o resguardo do patrimônio público, máxime diante do comando do art. 129, inciso III, da Carta Maior, que prevê a ação civil pública, agora de forma categórica, como instrumento de proteção do patrimônio público e social (Precedentes: REsp n. 686.993/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 25.05.2006; REsp n. 815.332/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU de 08.05.2006; e REsp n. 631.408/GO, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 30.05.2005).

11. Ademais, o *nomem juris* é indiferente nessas hipóteses de improbidade em que se segue o *inter procedimental* da Lei n. 8.429/1992, aduzindo-se à ação civil pública, tão-somente pela natureza difusa que eclipsa a tutela do patrimônio público.

18. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

(REsp 895.530/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.11.2008, DJe 04.02.2009).

Nesse contexto, a aplicação dos arts. 2º, da Lei n. 7.347/1985 e 93, da Lei n. 8.078/1990 dá-se de forma concorrente, observada a extensão do dano envolvido.

No que diz respeito à efetiva demonstração da abrangência nacional do apontado dano, consoante excerto anteriormente mencionado, o tribunal de origem entendeu-o configurado, não só diante da magnitude da lesão causada à coletividade, relacionando-a à credibilidade da PETROBRÁS, como também em razão de os fatos apontados na exordial não terem ocorrido unicamente no Estado do Rio de Janeiro, mas em “locais diversos, não se limitando ao território de um município ou de um estado, havendo inclusive a indicação de danos referentes a obras realizadas no Estado do Paraná (Refinaria Presidente Getúlio Vargas – REPAR)” (fl. 150e).

Contrariamente ao afirmado pela Recorrente, a aferição proposta por meio do acórdão recorrido foi feita com base no caso concreto, não repercutindo em todos os processos nos quais se discuta o dano ao erário público da União.

Entendo que a aludida fundamentação é suficiente a respaldar a utilização do dispositivo legal em questão para fins de aferição de competência territorial, tendo optado o autor pelo ajuizamento da ação na capital do Estado do Paraná.

Anoto que a demonstração pormenorizada dos danos efetivamente causados à empresa em questão relaciona-se ao próprio mérito desta ação civil pública, a qual seguirá o seu curso normal de produção probatória, não sendo necessário, neste momento processual, a certeza quanto à extensão do dano em questão ou quanto a sua titularidade.

Com efeito, o nosso sistema processual coletivo também deve observância aos princípios constitucionais de celeridade e economia processuais, os quais foram preservados pelo tribunal de origem ao acrescentar como fundamento de aferição de competência a proximidade do Juízo com as provas a serem colhidas, advindas de ações criminais relacionadas aos mesmos fatos.

Cumprir mencionar que, tratando-se de dano de abrangência nacional, despicienda é a demonstração específica da ocorrência do dano no local escolhido, tendo o tribunal de origem utilizado os fatos narrados na exordial como parâmetro para tal avaliação.

Finalmente, o tribunal de origem, após minucioso exame dos elementos fáticos contidos nos autos, consignou que a proximidade do Juízo com as provas documentais relacionadas aos processos criminais relacionados à Operação

Lava Jato facilitarão a produção de provas nestes autos, nos seguintes termos (fl. 150e):

Registre-se, ainda, que os elementos dos autos demonstram que a maior parte dos elementos probatórios relativos ao caso em comento encontra-se concentrada em Curitiba/PR. Tal critério é adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, também, como parâmetro para estabelecer a competência para o julgamento da ação civil pública por ato de improbidade.

Rever tal entendimento, com o objetivo de acolher a pretensão recursal, no sentido de que seria desnecessária a produção de prova pericial, bem como que toda a prova proveniente dos processos criminais envolvendo os fatos em questão já teria sido juntada aos autos 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”.

Nesse sentido:

Processo Civil. Administrativo. Improbidade administrativa. Competência. Local do dano. Discussão fática acerca do local do dano. Reexame do conjunto fático-probatório. Aplicação da Súmula 7 do STJ. Dissídio jurisprudencial. Ausência de similitude fática entre os paradigmas. Agravo desprovido.

1. O reexame da decisão recorrida enseja a aplicação da Súmula 7 - STJ, pois a questão controversa dos autos não está no fato incontroverso de que o suposto ato de improbidade - “calçar” documento fiscal - teria ocorrido no Posto Fiscal de Canguarutema, senão na afirmação de que esse fato, como representou um dano ao erário do Estado do Rio Grande do Norte, cuja sede é em Natal, atrairia a competência dessa Comarca, como dispõe o art. 2º da Lei n. 7.437/1985, além da circunstância de que todas as provas necessárias à elucidação dos fatos estariam naquele órgão da receita estadual.

2. Não é possível aferir-se o local do dano e o seu desdobramento lesivo, de modo a permitir o bom desenvolvimento do processo, tanto para a defesa quanto para a acusação, sem confrontar os fatos com a prova dos autos. Rever este posicionamento, portanto, a partir do reexame do conjunto probatório que instrui a inicial, encontra óbice na Súmula 7 desta Corte.

3. Não se credencia ao exame a tese do dissídio jurisprudencial se o cotejo dos arestos não demonstra identidade fática entre os paradigmas.

4. Agravo regimental desprovido

(AgRg no AREsp 292.373/RN, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, julgado em 16.02.2016, DJe 22.02.2016).

Administrativo. Processo Civil. Improbidade. Competência. Local do dano. Matéria fático-probatória. Incidência da Súmula 7/STJ. Súmula 83/STJ. Recurso especial. Alínea “c”. Não demonstração da divergência. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Agravo não provido.

1. Cuida-se de Recurso Especial interposto contra Acórdão da Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que conheceu do conflito de competência suscitado nos autos de Ação de Improbidade Administrativa, pelo Juízo da 3ª Vara Federal de Sorocaba/SP em face do Juízo da 3ª Vara Federal de Bauru/SP, para declarar competente o Juízo suscitado, sob o fundamento de que, no caso dos autos, o local em que ocorridos os danos à Administração Pública fora o Município de Bauru, onde consumados os atos ímprobos praticados, em favor de pessoas físicas e empresas privadas, por empregados e dirigentes da Diretoria Regional dos Correios de Bauru.

2. O Tribunal *a quo* declarou competente o Juízo da 3ª Vara Federal de Bauru e consignou na sua decisão: “Assim, uma vez identificado o dano em questão como a ofensa a integridade e aos princípios da Administração Pública, exsurge, que o local em que tal dano ocorreu coincide com o da prática dos atos de improbidade, vale dizer, o dano ocorreu justamente no local onde ultimadas as transferências das ACF’s, com a participação de empregados e dirigentes da Diretoria Regional dos Correios de Bauru. Significa dizer que o dano foi suportado pela ECT, no caso, na sede administrativa localizada em Bauru” (fl. 571, grifo acrescentado).

3. Portanto, quanto ao local do dano, o Tribunal de origem entendeu que foi na sede administrativa de Bauru.

4. A jurisprudência desta Corte possui entendimento de que a competência para julgamento de demanda coletiva deve ser a do local do dano.

(AgRg nos EDcl no CC 120.111/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 8.5.2013, DJe 17.5.2013).

5. Modificar a conclusão a que chegou a Corte de origem, de modo a acolher a tese do recorrente, demandaria reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável em Recurso Especial, sob pena de violação da Súmula 7 do STJ.

6. Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento deste Tribunal Superior, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, *in casu*, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ.

7. No mais, não fez o recorrente o devido cotejo analítico, e assim não demonstrou as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles.

8. Por fim, constata-se que 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.

9. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.447.388/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 12.02.2015, DJe 20.03.2015).

Processual Civil e Administrativo. Improbidade administrativa. Localidade onde ocorreu o dano ímprobo. Revisão do entendimento do Tribunal de origem. Matéria fático-probatória. Agravo conhecido para negar seguimento ao recurso especial. Súmula 7 do STJ.

1. Cinge-se a controvérsia a saber se os atos de improbidade ocorreram no Município de São José dos Pinhais, ou se ocorreram em diversas localidades.

2. Para afastar os critérios adotados pela instância ordinária, que concluíram que os atos ímprobos ocorreram no Município de São José dos Pinhais, e não em diversas localidades, é necessário o reexame dos elementos probatórios, o que não é possível em recurso especial, dado o óbice do enunciado 7 da Súmula desta Corte.

3. A competência na ações coletivas utiliza como critério definidor o local do dano, de forma a proporcionar maior celeridade no processamento, na instrução e, por conseguinte, no julgamento do feito, dado que é mais fácil apurar o dano e suas provas no juízo em que os fatos ocorreram. Precedente: CC 97.351/SP, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJe 10.6.2009.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 254.199/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04.04.2013, DJe 15.04.2013).

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

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.630.315-PR (2016/0260618-0)

Relatora: Ministra Regina Helena Costa

Recorrente: Erton Medeiros Fonseca

Advogados: Danilo Knijnik - RS034445

Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto - SP112208

Lucas Cherem de Camargo Rodrigues - SP182496

Leonardo Vesoloski - RS058285

Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Processual Civil. Administrativo. Recurso especial. Improbidade administrativa. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Acórdão recorrido. Nulidade omissão. Ausência de vícios. Interpretação conjunta do art. 2º, parágrafo único, LACP e 93, do CDC. Dano de abrangência nacional. Proximidade da produção probatória. Súmula 7/STJ.

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. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - A fundamentação adotada no acórdão recorrido é suficiente para respaldar a conclusão alcançada, pelo que ausente a alegada nulidade, bem como o pressuposto a ensejar a oposição de embargos de declaração, nos termos do art. 1.022 do CPC/2015.

III - Por força do princípio da integração, as normas processuais coletivas são aplicáveis às ações civis públicas por improbidade administrativa. Interpretação conjunta dos arts. 2º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/1985 e 93, da Lei n. 8.078/1990.

IV - Acórdão recorrido que considerou o dano de abrangência nacional, não só diante da magnitude da lesão causada à coletividade, como também em razão de os fatos apontados na exordial terem ocorrido em locais diversos. Fundamentação suficiente a respaldar a aplicação do regramento. Opção do autor. Precedentes.

V - Proximidade da produção probatória advinda dos Juízos criminais. Eventual análise envolvendo a desnecessidade de produção de prova pericial ou de juntada de novas provas advindas do Juízo criminal esbarra no óbice contido na Súmula 7, do STJ, segundo a qual “*a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*”.

VI - Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das

notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Napoleão Nunes Maia Filho (que ressaltou o seu ponto de vista), Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina (Presidente) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Dr. Luis Justiniano Haiek Fernandes, pela parte recorrente: Erton Medeiros Fonseca

Brasília (DF), 07 de março de 2017 (data do julgamento).

Ministra Regina Helena Costa, Relatora

DJe 16.3.2017

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Trata-se de Recurso Especial interposto por *Erton Medeiros da Fonseca*, contra acórdão prolatado, por unanimidade, pela 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento de agravo de instrumento, assim ementado (fls. 283/284e):

Administrativo. Processual Civil. Agravo de instrumento. Ação civil pública. Legitimidade. Ministério Público. Competência.

1. A Constituição Federal estabeleceu, no art. 129, III, que é função institucional do Ministério Público, dentre outras, “promover o inquérito e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

2. A abrangência nacional dos danos apontados na inicial autoriza a escolha do foro pelo Ministério Público Federal (competência territorial), o que torna despicienda qualquer consideração acerca da alegação de que inexistem danos ou atos praticados em Curitiba.

Opostos embargos de declaração, foram parcialmente acolhidos para o exclusivo fim de prequestionamento (fls. 352/353e).

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, III e IV, do Código de Processo Civil - o acórdão recorrido seria nulo, porquanto não teria se manifestado a respeito dos argumentos trazidos em sede de embargos de declaração, dentre os quais, a contradição

quanto à necessidade de manifestação da União para decidir a respeito de seu interesse na causa, e quanto a premissa fática equivocada utilizada pelo tribunal de origem, e omissão quanto aos precedentes mencionados envolvendo a competência da Justiça Estadual e à aplicação do art. 109, § 1º, da Constituição da República e;

II. Arts. 67, do Código de Processo Civil; 2º, da Lei n. 7.347/1985 e 93, II, da Lei n. 8.078/1990 – o Juízo da 5ª Vara Federal de Curitiba é absolutamente incompetente para o julgamento da ação, a qual deve ser ajuizada no foro do domicílio do réu, nos moldes do art. 109, 1º, da Constituição da República ou, ainda, no foro onde ocorreu o dano, por não ter abrangência nacional.

Com contrarrazões (fls. 418/437e), o recurso foi admitido (fl. 452e).

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 526/535e.

É o Relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa (Relatora): Por primeiro, consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

O Recorrente sustenta a existência de nulidade, contradições e omissão no acórdão recorrido, não sanadas no julgamento dos embargos de declaração, porquanto o tribunal de origem não teria se manifestado a respeito dos precedentes das Cortes Superiores por meio dos quais é reconhecida a competência da Justiça Estadual nas causas envolvendo sociedades de economia mista federais ou, ainda, que teria partido de premissa equivocada, ao afirmar que a maior parte do capital da PETROBRAS pertenceria à União.

Ao prolatar o acórdão recorrido, o tribunal de origem enfrentou a controvérsia apresentada nos seguintes termos (fls. 266/267e e 272e):

Assim, nos termos do art. 109, I, da Constituição da República, havendo o Ministério Público Federal identificado danos em sociedade de economia mista e ajuizado demanda visando à reparação de tais danos, a competência é da Justiça Federal.

Em decisão de 2013, o Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção) analisou recurso em ação de improbidade administrativa visando a apurar responsabilidades

quanto a celebração de acordos judiciais com valores superiores ao devido pela CODESA - Companhia Docas do Espírito Santo. Na oportunidade, o STJ afirmou que “o mero ajuizamento da ação pelo Ministério Público Federal, por entender estar configurado ato de improbidade administrativa, fixa a competência na Justiça Federal” (AgRg no CC 122.629).

Segundo informações colhidas no site www.investidorpetrobras.com.br, na aba capital social, a União detém 50,3% das ações ordinárias da Petrobrás, o que confirma a competência da Justiça Federal.

Além disso, como consignado na petição inicial da ação de improbidade administrativa, a União remanejou ou previu dotações orçamentárias para a PETROBRÁS. Um dos exemplos dados pelos MPF é um decreto de junho de 2014, que transferiu (*sic*) saldo do orçamento de investimentos de 2014 para a petroleira no montante de R\$ 4.818.046.000,00 (quatro bilhões, oitocentos e dezoito milhões quarenta e seis mil reais).

A União ainda não se manifestou quanto ao interesse na demanda, embora devidamente intimada, nos autos principais (ev. 87 dos autos 50066947220154047000). No entanto, anoto que em virtude da oposição desta exceção, o andamento daquela demanda foi suspenso, por força do art. 306 do CPC.

(...)

Não há reparos ao pronunciamento do juízo *a quo*.

(...)

Consoante o disposto na Constituição Federal:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

Com efeito, tendo a União manifestado expressamente o interesse em participar da ação originária (PET1 do evento 5 da ACP n. 5006694-72.2015.4.04.7000), a competência da Justiça Federal para processá-la e julgá-la é incontestável.

Transcrevo trecho da manifestação da União na ação principal:

A *União*, pessoa jurídica de direito público interno, devidamente representada pela Procuradoria da União no Estado do Paraná, tendo sido intimada a se manifestar acerca do contido no evento 99 dos autos epigrafados, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, informar que detém expreso e inquestionável interesse jurídico na questões fático-legais deduzidas nos autos, eis que inexoravelmente as condutas relatadas pelo Ministério Público Federal produzem impacto direto sobre a esfera patrimonial da União que, não apenas é detentora da maior parte das ações da PETROBRAS e teve reduzido o valor dos

dividendos distribuídos pela Estatal, como também é autora de aportes diretos de recursos de seu orçamento no patrimônio da empresa, consoante exemplificado às fls. 82 a 84 da Petição Inicial.

Consoante o art. 1.022 do CPC/2015, cabe a oposição de embargos de declaração para: *i)* esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; *ii)* suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; e, *iii)* corrigir erro material.

A omissão, definida expressamente pela lei, ocorre na hipótese de a decisão deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento.

O Código de Processo Civil considera, ainda, omissa, a decisão que incorra em qualquer uma das condutas descritas no art. 489, § 1º, no sentido de não se considerar fundamentada a decisão que: *i)* se limita à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; *ii)* emprega conceitos jurídicos indeterminados; *iii)* invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; *iv)* não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; *v)* invoca precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes, nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; e, *vi)* deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Sobreleva notar que o inciso IV do art. 489 do CPC/2015 impõe a necessidade de enfrentamento, pelo julgador, dos argumentos que possuam aptidão, em tese, para infirmar a fundamentação do julgado embargado. Nesse sentido, confira-se a doutrina de Nelson Nery Junior e Rosa Nery:

Não enfrentamento, pela decisão, de todos os argumentos possíveis de infirmar a conclusão do julgador. Para que se possa ser considerada fundamentada a decisão, o juiz deverá examinar todos os argumentos trazidos pelas partes que sejam capazes, por si sós e em tese, de infirmar a conclusão que embasou a decisão. Havendo omissão do juiz, que deixou de analisar fundamento constante da alegação da parte, terá havido omissão suscetível de correção pela via dos embargos de declaração. Não é mais possível, de lege lata, rejeitarem-se, por exemplo, embargos de declaração, ao argumento de que o juiz não está obrigado a pronunciar-se sobre todos os pontos da causa. Pela regra estatuída no texto normativo ora comentado, o juiz deverá pronunciar-se sobre todos os pontos levantados pelas partes, que sejam capazes de alterar a conclusão adotada na decisão.

(*Código de Processo Civil Comentado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.249-1.250, destaque no original).

Esposando tal entendimento, o precedente da Primeira Seção desta Corte:

Processual Civil. Embargos de declaração em mandado de segurança originário. Indeferimento da inicial. Omissão, contradição, obscuridade, erro material. Ausência.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço.

2. *O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.*

3. No caso, entendeu-se pela ocorrência de litispendência entre o presente *mandamus* e a ação ordinária n. 0027812-80.2013.4.01.3400, com base em jurisprudência desta Corte Superior acerca da possibilidade de litispendência entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, na ocasião em que as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas.

4. Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes aclaratórios em virtude, tão somente, de seu inconformismo com a decisão ora atacada, não se divisando, na hipótese, quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil, a inquirir tal *decisum*.

5. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Primeira Seção, julgado em 08.06.2016, DJe 15.06.2016, destaque meu)

No caso, o tribunal de origem manteve a decisão do MM. Juízo de primeiro grau, o qual reconheceu a competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento da ação civil pública por improbidade administrativa, diante da mera presença do Ministério Público Federal, na qualidade de órgão federal, em seu polo ativo.

Anoto que, por ocasião do julgamento do respectivo agravo de instrumento pelo tribunal de origem, acrescentou que a União já havia manifestado o seu interesse em atuar no feito, não subsistindo, portanto, omissão capaz de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

Dessarte, verifico que o acórdão recorrido adotou entendimento pacificado nesta Corte no sentido de que, por força do princípio da integração, não havendo na Lei n. 8.429/1992 regramento específico quanto às regras de competência territorial, devem ser aplicados outros diplomas legais que compõem o microsistema processual coletivo, a exemplo das Leis n. 4.717/1965, n. 7.347/1985, 8.078/1990 e 12.016/2009.

De tal modo, as regras processuais gerais somente seriam utilizadas caso ainda subsistente a lacuna legal.

Nesse sentido, destaco os seguintes julgados:

Conflito negativo de competência. Ação de Improbidade Administrativa. Local do dano - art. 2º da Lei n. 7.347/1985. Divergência quanto à amplitude do dano. Prevalência da localidade onde se localizam a maior parte dos elementos probatórios. Prejuízos mais graves sobre a sede de trabalho dos servidores públicos envolvidos. Interpretação teleológica. Celeridade processual, ampla defesa e razoável duração do processo.

1. Discute-se nos autos a competência para processar e julgar ação civil pública de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal contra servidores públicos e particulares envolvidos na prática de crimes de descaminho de cigarros oriundos do Paraguai e destinados ao Estado de Sergipe.

2. *Não há na Lei n. 8.429/1992 regramento específico acerca da competência territorial para processar e julgar as ações de improbidade. Diante de tal omissão, tem-se aplicado, por analogia, o art. 2º da Lei n. 7.347/1985, ante a relação de mútua complementariedade entre os feitos exercitáveis em âmbito coletivo, autorizando-se que a norma de integração seja obtida no âmbito do microsistema processual da tutela coletiva.*

(...)

5. Interpretação que se coaduna com os princípios da celeridade processual, ampla defesa e duração razoável do processo.

6. Conflito conhecido para declarar competente o juízo federal de São Paulo, o suscitante.

(CC 97.351/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 27.05.2009, DJe 10.06.2009, destaque meu).

Administrativo. Processual Civil. Improbidade administrativa. Litisconsortes. Prazo em dobro para apresentação de defesa prévia. Ausência de previsão na LIA. Utilização dos institutos e mecanismos das normas que compõem o microsistema de tutela coletiva. Art. 191 do CPC. Aplicabilidade. Recurso especial não conhecido.

1. Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microssistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados para “propiciar sua adequada e efetiva tutela” (art. 83 do CDC).

(...)

3. Recurso especial não conhecido.

(REsp 1.221.254/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 05.06.2012, DJe 13.06.2012, destaque meu).

O tribunal de origem, ao apreciar a questão atinente à extensão do dano, assim se manifestou (fl. 273e):

Com efeito, nada obstante as alegações deduzidas pela parte agravante, notadamente no que se refere à hierarquia das normas, destaco que a interpretação do conjunto normativo que rege a matéria deve ser procedido de forma sistemática, sendo inadequada a consideração de uma única regra, isoladamente do restante do sistema legal.

De outro lado, o dano considerado na petição inicial da demanda originária atingiu a coletividade de maneira geral, tendo ocorrido simultaneamente em relação a todos os brasileiros, embora o recebimento de suposta propina tenha acontecido, em tese, na cidade do Rio de Janeiro/RJ.

Registre-se, ainda, que os danos apontados pela parte autora da ação civil pública originária relacionam-se à alegada formação de cartel, cuja atuação teria sido identificada em diversos projetos e obras da PETROBRAS, no período compreendido entre os anos de 2004 e 2012. Assim, tais danos ocorreram em locais diversos, não se limitando ao território de um município ou de um estado, havendo inclusive a indicação de danos referentes a obras realizadas no Estado do Paraná (Refinaria Presidente Getúlio Vargas - REPAR).

Os danos em relação aos quais a União busca o ressarcimento, portanto, são de natureza difusa, na medida em que afetam a todos os cidadãos brasileiros, e apresentam abrangência nacional, uma vez que ocorreram em diversas localidades no país.

Ainda, conforme anotado pelo Juízo de Primeiro Grau, deve-se levar em conta para a fixação da competência deste juízo que - ao contrário do que sustenta a excipiente - os fatos (e o dano) não ocorreram unicamente no Estado do Rio de Janeiro.

Como bem cuidou a União, houve uma multiplicidade de condutas, praticadas em diversos pontos do território nacional e inclusive internacional (lavagem de

dinheiro por meio de instituições financeiras situadas no exterior). Com efeito, os fatos discutidos na demanda originária abalaram a credibilidade das instituições de modo geral e, portanto, podem ser classificados como danos nacionais.

Aplica-se à hipótese dos autos, portanto, a previsão contida no art. 93 da Lei n. 8.078/1990, segundo a qual é competente o foro da Capital do Estado para os casos de danos de âmbito nacional, como é a hipótese em exame (destaques meus).

Com efeito, esta Corte tem admitido a aplicação do art. 93, da Lei n. 8.078/1990 na hipótese de dano de abrangência nacional, tratando-se de opção legislativa conferida ao autor, observada a competência da Justiça Federal.

É o que se extrai do seguinte julgado:

Conflito positivo de competência. Demandas coletivas promovidas contra a ANEEL. Discussão acerca da metodologia de reajuste tarifário. Lei n. 7.347/1985. Distribuição de energia elétrica. Conexão.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que “havendo causa de modificação da competência relativa decorrente de conexão, mediante requerimento de qualquer das partes, esta Corte Superior tem admitido a suscitação de conflito para a reunião das ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas conjuntamente (*simultaneus processus*) e não sejam proferidas decisões divergentes, em observância aos princípios da economia processual e da segurança jurídica”.

2. No presente caso, trata-se de conflito positivo de competência proposto pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL em face do Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais e outros, em demandas de índole coletiva, cujo objeto é a discussão da metodologia de reajuste tarifário aplicado pela ANEEL desde 2002 às concessionárias de distribuição de energia elétrica. Nessa linha, verificando-se que nas ações há as mesmas alegações (ilegalidade do reajuste tarifário aplicado pela ANEEL desde 2002), aplicáveis a todas as concessionárias, é imperioso que se dê uma única solução para todas.

(...)

10. Reconhecida a abrangência nacional do conflito, cumpre definir o juízo competente, destacando-se que, ante o interesse da ANEEL no pólo passivo de todas as demandas, a competência é, indubitavelmente, da Justiça Federal (art. 109, I, da Constituição Federal).

11. Em razão do disposto no artigo 93, II, do Código de Defesa do Consumidor, sendo o suposto dano nacional, a competência será concorrente da capital do Estado ou do Distrito Federal, a critério do autor, tendo em vista sua comodidade na defesa dos interesses transindividuais lesados e o mais eficaz acesso à Justiça, uma vez que

“não há exclusividade do foro do Distrito Federal para o julgamento de ação civil pública de âmbito nacional. Isto porque o referido artigo ao se referir à Capital do Estado e ao Distrito Federal invoca competências territoriais concorrentes, devendo ser analisada a questão estando a Capital do Estado e o Distrito Federal em planos iguais, sem conotação específica para o Distrito Federal” (CC 17.533/DF, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Segunda Seção, julgado em 13.09.2000, DJ 30.10.2000, p. 120).

12. No presente caso, como já visto, o dano atinge todo país, tendo sido apresentadas várias ações idênticas em foros concorrentes (Capitais de Estados e Distrito Federal). Dessa forma, a prevenção deverá determinar a competência.

13. Pela leitura do art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/1985 deve ser fixado como foro competente para processar e julgar todas as ações o juízo a quem foi distribuída a primeira ação (CC 22.693/DF, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, julgado em 09.12.1998, DJ 19.04.1999). Assim, como a primeira ação coletiva foi proposta pela Associação de Defesa de Interesses Coletivos - ADIC, em 20.10.2009, perante a 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, esta é a competente para o julgamento das demais causas.

14. Salienta-se que, conforme informações de fls. 3.174, a Ação Civil Pública n. 2009.38.00.027553 - 0, que tramitou na 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, foi julgada extinta sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC, com recurso pendente de julgamento no TRF da 1ª Região.

15. Conforme enunciado Sumular 235/STJ “A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado”. Porém, se o conflito decorre de regra de competência absoluta (art. 93, inciso II, do CDC), como no presente caso, não há restrição a seu conhecimento após prolatada a sentença, desde que não haja trânsito em julgado.

16. Conflito conhecido para declarar a competência da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais.

(CC 126.601/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 27.11.2013, DJe 05.12.2013, destaque meu).

Processual Civil. Ação civil pública. Ausência de prequestionamento. Súmula 282/STF. Serviço de telefonia. Competência da Vara da Capital para o julgamento da demanda. Art. 2º da Lei n. 7.347/1985. Potencial lesão a direito supra-individual de consumidores de âmbito regional. Aplicação do art. 93 do CDC.

1. Não se conhece de Recurso Especial quanto a matéria não especificamente enfrentada pelo Tribunal de origem, dada a ausência de prequestionamento. Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF.

2. Trata a hipótese de Ação Civil Pública ajuizada com a finalidade de discutir a prestação de serviço de telefonia para a defesa de consumidores de todo o Estado do Rio Grande do Sul.

3. O art. 2º da Lei n. 7.347/1985 estabelece que a competência para o julgamento das ações coletivas para tutela de interesses supra-individuais seja definida pelo critério do lugar do dano ou do risco.

4. O CDC traz vários critérios de definição do foro competente, segundo a extensão do prejuízo. Será competente o foro do lugar onde ocorreu – ou possa ocorrer – o dano, se este for apenas de âmbito local (art. 93, I). Na hipótese de o prejuízo tomar dimensões maiores - dano regional ou dano nacional -, serão competentes, respectivamente, os foros da capital do Estado ou do Distrito Federal (art. 93, II).

5. Ainda que localizado no capítulo do CDC relativo à tutela dos interesses individuais homogêneos, o art. 93, como regra de determinação de competência, aplica-se de modo amplo a todas as ações coletivas para defesa de direitos difusos, coletivos, ou individuais homogêneos, tanto no campo das relações de consumo, como no vasto e multifacetário universo dos direitos e interesses de natureza supraindividual.

6. Como, *in casu*, a potencial lesão ao direito dos consumidores ocorre em âmbito regional, à presente demanda deve ser aplicado o inciso II do art. 93 do CDC, mantido o aresto recorrido que determinou a competência da Vara da Capital – Porto Alegre – para o julgamento da demanda. Precedente do STJ.

7. Recurso Especial não provido.

(REsp 448.470/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28.10.2008, DJe 15.12.2009)

A respeito do tema, ensina Hugo Nigro Mazzilli:

a) *Tratando-se de danos efetivos ou potenciais a interesses transindividuais, que atinjam todo o País, a tutela coletiva será de competência de uma vara do Distrito Federal ou da Capital de um dos Estados, a critério do autor. Se a hipótese se situar dentro dos moldes do art. 109, I, da CR, a competência será da Justiça federal; em caso contrário, da Justiça estadual ou distrital. A ação civil pública ou coletiva poderá, pois ser proposta, alternativamente, na Capital de um dos Estados atingidos ou na Capital do Distrito Federal" (A defesa dos interesses difusos em Juízo, 28ª edição. São Paulo, Saraiva: 2015, p. 331, destaque meu).*

Importante mencionar que, em se tratando de ação civil pública por improbidade administrativa, esta Corte já reconheceu a natureza difusa de seu objeto, relacionado à tutela do patrimônio público. É o que se extrai dos seguintes julgados:

Processo Civil e Administrativo. Improbidade administrativa. Propositura de ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Cabimento. Precedentes.

Cerceamento de defesa. Necessidade produção de provas. Reexame de matéria fático-probatória. Súmula n. 7 do STJ. Prequestionamento. Súmulas n. 282 e n. 356/STF. Lei n. 8.437/1992. Oitiva prévia do ente público que não faz parte do polo passivo. Desnecessidade. Elemento subjetivo. Dolo caracterizado. Violação do princípio da impessoalidade. Precedentes. Revisão da dosimetria das penas. Impossibilidade reexame de matéria fático-probatória. Súmula n. 7/STJ.

1. Cinge-se a controvérsia dos autos à aplicação ou não da Súmula Vinculante n. 13 aos agentes políticos. O Tribunal de origem manteve a condenação por improbidade administrativa, uma vez que a Prefeita do Município de Pilar do Sul/SP *Janete Pedrina de Carvalho Paes* nomeou seu cônjuge, *Maurício José Paes*, para Secretário de Gabinete, Segurança Pública e Trânsito.

2. *A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que “é cabível a propositura de ação civil pública que tenha como fundamento a prática de ato de improbidade administrativa, tendo em vista a natureza difusa do interesse tutelado. Também mostra-se lícita a cumulação de pedidos de natureza condenatória, declaratória e constitutiva nesta ação, porque sustentada nas disposições da Lei n. 8.429/1992” (REsp 757.595/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma). Precedente.*

3. Não é possível o conhecimento do recurso especial quando visa reformar entendimento do Tribunal *a quo* pela desnecessidade de produção de prova. Recorrente sustenta ter havido, com isso, cerceamento de sua defesa. Isso porque alterar a conclusão do julgador *a quo*, pela desnecessidade da prova, demandaria o reexame de fatos e provas, o que é vedado pela Súmula n. 7 do STJ.

4. Verifica-se que a Corte de origem não analisou, ainda que implicitamente, o art. 267, VI, do Código de Processo Civil. Desse modo, impõe-se o não conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento, entendido como o indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal.

5. A Lei n. 8.437/1992, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público, não se aplica ao caso concreto, uma vez que ação civil pública foi direcionada apenas aos recorrentes, não fazendo parte da presente ação o ente público.

6. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento, no sentido de que as nomeações para cargos políticos não se subsumem, em regra, às hipóteses descritas na Súmula Vinculante n. 13/STF, no entanto, “a configuração do nepotismo deve ser analisado caso a caso, a fim de se verificar eventual “troca de favores” ou fraude a lei” (Rcl 7.590, Relator Min. *Dias Toffoli*, Primeira Turma, julgado em 30.09.2014, Acórdão Eletrônico DJe-224, DIVULG 13.11.2014, PUBLIC 14.11.2014.).

7. As considerações feitas pelo Tribunal de origem *não* afastam a prática do ato de improbidade administrativa, caso em que a conduta dos agentes se amoldam ao disposto no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, pois atenta contra os princípios da Administração Pública, em especial a impessoalidade. Precedentes.

8. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que a revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ações de improbidade administrativa implica reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que esbarra na Súmula n. 7/STJ, salvo em hipóteses excepcionais, nas quais, da leitura do acórdão recorrido, exsurgir a desproporcionalidade entre o ato praticado e as sanções aplicadas, o que não é o caso vertente. Precedentes.

Recurso especial improvido.

(REsp 1.516.178/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 23.06.2015, DJe 30.06.2015, destaque meu).

Processual Civil. Administrativo. Ação civil pública. Lei de Improbidade Administrativa. Ex-prefeito. Inaplicabilidade da Lei n. 1.070/1950. Princípio da proporcionalidade. Discricionariedade do julgador na aplicação das penalidades. Reexame de matéria fática. Súmula n. 7/STJ. Legitimidade ativa do Ministério Público. Art. 129, III, da Constituição Federal. Ônus de sucumbência. Parte ré. Arts. 18 e 19 da Lei n. 7.347/1985. Isenção. Descabimento. Violação do art. 535, II, do CPC. Julgamento *extra e ultra petita*. Inocorrência.

1. O “ex-prefeito não se enquadra dentre aquelas autoridades que estão submetidas à Lei n. 1.070/1950, que dispõe sobre os crimes de responsabilidade, podendo responder por seus atos em sede de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa” (REsp 764.836/SP, Relator Ministro José Delgado, Relator p/ acórdão Ministro Francisco Falcão, DJ 10.03.2008).

(...)

8. A promulgação da Constituição Federal de 1988 alargou o campo de atuação do *Parquet*, legitimando-o a promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros direitos difusos e coletivos (*ratio essendi* do art. 129, III, CF/1988).

9. Consectariamente, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

10. O inciso IV do art. 1º da Lei n. 7.347/1985 legitima o Ministério Público à propositura da ação civil pública em defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo, abrangendo nessa previsão o resguardo do patrimônio público, máxime diante do comando do art. 129, inciso III, da Carta Maior, que prevê a ação civil pública, agora de forma categórica, como instrumento de proteção do patrimônio público e social (Precedentes: REsp n. 686.993/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 25.05.2006; REsp n. 815.332/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU de 08.05.2006; e REsp n. 631.408/GO, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 30.05.2005).

11. Ademais, o *nomem juris* é indiferente nessas hipóteses de improbidade em que se segue o *inter procedimental* da Lei n. 8.429/1992, aduzindo-se à ação civil pública, tão-somente pela natureza difusa que eclipsa a tutela do patrimônio público.

18. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

(REsp 895.530/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.11.2008, DJe 04.02.2009).

Nesse contexto, a aplicação dos arts. 2º, da Lei n. 7.347/1985 e 93, da Lei n. 8.078/1990 dá-se de forma concorrente, observada a extensão do dano envolvido.

No que diz respeito à efetiva demonstração da abrangência nacional do apontado dano, consoante excerto anteriormente mencionado, o tribunal de origem entendeu-o configurado, não só diante da magnitude da lesão causada à coletividade, relacionando-a à credibilidade da PETROBRÁS, como também em razão de os fatos apontados na exordial não terem ocorrido unicamente no Estado do Rio de Janeiro, mas em “locais diversos, não se limitando ao território de um município ou de um estado, havendo inclusive a indicação de danos referentes a obras realizadas no Estado do Paraná (Refinaria Presidente Getúlio Vargas – REPAR)” (fl. 273e).

Contrariamente ao afirmado pelo Recorrente, a aferição proposta por meio do acórdão recorrido foi feita com base no caso concreto dos autos, não repercutindo em todos os processos nos quais se discuta o dano ao erário público da União.

Entendo que a aludida fundamentação é suficiente a respaldar a utilização do dispositivo legal em questão para fins de aferição de competência territorial, tendo optado o autor pelo ajuizamento da ação na capital do Estado do Paraná.

Anoto que a demonstração pormenorizada dos danos efetivamente causados à empresa em questão relaciona-se ao próprio mérito desta ação civil pública, a qual seguirá o seu curso normal de produção probatória, não sendo necessário, neste momento processual, a certeza quanto à extensão do dano em questão ou quanto a sua titularidade.

Com efeito, o nosso sistema processual coletivo também deve observância aos princípios constitucionais de celeridade e economia processuais, os quais foram preservados pelo tribunal de origem ao acrescentar como fundamento de aferição de competência a proximidade do Juízo com as provas a serem colhidas, advindas de ações criminais relacionadas aos mesmos fatos.

Cumpre mencionar que, tratando-se de dano de abrangência nacional, despicinda é a demonstração específica da ocorrência do dano no local escolhido, tendo o tribunal de origem utilizado os fatos narrados na exordial como parâmetro para tal avaliação.

Finalmente, o tribunal de origem, após minucioso exame dos elementos fáticos contidos nos autos, consignou que a proximidade do Juízo com as provas documentais relacionadas aos processos criminais relacionados à Operação Lava Jato facilitarão a produção de provas nestes autos, nos seguintes termos (fl. 273e):

Registre-se, ainda, que os elementos dos autos demonstram que a maior parte dos elementos probatórios relativos ao caso em comento encontra-se concentrada em Curitiba/PR. Tal critério é adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, também, como parâmetro para estabelecer a competência para o julgamento da ação civil pública por ato de improbidade.

Rever tal entendimento, com o objetivo de acolher a pretensão recursal, no sentido de que seria desnecessária a produção de prova pericial, bem como que toda a prova proveniente dos processos criminais envolvendo os fatos em questão já teria sido juntada aos autos 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”.

Nesse sentido:

Processo Civil. Administrativo. Improbidade administrativa. Competência. Local do dano. Discussão fática acerca do local do dano. Reexame do conjunto fático-probatório. Aplicação da Súmula 7 do STJ. Dissídio jurisprudencial. Ausência de similitude fática entre os paradigmas. Agravo desprovido.

1. O reexame da decisão recorrida enseja a aplicação da Súmula 7 - STJ, pois a questão controversa dos autos não está no fato incontroverso de que o suposto ato de improbidade - “calçar” documento fiscal - teria ocorrido no Posto Fiscal de Canguarateda, senão na afirmação de que esse fato, como representou um dano ao erário do Estado do Rio Grande do Norte, cuja sede é em Natal, atrairia a competência dessa Comarca, como dispõe o art. 2º da Lei n. 7.437/1985, além da circunstância de que todas as provas necessárias à elucidação dos fatos estariam naquele órgão da receita estadual.

2. Não é possível aferir-se o local do dano e o seu desdobramento lesivo, de modo a permitir o bom desenvolvimento do processo, tanto para a defesa quanto para a acusação, sem confrontar os fatos com a prova dos autos. Rever este posicionamento, portanto, a partir do reexame do conjunto probatório que instrui a inicial, encontra óbice na Súmula 7 desta Corte.

3. Não se credencia ao exame a tese do dissídio jurisprudencial se o cotejo dos arrestos não demonstra identidade fática entre os paradigmas.

4. Agravo regimental desprovido

(AgRg no AREsp 292.373/RN, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, julgado em 16.02.2016, DJe 22.02.2016).

Administrativo. Processo Civil. Improbidade. Competência. Local do dano. Matéria fático-probatória. Incidência da Súmula 7/STJ. Súmula 83/STJ. Recurso especial. Alínea “c”. Não demonstração da divergência. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Agravo não provido.

1. Cuida-se de Recurso Especial interposto contra Acórdão da Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que conheceu do conflito de competência suscitado nos autos de Ação de Improbidade Administrativa, pelo Juízo da 3ª Vara Federal de Sorocaba/SP em face do Juízo da 3ª Vara Federal de Bauru/SP, para declarar competente o Juízo suscitado, sob o fundamento de que, no caso dos autos, o local em que ocorridos os danos à Administração Pública fora o Município de Bauru, onde consumados os atos ímprobos praticados, em favor de pessoas físicas e empresas privadas, por empregados e dirigentes da Diretoria Regional dos Correios de Bauru.

2. O Tribunal *a quo* declarou competente o Juízo da 3ª Vara Federal de Bauru e consignou na sua decisão: “Assim, uma vez identificado o dano em questão como a ofensa a integridade e aos princípios da Administração Pública, exsurge, que o local em que tal dano ocorreu coincide com o da prática dos atos de improbidade, vale dizer, o dano ocorreu justamente no local onde ultimadas as transferências das ACF’s, com a participação de empregados e dirigentes da Diretoria Regional dos Correios de Bauru. Significa dizer que o dano foi suportado pela ECT, no caso, na sede administrativa localizada em Bauru” (fl. 571, grifo acrescentado).

3. Portanto, quanto ao local do dano, o Tribunal de origem entendeu que foi na sede administrativa de Bauru.

4. A jurisprudência desta Corte possui entendimento de que a competência para julgamento de demanda coletiva deve ser a do local do dano.

(AgRg nos EDcl no CC 120.111/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 8.5.2013, DJe 17.5.2013).

5. Modificar a conclusão a que chegou a Corte de origem, de modo a acolher a tese do recorrente, demandaria reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável em Recurso Especial, sob pena de violação da Súmula 7 do STJ.

6. Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento deste Tribunal Superior, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, *in casu*, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ.

7. No mais, não fez o recorrente o devido cotejo analítico, e assim não demonstrou as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles.

8. Por fim, constata-se que 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.

9. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.447.388/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 12.02.2015, DJe 20.03.2015)

Processual Civil e Administrativo. Improbidade administrativa. Localidade onde ocorreu o dano ímprobo. Revisão do entendimento do Tribunal de origem. Matéria fático-probatória. Agravo conhecido para negar seguimento ao recurso especial. Súmula 7 do STJ.

1. Cinge-se a controvérsia a saber se os atos de improbidade ocorreram no Município de São José dos Pinhais, ou se ocorreram em diversas localidades.

2. Para afastar os critérios adotados pela instância ordinária, que concluíram que os atos ímprobos ocorreram no Município de São José dos Pinhais, e não em diversas localidades, é necessário o reexame dos elementos probatórios, o que não é possível em recurso especial, dado o óbice do enunciado 7 da Súmula desta Corte.

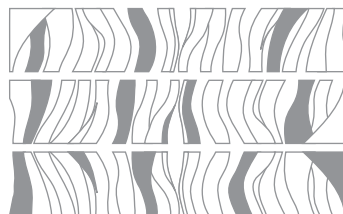
3. A competência na ações coletivas utiliza como critério definidor o local do dano, de forma a proporcionar maior celeridade no processamento, na instrução e, por conseguinte, no julgamento do feito, dado que é mais fácil apurar o dano e suas provas no juízo em que os fatos ocorreram. Precedente: CC 97.351/SP, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJe 10.6.2009.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 254.199/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04.04.2013, DJe 15.04.2013).

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

É o voto.



Segunda Turma

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO
EM RECURSO ESPECIAL N. 892.042-SC (2016/0079530-0)**

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Embargante: Fazenda Nacional

Embargado: MKJ Importação e Comércio Ltda

Embargado: Mário Kenji Irie

Advogado: Adilson José Frutuoso e outro(s) - SC019419

Interes.: Elizeu Machado de Lima

Interes.: MR Global Participações e Empreendimentos Ltda

Interes.: Regina Celi Zaguini Irie

EMENTA

Processual Civil. Embargos de declaração no agravo interno. Submissão à regra prevista no Enunciado Administrativo n. 03/STJ. Ausência de omissão, obscuridade, contradição ou erro material. Embargos rejeitados.

1. É certo que o novo Código de Processo Civil estabelece que “o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento” (art. 85, § 11). A análise desse dispositivo permite exegese no sentido de que a fixação da sucumbência recursal abrange a majoração dos honorários antes fixados (na hipótese de o recurso não prosperar) e o arbitramento de nova verba, com redistribuição dos honorários antes fixados (na hipótese de provimento do recurso), considerando-se, em ambos os casos, o trabalho adicional realizado em grau recursal.

2. Por outro lado, conforme abalizado entendimento doutrinário, a majoração dos honorários advocatícios, a título de sucumbência recursal, pressupõe que tenha havido a fixação de honorários na instância *a quo*, ou seja, só é cabível nos feitos em que for admissível a condenação em honorários na instância *a quo*.

3. No caso concreto, o recurso especial origina-se de decisão interlocutória proferida em sede de medida cautelar fiscal, na qual não houve a fixação de honorários advocatícios, sobretudo porque se trata de hipótese em que não é admissível a condenação em verba honorária. Nesse contexto, revela-se descabida a fixação de honorários advocatícios, a título de sucumbência recursal.

4. Além disso, em se tratando de recurso especial julgado por meio de decisão monocrática, na qual não foi estabelecida a sucumbência recursal em razão do Enunciado Administrativo 7/STJ (no caso, a publicação do acórdão impugnado por meio do recurso especial ocorreu em dezembro/2015), não é possível a fixação da sucumbência recursal em sede de agravo interno. Isso porque, embora o agravo interno seja previsto como recurso próprio (art. 994, III, do CPC), a sua finalidade principal é a obtenção de um pronunciamento colegiado (formação de um acórdão) sobre a questão controversa, especialmente para fins de exaurimento de instância. Ressalte-se que, em regra, não é possível suscitar questão nova em sede de agravo interno, pois o objeto do recurso (recurso especial, agravo em recurso especial, embargos de divergência etc.) é delimitado no ato de sua interposição. Da mesma forma, caso não seja cabível a fixação da sucumbência recursal no momento em que proferida a decisão monocrática (por força do enunciado mencionado), não é possível ao Relator inovar e fixar a sucumbência recursal em sede de agravo interno.

5. Em suma, em se tratando de recurso julgado por meio de decisão monocrática, na qual foi estabelecida a sucumbência recursal, não é possível nova majoração em sede de agravo interno. *A contrario sensu*, em se tratando de recurso julgado por meio de decisão monocrática, na qual não foi estabelecida a sucumbência recursal em razão do Enunciado Administrativo 7/STJ, não é possível a fixação da sucumbência recursal em sede de agravo interno.

6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte

resultado de julgamento: “A Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Presidente), os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 8.2.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de embargos de declaração (fl. 9.099) apresentados contra acórdão sintetizado na seguinte ementa:

Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Enunciado Administrativo n. 3/STJ. Medida cautelar fiscal. Suspensão dos efeitos de decisões no bojo da ação principal. Fundamentos não impugnados. Artigo 1.021, § 1º, do CPC/2015. Inteligência da Súmula 182/STJ. Agravo interno não conhecido.

1. A falta de impugnação específica aos fundamentos da decisão agravada inviabiliza o conhecimento do agravo interno, nos termos do artigo 1.021, § 1º, do CPC/2015 e da Súmula 182/STJ.

2. Agravo Interno não conhecido.

A embargante alega, em síntese, que há omissão no acórdão embargado, tendo em vista que:

Este Superior Tribunal de Justiça não conheceu do *agravo interno* do sujeito passivo. Omitiu-se, no entanto, no tocante à fixação dos honorários recursais, previstos no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Requer sejam acolhidos os embargos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): O recurso não merece prosperar.

Inicialmente, cumpre esclarecer que o presente recurso submete-se à regra prevista no Enunciado Administrativo n. 3/STJ, *in verbis*: “Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC”.

É certo que o novo Código de Processo Civil estabelece que “o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento” (art. 85, § 11).

A análise desse dispositivo permite exegese no sentido de que a fixação da sucumbência recursal abrange a majoração dos honorários antes fixados (na hipótese de o recurso não prosperar) e o arbitramento de nova verba, com redistribuição dos honorários antes fixados (na hipótese de provimento do recurso), considerando-se, em ambos os casos, o trabalho adicional realizado em grau recursal.

Por outro lado, conforme abalizado entendimento doutrinário, a majoração dos honorários advocatícios, a título de sucumbência recursal, pressupõe que tenha havido a fixação de honorários na instância *a quo*, ou seja, só é cabível nos feitos em que for admissível a condenação em honorários na instância *a quo*.

Nesse sentido, destaco a lição de Fredie Didier Jr.:

Não há honorários recursais em qualquer recurso, mas só naqueles em que for admissível condenação em honorários de sucumbência na primeira instância. Assim, não cabe, por exemplo, sucumbência recursal em agravo de instrumento interposto contra decisão que versa sobre tutela provisória, mas cabe em agravo de instrumento interposto contra decisão que versa sobre o mérito da causa. A sucumbência recursal consiste, como já visto, em majoração de honorários já fixados.

(Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal / Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha – 13. ed. reform. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. v. 3, pág. 157)

No caso concreto, o recurso especial origina-se de decisão interlocutória proferida em sede de medida cautelar fiscal, na qual não houve a fixação de honorários advocatícios, sobretudo porque se trata de hipótese em que

não é admissível a condenação em verba honorária. Nesse contexto, revela-se descabida a fixação de honorários advocatícios, a título de sucumbência recursal.

Além disso, em se tratando de recurso especial julgado por meio de decisão monocrática, na qual não foi estabelecida a sucumbência recursal em razão do Enunciado Administrativo 7/STJ (no caso, a publicação do acórdão impugnado por meio do recurso especial ocorreu em dezembro/2015), não é possível a fixação da sucumbência recursal em sede de agravo interno.

Isso porque, embora o agravo interno seja previsto como recurso próprio (art. 994, III, do CPC), a sua finalidade principal é a obtenção de um pronunciamento colegiado (formação de um acórdão) sobre a questão controversa, especialmente para fins de exaurimento de instância. Ressalte-se que, em regra, não é possível suscitar questão nova em sede de agravo interno, pois o objeto do recurso (recurso especial, agravo em recurso especial, embargos de divergência etc.) é delimitado no ato de sua interposição. Da mesma forma, caso não seja cabível a fixação da sucumbência recursal no momento em que proferida a decisão monocrática (por força do enunciado mencionado), não é possível ao Relator inovar e fixar a sucumbência recursal em sede de agravo interno.

Em suma, em se tratando de recurso julgado por meio de decisão monocrática, na qual foi estabelecida a sucumbência recursal, não é possível nova majoração em sede de agravo interno. *A contrario sensu*, em se tratando de recurso julgado por meio de decisão monocrática, na qual não foi estabelecida a sucumbência recursal em razão do Enunciado Administrativo 7/STJ, não é possível a fixação da sucumbência recursal em sede de agravo interno.

A corroborar esse entendimento, *mutatis mutandis*, destaco novamente o entendimento de Fredie Didier Jr.:

De igual modo, não há majoração de honorários anteriormente fixados no julgamento do agravo interno. Quando o relator inadmitte ou nega provimento ao recurso por decisão isolada, ele já aplica o § 11 do art. 85 do CPC e majora os honorários de sucumbência fixados pelo juiz contra a parte. Rejeitado o agravo interno, o colegiado apenas confirma a decisão do relator, não incidindo novamente o § 11 do art. 85 do CPC. O relator ao decidir, antecipa provável entendimento do colegiado. Este, ao ser provocado pelo agravo interno, confirma ou não a decisão do relator. Ao confirmar, mantém o que o relator decidiu, inclusive na parte relativa aos honorários sucumbenciais recursais. Não há outra majoração. A majoração já foi determinada pelo relator em sua decisão isolada.

(*Op. cit.* pág. 158)

No mesmo sentido:

Processual Civil. Honorários. Recurso em mesmo grau. Não cabimento. Omissão inexistente.

1. Os preceitos do art. 85, § 11, do CPC/2015, claramente estabelecem que a majoração dos honorários está vinculada ao trabalho desenvolvido em cada grau recursal, e não em cada recurso interposto no mesmo grau.

2. “Não é possível majorar os honorários na hipótese de interposição de recurso no mesmo grau de jurisdição (art. 85, § 11, do CPC/2015)” (Enunciado 16 da ENFAM).

3. No caso dos autos, o grau inaugurado com a interposição de recurso especial ocorreu em momento anterior à vigência da nova norma, o que torna sua aplicação indevida, sob pena de retroação de seus efeitos. Ressalte-se que até o agravo regimental, ao contrário do que aduz a embargante, foi interposto antes da vigência do novo CPC.

Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1.461.914/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 02.08.2016, DJe 10.08.2016)

Previdenciário. Agravo interno no recurso especial. Acumulação de benefícios. Auxílio-acidente concedido antes da vigência da Lei n. 9.528/1997 e aposentadoria concedida após a sua vigência. Recurso Especial 1.296.673/MG, submetido ao rito dos recursos repetitivos. Impossibilidade. Súmula 507/STJ. Aplicação de multa e majoração de honorários advocatícios, no agravo interno. Descabimento. Agravo interno improvido.

I. Agravo interno interposto em 04.07.2016, contra decisão monocrática publicada em 27.06.2016, que, por sua vez, julgara Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/1973.

II. Conforme decidido pela Primeira Seção desta Corte, “a acumulação do auxílio-acidente com proventos de aposentadoria pressupõe que a eclosão da lesão incapacitante, ensejadora do direito ao auxílio-acidente, e o início da aposentadoria sejam anteriores à alteração do art. 86, §§ 2º e 3º, da Lei n. 8.213/1991 (‘§ 2º O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria; § 3º O recebimento de salário ou concessão de outro benefício, exceto de aposentadoria, observado o disposto no § 5º, não prejudicará a continuidade do recebimento do auxílio-acidente.’), promovida em 11.11.1997 pela Medida Provisória 1.596-14/1997, que posteriormente foi convertida na Lei n. 9.528/1997” (STJ, REsp 1.296.673/MG, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Primeira Seção, DJe de 03.09.2012, julgado em 22.08.2012, sob a sistemática do art. 543-C do CPC).

III. Nos termos da Súmula 507 desta Corte, “a acumulação de auxílio-acidente com aposentadoria pressupõe que a lesão incapacitante e a aposentadoria sejam anteriores a 11.11.1997, observado o critério do art. 23 da Lei n. 8.213/1991 para definição do momento da lesão nos casos de doença profissional ou do trabalho”.

IV. No caso, a autora recebe o auxílio-acidente desde 16.06.1993. Porém, a aposentadoria por idade foi concedida em 08.07.2003, motivo pelo qual não há falar em acumulação dos benefícios.

V. O mero inconformismo com a decisão agravada não enseja a necessária imposição da multa, prevista no § 4º do art. 1.021 do CPC/2015, quando não configurada a manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso, por decisão unânime do colegiado.

VI. Na linha do decidido pelo STJ, “deixa-se de aplicar honorários sucumbenciais recursais nos termos do Enunciado 16 da ENFAM: ‘Não é possível majorar os honorários na hipótese de interposição de recurso no mesmo grau de jurisdição (art. 85, § 11, do CPC/2015)’ (...)” (STJ, AgInt no AgRg no REsp 1.200.271/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe de 17.05.2016).

VII. Agravo Regimental improvido.

(AgInt no REsp 1.504.429/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 20.09.2016, DJe 28.09.2016)

Processual Civil. Embargos declaratórios no agravo interno no recurso especial. Inexistência de vícios. Embargos de declaração acolhidos para fins de esclarecimentos quanto aos honorários, sem efeitos modificativos.

1. De início, impõe-se ressaltar que os presentes Embargos de Declaração foram opostos contra acórdão publicado já na vigência do novo Código de Processo Civil, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista (Enunciado Administrativo 3/STJ).

2. Nestes Aclaratórios, a embargante sustenta que o acórdão embargado “omitiu-se, no entanto, no tocante à fixação dos honorários recursais, previstos no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil” (fl. 685, e-STJ).

3. Na verdade, não verifico na espécie os pressupostos necessários, e exigidos pelo art. 1.022 do CPC/2015, para acolhimento dos Aclaratórios, visto que nenhuma omissão, obscuridade, contradição ou erro material existe no corpo do decisum que justifique o oferecimento desse recurso.

4. Contudo, para evitar novos questionamentos, acolhem-se os Embargos Declaratórios para prestar esclarecimentos, sem, no entanto, emprestar-lhes efeitos infringentes.

5. O pedido de arbitramento/majoração da verba honorária de sucumbência no Agravo Interno, formulado pela embargante, deve ser rejeitado em razão do entendimento da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de

Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira - Enfam, adotado no seminário “O Poder Judiciário e o Novo CPC”, no qual se editou o enunciado 16, com o seguinte teor: “Não é possível majorar os honorários na hipótese de interposição de recurso no mesmo grau de jurisdição (art. 85, § 11, do CPC/2015)”.

6. Dito de outro modo, como se trata (o Agravo Interno) de recurso que apenas prorroga, no mesmo grau de jurisdição, a discussão travada no Recurso Especial, o caso concreto não comporta a aplicação do art. 85, § 11, do CPC/2015.

7. Embargos de Declaração acolhidos sem efeito modificativo, apenas para prestar esclarecimentos.

(EDcl no AgInt no REsp 1.585.765/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25.10.2016, DJe 17.11.2016)

Assim, não há falar em omissão, pois a questão foi apreciada de modo adequado, e o mero inconformismo com a conclusão do julgado não enseja a utilização da via de embargos de declaração, que é limitada às hipóteses elencadas no art. 1.022 do CPC/2015.

Diante do exposto, *rejeito* os embargos de declaração.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.026.401-SE (2008/0020405-6)

Relatora: Ministra Assusete Magalhães

Recorrente: Estado de Sergipe

Procurador: Flávio Augusto Barreto Medrado e outro(s) - SE000194B

Recorrido: Samam Veículos Ltda

Advogado: João Santana Filho e outro(s) - SE001664

EMENTA

Tributário e Processual Civil. Recurso especial em ação rescisória. ICMS. Substituição tributária para frente. Fato gerador presumido. Diferença a menor do tributo devido, em relação ao fato gerador presumido. Direito à restituição. Matéria controvertida nos Tribunais,

à época da prolação do acórdão rescindendo. Inadmissibilidade da ação rescisória, mesmo em se tratando de matéria constitucional. Incidência da Súmula 343/STF. Precedente do STF, em regime de repercussão geral. RE 590.809/RS. Acórdão rescindendo, ademais, em consonância com o atual entendimento firmado pelo STF sobre a matéria de fundo, em julgamento realizado sob o regime da repercussão geral. RE 593.849/MG. Juízo de retratação. Art. 543-B, § 3º, do CPC/1973 (art. 1.040, II, do CPC/2015). Recurso especial desprovido, em juízo de retratação.

I. Recurso Especial, interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/1973, anteriormente provido, pela Segunda Turma desta Corte, para julgar procedente a Ação Rescisória, ao fundamento de que a Súmula 343/STF não se aplica em matéria constitucional – pelo que entendeu cabível a Ação Rescisória, no caso –, e de que “a Constituição Federal e a Lei Complementar n. 87/1996 somente autorizam o ressarcimento de ICMS em regime de substituição tributária quando o fato jurídico presumido não se realizar”.

II. O Recurso Especial, interposto pela parte autora da Ação Rescisória, retornou – por determinação da Vice-Presidência do STJ, para julgamento pelo Órgão colegiado, com fundamento no disposto no art. 543-B, § 3º, do CPC/1973 (art. 1.040, II, do CPC/2015), após a interposição de Recurso Extraordinário, pelo sujeito passivo da obrigação tributária –, para juízo de retratação, em face de julgado do STF, proferido no RE 590.809/RS, em sede de repercussão geral da questão constitucional.

III. Em 22.10.2014 o Plenário do STF, no julgamento do RE 590.809/RS, sob a relatoria do Ministro *Marco Aurélio Mello* e sob o regime de repercussão geral, pacificou o entendimento no sentido de que deve ser refutada “a assertiva de que o Enunciado 343 da Súmula do STF (‘Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais’) deveria ser afastado, aprioristicamente, em caso de matéria constitucional” (STF, RE 590.809/RS, Rel. Ministro *Marco Aurélio*, *Tribunal Pleno*, DJe de 24.11.2014).

IV. O acórdão proferido pela Segunda Turma do STJ admitiu que a matéria de fundo era controvertida, à época do julgamento do acórdão rescindendo, mas afastou a incidência da Súmula 343/STF, por se tratar de matéria constitucional. Necessidade de ajustar o julgado da Segunda Turma do STJ ao decidido pelo STF, em regime de repercussão geral, no aludido RE 590.809/RS, para concluir pelo descabimento da Ação Rescisória, em face da Súmula 343/STF.

V. Ademais, quanto à controvérsia acerca da matéria de fundo versada na petição inicial da Ação Rescisória, o Plenário do STF, ao julgar, sob o regime da repercussão geral, o RE 593.849/MG (Rel. Ministro *Edson Fachin*, DJe de 31.03.2017), fixou, em 19.10.2016, a tese de que “é devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”. Assim, a atual jurisprudência do STJ realinhou o seu posicionamento sobre a matéria de fundo, diante do novo entendimento firmado pelo STF, no julgamento do RE 593.849/MG, sob a relatoria do Ministro *Edson Fachin* e sob regime de repercussão geral, pelo que o acórdão rescindendo, no mérito, encontra-se em sintonia com o novel entendimento do STF e do STJ. Nesse sentido: STJ, EDcl na AR 4.640/DF, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Primeira Seção*, DJe de 19.12.2016.

VI. Estando o acórdão recorrido, proferido pelo Tribunal de origem, em consonância com a atual jurisprudência do STF e do STJ, deve ele ser mantido.

VII. Recurso Especial desprovido, em razão do juízo de retratação, previsto art. 543-B, § 3º, do CPC/1973 (art. 1.040, II, do CPC/2015).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 06 de abril de 2017 (data do julgamento).

Ministra Assusete Magalhães, Relatora

DJe 26.4.2017

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Recurso Especial, interposto pelo *Estado de Sergipe*, em 09.03.2007, com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, assim ementado:

Embargos infringentes - Decisão embargada. Ação Rescisória. Violação a literal disposição de lei. Inciso V, art. 485, do CPC. Não identificada. Ocorrência. Convênio ICMS n. 13/1997. Cláusula Segunda. À época, incidência afastada. Medida liminar do STF. Interpretação do § 7º do art. 150 da CF abrangente. Interpretação constitucional em consonância com a jurisprudência à época. Atualmente, ADIn 2.777-8/SP. Mesma matéria sob discussão. Prova da divergência interpretativa. Homenagem ao princípio da segurança jurídica. Ação julgada procedente. Inversão do ônus da sucumbência.

- Não cabe a ação rescisória se não existe violação à literal disposição de lei quando se verifica que à época, por conta de decisão liminar do STF na ADIn n. 1.851, afastando a aplicação da Cláusula Segunda do Convênio ICMS n. 13/1997, se obteve interpretação abrangente em relação ao art. 150, § 7º da CF, mesmo que posterior decisão final confirmasse sua constitucionalidade, resultando que atualmente pende de julgamento a ADIn n. 2.777-8/SP onde se reitera idêntica discussão acerca da compensação tributária nos moldes delineados na ADIn n. 1.851, portanto, confirmando que a questão se dá pela divergência de interpretação de norma constitucional devendo-se na espécie homenagear o princípio da segurança jurídica.

- Voto pela procedência dos embargos.

- Ônus da sucumbência invertido (fl. 287e).

No Recurso Especial, o Estado recorrente apontou contrariedade ao art. 485, V, do CPC/1973, e defendeu o cabimento da Ação Rescisória, ao argumento de que não se aplicaria ao caso a Súmula 343/STF, uma vez que, após a prolação do acórdão rescindendo, sobreveio decisão de mérito do STF, na ADI 1.851-4/AL, no sentido da constitucionalidade do Convênio ICMS n. 13/1997.

Após as contrarrazões (fls. 318/338e), o Recurso Especial, a princípio inadmitido, na origem (fls. 340/342e), foi encaminhado a esta Corte, por força de Agravo de Instrumento provido (fl. 347e).

Em 06.08.2009, a Segunda Turma deu provimento ao Recurso Especial, por acórdão da lavra da Ministra *Eliana Calmon*, assim ementado:

Processual Civil. Ação rescisória. ICMS. Substituição tributária. Base de cálculo efetiva menor que a presumida. ADIn n. 1.851-4. Convênio ICMS n. 13/1997. Constitucionalidade. Súmula 343/STF. Incidência. Violação à literal disposição de lei. Matéria controvertida nos Tribunais.

1. *A jurisprudência iterativa do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que cabe ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC, quando se tratar de matéria de índole constitucional, hipótese em que deve ser afastada a Súmula 343/STF.*

2. *Violação da Cláusula Segunda do Convênio n. 13/1997 pelo acórdão rescindendo, na medida em que a Constituição Federal e a Lei Complementar n. 87/1996 somente autorizam o ressarcimento de ICMS em regime de substituição tributária quando o fato jurídico presumido não se realizar.*

3. *Tese quanto à necessidade provimento inibitório e condenatório contra o autor da rescisória não questionada na origem. Aplicação da Súmula 282/STF.*

4. *Recurso especial provido (fl. 385e).*

Inconformada, a parte vencida interpôs Embargos de Divergência (fls. 392/414e), os quais foram rejeitados, em 07.08.2014, por decisão monocrática mantida, pela Primeira Seção do STJ, por acórdão publicado em 16.09.2015.

Em 28.09.2015, foi interposto Recurso Extraordinário (fls. 603/622e), do qual se destaca o seguinte trecho: “Há duas questões centrais a serem dirimidas neste Recurso Extraordinário: a) possibilidade de rescisão de sentença transitada em julgado em decorrência de mudança de interpretação pelo Supremo Tribunal Federal em face da garantia da coisa julgada (artigo 5º, XXXVI); b) direito à restituição de ICMS pago a maior no regime de substituição tributária (art. 150, § 7º da Constituição Federal). O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral das duas matérias. A primeira no RE 590.809 (Tema 136) e a segunda no RE 593.849 (Tema 201)”.

Contrarrazões a fls. 631/633e.

Em 06.11.2015, sobreveio a decisão de fls. 636/639e, proferida pela então Vice-Presidente do STJ, Ministra *Laurita Vaz*, determinando a remessa dos autos ao Relator, para os fins do § 3º do art. 543-B do CPC/1973.

Em 09.03.2017, o presente Recurso Especial foi incluído em pauta, para julgamento, nos termos do § 3º do art. 543-B do CPC, em sessão ordinária designada para o dia 21.03.2017. Contudo, nessa data, a parte recorrente protocolou a petição de fl. 651e, na qual requereu “que o referido recurso seja retirado da pauta e posteriormente reincluído em uma nova, providenciando, desta feita, a Coordenadoria responsável a intimação pessoal do representante legal do Estado de Sergipe desse ato processual, assegurando, assim, ao ente público, via escoreita intimação pessoal de nova pauta, o direito de apresentar memoriais e realizar sustentação oral, sob pena de nulidade”.

Pelo despacho de fl. 653e, a par do adiamento do julgamento deste Recurso Especial, foi determinado que a Coordenadoria da Segunda Turma informasse sobre a alegada ausência de intimação regular da inclusão do feito na pauta de julgamento de 21.03.2017.

Em cumprimento ao aludido despacho, sobreveio, em 23.03.2017, a certidão de fl. 654e, da Coordenadoria da Segunda Turma, *in verbis*: “Certifico que, em atendimento ao despacho exarado à fl. 653, esta Coordenadoria ao gerar os mandados da pauta de julgamento do dia 21.3.2017, por erro no sistema justiça do STJ, não identificou processo relacionado à Procuradoria do Estado de Sergipe. De fato, a citada procuradoria não foi intimada pessoalmente da pauta e tão somente do Diário de Justiça Eletrônico. Esclareço que foi aberto o chamado de n. 1652874, junto à Seção de Atendimento Remoto, para identificar e corrigir a falha apontada”.

Em 27.03.2017, o presente Recurso Especial foi novamente incluído em pauta, para julgamento, nos termos do § 3º do art. 543-B do CPC, em sessão ordinária designada para o dia 06.04.2017, tendo sido juntado aos autos, em 30.03.2017, o mandado de intimação pessoal do representante processual do Estado de Sergipe, com ciência em 29.03.2017.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Relatora): Como relatado, cuida-se de Recurso Especial, interposto pelo *Estado de Sergipe*, que retornou – por determinação da Vice-Presidência do STJ, para julgamento por esta Segunda Turma, com fundamento no art. 543-B, § 3º, do CPC/1973, após a interposição de Recurso Extraordinário, por *Samam Veículos Ltda* –, para juízo de retratação,

em face de julgado proferido pelo STF, no *RE 590.809/RS*, sob o regime da repercussão geral.

Passo, assim, a reapreciar o Recurso Especial, nos termos do art. 543-B, § 3º, do CPC/1973 (atualmente, art. 1.040, II, do CPC/2015).

Em 11.10.2002, o *Estado do Sergipe* ajuizou, perante o Tribunal de origem, a presente Ação Rescisória, na qual apontou manifesta violação aos arts. 150, § 7º, da Constituição Federal e 10 da Lei Complementar n. 87/1996, bem como à Cláusula Segunda do Convênio ICMS n. 13/1997, ao argumento de que o acórdão rescindendo – transitado em julgado em 15.11.2000, ao conceder o Mandado de Segurança 0024/2000, para assegurar a compensação dos valores recolhidos a maior, a título de ICMS, sob o regime de substituição tributária, nas operações de venda de veículos por preços inferiores aos sugeridos pela montadora, em tabela própria – acabou por divergir da decisão proferida pelo STF, em 08.05.2002, na ADI 1.851-4/AL (Rel. Ministro *Ilmar Galvão*, DJU de 22.11.2002).

Em 23.06.2004, após regular processamento do feito, o Tribunal de origem, por maioria, preliminarmente, afastou a Súmula 343/STF, e, no mérito, julgou procedente a Ação Rescisória, pelo acórdão de fls. 89/134e.

Entretanto, em 13.12.2006, o Tribunal de origem, por maioria, deu provimento aos Embargos Infringentes, pelo acórdão ora recorrido (fls. 285/296e), assim ementado:

Embargos infringentes - Decisão embargada. Ação Rescisória. Violação a literal disposição de lei. Inciso V, art. 485, do CPC. Não identificada. Ocorrência. Convênio ICMS n. 13/1997. Cláusula Segunda. À época, incidência afastada. Medida liminar do STF. Interpretação do § 7º do art. 150 da CF abrangente. Interpretação constitucional em consonância com a jurisprudência à época. Atualmente, ADIn n. 2.777-8/SP. Mesma matéria sob discussão. Prova da divergência interpretativa. Homenagem ao princípio da segurança jurídica. Ação julgada procedente. Inversão do ônus da sucumbência.

- Não cabe a ação rescisória se não existe violação à literal disposição de lei quando se verifica que à época, por conta de decisão liminar do STF na ADIn n. 1.851, afastando a aplicação da Cláusula Segunda do Convênio ICMS n. 13/1997, se obteve interpretação abrangente em relação ao art. 150, § 7º da CF, mesmo que posterior decisão final confirmasse sua constitucionalidade, resultando que atualmente pende de julgamento a ADIn 2.777-8/SP onde se reitera idêntica discussão acerca da compensação tributária nos moldes delineados na ADIn n. 1.851, portanto, confirmando que a questão se dá pela divergência de interpretação de norma constitucional devendo-se na espécie homenagear o princípio da segurança jurídica.

- Voto pela procedência dos embargos.
- Ônus da sucumbência invertido (fl. 287e).

Em 09.03.2007, o *Estado de Sergipe* interpôs o presente Recurso Especial, no qual indicou contrariedade ao art. 485, V, do CPC/1973 e defendeu o cabimento da Ação Rescisória, ao argumento de que não se aplicaria ao caso a Súmula 343/STF, uma vez que, após a prolação do acórdão rescindendo, sobreveio decisão de mérito do STF, na ADI 1.851-4/AL, no sentido da constitucionalidade do Convênio ICMS n. 13/1997.

Em 06.08.2009, a Segunda Turma deu provimento ao Recurso Especial do *Estado de Sergipe*, pelo acórdão de fls. 377/385e, da lavra da Ministra *Eliana Calmon*, assim redigido:

Trata-se de recurso especial interposto com fulcro na alínea 'a' do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe assim ementado (fl. 281):

Embargos infringentes - Decisão embargada. Ação Rescisória. Violação a literal disposição de lei. Inciso V, art. 485, do CPC. Não identificada. Ocorrência. Convênio ICMS n. 13/1997. Cláusula Segunda. À época, incidência afastada. Medida liminar do STF. Interpretação do § 7º do art. 150 da CF abrangente. Interpretação constitucional em consonância com a jurisprudência à época. Atualmente, ADIn 2.777-8/SP. Mesma matéria sob discussão. Prova da divergência interpretativa. Homenagem ao princípio da segurança jurídica. Ação julgada procedente. Inversão do ônus da sucumbência.

- Não cabe a ação rescisória se não existe violação à literal disposição de lei quando se verifica que a à época, por conta de decisão liminar do STF na ADIn n. 1851, afastando a aplicação da Cláusula Segunda do Convênio ICMS n. 13/1997, se obteve interpretação abrangente em relação ao art. 150, § 7º da CF, mesmo que posterior decisão final confirmasse sua constitucionalidade, resultando que atualmente pende de julgamento a ADIn 2.777-8/SP onde se reitera idêntica discussão acerca da compensação tributária nos moldes delineados na ADIn n. 1.851, portanto, confirmando que a questão se dá pela divergência de interpretação de norma constitucional devendo-se na espécie homenagear o princípio da segurança jurídica.

- Voto pela procedência dos embargos.
- Ônus da sucumbência invertido.

Aponta a Fazenda Pública estadual violação do art. 485, V, do CPC pela indevida aplicação da Súmula 343/STF pelo Tribunal de origem, que ao dar provimento

aos embargos infringentes manteve acórdão transitado em julgado que afastou por inconstitucionalidade a norma constante da Cláusula Segunda do Convênio n. 13/1997, pela qual se vedava o ressarcimento de ICMS quando a operação mercantil se materializasse por base de cálculo menor que a presumida.

Defende a aplicação do entendimento adotado por esta Corte, segundo o qual se afasta a aplicação da Súmula 343/STF quando o tema detiver expressão constitucional e a decisão rescindenda tiver declarado a inconstitucionalidade de norma jurídica posteriormente declarada constitucional pela Suprema Corte.

Alega ser imperativo do princípio da isonomia, da força normativa da Constituição e da segurança jurídica a reforma do acórdão recorrido. (fls. 292/304)

Em contrarrazões (fls. 309/327) o particular pleiteia a aplicação do art. 557 do CPC por entender que o recurso especial manejado contraria expressamente enunciado sumular de Tribunal Superior; que havia jurisprudência pacífica no sentido do acórdão rescindendo, inclusive com pronunciamento liminar e de caráter vinculante da Suprema Corte na ADIn 1.851-4/AL; que inexistia norma violada pelo acórdão rescindendo, pois quando do julgamento do feito a Cláusula Segunda do Convênio ICMS n. 13/1997 encontrava-se com os efeitos suspensos por decisão naquela ADIn; que os atos jurídicos ocorridos na vigência do acórdão rescindendo devem ser resguardados, de modo que *se impeça qualquer restituição de valores ao Erário e garantindo à Embargante o direito de compensar os valores apurados no período em que o Estado desobedeceu à segurança.*

Recurso especial inadmitido às fls. 331/333.

No Agravo de Instrumento 928.639/SE, dei provimento ao agravo de instrumento para melhor exame da irrisignação. (fl. 336).

É o relatório.

A matéria, devidamente prequestionada na origem, já encontrou resposta satisfatória na jurisprudência desta Casa.

Discute-se inicialmente o cabimento de ação rescisória quando o acórdão rescindendo afastou por inconstitucionalidade cláusula de convênio de ICMS posteriormente declarada constitucional, sendo a matéria controversa na época, embora com jurisprudência expressiva desta Corte no sentido do acórdão recorrido.

*A matéria indubitavelmente tem expressão constitucional, na medida em que se discutiu se a cláusula restritiva do convênio era compatível com o art. 150, § 7º, da Constituição Federal. Em outras palavras, discutiu-se o alcance e o sentido da expressão **caso não se realize o fato gerador presumido.***

A ação rescisória é cabível na espécie porque o julgamento definitivo do Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade de norma jurídica afastada por acórdão rescindendo afasta a aplicação da Súmula 343/STF, na medida em que visa concretizar a força normativa da Constituição Federal, consoante expressão de seu órgão jurisdicional máximo. A existência de controvérsia na aplicação das

normas jurídicas é normalmente fator inibitório da viabilidade de ação rescisória com arrimo em violação à literal disposição de lei, como corolário do princípio da segurança jurídica e necessidade de estabilização das relações sociais. *Contudo, quando se está defronte a eficácia normativa da norma ápice do sistema, admite-se a relativização da coisa julgada para concretizar o comando constitucional. Assim, sempre que o acórdão rescindendo contrariar a norma constitucional exteriorizada da interpretação da Suprema Corte é cabível a ação rescisória por violação à literal disposição de lei.*

Nesse sentido colho alguns precedentes:

Processo Civil e Tributário. Contribuição previdenciária sobre proventos de inatividade de servidor público estadual. Lei Estadual n. 7.672/1982, art. 42, "o". Inconstitucionalidade. Ação rescisória. Violação a literal disposição de lei. Matéria constitucional. Afastamento da Súmula 343/STF. Posicionamento recente da Primeira Seção do STJ. Fundamentos do acórdão recorrido. Possibilidade. Orientação da Corte Especial (REsp 476.665/SP).

1. *O enunciado da Súmula 343 não é aplicável quando a questão verse sobre "texto" constitucional, hipótese em que cabível ação rescisória mesmo diante da existência de controvérsia interpretativa nos Tribunais, em face da "supremacia" da Constituição, cuja interpretação "não pode ficar sujeita à perplexidade", e da especial gravidade de que se reveste o descumprimento das normas constitucionais, mormente o "vício" da inconstitucionalidade das leis (Precedente: EREsp 608.122/RJ). "Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais" (Súmula 343 do STF).*

2. O Recurso Especial interposto contra acórdão proferido em sede de ação rescisória pode veicular os mesmos dispositivos legais que ensejaram a propositura da ação rescisória, por violação literal a disposição de lei.

3. A Corte Especial, revendo anterior posicionamento jurisprudencial, decidiu que: "(...) Se o autor da rescisória afirma violado certo artigo de lei e vê sua pretensão julgada em seu desfavor, o recurso especial pode envolver o tema da contrariedade do mesmo dispositivo que na ação se alegou malferido" (Corte Especial - REsp 476.665-SP, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 20.06.2005).

4. Precedentes jurisprudenciais do STJ: AgRg no Ag 580.593/SP, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 21.02.2006 e REsp 746.301/DF, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 23.05.2006.

5. Recurso especial provido, para determinar o retorno dos autos à instância de origem, de forma que seja apreciado o mérito da ação rescisória (REsp 896.728/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 02.10.2008, DJe 16.10.2008).

Ação rescisória. Previdenciário. Afastada a aplicação da Súmula 343 do STF. Prazo para o ajuizamento. Termo inicial. Trânsito em julgado da última decisão proferida nos autos pensão por morte concedida antes do advento da Lei n. 8.213/1991. Revisão indevida. Princípio do *tempus regit actum*. Não restituição de verba alimentar recebida de boa-fé. Pedido procedente.

1. *Tendo a matéria tratada nos autos já sido objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, afigura-se a sua natureza constitucional, devendo ser afastada a aplicação da súmula 343 do STF.*

(...).

5. Ação rescisória julgada procedente para acompanhar o recente entendimento exarado pela Terceira Seção, com a ressalva do ponto de vista da Relatora (AR 3.809/AL, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 15.12.2008, DJe 06.02.2009).

Processual Civil. Falta de prequestionamento. Súmula 211/STJ. Fundamentação deficiente. Súmula 284/STF. Ação rescisória. Matéria constitucional. Súmula 343/STF. Inaplicabilidade.

1. Aplica-se a Súmula 211/STJ na hipótese em que carecem de prequestionamento teses articuladas no recurso especial em torno da natureza do prazo para propositura da ação rescisória - e a repercussão desta característica na sua suspensão ou não durante o recesso forense - e da impossibilidade do Tribunal julgar procedente na íntegra a ação rescisória, ou mesmo dela conhecer, em razão da existência de outros fundamentos lançados no mandado de segurança originário e não enfrentados pelo acórdão rescindendo.

(...)

4. *Conforme iterativa jurisprudência desta Corte, a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal não obsta o ajuizamento de ação rescisória nos casos que versam sobre matéria de jaez constitucional.*

5. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, não provido (REsp 894.517/RJ, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 14.04.2009, DJe 04.05.2009).

Portanto, *na trilha dos precedentes desta Corte afasto a incidência da Súmula 343/STF e analiso o recurso sob a ótica da violação do art. 485, V, do CPC.*

As cláusulas de convênios normativos de ICMS são leis em sentido amplo, na medida em que veiculam normas nacionais de direito tributário aplicáveis por todos os Estados-membros da Federação como forma de uniformização da cobrança tributária deste tributo e racionalização da concessão de benefícios fiscais, de modo a minorar a guerra fiscal.

O Supremo Tribunal Federal considerou constitucional a norma jurídica do Convênio ICMS 13/1997, que assim se encontra disposta:

Cláusula Segunda. Não caberá a restituição ou cobrança complementar do ICMS quando a operação ou prestação subsequente à cobrança do imposto, sob a modalidade da substituição tributária, se realizar com valor inferior ou superior àquele estabelecido com base no artigo 8º da Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996.

O acórdão rescindendo concedeu a segurança para compelir o ressarcimento do tributo também quando o fato jurídico tributário se efetivar por operação mercantil com base de cálculo menor que a presumida, o que, consoante a dicção constitucional, não se encontra contida na expressão **caso não se realize o fato gerador presumido**.

Portanto, ao declarar inconstitucional tal preceito, posteriormente declarado constitucional pela Suprema Corte a Corte de origem prolatora do decisor rescindendo acabou por violar a expressão literal da cláusula convencional.

Nesse sentido é o REsp 819.545/PB, rel. Min. Herman Benjamin, DJ 04.6.2009 que afirma:

Toda essa discussão está intimamente ligada à cláusula segunda do Convênio ICMS 13/1997, subscrito pelo Estado da Paraíba, e parte, também, da interpretação conferida ao § 7º do art. 150 da CF/1988.

Dessa forma, evidente que a questão tem cunho constitucional, sendo admissível, pois, a ação rescisória.

(...)

Dessa forma, a decisão proferida na ADIN n. 1.851-5, sendo de observância obrigatória para o Estado da Paraíba, só permite restituição do ICMS se o fato gerador presumido não ocorrer no mundo prático, não tendo que se falar, portanto, em aplicação de qualquer orientação que venha a ser trilhada nas outras ADINs (2.675 e 2.777).

(...)

Assim, o acórdão recorrido harmoniza-se com a jurisprudência desta Corte, razão pela qual deve ser mantido.

Cito, ainda, outros precedentes pela ausência de violação à legislação federal pela negativa de ressarcimento de ICMS quando o fato gerador presumido não se concretizar com a base de cálculo presumida no regime de substituição tributária:

Recurso ordinário em mandado de segurança. Tributário. ICMS. Regime de substituição tributária. Fato gerador presumido. Recolhimento a maior do tributo. Valor de venda menor. Impossibilidade de restituição.

Entendimento firmado pelo STF. ADI 1.851/AL. Não-aplicação do art. 165, II, do CTN. Recurso desprovido.

1. *O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.851/AL (Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 22.11.2002), entendeu que o contribuinte somente teria direito à restituição do imposto pago no caso de a venda presumida não se realizar, atribuindo ao fato gerador presumido a característica de definitivo, e não de provisório.*

2. *Adotando essa orientação, o Superior Tribunal de Justiça alterou o entendimento anteriormente firmado, para declarar a impossibilidade de restituição de eventuais excessos decorrentes da venda realizada por preço inferior ao da base de cálculo presumida.*

3. Na hipótese dos autos, trata-se de recolhimento a maior de ICMS no regime de substituição tributária, e não de erro na base de cálculo do tributo, inexistindo, assim, o direito à restituição. Com efeito, o fato gerador presumido é definitivo, não havendo falar, portanto, em erro na base de cálculo a legitimar a repetição nos termos do art. 165, II, do Código Tributário Nacional.

4. Recurso ordinário desprovido (RMS 21.881/GO, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 18.11.2008, DJe 17.12.2008).

Tributário. Agravo regimental no recurso especial. ICMS. Substituição tributária para frente. Fato gerador presumido. Venda por preço inferior. Restituição indevida. ADI 1.851/AL.

1. *O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1.851/AL, ao interpretar o art. 150, § 7º, da Constituição Federal de 1988, introduzido pela Emenda Constitucional n. 3/1993, entendeu que o contribuinte somente tem direito à repetição dos valores recolhidos, no regime de substituição tributária para frente, na hipótese de não-ocorrência do fato gerador, sendo irrelevante o fato do preço de venda ser superior ou inferior à base de cálculo presumida.*

2. As ADIs 2.777/SP e 2.685/PE, por ainda não terem sido julgadas, não possuem força vinculante para afetar o caso em comento. Precedente: AgRg no REsp 596.896/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 17.3.2008.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 762.746/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 23.04.2009, DJe 13.05.2009).

Portanto, patente a violação da norma contida na Cláusula Segunda do Convênio 13/1997.

Deixo de conhecer da pretensão formulada quanto ao conteúdo inibitório e condenatório da pretensão de não ser sancionada pelas compensações já

realizadas, bem como para que se determine as compensações não realizadas por óbice do Fisco por não terem sido prequestionadas na origem. Aplicação da Súmula 282/STF.

Com estas considerações, *dou provimento ao recurso especial.*

É o voto (fls. 377/383e).

Inconformada, a parte vencida interpôs Embargos de Divergência, e, após mantida a rejeição destes, pela Primeira Seção do STJ, interpôs Recurso Extraordinário (fls. 603/622e), do qual se destaca o seguinte trecho: “Há duas questões centrais a serem dirimidas neste Recurso Extraordinário: a) possibilidade de rescisão de sentença transitada em julgado em decorrência de mudança de interpretação pelo Supremo Tribunal Federal em face da garantia da coisa julgada (artigo 5º, XXXVI); b) direito a restituição de ICMS pago a maior no regime de substituição tributária (art. 150, § 7º da Constituição Federal). O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral das duas matérias. A primeira no RE 590.809 (Tema 136) e a segunda no RE 593.849 (Tema 201)”.

Primeiramente, quanto à controvérsia acerca do cabimento da Ação Rescisória, em 22.10.2014 o Plenário do STF, no julgamento do RE 590.809/RS, sob a relatoria do Ministro *Marco Aurélio Mello* e sob o regime de repercussão geral, pacificou o entendimento no sentido de que deve ser refutada “a assertiva de que o Enunciado 343 da Súmula do STF (‘Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais’) deveria ser afastado, aprioristicamente, em caso de matéria constitucional”.

A ementa desse julgado subsistiu assim redigida:

Ação rescisória versus uniformização da jurisprudência. O Direito possui princípios, institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio, não cabendo colar a sinonímia às expressões “ação rescisória” e “uniformização da jurisprudência”.

Ação rescisória. Verbete n. 343 da Súmula do Supremo. *O Verbetes n. 343 da Súmula do Supremo deve de ser observado em situação jurídica na qual, inexistente controle concentrado de constitucionalidade, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma,* mormente quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, óptica coincidente com a revelada na decisão rescindenda (STF, RE 590.809 RG/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe de 21.11.2014).

Do acórdão referente ao retromencionado RE 590.809/RS, colhe-se o seguinte trecho do voto proferido pelo Relator, Ministro *Marco Aurélio*, *in verbis*:

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

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

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

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

Na origem, o acórdão foi rescindido para conformá-lo à decisão deste Tribunal no sentido de o alcance do princípio da não cumulatividade não autorizar o lançamento

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

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

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

A título de *obiter dictum*, o Ministro *Marco Aurélio*, no aludido aresto, ressaltou que, com muitas reservas, poder-se-ia cogitar do afastamento da Súmula 343/STF, em favor do manejo da rescisória, para evitar decisão judicial transitada em julgado fundada em norma posteriormente proclamada inconstitucional, por aquele Tribunal, se a declaração tivesse efeito *erga omnes*, hipótese que, entretanto, não corresponde àquela tratada no RE 590.809/RS (RE 590.809/RS, Rel. Ministro *Marco Aurélio*, *Tribunal Pleno*, DJe de 24.11.2014).

Portanto, de acordo com o novel entendimento do STF, não cabe ação rescisória, sob a alegação de ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão

rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, nos termos da Súmula 343 do STF, cuja aplicabilidade foi recentemente ratificada, pelo Pretório Excelso, no aludido RE 590.809/RS, *inclusive quando a controvérsia de entendimentos basear-se na aplicação de norma constitucional.*

No caso, o acórdão rescindendo concedeu o Mandado de Segurança, para assegurar a compensação, pela impetrante, de valores recolhidos a maior, a título de ICMS, em regime de substituição tributária, quando o fato gerador ocorrer em valor inferior ao fato gerador presumido, sugerido pela montadora, entendendo que a cláusula segunda do Convênio ICMS 13/1997, que vedava tal compensação, era inconstitucional, em face do art. 150, § 7º, da CF/1988 e ante a liminar então concedida pelo STF, que suspendera a aludida cláusula.

O acórdão rescindendo transitou em julgando em 15.11.2000, antes do julgamento de mérito da ADI 1.851-4/AL, em 08.05.2002, pelo STF, dando pela inconstitucionalidade da referida cláusula.

O acórdão recorrido que, em sede de Embargos Infringentes, em 2º Grau, deu pelo descabimento da Ação Rescisória, concluiu que, à época do julgado rescindendo, a jurisprudência do STF e do STJ entendia que cabível a pretendida compensação, e se, após, ao julgar o mérito da ADI 1.851-4/AL, o STF deu pela constitucionalidade da aludida cláusula segunda do Convênio ICMS 13/1997, não ocorreu violação a literal disposição de lei, mas mudança de interpretação da matéria, pela Corte Suprema. Aplicou, assim, a Súmula 343/STF, destacando que havia outra ADI, de n. 2.777-8/SP, discutindo a mesma matéria de fundo, pendente de julgamento, no STF.

O acórdão proferido pela Segunda Turma do STJ, de relatoria da Ministra *Eliana Calmon*, admitiu que a matéria de fundo era controvertida, à época do julgamento do acórdão rescindendo, mas afastou a incidência da Súmula 343/STF, por se tratar de matéria constitucional. Concluiu que, como o STF, no julgamento da ADI 1.851-4/AL, entendeu que a cláusula segunda do Convênio ICMS 13/1997 era constitucional, quando o acórdão rescindendo reputou-a inconstitucional ocorreu violação a literal disposição de lei, dando provimento ao Recurso Especial do *Estado de Sergipe*, para julgar procedente a Ação Rescisória.

Assim, é de ajustar o julgado ao decidido pelo STF, em regime de repercussão geral, no aludido RE 590.809/RS, para concluir pelo descabimento da Ação Rescisória, em face da Súmula 343/STF.

Finalmente, quanto à controvérsia acerca da matéria de fundo versada na petição inicial da Ação Rescisória, o Plenário do Supremo Tribunal Federal,

ao julgar, sob o regime da repercussão geral, o RE 593.849/MG (Rel. Ministro Edson Fachin, DJe de 31.03.2017), fixou a tese de que “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”, por acórdão que recebeu a seguinte ementa:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Direito Tributário. *Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS. Substituição tributária progressiva ou para frente. Cláusula de restituição do excesso. Base de cálculo presumida. Base de cálculo real. Restituição da diferença. Art. 150, § 7º, da Constituição da República. Revogação parcial de precedente. ADI 1.851.*

1. *Fixação de tese jurídica ao Tema 201 da sistemática da repercussão geral: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”.*

2. A garantia do direito à restituição do excesso não inviabiliza a substituição tributária progressiva, à luz da manutenção das vantagens pragmáticas hauridas do sistema de cobrança de impostos e contribuições.

3. O princípio da praticidade tributária não prepondera na hipótese de violação de direitos e garantias dos contribuintes, notadamente os princípios da igualdade, capacidade contributiva e vedação ao confisco, bem como a arquitetura de neutralidade fiscal do ICMS.

4. O modo de raciocinar “tipificante” na seara tributária não deve ser alheio à narrativa extraída da realidade do processo econômico, de maneira a transformar uma ficção jurídica em uma presunção absoluta.

5. *De acordo com o art. 150, § 7º, in fine, da Constituição da República, a cláusula de restituição do excesso e respectivo direito à restituição se aplicam a todos os casos em que o fato gerador presumido não se concretize empiricamente da forma como antecipadamente tributado.*

6. *Altera-se parcialmente o precedente firmado na ADI 1.851, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, de modo que os efeitos jurídicos desse novo entendimento orientam apenas os litígios judiciais futuros e os pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral.*

7. Declaração incidental de inconstitucionalidade dos artigos 22, § 10, da Lei n. 6.763/1975, e 21 do Decreto n. 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais, e fixação de interpretação conforme à Constituição em relação aos arts. 22, § 11, do referido diploma legal, e 22 do decreto indigitado.

8. Recurso extraordinário a que se dá provimento (STF, RE 593.849/MG, Rel. Ministro Edson Fachin, Plenário, DJe de 31.03.2017).

No RE 593.849/MG o STF modulou os efeitos jurídicos do novo entendimento sobre a matéria, “que orientam apenas os litígios judiciais futuros e os pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral”, caso dos presentes autos.

Assim, a atual jurisprudência do STJ realinhou seu posicionamento, diante do novo entendimento firmado pelo STF, no julgamento do aludido RE 593.849/MG, sob a relatoria do Ministro *Edson Fachin* e sob regime de repercussão geral, no sentido de que “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”, estando o acórdão rescindendo, pois, no mérito, em sintonia com o atual entendimento do STF e do STJ.

Nesse sentido:

Processual Civil e Tributário. Ação rescisória. ICMS. Substituição tributária para frente. Fato gerador presumido. Ocorrência. Diferença a menor do aspecto quantitativo. Direito à restituição. Alteração do entendimento do STF em julgamento realizado com repercussão geral. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes.

1. O STJ reconheceu o direito de o contribuinte obter restituição do ICMS pago a maior quando, em operações sujeitas ao regime de substituição tributária, a operação posterior tiver ocorrido em valor inferior ao presumido. Esse acórdão foi rescindido diante do entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADI 1.854-4/AL, em que se concluiu que o direito à restituição só existiria quando o fato gerador presumido terminasse por não se realizar, inexistindo quando se realizasse com base de cálculo menor que a presumida.

2. No RE 590.809, o STF estabeleceu que a sua Súmula 343 deve ser observada quando há oscilação da sua própria jurisprudência. Em outras palavras, se um acórdão transita em julgado acolhendo orientação que tinha o Supremo Tribunal Federal, na hipótese de posterior mudança no entendimento da Corte Maior, não será cabível Ação Rescisória. Não seria esse o caso dos autos, pois o STF, ao julgar a ADI 1.854-4/AL, não modificou entendimento de mérito anterior, tendo alterado apenas o que inicialmente adotou em juízo liminar, por definição precário.

3. Todavia, agora, houve, efetivamente, mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. No julgamento do RE 593.849, realizado sob regime de repercussão geral, foi acatada a tese de que “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”.

4. Assim, o STF, agora, em regime de repercussão geral, chegou exatamente ao posicionamento que tinha o acórdão rescindendo. Conseqüentemente, é o caso de acolhimento dos Embargos de Declaração, com efeitos modificativos. Não se aplica a modulação dos efeitos da decisão determinada pelo Supremo, pois ele afastou dela os casos pretéritos que já estejam em trâmite judicial.

5. Embargos de Declaração acolhidos com efeitos infringentes para julgar improcedente a Ação Rescisória (STJ, EDcl na AR 4.640/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe de 19.12.2016).

In casu, o acórdão recorrido, proferido pelo Tribunal de origem, que proveu os Embargos Infringentes, para dar pelo descabimento da Ação Rescisória, está em consonância com a atual jurisprudência do STF e do STJ, pelo que deve ser mantido.

Ante o exposto, nos termos do art. 543-B, § 3º, do CPC/1973, em juízo de retratação, nego provimento ao Recurso Especial do Estado de Sergipe.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.200.528-RJ (2010/0122089-1)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: Unilever Brasil Ltda e outro

Advogado: Jacques Labrunie e outro(s) - RJ055594

Recorrido: Instituto Nacional de Propriedade Industrial INPI

Procurador: Maristella Ramos Vitorino de Assis e outro(s)

EMENTA

Administrativo. Mandado de segurança. INPI. Contrato de transferência de tecnologia. Averbação. Alteração de cláusula por parte da Autarquia. Descabimento. Lei n. 4.131/1962. Matéria não prequestionada. Art. 50 da Lei n. 8.383/1991. *Royalties*. Dedução e pagamento. Questão de fundo. Atuação do INPI. Artigo 240 da Lei n. 9.279/1996. Interpretação adequada. Valoração da cláusula geral

de atendimento das funções social, econômica, jurídica e técnica. Finalidades públicas preservadas. Precedentes. Denegação da ordem. Recurso parcialmente conhecido e negado provimento.

I – Ação mandamental impetrada na origem, na qual empresas voltaram-se contra ato administrativo praticado pelo INPI que, ao averbar contratos de transferência de tecnologia por elas celebrados, alterou cláusulas, de forma unilateral, fazendo-os passar de onerosos para gratuitos.

II – Ausência de prequestionamento em relação às matérias constantes nos invocados artigos da Lei n. 4.131/1962. Incidência das Súmulas n. 282/STF e 211/STJ.

III – A discussão acerca de possível violação do art. 50 da Lei n. 8.383/1991 diz respeito à questão de deduções de pagamento de royalties, matéria de fundo dos contratos, que não interfere na deliberação dos autos, restritos à análise de limite de atuação administrativa do INPI, matéria atinente à Primeira Seção desta Corte.

IV – A supressão operada na redação originária do art. 2º da Lei n. 5.648/1970, em razão do advento do artigo 240 da Lei n. 9.279/1996, não implica, por si só, em uma conclusão mecânica restritiva da capacidade de intervenção do INPI. Imprescindibilidade de conformação das atividades da autarquia federal com a cláusula geral de resguardo das funções social, econômica, jurídica e técnica.

V – Possibilidade do INPI intervir no âmbito negocial de transferência de tecnologia, diante de sua missão constitucional e infraconstitucional de regulamentação das atividades atinentes à propriedade industrial. Inexistência de extrapolação de atribuições.

VI – Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, negado provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe

provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). José Roberto D Affonseca Gusmão, pela parte recorrente: Unilever Brasil Ltda

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe 8.3.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Originariamente, cuida-se de ação mandamental impetrada por Unilever Brasil Ltda. e Unilever Bestfoods Brasil Ltda., contra o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, atacando ato de averbação dos contratos de transferência de tecnologia por elas celebrados. Isso porque a autarquia teria expedido os respectivos certificados sem o pagamento de royalties, efetivando alteração de cláusula dos acordos, transformando-os de onerosos para gratuitos.

Alegavam as impetrantes que o INPI teria extrapolado seu papel institucional, atuando com evidente abuso de poder, com a inviabilização da relação de transferência de tecnologia prevista nos acordos ao impedir a remuneração contratual pactuada.

Denegada a ordem (fls. 617-62), a decisão foi mantida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região ao julgar o recurso de apelação interposto, nos termos assim ementados (fls. 817-818):

Propriedade industrial. Contrato de transferência de tecnologia. Uso de marca. Averbação. INPI. Remessa de royalties. Empresas com vínculo acionário. Limitação.

1. A atuação do INPI, ao examinar os contratos que lhe são submetidos para averbação ou registro, pode e deve avaliar as condições na qual os mesmos se firmaram, em virtude da missão que lhe foi confiada por sua lei de criação, a Lei n. 5.648, de 11.12.1970. A meta fixada para o INPI é, em última análise, a de dar efetivação às normas de propriedade industrial, mas sem perder de vista a função social, econômica, jurídica e técnica das mesmas e considerando sempre o desejável desenvolvimento econômico do país.

2. A Lei n. 9.279/1996 somente retirou do INPI, ao revogar o parágrafo único do art. 2º da Lei n. 5.648/1970, o juízo de conveniência e oportunidade da contratação, ou seja, o poder de definir quais as tecnologias seriam as mais adequadas ao desenvolvimento econômico do País. Esse juízo, agora, é unicamente das partes contratantes. Persiste, todavia, o poder de reprimir cláusulas abusivas, especialmente as que envolvam pagamentos em moedas estrangeiras, ante a necessidade de remessa de valores ao exterior, funcionando, nesse aspecto, no mínimo como agente delegado da autoridade fiscal.

3. Com o advento da Lei n. 8.383/1991, passou-se a admitir as remessas entre empresas subsidiária e matriz no exterior, com as conseqüentes deduções, desde que observados os limites percentuais na Portaria n. 436/58 do Ministério da Fazenda, em seu item I, que trata dos royalties pelo uso de patentes de invenção, processos e fórmulas de fabricação, despesas de assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante (mínimo de 1% e máximo de 5%). Ocorre que a mesma Portaria, em seu item II, atinente aos royalties pelo uso de marcas de indústria e comércio, ou nome comercial, em qualquer tipo de produção ou atividade, dispõe um percentual de remessa de 1%, quando o uso da marca ou nome não seja decorrente da utilização de patente, processo ou fórmula de fabricação. Em outras palavras, a legislação veda a imposição de onerosidade simultânea na celebração de contratos de licença de marcas e de contratos de transferência de tecnologia.

4. Apelação desprovida.

Os embargos declaratórios opostos foram rejeitados (fls. 840-846).

As impetrantes interpõem o presente recurso especial, com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, sustentando que o acórdão recorrido contrariou os arts. 211 e 240 da Lei n. 9.279/1996, chancelando o desvio da função legal do INPI na averbação dos contratos, uma vez que sua atuação estaria limitada à função registral.

Afirmam, ainda, violação dos arts. 12 e 13, da Lei n. 4.131/1962 e do art. 50, da Lei n. 8.383/1991, sustentando a legalidade do pagamento de royalties, por direito de propriedade industrial e tecnologia, não existindo vedação quanto à remessa de valores a esse título. Entendem que a dedutibilidade é que se limita a 5% da receita bruta.

Contrarrazões ofertadas pelo INPI (fls. 1.016-1.036).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 1.119-1.125), em parecer assim ementado:

Recurso especial. Propriedade industrial. Contratos de transferência de tecnologia. Averbação pelo INPI. Competência da Autarquia para analisar o

mérito dos contratos. Art. 2º da Lei n. 5.648/1970. Remessa de royalties para o exterior. Lei n. 8.383/1991. Possibilidade do pagamento de royalties à matriz estrangeira desde que não haja onerosidade simultânea de contrato de licença de uso de marca e outro de transferência de tecnologia. Princípio da legalidade. Restrição existente no item II da Portaria MF n. 436. Súmula 7/STJ. - Parecer pelo desprovimento do recurso.

Em resposta ao despacho de fl. 1.128, as recorrentes informam o interesse no julgamento do feito (fls. 1.134-1.137).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): A despeito de a controvérsia de fundo estabelecida entre as partes dizer respeito à questão inerente à transferência de tecnologia e propriedade industrial, matéria eminentemente de direito privado, o que atrairia a competência da Segunda Seção desta Corte, o mandado de segurança originário tem como objeto a anulação de ato administrativo praticado pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI.

O mencionado Instituto é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços, “responsável pelo aperfeiçoamento, disseminação e gestão do sistema brasileiro de concessão e garantia de direitos de propriedade intelectual para a indústria”, conforme se extrai do sítio oficial do referido órgão.

Nesse panorama, dada a peculiaridade do caso, nos termos do art. 9º, § 1º, II, do Regimento Interno deste Tribunal, aceita-se a competência conforme redistribuição determinada pela Exma. Sra. Ministra Nancy Andrichi, considerando que se pretende a anulação de ato supostamente ilegal praticado pelo impetrado, com a retificação definitiva dos registros dos citados contratos de transferência de tecnologia.

Pois bem. Ultrapassada a fixação da competência no âmbito deste Tribunal, tem-se que o acórdão recorrido analisou a questão centrado na possibilidade de o INPI imiscuir-se no mérito do contrato firmado entre as empresas, alterando os termos acordados e, assim, manteve a decisão denegatória da ordem, entendendo, segundo análise da legislação de regência, que a autarquia teria o poder de reprimir cláusulas abusivas, funcionando como agente delegado da

autoridade fiscal, especialmente quando o que se está em discussão é a remessa de valores ao exterior.

Os dispositivos de lei federal tidos pelas recorrentes como violados pelo *decisum* são do seguinte teor:

Lei n. 4.131/1962:

Art. 12. As somas das quantias devidas a título de “royalties” pela exploração de patentes de invenção, ou uso da marcas de indústria e de comércio e por assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante, poderão ser deduzidas, nas declarações de renda, para o efeito do art. 37 do Decreto n. 47.373 de 07.12.1959, até o limite máximo de cinco por cento (5%) da receita bruta do produto fabricado ou vendido.

Art. 13. Serão consideradas, como lucros distribuídos e tributados, de acordo com os arts. 43 e 44, as quantias devidas a título de “royalties” pela exploração de patentes de invenção e por assistência de patentes de invenção e por assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante, que não satisfizerem as condições ou excederem os limites previstos no artigo anterior.

Lei n. 8.383/1991

Art. 50. As despesas referidas na alínea b do parágrafo único do art. 52 e no m 2 da alínea e do parágrafo único do art. 71, da Lei n. 4.506, de 30 de novembro de 1964, decorrentes de contratos que, posteriormente a 31 de dezembro de 1991, venham a ser assinados, averbados no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) e registrados no Banco Central do Brasil, passam a ser dedutíveis para fins de apuração do lucro real, observados os limites e condições estabelecidos pela legislação em vigor.

Parágrafo único. A vedação contida no art. 14 da Lei n. 4.131, de 3 de setembro de 1962, não se aplica às despesas dedutíveis na forma deste artigo.

Lei n. 9.279/1996:

Art. 211. O INPI fará o registro dos contratos que impliquem transferência de tecnologia, contratos de franquia e similares para produzirem efeitos em relação a terceiros.

Parágrafo único. A decisão relativa aos pedidos de registro de contratos de que trata este artigo será proferida no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data do pedido de registro.

[...]

Art. 240. O art. 2º da Lei n. 5.648, de 11 de dezembro de 1970, passa a ter a seguinte redação:

Art. 2º O INPI tem por finalidade principal executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial, tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica, bem como pronunciar-se quanto à conveniência de assinatura, ratificação e denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre propriedade industrial.

De início, verifica-se que os artigos da Lei n. 4.131/1962, bem como as matérias neles tratadas, não foram alvo de deliberação na instância ordinária. A propósito, nem mesmo ao opor embargos declaratórios tais questões foram aventadas pelas recorrentes, que limitaram aquele inconformismo à interpretação de disposições contidas na Portaria n. 436/58 e na Lei n. 3.470/1958.

Dessa forma, incide, no ponto, o óbice contido nas Súmulas n. 282/STF e 211/STJ.

Por outro lado, a possível afronta ao art. 50 da Lei n. 8.383/1991 não se mostra essencial ao deslinde da controvérsia, na medida em que se acha propriamente relacionado à questão de fundo, no tocante à dedução das despesas decorrentes de contratos averbados pelo INPI.

No caso, como já salientado, a discussão está pautada nos limites de atuação da referida autarquia ao averbar os respectivos contratos.

O art. 211 da Lei n. 9.279/1996 contém disposição de caráter geral, esclarecendo que o INPI “fará o registro” daqueles tipos de contratos e estabelecendo o prazo para a análise do pedido de registro, nada deliberando sobre a possibilidade de eventuais “intervensões contratuais”.

O art. 240 da mesma lei, por sua vez, alterou a redação do art. 2º da Lei n. 5.648/1970, que tinha a seguinte redação anteriormente:

Art. 2º. O Instituto tem por finalidade principal executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica.

Parágrafo único. Sem prejuízo de outras atribuições que lhe forem cometidas, o Instituto adotará, com vistas ao desenvolvimento econômico do País, medidas capazes de acelerar e regular a transferência de tecnologia e de estabelecer melhores condições de negociação e utilização de patentes, cabendo-lhe ainda pronunciar-se quanto à conveniência da assinatura, ratificação ou denúncia de convenções, tratados, convênio e acordos sobre propriedade industrial.

Passou, então, à seguinte redação:

Art. 2º O INPI tem por finalidade principal executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial, tendo em vista a sua função social,

econômica, jurídica e técnica, bem como pronunciar-se quanto à conveniência de assinatura, ratificação e denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre propriedade industrial.

Ao proceder à alteração do dispositivo, o legislador cumulou os anteriores termos do *caput* com parte do parágrafo único, excluindo-se o trecho “Sem prejuízo de outras atribuições que lhe forem cometidas, o Instituto adotará, com vistas ao desenvolvimento econômico do País, medidas capazes de acelerar e regular a transferência de tecnologia e de estabelecer melhores condições de negociação e utilização de patentes”.

Vejam-se as razões de decidir do acórdão recorrido:

Reza o art. 2º da citada norma, com a redação imposta a seu *caput*, pelo art. 240 da Lei n. 9.279, de 14.05.1996:

Art. 2º o INPI tem por finalidade principal executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial, tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica, bem como pronunciar-se quanto à conveniência de assinatura, ratificação e denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre propriedade industrial.

Como se pode observar, a meta fixada para o INPI é, em última análise, a de dar efetividade às normas de propriedade industrial, mas sem perder de vista a função social, econômica, jurídica e técnica das mesmas e considerando sempre o desejável desenvolvimento econômico do país.

Na redação original, o referido dispositivo legal vinha acompanhado de um parágrafo único que impunha ao INPI o dever de adotar medidas capazes de acelerar e regular a transferência de tecnologia e de estabelecer melhores condições de negociação e utilização de patentes.

Resta claro, todavia, que o parágrafo único foi implicitamente revogado pela LPI, cujo art. 240, como já visto, deu nova redação ao artigo 2º como um todo, não tendo repetido o parágrafo único da redação original.

Ainda assim, todavia, persiste o dever de o INPI adotar medidas capazes de estabelecer melhores condições de negociação e utilização de patentes e de intervir nas condições contratuais estabelecidas para a transferência de tecnologia, visto que tal dever está contido naquele maior de executar as normas que regulam a propriedade industrial, atendendo, ao mesmo tempo, sua função social e econômica.

[...]

Não desconheço que grande número de doutrinadores entende que, com a eliminação do parágrafo único do art. 2º de sua lei de criação, o INPI deixou de ter

essa função de intervir no contrato de transferência de tecnologia, como serve de exemplo o texto a seguir do Instituto Dannemann Siemsen:

“(...) o legislador retirou do INPI a competência para regular a transferência de tecnologia, de modo que a partir da nova lei a autarquia não pode mais interferir, como fez durante a vigência de lei revogada, nos contratos de transferência de tecnologia e de exploração de patentes que, por imposição da Lei n. 5.772/1971, deveriam ser submetidos ao crivo do INPI.

Retirada do INPI tal atribuição, a atuação da autarquia, em matéria de transferência de tecnologia e dos demais contratos expressamente mencionados na Lei, está hoje limitada à simples averbação do contrato para permitir o pagamento previsto nos contratos e a dedutibilidade fiscal, nos termos da legislação específica. Apesar disso, o que se tem visto, na prática, é que o órgão mantém sua intervenção na vontade contratual das partes, não admitindo determinadas cláusulas.

Ouso, porém, discordar de tão eminentes doutrinadores.

A meu ver, a nova lei somente retirou do INPI, ao revogar o parágrafo único do art. 2º da Lei n. 5.648/1970, o juízo de conveniência e oportunidade da contratação, ou seja, o poder de definir quais as tecnologias seriam as mais adequadas ao desenvolvimento econômico do País. Esse juízo, agora, é unicamente das partes contratantes. Persiste, todavia, o poder de reprimir cláusulas abusivas, especialmente as que envolvam pagamentos em moedas estrangeiras, ante a necessidade de remessa de valores ao exterior, funcionando, nesse aspecto, no mínimo como agente delegado da autoridade fiscal.”

[...]

Destaque-se que é a averbação ou o registro no INPI que possibilita e viabiliza a remessa de valores em moeda estrangeira prevista no contrato, constituindo-se em ato essencial e obrigatório para ser autorizada pelo Banco Central.”

Ao interpretar o referido art. 240, o acórdão recorrido o fez de forma adequada.

Em que pese tenha ocorrido a reformulação do preceito normativo supra, com a supressão de parcela de competência do INPI, precisamente relativa às medidas de aceleração e regulação de transferência tecnológica, bem como de fixação de melhores condições de negociação e utilização de patentes, a conclusão de que tais atribuições não mais estariam no círculo de competências da mencionada autarquia federal não prospera.

Na parte inicial do preceito normativo, identifica-se uma cláusula geral, de atendimento das funções *social, econômica, jurídica e técnica*. A função de uma

cláusula geral de direito é de servir de elemento jurídico conformador atemporal e, portanto, aberto, de modo a favorecer atividades interpretativas evolutivas que preservem a sua dimensão significativa.

Segundo escólio de Nelson Nery Jr., as cláusulas gerais correspondem às “normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir” (*Contratos no Código Civil – Apontamentos gerais*, p. 428)

Diante dessa baliza normativa, representativa da missão infraconstitucional do INPI, e porque não constitucional, de defesa das ordens jurídica e socioeconômica, uma interpretação que se nutra puramente da técnica legislativa supressiva, como a propugnada pelo ora recorrente, não se sustenta juridicamente.

Em um tom pragmático, não reconhecer ao INPI competência para levar a efeito intervenções no âmbito da atividade industrial internacional, a exemplo de intervenções contratuais na órbita tecnológica, desatende a regra inserta no art. 240 da Lei n. 9.279/1996, por inobservância do seu núcleo normativo.

Em caso análogo, envolvendo a Koninklijke Philips Eletrônica N. V. e o INPI, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região concluiu pela possibilidade de intervenção contratual daquele órgão federal, em razão de suas missões institucionais:

Propriedade industrial. *Contrato de transferência de tecnologia. Averbação. Limitação pelo INPI. Possibilidade. Onerosidade excessiva do contrato. Royalty. Percentual máximo fixado.*

1. A formação de um contrato internacional de transferência de tecnologia envolve aspectos diversos e específicos. De um lado, tem-se o detentor da tecnologia - o transferente ou licenciador -, via de regra localizado em um país produtor de tecnologia, do chamado primeiro mundo, e, de outro, o receptor, ou licenciado, quase sempre sediado em um país em vias de desenvolvimento ou subdesenvolvido. Enquanto os objetivos primordiais do primeiro são a maximização da remuneração de sua tecnologia, otimizando sua exploração, e a busca de seu uso como forma de ingresso em novos mercados, os principais objetivos do segundo são a obtenção de inovação tecnológica e a capacitação tecnológica em si.

2. A atuação do INPI, ao examinar os contratos que lhe são submetidos para averbação ou registro, pode e deve avaliar as condições na qual os mesmos se firmaram, em virtude da missão que lhe foi confiada por sua lei de criação, a Lei n. 5.648, de 11.12.1970. A meta fixada para o INPI é, em última análise, a de dar efetivação às normas de propriedade industrial, mas sem perder de vista a

função social, econômica, jurídica e técnica das mesmas e considerando sempre o desejável desenvolvimento econômico do país.

3. A Lei n. 9.279/1996 somente retirou do INPI, ao revogar o parágrafo único do art. 2º da Lei n. 5.648/1970, o juízo de conveniência e oportunidade da contratação, ou seja, o poder de definir quais as tecnologias seriam as mais adequadas ao desenvolvimento econômico do País. Esse juízo, agora, é unicamente das partes contratantes. Persiste, todavia, o poder de reprimir cláusulas abusivas, especialmente as que envolvam pagamentos em moedas estrangeiras, ante a necessidade de remessa de valores ao exterior, funcionando, nesse aspecto, no mínimo como agente delegado da autoridade fiscal.

4. A disseminação massiva da produção em escala global havia gerado uma queda brutal nos preços, devido ao excesso de oferta, o que deu origem a uma onerosidade excessiva, comprometendo a execução do contrato, caso se mantivesse o valor fixo incidindo sobre cada produto comercializado. 5. É razoável e proporcional o percentual de 5% fixado para remessa de royalties por ser este o coeficiente percentual máximo permitido para dedução fiscal, conforme o art. 12 da Lei n. 4.131/1962, e valor máximo mais freqüente, além de ser adotado como referência para os contratos de licença e transferência de tecnologia. 6. Apelação improvida. (TRF 2ª Região, Segunda Turma Especializada – Apelação em Mandado de Segurança 69.898 – 2006.51015041578 – Rel. Desembargadora Federal Liliane Ruiz, julgado em 04.06.2008, DJU data: 04.12.2008 (grifos não constantes no original)).

Além disso, ao avaliar o âmbito de atuação da autarquia federal em comento, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região igualmente conferiu relevo à cláusula geral de funções *social, econômica, jurídica e técnica*, insculpida no art. 240 da Lei n. 9.279/1996:

Marcas e patentes. Anulação decretada na sentença. Antecipação de tutela concedida. Medida cautelar proposta para suspender o provimento judicial antecipatório. Competência da Turma no Tribunal e não da Vice-Presidência. Prevenção para julgar o recurso principal. Requisitos da ação cautelar. Fumaça do bom direito não caracterizada. Embargos declaratórios acolhidos em primeiro grau para dar efeitos infringentes. Possibilidade. Inocorrência de nulidade da sentença. Intervenção do INPI no feito. Assistente litisconsorcial. Direitos indisponíveis. Cerceamento de defesa inócurrenente. Meios eletrônicos de prova. Presunção de veracidade. Ato da Administração. Independência das patentes. Prejulgamento da demanda não caracterizado. Mera análise de razões aduzidas na exordial pertinentes ao *fumus boni iuris*. Atuação da Procuradoria Autárquica. Prerrogativa da classe advocatícia. Agravo improvido.

[...]

- A intervenção obrigatória do INPI nesses feitos decorre também do fato de que, na qualidade de autarquia federal, detém competência para executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial, em razão da função social, econômica, jurídica e técnica desses bens imateriais, consoante se infere do art. 2º, da Lei n. 5.648, de 11.12.1970, com a redação dada pelo art. 240 da Lei n. 9.279/1996, e artigo 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal.

[...]

- Ademais, é imperioso destacar que a anulação de patente pode ser efetuada pelo INPI inclusive no âmbito administrativo, nos moldes dos artigos 50 a 55 da Lei de Propriedade Industrial e de acordo com o poder de autotutela administrativa. E, se a lei faculta à autarquia, na seara administrativa, proceder à revisão das patentes já conferidas nas hipóteses legalmente previstas, não há como entender ser descabida a sua participação na esfera judicial, onde tal escopo é buscado sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, através da condução imparcial do Judiciário.

- O INPI, para realizar o registro da patente, afere a respeito da presença dos requisitos da novidade, atividade inventiva e aplicação industrial, conforme decorre, inclusive, do disposto no artigo 8º da Lei n. 9.279/1996. Apesar de ser um direito patrimonial e disponível, o relativo à exploração de uma patente, eventual nulidade a inquirar o registro, atinge a esfera jurídica do INPI, dado que esta autarquia detém a incumbência de não só realizar o registro, mas também de declarar a sua nulidade, quando não presentes os requisitos exigidos pela lei.

[...]

(TRF 3ª Região, Quinta Turma – 1ª Seção, CAUINOM - Cautelar Inominada - 5243 - 0049987-73.2006.4.03.0000, Rel. Desembargadora Federal Suzana Camargo, julgado em 25.09.2006, DJU data: 10.10.2006 página: 392) (grifos não constantes no original).

Sob perspectiva distinta, conferir uma interpretação restritiva ao mencionado preceito legal implicaria na total descon sideração da existência implícita de poderes. Ao se outorgar competência a determinado órgão, deve-se assegurar os instrumentais necessários à perfeita realização do seu escopo, ainda mais quando de inegável relevância pública.

Como restou, inclusive, assentado no acórdão recorrido:

Persiste, todavia, o poder de reprimir cláusulas abusivas, especialmente as que envolvam pagamentos em moedas estrangeiras, ante a necessidade de remessa de valores ao exterior, funcionando, nesse aspecto, no mínimo como agente delegado da autoridade fiscal.

A própria Constituição Federal de 1988, ao tratar dos direitos fundamentais, condicionou, expressamente, a tutela dos inventos industriais, e, conseqüentemente, os eventuais atos negociais deles decorrentes, ao *interesse social e ao desenvolvimento tecnológico e econômico do país* (art. 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal), não raras vezes, incondicionalmente defendidos pelo INPI.

Desse modo, a fim de que o INPI possa desenvolver suas atividades regulatórias e fiscalizatórias em plenitude, em estrita consonância com suas finalidades de abrangência constitucional e infraconstitucional, devem lhe ser assegurados mecanismos efetivos de ação.

Ante o exposto, conheço parcialmente do presente recurso e, nessa parte, nego provimento.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.345.403-RS (2012/0197280-0)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul

Procurador: Patrícia Bernardi Dall'Acqua e outro(s) - RS038849

Recorrido: Sociedade Batista de Beneficência Tabea

Advogados: Roberta Sousa Avila - RS045778

Luciano Pires Pereira e outro(s) - RS069726

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Violação. Art. 535 do CPC/1973. Inocorrência. Extração de água subterrânea. Poço artesiano. Outorga da Administração Pública. Tutela do interesse coletivo em detrimento do particular. Legalidade da limitação administrativa para utilização de poço artesiano com a finalidade de consumo humano de água potável.

I - Trata-se, na origem, de ação ordinária julgada improcedente, na qual se objetivou a outorga e a autorização para a utilização de poço artesiano para o consumo humano de água subterrânea. Em apelação, acolheu-se em parte o pedido para o prosseguimento do procedimento administrativo, a fim de que se verificasse o cumprimento dos demais requisitos por parte da autora, ora recorrida.

II - Não há violação ao artigo 535 do CPC/1973 quando o Tribunal de origem, ao apreciar a demanda, manifestou-se sobre todas as questões pertinentes à *litis contestatio*, fundamentando seu proceder de acordo com os fatos apresentados e com a interpretação dos regramentos legais que entendeu aplicáveis, demonstrando as razões de seu convencimento.

III - Ao fixar as normas gerais, por se tratar de questão de política ambiental, a União tutelou o interesse coletivo em detrimento do particular, estabelecendo, inclusive, textualmente, que as edificações permanente urbanas devem estar conectadas às redes públicas de abastecimento de água e que a respectiva instalação hidráulica predial não pode ser alimentada por outras fontes.

IV - Não pode ser considerada ilegal a limitação administrativa estabelecida pelo recorrente no sentido de que, nos locais dotados de rede de abastecimento de água potável, os poços serão tolerados exclusivamente para suprimento com fins industriais ou para uso em floricultura ou agricultura.

V - Recurso especial provido para julgar improcedente o pedido formulado pela recorrida na petição inicial da demanda.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). Livia Deprá Camargo Sulzbach, pela parte recorrente: Estado do Rio Grande do Sul

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe 8.3.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Estado do Rio Grande do Sul*, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas *a e c*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, assim ementado, *in verbis*:

Apelação cível. Pedido de outorga de extração de água de poço artesiano para fins de consumo humano. Negativa a pretexto de a legislação contemplar apenas para fins industriais, de floricultura e agricultura. Decisão que contraria jurisprudência e até mesmo parecer da Procuradoria-Geral do Estado. Todavia, pretensão inicial que merece acolhida somente em parte, isto é, uma vez afastado o fundamento da decisão administrativa, ser ordenado prossiga o respectivo processo, a fim de verificação do cumprimento dos demais requisitos. Não é possível, nas circunstâncias, ordenar seja expedida a outorga de exploração.

Por maioria, apelação provida em parte (fl. 277).

Opostos embargos de declaração pela recorrida, esses foram rejeitados (fls. 322-326).

Em seguida, o recorrente opôs embargos infringentes, que foram rejeitados, conforme a seguinte ementa, *litteris*:

Direito público não especificado. Uso de poço tubular. Ação ordinária.

Autorização de uso de água para consumo humano. Possibilidade.

Embargos infringentes desacolhidos, por maioria (fl. 374).

Adiante, foram opostos embargos de declaração pelo recorrente, tendo sido rejeitados (fls. 407-411).

Inconformadas, interpuseram as partes recursos especiais, ambos inadmitidos pela instância de origem (fls. 514-529), deixando a ora recorrida de interpor o consequente agravo e tendo sido provido o agravo do ora recorrente (fl. 589-590).

No presente recurso especial (fls. 438/462), o recorrente aponta, preliminarmente, ofensa ao art. 535, inciso II, do CPC/1973, porquanto o Tribunal de origem, a despeito da oposição de embargos de declaração, não se pronunciou sobre pontos necessários ao deslinde da controvérsia, mais precisamente a respeito dos arts. 1º, 5º, 11, 12 e 18 da Lei n. 9.433/1997 e 45 da Lei n. 11.445/2007.

No mérito, aduz que o acórdão recorrido, ao concluir pela possibilidade de outorga de exploração do poço artesiano, violou os dispositivos legais acima elencados.

Sustenta, em síntese, ser incabível a possibilidade de outorga de exploração de poço artesiano por particular para o consumo humano, na medida em que há fornecimento de água pela concessionária de abastecimento público.

Aponta, ainda, divergência jurisprudencial com julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, alegando que “O dissídio entre as decisões confrontadas resta evidenciado na parte do voto vencedor do acórdão recorrido em que afirma ser cabível a manutenção da exploração do poço artesiano, sem prévia outorga do poder público e em local servido pela rede pública de água” (fl. 461).

Não foram apresentadas contrarrazões.

Às fls. 603-610, o Ministro Humberto Martins, então relator do presente recurso, não conheceu do recurso especial.

Interposto agravo regimental pelo recorrente, o nobre Ministro tornou sem efeito o anterior *decisum* para julgamento do recurso pelo colegiado (fls. 626-628).

Aberta vista ao Ministério Público Federal, esse emitiu parecer pelo desprovimento do recurso especial (fls. 636-643).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Ainda que o presente julgamento ocorra quando já em vigor o Código de Processo Civil de 2015, como a decisão recorrida foi publicada sob a égide da legislação processual civil anterior, quanto ao cabimento, aos demais pressupostos de admissibilidade e ao

processamento do recurso, aplicam-se as regras do Código de Processo Civil de 1973, diante do fenômeno da ultratividade e do enunciado administrativo n. 2 do Superior Tribunal de Justiça.

Relativamente à violação ao artigo 535, II, do Código de Processo Civil de 1973, ao apreciar a demanda, o Tribunal *a quo* manifestou-se sobre todas as questões pertinentes à *litis contestatio*, fundamentando seu proceder de acordo com os fatos apresentados e com a interpretação dos regramentos legais que entendeu aplicáveis, demonstrando as razões de seu convencimento.

Aliás, quanto à legislação federal alegada pela recorrente como aplicável, ao julgar embargos de declaração do acórdão que decidiu os embargos infringentes, a Corte de origem fez a seguinte observação:

Ademais, não há espaço para o reconhecimento da não-recepção do Código de Águas pela Constituição Federal, pois resguardada a Competência da União, bem como a Lei Federal n. 9.433/1997 não possui o alcance pretendido.

Embora de maneira sucinta, houve, portanto, o enfrentamento da legislação federal tida como violada pela recorrente. A par disso, o julgador não está obrigado a discorrer sobre todos os regramentos legais ou todos os argumentos alavancados pelas partes.

As proposições poderão ou não ser explicitamente dissecadas pelo magistrado, que só estará obrigado a examinar a contenda nos limites da demanda, fundamentando o seu proceder de acordo com o seu livre convencimento, baseado nos aspectos pertinentes à hipótese *sub judice* e com a legislação que entender aplicável ao caso concreto.

Não há se falar, portanto, em violação ao art. 535, II, do Código de Processo Civil de 1973.

Por outro lado, relativamente à aplicação analógica do óbice decorrente da Súmula 280 do Supremo Tribunal Federal - por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário -, ao tornar sem efeito a decisão monocrática de fls. 603/601, o Exmo. Sr. Ministro Humberto Martins fez as seguintes ponderadas observações:

No caso concreto, discute-se a necessidade de outorga do ente estatal para extração de água de poço artesiano para fins de consumo humano, bem como se há empecilho da legislação federal e se o bem público de uso comum (água) estaria sujeito a limitações administrativas.

Por essa razão, e com a finalidade de viabilizar o exercício do contraditório e da ampla defesa, torno sem efeito a decisão monocrática para posterior julgamento do recurso especial do *Estado do Rio Grande do Sul* pelo Colegiado.

Como se pode notar, efetivamente, o mencionado óbice não se aplica à hipótese ora analisada, uma vez que a parte pretende, com o presente recurso, a análise da sua alegação de que a decisão recorrida contrariou a legislação federal que trata do tema.

Pois bem. Ao estabelecer a política nacional de recursos hídricos, a Lei Federal n. 9.433/1997 fixou algumas diretrizes, dentre as quais se destacam as seguintes:

Art. 1º. A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos:

I - a água é um bem de domínio público;

II - a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico;

[...]

Art. 5º. São instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos:

[...]

III - a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos;

[...]

Art. 11. O regime de outorga de direitos de uso de recursos hídricos tem como objetivos assegurar o controle quantitativo e qualitativos dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água.

Art. 12. Estão sujeitos a outorga pelo Poder Público os direitos dos seguintes usos de recursos hídricos:

I - derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público, ou insumo de processo produtivo;

II - extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo;

[...]

Art. 18. A outorga não implica a alienação parcial das águas, que não são inalienáveis, mas o simples direito de seu uso.

Mas não é só. Ao estabelecer as diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico, a Lei Federal n. 11.445/2007 fixou a seguinte regra:

Art. 45. Ressalvadas as disposições em contrário das normas do titular, da entidade de regulação e de meio ambiente, toda edificação permanente urbana será conectada às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitários disponíveis e sujeita ao pagamento das tarifas e de outros preços públicos decorrente da conexão e do uso desses serviços.

§ 1º. Na ausência de rede públicas de saneamento básico, serão admitidas soluções individuais de abastecimento de água e de afastamento e destinação final dos esgotos sanitários, observadas as normas editadas pela entidade regularora e pelos órgãos responsáveis pelas políticas ambiental, sanitária e de recursos hídricos.

§ 2º. A instalação hidráulica predial ligada à rede pública de abastecimento de água não poderá ser também alimentada por outras fontes.

Desse modo, embora se trate de competência legislativa concorrente, por força da disposição contida no artigo 24, VI, da Constituição Federal, ao fixar as normas gerais, por se tratar de questão de política ambiental, a União tutelou o interesse coletivo em detrimento do particular, estabelecendo, inclusive, textualmente, que as edificações permanentes urbanas devem estar conectadas às redes públicas de abastecimento de água e que essa instalação hidráulica predial ligada à rede pública de abastecimento de água não pode ser alimentada por outras fontes.

Não pode ser considerada, assim, ilegal a limitação administrativa estabelecida pelo recorrente no sentido de que, nos locais dotados de rede de abastecimento de água potável, os poços serão tolerados exclusivamente para suprimento com fins industriais ou para uso em floricultura ou agricultura.

Ao contrário, diante da necessidade da preservação do meio ambiente pela utilização racional e controlada dos recursos hídricos, ao admitir a exploração de poço artesiano por particular, para o consumo humano, em local onde há rede pública de abastecimento de água, o acórdão recorrido é que afronta injustificadamente a legislação federal que estabelece as normas gerais da política nacional de utilização da água no território brasileiro.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para julgar improcedente o pedido formulado pela recorrida na petição inicial da presente demanda, restabelecendo, inclusive, a condenação dela à verba honorária

corretamente fixada na respeitável sentença (fls. 194/199) em R\$ 1.000,00 (um mil reais). Deixo de arbitrar os honorários sucumbenciais recursais ao recorrente, por força do enunciado administrativo n. 7 deste Superior Tribunal de Justiça.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.441.457-RS (2014/0054003-6)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: Viação Ouro e Prata S/A

Advogado: Claudio Otavio Melchades Xavier e outro(s) - RS003253

Recorrido: Fazenda Nacional

Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PR0000000

EMENTA

Recurso interposto na vigência do CPC/1973. Ausência de violação ao art. 535, CPC. Tributário. PIS e COFINS. Valores pagos pelas empresas de transportes às empresas rodoviárias que são retidos por estas quando da venda de passagens aos usuários dos serviços de transportes. Conceito de faturamento. Art. 3º, da Lei n. 9.718/1998. Incidência.

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

2. O caso refere-se à incidência das contribuições ao PIS e COFINS sobre os valores pagos pelas empresas de transportes às empresas rodoviárias que são retidos por estas quando da venda de passagens aos usuários dos serviços de transportes.

3. No julgamento do RE 585.235/MG, o Supremo Tribunal Federal apreciou o recurso extraordinário submetido a repercussão

geral e definiu que a noção de faturamento deve ser compreendida no sentido estrito de *receita bruta das vendas de mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais* consoante interpretação dada pelo RE n. 371.258 AgR (Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 03.10.2006) e pelo RE n. 400.479-8/RJ (Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 10.10.2006).

4. Evidenciam-se duas relações contratuais que envolvem a empresa prestadora de serviços de transporte. Na primeira, ela figura como contratada pelo usuário dos serviços de transporte e, na segunda, ela figura como contratante da empresa rodoviária para efetuar a venda das passagens. Sendo assim, *seu faturamento é composto pelo valor integral da venda das passagens, que é a paga pelo primeiro contrato, nele incluído o valor correspondente ao retido pela empresa rodoviária (receita proveniente da prestação de serviços de transporte).*

5. Este STJ já julgou, por dois recursos representativos da controvérsia e pela Corte Especial, ser ilegítima a supressão de etapa econômica, mediante contrato, como forma de descaracterizar a obtenção de faturamento, base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS. Seguem os precedentes: REsp n. 1.141.065/SC, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 9.12.2009; REsp n. 1.339.767/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 26.06.2013; AgRg nos EREsp. n. 529.034/RS, Corte Especial, Rel. Min. José Delgado, julgado em 07.06.2006.

6. O *fundamento determinante* de todos esses precedentes vinculantes é o de que *os contratos firmados pelas pessoas jurídicas contribuintes não podem retirar da base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS parcela de seu faturamento ou receita a pretexto de haver retenção desses valores pela outra parte contratante antes do seu ingresso no caixa da empresa contribuinte. Para haver essa exclusão é preciso lei federal específica.*

7. O CPC/2015 estabelece em seu art. 926 que é dever dos tribunais uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. A integridade e coerência da jurisprudência exigem que os efeitos vinculante e persuasivo dos fundamentos determinantes (arts. 489, § 1º, V; 927, § 1º; 979, § 2º; 1.038, § 3º) sejam empregados

para além dos processos que enfrentam a mesma questão, abarcando também processos que enfrentam questões outras, mas onde os mesmos fundamentos determinantes possam ser aplicados. Tal o caso destes autos.

8. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Presidente), os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de março de 2017 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 22.3.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no permissivo do art. 105, III, “a”, da Constituição Federal de 1988, contra acórdão que decidiu pela legitimidade da incidência do PIS e da COFINS sobre o valor do percentual repassado pelas empresas de transporte intermunicipal, interestadual e internacional de passageiros às empresas rodoviárias, consoante a seguinte ementa (e-STJ fls. 232/236):

Tributário. Mandado de segurança. PIS. COFINS. Base de cálculo. Exclusão de parcela repassada à rodoviária. Impossibilidade.

Não são passíveis de exclusão da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS, recolhidas por empresa dedicada ao transporte intermunicipal de passageiros, da parcela correspondente a 11% do valor da passagem paga pelos usuários, repassada às estações rodoviárias.

Os embargos de declaração interpostos restaram parcialmente providos apenas para fins de prequestionamento (e-STJ fls. 257/261).

Alega a recorrente que houve violação ao art. 535, do CPC; ao art. 10, XII, da Lei n. 10.833/2003; arts. 2º e 3º da Lei n. 9.718/1998; arts. 1º e 2º da LC n. 7/1970; art. 110 do CTN. Sustenta ter havido omissão em relação aos princípios da capacidade contributiva, legalidade e equidade. Entende que as comissões são a base de cálculo do PIS e da COFINS devidos pelas rodoviárias e não pela transportadora, pois os respectivos valores sequer transitam pelo caixa da empresa transportadora, não se revelando como capacidade contributiva sua e havendo *bis in idem*, caso sejam tributados também na transportadora (e-STJ fls. 273/296).

Contrarrazões nas e-STJ fls. 335/355.

Recurso regularmente admitido na origem (e-STJ fls. 381).

Parecer do Ministério Público Federal pelo parcial conhecimento do especial e, nessa parte, pelo não provimento (e-STJ fls. 400/403).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso foi interposto na vigência do CPC/1973, o que atrai a incidência do Enunciado Administrativo n. 2: “*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*”.

Afasto a ocorrência da alegada ofensa ao artigo 535, do CPC. É que o Poder Judiciário não está obrigado a emitir expresso juízo de valor a respeito de todas as teses e artigos de lei invocados pelas partes, bastando para fundamentar o decidido fazer uso de argumentação adequada, ainda que não espelhe quaisquer das linhas de argumentação invocadas.

Na sequência, observo que no julgamento do RE 585.235/MG, o Supremo Tribunal Federal apreciou o recurso extraordinário submetido a repercussão geral e reiterou a jurisprudência já firmada no julgamento dos Recursos Extraordinários n. 346.084, 358.273, 357.950 e 390.840, sessão de 9.11.2005,

no sentido de que o § 1º, do artigo 3º da Lei n. 9.718/1998 é inconstitucional porque ampliou indevidamente o conceito de receita bruta, violando, por consequência, a noção de faturamento pressuposta na redação original do artigo 195, I, “b”, da Constituição Federal de 1988. Transcrevo:

Recurso Extraordinário. Tributo. Contribuição social. PIS. COFINS. Alargamento da base de cálculo. Art. 3º, § 1º, da Lei n. 9.718/1998. Inconstitucionalidade. Precedentes do Plenário (RE n. 346.084/PR, Rel. orig. Min. *Ilmar Galvão*, DJ de 1º.9.2006; REs nos 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG, Rel. Min. *Marco Aurélio*, DJ de 15.8.2006) Repercussão Geral do tema. Reconhecimento pelo Plenário. Recurso improvido. É inconstitucional a ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS prevista no art. 3º, § 1º, da Lei n. 9.718/1998. (RE 585.235 RG-QO, Relator Ministro *Cezar Peluso*, julgado em 10.09.2008, DJE de 27.11.2008)

No julgado restou definido que a noção de faturamento pressuposta na redação original do art. 195, I, “b”, da Constituição da República deve ser compreendido no sentido estrito de *receita bruta das vendas de mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais*, consoante interpretação dada pelo RE n. 371.258 AgR (Segunda Turma, Rel. Min. *Cezar Peluso*, julgado em 03.10.2006) e pelo RE n. 400.479-8/RJ (Segunda Turma, Rel. Min. *Cezar Peluso*, julgado em 10.10.2006).

Nessa toada, fixados os limites interpretativos dos arts. 2º e 3º, da Lei n. 9.718/1998 pelo Supremo Tribunal Federal, a matéria a ser tratada passa a ser infraconstitucional, devendo o STJ perquirir se o fato imponible ocorrido nos autos corresponde à hipótese de incidência tributária legalmente definida. Tal é o que tem sido feito por esta Casa adotando essa mesma noção de faturamento para a solução dos seguintes julgados:

Processual Civil. Embargos de declaração. *Recurso especial representativo de controvérsia* (Processo Civil. *Recurso especial representativo de controvérsia*. Artigo 543-C, do CPC. Tributário. COFINS. *Locação de bens móveis*. Incidência. Violação do artigo 535, do CPC. *Inocorrência*.). Omissão e contradição. Inocorrência. Manifesto intuito infringente.

1. *A conjugação dos entendimentos perfilhados pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito dos Recursos Extraordinários n. 357.950/RS, 358.273/RS, 390.840/MG e 346.084-6/PR* (inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 3º, da Lei n. 9.718/1998, o que importou na definição de faturamento mensal/receita bruta como o que decorra quer da venda de mercadorias, quer da venda de mercadorias e serviços, quer da venda de serviços, não se considerando receita bruta de natureza diversa,

dada pela Lei Complementar n. 70/1991) e do Recurso Extraordinário n. 116.121/SP (inconstitucionalidade da incidência do ISS sobre o contrato de locação de bem móvel, por não configurar prestação de serviços) **não conduz à superação da jurisprudência do STJ, no sentido de que a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS incide sobre as receitas provenientes das operações de locação de bens móveis, uma vez que integram o faturamento, entendido como o conjunto de receitas decorrentes da execução da atividade empresarial.**

2. É que: **“o conceito de receita bruta sujeita à exação tributária envolve, não só aquela decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, mas a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais”** (RE 371.258 AgR, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 03.10.2006, DJ 27.10.2006).

3. Ademais, a pendência, no Supremo Tribunal Federal, dos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 400.479/RJ (da relatoria do e. Ministro Cezar Peluso), no bojo dos quais se discute o alcance da conceituação de faturamento/receita bruta delineada nos Recursos Extraordinários 390.840 e 346.084 (que declararam a inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 3º, da Lei n. 9.718/1998), *não repercute na assertiva exarada no recurso especial (e questionada nos presentes embargos de declaração)*, no sentido de que o conceito de receita bruta, tributável pela COFINS, alcança a soma das receitas oriundas do exercício da atividade empresarial (*in casu*, locação de bens móveis).

4. Embargos de declaração acolhidos, sem alteração do resultado do julgamento (EDcl no REsp 929.521/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 14.04.2010).

Tributário. COFINS. Base de cálculo. Faturamento/receita bruta. Atividade empresarial de *factoring*. “Aquisição de direitos creditórios”. Itens I, alínea “c”, e II, do ato declaratório (normativo) COSIT 31/97. Legalidade.

1. A Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, ainda que sob a égide da definição de faturamento mensal/receita bruta dada pela Lei Complementar n. 70/1991, incide sobre a soma das receitas oriundas do exercício da atividade empresarial de factoring, o que abrange a receita bruta advinda da prestação cumulativa e contínua de “serviços” de aquisição de direitos creditórios resultantes das vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços.

2. *In casu*, cuida-se de mandado de segurança impetrado, em 11.07.1999, em que se discute a higidez do disposto no Itens I, alínea “c”, e II, do Ato Declaratório (Normativo) COSIT 31/97, que determinam que a base de cálculo da COFINS, devida pelas empresas de fomento comercial (*factoring*), é o valor do faturamento mensal, compreendida, entre outras, a receita bruta advinda da prestação cumulativa e contínua de “serviços” de aquisição de direitos creditórios resultantes das vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços, computando-se como receita o valor da diferença entre o valor de aquisição e o valor de face do título ou direito adquirido.

3. A Lei n. 9.249/1995 (que revogou, entre outros, o artigo 28, da Lei n. 8.981/1995), ao tratar da apuração da base de cálculo do imposto de renda das pessoas jurídicas, *definiu a atividade de factoring como a prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços* (artigo 15, § 1º, III, “d”).

4. Deveras, a empresa de fomento mercantil ou de *factoring* realiza atividade comercial mista atípica, que compreende o oferecimento de uma plêiade de serviços, nos quais se insere a aquisição de direitos creditórios, auferindo vantagens financeiras resultantes das operações realizadas, não se revelando coerente a dissociação das aludidas atividades empresariais para efeito de determinação da receita bruta tributável.

5. **Conseqüentemente, os Itens I, alínea “c”, e II, do Ato Declaratório (Normativo) COSIT 31/97, coadunam-se com a concepção de faturamento mensal/receita bruta dada pela Lei Complementar n. 70/1991** (o que decorra das vendas de mercadorias ou da prestação de serviços de qualquer natureza, vale dizer a soma das receitas oriundas das atividades empresariais, não se considerando receita bruta de natureza diversa, definição que se perpetuou com a declaração de inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 3º, da Lei n. 9.718/1998).

6. Recurso especial a que se nega provimento (REsp 776.705/RJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 11.11.2009).

Processual Civil. Tributário. Ausência de violação ao art. 535, CPC. PIS e COFINS. Valor do frete nas vendas na modalidade CIF (custo, seguro e frete). Conceito de faturamento. Incidência. Impossibilidade de exclusão dos valores computados como receitas que tenham sido transferidos para outras pessoas jurídicas.

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

2. O caso refere-se à exclusão da base de cálculo de incidência da COFINS e PIS das parcelas correspondentes ao valor de frete repassados, na forma pactuada em subcontratos, a empresas transportadoras de seus produtos para entrega a seus respectivos adquirentes, **ainda que incluído o valor dos fretes nas faturas**.

3. No julgamento do RE 585.235/MG, o Supremo Tribunal Federal apreciou o recurso extraordinário submetido a repercussão geral e definiu que a noção de faturamento deve ser compreendida no sentido estrito de **receita bruta das vendas de mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais** consoante interpretação dada pelo RE n. 371.258 AgR (Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 03.10.2006) e pelo RE n. 400.479-8/RJ (Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 10.10.2006).

4. Estando tais valores discriminados na fatura representam sim o faturamento da empresa vendedora, desimportando o acerto contratual efetuado com o comprador sobre sua destinação (transferência para outras pessoas jurídicas), a teor do art. 123, do CTN. Ditos valores, se não representam o custo faturado da própria mercadoria, representam uma prestação de serviços intermediada pela própria vendedora e que a vendedora realiza no interesse de sua atividade principal de venda de seus produtos.

5. A Corte Especial, este STJ firmou o entendimento de que a restrição legislativa do artigo 3º, § 2º, III, da Lei n. 9.718/1998 ao conceito de faturamento (exclusão dos valores computados como receitas que tenham sido transferidos para outras pessoas jurídicas) não teve eficácia no mundo jurídico já que dependia de regulamentação administrativa e, antes da publicação dessa regulamentação, foi revogado pela Medida Provisória n. 2.158-35, de 2001. Precedente: AgRg nos EREsp. n. 529.034/RS, Corte Especial, Rel. Min. José Delgado, julgado em 07.06.2006.

6. Recurso especial parcialmente provido (REsp n. 1.201.689-RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 11.02.2014).

Tributário. Taxa de administração de cartões. Exclusão da base de cálculo do PIS e COFINS. Conceito de faturamento. Tema estritamente constitucional. Precedentes. Inclusão no conceito de insumo. Inviabilidade. Precedentes.

1. A jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que a verificação se a taxa de administração dos cartões de débito e crédito deve integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS incorre, fatalmente, na definição do conceito de faturamento previsto no art. 195, I, "b", da Constituição Federal, revestindo-se de matéria estritamente constitucional, cuja apreciação por meio de recurso especial fica vedada a esta Corte de Justiça, sob pena de invasão de competência atribuída ao STF.

2. Ademais, o STF já se manifestou sobre o específico tema tratado, deixando consignado que, "para fins de definição da base de cálculo para a incidência da contribuição ao PIS e da COFINS, a receita bruta e o faturamento são termos sinônimos e consistem na totalidade das receitas auferidas com a venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços, ou seja, é a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais" (AgRg no RE 816.363/RS, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 5.8.2014, DJe-157 15.8.2014), de modo que o valor da taxa de administração cobrado pelas operadoras de cartão de crédito/débito constitui despesa operacional e integra a base de cálculo de tais contribuições.

3. Se à luz da Carta Magna a Suprema Corte já definiu que a referida taxa insere-se no conceito de faturamento para constituir a base de cálculo do PIS e da COFINS, não haveria, sobre o alegado ângulo infraconstitucional, espaço para dissentir de tal conclusão.

4. *“Para fins de creditamento de PIS e COFINS (art. 3º, II, da Leis 10.637/2002 e 10.833/2003), a idéia de insumos, ainda que na sua acepção mais ampla, está relacionada com os elementos essenciais à realização da atividade fim da empresa. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.230.441/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 18.09.2013” (AgRg no REsp 1.244.507/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 21.11.2013, DJe 29.11.2013).*

5. A taxa de administração de cartões de crédito não se enquadra no conceito de consumo, pois constitui mera despesa operacional decorrente de benesse disponibilizada para facilitar a atividade de empresas com seu público alvo.

Agravo regimental improvido (AgRg nos EDcl no REsp 1.427.892/SE, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 16.04.2015).

Tributário. PIS e COFINS. Receitas financeiras (juros, correção monetária, multa e encargos por atraso) provenientes de contratos de venda e serviços. Receitas oriundas do exercício das atividades empresariais porque inerentes aos contratos. Conceito de faturamento. Incidência. Precedentes.

A jurisprudência entende que a correção monetária e os juros, bem como multas e encargos recebidos por atraso em pagamento, decorrentes diretamente das operações realizadas pelas empresas constantes de seus objetos sociais, configuram rendimentos e devem ser considerados como um produto da venda de bens e/ou serviços. Logo, por constituírem faturamento, base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, são receitas inerentes e acessórias aos referidos contratos e devem seguir a sorte do principal.

Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1.461.557/CE, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 16.09.2014).

Processual Civil. Tributário. Lei interpretativa. Prazo de prescrição para a repetição de indébito, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação. LC n. 118/2005. Tema já julgado pelo regime criado pelo art. 543-C, CPC, e da Resolução STJ 08/2008 que instituíram os recursos representativos da controvérsia. PIS e COFINS. Receitas financeiras (juros e correção monetária) provenientes de contratos de venda de imóveis. Receitas oriundas do exercício das atividades empresariais porque inerentes aos contratos. Conceito de faturamento. Incidência.

1. Tanto o STF quanto o STJ entendem que para as ações de repetição de indébito relativas a tributos sujeitos a lançamento por homologação ajuizadas de 09.06.2005 em diante, deve ser aplicado o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 3º, da Lei Complementar n. 118/2005, ou seja, prazo de cinco anos com termo inicial na data do pagamento. Tema já julgado pelo recurso representativo da controvérsia REsp n. 1.269.570-MG, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 23.05.2012 e em repercussão geral pelo STF no RE n. 566.621/RS, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 04.08.2011.

2. A 1ª Seção do STJ firmou entendimento no sentido de que *as receitas provenientes das atividades de construir, alienar, comprar, alugar, vender imóveis e*

intermediar negócios imobiliários integram o conceito de faturamento, para os fins de tributação a título de PIS e COFINS, incluindo-se aí as receitas provenientes da locação de imóveis próprios e integrantes do ativo imobilizado, ainda que este não seja o objeto social da empresa, pois o sentido de faturamento acolhido pela lei e pelo Supremo Tribunal Federal não foi o estritamente comercial. Precedentes: AgRg no Ag n. 1.420.729/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 27.03.2012; REsp n. 1.210.655/SC, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Rel. p/acórdão Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 26.04.2011; AgRg no REsp n. 1.318.183/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 19.06.2012; AgRg no REsp n. 1.238.892/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 03.05.2012; EREsp 179.723/MG, 1ª S., Min. Garcia Vieira, DJ de 25.10.2000; EREsp 149.026/AL, 1ª Seção, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 09.12.2002; AGA 512.072/SP, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 1º.12.2003; REsp 652.371/PE, 2ª T., Min. Castro Meira, DJ de 04.10.2004; AgREsp n. 640.295/PB, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ de 22.11.2004; REsp n. 662.397/PE, 2ª T., Min. João Otávio de Noronha, DJ de 1º.02.2005.

3. No julgamento do RE 585.235/MG, o Supremo Tribunal Federal apreciou o recurso extraordinário submetido a repercussão geral e definiu que a noção de faturamento deve ser compreendida no sentido estrito de *receita bruta das vendas de mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais*, consoante interpretação dada pelo RE n. 371.258 AgR (Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 03.10.2006), pelo RE n. 400.479-8/RJ (Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 10.10.2006) e pelo RE n. 527.602/SP (Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, julgado em 05.08.2009), sendo que nesse último ficou estabelecido que *somente são excluídos do conceito de faturamento "os aportes financeiros estranhos à atividade desenvolvida pela empresa"*.

4. Sendo assim, se a correção monetária e os juros (receitas financeiras) decorrem diretamente das operações de venda de imóveis realizadas pelas empresas - operações essas que constituem os seus objetos sociais - tais rendimentos devem ser considerados como um produto da venda de bens e/ou serviços, ou seja, constituem faturamento, base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, pois são receitas inerentes e acessórias aos referidos contratos e devem seguir a sorte do principal.

5. Recurso especial não provido (REsp 1.432.952/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 25.02.2014).

Tributário. Contribuições sociais destinadas ao custeio da seguridade social. PIS e COFINS. Base de cálculo. "Faturamento" e "receita bruta". Leis Complementares 7/1970 e 70/1991 e Leis Ordinárias 9.718/1998, 10.637/2002 e 10.833/2003. Definição de faturamento que observa regimes normativos diversos. Empresas prestadoras de serviço de locação de mão-de-obra temporária (Lei n. 6.019/1974).

Valores destinados ao pagamento de salários e demais encargos trabalhistas dos trabalhadores temporários. Inclusão na base de cálculo. Julgamento, pela Primeira Seção, do recurso especial representativo da controvérsia (REsp 1.141.065/SC). Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL e Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ. Base de cálculo. Inclusão dos valores destinados ao pagamento de salários e demais encargos trabalhistas dos trabalhadores temporários.

1. *A base de cálculo do PIS e da COFINS, independentemente do regime normativo aplicável (Leis Complementares 7/1970 e 70/1991 ou Leis Ordinárias 10.637/2002 e 10.833/2003), abrange os valores recebidos pelas empresas prestadoras de serviços de locação de mão-de-obra temporária (regidas pela Lei n. 6.019/1974 e pelo Decreto n. 73.841/1974), a título de pagamento de salários e encargos sociais dos trabalhadores temporários (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 1.141.065/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 09.12.2009, DJe 1º.02.2010).*

2. *Deveras, a **definição de faturamento mensal/receita bruta**, à luz das Leis Complementares 7/1970 e 70/1991, **abrange**, além das receitas decorrentes da venda de mercadorias e da prestação de serviços, **a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais**, concepção que se perpetuou com a declaração de inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 3º, da Lei n. 9.718/1998 (**Precedentes do Supremo Tribunal Federal que assentaram a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo da COFINS e do PIS pela Lei n. 9.718/1998**: RE 390.840, Rel. Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09.11.2005, DJ 15.08.2006; RE 585.235 RG-QO, Rel. Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 10.09.2008, DJe-227 divulg 27.11.2008 public 28.11.2008; e RE 527.602, Rel. Ministro Eros Grau Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 05.08.2009, DJe-213 divulg 12.11.2009 public 13.11.2009).*

3. *Por seu turno, com a ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS, promovida pelas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, os valores recebidos a título de pagamento de salários e encargos sociais dos trabalhadores temporários subsumem-se na novel concepção de faturamento mensal (total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil).*

4. *Conseqüentemente, a definição de faturamento/receita bruta, no que concerne às empresas prestadoras de serviço de fornecimento de mão-de-obra temporária (regidas pela Lei n. 6.019/1974), engloba a totalidade do preço do serviço prestado, nele incluídos os encargos trabalhistas e previdenciários dos trabalhadores para tanto contratados, que constituem custos suportados na atividade empresarial.*

5. *In casu*, cuida-se de empresa prestadora de serviços de locação de mão-de-obra temporária (regida pela Lei n. 6.019/1974 e pelo Decreto n. 73.841/1974, consoante assentado na instância ordinária), razão pela qual, *independentemente*

do regime normativo aplicável, os valores recebidos a título de pagamento de salários e encargos sociais dos trabalhadores temporários não podem ser excluídos da base de cálculo do PIS e da COFINS.

6. Outrossim, *os valores recebidos a título de pagamento de salários e encargos sociais dos trabalhadores temporários não podem ser excluídos da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, uma vez que:*

"... todos os tributos em discussão tem por base de cálculo montantes equiparados ou reflexos, isto é há uma base de cálculo maior (faturamento) da qual derivam parcelas dessa mesma base de cálculo (lucro real e líquido) e a solução a ser dada deve ser coerente com essa realidade, salvo se existente alguma peculiaridade na legislação específica de regência.

(...)

... não é a circunstância da prestação do serviço que autoriza a dedução ou não da receita da base de cálculo do tributo, mas o ingresso dessa receita a título próprio, que embora sirva para cobrir despesas administrativas, obrigações fiscais e trabalhistas posteriores não desqualifica a destinação da receita: compor o faturamento da pessoa jurídica.

Somente havendo previsão legal é que se admite a repercussão jurídica do tributo, o que não é o caso das legislações dos tributos em referência na hipótese de cessão de mão-de-obra quando o rendimento auferido (lucro líquido e receita total) pela prestação do serviço é auferido integralmente pela prestadora que também suporta integralmente o ônus fiscal." (REsp 1.088.802/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 24.11.2009, DJe 07.12.2009)

8. Conseqüentemente, em virtude do disposto no artigo 111, do CTN (interpretação restritiva da legislação tributária que verse sobre isenção ou exclusão do crédito tributário), as aludidas parcelas não podem ser excluídas da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, uma vez inexistente previsão legal expressa.

8. Recurso especial da Fazenda Nacional provido.

9. Recurso especial empresarial desprovido (REsp 1.176.749/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 20.04.2010).

Desse modo, a questão que se apresenta é infraconstitucional, cabendo a este STJ verificar a subsunção da receita discriminada nestes autos ao conceito de faturamento dado pelo STF em interpretação aos arts. 2º e 3º da Lei n. 9.718/1998, para efeito da incidência das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, a saber:

Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei. (Vide Medida Provisória n. 2.158-35, de 2001)

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica. (Vide Medida Provisória n. 2.158-35, de 2001)

No caso dos autos, a empresa recorrente é prestadora de serviços de transporte intermunicipal de passageiros que vende suas passagens através de empresa rodoviária para a qual destina um percentual de 11% (onze por cento) desta receita que é retido pela própria empresa rodoviária no momento em que vende as passagens aos usuários dos serviços de transporte.

Desse modo, evidenciam-se duas relações contratuais que envolvem a empresa prestadora de serviços de transporte. Na primeira, ela figura como contratada pelo usuário dos serviços de transporte e, na segunda, ela figura como contratante da empresa rodoviária para efetuar a venda das passagens. Sendo assim, seu **faturamento** é composto pelo valor integral da venda das passagens, que é a paga pelo primeiro contrato, nele incluído o valor correspondente ao retido pela empresa rodoviária (receita proveniente da prestação de serviços de transporte). Já o segundo contrato, onde figura como tomadora do serviço e não como prestadora, há uma prestação de serviço por parte da empresa rodoviária que recebe como paga o valor retido, configurando este faturamento seu. Há, portanto, duas etapas econômicas e, portanto, jurídicas distintas, cada qual sofrendo sua tributação própria. O valor quando é pago pelo usuário para a empresa de transportes constitui faturamento seu e quando é utilizado pela empresa de transportes para pagar a empresa rodoviária, ainda que sob a sistemática de retenção, é faturamento desta. À toda evidência, a empresa de transportes somente pode utilizar recurso próprio (faturamento seu) para pagar o serviço que lhe foi prestado pela empresa rodoviária.

Assim, o valor retido não escapa à tributação como componente do faturamento da empresa prestadora de serviços de transporte e como o próprio faturamento da empresa rodoviária, pois se referem a etapas econômicas distintas que revelam diferentes capacidades contributivas, não havendo *bis in idem*.

Este STJ já julgou, por dois recursos representativos da controvérsia, ser ilegítima a supressão de etapa econômica, mediante contrato, como forma de descaracterizar a obtenção de faturamento, base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS. Seguem os precedentes:

Processo Civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Artigo 543-C, do CPC. Tributário. Contribuições sociais destinadas ao custeio da seguridade social. PIS e COFINS. Base de cálculo. "Faturamento" e "receita bruta". Leis Complementares 7/1970 e 70/1991 e Leis Ordinárias 9.718/1998, 10.637/2002

e 10.833/2003. Definição de faturamento que observa regimes normativos diversos. Empresas prestadoras de serviço de locação de mão-de-obra temporária (Lei n. 6.019/1974). *Valores destinados ao pagamento de salários e demais encargos trabalhistas dos trabalhadores temporários. Inclusão na base de cálculo.*

1. *A base de cálculo do PIS e da COFINS, independentemente do regime normativo aplicável (Leis Complementares 7/1970 e 70/1991 ou Leis Ordinárias 10.637/2002 e 10.833/2003), abrange os valores recebidos pelas empresas prestadoras de serviços de locação de mão-de-obra temporária (regidas pela Lei n. 6.019/1974 e pelo Decreto n. 73.841/1974), a título de pagamento de salários e encargos sociais dos trabalhadores temporários.*

2. Isto porque a Primeira Seção, quando do julgamento do REsp 847.641/RS, perfilhou o entendimento no sentido de que:

Tributário. Contribuições sociais destinadas ao custeio da seguridade social. PIS e COFINS. Base de cálculo. "Faturamento" e "receita bruta". Lei Complementar n. 70/1991 e Leis 9.718/1998, 10.637/2002 e 10.833/2003. Definição de faturamento que observa regimes normativos diversos. Empresas prestadoras de serviço de locação de mão-de-obra temporária (Lei n. 6.019/1974). *Valores destinados ao pagamento de salários e demais encargos trabalhistas dos trabalhadores temporários. Inclusão na base de cálculo.*

1. A base de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS é o faturamento, hodiernamente compreendido como a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil, vale dizer: a receita bruta da venda de bens e serviços, nas operações em conta própria ou alheia, e todas as demais receitas auferidas (artigo 1º, *caput* e § 1º, das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, editadas sob a égide da Emenda Constitucional n. 20/1998).

2. A Carta Magna, em seu artigo 195, originariamente, instituiu contribuições sociais devidas pelos "empregadores" (entre outros sujeitos passivos), incidentes sobre a "folha de salários", o "faturamento" e o "lucro" (inciso I).

3. A Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, que sucedeu o FINSOCIAL, é contribuição social que se enquadra no inciso I, do artigo 195, da Constituição Federal de 1988, incidindo sobre o "faturamento", tendo sido instituída e, inicialmente, regulada pela Lei Complementar n. 70/1991, segundo a qual: (i) a exação era devida pelas pessoas jurídicas inclusive as a elas equiparadas pela legislação do imposto de renda, (ii) sendo destinada exclusivamente às despesas com atividades-fins das áreas de saúde, previdência e assistência social, e (iii) incidindo sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

4. As contribuições destinadas ao Programa de Integração Social - PIS e ao Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PASEP, por seu turno, foram criadas, respectivamente, pelas Leis Complementares n. 7/1970 e n. 8/1970, tendo sido recepcionadas pela Constituição Federal de 1988 (artigo 239).

5. A Lei Complementar n. 7/1970, ao instituir a contribuição social destinada ao PIS, destinava-a à promoção da integração do empregado na vida e no desenvolvimento das empresas, definidas como as pessoas jurídicas nos termos da legislação do Imposto de Renda, caracterizando-se como empregado todo aquele assim definido pela Legislação Trabalhista.

6. O Programa de Integração Social - PIS, à luz da LC n. 7/1970, era executado mediante Fundo de Participação, constituído por duas parcelas: (i) a primeira, mediante dedução do Imposto de Renda; e (ii) a segunda, com recursos próprios da empresa, calculados com base no faturamento.

7. A Lei n. 9.718/1998 (na qual foi convertida a Medida Provisória n. 1.724/1998), ao tratar das contribuições para o PIS/PASEP e da COFINS devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, estendeu o conceito de faturamento, base de cálculo das aludidas exações, definindo-o como a "receita bruta" da pessoa jurídica, por isso que, a partir da edição do aludido diploma legal, o faturamento passou a ser considerado a "receita bruta da pessoa jurídica", entendida como a totalidade das receitas auferidas, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

8. Deveras, com o advento da Emenda Constitucional n. 20, em 15 de dezembro de 1998, a expressão "empregadores" do artigo 195, I, da Constituição Federal de 1988, foi substituída por "empregador", "empresa" e "entidade a ela equiparada na forma da lei" (inciso I), passando as contribuições sociais pertinentes a incidirem sobre: (i) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (ii) a receita ou o faturamento; e (iii) o lucro.

9. A base de cálculo da COFINS e do PIS restou analisada pelo Supremo Tribunal Federal que, na sessão plenária ocorrida em 09 de novembro de 2005, no julgamento dos Recursos Extraordinários n. 357.950/RS, 358.273/RS, 390.840/MG, todos da relatoria do Ministro Marco Aurélio, e n. 346.084-6/PR, do Ministro Ilmar Galvão, consolidou o entendimento de que inconstitucional a ampliação da base de cálculo das contribuições destinadas ao PIS e à COFINS, promovida pelo § 1º, do artigo 3º, da Lei n. 9.718/1998, o que implicou na concepção da receita bruta ou faturamento como o que decorra quer da venda de mercadorias, quer da venda de mercadorias e serviços, quer da venda de serviços, não se considerando receita bruta de natureza diversa.

10. A concepção de faturamento inserta na redação original do artigo 195, I, da Constituição Federal de 1988, na oportunidade, restou adstringida, de sorte que não poderia ter sido alargada para autorizar a incidência tributária sobre a totalidade das receitas auferidas pelas pessoas jurídicas, revelando-se inócua a alegação de sua posterior convalidação pela Emenda Constitucional n. 20/1998, uma vez que eivado de nulidade insanável *ab origine*, decorrente de sua frontal incompatibilidade com o texto constitucional vigente no momento de sua edição. A Excelsa Corte considerou que a aludida lei ordinária instituiu nova fonte destinada à manutenção da Seguridade Social, o que constitui matéria reservada à lei complementar, ante o teor do disposto no § 4º, artigo 195, c/c o artigo 154, I, da Constituição Federal de 1988.

11. Entrementes, em 30 de dezembro de 2002 e 29 de dezembro de 2003, foram editadas, respectivamente, as Leis n. 10.637 e 10.833, já sob a égide da Emenda Constitucional n. 20/1998, as quais elegeram como base de cálculo das exações em tela o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil (artigo 1º, *caput*), sobejando certo que, nos aludidos diplomas legais, estabeleceu-se ainda que o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica (artigo 1º, § 1º).

12. Deveras, enquanto consideradas hígidas as Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, por força do princípio da legalidade e da presunção de legitimidade das normas, vislumbra-se a existência de dois regimes normativos que disciplinam as bases de cálculo do PIS e da COFINS: (i) o período em que vigorou a definição de faturamento mensal/receita bruta como o que decorra quer da venda de mercadorias, quer da venda de mercadorias e serviços, quer da venda de serviços, não se considerando receita bruta de natureza diversa, dada pela Lei Complementar n. 70/1991, a qual se perpetuou com a declaração de inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 3º, da Lei n. 9.718/1998; e (ii) período em que entraram em vigor as Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 (observado o princípio da anterioridade nonagesimal), que conceituaram o faturamento mensal como a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

13. Os princípios que norteiam a eficácia da lei no tempo indicam que, nas demandas que versem sobre fatos jurídicos tributários anteriores à vigência das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, *revela-se escorreito o entendimento de que a base de cálculo do PIS e da COFINS (faturamento mensal/receita bruta), devidos pelas empresas prestadoras de serviço de fornecimento de mão-de-obra temporária, regidas pela Lei n. 6.019/1974, contempla o preço do serviço prestado, "nele incluídos os custos da prestação,*

entre os quais os encargos trabalhistas e previdenciários dos trabalhadores para tanto contratados” (Precedente da Primeira Turma acerca da base de cálculo do ISS devido por empresa prestadora de trabalho temporário: REsp 982.952/RS, Rel. Originário Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 02.10.2008, DJ 16.10.2008).

14. Por outro lado, se a lide envolve fatos imponíveis realizados na égide das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 (cuja elisão da higidez, no âmbito do STJ, demandaria a declaração incidental de inconstitucionalidade, mediante a observância da cognominada “cláusula de reserva de plenário”), a base de cálculo da COFINS e do PIS abrange qualquer receita (até mesmo os custos suportados na atividade empresarial) que não constar do rol de deduções previsto no § 3º, do artigo 1º, dos diplomas legais citados.

15. Conseqüentemente, *a conjugação do regime normativo aplicável e do entendimento jurisprudencial acerca da composição do preço do serviço prestado pelas empresas fornecedoras de mão-de-obra temporária, conduz à tese inarredável de que os valores destinados ao pagamento de salários e demais encargos trabalhistas dos trabalhadores temporários, assim como a taxa de administração cobrada das empresas tomadoras de serviços, integram a base de cálculo do PIS e da COFINS a serem recolhidas pelas empresas prestadoras de serviço de mão-de-obra temporária* (Precedentes oriundo da Segunda Turma do STJ: REsp 954.719/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 13.11.2007).

16. Outrossim, à luz da jurisprudência firmada em hipótese análoga:

‘Não procede, ademais, a alegação de que haveria um “bis in idem”, já que os recursos utilizados pelos lojistas para pagar o aluguel (ou, eventualmente, a administração comum do shopping center), por provirem de seu faturamento, já se sujeitaram à incidência das contribuições questionadas (PIS/COFINS), pagas pelos referidos locatários. O argumento, que não foi adotado pelo acórdão embargado e que sequer foi invocado na impetração, prova demais. Na verdade, independentemente de ser o aluguel estabelecido em valor fixo ou calculado por percentual sobre o faturamento, os recursos para o seu pagamento são invariavelmente (a não ser em se tratando de empresa deficitária) provenientes das receitas (vale dizer, do “faturamento”) do locatário. Isso independentemente de se tratar de loja de shopping center ou de outro imóvel qualquer. E não só as despesas com aluguel, mas as demais despesas das pessoas jurídicas são cobertas com recursos de suas receitas, podendo, quando se destinarem à aquisição de bens e serviços de outras pessoas jurídicas, formar o faturamento dessas, sujeitando-se, conseqüentemente, a novas incidências de contribuições PIS/COFINS.

Ora, essa é contingência inevitável em face da opção constitucional de estabelecer como base de cálculo o “faturamento” e as “receitas” (CF,

art. 195, I, b). Por isso mesmo, o princípio da não-cumulatividade não se aplica a essas contribuições, a não ser para os setores da atividade econômica definidos em lei (CF, art. 195, § 12). Como lembra Marco Aurélio Greco, "... uma incidência sobre receita/faturamento, quando plurifásica, será necessariamente cumulativa, pois receita é fenômeno apurado pontualmente em relação a determinada pessoa, não tendo caráter abrangente que se desdobre em etapas sucessivas das quais participem distintos sujeitos.

Receita é auferida por alguém. Nisso se esgota a figura.' (GRECO, Marco Aurélio. "Não-cumulatividade no PIS e na COFINS", *apud* "Não-cumulatividade do PIS/PASEP e da COFINS", obra coletiva, coordenador Leandro Paulsen, São Paulo, IOB Thompson, 2004, p.101).

Atualmente, o regime da não-cumulatividade limita-se às hipóteses e às condições previstas na Lei n. 10.637/2002 (PIS/PASEP) e Lei 10.833/03, alterada pela Lei n. 10.865/2004 (COFINS). Aliás, há, em doutrina, críticas severas em relação ao modo como a matéria está disciplinada, por não representar qualquer vantagem significativa para os contribuintes. "O novo regime", sustenta-se, "longe de atender aos reclamos dos contribuintes - não veio abrandar a carga tributária; pelo contrário, aumentou-a -, instaurou verdadeira balbúrdia no regime desses tributos, a ponto de desnortear o contribuinte, comprometer a segurança jurídica e fazer com que bem depressa a sociedade sentisse saudades da época em que era o da cumulatividade" (MARTINS, Ives Gandra da Silva, e SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de. *Apud* "Não-cumulatividade do PIS/PASEP e da COFINS", obra coletiva, cit., p. 12).

Independentemente das vantagens ou desvantagens do regime da não-cumulatividade estabelecido pelo legislador, matéria que aqui não está em questão, o certo é que, mantido o atual sistema constitucional e ressalvadas as situações previstas nas Leis acima referidas, as contribuições para PIS/COFINS podem incidir legitimamente sobre o faturamento das pessoas jurídicas mesmo quando tal faturamento seja composto por pagamentos feitos por outras pessoas jurídicas, com recursos retirados de receitas sujeitas às mesmas contribuições." (REsp 727.245/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 09.08.2006, DJ 06.08.2007)

(...)

18. *Recurso especial provido, invertidos os ônus de sucumbência.* (REsp 847.641/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25.03.2009, DJe 20.04.2009)

3. Deveras, a *definição de faturamento mensal/receita bruta*, à luz das Leis Complementares 7/1970 e 70/1991, *abrange*, além das receitas decorrentes da venda de mercadorias e da prestação de serviços, *a soma das receitas oriundas*

do exercício das atividades empresariais, concepção que se perpetuou com a declaração de inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 3º, da Lei n. 9.718/1998 (Precedentes do Supremo Tribunal Federal que assentaram a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo da COFINS e do PIS pela Lei n. 9.718/1998: RE 390.840, Rel. Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09.11.2005, DJ 15.08.2006; RE 585.235 RG-QO, Rel. Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 10.09.2008, DJe-227 divulg 27.11.2008 public 28.11.2008; e RE 527.602, Rel. Ministro Eros Grau Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 05.08.2009, DJe-213 divulg 12.11.2009 public 13.11.2009).

4. Por seu turno, com a ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS, promovida pelas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, os valores recebidos a título de pagamento de salários e encargos sociais dos trabalhadores temporários subsumem-se na novel concepção de faturamento mensal (total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil).

5. Conseqüentemente, a definição de faturamento/receita bruta, no que concerne às empresas prestadoras de serviço de fornecimento de mão-de-obra temporária (regidas pela Lei n. 6.019/1974), engloba a totalidade do preço do serviço prestado, nele incluídos os encargos trabalhistas e previdenciários dos trabalhadores para tanto contratados, que constituem custos suportados na atividade empresarial.

6. In casu, cuida-se de empresa prestadora de serviços de locação de mão-de-obra temporária (regida pela Lei n. 6.019/1974 e pelo Decreto n. 73.841/1974, consoante assentado no acórdão regional), razão pela qual, independentemente do regime normativo aplicável, os valores recebidos a título de pagamento de salários e encargos sociais dos trabalhadores temporários não podem ser excluídos da base de cálculo do PIS e da COFINS.

7. [...]

8. Recurso especial da Fazenda Nacional provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008 (REsp n. 1.141.065/SC, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 9.12.2009).

Processual Civil. Tributário. Recurso representativo da controvérsia. Art. 543-C, do CPC. PIS/PASEP e COFINS. Art. 3º, § 2º, III, da Lei n. 9.718/1998. Conceito de faturamento/receita bruta para concessionária de veículos. Preço de venda ao consumidor. Impossibilidade de se utilizar a diferença entre aquele e o valor fixado pela montadora/fabricante (margem de lucro).

1. O Poder Judiciário não está obrigado a emitir expresso juízo de valor a respeito de todas as teses e artigos de lei invocados pelas partes, bastando para fundamentar o decidido fazer uso de argumentação adequada, ainda que não espelhe qualquer das teses invocadas.

2. *As empresas concessionárias de veículos, em relação aos veículos novos, devem recolher PIS e COFINS na forma dos arts. 2º e 3º, da Lei n. 9.718/1998, ou seja, sobre a receita bruta/faturamento (compreendendo o valor da venda do veículo ao consumidor) e não sobre a diferença entre o valor de aquisição do veículo junto à fabricante concedente e o valor da venda ao consumidor (margem de lucro).* Precedentes: AgRg nos EREsp. n. 529.034/RS, **Corte Especial**, Rel. Min. José Delgado, julgado em 07.06.2006; AgRg no AREsp. n. 67.356/DF, **Primeira Turma**, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 24.04.2012; REsp n. 465.822/RS, **Segunda Turma**, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 14.08.2006; REsp n. 382.680/SC, Segunda Turma, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 5.12.2005; AgRg no REsp n. 538.258/RS, Primeira Turma, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ de 3.10.2005; REsp n. 739.201/RS, Primeira Turma, relator Ministro José Delgado, DJ de 13.6.2005.

3. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008 (REsp n. 1.339.767/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 26.06.2013).

A mesma lógica foi seguida pela Corte Especial quando firmou o entendimento de que a restrição legislativa do artigo 3º, § 2º, III, da Lei n. 9.718/1998 ao conceito de faturamento (exclusão dos valores computados como receitas que tenham sido transferidos para outras pessoas jurídicas) não teve eficácia no mundo jurídico já que dependia de regulamentação administrativa e, antes da publicação dessa regulamentação, foi revogado pela Medida Provisória n. 2.158-35, de 2001. Transcrevo:

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental. Embargos de divergência. PIS e COFINS. Base de cálculo. Art. 3º, § 2º, III, da Lei n. 9.718/1998. Norma de eficácia limitada. Não-aplicabilidade. Súmula 168/STJ. Precedentes.

1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento a embargos de divergência.

2. A embargante sustenta que *“a norma em apreço teve vigência e eficácia plena, independentemente de não ter sido editada a regulamentação administrativa”*.

3. No seio das Turmas integrantes da 1ª Seção, restou firmada posição no sentido de que *“se o comando legal inserto no artigo 3º, § 2º, III, da Lei n. 9.718/1998 previa que a exclusão de crédito tributário ali prevista dependia de normas regulamentares a serem expedidas pelo Executivo, é certo que, embora vigente, não teve eficácia no mundo jurídico, já que não editado o decreto regulamentador, a citada norma foi expressamente revogada com a edição de MP 1991-18/2000”* (AgRg no Ag 596.818/PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 28.02.2005).

4. Conforme posicionamento exarado pelo colendo STF (MI n. 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.11.1996), as normas de eficácia limitada são aquelas

que apresentam “*aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade*”.

5. Se o comando legal inserto no art. 3º, § 2º, III, da Lei n. 9.718/1998 previa que a exclusão de crédito tributário ali prevista dependia de normas regulamentares a serem expedidas pelo Executivo, é certo que, embora vigente, não teve eficácia no mundo jurídico, já que não editado o decreto regulamentador, a citada norma foi expressamente revogada com a edição de MP n. 1.991-18/2000. Não comete violação do art. 97, IV, do CTN o decisório que em decorrência desse fato não reconhece o direito de o recorrente proceder à compensação dos valores que entende ter pago a mais a título de contribuição para o PIS e a COFINS.

6. *In casu*, o legislador não pretendeu a aplicação imediata e genérica da lei sem que lhe fossem dados outros contornos como pretende a recorrente, caso contrário, não teria limitado seu poder de abrangência. Precedentes desta Corte Superior.

7. Incidência do teor da Súmula 168/STJ: “*Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado*”.

8. Agravo regimental não-provido (AgRg nos EREsp. n. 529.034/RS, Corte Especial, Rel. Min. José Delgado, julgado em 07.06.2006).

O ***fundamento determinante*** de todos esses precedentes vinculantes é o de que *os contratos firmados pelas pessoas jurídicas contribuintes não podem retirar da base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS parcela de seu faturamento ou receita a pretexto de haver retenção desses valores pela outra parte contratante antes do seu ingresso no caixa da empresa contribuinte. Para haver essa exclusão é preciso lei federal específica*. Assim na letra do art. 123, do CTN:

Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

O CPC/2015 estabelece em seu art. 926 que é dever dos tribunais uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. A integridade e coerência da jurisprudência exigem que os efeitos vinculante e persuasivo dos fundamentos determinantes (arts. 489, § 1º, V; 927, § 1º; 979, § 2º; 1.038, § 3º) sejam empregados para além dos processos que enfrentam a mesma questão, abarcando também processos que enfrentam questões outras, mas onde os mesmos fundamentos determinantes possam ser aplicados. Tal o caso destes autos.

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

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.524.930-RS (2015/0076383-9)

Relator: Ministro Og Fernandes

Recorrente: Conselho Regional de Enfermagem do Rio Grande do Sul -
COREN/RS

Advogado: Ramiro Baptista Kalil e outro(s) - RS085897

Recorrido: Carmem Terezinha Branco Freitas

Advogado: Sem Representação nos Autos - SE000000M

EMENTA

Tributário e Processual Civil. Recurso especial. Art. 535 do CPC/1973. Ofensa genérica. Súmula 284/STF. Execução fiscal. Conselho profissional. Anuidades. Valor da execução. Art. 8º da Lei n. 12.514/2011. Prescrição. Termo inicial. Alcance do valor mínimo para execução.

1. É deficiente a fundamentação do recurso especial em que a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC/1973 se faz de forma genérica, sem a precisa demonstração de omissão (Súmula 284 do STF).

2. Esta Corte, interpretando o art. 8º da Lei n. 12.514/2011, consolidou o entendimento de que no valor correspondente a quatro anuidades no ano do ajuizamento computam-se, inclusive, as multas, juros e correção monetária, e não apenas a quantidade de parcelas em atraso.

3. O processamento da execução fiscal fica desautorizado somente quando os débitos exequendos correspondam a menos de 4 vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente, tomando-se como parâmetro para definir este piso o valor da anuidade referente ao ano de ajuizamento, bem como os

encargos legais (multa, juros e correção monetária). No caso dos autos, a ação fiscal foi ajuizada em 2013, quando já em vigor a Lei n. 12.514/2011, assim, aplicável a limitação acima descrita.

4. As anuidades pagas aos conselhos profissionais possuem natureza tributária, o que, em tese, admitiria o dia seguinte ao vencimento da obrigação como sendo o termo inicial da prescrição.

5. No entanto, considerando a limitação de valor mínimo para fins de execução criada pela Lei n. 12.514/2011, para o ajuizamento da execução, o prazo prescricional dever ter início somente quando o crédito se tornar exequível, ou seja, quando o total da dívida inscrita, acrescida dos respectivos consectários legais, atingir o patamar mínimo exigido pela norma.

6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido para afastar a ocorrência da prescrição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães (Presidente), Francisco Falcão e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2017 (data do julgamento).

Ministra Assusete Magalhães, Presidente

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 8.2.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de recurso especial interposto pelo Conselho Regional de Enfermagem do Rio Grande do Sul - COREN/RS, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do inciso III do art. 105 da CF/1988, contra acórdão do TRF da 4ª Região, assim ementado (e-STJ, fl. 88):

Tributário. Execução fiscal. Anuidades. Conselho de fiscalização profissional. COREN. Anuidade pessoa física. Fato gerador. Registro. Prescrição. Artigo 174 do CTN. Interesse de agir. Valor da execução. Artigo 8º da Lei n. 12.514/2011.

1. O fato gerador da contribuição paga aos Conselhos de Fiscalização Profissional é o efetivo exercício da atividade sujeita a registro, e não a inscrição propriamente dita. Assim, ainda que haja a inscrição em Conselho, não havendo prestação de atividade, não há falar em pagamento de anuidade.

2. Prescreve em cinco anos a ação para cobrança das anuidades devidas aos conselhos de classe profissional, a contar da data de sua constituição, que, no caso, teve por marco inicial do lapso prescricional o vencimento da anuidade, de acordo com o art. 174 do CTN.

3. Com o advento da Lei n. 12.514/2011, foi estabelecido um valor mínimo para a execução de dívidas referentes à anuidades (art. 8º), regra que se aplica ao caso dos autos, uma vez que a execução foi ajuizada em momento posterior ao início da vigência da lei referida.

4. Mantida a extinção da execução, ainda que por fundamento diverso.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

Alega o recorrente, além de dissídio jurisprudencial, a existência de violação dos arts. 535 do CPC; 174 do CTN; 7º, 8º, 12 e 13 da Lei n. 7.498/1986 e 8º da Lei n. 12.514/2011. Defende, em suma, que, “nos termos do artigo 174, parágrafo único, inciso I, do CTN, bem como no artigo 8º, § 2º da LEF, a prescrição se interrompe com o despacho que determina a citação”.

Aduz, ainda, que, “no caso dos conselhos profissionais, a pretensão de cobrança judicial, por força do artigo 8º da Lei n. 12.514/2011, somente nasce com 4 anuidades, visto que os Conselhos estão legalmente proibidos de cobrar valores inferiores a 4 anuidades” (e-STJ, fl. 130).

Sustenta, por fim, que, “se não pode ingressar com a ação antes de se possuir 4 anuidades em aberto, não há pretensão jurídica que possibilite a contagem prescricional”, e que, por essa razão, “no presente caso, somente em 2012, quando 4 anuidades já se perfectibilizaram, é que se pode iniciar a contagem do prazo prescricional da anuidade de 2008” (e-STJ, fl. 130).

Desse modo, pugna para que seja reconhecida a inexistência da prescrição.

Sem contrarrazões, conforme certidão de e-STJ, fl. 163.

Admitido o recurso especial na origem (e-STJ, fl. 166), subiram os autos a esta Corte de Justiça.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): A parte recorrente alega, no presente recurso especial, violação do art. 535, II, do CPC/1973.

No entanto, a análise da via excepcional, nessa parte, denota que a recorrente não logrou êxito em demonstrar objetivamente os pontos omitidos pelo acórdão recorrido, individualizando o erro, a obscuridade, a contradição ou a omissão supostamente ocorridos, bem como sua relevância para a solução da controvérsia apresentada nos autos.

Tal circunstância atrai, portanto, a incidência da Súmula 284/STF: “Inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

A propósito, os precedentes cujas ementas se seguem abaixo transcritas:

Direito Civil e Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ação civil pública. Afronta ao art. 535 do CPC não demonstrada. Súmula n. 284/STF. Negativa de prestação jurisdicional não configurada. Danos morais coletivos. Falha na prestação do serviço. Configuração. Reexame de provas. Impossibilidade. Valor da indenização. Análise do conjunto fático-probatório dos autos. Inadmissibilidade. Súmula n. 7/STJ. Decisão mantida.

1. Considera-se deficiente a fundamentação do recurso especial que alega violação do art. 535 do CPC e não demonstra, clara e objetivamente, qual ponto omissivo, contraditório ou obscuro do acórdão recorrido não foi sanado no julgamento dos embargos de declaração. Incidência da Súmula n. 284 do STF.

[...]

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 706.335/RJ, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 24.5.2016, DJe 30.5.2016)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Violação do artigo 535 do CPC/1973. Súmula n. 284/STF. Falta de prequestionamento. Súmula n. 282/STF. Apelação. Efeito suspensivo. Reexame de fatos. Súmula n. 7/STJ.

1. O recurso especial que indica violação do artigo 535 do Código de Processo Civil de 1973, mas traz somente alegação genérica de negativa de prestação jurisdicional, é deficiente em sua fundamentação, o que atrai o óbice da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal.

[...]

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 744.728/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 10.5.2016, DJe 16.5.2016)

Quanto ao mérito, tem-se que a controvérsia travada nos presentes autos abrange os efeitos da aplicação do art. 8º da Lei n. 12.514/2011 (“Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente”), para fins de prazo prescricional da pretensão executiva tributária.

Esta Corte consolidou o entendimento de que no valor correspondente a 4 anuidades no ano do ajuizamento computam-se, inclusive, as multas, juros e correção monetária, e não apenas a quantidade de parcelas em atraso. Assim, o processamento da execução fiscal fica desautorizado somente quando os débitos exequendos correspondam a menos de 4 vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente, tomando-se como parâmetro para definir este piso o valor da anuidade referente ao ano de ajuizamento, bem como os encargos legais (multa, juros e correção monetária).

No caso dos autos, a ação fiscal foi ajuizada em 2013, quando já em vigor a Lei n. 12.514/2011, assim, aplicável a limitação acima descrita.

Resta saber, no entanto, se a prescrição tributária teria surgido a partir do vencimento de cada anuidade não impugnada, ou somente com a consolidação do valor correspondente a quatro anuidades.

A instância *a quo*, ao analisar essa controvérsia, julgou extinta a execução por entender esgotado o prazo prescricional, já que esse teria se iniciado com o vencimento de cada anuidade não impugnada. Confira-se (e-STJ, fls. 86/87):

[...] considerando-se que o ajuizamento da execução fiscal data de 30.01.2013, com despacho que ordena a citação, datado de 06.05.2013 (EV 03 - DESP1), é de rigor o reconhecimento da prescrição dos créditos referentes à anuidade de 2008. Destaque-se que, em se tratando de anuidades devidas aos Conselhos, estas passam a ser plenamente exigíveis a partir de seus vencimentos na medida em que não forem pagas e nem impugnadas, incidindo, assim, o art. 174 do CTN e a Lei n. 9.873, respectivamente.

[...]

No caso, quando do ajuizamento da presente execução fiscal, em 27.03.2013, o valor da anuidade exigido da pessoa física para o ano de 2013 era de R\$ 165,00 (Resolução COFEN 435/2012, artigo 24) que, multiplicado por quatro, resulta na quantia de R\$ 660,00. Já o montante da dívida em cobrança, excluídas a anuidade prescrita e as anuidades cobradas em duplicidade é de R\$ 495,59.

Portanto, em se tratando da execução do crédito de valor inferior à soma de quatro anuidades na data da propositura da execução, a ação não atende ao valor mínimo estabelecido pelo art. 8º da Lei n. 12.514/2011, devendo ser mantida a sua extinção, ainda que por fundamento diverso.

Tal entendimento, contudo, não merece prosperar, pois, em que pese as anuidades pagas aos conselhos profissionais terem natureza de tributo, considerando a limitação de valor mínimo criada pela Lei para o ajuizamento da execução fiscal, o surgimento da prescrição e o início de sua contagem somente poderão ocorrer quando o crédito se tornar *exequível* (*exigível*), ou seja, quando o total da dívida inscrita, acrescida dos respectivos consectários legais, atingir o patamar mínimo exigido pela Lei.

De acordo com a doutrina, a prescrição - “inércia do titular de um direito subjetivo por um certo lapso de tempo definido em lei, cuja consequência jurídica é o esvaziamento da eficácia da pretensão” - tem início com o surgimento da pretensão que, por sua vez, consiste na aptidão para exigir o cumprimento de referido direito subjetivo (DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. *Curso didático de direito civil*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 248-249). Diante dessa lógica, inexistindo a pretensão, não há que se falar também em prescrição, muito menos no início de sua contagem.

Na hipótese, o art. 8º da Lei n. 12.514/2011 é categórico ao afirmar que inexistente a pretensão executória enquanto a dívida não alcançar o patamar de 4 anuidades: “Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente”.

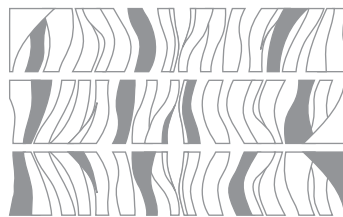
Registre-se que não se desconhece que prescrição tributária é tema cuja disciplina encontra-se reservada a lei complementar, conforme dispõe o art. 146, III, “b”, da CF/1988: “Art. 146. Cabe à lei complementar: [...] III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: [...] b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários”.

No entanto, a hipótese dos autos diz respeito a situação em que sequer surgiu a prescrição, na medida em que ainda inexistente a pretensão, ou seja, a possibilidade de exigir do Poder Judiciário provimento jurisdicional tendente à satisfação do crédito, circunstância tal que somente subsistirá quando as dívidas referentes a anuidades forem iguais ou superiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente, nos termos do art. 8º da Lei n. 12.514/2011 supramencionado.

Dito isso, tem-se que, enquanto os créditos tributários não alcançarem patamar igual ou superior a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente, não há que se falar em surgimento ou início de prescrição executória.

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, dou-lhe provimento a fim de reformar o acórdão recorrido para afastar a prescrição e determinar o prosseguimento da execução fiscal, nos termos acima delineados.

É como voto.



Segunda Seção

RECURSO ESPECIAL N. 1.138.522-SP (2009/0085837-3)

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Recorrente: Philips do Brasil Ltda

Advogados: Carina Souza Rodrigues e outro(s) - SP206601

Roberta Arantes Lopes - RJ128129

Fabio Ferraz de Arruda Leme - SP231332

Alicia Kristina Daniel Shores - RJ058463

Recorrido: Paulo Eduardo Martins Pelegrini

Advogado: João Carlos Thomazoni de Carvalho Júnior e outro(s) - SP121388

EMENTA

Direito Processual Civil. Competência. Ação de indenização. Pedido de declaração de autoria de obra intelectual cumulado com pedido de indenização por seu uso indevido. Lei n. 9.610/1998.

1. A prolação de sentença de mérito pelo juízo considerado incompetente não acarreta perda de objeto do recurso especial em que se discute a questão da competência. Com efeito, argüida a incompetência relativa por meio de recurso próprio e tempestivo, eventual acolhimento da exceção no julgamento do recurso especial acarreta a nulidade dos atos processuais decisórios e a remessa dos autos ao juízo competente.

2. O processo e julgamento de pedido de declaração de autoria de obra intelectual é definido pela regra geral de competência, ou seja, cabe ao juízo do foro do domicílio do réu. No caso, a ré é pessoa jurídica, de modo que deve ser demandada onde tem sua sede, conforme previsão do art. 94 c/c art. 100, IV, "a", do Código de Processo Civil de 1973.

3. O pedido cumulado de indenização, quando mediato e dependente do reconhecimento do pedido antecedente, não afasta a regra geral de competência do foro do domicílio do réu.

4. No caso, o pedido principal - de cujo acolhimento depende o deferimento de todos os outros -, a definir a competência para o processo e julgamento do feito, é o pedido de declaração da autoria

da obra que estaria sendo utilizada pela recorrente. Não há definição da autoria do manual eletrônico veiculado pela recorrente em seus aparelhos, nem se pode presumir que se trata da mesma obra cuja paternidade é vindicada pelo recorrido, sendo precisamente este o cerne da controvérsia a ser dirimida pelo juízo competente.

5. Recurso especial a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Villas Bôas Cueva acompanhando a Sra. Ministra Relatora, a Segunda Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Villas Bôas Cueva (voto-vista), Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Nancy Andrighi e Luis Felipe Salomão votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Vencido, em parte, quanto aos efeitos do acórdão, o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Brasília (DF), 08 de fevereiro de 2017 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

DJe 13.3.2017

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Trata-se de recurso especial interposto por Philips do Brasil Ltda com fundamento no art. 105, III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (e-STJ fl. 368):

Ação de indenização por violação de direitos autorais. Decisão que rejeitou a exceção de incompetência. Inconformismo. Incabível a aplicação da regra de competência prevista no art. 94 do CPC. Ação que funda-se na reparação de danos por violação de direito autoral. Expressão delito que é abrangente, referindo-se tanto ao ilícito civil quanto ao penal. Recurso desprovido.

A recorrente alega contrariedade do art. 535 do Código de Processo Civil, que seria decorrente, segundo argumenta, da rejeição dos embargos de

declaração que opôs. Indica, também, violação dos arts. 94 e 100, IV, “a”, do mesmo Código, ao fundamento de que o recorrido requereu, na petição inicial, fossem reconhecidos judicialmente os direitos autorais protegidos por lei e derivados de sua obra de engenharia.

Pondera que, nesse contexto, a competência para o julgamento da ação é aquela definida no art. 94 do CPC, pois o pedido principal tem natureza declaratória. Afirmar atuar na cidade de São Paulo e não ter filiais em Presidente Venceslau; além disso, a alegada utilização de produto intelectual do recorrido teria sido na sede da recorrente; por fim, a lide não versa sobre defeitos de mercadoria nem sobre outras questões típicas do Código de Defesa do Consumidor. Nem a lei, nem o bom senso, ainda segundo a recorrente, apoiariam o entendimento de que o suposto dano sofrido pelo recorrido tenha sido em seu próprio domicílio.

Invoca divergência com o acórdão da 3ª Turma, no REsp 844.119/DF da relatoria do Ministro Ari Pargendler.

O recorrido, Paulo Eduardo Martins Pelegrini, apresenta as contrarrazões de fls. 451/454. Preliminarmente, alega perda de objeto do recurso especial, uma vez que já proferida sentença na origem. No mérito, argumenta que a expressão “delito” constante do parágrafo único do art. 100 do CPC refere-se tanto ao delito de natureza civil quanto ao de natureza penal. Aponta que o entendimento do acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, citando como exemplos os julgados proferidos nos seguintes feitos: REsp 89.642/SP, REsp 429.745/SP; REsp 119.106/SP, REsp 681.007/DF, REsp 14.731/RJ, REsp 49.251/RJ; REsp 604.553/MG, REsp 56.867/MG, REsp 612.758/MG, REsp 631.218/MG, REsp 523.464/MG, REsp 318.240/AL, RSTJ 65/471, RSTJ 176/336, RT 749/336, JTJ 260/285, CC 2.129/MG, CC 17.886/RJ, CC 42.120/AM.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): Preliminarmente, observo que a prolação de sentença de mérito pelo juízo que a recorrente sustenta incompetente não acarreta perda de objeto do recurso especial. Com efeito, argüida a incompetência relativa por meio de recurso próprio e tempestivo, eventual acolhimento da exceção no julgamento do presente recurso acarreta

a nulidade dos atos processuais decisórios e a remessa dos autos ao juízo competente.

A Quarta Turma desta Corte, em acórdão de minha relatoria, já proferiu julgamento nesse sentido:

Agravo regimental. Agravo regimental. Recurso especial. Exceção de incompetência. Cláusula de eleição de foro entre concessionária e montadora de veículos. Presunção de validade. Abusividade não caracterizada. Superveniência de sentença de mérito. Perda de objeto. Não ocorrência.

1. A jurisprudência da Segunda Seção deste Superior Tribunal de Justiça encontra-se pacificada no sentido de ser válida a cláusula de eleição de foro, a qual somente pode ser afastada quando reputada ilícita em razão de especial dificuldade de acesso à justiça ou no caso de hipossuficiência da parte. Precedentes.

2. A superveniência de sentença de mérito não tem o condão de tornar prejudicado recurso especial contra acórdão em que se discute justamente a competência para o processamento e julgamento da ação.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AgRg no REsp 883.201/PE, DJe 02.06.2015).

Busca-se, assim, a preservação do interesse da parte que interpôs a exceção de incompetência, a qual visa a provimento jurisdicional necessário e útil cuja pendência obsta a formação da coisa julgada.

Entender o contrário seria negar prestação jurisdicional e deixar de examinar recurso cujas razões apontam para a invalidade da sentença que venha a ser proferida por juízo incompetente. Estar-se-ia admitindo a situação de um julgamento proferido por autoridade em tese incompetente fazer perder o objeto de recurso em que se impugna justamente a competência.

Conclui-se que, no caso, não há perda de objeto do agravo.

Presentes os requisitos de admissibilidade, passo ao exame do recurso especial.

Inicialmente, cumpre destacar que não ocorre a alegada violação do art. 535 do Código de Processo Civil.

O que se vê da leitura dos embargos de declaração (fls. 374/379) é que a recorrente pretendia novo exame de questões já apreciadas no acórdão embargado. Apresentou argumentos a fim de demonstrar sua tese de que a ação proposta pela recorrida deveria ser julgada na Comarca da Capital do Estado de

São Paulo e fez considerações sobre os arts. 94 e 100 do CPC com o objetivo de demonstrar a incompetência do Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Presidente Venceslau.

Ou seja, não foram apontados os vícios do art. 535 do CPC. Não se indicou, com precisão, ponto suscitado pelas partes e não julgado pelo acórdão embargado. Não se demonstrou contradição entre assertivas do acórdão, nem se buscou afastar alguma obscuridade. Houve apenas continuidade do debate que já estava encerrado com a prolação do acórdão embargado.

Até mesmo nas razões deste recurso especial se verifica que os argumentos para fundamentar a alegação de contrariedade do art. 535 do CPC se referem não a vícios enumerados nesse dispositivo, mas à questão de mérito, qual seja, a definição do Juízo competente para processar e julgar a ação promovida pelo recorrido, com proposições acerca da interpretação, incidência e aplicação de artigos referentes à matéria, a qual se analisa a seguir.

A doutrina diverge quanto ao que se entende por “delito” no parágrafo único do art. 100 do CPC de 1973, segundo o qual “nas ações de reparação do dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos, será competente o foro do domicílio do autor ou do local do fato”. Anoto que a regra encontra correspondência exata no inciso V do art. 53 do novo CPC, donde a atualidade da controvérsia.

Boa parte dela, diversamente do que esposado em precedentes desta Corte, entende que delito, naquele contexto, refere-se a ilícitos penais. São exemplos desse entendimento:

O delito previsto no parágrafo único do art. 100 só pode ser o penal, isto é, aquele cujo fato encerra tipicidade na lei penal. Para o ilícito civil, há a previsão do art. 100, V, *a*. (Ernane Fidélis dos Santos. *Manual de Direito Processual Civil*, Saraiva, 14ª edição, p. 236).

Também nessa linha, Celso Agrícola Barbi diz o seguinte:

O Código atual veio atender aos reclamos gerais, considerando o foro do lugar do acidente competente para a ação de reparação do dano causado por ele.

Essa competência se dará também no caso da ação para reparação do dano causado por delitos. Esta expressão legal deve ser tomada como abrangendo apenas o delito penal e não o civil; isso porque nossa legislação geralmente não usa a palavra delito quando se refere ao ilícito civil (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I, Tomo II, Forense, p. 459).

São do mesmo parecer Leonardo Greco, Eliana Barbi Botelho e Bernardo Pimentel Souza.

Comentando o art. 100, V, a, Cândido Rangel Dinamarco afirma que “na locução *forum delicti commissi* a alusão a *delito* refere-se aos delitos civis, ou seja, atos ilícitos portadores de lesão – e não, de modo específico e exclusivo, aos delitos tipificados penalmente”. Especificamente quanto ao parágrafo único, porém, diz que “falando em dano sofrido em razão de delito, por este vocábulo o parágrafo do art. 100 do Código de Processo Civil está a designar especificamente os delitos criminalmente tipificados, ou crimes. Os delitos civis em geral estão incluídos na norma do art. 100, inc. V, letra *a*, em relação à qual aquele parágrafo é uma *lex specialis* e afasta sua incidência nos casos previstos.” (*Instituições de Direito Processual Civil*, volume I, Malheiros, 2ª edição, p. 529).

Há, decerto, pensamentos em sentido contrário, como o de J. E. Carreira Alvim:

A expressão ‘delito’, constante do parágrafo único do art. 100, não tem o significado restrito de delito “penal”, compreendendo tanto os de índole penal quanto civil (*Comentários ao Código de Processo Civil Brasileiro*, Juruá, 2008, p. 281).

Em que pese a existência de opiniões diferentes, bem como o posicionamento adotado em diversos precedentes desta Corte, notadamente o EAg 783.280-RS, rel. Ministra Nancy Andrighi, 2ª Seção, DJe 19.4.2012, penso, *data maxima venia*, que entender que a alusão a “delito” constante do parágrafo único do artigo em comento refere-se a ilícitos tanto civis quanto penais significa dar demasiado elastério àquela regra de competência, esvaziando o comando do art. 100, inc. V, letra *a* do mesmo Código.

Ressalte-se, por oportuno, que ainda que se considerasse a previsão do art. 184 do Código Penal, que tipifica o crime de violação de direito autoral, não se deve centrar a presente discussão sobre a competência na idéia de delito.

É que, mesmo em se admitindo, em face dos vários precedentes deste Tribunal, e com a ressalva de meu ponto de vista em sentido contrário, a ampliação do conceito de delito a que se refere o parágrafo único do art. 100 do CPC de 1973 para abranger também os ilícitos civis, coloca-se neste processo ainda outra questão. Embora o recorrido também formule pedidos de indenização, têm-se que o objeto principal da ação é o reconhecimento da autoria de obra que alega ser sua, bem como da violação decorrente do uso dela pela ré.

Com efeito, narrou o autor, na inicial, que criou e obteve o registro na Fundação Biblioteca Nacional da obra intelectual por ele denominada Manual de Instrução Multimídia de Bens Duráveis (© Mimbdstar), a qual ofereceu à empresa ré no ano de 2003, sem aceitação da proposta. Em 2007, navegando pela Internet, descobriu que a ré havia lançado em 2005 o modelo © Mimbdstar com outro nome, “Eletronic User’s Manual em CD-rom”, inserto em televisores de plasma fabricados e distribuídos pela empresa, o qual considera, em razão de vários detalhes, tratar-se de cópia do exemplar fornecido pelo autor, por ocasião da proposta antes realizada.

O pedido de proteção da obra intelectual é formulado da seguinte maneira: “sejam reconhecidos judicialmente os direitos autorais protegidos por lei e derivados da *obra de engenharia da informação do autor*, consistente em estruturação da informação multimídia de bens duráveis em base de dados (exteriorização material da ideia estruturada através do FORMATO © Mimbdstar, de conteúdo sistêmico com roteiro predeterminado, do início ao fim), *conforme reconhecidos mediante registros dos órgãos competentes do Brasil e dos Estados Unidos da América* (docs. inclusos).” (e-STJ fl. 60, os destaques são do original). Em seguida, formulou pedidos de indenização por danos materiais e morais (e-STJ, fls. 22-63).

Não se trata, portanto, de pedido referente a fato de simples e imediata constatação. Cuida-se de fato com certa complexidade; ainda que o exame dos documentos autorize o magistrado concluir pela possível autoria da obra neles descrita, haveria a necessidade de cotejar a obra com aquela utilizada pela recorrente, inclusive com prova técnica - requerida na inicial (e-STJ fl. 62) - que poderia apurar se são idênticos os objetos ou não.

O pedido principal - de cujo acolhimento dependeria o deferimento de todos os outros -, a definir a competência para o processo e julgamento do feito, é o pedido de declaração da verdadeira autoria da obra que estaria sendo utilizada pela recorrente.

É dizer, não há definição, nestes autos, da autoria do aludido manual eletrônico veiculado pela recorrente em seus aparelhos, nem se pode evidentemente presumir que se trata da mesma obra cuja paternidade é vindicada pelo recorrido. Desse modo, seria prematuro estabelecer que a competência seria definida pelas regras referentes à reparação de danos, independentemente da discussão sobre a natureza do ilícito, se civil ou penal.

Em voto condutor no julgamento do REsp n. 844.119/DF, citado como paradigma pela recorrente, o Ministro Ari Pargendler faz interessante observação

sobre o assunto do conflito de autoria de obra intelectual, a demonstrar relevante preocupação com o exercício efetivo da ampla defesa:

A petição inicial articula quatro pedidos, o principal requerendo a declaração de que “as obras lítero-musicais ‘Carolina’, ‘Tive Razão’, ‘Gafieira S/A’, ‘Chega no suíngue’, ‘She will’ e ‘Não têm’ são de autoria de Ricardo Frias Garcia Coelho e Rodrigo Otávio de Freitas Pereira” (fl. 27).

Portanto, o objeto principal da ação – aquele que define a competência para o processamento e julgamento da causa – é o de declarar que a pessoa que se arroga na titularidade das aludidas obras delas não é o autor.

A espécie se distingue daquelas que o autor reconhecido das obras musicais sofre lesão nos seus direitos autorais.

No primeiro caso, o da ação de declaração de autoria das obras, incide a regra geral de que o réu é acionado no foro do seu domicílio, porque não se compreenderia que, demandado em qualquer parte do território nacional, tivesse que se deslocar ao foro do domicílio do autor para contestar o pedido.

No segundo, sim, prevalece o foro do local do ato ou fato que lesou os direitos autorais.

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial e de dar-lhe provimento para julgar procedente a exceção de incompetência.

O precedente foi assim ementado:

Processo Civil. Exceção de incompetência. Ação que visa à declaração de autoria de obras lítero-musicais. Se a ação visa à declaração de autoria de obras lítero-musicais, incide a regra geral de que o réu é acionado no foro do seu domicílio, porque não se compreenderia que, demandado em qualquer parte do território nacional, tivesse que se deslocar ao foro do domicílio do autor para contestar o pedido; espécie que não se confunde com aquela em que o autor reconhecido de obra musical sofre lesão nos seus direitos autorais.

Ressalte-se que esse julgado realmente diverge do acórdão recorrido; a recorrente teve o cuidado de proceder a minucioso cotejo analítico das hipóteses, com o que evidenciou a diversidade de entendimentos. Tanto no caso julgado pelo acórdão recorrido como no apreciado pelo paradigma, o autor deduziu o pedido principal de declaração de autoria da obra e, em seguida, pedido de indenização pelo seu uso indevido. Para fatos semelhantes o paradigma entendeu tratar-se de pedido de declaração de autoria de obra intelectual, definindo a incidência da regra geral do domicílio do réu.

Em voto vencido cuja conclusão considero aplicar-se ao caso ora em julgamento, proferido no acórdão da 2ª Seção no já citado EAg 783.280-RS, rel.

Ministra Nancy Andrighi, o Ministro Luis Felipe Salomão pondera o seguinte a respeito da competência e sua relação com os pedidos formulados na inicial:

(...), a competência, de regra, é a do foro comum do domicílio do réu, nas ações fundadas em direito pessoal e real sobre bens móveis. Isso atende princípios de ordem ética e moral, afastando eventual insegurança jurídica nas relações litigiosas, ao deixar a eleição do foro ao alvitre do autor para benefício próprio, em detrimento do réu.

Principalmente porque, no momento da propositura da demanda, há incerteza quanto ao direito pretendido.

(...) o pedido de indenização decorre de atos de violação de um direito de propriedade industrial, sendo, portanto, um apêndice da causa de pedir que dá sustento às ações dessa natureza, em que se deduz a necessidade de reconhecer, primeiramente, o ato ilícito violador, para, depois, verificar a existência ou não de danos (prejuízos) a ressarcir.

Portanto, nesse tipo de demanda há *“uma cumulação de pedidos interligados, denominada subsidiária sucessiva, quando a apreciação do segundo pedido depende do acolhimento do primeiro”*, entendimento esse exarado por Jorge Luiz Souto Maior. Petição Inicial no Processo Civil. São Paulo: LTr, 1997, p. 126.

E conclui:

Portanto, penso ser inaplicável a regra contida no art. 100, V, “a” e parágrafo único, do CPC, pois o pedido cumulado de indenização, por ser mediato e dependente do reconhecimento do pedido que lhe antecipa (de cessação do ilícito e violação do direito de propriedade), não teria o condão de modificar ou mitigar a regra geral de competência comum do artigo 94 do CPC.

E no caso concreto há mesmo incerteza quanto à autoria da obra intelectual, o que só se resolveria, ao meu ver, com prova pericial. Somente uma análise técnica poderia ensejar a conclusão de que o componente lógico empregado nos equipamentos da recorrente é mesmo de autoria do recorrido.

O entendimento contrário, prevalecente na oportunidade na 2ª Seção (EAg 783.280-RS), implica, data maxima vênia, a antecipação, para a fase de definição da competência, de um juízo de mérito, a respeito da prática do ato ilícito alegado na inicial - seja ele civil ou penal - por parte do réu, elemento este que seria o justificador da regra excepcional de competência do parágrafo único do art. 100 do CPC/1973. Isso fica bem claro da citação que a eminente Relatora faz de precedente da 3ª Turma, então invocado como paradigma, e cujo entendimento prevaleceu por voto de desempate do Presidente da Seção, Ministro Massami Uyeda:

A inobservância do direito à utilização exclusiva de uma marca pelo respectivo titular (*caso venha a ser efetivamente reconhecida neste processo*), configura, como bem observado pelo recorrente em suas razões, não apenas um ilícito de natureza civil, como também um delito penal. (...) o direito de escolha do foro para a propositura da ação de reparação de dano decorrente de delito não depende do seu prévio reconhecimento em processo criminal. Isso porque o art. 100, parágrafo único, do CPC, abrange tanto as hipóteses de delito civil, como criminal.

Por outro lado, entendo, além disso, que o acórdão majoritário do EAg 783.280-RS não tornou superado o entendimento adotado pela 3ª Turma no REsp n. 844.119-DF ora invocado como paradigma.

Com efeito, o precedente da Seção cuidou de ação de indenização cumulada com pedido de abstenção da prática de concorrência desleal pelo uso ilícito de marca.

O direito à marca é constituído pelo registro da propriedade intelectual no INPI e tem natureza real, sendo oponível *erga omnes* (Lei n. 9.279/1996, art. 5º). Dessa forma, se o titular reconhecido de determinada marca alega sofrer ofensa em seu direito de propriedade, mesmo que não configurado o crime previsto no art. 189 da Lei de Propriedade Industrial, mas apenas o ilícito civil decorrente da ofensa ao direito estabelecido no art. 128 da mesma lei, aplica-se, segundo o precedente da Seção, a regra específica de competência do parágrafo único do art. 100 do CPC de 1973.

O direito autoral, por sua vez, tem natureza e disciplina legal diversa da propriedade industrial.

O caso ora em exame cuida de discussão a propósito de direito autoral. A autor se diz titular de direito autoral sobre manual eletrônico inserido em televisores fabricados pela ré. Alega que registrou o “Manual de Instrução Multimídia de Bens Duráveis (© Mimbdstar)” na Biblioteca Nacional. Afirma que o “Eletronic User’s Manual em CD-rom” utilizado pela ré é cópia do manual por ele criado, o que pretende comprovar por meio de perícia.

Ocorre que, ao contrário do que sucede com o registro de marca ou patente no INPI, o registro na Biblioteca Nacional não é precedido do exame da novidade ou da originalidade e nem se sujeita ao rito legal de oposição por parte de possíveis titulares do direito invocado.

O direito autoral não depende de registro, é certo (Lei n. 9.610/1998, art. 18), mas, por outro lado, não possui as características legais da propriedade industrial (Lei n. 9.279/1996).

Ressalte-se que “o direito autoral, ao contrário do industrial, não protege a ideia por ela mesma, mas pela forma com que se apresenta” (Fábio Ulhôa Coelho, Curso de Direito Civil, volume 4, Saraiva, 6ª edição, p. 272). Desse modo, “no campo da obra artística, literária ou científica, os interesses do autor são tutelados relativamente à forma adotada para a expressão da idéia, mas não quanto ao seu ‘conteúdo’” (idem).

No caso, a própria autoria da obra intelectual é matéria controvertida. Se o autor pretende ser reconhecido como titular de obra utilizada por terceiro, não se pode afirmar - salvo após o julgamento por sentença de mérito - a existência sequer do ilícito civil, o qual seria o pressuposto para a incidência da regra especial de competência do parágrafo único do art. 100 do CPC de 1973. Diversamente, se há marca ou patente registrada em nome do autor no INPI, mesmo que se discuta a ocorrência de ilicitude, ou não, em seu uso pelo réu, o entendimento majoritário da 2ª Seção no EAg 783.280-RS conduz à incidência da regra do parágrafo único do art. 100 do CPC de 1973.

Conferir ao mencionado precedente da 2ª Seção tal elastério, de modo a compelir os detentores de quaisquer de obras intelectuais contestadas a defender-se no foro de quem quer que se arrogue a real titularidade da obra, significaria, ao meu sentir, completa inversão da regra geral de competência do art. 94 do Código de 1973 (correspondente ao art. 46 do Código de 2015).

Com efeito, admitir que a alusão a “delito” constante do artigo em comento refere-se a ilícitos tanto penais quanto civis - como, é certo, já o entende a jurisprudência predominante da Seção -, mas, alargando o entendimento da Seção, também às situações em que controvertida a própria existência do fato ilícito civil (no caso, a própria titularidade do direito autoral invocado), significaria dar demasiado elastério àquela regra de competência, a ponto de a tornar a regra geral de competência em matéria civil. Teríamos uma regra de competência para o ilícito contratual; tratando-se de culpa aquiliana, porém, o foro do domicílio do autor seria sempre o competente, seja o caso de acidente de trânsito previsto na regra especial de competência, seja qualquer outro alegado ilícito absoluto, o que não parece ser a *mens legis*.

Delito, aliás, pode ser conceituado como ação ou omissão contrária ao direito. Nesse sentido, até mesmo o ilícito contratual poderia ser considerado delito, interpretação que não fica muito distante daquela que admite tanto o ilícito civil quanto o penal no texto do parágrafo único do artigo em comento.

Deve-se lembrar, também, que, ao contrário do direito penal, em que os delitos têm previsão *numerus clausus*, a conduta delituosa civil não tem tipificação

específica, de modo que uma enormidade de comportamentos poderia atrair a incidência do art. 100, V, parágrafo único.

Como princípio geral de hermenêutica, não se pode ampliar o alcance da exceção a ponto desta se tornar mais abrangente que a própria regra. E, ainda, a regra excepcional deve ser interpretada restritivamente. Em variadas hipóteses, mas seguindo essa linha principiológica, tem-se:

Processual Civil. Regra de exceção. Prazo em dobro para atuar em juízo. Defensoria Pública. LC n. 80/1994. Interpretação restritiva. Norma de exceção. Estendível à esfera administrativa. Impossibilidade.

(...)

3. As prerrogativas processuais, exatamente porque se constituem em regras de exceção, são interpretadas restritivamente.

4. “O Código Civil explicitamente consolidou o preceito clássico - ‘*Exceptiones sunt strictissimae interpretationis*’ (“interpretam-se as exceções estritissimamente”, no art. 6º da antiga Introdução, assim concebido: “A lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica” (...)) As disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o Direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente. Os contemporâneos preferem encontrar o fundamento desse preceito no fato de se acharem preponderantemente do lado do princípio geral as forças sociais que influem na aplicação de toda regra positiva, como sejam os fatores sociológicos, a Werturteil dos tedescos, e outras. (...)” (Carlos Maximiliano, *in* “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, Forense, p. 184/193).

5. Aliás, a jurisprudência do E. STJ, encontra-se em sintonia com o entendimento de que as normas legais que instituem regras de exceção não admitem interpretação extensiva. (REsp 806.027/PE; Rel. Min. *Francisco Peçanha Martins*, DJ de 09.05.2006; REsp 728.753/RJ, Rel. Min. *João Otávio de Noronha*, DJ de 20.03.2006; REsp 734.450/RJ, deste relator, DJ de 13.02.2006; REsp 644.733/SC; Rel. Min. *Francisco Falcão*, Rel. p/ acórdão, este relator, DJ de 28.11.2005)

(...)

(REsp 829.726/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 29.06.2006, DJ 27.11.2006, p. 254)

Recurso especial. Administrativo. Conselho Regional de Enfermagem. Competência de fiscalização. Enfermeiros militares. Interpretação restritiva das regras de exceção. Recurso desprovido.

(...)

10. “As disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o Direito

comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente" (MAXIMILIANO, Carlos. ob. cit., pp. 225/227).

(...)

13. Recurso especial desprovido.

(REsp 853.086/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 25.11.2008, DJe 12.02.2009)

Nesse contexto, ao meu sentir, ainda que se dê à palavra delito a abrangência conferida por precedentes desta Corte Superior - fato é que a pretensão indenizatória não é o objeto principal da ação, o que permite concluir que não incidem sobre o caso nem as alíneas do inciso V do art. 100 do CPC de 1973, nem seu parágrafo único.

Tenha-se em vista que a questão mesma da autoria está *sub judice*. Admitir a existência de um ilícito civil consistente no uso não autorizado de *software* significaria admitir como verdadeira a autoria alegada na inicial, muito embora tenha havido contestação sobre isso. Nem mesmo o registro na Biblioteca Nacional desautoriza essa conclusão, pois não se pode presumir que o programa utilizado pela recorrente seja aquele concebido pelo recorrido. Em sua contestação, aliás, a recorrente afirma que a ideia cuja autoria é reclamada pelo recorrido é apenas de transformar manuais impressos em manuais eletrônicos, o que não ensejaria a proteção da Lei de Direitos Autorais. Anote-se o que a doutrina afirma sobre o objeto da proteção dos direitos autorais:

Existe, de fato, clara relação entre, de um lado, o direito da propriedade intelectual e, de outro, o prestígio a certas ideias de utilidade ou proveito generalizado. Isso não significa, porém, que tais ideias sejam sempre o objeto da tutela jurídica. Pelo contrário, *o ramo do direito da propriedade intelectual aqui em foco - o direito autoral - não protege o conteúdo da ideia (ela em si mesma, por assim dizer), mas unicamente a forma pela qual se exterioriza e é difundida. No campo do direito industrial, a equação é invertida, protegendo-se a ideia e não sua forma (...)*

No direito autoral é diferente; nele se protege só a forma. Quem primeiro tiver revestido uma ideia (nova ou antiga) por certa forma, divulgando-a, será considerado o seu autor. Sem autorização dele, ninguém mais poderá adotar como se sua fosse a mesma forma para aquela ideia. Desse modo, não estaria lesando nenhum direito de autor de Chico Buarque de Holanda quem compusesse música falando do suicídio do operário de construção civil na obra em que trabalha, desde que não utilize nenhum trecho da melodia ou da letra de *Construção*. Outro exemplo: pode-se criar uma história em quadrinhos centrada num grupo de crianças crescendo em meio urbano sem ofender os direitos de Charles Schulz (autor das

tirinhas de *Charlie Brown* ou de Maurício de Souza (*Turma da Mônica*), até mesmo se um dos personagens for um menino sujo; desde que não se copie o traço dos personagens Pigpen ou Cascão, nem se reproduza a *forma* dos desenhos e textos, não há lesão ao direito de autor. Mais um exemplo: qualquer arquiteto pode projetar um edifício com arcos - essa ideia não é de ninguém; mas os arcos não podem ter a forma característica dos que embelezam a fachada do Palácio da Alvorada, por serem esses criação de Oscar Niemayer.

(*Fábio Ulhôa Coelho*, Curso de Direito Civil, volume 4, p. 289, grifo não constante do original)

O tema é referente ao mérito da ação e será discutido no momento oportuno. Importante, por ora, é destacar que há discussão importante a ser resolvida antes de se discutir eventual direito a indenização; sobre as alegações do recorrido o recorrente apresentou contestação com argumentos igualmente razoáveis, inclusive na linha de que seu produto apresenta forma diferente.

Aplica-se, então, a regra geral, devendo a ação ser proposta no foro domicílio do réu e, especificamente, no lugar onde está a sede da pessoa jurídica.

Não bastassem essas considerações, tem-se que o recorrido alegou, e assim foi admitido pelo acórdão, que a competência é estabelecida pelo lugar do ato ou fato. Mas o ato a ser apurado é a alegada violação de direito autoral, que consistiria justamente no uso de manuais eletrônicos nos aparelhos fabricados pela recorrente. Não se vê, todavia, como esse ato teria sido praticado no lugar do domicílio do autor/recorrido. Não consta que os aparelhos tenham sido fabricados na Comarca de Presidente Venceslau, nem que lá tenham sido inseridos os manuais eletrônicos, nem, ainda, que lá seja a sede ou situem-se filiais da recorrente.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso especial a fim de acolher a exceção de incompetência ajuizada pela recorrente, anulando a sentença e o acórdão recorrido, ficando ao critério do Juízo competente o aproveitamento dos atos já praticados.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Eminentes Colegas, pedi vista dos autos na sessão de 22 de junho de 2016 para melhor examinar a controvérsia acerca da competência para julgamento da presente demanda.

Relembro que, na origem, foi ajuizada pelo recorrido ação de indenização por violação de direitos autorais, tendo a ré apresentado exceção de incompetência, alegando que a ação principal foi ajuizada na Comarca de Venceslau, domicílio do autor, com base no art. 100, V, “a”, do CPC, mas eventual utilização da ideia dos manuais eletrônicos teria ocorrido na sede da recorrida e a pretensão central é declaratória, razão pela qual deve ser aplicada a regra do art. 94 do CPC, equivocando-se o autor no tocante à definição de delito.

Analisando detidamente os autos e os argumentos trazidos pelas partes, em especial a minuciosa diferenciação apresentada pela ilustre relatora entre a situação dos autos e o julgamento do EAg 732.280/RS, acompanho o voto da Ministra Maria Isabel Gallotti, concluindo pela aplicação da regra do art. 94 do CPC.

Peço vênia, porém, para divergir da relatora quanto aos efeitos do acolhimento da exceção de incompetência.

Destaco, inicialmente, três aspectos importantes do presente caso:

(I) estamos julgando um recurso especial interposto nos autos de uma exceção de incompetência que ingressou nesta Corte em 2009;

(II) em 2013, foi distribuído a esta Corte o AREsp 426.681/SP, no qual se discute o mérito da ação e, atualmente, aguarda julgamento de agravo regimental interposto contra decisão da Presidência do STJ que não conheceu do agravo por aplicação da Súmula 115/STJ;

(III) discute-se, no presente caso, competência territorial, que tem natureza relativa.

A minha divergência situa-se em torno da determinação de anulação de todos os atos decisórios praticados, no atual estágio da demanda, que não me parece ser a melhor solução na espécie.

Essa delicada questão processual já foi enfrentada por esta Corte em outras oportunidades.

A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgando o REsp 355.099/PR, deu provimento ao recurso para acolher a exceção de incompetência arguida pela União. Em sede de embargos de declaração, a Turma analisou exatamente a questão da ocorrência de nulidade ou não dos atos decisórios até então praticados pelo juízo incompetente, concluindo pela não anulação dos atos processuais, em acórdão assim ementado:

Processual Civil. Embargos de declaração no recurso especial. Omissão e contradição. Ocorrência. Incompetência relativa. Não-nulidade dos atos decisórios.

1. *Em se tratando de incompetência territorial, como é o caso examinado, de natureza relativa, não há falar em anulação dos atos processuais decisórios e não-decisórios. O juízo declarado competente receberá os autos para prosseguir com os demais atos processuais, reconhecendo-se válidos todos os anteriores praticados pelo juiz reconhecido como relativamente incompetente.*

2. Embargos de declaração acolhidos para afirmar a competência do juízo de Brasília para funcionar no feito e considerar válidos todos os atos decisórios e não-decisórios já praticados, cabendo-lhe, apenas, prosseguir com o processo. (EDcl no REsp 355.099/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 18.08.2008)

Extrai-se do voto condutor do acórdão o seguinte excerto, evidenciando a similitude dos fatos com o caso ora julgado:

O panorama dos autos revela que o Município de Maringá ajuizou ação revisional do saldo devedor relativo ao negócio jurídico bilateral de confissão e renegociação de dívidas celebrada com a União, para o fim de permitir o reescalonamento de seus débitos públicos.

A referida ação foi proposta no foro da Justiça Federal sediada em Maringá, Estado do Paraná, contra a União Federal e a Caixa Econômica Federal.

Após terem o Juízo Federal de primeiro grau sentenciado (fls. 378/419) e o Tribunal Regional Federal (fls. 426/444) decidido o recurso de apelação por sua Turma, dando ganho de causa ao Município de Maringá, foi apreciada, em grau de recurso especial, por esta Turma, a exceção de incompetência, oportunidade em que se reconheceu ser o Juízo Federal de Brasília o competente para o feito.

Acrescento que, conforme informa a Caixa Econômica Federal, o mérito da ação principal está, ainda, em julgamento no Tribunal Regional Federal (fl. 496).

Diante do quadro processual acima descrito, resta indagar se a decisão embargada tratou de exceção de incompetência relativa ou de exceção de incompetência absoluta?

Como demonstrado, o acórdão embargado reconheceu que a ação de revisão é da competência da Justiça Federal. Apenas, não podia ter sido intentada na Justiça Federal sediada em Maringá, porém, na Justiça Federal sediada em Brasília, em face da cláusula expressa no contrato onde houve eleição do foro.

Não há dúvida, portanto, de que a competência tratada é de natureza territorial, competência essa, como sabido, de natureza relativa.

No trato da competência de natureza relativa, doutrina e jurisprudência assumem posicionamento harmônico no sentido de que, quando do seu reconhecimento, não são considerados nulos os atos praticados, inclusive os decisórios, pelo juiz considerado relativamente incompetente.

Conferido deve ser o afirmado nos julgados seguintes:

a) AgRg e CC n. 39.340/SP, relatado pela Min. Nancy Andrighi:

Por último, em observância ao disposto no art. 182 do CPC, impõe-se confirmar a validade dos atos praticados pelo juízo de direito da 3ª Vara Cível de Vitória-ES.

Primeiro, porque as ações versam sobre equipamentos hospitalares e a declaração de invalidade dos atos praticados pela juíza capixaba poderá ocasionar danos irreversíveis aos pacientes necessitados de tais equipamentos.

Segundo, porque não se está diante de competência absoluta, na qual a nulidade dos atos decisórios praticados pelo juízo incompetente decorre da lei (§ 2º do art. 113 do CPC).

b) Na RSTJ, vol. 68, p. 64, publica-se acórdão onde está afirmado que “a simples declaração de incompetência relativa não resulta automática declaração de nulidade dos atos”;

c) Celso Agrícola Barbi, no seu “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. I, Forense, 1999, p. 379, doutrina que:

Se houve prática de ato igual nos dois juízos, é natural que se anule o realizado no juízo incompetente, prevalecendo o que foi feito no juízo competente. Mas se só aquele praticou vários atos, de natureza diversa, devem ser considerados válidos; excluir-se-ao, evidentemente, os de natureza decisória, se a competência era absoluta. Mas, se relativa, mesmo os decisórios não devem ser anulados.”

Diante do exposto, há entendimento firme no sentido de que a incompetência absoluta gera a nulidade somente dos atos decisórios.

Em se tratando de incompetência territorial, como é o caso examinado, cuja natureza é relativa, não há se anular atos processuais decisórios e não-decisórios. O juízo declarado competente receberá os autos para prosseguir com os demais atos processuais, reconhecendo-se válidos todos os anteriores praticados pelo juiz reconhecido como relativamente incompetente.

Esclareço que, na situação examinada, o Min. Luiz Fux reconheceu expressamente que a incompetência era relativa. Eis o que afirmou em seu voto-vista:

Destarte, uma vez caracterizado a modificação da competência relativa, em decorrência da manifestação das partes, perpetuou-se a competência definitiva no juízo federal do Distrito Federal [...].

É também de se ter em consideração que a sentença proferida em primeiro grau já foi confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, e o julgado encontra-se em ambiente de embargos infringentes.

Ao se declarar a nulidade de todos os atos processuais, conforme acena o decisório embargado, acaba-se por, também, anular o acórdão proferido pelo Tribunal da 1ª Região, cuja competência não está sendo discutida.

Os efeitos do aresto embargado são no sentido de que, reconhecida a competência do Juízo de Brasília a ser assumida após os autos da ação principal terem sido enviados pelo Tribunal, à época em que for ultimado o julgamento dos embargos infringentes que pesam sobre a ação principal, há de se prosseguir à prática dos atos posteriores, como de direito.

Isso posto, conheço dos embargos e dou-lhes provimento para afirmar a competência do juízo de Brasília para funcionar no feito, conforme já reconheci, e considerar válidos todos os atos decisórios e não-decisórios já praticados, cabendo-lhe, apenas, prosseguir com o processo.

Enfim, as duas situações são similares, merecendo a mesma solução jurídica.

Por isso, acompanho o voto da eminente relatora no sentido de dar provimento ao recurso para acolher a exceção de incompetência, divergindo, porém, no ponto relativo à anulação dos atos praticados.

É o voto.

ADITAMENTO AO VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: cumprimento o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino pelo cuidadoso voto, inspirado no ideal de preservação dos atos processuais e na rápida solução do litígio.

Peço vênias, todavia, para reiterar o meu voto, no sentido da anulação dos atos decisórios praticados pelo Juiz incompetente.

É certo que a incompetência relativa, ao contrário da absoluta, é sanada, bastando para tanto que não haja exceção de competência tempestiva.

Mas se a incompetência relativa é argüida por exceção tempestiva, eventual sentença porventura proferida antes da solução final do incidente fica com a eficácia condicionada ao seu desfecho.

Nesse sentido, os seguintes acórdãos que trataram especificamente de sentença proferida antes do desfecho da exceção de incompetência em razão do território:

Competência. Financiamento. Cédula de crédito industrial e nota promissória. Ação de anulação de negócio jurídico. Relação de consumo. Sentença. Ausência de apelação. Agravo de instrumento pendente de julgamento. Inexistência de coisa julgada.

- A interposição de agravo de instrumento impede a preclusão da decisão impugnada, ficando a eficácia da sentença condicionada ao desprovemento daquele recurso. Situação peculiar à espécie.

- Não é de ser tida como consumidora a entidade empresarial que toma emprestada vultuosa quantia junto a instituição financeira, para o fim de instalar um parque industrial em Brasília-DF.

Recurso conhecido, em parte, mas negado provimento. (REsp 258.780, DJU 15.12.2003, relator ministro Barros Monteiro)

Recurso especial. Embargos à execução. Ação ordinária desconstitutiva. Nulidade do título executivo. Coisa julgada material. Condicionamento. Agravo de instrumento. Confirmação da incompetência relativa do Juízo por este Superior Tribunal de Justiça e da nulidade da decisão que teria alcançado o trânsito em julgado. Necessidade de manutenção da congruência entre os julgados. Recurso especial provido. (REsp 525.801, DJe 22.03.2011, relator ministro Paulo de Tarso Sanseverino)

Lembro também os seguintes precedentes:

Processo Civil. Agravo de Instrumento. A sentença proferida durante o processamento do agravo de instrumento cede ao que for decidido neste, ainda que o recurso tenha sido recebido no efeito meramente devolutivo. Recurso especial conhecido e provido (REsp 167.218-RS, relator Ministro Ari Pargendler)

Agravo. Sentença. Ausência de recurso.

A interposição do agravo impede a preclusão da decisão impugnada, ficando a eficácia dos demais atos, que a ela se vinculem, condicionada ao resultado do seu julgamento. Não estando preclusa a decisão, cujo conteúdo condiciona a sentença, o provimento do agravo levará a que seja desconstituída. (REsp 141.165-SP, relator Ministro Eduardo Ribeiro, DJ1.8.2000)

Ressalto que, na linha desses precedentes, sequer a ausência de interposição de recurso contra a sentença proferida antes do julgamento final do agravo

de instrumento impede seja ela invalidada em face da reforma da decisão interlocutória agravada.

No caso ora em apreciação não houve trânsito em julgado da sentença proferida pelo Juíz excepto.

Observo que a solução alvitrada pelo voto divergente, na hipótese em exame, privaria de efeito o julgamento do presente recurso especial, negando a prestação jurisdicional ao réu que oportunamente argüíra a exceção, uma vez que já proferida sentença pelo Juízo cuja competência fora excepcionada.

Indago, por fim, se competiria ao Juiz que ora é proclamado como competente processar eventual execução de sentença prolatada pelo Juízo tido como incompetente.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Pedi vista dos autos para melhor exame da matéria em debate.

Relembro que trata-se, na origem, de ação de indenização por violação de direitos autorais ajuizada pelo recorrido no seu domicílio, com base no art. 100, V, “a”, do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973). A ré, ora recorrente, apresentou exceção de incompetência, a qual foi acolhida pela Ministra Maria Isabel Gallotti sob o entendimento de que a análise do pedido de reparação de danos pressupõe o anterior acolhimento do pedido declaratório de reconhecimento de autoria da obra, objeto principal da lide. Nesse contexto, a competência deve ser definida levando-se em conta o pedido principal, de índole declaratória, de modo que deve incidir a regra geral do art. 94 do CPC/1973, conforme precedente da Terceira Turma, REsp n. 884.119/DF, com a anulação dos atos decisórios praticados pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Presidente Venceslau/SP.

Outro fundamento apontado pela Relatora para amparar sua conclusão foi a impropriedade de o autor propor a ação na comarca do seu domicílio, invocando a regra do art. 100, V, “a”, do CPC/1973, segundo a qual a ação de reparação de danos deve ser proposta no lugar do ato ou fato, quando “Não se vê, todavia, como esse ato teria sido praticado no lugar do domicílio do autor/recorrido. Não consta que os aparelhos tenham sido fabricados na Comarca de Presidente Venceslau, nem que lá tenham sido inseridos os manuais eletrônicos, nem, ainda, que lá seja a sede ou situem-se filiais da recorrente”.

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, na sessão de 9.11.2016, trouxe voto divergente apenas no que se refere aos efeitos do acolhimento da exceção de incompetência, concluindo não ser o caso de anulação dos atos decisórios praticados.

É o relatório.

No caso em apreço, o autor afirma ter criado uma obra intelectual de engenharia da informação, denominada “*Manual de Instrução Multimídia Bens Duráveis - Mimbstar*”, a qual foi registrada na Fundação Biblioteca Nacional e no Escritório de Direitos Autorais do Brasil. Sustenta que a ré utilizou o manual com outro nome, “*Eletronic User’s Manual em CD-rom*”, o que é possível de se constatar em virtude de vários detalhes do material distribuído junto com os aparelhos eletrônicos que comercializa.

Registre-se, como observado no voto da Ministra Relatora, que antes do exame do pedido de indenização, é preciso verificar se o manual distribuído pela recorrente utiliza a mesma forma de expressão utilizada no manual criado pelo recorrido, lembrando que a proteção autoral limita-se à forma de expressão de uma idéia e não à idéia propriamente dita.

Na realidade, há ainda uma outra questão precedente, relativa ao próprio direito a ser protegido, pois o réu afirma, na contestação, que o manual elaborado pelo autor não mereceria proteção da Lei de Direitos Autorais, estando inserto nas hipóteses do art. 8º da Lei n. 9.610/1998 (fl. 114, e-STJ).

Cumprе lembrar, conforme destacado no voto da Relatora, que os efeitos do registro no campo do direito autoral divergem daqueles oriundos do registro de marcas, desenhos industriais e patentes, pois apenas facilita a prova judicial da anterioridade, inexistindo exame de conteúdo. Veja-se a lição de Fábio Ulhoa Coelho:

(...)

O registro das obras intelectuais é facultativo, não amplia nem restringe direitos, e se destina unicamente a facilitar a prova da anterioridade, caso questionada a reivindicação de autoria. (*in: Curso de Direito Civil: direito das coisas, direito autoral, volume 4. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 307*)

Assim, ainda que o material tenha sido registrado, isso não significa que mereça a proteção alegada. É por esse motivo que as conclusões assentadas no julgamento do EAg n. 783.280/RS, que trata da competência para o ajuizamento

de ação de indenização por uso ilícito de marca, não se amoldam perfeitamente ao caso dos autos.

Conclui-se, portanto, que, na hipótese em análise, nem mesmo se sabe se há um direito merecedor de proteção e, portanto, se houve um delito a ser reparado, razão pela qual mostram-se inaplicáveis as regras especiais de competência para as ações de reparação de danos previstas no art. 100, V, “a”, e parágrafo único, do CPC/1973, sob pena de que as regras excepcionais tenham abrangência maior que a regra geral do art. 94 do mesmo diploma legal, a qual deve incidir na hipótese, como entendeu a ilustre Relatora.

No que respeita aos efeitos da declaração de incompetência, também acompanho o voto da Ministra Maria Isabel Gallotti para declarar os atos decisórios proferidos pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Presidente Venceslau/SP nulos, pois praticados por juiz incompetente.

Não há dúvida de que, nas hipóteses de incompetência absoluta, os atos praticados pelo juiz incompetente serão declarados nulos, nos termos do art. 113, § 2º, do CPC/1973 e da remansosa jurisprudência desta Corte. Porém, nos casos de incompetência relativa, verifica-se serem poucos os precedentes que discutem especificamente a questão da nulidade dos atos decisórios.

De acordo com o que dispõe o art. 112 do CPC/1973, cabe ao réu arguir a incompetência relativa por meio de exceção, sob pena de prorrogação da competência (art. 114 do CPC/1973).

No caso em apreço, o réu, a fim de evitar a prorrogação, opôs exceção de incompetência tempestivamente (fls. 264/274, e-STJ). A exceção foi rejeitada em primeiro grau (fls. 313/314, e-STJ), decisão confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 366/371, e-STJ) e objeto do presente recurso especial.

Neste íterim, como os recursos interpostos contra a decisão que rejeitou a exceção não tinham efeito suspensivo, o processo voltou a correr, estando em fase de agravo em recurso especial (AREsp n. 426.681/SP). Assim, caso não sejam declarados nulos os atos decisórios anteriores, a oposição da exceção de incompetência, a tempo e modo pelo recorrente, não terá eficácia alguma, acabando, na prática, por ser prorrogada a competência do Juízo da Comarca de Presidente Venceslau/SP.

Transcreve-se, a propósito, trecho do voto vencido do Ministro Teori Albino Zavascki, no julgamento dos EDcl no REsp n. 355.099/PR:

(...)

Realmente, em casos de incompetência relativa, a exceção de incompetência (CPC, art. 112) tem, como já referido, o natural efeito de suspender o curso do processo principal (CPC, 265, III, e 306), razão pela qual, em princípio, nele o juiz não pratica qualquer ato decisório. Explica-se, assim, a inexistência de regra expressa no CPC a respeito dos efeitos do reconhecimento da incompetência de juízo sobre atos decisórios, nessa hipótese. Se, porém, o juiz proferir decisões no processo - como ocorreu nas circunstâncias dos autos, ou como pode ocorrer em casos de urgência, ou em que o incidente esteja em grau de recurso recebido apenas no efeito devolutivo -, configura-se situação especial, não disciplinada no Código, a ensejar a invocação e a aplicação de regra disciplinadora de situação análoga. É sob esse método interpretativo que se deve visualizar e aplicar aqui o art. 113, § 2º, do CPC: não para excluir da sua incidência os atos decisórios proferidos em regime de incompetência relativa (argumento a contrário sensu, fundado no aforismo *inclusio unius, exclusio alterius*), mas sim para afirmar a incidência da norma ao caso por imperativo do argumento da analogia. *As normas que estabelecem o regime processual de competência, ainda que relativa, não podem ser interpretadas de modo a lhe negar consequência prática, como se fossem normas inúteis*, teleologicamente neutras, como fatalmente ocorreria se, apesar da incompetência, fossem mantidos válidos os atos decisórios do juiz incompetente. Certamente, não foi esse o desiderato do legislador. E, como ensinam os clássicos, “a escolha entre o argumento de analogia e o argumento a contrário não pode de fato fazer-se no plano da pura lógica. A lógica tem que combinar-se com a teleológica” (ENGISCH, karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 3ª ed., Tradução de J. Batista Machado, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, p. 237).

É certo que as normas devem ser interpretadas dentro do sistema processual, que traz em sua essência os princípios da economia processual e da efetividade do processo, os quais, em um primeiro momento, iriam de encontro à declaração de nulidade dos atos decisórios.

No entanto, também é verdade que não existem normas sem utilidade e a imposição de ônus sem razão. Assim, se cabe à parte opor exceção de incompetência sob pena de a competência prorrogar-se, não é possível que mesmo desincumbindo-se do ônus que lhe foi imposto, não perceba o resultado útil do ato.

Por outro lado, o Código de Processo Civil está estruturado sobre um sistema de nulidades que somente são declaradas caso demonstrada a ocorrência de prejuízo. Na hipótese em comento, há alegação de prejuízo nas razões de apelação, apresentada pela recorrente (AREsp n. 426.681/SP), nos seguintes termos:

(...)

12. Contudo, por razão desconhecida, o Magistrado de primeira instância optou por não realizar prova pericial e proferir sentença diretamente, julgando parcialmente procedentes os pedidos, ao arrepio da lei, para total surpresa da Apelante.

Nesse contexto, mostrando-se necessária, a princípio, a realização de provas, parece ter ocorrido o prejuízo alegado.

Diante dessas considerações, pedindo vênia à divergência, acompanho o voto da Relatora.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.388.972-SC (2013/0176026-2)

Relator: Ministro Marco Buzzi

Recorrente: HSBC Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo

Advogados: Gustavo José Mendes Tepedino e outro(s) - RJ041245

Milena Donato Oliva e outro(s) - RJ137546

Recorrido: Usinagens Carneiro Ltda - Microempresa

Advogados: Francisco Edras Vieira - SC012678

Elisandro José Dums - SC014923

Interes.: Defensoria Pública da União - “Amicus Curiae”

Advogado: Defensoria Pública da União

Interes.: Federação Brasileira de Bancos - “Amicus Curiae”

Advogados: Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e outro(s) - DF024469

Mariana Marques Calfat e outro(s) - SP319517

EMENTA

Recurso especial representativo de controvérsia. Artigo 1.036 e seguintes do CPC/2015. Ação revisional de contratos bancários. Procedência da demanda ante a abusividade de cobrança de encargos.

Insurgência da casa bancária voltada à pretensão de cobrança da capitalização de juros

1. Para fins dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015.

1.1 A cobrança de juros capitalizados nos contratos de mútuo é permitida quando houver expressa pactuação.

2. Caso concreto:

2.1 Quanto aos contratos exibidos, a inversão da premissa firmada no acórdão atacado acerca da ausência de pactuação do encargo capitalização de juros em qualquer periodicidade demandaria a reanálise de matéria fática e dos termos dos contratos, providências vedadas nesta esfera recursal extraordinária, em virtude dos óbices contidos nos Enunciados 5 e 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

2.2 Relativamente aos pactos não exibidos, verifica-se ter o Tribunal *a quo* determinado a sua apresentação, tendo o banco-réu, ora insurgente, deixado de colacionar aos autos os contratos, motivo pelo qual lhe foi aplicada a penalidade constante do artigo 359 do CPC/1973 (atual 400 do NCPC), sendo tido como verdadeiros os fatos que a autora pretendia provar com a referida documentação, qual seja, não pactuação dos encargos cobrados.

2.3 Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é possível tanto a compensação de créditos quanto a devolução da quantia paga indevidamente, independentemente de comprovação de erro no pagamento, em obediência ao princípio que veda o enriquecimento ilícito. Inteligência da Súmula 322/STJ.

2.4 Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório. Inteligência da Súmula 98/STJ.

2.5 Recurso especial parcialmente provido apenas ara afastar a multa imposta pelo Tribunal *a quo*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por

unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, apenas para afastar a multa imposta no julgamento dos embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os fins do artigo 1.036, do Código de Processo Civil, firmou-se a seguinte tese repetitiva: “A cobrança de juros capitalizados nos contratos de mútuo é permitida quando houver expressa pactuação”.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Nancy Andrichi, Luis Felipe Salomão e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Vencidos, apenas quanto à redação da tese, os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Marco Aurélio Bellizzi, Antonio Carlos Ferreira e Villas Bôas Cueva.

Brasília (DF), 08 de fevereiro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Presidente

Ministro Marco Buzzi, Relator

DJe 13.3.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial interposto por *HSBC Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo*, com fundamento no artigo 105, III, alíneas “a” e “c” da Constituição Federal, em desafio a acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Na origem, *Usinagens Carneiro Ltda. - Microempresa*, ajuizou *ação revisional de contratos de conta corrente, crédito e capital de giro c/c pedido de tutela antecipada de exibição de documentos*, em face da casa bancária, objetivando, em síntese, a revisão dos ajustes firmados entre as partes com a modificação dos encargos cobrados a título de juros remuneratórios, capitalização de juros e comissão de permanência, e a conseqüente repetição do indébito dos valores exigidos indevidamente e a maior.

O magistrado *a quo* indicou a necessidade de emenda à petição inicial (fl. 57), para o fim de adequá-la ao procedimento sumário, o que foi providenciado às fls. 60-63.

Deferiu o pedido de tutela antecipada (fls. 65-73), determinando que a financeira ré apresentasse, no mesmo prazo para a resposta, todos os documentos

relativos à relação negocial existente entre as partes, sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), a incidir a partir do primeiro dia após a data designada para a realização da audiência.

Citado, o réu interpôs agravo de instrumento contra a deliberação liminar (fls. 82-99), requerendo a revogação da decisão antecipatória e a suspensão da incidência da multa diária. O Tribunal Catarinense deferiu o efeito suspensivo ao recurso (fls. 314-318), bem ainda afastou a imposição da multa do artigo 461, § 4º do CPC/1973 como sanção para a não exibição de documentos (fls. 322-325), afirmando ser essa medida inadequada, haja vista já existir na lei penalidade para o caso de não exibição documental, qual seja, a presunção a veracidade dos fatos que a parte requerente pretendia provar com tais documentos (artigo 359 do CPC/1973).

Aberta a audiência e proposta a conciliação, esta restou inexitosa (fls. 114), tendo a parte demandada apresentado contestação (fls. 115-151), oportunidade na qual juntou documentos e requereu a dilação de prazo para exibição dos extratos relativos à conta corrente acostados às fls. 209-309.

Impugnação à contestação às fls. 339-351.

O juiz (fls. 353-356), afirmou a incidência do Código de Defesa do Consumidor à espécie, e asseverou a imprescindibilidade da juntada dos seguintes documentos, sob pena de incidência da penalidade do artigo 359, inciso I do CPC/1973: a) Capital de Giro Fácil Premium n. 12830333837, b) Capital de Giro Fácil Global n. 12830343492, c) Produto FNB n. 12830345614, d) Produto FNB n. 12830349679, e) Capital de Giro Fácil Global n. 12830360060, f) Capital de Giro 130 e Outras Garantia P n. 12830364694, g) Capital de Giro Fácil Global n. 12830365585, h) Capital de Giro Fácil Global n. 12830370333, i) ADP Conta Bamerindus Cliente-PJ n. 12830754168 e, j) Proposta de Abertura de Conta Corrente n. 1283-07541-68.

Às fls. 360-386, a financeira promove a juntada de documentação.

Sentenciado o feito, o magistrado *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos formulado na inicial, tendo a parte dispositiva ficado assim redigida:

Diante do exposto, *julgo parcialmente procedentes* os pedidos formulados por Usinagens Carneiro Ltda em face de HSBC - Bank Brasil S/A - Banco Múltiplo e *resolvo o mérito*, na forma do artigo 269, inciso I, do CPC, para declarar que:

1. Juros remuneratórios

a) Em relação aos contratos descritos nos itens 1 a 3 do tópico “Dos Contratos”, é legal a exigência de juros remuneratórios no patamar em que contratados, desde

que não ultrapassem a taxa média de mercado. Todavia, se os juros pactuados em algum destes contratos for superior, ficarão limitados à taxa média de mercado, divulgada pelo BACEN, no momento da contratação ou, na data, da operação, se prevista a incidência de juros flutuantes;

b) Em relação aos contratos descritos nos itens 4 a 15 (tópico “Dos Contratos”), aos quais se aplica o art. 359, do CPC (porque não juntados os pactos pela ré), os juros remuneratórios ficam necessariamente limitados à taxa média de mercado, divulgada pelo BACEN, no momento da contratação.

2. Capitalização dos juros

a) Em relação aos contratos descritos nos itens 1 a 3 do tópico “Dos Contratos”, é permitida a exigência de juros capitalizados, desde que expressamente prevista a cobrança destes. Todavia, se não houver a indicação nos pactos, fica obstada a exigência dos juros sobre juros;

b) No tocante aos contratos descritos nos itens 4 a 15 (tópico “Dos Contratos”), por aplicação do art. 359, do CPC, é vedada a exigência de juros capitalizados.

3. Comissão de Permanência

a) Nos contratos descritos nos itens 1 a 3 do tópico “Dos Contratos” se houver expressa previsão da cobrança da comissão de permanência é permitida a exigência do encargo, ressaltando que a sua importância “não poderá ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato, ou seja: a) juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o período de normalidade da operação; b) juros moratórios até o limite, de 12% ao ano; e c) multa contratual limitada a 2% do valor da prestação, nos termos do art. 52, § 1º, do CDC (REs n. 1058114/RS), vedada a cumulação com quaisquer outros encargos. Todavia, se não houver previsão para cobrança da comissão de permanência, fica permitida apenas a exigência de juros remuneratórios limitados à taxa média de mercado (se previstos), juntamente com multa contratual de 2% e juros de mora de 1% ao mês, vedada a cumulação com quaisquer outros encargos.

No tocante aos contratos descritos nos itens 4 a 15 (tópico “Dos Contratos”), por aplicação do art. 359, do CPC, fica permitida apenas a exigência da multa contratual de 2% e juros de mora de 1% ao mês, vedada a cumulação com outros encargos.

Limite a revisão dos contratos aos cinco anos anteriores à data de ajuizamento desta ação.

Havendo valores pagos indevidamente pela autora em razão dos encargos extirpados nesta sentença, deverão ser restituídos em dobro e compensados do novo saldo devedor, depois de atualizados de acordo com os mesmos critérios utilizados na sua formação.

Tendo em vista a sucumbência mínima da requerente, conforme permissivo do artigo 21, parágrafo único, condeno o réu ao pagamento das despesas

processuais e honorários advocatícios do patrono autor, estes últimos fixados em 15 % do valor da condenação, a ser apurado em liquidação de sentença, *ex vi* artigo 20, § 3º do Código de Processo Civil.

Irresignada, a casa bancária interpôs apelação (fls. 407-417), à qual o Tribunal Catarinense desproveu, nos termos da seguinte ementa:

Contratos Bancários. Revisional. Parcial procedência. Insurgência do banco. Capitalização mensal de juros. Falta de pactuação expressa. Comissão de permanência cumulada com outros encargos de mora ajustada em duas avenças. Repetição do indébito para evitar o enriquecimento sem causa. Prequestionamento. Litigância de má-fé. Inocorrência. Recurso desprovido.

Opostos embargos de declaração (fls. 447-449), foram rejeitados pelo acórdão de fls. 452-455, com aplicação de multa de 1% sobre o valor da causa, nos termos do artigo 538, parágrafo único, do CPC/1973.

Em suas razões de recurso especial (fls. 458-476), apontou a financeira, além de dissídio jurisprudencial, violação aos arts. 5º da MP 2.170-36/2001; 4º do Decreto n. 22.626/1933 e 591 do Código Civil; 368, 884 e 887 do CC/2002; e 538 do CPC/1973.

Sustentou: *a)* a legalidade da capitalização mensal e anual de juros; *b)* a impossibilidade da repetição de indébito na forma simples e em dobro; e, *c)* o afastamento da multa aplicada.

Sem contrarrazões, e após decisão de admissão do recurso especial (fls. 496-497, e-STJ), os autos ascenderam a esta egrégia Corte de Justiça.

Julgando monocraticamente o reclamo, o e. Presidente do STJ à época, na deliberação de fls. 505-512, deu parcial provimento ao apelo especial, apenas para afastar a multa inserta no art. 538, parágrafo único, do CPC/1973.

Irresignada a casa bancária interpôs agravo regimental (fls. 516/528 e-STJ), alegando, em síntese: *a)* a desnecessidade de expressa pactuação para cobrança da capitalização anual de juros, porquanto foi admitida pelo art. 4º do Decreto n. 22.626/1933 e confirmada pelo art. 591 do CC; *b)* a legalidade da capitalização mensal de juros, sendo prescindível a análise de matéria fático-probatória, afastando, assim o óbice dos verbetes 5 e 7/STJ.

Ante as razões expendidas no reclamo e, em virtude da relevância do tema, procedeu-se à reconsideração/anulação do *decisum* de fls. 505-512, a fim de submeter o feito à apreciação do colegiado da Segunda Seção (fls. 531-532).

Em virtude de a questão alusiva à possibilidade de cobrança de capitalização anual de juros independentemente de expressa pactuação entre as partes revelar caráter representativo de controvérsia, o recurso especial fora afetado para julgamento perante a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 1.036 do CPC/2015 pela decisão de fls. 538, oportunidade na qual determinou-se o encaminhamento de ofício aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça dos Estados a fim de que fosse suspensa a tramitação de outros recursos especiais que versem a sobre mesma matéria (art. 1.037, II, do NCPC), facultando-lhes, ainda, a prestação de informações, no prazo de 15 (quinze) dias, nos termos do § 1º do art. 1.038 do CPC/2015.

Fora concedido vista ao Ministério Público Federal (art. 1.038, III, § 1º, do CPC/2015) para manifestação em 15 (quinze) dias e comunicados o Ministro Presidente e os demais integrantes da Egrégia Segunda Seção do STJ.

O Ministério Público Federal em petição de fls. 543-545 afirmou: “reserva-se o direito de aguardar a definição dos tribunais quanto ao fornecimento de informações, nos termos do art. 1.038, § 1º, do CPC/2015, que certamente serão úteis à elaboração da manifestação ministerial”.

A *Defensoria Pública da União* e a *Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN*, requereram o ingresso no feito como *amicus curiae*, o que foi deferido consoante decisões de fls. 622 e 625.

Novamente intimado o Ministério Público Federal para parecer, consoante despacho de fls. 621, o Subprocurador-Geral da República exarou nota de ciência, sem nada requerer, nos termos da petição de ciência n. 00501367/2016 de fls. 632-636.

Manifestação da *Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN* às fls. 548-598.

Manifestação da *Defensoria Pública da União* às fls. 649-665.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 683-694.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): No presente reclamo, três são os pontos sobre os quais se controverte a parte insurgente: *a)* a legalidade da

capitalização mensal e anual de juros; *b*) a impossibilidade da repetição de indébito na forma simples e em dobro; e, *c*) a necessidade de afastamento da multa aplicada pelo Tribunal *a quo* ante a oposição de embargos de declaração considerados protelatórios.

Analisa-se, primeiramente a questão afeta à legalidade da cobrança do encargo capitalização de juros, por consistir na tese submetida a julgamento nos moldes de recurso repetitivo, nos termos dos artigos 1.036 e seguintes do CPC/2015.

1. Inicialmente, destaca-se que “capitalização dos juros”, “juros compostos”, “juros frugíferos”, “juros sobre juros”, “anatocismo” constituem variações linguísticas para designar um mesmo fenômeno jurídico-normativo que se apresenta em oposição aos juros simples. Enquanto naqueles os juros se incorporam ao capital ao final de cada período de contagem, nesses tal não ocorre, porquanto incidem apenas sobre o principal corrigido monetariamente, isto é, não se agregam ao saldo devedor, ficando afastada assim a denominada capitalização, procedimento que converte o aludido acessório em principal.

Pontes de Miranda afirmava:

Dizem-se simples os juros que não produzem juros; juros compostos os que fluem dos juros. Se se disse ‘com os juros compostos de seis por cento’, entende-se que se estipulou que o principal daria juros de seis por cento e sobre esses se contariam os juros de seis por cento ao ano’ (= com capitalização anual). (MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, 3ª ed., Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 24, 1984, p. 32).

Carlos Roberto Gonçalves explica:

O anatocismo consiste na prática de somar os juros ao capital para contagem de novos juros. Há, no caso, capitalização composta, que é aquela em que a taxa de juros incide sobre o capital inicial, acrescido dos juros acumulados até o período anterior. Em resumo, pois, o chamado “anatocismo” é a incorporação dos juros ao valor principal da dívida, sobre a qual incidem novos encargos. (Direito Civil Brasileiro. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 409).

Em brevíssimo retrospecto histórico, antes de analisar a regência legal da capitalização pelo ordenamento jurídico pátrio, anota-se que o Código Comercial (Lei n. 556 de 1850), no Título XI (Do Mútuo e dos Juros Mercantis), artigos 247 a 255, não admitia a capitalização, com exceção daquela em periodicidade anual, em conta-corrente, nos termos do artigo 253:

Art. 253 - É proibido contar juros de juros; esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos liquidados em conta corrente de ano a ano.

Depois que em juízo se intenta ação contra o devedor, não pode ter lugar a acumulação de capital e juros.

O Código Civil brasileiro de 1916, externando sua postura liberal e patrimonialista, permitiu no art. 1.262 a livre pactuação do anatocismo:

Art. 1.262. *É permitido, **mas só por cláusula expressa**, fixar juros ao empréstimo de dinheiro ou de outras coisas fungíveis.*

Esses juros podem fixar-se abaixo ou acima da taxa legal (art. 1.062), com ou sem capitalização.

Esse dispositivo, contudo, foi revogado pelo art. 4º do Decreto n. 22.626/1933 (Lei da Usura), que pretendeu limitar os excessos e abusos praticados na cobrança de juros. Em caráter excepcional, admitiu a mesma regra permissiva que já estabelecera anteriormente o Código Comercial, qual seja, a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos de conta-corrente ano a ano.

Art. 4º do Decreto n. 22.626/1933 (Lei de Usura). *É proibido contar juros dos juros: esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano.*

Apenas para elucidar, a “Lei da Usura” é a denominação informal atribuída, no Brasil, à legislação que definiu como sendo *ilegal a cobrança de juros superiores ao dobro da taxa legal ao ano* (atualmente a taxa SELIC) ou a cobrança exorbitante que lance em risco o patrimônio, a estabilidade econômica e a sobrevivência pessoal de tomadores de empréstimos.

O histórico da interpretação jurisprudencial dada à referida legislação não tem trajetória pacífica, porém, entendeu o Supremo Tribunal Federal, em data de 13.12.1963, ter a referida legislação expressamente proibido o anatocismo, ainda que expressamente estipulado, firmando seu entendimento na Súmula n. 121, assim disposta: “*É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada*”.

Necessário ressaltar que a referida lei usurária é somente aplicável aos negócios jurídicos civis, não alcançando as instituições financeiras relativamente à limitação na cobrança dos juros remuneratórios, visto existir legislação específica e própria para regular a atuação dos bancos (Lei n. 4.595/1964).

Nessa medida, a Suprema Corte sumulou entendimento no sentido de que a Lei n. 4.595/1964 derogou a “Lei de Usura” no tocante ao limite da taxa de juros para instituições financeiras (Súmula n. 596 - “*As disposições do Decreto n. 22.626/1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional*”).

Entretanto, esse novo ordenamento modificou o entendimento até então existente acerca da proibição da capitalização de juros. Formou-se orientação no sentido de que *possível a cobrança de juros sobre juros quando existente autorização em lei especial* - como exemplo, citam-se os Decretos-Lei n. 167/1967 e 413/1969 e a Lei n. 6.840/1980, legislações que disciplinam as cédulas de crédito rural, industrial e comercial - *e, desde que, também, esteja o encargo pactuado*. Nesse sentido foi editada a Súmula n. 93 do Superior Tribunal de Justiça: “*A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros*”.

A existência de uma norma permissiva, portanto, é requisito necessário e imprescindível para a cobrança do encargo de capitalização, porém não suficiente/bastante, haja vista estar sempre atrelado ao exposto ajuste entre as partes contratantes, principalmente em virtude dos princípios da liberdade de contratar, da boa-fé e da adequada informação.

Nessa medida, como não havia legislação autorizando a prática para outras modalidades contratuais além daquelas aplicáveis a ajustes específicos (cédulas de crédito rural, industrial, comercial) foi publicada, em 31 de março de 2000, a MP n. 1.963-17, que em seu artigo 5º, permitiu às instituições financeiras a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano:

Art. 5º Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.

Tomando por base a referida legislação, esta Corte Superior, inclusive, assentou entendimento, *nos moldes do art. 543-C do CPC/1973*, no sentido de que é **permitida** a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos bancários celebrados após 31 de março de 2000, data da publicação da MP 1.963-17/2000 (atual MP 2.170-36/2001), **desde que expressamente pactuada, ou seja, para a sua cobrança é necessário o prévio ajuste entre as partes contratantes**. (REsp n. 973.827/RS, 2ª Seção, Rel. p/ acórdão Min. Isabel Gallotti, DJe 24.9.2012)

Com essa ordem, foi editada recentemente a Súmula 539/STJ, de seguinte teor: “É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31.3.2000 (MP n. 1.963-17/2000, reeditada como MP n. 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada”.

Oportuno salientar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, na data de 04.02.2015, por sete votos a um, deu provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 592.377, reconhecendo, em repercussão geral, que o dispositivo da referida medida provisória assentindo a capitalização mensal de juros no sistema financeiro, é constitucional.

Cronologicamente, em 23 de agosto de 2001, foi editada a MP n. 2.160-25, que *autorizou* o pacto de capitalização de juros em cédulas de crédito bancário nos termos do artigo 3º, § 1º, inciso I. Essa medida provisória foi posteriormente revogada pela Lei n. 10.931, de 02 de agosto de 2004, que em seu artigo 28, § 1º, inciso I, manteve a *possibilidade de cobrança de juros sobre a dívida mediante prévio ajuste entre os contratantes*:

Art. 28. A Cédula de Crédito Bancário é título extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculos, ou nos extratos da conta corrente, elaborados conforme previsto no § 2º.

§ 1º Na Cédula de Crédito bancário *poderão ser pactuados*:

I - *os juros sobre a dívida, capitalizados ou não, os critérios de sua incidência e, se for o caso, a periodicidade de sua capitalização, bem como as despesas e os demais encargos decorrentes da obrigação;*

O Código Civil de 2002, que entrou em vigor em 11/01/2003, nos mesmos moldes do diploma civilista revogado, também *admite* a capitalização anual em seu artigo 591:

Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, *permitida a capitalização anual.*

Em se tratando, especificamente, de contrato bancário vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação, regido por lei própria, notadamente a Lei n. 4.380/1964, esta Corte Superior assentou entendimento, no bojo do REsp n. 1.070.297, julgado nos moldes do artigo 543-C do CPC/1973, relator Ministro

Luis Felipe Salomão, no sentido de que *até a data da entrada em vigor da Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009, seria vedada a capitalização de juros, em qualquer periodicidade*, não cabendo ao STJ analisar se a utilização do sistema da Tabela Price enseja ou não juros compostos.

Confira-se, por oportuno a ementa do referido acórdão:

Recurso especial repetitivo. Sistema financeiro da habitação. Capitalização de juros vedada em qualquer periodicidade. Tabela Price. Anatocismo. Incidência das Súmulas 5 e 7. Art. 6º, alínea “e”, da Lei n. 4.380/1964. Juros remuneratórios. Ausência de limitação.

1. Para efeito do art. 543-C: 1.1. Nos contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, é vedada a capitalização de juros em qualquer periodicidade. Não cabe ao STJ, todavia, aferir se há capitalização de juros com a utilização da Tabela Price, por força das Súmulas 5 e 7.

1.2. O art. 6º, alínea “e”, da Lei n. 4.380/1964, não estabelece limitação dos juros remuneratórios.

2. Aplicação ao caso concreto: 2.1. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido, para afastar a limitação imposta pelo acórdão recorrido no tocante aos juros remuneratórios.

(REsp 1.070.297/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 09.09.2009, DJe 18.09.2009)

Tal entendimento foi recentemente confirmado, em julgado da Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

Direito Civil e Processual Civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Resolução STJ n. 8/2008. Tabela Price. Legalidade. Análise. Capitalização de juros. Apuração. Matéria de fato. Cláusulas contratuais e prova pericial.

1. Para fins do art. 543-C do CPC: 1.1. A análise acerca da legalidade da utilização da Tabela Price - mesmo que em abstrato - passa, necessariamente, pela constatação da eventual capitalização de juros (ou incidência de juros compostos, juros sobre juros ou anatocismo), que é questão de fato e não de direito, motivo pelo qual não cabe ao Superior Tribunal de Justiça tal apreciação, em razão dos óbices contidos nas Súmulas 5 e 7 do STJ.

1.2. É exatamente por isso que, em contratos cuja capitalização de juros seja vedada, é necessária a interpretação de cláusulas contratuais e a produção de prova técnica para aferir a existência da cobrança de juros não lineares, incompatíveis, portanto, com financiamentos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação antes da vigência da Lei n. 11.977/2009, que acrescentou o art. 15-A à Lei n. 4.380/1964.

1.3. Em se verificando que matérias de fato ou eminentemente técnicas foram tratadas como exclusivamente de direito, reconhece-se o cerceamento, para que seja realizada a prova pericial.

2. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido para anular a sentença e o acórdão e determinar a realização de prova técnica para aferir se, concretamente, há ou não capitalização de juros (anatocismo, juros compostos, juros sobre juros, juros exponenciais ou não lineares) ou amortização negativa, prejudicados os demais pontos trazidos no recurso.

(REsp 1.124.552/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 03.12.2014, DJe 02.02.2015)

Necessário referenciar que o tema relativo à utilização da *Tabela Price* nos contratos pertinentes ao SFH foi novamente colocado em pauta para deliberação por força da afetação em 26.10.2015, como recurso repetitivo, do REsp 951.894/DF, relatora Ministra Isabel Gallotti, objetivando discutir “*a existência de capitalização de juros vedada pelo Decreto n. 22.626/1933 na própria fórmula matemática da Tabela Price, o que implicaria, inevitavelmente, e em abstrato, a ilegalidade de seu emprego como forma de amortização de financiamentos no sistema jurídico brasileiro em contratos bancários diversos anteriores à edição da MP 1.963-17/00 e em financiamentos habitacionais anteriores à Lei n. 11.977/2009*”. O citado recurso foi incluído para julgamento perante a Corte Especial em 16.11.2016, oportunidade em que se levantou questão de ordem relativa à própria afetação, estando pendente a deliberação, ante o pedido de vista formulado. Convém esclarecer, no particular, que, embora também relacionada à questão da capitalização, a temática ali afetada como repetitiva cinge-se à discussão acerca da existência de capitalização de juros vedada pelo Decreto n. 22.626/1933 na própria fórmula matemática da *Tabela Price*.

Com a alteração legislativa operada pela Lei n. 11.977/2009, acrescentou-se à Lei n. 4.380/1964 a **autorização** para a **pactuação** e consequente cômputo capitalizado de juros em periodicidade mensal:

Art. 15-A. *É permitida a pactuação de capitalização de juros com periodicidade mensal nas operações realizadas pelas entidades integrantes do Sistema Financeiro da Habitação - SFH.* (Incluído pela Lei n. 11.977, de 2009)

§ 1º No ato da contratação e sempre que solicitado pelo devedor será apresentado pelo credor, por meio de planilha de cálculo que evidencie de modo claro e preciso, e de fácil entendimento e compreensão, o seguinte conjunto de informações: (Incluído pela Lei n. 11.977, de 2009)

I – saldo devedor e prazo remanescente do contrato; (Incluído pela Lei n. 11.977, de 2009)

II – taxa de juros contratual, nominal e efetiva, nas periodicidades mensal e anual; (Incluído pela Lei n. 11.977, de 2009) (...)

A percepção sobre o tema firmado no repetitivo, no entanto, foi reinterpretada no âmbito da *Segunda Seção* quando do julgamento do REsp n. 1.095.852/PR, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, oportunidade na qual se afirmou que a validade da capitalização *anual independente de expressa pactuação*, por constituir regra geral aplicável a todos os mútuos bancários, ou seja, incluindo aqueles que não eram contemplados com autorização legal específica para a capitalização em intervalo inferior (à exceção dos contratos açambarcados pela Súmula 93/STJ), ainda que em período anterior à edição da MP n. 1.963-17/2000.

Eis a ementa do referido julgado:

Recurso especial. Sistema financeiro da habitação. SFH. Capitalização anual de juros. Possibilidade. Encargos mensais. Imputação do pagamento. Art. 354 CC 2002. Art. 993 CC 1916.

1. *Interpretação do decidido pela 2ª Seção, no Recurso Especial Repetitivo 1.070.297, a propósito de capitalização de juros, no Sistema Financeiro da Habitação.*

2. Segundo o acórdão no Recurso Repetitivo 1.070.297, para os contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação até a entrada em vigor da Lei n. 11.977/2009 não havia regra especial a propósito da capitalização de juros, de modo que incidia a restrição da Lei de Usura (Decreto n. 22.626/1933, art. 4º). *Assim, para tais contratos, não é válida a capitalização de juros vencidos e não pagos em intervalo inferior a um ano, permitida a capitalização anual, regra geral que independe de pactuação expressa.* Ressalva do ponto de vista da Relatora, no sentido da aplicabilidade, no SFH, do art. 5º da MP 2.170-36, permissivo da capitalização mensal, desde que expressamente pactuada. (...)

5. Recurso especial provido.

(REsp 1.095.852/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 14.03.2012, DJe 19.03.2012)

Naquela oportunidade, a e. Ministra Gallotti para fundamentar seu voto, valeu-se do precedente firmado no EREsp n. 917.570/RS, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 04.08.2008, no qual se assentou *ser possível a cobrança da capitalização anual em contratos de cartão de crédito, em que pese o entendimento até então prevalente no sentido de que apenas poderiam ser*

cobrados juros compostos em conta-corrente. Assim, alargaram-se as modalidades nas quais seria viável a cobrança do encargo, porém, não se estipulou fosse essa cobrança aplicável indistintamente aos mútuos em geral, tampouco que pudesse ser ela automática, independentemente de prévio ajuste entre as partes.

É imprescindível anotar que o precedente firmado no REsp n. 1.095.852/PR, Rel. Ministra Gallotti, julgado em 19.03.2012, não logrou modificar a compreensão assentada no REsp n. 1.070.297/PR, julgado sob o regime do artigo 543-C do CPC/1973, pois a modificação do repetitivo, segundo imperativo lógico, há de se dar consoante o mesmo procedimento específico, a fim, inclusive, de servir e nortear os Tribunais de origem.

O art. 5º da Resolução n. 8/2008, que regulamentava os processos repetitivos no âmbito do STJ disciplinava que, uma vez publicado o acórdão do julgamento do recurso especial pela Seção ou pela Corte Especial, os demais recursos especiais fundados em idêntica controvérsia, se já distribuídos, seriam julgados pelo relator, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil/1973; se, ainda não distribuídos, seriam julgados pela Presidência, nos termos da Resolução n. 3, de 17 de abril de 2008; se sobrestados na origem, teriam seguimento na forma prevista nos §§ 7º e 8º do art. 543-C do Código de Processo Civil/1973.

Esse procedimento não teve mudanças substanciais com a entrada em vigor no CPC/2015, consoante se depreende dos incisos I, II e III do artigo 1.040.

Portanto, para efeito do procedimento a ser realizado nos Tribunais de origem, julgado o recurso especial piloto, tem-se uma decisão a ser aplicada aos feitos suspensos que aguardam solução da controvérsia. Se a decisão atacada coincidir com a conclusão a qual chegou o STJ, não será dado provimento ao recurso, mas se houver contraposição entre o acórdão recorrido e o entendimento do STJ, serão novamente apreciados pela Corte local, devendo haver a reconsideração/retratação da decisão para ajustá-la à orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, obedecendo a inteligência do já mencionado art. 543-C do CPC/1973 e atual artigo 1.040 do CPC/2015.

Em que pese o diferenciado entendimento adotado no REsp n. 1.095.852/PR no tocante ao tema da capitalização de juros na modalidade anual, afirmando a desnecessidade de prévio ajuste, tal orientação, até o julgamento do AgRg no AREsp 429.029, Rel. Ministro Marco Buzzi, **Segunda Seção**, julgado em 09.03.2016, REPDJe 18.04.2016, DJe 14.04.2016 – no qual constatada a imprescindibilidade de expressa pactuação para a cobrança do encargo capitalização

de juros independentemente da periodicidade -, estava sendo aplicada no âmbito restrito desta Segunda Seção às hipóteses específicas vinculadas ao Sistema Financeiro da Habitação, consoante restou demonstrado naquele julgado.

Confira-se, por oportuno, a ementa do julgado proferido no *AgRg no AREsp 429.029*, no bojo do qual restou delineado o entendimento desta Segunda Seção sobre a matéria atinente à impossibilidade de cobrança da capitalização anual de juros independentemente de expressa pactuação:

Agravo regimental no agravo (art. 544 do CPC). Ação de prestação de contas. Segunda fase. Revisional de contrato bancário não exibido. Tribunal *a quo* que afirma ser necessária a expressa pactuação para a cobrança do encargo capitalização de juros. Irresignação da casa bancária. Decisão monocrática que negou provimento ao reclamo. Órgão colegiado da Quarta Turma afetando o julgamento do recurso de agravo regimental à Segunda Seção.

Hipótese: Possibilidade de cobrança de capitalização anual de juros independentemente de expressa pactuação entre as partes 1. A despeito de a demanda ter se iniciado como ação de prestação de contas, o feito já está em sua segunda fase procedimental, na qual prepondera verdadeira pretensão revisional do contrato. Não tendo qualquer das partes promovido irresignação sobre esse ponto, inviável é a extinção da demanda, sob pena de violação ao princípio da *non reformatio in pejus*.

2. A capitalização de juros consiste na incorporação dos juros ao capital ao final de cada período de contagem.

3. O retrospecto histórico do ordenamento jurídico pátrio acerca da regência legal da capitalização de juros denota que desde tempos remotos é proibido contar juros sobre juros, permitida a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano.

4. Com a evolução, passou-se a admitir a cobrança de juros sobre juros em contratos outros, desde que houvesse lei especial regulatória, bem ainda, prévio ajuste do encargo.

5. Tendo em vista que nos contratos bancários é aplicável o Código de Defesa do Consumidor (Súmula 297/STJ), a incidência da capitalização anual de juros não é automática, devendo ser expressamente pactuada, visto que, ante o princípio da boa-fé contratual e a hipossuficiência do consumidor, esse não pode ser cobrado por encargo sequer previsto contratualmente.

6. A jurisprudência consolidada nesta Corte Superior é no sentido de que a cobrança de juros capitalizados em periodicidade anual nos contratos de mútuo firmado com instituições financeiras é permitida quando houver expressa pactuação. Precedentes.

7. Na hipótese, não colacionado aos autos o contrato firmado entre as partes, inviável presumir o ajuste do encargo.

8. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 429.029/PR, Rel. Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, julgado em 09.03.2016, REPDJe 18.04.2016, DJe 14.04.2016)

Não é demais anotar, também, que o conceito acerca do que seja considerado “*expressa pactuação*” foi *novamente redimensionado*. No bojo do REsp n. 973.827/RS, *representativo da controvérsia*, Relatora para o acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 8.8.2012, DJe 24.9.2012, afirmou-se que “a previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada”. Neste precedente não houve qualquer deliberação no sentido de que o encargo poderia ser cobrado independentemente de pactuação clara e expressa.

Neste julgamento, igualmente, não se afirmou a possibilidade de cobrança de capitalização de juros, independentemente da periodicidade, sem que houvesse pactuação entre as partes. Da fundamentação do voto da Ministra Maria Isabel Gallotti, relatora para acórdão extrai-se o seguinte:

*A pacífica jurisprudência do STJ compreende que a ressalva **permite a capitalização anual** como regra aplicável aos contratos de mútuo em geral. Assim, **não é proibido contar juros de juros em intervalo anual**; os juros vencidos e não pagos **podem** ser incorporados ao capital uma vez por ano para sobre eles incidirem novos juros (Segunda Seção, EREsp 917.570/PR, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe 4.8.2008 e REsp 1.095.852-PR, de minha relatoria, DJe 19.3.2012). (grifos nossos)*

Em data de 02.12.2014, no âmbito da Terceira Turma desta Corte Superior, diante de pedido de destaque formulado pelo e. Ministro Marco Aurélio Bellizze no bojo do *AgRg no AREsp n. 340.987/SC*, de relatoria do Ministro Vilas Bôas Cueva, reautuado como REsp n. 1.505.478, aquele colegiado decidiu acolher agravo regimental e converter o recurso em especial para julgamento pela Turma em razão de *vislumbrar divergência na jurisprudência desta Corte Superior acerca da necessidade ou não de pactuação da capitalização anual de juros para contratos alheios ao Sistema Financeiro da Habitação*. Referido reclamo, no entanto, fora julgado monocraticamente aplicando ao caso o entendimento mais recente do STJ que consolidou-se no sentido da exigência da pactuação expressa da capitalização anual, em razão de sua incidência não ser automática, tendo transitado em julgado.

Pois bem, *após o panorama traçado, é inegável que a capitalização, seja em periodicidade anual ou ainda com incidência inferior à anual - cuja necessidade de pactuação, aliás, é firme na jurisprudência desta Casa -, não pode ser cobrada sem que tenham as partes contratantes, de forma prévia e tomando por base os princípios basilares dos contratos em geral, assim acordado, pois a ninguém será dado negar o caráter essencial da vontade como elemento do negócio jurídico, ainda que nos contratos de adesão, uma vez que a ciência prévia dos encargos estipulados decorre da aplicação dos princípios afetos ao dirigismo contratual.*

De fato, sendo pacífico o entendimento de que a capitalização inferior à anual depende de pactuação, outra não pode ser a conclusão em relação àquela em periodicidade anual, sob pena de ser a única modalidade (periodicidade) do encargo a incidir de maneira automática no sistema financeiro, embora inexistente qualquer determinação legal nesse sentido, pois o artigo 591 do Código Civil apenas permite a capitalização anual e não determina a sua aplicação automaticamente.

Impende ressaltar que, a despeito da incidência do diploma consumerista aos contratos entabulados com instituições financeiras e a previsão na Lei n. 8.078/1990, artigo 47, de que *as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor*, o próprio Código Civil de 2002 preleciona no artigo 423 do Código Civil que “quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

Por estas razões, em não havendo expressa pactuação do encargo, a sua cobrança é obstada, principalmente porque pela simples leitura dos preceitos legais incidentes à espécie, notadamente o art. 4º do Decreto n. 22.626/1933 e o art. 591 do Código Civil de 2002, é irrefutável que os dispositivos aludem a que os contratantes *permitem/assentem/autorizam/consentem/concordam* com o cômputo anual dos juros. Entretanto, *não afirmam, nem sequer remota ou implicitamente, que a cobrança do encargo possa se dar automaticamente, ou seja, não determinam que a arrecadação seja viabilizada por mera disposição legal (ope legis), pois se assim fosse teriam os julgadores o dever de, inclusive de ofício, determinar a incidência do encargo, ainda que ausente pedido das partes.*

Portanto, *inegável que a presunção à qual alude o artigo 591 do Código Civil diz respeito, tão somente, aos juros remuneratórios incidentes sobre o mútuo generatício, ou seja, sobre aqueles recebidos pelo mutuante como compensação pela privação do capital emprestado. Essa pressuposição, no entanto, não é transferida para a parte*

final do referido dispositivo, pois a capitalização de juros é permitida em inúmeros diplomas normativos em periodicidades distintas (mensal, semestral, anual), e não é pela circunstância de a lei autorizar a sua cobrança que será automaticamente devida pelo tomador do empréstimo em qualquer dessas modalidades.

O legislador ordinário, atento às perspectivas atuais, procurou tratar o mútuo de forma substancialmente renovada - no Código Civil de 1916 o contrato de empréstimo era, em regra, gratuito, sendo a sua onerosidade excepcional -, hoje, os juros presumem-se devidos se o mútuo tiver destinação e finalidade econômica, podendo referir-se tanto a suprimento de dinheiro como de coisas fungíveis. Não ousou o legislador *proibir* que as partes convencionassem a não incidência de juros se assim expressamente acordassem.

Ora, se a norma não obrigou/determinou, mas apenas presumiu (salvo estipulação em contrário) a incidência de juros, inviável estender essa assertiva para a periodicidade deste encargo. Certamente, seria um contrassenso admitir que as partes expressamente ajustassem a não incidência de juros (contrato gratuito) mas a lei determinasse/impusesse a cobrança da capitalização de juros, ainda que na periodicidade anual.

Isto porque, *o direito de livre contratar é expressão maior do ideário burguês pós-revolucionário e constitui um princípio vinculado à noção de liberdade e igualdade presente na Declaração Universal dos Direitos do Homem. À pessoa humana, enquanto ser dotado de personalidade e como cidadão livre, é dado pactuar nas condições que julgar adequadas, contratando como, com quem e o que desejar, inclusive dispondo sobre cláusulas, firmando o conteúdo do contrato e criando, em dadas vezes, novas modalidades contratuais (contratos atípicos).*

Além do princípio da autonomia da vontade, a boa fé contratual, vinculada ao dever de informar - principalmente nos contratos bancários sobre os quais é inegável a incidência do Código de Defesa do Consumidor (Súmula 297/STJ) -, constitui um dos pilares do contrato, verdadeiro elemento norteador do negócio jurídico.

A doutrinadora Cláudia Lima Marques, em conhecida obra sobre o Código do Consumidor, afirma que um dos mais importantes deveres do fornecedor é o de informar, porquanto é neste momento que o contratante, ao tomar conhecimento do conteúdo do contrato e apreciar as consequências de sua declaração, poderá decidir-se. (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1999, p. 111).

Nesse sentido, *o contrato deve retratar uma situação de coordenação, jamais uma relação de subordinação entre as partes, mormente quando o ordenamento jurídico*

normativo não impõe a contratação de juros sobre juros, tampouco categoricamente afirma posição imperativa quanto a sua contratação.

Corroborando essa compreensão, verifica-se ter esta Corte Superior entendimento *agora pacífico* no sentido de que *a capitalização anual de juros somente pode ser admitida quando haja expressa pactuação entre as partes*, o que não se afasta da compreensão estabelecida pelo artigo 591 do Código Civil no sentido de que “destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406”, taxa esta que no entendimento do STJ não vincula, em particular, as instituições financeiras, porquanto para estas, os juros remuneratórios, quando não tenham sido previamente ajustados, ficam limitados à média dos juros praticados no mercado.

Nesse sentido, cito inúmeros precedentes de ambas as Turmas de direito privado desta Corte Superior:

Agravo regimental no recurso especial. Civil. Contratos bancários. *Capitalização anual de juros. Cobrança. Possibilidade. Necessidade de pactuação expressa. Entendimento do Tribunal de origem em consonância ao do STJ. Súmula 83/STJ. Tarifas administrativas. Entendimento do Tribunal de origem em consonância ao do STJ. Ausência de fundamentos novos capazes de derruir a decisão agravada. Agravo regimental desprovido.*

(AgRg no REsp 1.503.237/PR, Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 18.08.2016, DJe 29.08.2016)

Agravo interno no recurso especial. 1. Ação revisional de contrato bancário. Capitalização anual de juros. Necessidade de expressa previsão contratual. Compreensão firmada pela Segunda Seção desta Corte. 2. Alegação não enfrentada pelo Tribunal de origem Ausência de prequestionamento. Súmula 282/STF. 3. Recurso improvido.

1. A Segunda Seção desta Corte, no julgamento do AgRg no AREsp n. 429.029/PR, decidiu que a cobrança da capitalização anual de juros nos contratos bancários depende de previsão contratual expressa.

2. A análise de questão formulada no recurso especial somente é possível nesta Casa se constatado o devido prequestionamento, o que não se verifica na hipótese. Incidência do enunciado n. 282 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, aplicável por simetria.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1.502.771/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 16.08.2016, DJe 30.08.2016)

Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Capitalização anual de juros. Pactuação expressa. Necessidade. Súmula n. 83/STJ. Honorários advocatícios. Fixação dentro dos parâmetros da razoabilidade. Redução. Impossibilidade. Súmula n. 7/STJ. Decisão mantida.

1. *Conforme a orientação firmada pela Segunda Seção desta Corte, “a cobrança de juros capitalizados em periodicidade anual nos contratos de mútuo firmado com instituições financeiras é permitida quando houver expressa pactuação” (AgRg no AREsp 429.029/PR, Relator Ministro **Marco Buzzi**, julgado em 9.3.2016, REPDJe 18.4.2016, DJe 14.4.2016).*

2. Consoante a jurisprudência desta Corte, somente em hipóteses excepcionais, quando irrisório ou exorbitante o valor dos honorários advocatícios fixada na origem, é possível afastar o óbice da Súmula n. 7/STJ para o reexame em recurso especial. No caso, o valor estabelecido pelo Tribunal de origem não se mostra excessivo, a justificar sua reavaliação.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1.479.739/SC, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 16.06.2016, DJe 23.06.2016)

Agravo regimental no recurso especial. Bancário. Ação revisional de contrato de conta corrente. Capitalização de juros. Ausência de expressa pactuação. Vedação em qualquer periodicidade. Recurso especial. Pretensão à incidência do encargo independentemente de pactuação. Impossibilidade. Entendimento sedimentado pela Segunda Seção do STJ.

1. *A jurisprudência consolidada nesta Corte Superior é de que a cobrança de juros capitalizados em periodicidade anual nos contratos de mútuo firmado com instituições financeiras é permitida quando houver expressa pactuação. Entendimento sedimentado pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do AgRg no AREsp n. 429.029/PR, Relator Ministro **Marco Buzzi**, julgado em 9.3.2016, por acórdão ainda pendente de publicação.*

2. Constatada pela instância de origem a inexistência de pactuação de capitalização dos juros no contrato, devida à exclusão do encargo. Decisão agravada mantida.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.460.897/SC, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 26.04.2016, DJe 04.05.2016)

Agravo regimental no recurso especial. Contratos bancários. Capitalização anual de juros. Cobrança. Possibilidade. Pactuação expressa. Necessidade. Taxas e tarifas bancárias. Inviabilidade na espécie ante a ausência de cópia do instrumento contratual firmado entre as partes. Súmulas 05 e 07/STJ. Incidência. 1. *Segundo a jurisprudência consolidada nesta Corte Superior, a cobrança de juros capitalizados*

em periodicidade anual nos contratos de mútuo firmado com instituições financeiras é permitida quando houver expressa pactuação neste sentido. 2. A ausência do contrato nos autos impossibilitou as instâncias ordinárias de analisar eventual abusividade na cobrança das tarifas bancárias em relação à média de mercado. Por esta razão, fica afastada a cobrança porquanto rever a conclusão do Tribunal de origem ensejaria a reapreciação do conteúdo fático-probatório dos autos, vedada pela Súmula 7 do STJ. 3. Decisão recorrida que deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, tendo em vista a ausência de argumentos novos aptos a modificá-la. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1.468.817/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 16.09.2014)

Embargos de declaração em recurso especial. Contrato de financiamento imobiliário. Carteira hipotecária. Operação de "Faixa Livre". Capitalização anual de juros. Possibilidade.

- A "faixa livre" compõe uma das categorias em que as entidades integrantes do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo podem destinar os recursos captados em depósitos de poupança.

- Os recursos destinados a operações de "faixa livre" não se encontram vinculados ao SFH, de sorte que não se lhes pode aplicar a legislação especial que regula essa modalidade de contratos, mas sim a Lei n. 4.595/1964.

- Nos contratos firmados por instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional anteriormente à edição da MP n. 1.963-17/00 (reeditada sob o n. 2.170-36/01), *é permitida a capitalização anual dos juros, desde que expressamente pactuada.*

Embargos de declaração acolhidos.

(EDcl no REsp 436.842/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23.08.2007, DJ 24.09.2007, p. 287)

Agravo regimental em agravo em recurso especial. Ação de prestação de contas. Segunda fase. Contrato de abertura de crédito em conta corrente. Imputação do pagamento. Art. 354 do CC/2002. Conclusão do acórdão recorrido calcado em prova pericial. Revisão. Súmula 7/STJ. Capitalização anual. Ausência de pactuação. Impossibilidade.

1. A revisão da questão relativa à imputação do pagamento, no presente caso, demandaria o revolvimento de matéria probatória, interdita nesta sede recursal por força do óbice contido na Súmula 7/STJ.

2. *Segundo a jurisprudência consolidada nesta Corte Superior, a cobrança de juros capitalizados em periodicidade anual nos contratos de mútuo firmado com instituições financeiras é permitida quando houver expressa pactuação neste sentido.*

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 457.312/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 06.05.2014, DJe 16.05.2014)

Agravo regimental. Recurso especial. Contrato bancário. Ação revisional. Capitalização anual de juros. Decisão agravada mantida.

1.- *De acordo com o entendimento das Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte, a pactuação da capitalização dos juros é exigida inclusive para a periodicidade anual.*

2.- O agravo não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

3.- Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.417.659/SC, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 11.02.2014, DJe 13.03.2014)

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Contrato bancário. Capitalização anual dos juros. Ausência de pactuação expressa. Súmula STJ/83.

1.- *É permitida a cobrança de juros capitalizados em periodicidade anual nos contratos bancários firmados com instituições financeiras, quando houver expressa pactuação neste sentido. Precedentes.*

2.- Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 442.971/PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 11.02.2014, DJe 13.03.2014)

Agravo regimental. Recurso especial. Contrato bancário. Capitalização dos juros. Ausência de pactuação. Reexame de provas. Interpretação de cláusulas contratuais. Súmulas 5 e 7 desta Corte.

1.- Tendo o acórdão reconhecido a ausência de expressa pactuação a respeito da capitalização mensal de juros, não há como acolher a pretensão do banco recorrente, ante o óbice das Súmulas 05 e 07 do Superior Tribunal de Justiça.

2.- *De acordo com o entendimento das Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte, a pactuação da capitalização dos juros é exigida inclusive para a periodicidade anual.*

3.- Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.250.497/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20.09.2012, DJe 10.10.2012)

Agravo regimental. Recurso especial. Contrato bancário. Ação revisional. Capitalização anual de juros. Decisão agravada mantida. 1.- *De acordo com o entendimento das Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte, a pactuação da capitalização dos juros é exigida inclusive para a periodicidade anual.* 2.- O agravo

não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. 3.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 1.417.659/SC, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 11.02.2014, DJe 13.03.2014)

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Contrato bancário. Capitalização anual dos juros. Ausência de pactuação expressa. Súmula STJ/83. 1.- É permitida a cobrança de juros capitalizados em periodicidade anual nos contratos bancários firmados com instituições financeiras, quando houver expressa pactuação neste sentido. Precedentes. 2.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 442.971/PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 11.02.2014, DJe 13.03.2014)

Embargos de declaração nos embargos de declaração no recurso especial. Omissão. Contrato bancário. Capitalização anual de juros. Possibilidade. Precedentes.

1. *A capitalização anual de juros em contratos bancários já era possível, mesmo em contratos anteriores à edição da MP 1.963-17/2000, desde que pactuada, com fundamento nos arts. 591 CC (1.262 do CC/1916) e 4º do DL n. 22.626/1933.*

2. Embargos declaratórios acolhidos.

(EDcl nos EDcl no REsp 749.867/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 04.11.2010);

Agravo interno no recurso especial. Contrato bancário. Capitalização de juros. Periodicidade anual. Art. 591 do Código Civil de 2002. Previsão contratual. Necessidade.

1. *É permitida a cobrança de juros capitalizados em periodicidade anual nos contratos bancários firmados com instituições financeiras, quando houver expressa pactuação neste sentido, circunstância não ocorrente na espécie.*

2. Agravo interno desprovido.

(AgRg no REsp 1.246.559/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 1º.08.2011)

Assim, tendo em vista que nos contratos bancários é aplicável o Código de Defesa do Consumidor (Súmula 297/STJ), a incidência da capitalização de juros, em qualquer periodicidade - na hipótese, a anual - não é automática, devendo ser expressamente pactuada, visto que, ante o princípio da boa-fé contratual e a hipossuficiência do consumidor, esse não pode ser cobrado por encargo sequer previsto contratualmente.

Ademais, não é possível presumir a pactuação quando não colacionado aos autos o contrato entabulado entre as partes, nos termos do artigo 359 do

CPC/1973, atual 400 do CPC/2015, pois ausente a cópia do contrato por omissão imputável à instituição financeira, de modo a impedir a aferição da existência de pactuação do encargo, impositivo observar o critério legalmente estabelecido, sendo tido como verdadeiros os fatos que o consumidor pretendia provar com a referida documentação, qual seja, a não pactuação ou abusividade dos encargos cobrados.

Nesse sentido:

Recurso especial. Processual Civil e Civil. Contratos bancários. Ação revisional. Juntada do contrato. Ausência. Art. 359/CPC/1973. Efeitos. Presunção de veracidade. Juros de mora. Cobrança. Possibilidade. Multa moratória. Pactuação. Necessidade.

1. Controvérsia limitada a definir se a falta de exibição do contrato pela instituição financeira impede ou não a cobrança dos encargos decorrentes da mora (multa moratória e juros de mora), à luz do disposto no art. 359 do CPC/1973.

2. Necessidade de aferir se a incidência dos consectários da mora depende de expressa pactuação entre as partes ou se decorre da própria lei e/ou da natureza do contrato.

3. Independentemente de pactuação entre as partes contratantes, os juros moratórios, por expressa imposição legal, são devidos em caso de retardamento na restituição do capital emprestado, decorrendo sua exigibilidade, atualmente, da norma prevista no art. 406 do Código Civil.

4. Ausente a cópia do contrato por omissão imputável à instituição financeira, de modo a impedir a aferição do percentual ajustado e da própria existência de pactuação, impõe-se observar o critério legalmente estabelecido.

5. No período anterior à vigência do novo Código Civil, os juros de mora são devidos à taxa de 0,5% ao mês (art. 1.062 do CC/1916); após 10.1.2003, devem incidir segundo os ditames do art. 406 do Código Civil de 2002, observado o limite de 1% imposto pela Súmula n. 379/STJ, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o devedor.

6. A multa moratória, espécie de cláusula penal (ou pena convencional), é estipulada contra aquele que retarda o cumprimento do ato ou fato a que se obrigou, dependendo sua exigibilidade, portanto, de prévia convenção contratual.

7. Somente a juntada do contrato permitiria inferir se houve ou não ajuste quanto à cobrança da multa moratória, de modo que, se a instituição financeira não se desincumbiu desse mister, presumem-se verídicos os fatos alegados pela parte.

8. Recurso especial provido.

(REsp 1.431.572/SC, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 07.06.2016, DJe 20.06.2016)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Processual Civil. Violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência. Exibição de documento. Dever de exibição. Presunção de veracidade. Art. 359 do CPC. Acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência desta Corte. Súmula 83/STJ. Recurso improvido. (...)

2. *Em ação de exibição incidental de documentos, ante a não apresentação de documento, é possível presumir a veracidade ficta do fato que se pretendia comprovar, a teor do art. 359 do CPC, cujos efeitos serão analisados pelo juiz da causa com base no conjunto de provas constantes dos autos. Incidência da Súmula n. 83/STJ.*

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 809.810/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 15.12.2015, DJe 03.02.2016)

Nessa medida, para a formação do precedente em recurso repetitivo, afirma-se a seguinte tese: *“A cobrança de juros capitalizados nos contratos de mútuo é permitida quando houver expressa pactuação”*.

É como voto.

2. *Análise do caso concreto*

2.1 No presente caso, o Tribunal de origem assentou que *nos contratos apresentados, a capitalização de juros não foi prevista, bem ainda ser inviável presumir o ajuste do encargo nas avenças não exibidas*.

Confira-se excerto do acórdão recorrido:

O inconformismo sustentou seria válida a capitalização mensal de juros, pois estaria autorizada pela Medida Provisória n. 2.170-36/2001. Alternativamente, pediu sua incidência anual.

No Instrumento particular de confissão de dívida” n. 12830372409 e no “contrato para financiamento de capital de movimento ou abertura de crédito e financiamento” n. 12830364694, na abertura de crédito em conta-corrente n. 12830754168, na “abertura de limite de crédito em conta-corrente - giro fácil”, “convênio para prestação de serviços de cobrança” e no “contrato ‘global de relacionamento comercial e financeiro (fls. 339/346, 360/364, 339/340, 343/346, 160/162 e 172/192), não foi contemplada esta metodologia em qualquer periodicidade. Nas avenças não exibidas, inviável presumir sua pactuação, em afronta ao princípio da transparência, pois

São direitos básicos do consumidor: [...] a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem com sobre os riscos que apresentem (art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor).

Portanto, o pleito não prospera, incidindo os juros remuneratórios de forma linear nos contratos referidos.

Quanto aos contratos exibidos, a inversão da premissa firmada no acórdão atacado acerca da ausência de pactuação do encargo capitalização de juros em qualquer periodicidade demandaria a reanálise de matéria fática e dos termos dos contratos, providências vedadas nesta esfera recursal extraordinária, em virtude dos óbices contidos nos Enunciados 5 e 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Relativamente aos pactos não exibidos, verifica-se ter o Tribunal *a quo* determinado a sua apresentação, tendo o banco-réu, ora insurgente, deixado de colacionar aos autos os contratos, motivo pelo qual lhe foi aplicada a penalidade constante do artigo 359 do CPC/1973 (atual 400 do NCPC), sendo considerados como verdadeiros os fatos que a autora pretendia provar com a referida documentação, qual seja, a não pactuação dos encargos cobrados.

Por esta razão, considerando a ausência do contrato apto a viabilizar a conferência da expressa pactuação da capitalização de juros em qualquer periodicidade e de ser inviável a presunção de que a cobrança de juros sobre juros na modalidade anual fora previamente ajustada, verifica-se que o acórdão recorrido está em conformidade com o entendimento do STJ, o que atrai a incidência da Súmula 83/STJ, aplicável igualmente aos recursos fulcrados tanto na alínea “a”, quanto na alínea “c”, do permissivo constitucional.

2.2 Quanto à repetição de indébito, é cabível quando verificado o pagamento indevido, independentemente da comprovação de erro, conforme a jurisprudência pacificada desta Corte Superior, sedimentada, inclusive, no enunciado sumular n. 322/STJ.

Nesse sentido:

Agravo regimental no recurso especial. Ação civil pública. Repetição do indébito. Admissibilidade. Súmula 322/STJ. Prova do erro. Prescindibilidade. Repetição em dobro. Ausência de má-fé. Repetição de forma simples. Agravo desprovido.

1. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é possível tanto a compensação de créditos quanto a devolução da quantia paga indevidamente, independentemente de comprovação de erro no pagamento, em obediência ao princípio que veda o enriquecimento ilícito. Inteligência da Súmula 322/STJ.

Todavia, para se determinar a repetição do indébito em dobro deve estar comprovada a má-fé, o abuso ou leviandade, como determinam os arts. 940 do

Código Civil e 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, o que não ficou comprovado na presente hipótese.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.498.617/MT, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 18.08.2016, DJe 29.08.2016)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ação revisional. Contrato bancário. Juros remuneratórios. Inaplicável limitação em 12% ao ano. Juros de mora. Percentual contratado em 1% ao mês. Possibilidade. Repetição/compensação do indébito. Agravo desprovido. (...)

3. No que concerne à compensação de valores e à repetição do indébito, esta eg. Corte tem jurisprudência pacífica no sentido de seu cabimento “sempre que verificado o pagamento indevido, em repúdio ao enriquecimento ilícito de quem o receber, independentemente da comprovação do erro” (REsp 615.012/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 8.6.2010).

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 591.826/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 08.03.2016, DJe 17.03.2016)

Processo Civil. Civil. Agravo no recurso especial. Capitalização de juros. Comissão de permanência. Repetição de indébito. Descaracterização da mora. Cadastros de proteção ao crédito. Inscrição. Manutenção da posse.

(...) - Aquele que recebeu o que não devia deve restituí-lo, sob pena de enriquecimento indevido, pouco relevando a prova do erro no pagamento.

(...) - Agravo não provido (AgRg no REsp 1.270.283/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJe de 20.8.2012).

Todavia, para se determinar a repetição do indébito em dobro deve estar comprovada a má-fé, o abuso ou leviandade, como determinam os artigos 940 do Código Civil e 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, o que não ocorreu na espécie, porquanto, segundo o Tribunal *a quo*, o tema da repetição em dobro sequer foi devolvida para apreciação.

Dessa forma, deve ser mantida a repetição do indébito de forma simples.

2.3 No que diz respeito à multa do art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil/1973, constata-se que, *in casu*, o recorrente procurou, com os embargos de declaração, satisfazer os pressupostos de admissibilidade dos recursos para os Tribunais Superiores, mais especificamente o prequestionamento. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, mesmo que se considere despcienda a menção explícita no acórdão dos dispositivos tidos como violados, ainda assim não há por que os considerar protelatórios.

Assim, ausente o caráter protelatório, aplicável ao caso a previsão constante da Súmula 98 desta Corte: “*Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório*”.

2.4 Do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial, apenas para afastar a multa imposta no julgamento dos embargos de declaração.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Trata-se de recurso especial interposto pelo HSBC Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo contra acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, proferido nos autos de ação revisional de contratos de conta corrente, crédito e capital de giro c/c pedido de tutela antecipada de exibição de documentos, tendo por objeto a discussão dos encargos cobrados a título de juros remuneratórios, capitalização e comissão de permanência, e a consequente repetição do indébito dos valores exigidos indevidamente.

Em virtude de a questão alusiva à possibilidade da cobrança de capitalização anual de juros independentemente de expressa pactuação entre as partes revelar caráter representativo de controvérsia, o recurso especial foi afetado para julgamento perante a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 1.036 do CPC/2015.

Por se tratar de matéria que foi exaustivamente debatida - também pela Segunda Seção - no julgamento do AgRg no AREsp n. 429.029/PR, peço licença para reproduzir os fundamentos que aduzi, naquela oportunidade, em voto vista, acompanhando a orientação encaminhada pelo Ministro Marcos Buzzi, que é relator em ambos os feitos:

(...).

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha decidido que a Lei n. 4.595/1964 derogou a Lei de Usura no tocante ao limite da taxa de juros para instituições financeiras (Súmula 596/STF), a Lei de Reforma Bancária não derogou o Decreto n. 22.626/1933 quanto à proibição da capitalização de juros (Súmula 121/STF), cuja incidência passou a ser admitida somente quando autorizada por lei especial, como ocorre, por exemplo, com as leis que disciplinam as cédulas de crédito rural, comercial e industrial (Súmula 93/STJ) ou bancário (Lei n. 10.931/2004), e desde que expressamente pactuada. O mesmo se entendeu em relação à capitalização

com periodicidade inferior a um ano, para os contratos celebrados a partir de 30.3.2000, em consonância com a MP n. 1.963-17 do mesmo ano, reeditada sob o n. 2.170-36/2001.

De um modo geral, podemos inferir que a despeito da existência de previsão legal, a orientação jurisprudencial se consolidou no sentido de que, em regra, a cobrança da capitalização ficaria condicionada à existência de previsão contratual, exceção feita aos contratos oriundos do Sistema Financeiro da Habitação, conforme decidido pelo Segunda Seção no julgamento do REsp n. 1.095.852/PR, Relatora a Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe de 19.3.2012.

No caso em análise, os votos divergentes consignaram, em abreviada síntese, que diante do próprio custo de captação do dinheiro e pela lógica do sistema financeiro, as instituições bancárias estariam autorizadas a cobrar juros capitalizados, na forma anual, independentemente de pactuação prévia, em razão do que dispõem os arts. 4º do Decreto-Lei n. 22.626/1933 (Lei de Usura) e 591 do Código Civil de 2002, assim redigidos:

Art. 4º. É proibido contar juros dos juros: esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano.

Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.

Todavia, na interpretação do alcance dessas normas, penso que não há como se extrair a presumida autorização.

Primeiramente, ao que se depreende do art. 591 do Código Civil, quando o mútuo se destina a fins econômicos, os juros devem ser cobrados, como expressão de rendimento ou remuneração pelo empréstimo do dinheiro, ou seja, como compensação pelo período em que o credor ficou privado do capital que foi emprestado.

O comando da regra em enfoque, todavia, não tem aplicação direta, uma vez que remete o intérprete ao art. 406 para a obtenção da taxa de juros a ser aplicada, deixando claro que, embora presumidamente devidos, os juros não podem exceder, sob pena de redução, a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Por sua vez, a parte final do artigo em comento permite a incidência da capitalização anual o que, *primo octuli*, poderia nos levar à ideia de que as instituições financeiras estariam liberadas da pactuação expressa como condição para implementar a aludida cobrança.

Ocorre que a Segunda Seção desta Corte Superior, no julgamento do Recurso Especial n. 1.061.530/RS, representativo de controvérsia repetitiva, nos

termos do art. 543-C do CPC, da relatoria da Ministra *Nancy Andrighi*, assentou a inaplicabilidade das disposições do art. 591 c/c o art. 406 do diploma civil aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário.

Esta a ementa do referido julgado:

Direito Processual Civil e Bancário. Recurso especial. Ação revisional de cláusulas de contrato bancário. Incidente de processo repetitivo. Juros remuneratórios. Configuração da mora. Juros moratórios. Inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes. Disposições de ofício. Delimitação do julgamento.

Constatada a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, foi instaurado o incidente de processo repetitivo referente aos contratos bancários subordinados ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos da ADI n. 2.591-1. Exceto: cédulas de crédito rural, industrial, bancária e comercial; contratos celebrados por cooperativas de crédito; contratos regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação, bem como os de crédito consignado.

Para os efeitos do § 7º do art. 543-C do CPC, a questão de direito idêntica, além de estar selecionada na decisão que instaurou o incidente de processo repetitivo, deve ter sido expressamente debatida no acórdão recorrido e nas razões do recurso especial, preenchendo todos os requisitos de admissibilidade.

Neste julgamento, os requisitos específicos do incidente foram verificados quanto às seguintes questões: i) juros remuneratórios; ii) configuração da mora; iii) juros moratórios; iv) inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes e v) disposições de ofício.

Preliminar

O Parecer do MPF opinou pela suspensão do recurso até o julgamento definitivo da ADI 2.316/DF. Preliminar rejeitada ante a presunção de constitucionalidade do art. 5º da MP n. 1.963-17/00, reeditada sob o n. 2.170-36/01.

I - Julgamento das questões idênticas que caracterizam a multiplicidade.

Orientação 1 - Juros remuneratórios

a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto n. 22.626/1933), Súmula 596/STF;

b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade;

c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/2002;

d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada? art. 51, § 1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto.

Orientação 2 - Configuração da mora

a) O reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) descaracteriza a mora;

b) Não descaracteriza a mora o ajuizamento isolado de ação revisional, nem mesmo quando o reconhecimento de abusividade incidir sobre os encargos inerentes ao período de inadimplência contratual.

Orientação 3 - Juros moratórios

Nos contratos bancários, não-regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês.

Orientação 4 - Inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes

a) A abstenção da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) a ação for fundada em questionamento integral ou parcial do débito; ii) houver demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) houver depósito da parcela incontroversa ou for prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz;

b) A inscrição/manutenção do nome do devedor em cadastro de inadimplentes decidida na sentença ou no acórdão observará o que for decidido no mérito do processo. Caracterizada a mora, correta a inscrição/manutenção.

Orientação 5 - Disposições de ofício

É vedado aos juízes de primeiro e segundo grau de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários. Vencidos quanto a esta matéria a Min. Relatora e o Min. Luis Felipe Salomão.

II - Julgamento do recurso representativo (REsp 1.061.530/RS)

A menção a artigo de lei, sem a demonstração das razões de inconformidade, impõe o não-conhecimento do recurso especial, em razão da sua deficiente fundamentação. Incidência da Súmula 284/STF. O recurso especial não constitui via adequada para o exame de temas constitucionais, sob pena de usurpação da competência do STF. Devem ser decotadas as disposições de ofício realizadas pelo acórdão recorrido.

Os juros remuneratórios contratados encontram-se no limite que esta Corte tem considerado razoável e, sob a ótica do Direito do Consumidor, não merecem ser revistos, porquanto não demonstrada a onerosidade excessiva na hipótese.

Verificada a cobrança de encargo abusivo no período da normalidade contratual, resta descaracterizada a mora do devedor.

Afastada a mora: i) é ilegal o envio de dados do consumidor para quaisquer cadastros de inadimplência; ii) deve o consumidor permanecer na posse do bem alienado fiduciariamente e iii) não se admite o protesto do título representativo da dívida.

Não há qualquer vedação legal à efetivação de depósitos parciais, segundo o que a parte entende devido.

Não se conhece do recurso quanto à comissão de permanência, pois deficiente o fundamento no tocante à alínea “a” do permissivo constitucional e também pelo fato de o dissídio jurisprudencial não ter sido comprovado, mediante a realização do cotejo entre os julgados tidos como divergentes. Vencidos quanto ao conhecimento do recurso a Min. Relatora e o Min. Carlos Fernando Mathias.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, para declarar a legalidade da cobrança dos juros remuneratórios, como pactuados, e ainda decotar do julgamento as disposições de ofício. Ônus sucumbenciais redistribuídos. (grifei)

A meu ver, essa orientação consolidada pela Segunda Seção, ainda que de forma implícita, extraiu com propriedade a *ratio essendi* do art. 591 do Código Civil, cuja redação tem por objetivo evitar a prática de agiotagem nos contratos de mútuo firmados entre particulares, razão pela qual, como forma de compensar a limitação imposta à cobrança de juros – que não poderão exceder a taxa prevista para a mora de dívidas com o erário –, o legislador permitiu que sobre o saldo devedor nesse tipo de operação incidisse a capitalização anual.

Contudo, por imperativo de lógica interpretativa, em não sendo aplicável a vedação do *caput* às instituições financeiras no que se refere à limitação da taxa de juros, também não lhes pode ser estendida a ressalva da parte final do artigo, atinente à permissão de incidência da capitalização anual.

É que, uma vez afastado o texto referente ao principal, que é a cobrança de juros, não pode ele permanecer em relação à capitalização anual, que lhe é parte acessória ou subordinada, haja vista a conexidade existente entre ambas.

Desse modo, afastada a subsunção do caso ao comando do art. 591 do Código Civil, restaria o art. 4º do Decreto-Lei n. 22.626/1933 (Lei de Usura) para sustentar a tese recursal. Todavia, entendo que esse dispositivo também não tem o alcance suficiente para autorizar a incidência da capitalização anual independentemente

de pactuação, na medida em que os contratos celebrados por instituições bancárias estão sujeitos não apenas às normas inerentes ao Sistema Financeiro Nacional e à fiscalização pelo BACEN, mas também aos princípios constitucionais de proteção da ordem econômica e financeira, com a expressa proteção e defesa do consumidor, atraindo, à hipótese, a incidência da Súmula 297/STJ, a qual dispõe que as regras consumeristas são aplicáveis às instituições financeiras.

Nesse passo, a par dos argumentos aduzidos pelo relator, Ministro *Marco Buzzi* e pelo Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*, há ainda que se considerar a regra preconizada pelo art. 46 do Código de Defesa do Consumidor, no sentido de que “os contratos que regulam as relações de consumo *não obrigam os consumidores se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo*, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.” (grifei)

Complementarmente, também merece destaque o art. 52 do referido diploma legal, o qual dispõe que “no fornecimento de produtos ou serviços que envolve *outorga de crédito ou concessão de financiamento* ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre (II) o montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros; (III) *acréscimos legalmente previstos* e (V) *soma total a pagar*, com e sem financiamento. (grifei)

Na esfera doutrinária, esclarece **Rizzatto Nunes** que “em todo e qualquer tipo de contrato de compra de produto ou serviço em que o preço estiver sendo pago pelo consumidor mediante *financiamento ou qualquer tipo de outorga de crédito* e mesmo nos pedidos de empréstimo (mútuo, desconto de nota promissória, **‘cheque especial’, linha de crédito etc.**), ou, ainda, nos financiamentos das despesas feitas com o cartão de crédito etc., o fornecedor direto e/ou o financiador devem fornecer as informações previstas no art. 52.” (**Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 2007, Saraiva, 3ª ed., p. 605**) (grifei)

A redação dos dispositivos acima mencionados tem origem no princípio da transparência e decorre também do elemento formador do contrato que, na espécie, é típico de adesão. Dessa maneira, se não há sentido lógico ou jurídico em obrigar o consumidor a cumprir cláusula contratual criada unilateralmente pela vontade e decisão do fornecedor, sem antes permitir que ele tome conhecimento de seu inteiro teor, com maior razão entendo que, por gerar ônus financeiro à parte, a cobrança de juros capitalizados anualmente não pode ser estabelecida a partir de mera presunção legal.

Ora, a tese de presunção de autorização legislativa, no caso, não se mostra consentânea com a regra principiológica de que o consumidor, ao contratar, deve ter o alcance das repercussões econômicas avençadas com a instituição financeira, sob pena de se contrariar, inclusive, o princípio da boa-fé objetiva.

Se são as instituições financeiras que detêm a iniciativa de redigir os termos do contrato, cabendo ao cliente meramente aderir às cláusulas previamente estipuladas, não há como se flexibilizar a exigência mínima da pactuação, a fim

de favorecer aquele que sabidamente é a parte mais forte da relação, até porque os bancos, sendo especializados neste tipo de operação, compreendem a exata dimensão da repercussão da capitalização na apuração do débito.

Apenas a título ilustrativo, sobre o tema, destaco no âmbito desta Corte os seguintes precedentes:

Agravo regimental no recurso especial. Contratos bancários. Capitalização anual de juros. Cobrança. Possibilidade. Pactuação expressa. Necessidade. Taxas e tarifas bancárias. Inviabilidade na espécie ante a ausência de cópia do instrumento contratual firmado entre as partes. Súmulas 05 e 07/STJ. Incidência.

1. Segundo a jurisprudência consolidada nesta Corte Superior, *a cobrança de juros capitalizados em periodicidade anual nos contratos de mútuo firmado com instituições financeiras é permitida quando houver expressa pactuação neste sentido.*

2. A ausência do contrato nos autos impossibilitou as instâncias ordinárias de analisar eventual abusividade na cobrança das tarifas bancárias em relação à média de mercado. Por esta razão, fica afastada a cobrança porquanto rever a conclusão do Tribunal de origem ensejaria a reapreciação do conteúdo fático-probatório dos autos, vedada pela Súmula 7 do STJ.

3. Decisão recorrida que deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, tendo em vista a ausência de argumentos novos aptos a modificá-la.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp n. 1.468.817/PR, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 16.9.2014);

Agravo regimental. Recurso especial. Contrato bancário. Ação revisional. Capitalização anual de juros. Decisão agravada mantida.

1.- De acordo com o entendimento das Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte, *a pactuação da capitalização dos juros é exigida inclusive para a periodicidade anual.*

2.- O agravo não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

3.- Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.417.659/SC, Relator o Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe de 13.3.2014);

Agravo regimental no recurso especial. Negócios jurídicos bancários. Decisão agravada de acordo com a jurisprudência consolidada do STJ (súmula e art. 543-C do CPC).

1. Sem a juntada do contrato ou o reconhecimento pelo Tribunal de origem, no acórdão recorrido, da pactuação expressa da capitalização dos juros, a sua cobrança não é possível.

2. Inviável, em sede de recurso especial, nos termos das Súmulas 05 e 07/STJ, o conhecimento da alegação relativa à capitalização.

3. Agravo desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.249.902/SC, Relator o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe de 9.4.2013).

Em conclusão, ainda que exista previsão legal acerca da capitalização anual dos juros, o que não se nega, penso que a sua cobrança não pode prescindir de estipulação contratual clara e específica, visto que, por gerar ônus à parte, não é autoaplicável, sob pena de se permitir, na expressão utilizada por **Nelson Rosenvald**, "o exercício excessivo do direito subjetivo ao crédito pelas instituições financeiras."

Ademais, nas causas que envolvem relação de consumo, diante da ausência de estipulação contratual, eventual presunção de contratação somente incidirá quando beneficiar o consumidor.

Feitas essas considerações, voto acompanhando o relator, no sentido de dar parcial provimento ao recurso especial, apenas para afastar a multa imposta no julgamento dos embargos de declaração.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Senhor Presidente, igualmente a minha saudação aos eminentes advogados pelas sustentações orais e uma saudação muito especial ao eminente Relator pelo voto. Eu também estou acompanhando integralmente Sua Excelência, ratificando o meu voto-vista proferido no julgamento do Agravo em Recurso Especial n. 429.029/PR. Eis o teor:

Eminentes colegas. Pedi vista dos autos na sessão de 24.06.2015 para analisar com mais cuidado a controvérsia acerca da necessidade de pactuação expressa da capitalização anual de juros nos contratos bancários, em face da divergência estabelecida e da densidade dos argumentos apresentados tanto pelo relator do recurso,

Min. Marco Buzzi, como pela Ministra Maria Isabel Galloti, que abriu divergência, e pelo Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, que a acompanhou.

Com efeito, o relator do recurso, Min. Marco Buzzi, em minucioso voto, abordou todo o histórico da capitalização dos juros no ordenamento jurídico, concluindo pela impossibilidade de se presumir a capitalização anual.

A Min. Maria Isabel Galloti abriu divergência, proferindo voto no sentido de ser admitida a capitalização anual de juros, independentemente de pactuação.

Como fundamento do voto divergente, S. Exa. mencionando precedentes desta Corte, pondera sobre equilíbrio entre a captação e o empréstimo de recursos no sistema financeiro nacional, de modo que não seria adequada a capitalização automática apenas na captação de recursos.

Na sequência, o Min. Ricardo Villas Bôas Cueva proferiu voto acompanhando a divergência.

*Em seu voto, S. Exa. menciona doutrina de NEWTON FREITAS (*A Taxa de Juros*. Fortaleza: ABC Editora, 2001, p. 52), para quem a capitalização decorreria da racionalidade e do equilíbrio do sistema financeiro, sendo mais sensível nos mútuos de médio e longo prazo, justamente os que mais contribuem para o desenvolvimento econômico do país.*

Pois bem, com a devida vênia dos Ministros que votaram com a divergência, acompanho o relator.

*Primeiramente, cumpre esclarecer que a controvérsia dos presentes autos não se confunde com aquela antiga polêmica acerca da legitimidade da capitalização dos juros, que tem suas origens no período republicano da civilização romana, como tive oportunidade de analisar em sede doutrinária (*Contratos Nominados II: contrato estimatório, doação, locação de coisas, empréstimo (comodato - mútuo)*, 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 318 s.).*

Efetivamente, no modo de produção capitalista, em que a nossa sociedade está inserida, não há mais espaço para as correntes de pensamento de outrora, que tratavam a capitalização como uma vantagem ilegítima obtida pelo credor, algo moralmente reprovável.

Não se questiona, portanto, a legitimidade da capitalização.

O que se questiona é a possibilidade de incorporação automática dos juros ao capital, independentemente de manifestação de vontade das partes.

A solução dessa controvérsia, a meu ver, passa necessariamente pela distinção entre norma permissiva e norma supletiva, como bem destacou o relator, em seu voto.

Segundo a classificação doutrinária de MARIA HELENA DINIZ (Compêndio de Introdução ao Estudo do Direito. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 410), as normas permissivas simplesmente consentem com uma ação ou abstenção, ao passo que as normas supletivas, além de consentirem com uma ação, suprem a manifestação de vontade das partes, no caso de abstenção.

No caso da capitalização anual, há inúmeras norma permissivas, que autorizam a capitalização, mas nenhuma norma supletiva, que substituiria a manifestação de vontade dos contratantes.

Efetivamente, como bem demonstrado pelo relator, em seu minucioso voto, todas normas existentes na legislação brasileira permitem/assentem/autorizam/não-proíbem/consentem/concordam com a capitalização anual, mas nenhuma impõe a capitalização anual no silêncio das partes.

Tratando-se, portanto, de normas permissivas, a capitalização sempre depende de manifestação expressa de vontade.

Sob outro ângulo, cabe lembrar que esta Corte Superior tem sido extremamente condescendente com as instituições financeiras ao admitir a cobrança de juros remuneratórios à média de mercado (e não à taxa legal), na hipótese de ausência de instrumento contratual, pois a simples ausência de contrato escrito, em se tratando de instituição financeira, já configura uma violação à lei, uma vez que estão obrigadas manter arquivo de suas operações financeiras.

Não caberia, portanto, avançar ainda mais em favor das instituições financeiras, para admitir a capitalização à margem da lei e da autonomia da vontade, sob pena se inverter o sentido do disposto no art. 47 do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece um vetor interpretativo em favor do consumidor, não do fornecedor.

No caso dos autos, como não houve prova de que a capitalização teria sido pactuada, pois sequer houve juntada dos contratos, os juros devem se computados na forma simples, sem capitalização.

Destarte, acompanho o relator para negar provimento ao agravo regimental.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao agravo regimental.

É o voto.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Senhor Presidente, adiro ao voto do Relator, com a ressalva de minha posição em sentido contrário já manifestada em voto que ficou vencido, lembrado por Sua Excelência.

Quero apenas esclarecer, tendo em vista as cuidadosas sustentações orais do Doutor Gustavo Tepedino e do Doutor Flávio Santos, que o meu voto de adesão ao voto do eminente Relator se restringe à questão posta no recurso especial; ou seja, pretende-se, no recurso especial, que seja possível a capitalização de juros em intervalo anual, mesmo que não expressamente pactuada. E esta Seção, por maioria, já entendeu que mesmo a capitalização anual tem de ser pactuada.

Entendo que capitalização de juros, vedada pela Lei de Usura, tal como esclareceu o voto do eminente Relator, acontece no curso da evolução de um contrato quando o capital não é pago no tempo oportuno e incidem juros, novos juros, sobre o valor devido no qual já estavam incluídos juros vencidos. Ou seja, capitalização ilegal, vedada pela Lei de Usura, é incidência de juros sobre juros vencidos que não foram pagos, sobre todo o capital no qual estão incluídos os juros vencidos não pagos. E foi isso o que aconteceu no presente caso em que o devedor, o autor da ação revisional, era devedor de vários contratos. Houve uma renegociação e ele questiona os encargos incidentes sobre a dívida vencida e renegociada. Atenta à jurisprudência desta Seção, penso que, como não foi juntado contrato em que houvesse uma cláusula dizendo “é possível capitalizar juros anualmente”, nesse caso, não se pode capitalizar juros sequer anualmente.

Não estou aqui emitindo voto sobre a questão posta nas sustentações orais, mas que não está discutida no recurso especial, de que, em face da ausência do contrato, deve-se aplicar a taxa média de mercado dos juros, e esta taxa média de mercado deva ser a taxa média efetiva informada pelo Banco Central.

Com efeito, todas as taxas de juros podem ser expressas na forma nominal ou na forma efetiva. A taxa efetiva será igual à taxa nominal sempre que coincidente o período em que expressa a taxa com o período da incidência de juros. Somente a taxa efetiva traduz os juros reais do contrato e permite a comparação e equalização das taxas de juros no mercado. Mas tal distinção não é debatida no acórdão recorrido e nem no recurso especial. Reservo-me para apreciar tal questão, portanto, em outra oportunidade.

Aqui mesmo, por exemplo, na inicial, o autor pediu que os juros não fossem fixados em percentual superior a 12% (doze por cento) ao ano. Ora, isso é a taxa efetiva postulada. Ele quer reduzir a taxa efetiva, não sei qual era a cobrada, para a taxa efetiva de 12% (doze por cento) ao ano. Essa taxa efetiva de 12% ao ano pode ser decomposta em uma taxa mensal nominal, sem alteração da onerosidade do encargo. Mas penso que essa questão não está posta no recurso especial. O que está sendo proibido no presente julgamento, nos termos

do pedido no recurso especial – ou seja, rejeitada a pretensão da parte recorrente –, é incidência de novos juros sobre os juros vencidos e não pagos e incorporados ao capital. Não se está decidindo aqui que a taxa média do Banco Central não seja a taxa efetiva. Essa questão não foi posta e, a meu ver, em tudo é diversa do fenômeno vedado pela Lei de Usura sob o título de capitalização de juros.

É nesse sentido que adiro ao voto do Ministro Relator, que se limita ao que está posto no recurso especial. Penso que outras oportunidades haverá em que o Tribunal poderá se dedicar a essa questão da diferença entre a taxa efetiva e a taxa nominal, da formação da taxa de juros, que é uma questão prévia ao cumprimento do contrato, que independe de haver adimplemento ou não, de haver incorporação de juros vencidos e não pagos ao capital ou não, porque ela é pactuada antes da própria execução do contrato.

Nesse sentido, acompanho, com ressalva do meu entendimento, o voto do Ministro Relator.

RECURSO ESPECIAL N. 1.622.555-MG (2015/0279732-8)

Relator: Ministro Marco Buzzi

Relator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Recorrente: Banco Volkswagen S.A

Advogados: Ana Luiza Duro Keller - MG117879

Nathália Porto Fróes Kastrup - RJ155144

Rodrigo Lelis Ribeiro Leite - MG150292

Manoel Arcanjo Dama Filho - MT004482N

Recorrido: Gilvanil da Silva Monteiro

Advogado: Sem Representação nos Autos - SE000000M

EMENTA

Recurso especial. Ação de busca e apreensão. Contrato de financiamento de veículo, com alienação fiduciária em garantia regido pelo Decreto-Lei n. 911/1969. Incontroverso inadimplemento das

quatro últimas parcelas (de um total de 48). Extinção da ação de busca e apreensão (ou determinação para aditamento da inicial, para transmudá-la em ação executiva ou de cobrança), a pretexto da aplicação da teoria do adimplemento substancial. Descabimento. 1. Absoluta incompatibilidade da citada teoria com os termos da lei especial de regência. Reconhecimento. 2. Remancipação do bem ao devedor condicionada ao pagamento da integralidade da dívida, assim compreendida como os débitos vencidos, vincendos e encargos apresentados pelo credor, conforme entendimento consolidado da Segunda Seção, sob o rito dos recursos especiais repetitivos (REsp n. 1.418.593/MS). 3. Interesse de agir evidenciado, com a utilização da via judicial eleita pela lei de regência como sendo a mais idônea e eficaz para o propósito de compelir o devedor a cumprir com a sua obrigação (agora, por ele reputada ínfima), sob pena de consolidação da propriedade nas mãos do credor fiduciário. 4. Desvirtuamento da teoria do adimplemento substancial, considerada a sua finalidade e a boa-fé dos contratantes, a ensejar o enfraquecimento do instituto da garantia fiduciária. Verificação. 5. Recurso especial provido.

1. A incidência subsidiária do Código Civil, notadamente as normas gerais, em relação à propriedade/titularidade fiduciária sobre bens que não sejam móveis infugíveis, regulada por leis especiais, é excepcional, somente se afigurando possível no caso em que o regramento específico apresentar lacunas e a solução ofertada pela “lei geral” não se contrapuser às especificidades do instituto regulado pela lei especial (*ut* Art. 1.368-A, introduzido pela Lei n. 10.931/2004).

1.1 Além de o Decreto-Lei n. 911/1969 não tecer qualquer restrição à utilização da ação de busca e apreensão em razão da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento, é expresso em exigir a quitação integral do débito como condição imprescindível para que o bem alienado fiduciariamente seja remancipado. Em seus termos, para que o bem possa ser restituído ao devedor, livre de ônus, não basta que ele quite quase toda a dívida; é insuficiente que pague substancialmente o débito; é necessário, para esse efeito, que quite integralmente a dívida pendente.

2. Afigura-se, pois, de todo incongruente inviabilizar a utilização da ação de busca e apreensão na hipótese em que o inadimplemento

revela-se incontroverso — desimportando sua extensão, se de pouca monta ou se de expressão considerável —, quando a lei especial de regência expressamente condiciona a possibilidade de o bem ficar com o devedor fiduciário ao pagamento da integralidade da dívida pendente. Compreensão diversa desborda, a um só tempo, do diploma legal exclusivamente aplicável à questão em análise (Decreto-Lei n. 911/1969), e, por via transversa, da própria orientação firmada pela Segunda Seção, por ocasião do julgamento do citado REsp n. 1.418.593/MS, representativo da controvérsia, segundo a qual a restituição do bem ao devedor fiduciante é condicionada ao pagamento, no prazo de cinco dias contados da execução da liminar de busca e apreensão, da integralidade da dívida pendente, assim compreendida como as parcelas vencidas e não pagas, as parcelas vincendas e os encargos, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial.

3. Impor-se ao credor a preterição da ação de busca e apreensão (prevista em lei, segundo a garantia fiduciária a ele conferida) por outra via judicial, evidentemente menos eficaz, denota absoluto descompasso com o sistema processual. Inadequado, pois, extinguir ou obstar a medida de busca e apreensão corretamente ajuizada, para que o credor, sem poder se valer de garantia fiduciária dada (a qual, diante do inadimplemento, conferia-lhe, na verdade, a condição de proprietário do bem), intente ação executiva ou de cobrança, para só então adentrar no patrimônio do devedor, por meio de constrição judicial que poderá, quem sabe (respeitada a ordem legal), recair sobre esse mesmo bem (naturalmente, se o devedor, até lá, não tiver dele se desfeito).

4. A teoria do adimplemento substancial tem por objetivo precípuo impedir que o credor resolva a relação contratual em razão de inadimplemento de ínfima parcela da obrigação. A via judicial para esse fim é a ação de resolução contratual. Diversamente, o credor fiduciário, quando promove ação de busca e apreensão, de modo algum pretende extinguir a relação contratual. Vale-se da ação de busca e apreensão com o propósito imediato de dar cumprimento aos termos do contrato, na medida em que se utiliza da garantia fiduciária ajustada para compelir o devedor fiduciante a dar cumprimento às obrigações faltantes, assumidas contratualmente (e agora, por ele, reputadas

ínfimas). A consolidação da propriedade fiduciária nas mãos do credor apresenta-se como consequência da renitência do devedor fiduciante de honrar seu dever contratual, e não como objetivo imediato da ação. E, note-se que, mesmo nesse caso, a extinção do contrato dá-se pelo cumprimento da obrigação, ainda que de modo compulsório, por meio da garantia fiduciária ajustada.

4.1 É questionável, se não inadequado, supor que a boa-fé contratual estaria ao lado de devedor fiduciante que deixa de pagar uma ou até algumas parcelas por ele reputadas ínfimas — mas certamente de expressão considerável, na ótica do credor, que já cumpriu integralmente a sua obrigação —, e, instado extra e judicialmente para honrar o seu dever contratual, deixa de fazê-lo, a despeito de ter a mais absoluta ciência dos gravosos consectários legais advindos da propriedade fiduciária. A aplicação da teoria do adimplemento substancial, para obstar a utilização da ação de busca e apreensão, nesse contexto, é um incentivo ao inadimplemento das últimas parcelas contratuais, com o nítido propósito de desestimular o credor - numa avaliação de custo-benefício - de satisfazer seu crédito por outras vias judiciais, menos eficazes, o que, a toda evidência, aparta-se da boa-fé contratual propugnada.

4.2. A propriedade fiduciária, concebida pelo legislador justamente para conferir segurança jurídica às concessões de crédito, essencial ao desenvolvimento da economia nacional, resta comprometida pela aplicação deturpada da teoria do adimplemento substancial.

5. Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, dar provimento ao recurso especial para reconhecer a existência de interesse de agir do demandante em promover ação de busca e apreensão, independentemente da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento, determinando o retorno dos autos à origem, e o prosseguimento do feito tal como proposto (ação de busca e apreensão), nos termos do voto do Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze, que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze os Srs. Antonio Carlos Ferreira, Moura Ribeiro, Nancy Andrighi, Maria Isabel Gallotti e Ricardo Villas Bôas Cueva.

Vencidos os Srs. Ministros Marco Buzzi (Relator) e Luis Felipe Salomão.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Brasília (DF), 22 de fevereiro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator p/Acórdão

DJe 16.3.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Banco Volkswagen S/A*, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c” da Constituição Federal, em desafio a acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Na origem, trata-se de ação de busca e apreensão pelo Decreto n. 911/1969 ajuizada pela financeira em face de *Gilvanil da Silva Monteiro*, objetivando a retomada do veículo Gol City 1.0, preto, modelo 2008, placa JRH 2213/MG, alienado fiduciariamente no bojo da cédula de crédito bancário 21736183, firmada em 1º.09.2010, na qual o banco concedeu ao requerido um crédito de R\$ 14.739,17 (quatorze mil, setecentos e trinta e nove reais e dezessete centavos) para pagamento em 48 parcelas no valor nominal de R\$ 439,86 (quatrocentos e trinta e nove reais e trinta e seis centavos), ocorrendo o vencimento da primeira em 10.10.2010 e o da última em 10.09.2014.

Asseverou a casa bancária em sua petição inicial, que o demandado não efetuou a quitação das quatro últimas prestações vencidas nos dias 10.06, 10.07, 10.08 e 10.09, perfazendo o montante de R\$ 2.052,36 (dois mil e cinquenta e dois reais e trinta e seis centavos) e, estando a mora devidamente comprovada nos termos do artigo 2º, § 2º do Decreto n. 911/1969, requereu o deferimento liminar da busca e apreensão do veículo alienado fiduciariamente e, decorrido o prazo de cinco dias sem que haja o pagamento integral da dívida pendente segundo os valores apresentados pelo requerente, seja desde já consolidada a propriedade e posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário.

O magistrado *a quo* (fls. 34-37) julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, por considerar a autora carecedora de ação (falta de interesse-adequação), visto que teria utilizado para a satisfação de seu crédito a via inadequada, porquanto desautorizada a rescisão/resolução do ajuste quando adimplido substancialmente o contrato (91,66%).

Interposta a apelação, o Desembargador relator negou seguimento ao recurso (fls. 61-66) face a interpretação sistemática dos princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e da vedação ao enriquecimento sem causa.

O órgão colegiado, em sede de agravo interno, manteve a deliberação nos termos da seguinte ementa:

Agravo interno. Apelação. Busca e apreensão. Adimplemento substancial. Falta de interesse de agir. Manifesta improcedência. Aplicação do art. 557 do CPC. Negativa monocrática de seguimento. Regularidade. A teoria do adimplemento substancial tem sido aplicada pelos tribunais pátrios como instrumento de equidade colocado à disposição do intérprete para que nas hipóteses em que a extinção da obrigação esteja muito próxima do fim, exclua-se a possibilidade de resolução do contrato mediante a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, permitindo-se somente a propositura de ação de cobrança do saldo em aberto ou eventual execução.

Em suas razões recursais (fls. 86-102), o recorrente aponta, além de dissídio jurisprudencial, violação aos arts. 2º, § 2º e 3º, do DL n. 911/1969 e 422 do Código Civil, sustentando, em síntese: *a)* a necessidade de deferimento da liminar de busca e apreensão ante o inadimplemento do devedor fiduciário, por consistir direito do credor utilizar-se de quaisquer das tutelas disponíveis para a satisfação de seu crédito, estando presente o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido, não cabendo ao poder judiciário limitar qual o tipo de ação deve ser intentada” pelo credor fiduciário; e, *b)* a inaplicabilidade da teoria do adimplemento substancial, porquanto o Decreto regulamentador da matéria não impõe limites para o ajuizamento da ação da busca e apreensão haja vista que o bem garantidor da obrigação é até a quitação integral da dívida de propriedade do credor fiduciário, bem ainda não se tratar se valor irrisório, considerando o montante total do mútuo contratado.

Inadmitido o recurso na origem, adveio agravo (art. 544 do CPC/1973) visando destrancar a insurgência, tendo este signatário negado-lhe provimento (fls. 157-160). Em sede de agravo regimental no bojo do qual não se conhecia

do reclamo ante a violação ao princípio da dialeticidade (Súmula 182/STJ), o colegiado da Quarta Turma, por maioria, conheceu do agravo regimental e na oportunidade determinou a conversão do agravo em recurso especial. E, acolhendo questão de ordem suscitada pelo relator, a Turma, por maioria, afetou o julgamento do feito à Segunda Seção.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

Ementa: Recurso especial. Ação de busca e apreensão pelo Decreto n. 911/1969. Mútuo com garantia de alienação fiduciária. Instâncias ordinárias que extinguiram o processo, sem julgamento de mérito, em razão do adimplemento substancial do contrato não permitir a resolução do ajuste mediante a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, permitindo-se somente a propositura de ação de cobrança do saldo em aberto ou eventual execução.

Hipótese: Controvérsia referente à análise acerca da possibilidade de deferimento liminar e manejo da ação de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, quando verificado o adimplemento substancial do contrato.

1. Consoante a teoria do adimplemento substancial, admitida doutrinária e jurisprudencialmente, e que tem sua aplicação fundada nos princípios da boa-fé objetiva (CC/2002, art. 422), da função social dos contratos (CC/2002, art. 421), da vedação ao abuso de direito (CC/2002, art. 187) e ao enriquecimento sem causa (CC/2002, art. 884), não se deve acolher a pretensão do credor fiduciário de extinguir o negócio mediante a utilização de medida judicial que na prática enseja a quebra do liame contratual, com a retirada forçada do bem alienado fiduciariamente, em razão de inadimplemento que se refira a parcela de menos importância do conjunto de obrigações assumidas e já adimplidas pelo devedor.

2. O adimplemento substancial atua como instrumento de equidade diante da situação fático-jurídica subjacente, permitindo soluções razoáveis e sensatas, conforme as peculiaridades do caso.

3. A aplicação da substancial performance não tem o condão de fazer desaparecer a dívida não paga, pelo que permanece possibilitado

o credor fiduciário de perseguir seu crédito remanescente (embora considerado de singela importância comparativamente à totalidade da obrigação contratual), valendo-se, inclusive, de instrumento ínsito na norma jurídica disciplinadora da matéria, que oportuniza solucionar o conflito de modo eficaz e razoavelmente mais equânime.

4. Na hipótese, o credor, sob a alegação de que possui a faculdade de escolher a medida que melhor lhe satisfaça, optou pelo meio mais gravoso para o ressarcimento de seu crédito, o que viola os ditames das legislações adjetivas e substantivas, bem ainda os ditames principiológicos norteadores do sistema normativo voltado à consagração do princípio da boa-fé objetiva.

5. Em razão dos ditames do NCPC, sendo expressamente reconhecido o direito das partes obterem em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa (art. 4º), bem ainda que todos os sujeitos do processo devem cooperar para que se obtenha em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º), adequado facultar à parte autora, nos termos do art. 329, inciso I, a emenda da petição inicial para que a demanda possa prosseguir de modo menos gravoso ao devedor.

6. Recurso especial parcialmente provido para afastar a extinção do processo sem resolução do mérito e determinar o retorno dos autos à origem, facultando à parte autora emendar a petição inicial para que a satisfação do crédito se faça pelo modo menos gravoso ao devedor.

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): O reclamo merece prosperar em parte, possibilitando-se a emenda da petição inicial a fim de que o pedido seja adequado à satisfação do valor inadimplido de modo menos gravoso ao devedor, com o conseqüente prosseguimento da demanda sem a necessidade de deflagração de nova ação.

Cinge-se a controvérsia à análise acerca da possibilidade de deferimento liminar e manejo da ação de busca e apreensão, quando verificado o adimplemento substancial da avença.

1. No caso, verifica-se que embora houvesse mora no pagamento das prestações contratuais por parte do devedor do contrato de mútuo com garantia fiduciária, o Tribunal local asseverou, com base no acervo fático-probatório acostado aos autos com a petição inicial, ter havido a quitação de

parte considerável da dívida, próximo ao montante originariamente avençado entre as partes, estando inadimplente o consumidor somente com as 4 últimas parcelas de um total de 48, decorrente da aquisição de veículo Gol City, 1.0, preto, modelo 2008.

O crédito concedido pela casa bancária para a aquisição do veículo foi realizado mediante título executivo extrajudicial (cédula de crédito bancário) no importe de R\$ 14.739,17 (quatorze mil, setecentos e trinta e nove reais e dezessete centavos), tendo ficado ajustado que a quitação do mútuo se daria mediante o pagamento de 48 prestações no valor nominal de R\$ 439,86 (quatrocentos e trinta e nove reais e trinta e seis centavos), ocorrendo o vencimento da primeira em 10.10.2010 e o da última em 10.09.2014, ou seja, caberia ao devedor, para a plena quitação de sua obrigação, pagar ao credor fiduciário a quantia de R\$ 21.113,28 (vinte e um mil cento e treze reais e vinte e oito centavos).

Aduziram as instâncias ordinárias ter o mutuário adimplido com o valor de R\$ 19.353,84 (dezenove mil trezentos e cinquenta e três reais e oitenta e quatro centavos), logo, cumprido com 91,66% do contrato, motivo pelo qual aplicável, ao caso, a teoria do adimplemento substancial, que visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato, afirmando ser a financeira carecedora de ação, por falta de interesse-adequação, por configurar abuso de direito a parte pleitear a rescisão do contrato quando substancialmente adimplido, razão porque fora indeferida a liminar e julgado extinto o feito sem resolução do mérito.

Reiteradas tais ponderações, recorda-se que o interesse fundamental a impulsionar o ajuizamento da presente ação não é o bem alienado em si, mas sim a satisfação do suposto crédito de titularidade da instituição financeira no importe de R\$ 2.052,36 (dois mil e cinquenta e dois reais e trinta e seis centavos), o que pode ser alcançado por outras vias, sem a necessidade da quebra do liame contratual, com a retirada forçada do automóvel adquirido pelo financiado. Evidentemente, ainda que vendido o bem, quitada a dívida e devolvido ao consumidor eventual saldo da venda, o desequilíbrio contratual seria de grande monta, pois ficaria a financeira completamente satisfeita enquanto o consumidor, a despeito de cumprida a obrigação, remanesceria sem o bem e desprovido de quantia suficiente para a aquisição de outro.

Constata-se que o adimplemento já implementado pelo devedor se aproxima bastante do valor contratado, a determinar o adimplemento substancial

do ajuste e inviabilizar a possibilidade da casa bancária (fornecedora) de deflagrar a demanda de busca e apreensão, voltada exclusivamente à ruptura do vínculo negocial, com a retomada do bem cuja propriedade já está praticamente consolidada ao devedor.

1.1 O Código Civil de 2002 não previu, formalmente, o adimplemento substancial. Sua aplicação vem se realizando com base nos princípios da boa-fé objetiva (CC/2002, art. 422), da função social dos contratos (CC/2002, art. 421), da vedação ao abuso de direito (CC/2002, art. 187) e ao enriquecimento sem causa (CC/2002, art. 884).

A boa-fé objetiva norteia as relações regidas pelo Código de Defesa do Consumidor (arts. 4º e 51, inciso IV do CDC), servindo, o aludido princípio, como informativo à conduta a ser guardada e observada pelos contraentes, prévia, durante e posteriormente à conclusão do contrato.

Referido princípio constitui um dos pilares de sustentação da teoria do adimplemento substancial, cuja doutrina se insere no contexto das transformações sociais, econômicas e éticas sofridas pela ordem civil-constitucional, no seio da preocupação concreta-funcional de preservação das avenças.

O diploma civilista estabeleceu expressamente a boa-fé objetiva como princípio orientador das relações contratuais, positivando, também, a função social como primado a ser observado quando do exame das relações contratuais, representando este último princípio a preocupação estatal no sentido de que satisfaçam não só o interesse das partes envolvidas no negócio, mas da sociedade como um todo, à qual interessa sejam devidamente cumpridos os contratos, de modo a permitir a segura circulação de riquezas, com o desenvolvimento econômico/social do país.

Desse modo, ainda que assista ao credor o direito de pleitear a resolução do contrato, face à mora do devedor, consoante, inclusive, previsto no artigo 475 do Código Civil, referido direito encontra limitação no campo de atuação da boa-fé objetiva, cumprindo ao julgador averiguar se é razoável a completa destruição do vínculo contratual, diante da situação apresentada pelo postulante.

Nesse sentido, o enunciado n. 361 das Jornadas de Direito Civil, promovidas junto ao Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:

O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475.

Nessa novel ordem civil-constitucional, a relação jurídica obrigacional sofreu grande transformação mediante a intervenção estatal com vistas a salvaguardar a proteção do vulnerável, motivo pelo qual nos negócios jurídicos celebrados no âmbito consumerista, particularmente naqueles contratos padronizados e de adesão, tal como o elaborado no presente caso, os desdobramentos do princípio da boa-fé passaram a ter larga aplicação. A jurisprudência, atenta à esse novo brio protecionista, vem interpretando as controvérsias em proveito do consumidor, tutelando a parte mais frágil da relação obrigacional de maneira que o cumprimento do contrato seja o menos oneroso possível para o hipossuficiente e empregando materialmente, na solução das contendas, os ditames estabelecidos pelos princípios da conservação do contrato, do menor sacrifício, da interpretação contra o predisponente, da vedação ao enriquecimento sem causa e abuso de direito.

No campo do direito processual, a boa-fé também tem incidência consoante o disposto no artigo 620 do CPC/1973 atual 805 do NCPC (princípio da menor onerosidade), além do conjunto de disposições que gravitam em torno da idéia fundamental de proteção ao executado contra excessos, inspirado nos princípios da justiça e da equidade, os quais constituem linhas fundamentais da história da execução civil em sua contemporânea tendência de humanização, atraindo, inclusive, as noções de proporcionalidade e razoabilidade. Registre-se que tal proposta de tratamento não viola a isonomia contratual, pois a igualdade deve ser vista não no plano das liberdades formais, mas sim no campo das liberdades materiais, consistindo em tratar desigualmente os desiguais na medida de suas disparidades, refletindo a evolução da doutrina contratual, que vela pela preservação da contratualidade mirando o equilíbrio das forças entre os interessados.

É nítida a atenção do legislador à manutenção dos contratos com vistas a permitir que as partes envolvidas na relação de consumo alcancem as finalidades almejadas quando da sua celebração e, nessa ordem, a aplicação da teoria do adimplemento substancial não constitui uma exceção à regra geral segundo a qual o pagamento, o cumprimento da obrigação, deve se dar por completo (princípio da integralidade ou não-divisibilidade), mas sim a constatação de que eventual inadimplência mínima e irrisória frente ao montante global do ajuste firmado não pode ensejar o cancelamento/rescisão do contrato, devendo o crédito ser perseguido mediante vias que não impliquem no rompimento da avença e no modo mais gravoso ao devedor (art. 620, CPC/1973; art. 805, CPC/2015).

Nesse contexto, se ínfimo o descumprimento diante do todo obrigacional, não se afigura adequado decretar a resolução do contrato, de maneira mecânica e autômata, sobretudo se isso conduzir à iniquidade ou contrariar os ideais de Justiça.

O adimplemento substancial atua, portanto, como instrumento de equidade diante da situação fático-jurídica subjacente, permitindo soluções razoáveis e sensatas, conforme as peculiaridades do caso.

A hipótese vertente enquadra-se perfeitamente à teoria do adimplemento substancial, obstando a resolução do contrato face um débito ínfimo em relação a todo interesse econômico envolvido na relação material *sub judice*, mesmo porque viola o princípio da boa-fé objetiva a conduta do credor que pretende o integral rompimento do liame negocial, após receber parte considerável do direito que lhe assiste, lesando sobremaneira a contraparte do negócio.

Inegavelmente, a casa bancária possui um título executivo extrajudicial (cédula de crédito bancário) que pode ser facilmente executado para a satisfação do crédito remanescente da dívida, sem que para tanto promova a quebra do liame contratual existente entre as partes mediante a retomada forçada do bem. Entretanto, no caso concreto, sob a alegação de que possui a faculdade de escolher a medida que melhor lhe satisfaça, tomando como base o seu poderio de credora/fornecedora/parte forte da relação, optou pelo meio mais gravoso para o ressarcimento de seu crédito, o que viola os ditames das legislações adjetivas e substantivas, impondo ônus excessivo perfeitamente dispensável e legalmente descabido ao devedor (arts. 620 do CPC/1973, atual 805 do NCPC).

A respeito, colhe-se dos ensinamentos de Joel Dias Figueira Júnior:

Porém, se o caso concreto agasalhar a hipótese conhecida por adimplemento substancial da dívida (v.g. pendendo apenas a última ou últimas e poucas parcelas), carece o credor fiduciário de interesse para postular a busca e apreensão do bem alienado, podendo lançar mão da ação de cobrança ou execução do saldo devedor. Em outras palavras, o adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, o que é incomum. Ademais, não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar. (Ação de busca e apreensão em propriedade fiduciária, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 85/86 - grifo nosso).

A jurisprudência desta Corte Superior coaduna-se com esse entendimento:

Processual Civil. Recurso especial. Prequestionamento. Tema central. Consignação em pagamento. Depósito parcial. Procedência na mesma extensão. *Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Adimplemento substancial. Improcedência. Possibilidade. Desprovimento.*

(...)

III. Se as instâncias ordinárias reconhecem, após a apreciação de ações consignatórias e de busca e apreensão, com fundamento na prova dos autos, que é extremamente diminuto o saldo remanescente em favor do credor de contrato de alienação fiduciária, não se justifica o prosseguimento da ação de busca e apreensão, sendo lícita a cobrança do pequeno valor ainda devido nos autos do processo.

IV. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 912.697/RO, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 07.10.2010, DJe 25.10.2010)

Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Deferimento liminar. Adimplemento substancial.

Não viola a lei a decisão que indefere o pedido liminar de busca e apreensão considerando o pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem e o fato de que este é essencial à atividade da devedora.

Recurso não conhecido.

(REsp 469.577/SC, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 25.03.2003, DJ 05.05.2003, p. 310)

Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial.

O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. *O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso.*

Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela.

Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse.

Recurso não conhecido.

(REsp 272.739/MG, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 1º.03.2001, DJ 02.04.2001, p. 299)

Em outros contratos similares, também se inviabiliza a retomada do bem quando adimplido substancialmente o contrato. Confira-se:

Direito Civil. *Contrato de arrendamento mercantil para aquisição de veículo (leasing). Pagamento de trinta e uma das trinta e seis parcelas devidas. Resolução do contrato. Ação de reintegração de posse. Descabimento. Medidas desproporcionais diante do débito remanescente. Aplicação da teoria do adimplemento substancial.*

1. *É pela lente das cláusulas gerais previstas no Código Civil de 2002, sobretudo a da boa-fé objetiva e da função social, que deve ser lido o art. 475, segundo o qual “[a] parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.*

2. *Nessa linha de entendimento, a teoria do substancial adimplemento visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato.*

3. *No caso em apreço, é de se aplicar a da teoria do adimplemento substancial dos contratos, porquanto o réu pagou: “31 das 36 prestações contratadas, 86% da obrigação total (contraprestação e VRG parcelado) e mais R\$ 10.500,44 de valor residual garantido”. O mencionado descumprimento contratual é inapto a ensejar a reintegração de posse pretendida e, conseqüentemente, a resolução do contrato de arrendamento mercantil, medidas desproporcionais diante do substancial adimplemento da avença.*

4. *Não se está a afirmar que a dívida não paga desaparece, o que seria um convite a toda sorte de fraudes. Apenas se afirma que o meio de realização do crédito por que optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento e, de resto, com os ventos do Código Civil de 2002. Pode, certamente, o credor valer-se de meios menos gravosos e proporcionalmente mais adequados à persecução do crédito remanescente, como, por exemplo, a execução do título.*

5. Recurso especial não conhecido.

(REsp 1.051.270/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 04.08.2011, DJe 05.09.2011)

Agravo regimental. *Venda com reserva de domínio. Busca e apreensão. Indeferimento. Adimplemento substancial do contrato. Comprovação. Reexame de prova. Súmula 7/STJ.*

1. Tendo o decisum do Tribunal de origem reconhecido o não cabimento da busca e apreensão em razão do adimplemento substancial do contrato, a apreciação da controvérsia importa em reexame do conjunto probatório dos autos, razão por que não pode ser conhecida em sede de recurso especial, ut súmula 07/STJ.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 607.406/RS, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 09.11.2004, DJ 29.11.2004, p. 346)

Recurso especial. *Leasing. Ação de reintegração de posse. Carretas. Embargos infringentes. Tempestividade. Manejo anterior de mandado de segurança contra a decisão. Correto o conhecimento dos embargos infringentes. Inocorrência de afronta ao princípio da inirrecorribilidade. Aplicação da teoria do adimplemento substancial e da exceção de inadimplemento contratual.*

Ação de reintegração de posse de 135 carretas, objeto de contrato de "leasing", após o pagamento de 30 das 36 parcelas ajustadas. (...)

Correta a decisão do Tribunal de origem, com aplicação da teoria do adimplemento substancial. Doutrina e jurisprudência acerca do tema.

O reexame de matéria fática e contratual esbarra nos óbices das Súmulas 05 e 07/STJ.

Recurso especial desprovido.

(REsp 1.200.105/AM, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 19.06.2012, DJe 27.06.2012)

Desse último julgado citado, extrai-se da fundamentação do voto proferido pelo e. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino o seguinte:

Assim, a partir de 1990, o princípio da boa-fé foi expressamente positivado no sistema de direito privado brasileiro, sendo aplicado, com fundamento no artigo 4º da LICC, a todos os demais setores.

No Código Civil de 2002, o princípio da boa-fé foi expressamente contemplado nos artigos 113 (regra de interpretação dos negócios jurídicos), 187 (abuso de direito) e 422 (deveres anexos), inserindo-se como expressão, conforme Miguel Reale, de sua diretriz ética.

Exatamente a exigência ética fez com que, através de um modelo aberto, fosse entregue à hermenêutica declarar o significado concreto da boa-fé, cujos ditames devem ser seguidos desde a estipulação de um contrato até o término de sua execução.

A boa-fé exerce múltiplas funções na relação obrigacional, desde a fase anterior à formação do vínculo, passando pela sua execução, até a fase posterior ao adimplemento da obrigação: interpretação das regras pactuadas (função interpretativa), criação de novas normas de conduta (função integrativa) e limitação dos direitos subjetivos (função de controle contra o abuso de direito).

A boa-fé, na sua função interpretativa, auxilia no processo de interpretação das cláusulas contratuais, servindo de instrumento para uma análise objetiva das normas estipuladas no pacto (art. 113, CC). (...)

Atualmente, o fundamento para aplicação da teoria do adimplemento substancial no Direito brasileiro é a cláusula geral do art. 187 do Código Civil de 2002, que permite a limitação do exercício de um direito subjetivo pelo seu titular quando se colocar em confronto com o princípio da boa-fé objetiva.

Ocorrendo o inadimplemento da obrigação pelo devedor, pode o credor optar por exigir seu cumprimento coercitivo ou pedir a resolução do contrato (art. 475 do CC).

Entretanto, tendo ocorrido um adimplemento parcial da dívida muito próximo do resultado final, e daí a expressão "adimplemento substancial", limita-se esse direito do credor, pois a resolução direta do contrato mostrar-se-ia um exagero, uma iniquidade.

Naturalmente, fica preservado o direito de crédito, limitando-se apenas a forma como pode ser exigido pelo credor, que não pode escolher diretamente o modo mais gravoso para o devedor, que é a resolução do contrato.

Poderá o credor optar pela exigência do seu crédito (ações de cumprimento da obrigação) ou postular o pagamento de uma indenização (perdas e danos), mas não a extinção do contrato.

1.2 Não existe uma fórmula para determinar o que seja adimplemento substancial. Observadas as circunstâncias do caso concreto, cabe ao julgador pesar a gravidade do descumprimento e o grau de satisfação dos interesses do credor (princípio da concretização).

Confira-se o escólio de José Ricardo Alvarez Vianna sobre o tema:

Vê-se, portanto, que o "adimplemento substancial" se contrapõe ao "inadimplemento fundamental". Neste último, a resolução é de rigor, porquanto, efetivamente, há descumprimento da obrigação em seus elementos primordiais, inclusive com a frustração das legítimas expectativas das partes depositadas no vínculo, muitas vezes acompanhadas de danos à parte inocente.

Com base nestas premissas, pode-se dizer que, para a configuração do adimplemento substancial, são necessários os seguintes pressupostos: a)- cumprimento expressivo do contrato; b)- prestação realizada que atenda à finalidade do negócio jurídico; c)- boa-fé objetiva na execução do contrato; d)- preservação do equilíbrio contratual; e)- ausência de enriquecimento sem causa e de abuso de direito, de parte a parte.

Com efeito, avaliar se suposta circunstância fática importa em descumprimento de contrato sob a perspectiva do adimplemento substancial impõe examiná-lo sob as lentes da realidade concreta vivenciada pelas partes, e não sob uma perspectiva formal-obscurantista, apegada a peias legais que somente contribui para o distanciamento entre o Direito e a Justiça.

Em suma, a recepção em nosso sistema jurídico da “Teoria do Adimplemento Substancial”, além de estar em perfeita sintonia com os princípios e valores que norteiam o Direito Civil contemporâneo, atuando como fator de correção e adaptação de disposições legais e contratuais à realidade, é medida que se impõe como mecanismo de materialização da justiça contratual. (VIANNA, José Ricardo Alvarez. Adimplemento substancial. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1897, 10 set de 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11703>>. Acesso em: 19 jan. 2017 - grifo nosso)

Na mesma toada é o entendimento desta Corte sobre o ponto:

Direito Civil. Recurso especial. Rescisão contratual. Reintegração na posse. Indenização. Cumprimento parcial do contrato. Inadimplemento. Relevância. Teoria do adimplemento substancial. Inaplicabilidade na espécie. Recurso não provido.

1. O uso do instituto da substancial performance não pode ser estimulado a ponto de inverter a ordem lógico-jurídica que assenta o integral e regular cumprimento do contrato como meio esperado de extinção das obrigações.

2. Ressalvada a hipótese de evidente relevância do descumprimento contratual, o julgamento sobre a aplicação da chamada “Teoria do Adimplemento Substancial” não se prende ao exclusivo exame do critério quantitativo, devendo ser considerados outros elementos que envolvem a contratação, em exame qualitativo que, ademais, não pode descurar dos interesses do credor, sob pena de afetar o equilíbrio contratual e inviabilizar a manutenção do negócio.

*3. A aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial exigiria, para a hipótese, o preenchimento dos seguintes requisitos: a) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes; b) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio; c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários (critérios adotados no REsp 76.362/MT, **Quarta Turma**, j. Em 11.12.1995, DJ 1º.04.1996, p. 9.917). (...)*

(REsp 1.581.505/SC, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 18.08.2016, DJe 28.09.2016)

Excetuada a hipótese de reavaliação das provas, observa-se que, no presente caso, as instâncias ordinárias, atentas ao acervo fático-probatório dos autos, afirmaram o adimplemento substancial do contrato (91,66%), circunstância que não pode ser revista no âmbito desta Corte Superior por importar em reexame de fatos e provas.

Desta forma, o mencionado descumprimento contratual das 4 últimas prestações de um total de 48, tal como perfilhado pela Corte local, é inapto a

ensejar a busca e apreensão e, conseqüentemente, a resolução do Contrato de Financiamento de Veículos com Garantia de Alienação Fiduciária, visto se constituírem em medidas desproporcionais diante do substancial adimplemento da avença.

Inegavelmente, a inviabilidade do deferimento liminar e manejo/prosseguimento da ação de busca e apreensão nas hipóteses em que verificado o adimplemento substancial da avença não contrasta *i)* com os ditames normativos regentes dos contratos garantidos por alienação fiduciária, vinculados ao Decreto-Lei n. 911/1969 acrescido das mudanças ocorridas pela Lei n. 10.931/2004, tampouco com *ii)* o entendimento firmado no âmbito desta Corte Superior, em recurso repetitivo, acerca da inviabilidade de “purgação da mora” pelas parcelas vencidas, sendo necessário o pagamento da integralidade da dívida pelo devedor quando deferida a liminar, no prazo de 5 dias, sob pena de consolidação da posse do bem com o credor.

A flexibilização e inviabilidade do deferimento liminar da busca e apreensão, em casos pontuais, quando verificado o adimplemento substancial, não se afigura incompatível com o decidido no repetitivo n. 1.418.593/MS acerca da inexistência de purga da mora (necessidade de pagamento da integralidade da dívida pendente), notadamente porque os diplomas normativos vigentes no ordenamento jurídico brasileiro são complementares entre si, sendo os princípios da boa-fé, da menor onerosidade e do adequado cumprimento da função social dos contratos o norte basilar da análise de qualquer procedimento previsto em legislação esparsa.

Assim, a despeito de não constar expressamente no Decreto-Lei n. 911/1969 e suas posteriores alterações menção aos referidos princípios, eles incidem nas relações negociais havidas, notadamente quando constatada a existência de parte consumidora vulnerável.

Finalizando, *entende-se inaplicável ao caso o precedente firmado no âmbito da Terceira Turma, REsp n. 1.255.179/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25.08.2015*, porquanto naquele caso não se estava diante de ação de busca e apreensão onde indeferida liminar, mas sim em *ação de indenização por danos morais e materiais resultante de transtornos ocasionados pela busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente* quando descumprida a 13ª parcela de 24 prestações, sendo que o devedor havia honrado todas as demais anteriores e posteriores da avença, tendo em virtude da liminar promovido a quitação do numerário relativo à parcela remanescente, o que ensejou a liberação do automóvel e a extinção do feito sem resolução de mérito.

No precedente da Terceira Turma apenas fora analisado se havia ou não dano moral pelo ajuizamento de ação de busca e apreensão, não sendo verificados os requisitos para o deferimento da liminar de reintegração do bem na posse do credor com a eventual e consequente rescisão do contrato como é o presente caso.

Ademais, tal como constou no precedente da Terceira Turma, “segundo a teoria do adimplemento substancial, que atualmente tem sua aplicação admitida doutrinária e jurisprudencialmente, não se deve acolher a pretensão do credor de extinguir o negócio em razão de inadimplemento que se refira a parcela de menos importância do conjunto de obrigações assumidas e já adimplidas pelo devedor”, bem ainda, que “a aplicação do referido instituto, porém, não tem o condão de fazer desaparecer a dívida não paga, pelo que permanece possibilitado o credor fiduciário de perseguir seu crédito remanescente (ainda que considerado de menor importância quando comparado à totalidade da obrigação contratual pelo devedor assumida) pelos meios em direito admitidos”.

Confira-se a ementa do referido julgado:

Recurso especial. Direito Civil. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos morais e materiais. Transtornos resultantes da busca e apreensão de automóvel. Financiamento. Alienação fiduciária em garantia. Inadimplemento parcial. Ausência de quitação de apenas uma das parcelas contratadas. Inaplicabilidade, no caso, da teoria do adimplemento substancial do contrato. Busca e apreensão. Autorização expressa do Decreto-Lei n. 911/1969. Exercício regular de direito. Dever de indenizar. Inexistência. Pedido de desistência recursal. Indeferimento. Termo final para apresentação. Início da sessão de julgamento.

1. Ação indenizatória promovida por devedor fiduciante com o propósito de ser reparado por supostos prejuízos, de ordem moral e material, decorrentes do cumprimento de medida liminar deferida pelo juízo competente nos autos de ação de busca e apreensão de automóvel objeto de contrato de financiamento com cláusula de alienação fiduciária em garantia.

2. Recurso especial que veicula pretensão da instituição financeira ré de (i) ver excluída sua responsabilidade pelos apontados danos morais, reconhecida no acórdão recorrido, por ter agido, ao propor a ação de busca e apreensão do veículo, em exercício regular de direito e (ii) ver reconhecida a inaplicabilidade, no caso, da “teoria do adimplemento substancial do contrato”.

3. A prerrogativa conferida ao recorrente pelo art. 501 do Código de Processo Civil - de desistir de seu recurso a qualquer tempo e sem a anuência do recorrido ou eventuais litisconsortes - encontra termo final lógico no momento em que iniciado o julgamento da irresignação recursal. Não merece homologação, no

caso, pedido de desistência recursal apresentado após já ter sido proferido o voto do relator e enquanto pendia de conclusão seu julgamento em virtude de pedido de vista. Precedentes.

4. A teor do que expressamente dispõem os arts. 2º e 3º do Decreto-Lei n. 911/1969, é assegurado ao credor fiduciário, em virtude da comprovação da mora ou do inadimplemento das obrigações assumidas pelo devedor fiduciante, pretender, em juízo, a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente. O ajuizamento de ação de busca e apreensão, nesse cenário, constitui exercício regular de direito do credor, o que afasta sua responsabilidade pela reparação de danos morais resultantes do constrangimento alegadamente suportado pelo devedor quando do cumprimento da medida ali liminarmente deferida.

5. O fato de ter sido ajuizada a ação de busca e apreensão pelo inadimplemento de apenas 1 (uma) das 24 (vinte e quatro) parcelas avençadas pelos contratantes não é capaz de, por si só, tornar ilícita a conduta do credor fiduciário, pois não há na legislação de regência nenhuma restrição à utilização da referida medida judicial em hipóteses de inadimplemento meramente parcial da obrigação.

6. Segundo a teoria do adimplemento substancial, que atualmente tem sua aplicação admitida doutrinária e jurisprudencialmente, não se deve acolher a pretensão do credor de extinguir o negócio em razão de inadimplemento que se refira a parcela de menos importância do conjunto de obrigações assumidas e já adimplidas pelo devedor.

7. A aplicação do referido instituto, porém, não tem o condão de fazer desaparecer a dívida não paga, pelo que permanece possibilitado o credor fiduciário de perseguir seu crédito remanescente (ainda que considerado de menor importância quando comparado à totalidade da obrigação contratual pelo devedor assumida) pelos meios em direito admitidos, dentre os quais se encontra a própria ação de busca e apreensão de que trata o Decreto-Lei n. 911/1969, que não se confunde com a ação de rescisão contratual - esta, sim, potencialmente indevida em virtude do adimplemento substancial da obrigação.

8. Recurso especial provido para, restabelecendo a sentença de primeiro grau, julgar improcedente o pedido indenizatório autoral.

(REsp 1.255.179/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25.08.2015, DJe 18.11.2015)

1.3 Por derradeiro, o adimplemento substancial, ante a necessidade de ser verificado em cada caso concreto, muito embora reste vinculado a critérios subjetivos de cada julgador, não queda absolutamente à mercê de cada intérprete.

A razoabilidade, a proporcionalidade, o senso comum acerca do significativo adimplemento do ajuste pactuado são todos fatores que, a despeito de não serem aritméticos, são capazes o suficiente para, com plena segurança,

informar a quem quer que seja e, especialmente ao juiz de direito, quando deva ser acolhida, com bom senso, a tese do adimplemento substancial do ajuste apresentado à jurisdição, tal como ocorre em milhares de demandas submetidas ao crivo do Judiciário, o que não denota fraqueza dos institutos jurídicos, dos órgãos julgadores ou eventual instabilidade de uniformização jurisprudencial, tampouco o encarecimento do crédito nos contratos de alienação fiduciária, mas sim a verdadeira força das relações bilaterais e de todo um sistema normativo voltado à consagração do princípio da boa-fé objetiva, da preservação da contratualidade e do equilíbrio entre os interesses de partes muitas vezes essencialmente díspares, culminando com a efetivação da função social dos contratos.

Ressalte-se: não se está a afirmar que a dívida ainda não quitada desaparece, mas apenas que o meio de realização do crédito pelo qual optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento e, conseqüentemente, com o princípio da conservação dos contratos, e ainda, pela boa fé objetiva que consagra os deveres de cooperação e lealdade entre as partes.

A determinação para que a demanda prossiga pelo modo menos ao devedor, via execução ou ação de cobrança, não impede que o próprio bem alienado fiduciariamente possa, eventualmente, servir à satisfação do crédito do credor. Entretanto, a penhora observará, preferencialmente a ordem estabelecida na legislação de regência (art. 835 do NCPC, antigo art. 655 do CPC/1973) e nesta os veículos de via terrestre são o quarto na ordem legal, sendo sempre preferível dinheiro em espécie ou em depósito ou aplicação financeira, título da dívida pública e de valores mobiliárias, com cotação em mercado. Evidencia-se, ainda que os direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia, exatamente como no presente caso, constam na décima segunda opção do legislador na ordem de penhora especificada, a denotar, com mais veemência a preocupação com a preservação contratual.

1.4 Em razão dos ditames no novo ordenamento processual civil vigente no país desde 18 de março de 2016, sendo expressamente reconhecido pelo legislador o direito das partes obterem em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa (art. 4º), bem ainda que todos os sujeitos do processo devem cooperar para que se obtenha em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º), afigura-se consentâneo aos princípios norteadores da atuação jurisdicional facultar à parte autora, nos termos do art. 329, inciso I, (o autor poderá até a citação, aditar ou alterar o pedido ou

a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu) a emenda de sua petição inicial para que a demanda tenha seguimento e, no caso *sub judice*, ante todas as ponderações já declinadas, possa prosseguir de modo menos gravoso ao demandado, isso devido à ocorrência do adimplemento substancial da obrigação, admitido que está na lei específica a possibilidade de expropriação do devedor com a constrição de seus bens, inclusive, sendo possível, na origem, após a integralização da lide, eventual autocomposição.

2. Do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para afastar a extinção do processo sem resolução do mérito e determinar o retorno dos autos à origem para que seja facultado à parte autora emenda a sua petição inicial a fim de que a satisfação do crédito se faça pelo modo menos gravoso ao devedor.

É como voto.

VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: A controvérsia posta no presente recurso especial – em boa hora afetado pela Quarta Turma a esta Segunda Seção do STJ –, reside em saber se a ação de busca e apreensão, motivada pelo inadimplemento de contrato de financiamento de automóvel, garantido por alienação fiduciária, deve ser extinta, por falta de interesse de agir, em razão da aplicação da teoria do adimplemento substancial, tal como compreenderam as instâncias ordinárias.

O relator, o eminente Ministro Marco Buzzi, referendou, em parte, o desfecho conferido na origem, consignando “que o mencionado descumprimento contratual é inapto a ensejar a busca e apreensão e, conseqüentemente, a resolução do Contrato de Financiamento de Veículos com Garantia de Alienação Fiduciária, visto constituírem-se em medidas desproporcionais diante do substancial adimplemento da avença” (inadimplemento das últimas 4 parcelas de um total de 48). Ressaltou que: “não se está a afirmar que a dívida ainda não quitada desaparece, mas apenas que o meio de realização do crédito do qual optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento e, conseqüentemente, com o princípio da conservação dos contratos, e ainda, pela boa-fé objetiva que consagra os deveres de cooperação e lealdade entre as partes”. E, concluiu por determinar o retorno dos autos à origem para que seja facultado à parte autora a emenda de sua petição inicial a fim de que a satisfação do crédito se faça pelo modo menos gravoso ao devedor”, adequando-a à ação executiva ou de cobrança (*ut fl.* 13-14).

Permissa venia, tem-se por absolutamente imprópria a invocação da teoria do adimplemento substancial (não prevista em lei, mas que seria um consectário do princípio da boa-fé contratual, insculpido no art. 422 do Código Civil), como fundamento idôneo a afastar o legítimo direito de ação do credor fiduciário de promover a busca e apreensão do bem, para, valendo-se da garantia fiduciária ajustada, compelir o devedor fiduciante a honrar a sua obrigação inadimplida, *tal como lhe confere expressamente a específica lei de regência*.

Para o desate da questão, afigura-se de suma relevância, a princípio, bem delimitar o tratamento legislativo conferido aos negócios fiduciários em geral, do que ressaltado e evidenciado, conforme se demonstrará, que o Código Civil limitou-se a tratar da propriedade fiduciária de bens móveis infungíveis, não se aplicando às demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária disciplinadas em lei especial, como é o caso da alienação fiduciária dada em garantia, regida pelo Decreto-Lei n. 911/1969, *salvo se o regramento especial apresentar alguma lacuna e a solução ofertada pela “lei geral” não se contrapuser às especificidades do instituto regulado pela mencionada lei*.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que, por meio do negócio fiduciário, o devedor fiduciante transfere, sob condição resolutiva, a propriedade ou a titularidade sobre um bem ao credor fiduciário, que, por sua vez, o recebe em garantia, remanejando-o, ao final, caso implementada a condição (o adimplemento da obrigação). Na alienação fiduciária em garantia, em se tratando de bem corpóreo, atribui-se ao credor fiduciário, sob condição resolutiva, a propriedade daquele. Na cessão fiduciária, por sua vez, cuidando-se de bem incorpóreo (como é o caso do direito sobre coisas móveis ou do crédito representado pelo título), imputa-se ao credor fiduciário, sob condição resolutiva, a titularidade deste.

Esses dois modos de constituição de propriedade fiduciária (alienação e cessão fiduciária), a depender do bem sobre o qual recaia, e – na abordagem doutrinária de Francisco Eduardo Loureiro –, em alguns casos, também do agente participante da relação jurídica, têm tratamento legal específico.

De modo a sistematizar o tratamento legal ofertado à propriedade fiduciária, o mencionado autor, em obra coordenada pelo Ministro Cezar Peluzo, assinala:

[...] há profusa legislação especial tratando da mesma matéria. Pode-se afirmar a atual coexistência de múltiplos regimes de jurídicos da propriedade fiduciária: o CC disciplina a propriedade fiduciária sobre coisas móveis infungíveis, quando o credor

fiduciário não for instituição financeira; o art. 66-B da Lei n. 4.728/1965, acrescentado pela Lei n. 10.931/2004, e o DL n. 911/1969 disciplinam a propriedade fiduciária sobre coisas móveis fungíveis e infungíveis quando o credor fiduciário for instituição financeira; a Lei n. 9.514/1997, também modificada pela Lei n. 10.931/2004, disciplina a propriedade fiduciária sobre bens imóveis, quando os protagonistas forem ou não instituições financeiras, além da titularidade fiduciária dos créditos como lastro de operação de securitização de dívidas do Sistema Financeiro Imobiliário; a Lei n. 6.404/1976 disciplina a propriedade fiduciária de ações.

O atual CC, pode-se assim dizer, popularizou a utilização da propriedade fiduciária, franqueando-a a pessoas físicas e jurídicas. Qualquer pessoa pode ser credora fiduciária e utilizar essa forte garantia real nas obrigações em geral. Limitou o objeto, porém, às coisas móveis infungíveis.

A Lei n. 10.931/2004 fixou regime jurídico próprio, com regras específicas de direito material e processual, para os casos de propriedade fiduciária em garantia de obrigação na qual o credor fiduciário seja instituição financeira, tendo por objeto bens móveis, tanto infungíveis como fungíveis, inclusive bens incorpóreos como créditos.

A Lei n. 9.514/1997, por seu turno, criou regime jurídico especial tendo em conta não os sujeitos da obrigação, mas o objeto da garantia, que recai sobre coisa imóvel. Aplica-se a lei especial, desde que a garantia fiduciária recaia sobre coisa imóvel, a todos os credores fiduciários, instituições financeiras ou não.

Em relação às propriedades fiduciárias previstas em leis especiais, criou o CC regra clara para evitar o conflito de normas: aplicam-se de modo primário as leis especiais e, em suas lacunas e no que não as contrariar, as normas gerais do CC. O inverso, porém, não é verdadeiro. (Loureiro, Francisco Eduardo. Código Civil Comentado. Coordenador Ministro Cezar Peluso. Editora Manole. 7ª Edição. 2013. p. 1.423) sem grifos no original

Efetivamente, o Código Civil, nos arts. 1.361 a 1.368-A, limitou-se a disciplinar a propriedade fiduciária sobre bens móveis infungíveis. Em relação às demais espécies de bem, a propriedade fiduciária sobre eles constituída é disciplinada, cada qual, por lei especial própria para tal propósito.

Essa circunscrição normativa, ressalta-se, restou devidamente explicitada pelo próprio Código Civil, em seu art. 1.368-A (introduzido pela Lei n. 10.931/2004), ao dispor textualmente que ***“as demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial”***.

Vê-se, portanto, que a incidência subsidiária do Código Civil, notadamente as normas gerais, em relação à propriedade/titularidade fiduciária sobre bens

que não sejam móveis infugíveis, regulada por leis especiais, é excepcional, *somente se afigurando possível no caso em que o regramento específico apresentar lacunas e a solução ofertada pela “lei geral” não se contrapuser às especificidades do instituto regulado pela mencionada lei.*

Delimitado assim o tratamento legislativo da propriedade fiduciária, tem-se terreno fértil para se chegar à conclusão de que a aplicação da teoria do adimplemento substancial, não prevista em lei (mas que seria um consectário do princípio da boa-fé contratual, insculpido no art. 422 do Código Civil, sob a vertente da preservação dos contratos e da função social do contrato), afigura-se *in totum* incompatível com os termos da lei especial, que é expressa (sem lacuna, portanto) em assentar a necessidade de pagamento da integralidade da dívida pendente, para viabilizar a restituição do bem ao devedor fiduciante.

No ponto, releva assinalar que o Decreto-Lei n. 911/1969, já em sua redação original, previa a possibilidade de o credor fiduciário, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento, valer-se da medida judicial de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a ser concedida liminarmente, preceito, é certo, que restou mantido pela Lei n. 13.043/2014.

De seus termos, extrai-se que, desde que devidamente comprovada a mora ou o inadimplemento, ao credor fiduciário é dada a possibilidade de se valer da medida judicial de busca e apreensão para compelir o devedor fiduciante a cumprir a sua obrigação ajustada, *sendo, para esse fim, irrelevante qualquer consideração acerca da medida do inadimplemento.*

A propósito, transcreve-se a disposição legal sob comento:

Art. 2º No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver, com a devida prestação de contas. (Redação dada pela Lei n. 13.043, de 2014)

(...)

§ 2º A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário. (Redação dada pela Lei n. 13.043, de 2014)

Art. 3º *O proprietário fiduciário ou credor poderá, desde que comprovada a mora, na forma estabelecida pelo § 2º do art. 2º, ou o inadimplemento, requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, podendo ser apreciada em plantão judiciário.* (Redação dada pela Lei n. 13.043, de 2014)

§ 1º Cinco dias após executada a liminar mencionada no *caput*, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária. (Redação dada pela Lei n. 10.931, de 2004)

§ 2º **No prazo do § 1º, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus.** (Redação dada pela Lei n. 10.931, de 2004) sem grifos no original.

Além de o Decreto-Lei n. 911/1969 não tecer qualquer restrição à utilização da ação de busca e apreensão em razão da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento, preconizou, expressamente, que a restituição do bem livre de ônus ao devedor fiduciante é condicionada ao pagamento da “integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial”.

Respeitada compreensão diversa, tem-se que a lei não poderia ser mais clara quanto à exigência de quitação integral do débito, como condição imprescindível para que o bem alienado fiduciariamente seja remancipado. *Ou seja, nos termos da lei, para que o bem possa ser restituído ao devedor, livre de ônus, não basta que ele quite quase toda a dívida; é insuficiente que pague substancialmente o débito; é necessário, para esse efeito, que quite integralmente a dívida pendente.*

Por oportuno, é de se destacar que, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.418.593/MS, sob o rito dos repetitivos, em que se discutia a possibilidade de o devedor purgar a mora, diante da entrada em vigor da Lei n. 10.931/2004, que modificou a redação do art. 3º, § 2º, do Decreto-Lei, a Segunda Seção do STJ bem especificou o que consistiria a expressão “dívida pendente”, *cujo pagamento integral* viabiliza a restituição do bem ao devedor, livre de ônus.

Perfilhou-se o entendimento de que a restituição do bem ao devedor fiduciante é condicionada ao pagamento, no prazo de cinco dias contados da execução da liminar de busca e apreensão, *da integralidade da dívida pendente, assim compreendida como as parcelas vencidas e não pagas, as parcelas vincendas e os encargos, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial.*

Do voto condutor, da lavra do eminente Ministro Luis Felipe Salomão, extrai-se o seguinte excerto:

O texto atual do art. 3º, parágrafos 1º e 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969 é de clareza solar no tocante à necessidade de quitação de todo o débito, inclusive as prestações vincendas.

Realizando o cotejo entre a redação originária e a atual, fica límpido que a Lei não faculta mais ao devedor a purgação de mora, expressão inclusive suprimida das disposições atuais, não se extraindo do texto legal a interpretação de que é possível o pagamento apenas da dívida vencida.

Dessarte, a redação vigente do art. 3º, parágrafos 1º e 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969, segundo entendo, não apenas estabelece que o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, como dispõe que, nessa hipótese, o bem será restituído livre do ônus - não havendo, pois, margem à dúvida acerca de se tratar de pagamento de toda a dívida, isto é, de extinção da obrigação, relativa à relação jurídica de direito material (contratual).

[...]

(...) não se pode presumir a imprevidência do legislador que, democraticamente eleito, em matéria de competência do Poder Legislativo, presumivelmente sopesando as implicações sociais, jurídicas e econômicas da modificação do ordenamento jurídico, vedou, para alienação fiduciária de bem móvel, a purga da mora, sendo, pois, matéria insuscetível ao controle jurisdicional (infraconstitucional).

Nesse passo, a título de registro, vale transcrever o voto proferido no REsp 1.287.402/PR, relator p/ acórdão Ministro Antonio Carlos Ferrreira. Sua Excelência alinhavou:

A hipótese legal, para mim, é muito clara. O devedor pode, nos 5 (cinco) dias previstos em lei, pagar a integralidade da dívida pendente. "O devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre de ônus".

Ora, se o bem vai ser restituído livre de ônus, é porque deverá ser realizado o pagamento integral da dívida, incluindo o valor correspondente às parcelas vincendas e encargos. É o que se conclui da leitura do § 2º do artigo 3º do Decreto-Lei n. 911/1969, com a redação introduzida pela Lei n. 10.931/2004;

Sr. Presidente, entendo que a alteração do referido Decreto-lei levada a efeito por meio da Lei n. 10.931/2004 não foi à toa. A intenção do legislador é exatamente essa: o pagamento da integralidade da dívida (parcelas vencidas e vincendas).

O instituto da alienação fiduciária é um instituto útil para o desenvolvimento do País. Não é só financiamento de automóveis, inclui financiamento de máquinas, equipamentos, implementos agrícolas e até imóveis.

Esse instituto, na forma como é concebido, facilita o acesso ao crédito e reduz o seu custo, exatamente porque assegura ao credor mecanismos mais eficazes para a retomada do bem financiado e a recuperação do crédito.

(...) é inegável que, com a vigência da Lei n. 10.931/2004, o art. 3º, parágrafos 1º e 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969, para os casos de alienação fiduciária envolvendo bem móvel, é mitigado o princípio da conservação dos contratos consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro, notadamente pelo afastamento, para esta relação contratual, do art. 401 do CC.

Nesse particular, ademais, cumpre consignar que, evidentemente, naquilo que compatível, aplicam-se à relação contratual envolvendo alienação fiduciária de bem móvel, integralmente, as disposições previstas no Código Civil e, nas relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor.

Afigura-se, pois, de todo incongruente inviabilizar a utilização da ação de busca e apreensão na hipótese em que o inadimplemento revela-se incontroverso — desimportando sua extensão, se de pouca monta ou se de expressão considerável —, quando a lei especial de regência expressamente condiciona a possibilidade de o bem ficar com o devedor fiduciário ao pagamento da integralidade da dívida pendente.

Compreensão diversa desborda, a um só tempo, do diploma legal exclusivamente aplicável à questão em análise (qual seja, do Decreto-Lei n. 911/1969), e, *por via transversa*, ao meu sentir, da própria orientação firmada pela Segunda Seção, por ocasião do julgamento do citado REsp n. 1.418.593/MS, representativo da controvérsia.

De se constatar, inclusive, que a pretensa aplicação da teoria do adimplemento substancial como argumento destinado a inviabilizar a utilização da ação de busca e apreensão — eleita pela lei de regência como a via judicial mais idônea a satisfação do crédito — desvirtua a própria finalidade da teoria em comento.

No ponto, releva bem acentuar que a teoria do adimplemento substancial, como corolário dos princípios da boa-fé contratual e da função social dos contratos, preceitua a impossibilidade de o credor extinguir o contrato estabelecido entre as partes, em virtude de inadimplemento, do outro contratante/

devedor, de parcela ínfima, em cotejo com a totalidade das obrigações assumidas e substancialmente quitadas.

A propósito, o escólio de Clóvis Couto e Silva:

(...) constitui um adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, *permitindo-se tão somente o pedido de indenização e/ou adimplemento*, de vez que a primeira pretensão viria a ferir o princípio da boa-fé (objetiva). (O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português. Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português. São Paulo, Revista dos Editoras Tribunais, pág. 56 - grifou-se)

Como se constata, a teoria em análise tem por objetivo precípuo impedir que o credor resolva a relação contratual em razão de inadimplemento de pequena parcela da obrigação. A via judicial para esse fim é a ação de resolução contratual.

Diversamente, o credor fiduciário, quando promove ação de busca e apreensão, de modo algum pretende extinguir a relação contratual. Ao contrário. Vale-se da ação de busca e apreensão com o propósito imediato de dar cumprimento aos termos do contrato, na medida em que se utiliza da garantia fiduciária ajustada para compelir o devedor fiduciante a dar cumprimento às obrigações faltantes, assumidas contratualmente (e agora, por ele, reputadas ínfimas). Esta é a pretensão imediata.

A consolidação da propriedade fiduciária nas mãos do credor apresenta-se como consequência da renitência do devedor fiduciante de honrar seu dever contratual, e não como objetivo imediato da ação. E, note-se que, mesmo nesse caso, a extinção do contrato dá-se pelo cumprimento da obrigação, ainda que de modo compulsório, por meio da garantia fiduciária ajustada.

É dizer: não havendo pagamento da dívida pendente, a despeito de ela ser substancialmente ínfima (tal com alegado) e de o devedor ter inequívoca ciência das consequências de seu inadimplemento, *procede-se à satisfação do crédito* por meio da venda do bem dado em garantia fiduciária, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, aplicando-se o preço da venda no pagamento do crédito e das despesas decorrentes, com entrega ao devedor do saldo apurado, se houver, com a devida prestação de contas.

Como se constata, eventual extinção do contrato, decorrente do ajuizamento da ação de busca e apreensão, dá-se pelo efetivo cumprimento das

obrigações estabelecidas no contrato de financiamento de veículo garantido por alienação fiduciária, o que só evidencia a eficácia da via judicial eleita pela lei como a mais idônea à satisfação do crédito.

Nesse contexto, é questionável, se não inadequado, supor que a boa-fé contratual estaria ao lado de devedor fiduciante que deixa de pagar uma ou até algumas parcelas por ele reputadas ínfimas — mas certamente de expressão considerável, na ótica do credor, que já cumpriu integralmente a sua obrigação —, e, instado extra e judicialmente para honrar o seu dever contratual, deixa de fazê-lo, a despeito de ter a mais absoluta ciência dos gravosos consectários legais advindos da propriedade fiduciária.

Ora, se o valor do débito é ínfimo e o devedor tem inequívoco conhecimento de que sua inadimplência pode ensejar a perda do bem (com a restituição da diferença), não se antevê razão lúdica para que este remanesça faltoso com a sua obrigação contratual. A aplicação da teoria do adimplemento substancial, para obstar a utilização da ação de busca e apreensão, nesse contexto, é um incentivo ao inadimplemento das últimas parcelas contratuais, com o nítido propósito de desestimular o credor - numa avaliação de custo-benefício - de satisfazer seu crédito por outras vias judiciais, menos eficazes, o que, a toda evidência, aparta-se da boa-fé contratual propugnada.

Com esse norte, destaca-se julgado da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça que, no bojo de inusitada ação indenizatória promovida pelo devedor fiduciante em face do credor fiduciário, rechaçou a alegação de abuso do direito de ação, em virtude do ajuizamento de ação de busca e apreensão destinada à satisfação de crédito reputado de menor importância, por considerar de todo inaplicável a teoria do adimplemento substancial:

Recurso especial. Direito Civil. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos morais e materiais. Transtornos resultantes da busca e apreensão de automóvel. Financiamento. Alienação fiduciária em garantia. Inadimplemento parcial. Ausência de quitação de apenas uma das parcelas contratadas. Inaplicabilidade, no caso, da teoria do adimplemento substancial do contrato. Busca e apreensão. Autorização expressa do Decreto-Lei n. 911/1969. Exercício regular de direito. Dever de indenizar. Inexistência. Pedido de desistência recursal. Indeferimento. Termo final para apresentação. Início da sessão de julgamento.

1. Ação indenizatória promovida por devedor fiduciante com o propósito de ser reparado por supostos prejuízos, de ordem moral e material, decorrentes do cumprimento de medida liminar deferida pelo juízo competente nos autos de ação de busca e apreensão de automóvel objeto de contrato de financiamento com cláusula de alienação fiduciária em garantia.

2. Recurso especial que veicula pretensão da instituição financeira ré de (i) ver excluída sua responsabilidade pelos apontados danos morais, reconhecida no acórdão recorrido, por ter agido, ao propor a ação de busca e apreensão do veículo, em exercício regular de direito e (ii) ver reconhecida a inaplicabilidade, no caso, da “teoria do adimplemento substancial do contrato”.

3. A prerrogativa conferida ao recorrente pelo art. 501 do Código de Processo Civil - de desistir de seu recurso a qualquer tempo e sem a anuência do recorrido ou eventuais litisconsortes - encontra termo final lógico no momento em que iniciado o julgamento da irresignação recursal. Não merece homologação, no caso, pedido de desistência recursal apresentado após já ter sido proferido o voto do relator e enquanto pendia de conclusão seu julgamento em virtude de pedido de vista. Precedentes.

4. A teor do que expressamente dispõem os arts. 2º e 3º do Decreto-Lei n. 911/1969, é assegurado ao credor fiduciário, em virtude da comprovação da mora ou do inadimplemento das obrigações assumidas pelo devedor fiduciante, pretender, em juízo, a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente. O ajuizamento de ação de busca e apreensão, nesse cenário, constitui exercício regular de direito do credor, o que afasta sua responsabilidade pela reparação de danos morais resultantes do constrangimento alegadamente suportado pelo devedor quando do cumprimento da medida ali liminarmente deferida.

5. O fato de ter sido ajuizada a ação de busca e apreensão pelo inadimplemento de apenas 1 (uma) das 24 (vinte e quatro) parcelas avençadas pelos contratantes não é capaz de, por si só, tornar ilícita a conduta do credor fiduciário, pois não há na legislação de regência nenhuma restrição à utilização da referida medida judicial em hipóteses de inadimplemento meramente parcial da obrigação.

6. Segundo a teoria do inadimplemento substancial, que atualmente tem sua aplicação admitida doutrinária e jurisprudencialmente, não se deve acolher a pretensão do credor de extinguir o negócio em razão de inadimplemento que se refira a parcela de menos importância do conjunto de obrigações assumidas e já adimplidas pelo devedor.

7. A aplicação do referido instituto, porém, não tem o condão de fazer desaparecer a dívida não paga, pelo que permanece possibilitado o credor fiduciário de perseguir seu crédito remanescente (ainda que considerado de menor importância quando comparado à totalidade da obrigação contratual pelo devedor assumida) pelos meios em direito admitidos, dentre os quais se encontra a própria ação de busca e apreensão de que trata o Decreto-Lei n. 911/1969, que não se confunde com a ação de rescisão contratual - esta, sim, potencialmente indevida em virtude do inadimplemento substancial da obrigação.

8. Recurso especial provido para, restabelecendo a sentença de primeiro grau, julgar improcedente o pedido indenizatório autoral.

(REsp 1.255.179/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25.08.2015, DJe 18.11.2015) sem grifos no original

Como se constata, a compreensão exarada na origem enseja compulsória renúncia à garantia fiduciária licitamente ajustada, com todos os consectários legais que a lei prevê, impondo-se ao credor fiduciário valer-se de outras vias judiciais, que não aquela preceituada pela lei de regência como sendo a mais idônea e eficaz para a efetiva satisfação do crédito.

E, aqui, mais uma perplexidade processual. Extingue-se ou — na proposta de voto do relator — obsta-se a medida de busca e apreensão corretamente ajuizada, para que o credor, sem poder se valer de garantia fiduciária dada (a qual, diante do inadimplemento, conferia-lhe, na verdade, a condição de proprietário do bem), intente ação executiva ou de cobrança, para só então adentrar no patrimônio do devedor, por meio de constrição judicial que poderá, quem sabe (respeitada a ordem legal), recair sobre esse mesmo bem (naturalmente, se o devedor, até lá, não tiver dele se desfeito).

Impor-se ao credor a preterição da ação de busca e apreensão (prevista em lei, segundo a garantia fiduciária a ele conferida) por outra via judicial, *evidentemente menos eficaz*, denota, sim, absoluto descompasso com o sistema processual.

Por fim, não se pode deixar de reconhecer que a aplicação da tese do adimplemento substancial na hipótese em comento, a pretexto de proteger o consumidor, parte vulnerável da relação contratual, acaba, em última análise e na realidade dos fatos, *a prejudicar o consumidor adimplente*, que, doravante, terá que assumir o ônus pelo inarredável enfraquecimento do instituto da garantia fiduciária, naturalmente com o pagamento de juros mais elevados. A própria indefinição do que seria adimplemento substancial, em termos percentuais, de inequívoca subjetividade, enseja, diante da elevação do risco de inadimplemento, sensível majoração dos juros cobrados em contratos dessa espécie.

Também com esta percepção, oportuno trazer as considerações tecidas pela Ministra Maria Isabel Gallotti, por ocasião do julgamento do REsp 1.287.402/PR, e reprisadas no já citado recurso especial representativo da controvérsia (REsp n. 1.418.593/MS), *in totum* aplicável a hipótese dos autos:

[...] Com a devida vênia, penso que o entendimento do Relator, por mais que seja inspirado na defesa do consumidor e no princípio de preservação e do fim social do contrato, na realidade, data maxima vênia, ele vai contra o consumidor, contra o contrato e contra o sistema, porque essa mescla de princípios do CDC, naquilo em que ele é incompatível com o regime da alienação fiduciária, que pressupõe a propriedade do bem em nome do credor como garantia, ela acaba, a meu ver, com a finalidade do instituto da alienação fiduciária, que, exatamente, dá essa garantia ao credor.

Então, por mais que pareça brusco que o credor tenha o direito de dar por vencida a dívida integralmente, de vender o bem, e, se o devedor não pagar a dívida inteira, já ser expedido um certificado de propriedade em nome do credor, ou de um terceiro, é exatamente essa possibilidade que o sistema jurídico dá, de o credor saber que, diante da inadimplência, ele vai reintegrar, rapidamente, o bem ao seu patrimônio, para vendê-lo e imputar no pagamento da dívida, isso é que possibilita o aumento da concessão de crédito e deveria levar a uma diminuição de taxa de juros, que, se não acontece, é um problema de economia de mercado, que será ainda mais agravado se houver decisões judiciais que tirem a força do sistema da alienação fiduciária.

Penso, com a devida vênia, que não há ofensa ao princípio da boa-fé, porque é inerente ao sistema da alienação fiduciária essa prerrogativa do credor. Estão cientes ambos os contratantes de que a propriedade do bem é do credor e poderá ser nele consolidada, atendidos os trâmites legais e contratuais. Não haveria, data vênia, uma preservação do contrato, mas a descaracterização do sistema do contrato de alienação fiduciária e a criação por decisão judicial de um outro contrato atípico que não foi o pretendido pelas partes, mais semelhante a um contrato de mútuo, o qual, certamente, não teria sido celebrado nas mesmas condições pela instituição financeira credora. (sem grifos no original)

De se concluir, por conseguinte, que a propriedade fiduciária, concebida pelo legislador justamente para conferir segurança jurídica às concessões de crédito, essencial ao desenvolvimento da economia nacional, resta comprometida pela aplicação deturpada da teoria do adimplemento substancial.

Em arremate, pedindo-se vênia ao relator, o eminente Ministro Marco Buzzi, dou provimento ao recurso especial para, reconhecendo a existência de interesse de agir do demandante em promover ação de busca e apreensão, independentemente da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento, determinar que os autos retornem à origem, prosseguindo-se o feito, tal como proposto (ação de busca e apreensão), na esteira do devido processo legal.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: A propósito da aplicação da chamada “Teoria do Adimplemento Substancial”, reporto-me aos fundamentos que expus em voto proferido no Recurso Especial n. 1.581.505/SC:

(...) a discussão central diz respeito à incidência da chamada “Teoria do Adimplemento Substancial”, instituto cuja aplicação pode, eventualmente, restringir a prerrogativa da resolução contratual autorizada pela primeira parte do art. 475 do CC/2002.

A doutrina do adimplemento substancial é construção do Direito inglês que remonta ao Século XVIII e nasce a partir da observação, pelas Cortes de *Equity*, da desproporcionalidade que poderia resultar da resolução contratual incondicionalmente aplicada em determinadas situações, em especial aquelas nas quais a obrigação havia sido cumprida pelo devedor de modo praticamente integral, evidenciando a pouca importância do inadimplemento.

Como exemplo paradigmático de situação apta a impulsionar a aplicação da “*substantial performance*” no Direito inglês é frequente na literatura jurídica a citação do caso *Boone vs. Eyre* (1777), relatado por Lord Mansfield, que teve por objeto um contrato no qual o autor (Boone) traditaria uma fazenda e seus escravos, ao passo em que o réu (Eyre) pagaria o preço de 500 libras, bem assim prestações anuais de 160 libras, em caráter perpétuo. Boone alienou a propriedade, mas não tinha direitos de transferir os escravos. Eyre, em um típico caso de *exceptio non adimpleti contractus*, sobrestou o pagamento das prestações anuais. Ao decidir o caso, Lord Mansfield entendeu que o comprador não poderia deixar de pagar a prestação avençada, pois a obrigação de dar a coisa (os escravos) não seria uma condição precedente em face da obrigação de pagar as prestações anuais perpétuas. Em suma, a entrega dos escravos qualificava obrigação secundária, não podendo ensejar a resolução do contrato, cabendo-lhe apenas reivindicar a reparação por perdas e danos.

Otavio Luiz Rodrigues Junior (*Revisão Judicial dos contratos: Autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 72.), citando a obra de Edward Errante, refere-se a um exemplo hipotético de adimplemento substancial que também permite compreender esse instituto em sua concepção inglesa. As aspas correspondem ao texto do professor de Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo São Francisco:

- a) Uma empreiteira foi contratada para construir uma mansão, “tendo o contratante fornecido o projeto e as especificações da obra”. No prazo de sua entrega, a empreiteira “apresentou a casa ao proprietário, ficando evidente a observância de todas as indicações arquitetônicas e o uso dos materiais acordados, exceto por faltarem maçanetas em duas portas”.
- b) Nesse caso, “considerou-se ter havido o cumprimento substancial da obrigação” pela empreiteira, “dada a insignificância das maçanetas no contexto da empreitada”.
- c) Assim, o contratante “não estaria liberado da prestação que lhe imputava o contrato – que é o pagamento da obra. Ser-lhe-ia lícito, porém, deduzir o valor das peças ausentes e o custo da instalação por terceiros”.
- d) De tal modo, em situações tais, a parte não poderá resolver a avença invocando a exceção do contrato não cumprido e será compelida a cumprir a sua respectiva prestação.

Essa doutrina irradiou-se também para países que adotam o sistema de *civil law*, com especial destaque para o Direito italiano, que prestigiou a *substantial performance* por meio de disposições expressas de seu Código Civil, com destaque para a “*importanza dell’inadempimento*” anotada no art. 1.455. Seguindo esse influxo, o Direito português impede a resolução do negócio “se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse [do credor], tiver escassa importância” (art. 802, 2, do Código Civil). Por sua vez, a “Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias” (Viena, 1980) autoriza que o comprador declare resolvido o contrato, mas apenas se “a inexecução pelo vendedor (...) constituir uma infração essencial (...)” (art. 49, 1, “a”).

A introdução da temática no Direito Civil brasileiro é atribuída, em grande medida, às lições do professor Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, da Faculdade de Direito da UFRGS, estudioso de diversos institutos do direito comparado, como a violação positiva do contrato, a perturbação das prestações, a quebra da base do negócio e o adimplemento substancial.

Até por não se encontrar expressamente prevista em nosso direito positivo, existe polêmica sobre qual seria o correto fundamento da Teoria do Adimplemento Substancial. Há controvérsia sobre ela basear-se em princípios como a função social do contrato (art. 421 do CC/2002), a boa-fé objetiva (art. 422), a vedação ao abuso de direito (art. 187) e ao enriquecimento sem causa (art. 884), embora haja uma tendência a considerá-la como efeito da aplicação da boa-fé objetiva às relações obrigacionais. Mesmo quando vigente o sistema civil anterior, a jurisprudência nacional valia-se, para sua aplicação, dos valores que emanavam dos arts. 955, 956, parágrafo único, e 1.092 do Código Civil de 1916, examinados sob a perspectiva do princípio da boa-fé objetiva.

No Judiciário, um dos primeiros Magistrados a tratar desses assuntos de modo sistematizado foi aluno, dos mais brilhantes, de Couto e Silva, o então desembargador Ruy Rosado de Aguiar, no TJRS. Anos depois, quando nomeado para o cargo de Ministro do STJ, Ruy Rosado trouxe para o cenário da jurisprudência nacional a discussão sobre essas figuras jurídicas.

O primeiro acórdão do STJ que registra abordagem sobre o tema é o REsp n. 76.362/MT, julgado em 11 de dezembro de 1995 pela Quarta Turma (DJ de 1º.04.1996). O caso é um clássico da jurisprudência sobre o assunto e as bases fáticas nas quais se deu o julgamento podem ser assim sintetizadas: a) dois segurados promoveram ação de cobrança para receber a cobertura securitária devida em razão de acidente de veículo; b) os segurados deixaram de pagar a última parcela na data do sinistro, o que foi confessado na inicial; c) apreciada a ação pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso, entendeu a Corte que o segurado tinha “obrigação primordial” de pagar o “prêmio do seguro”. Sem isso, nada poderia exigir da seguradora, na hipótese de se achar em estado de inadimplência.

O recurso dos segurados foi provido sob o amparo da doutrina do adimplemento substancial por meio de acórdão assim ementado:

Seguro. Inadimplemento da segurada. Falta de pagamento da última prestação. Adimplemento substancial. Resolução.

A companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações com atraso, o que estava, aliás, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro; b) a segurada cumpriu substancialmente com a sua obrigação, não sendo a sua falta suficiente para extinguir o contrato; c) a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando sera possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio. Recurso conhecido e provido.

(REsp 76.362/MT, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 11.12.1995, DJ 1º.04.1996, p. 9917)

Em outros casos, a larga maioria dos recursos que aportaram neste Tribunal Superior e que de algum modo versavam sobre o assunto não tiveram a tese jurídica examinada ante a necessidade do revolvimento de material fático-probatório dos autos, deparando-se com os obstáculos previstos nos enunciados n. 5 e 7 da Súmula do STJ.

Contudo, nas hipóteses em que o contexto fático estava adequadamente delineado nas decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, o julgamento avançou para qualificar o que poderia configurar o decaimento mínimo para efeito de permitir a invocação da teoria do adimplemento substancial e afastar os efeitos da mora. Eis alguns exemplos:

- a) Atraso na última parcela: REsp 76.362/MT.
- b) Inadimplemento de 2 parcelas: REsp 912.697/GO.
- c) Inadimplemento de valores correspondentes a 20% do valor total do bem: REsp 469.577/SC.
- d) Inadimplemento de 10% do valor total do bem: AgRg no AgREsp 155.885/MS.
- e) Inadimplemento de 5 parcelas de um total de 36, correspondendo a 14% do total devido: REsp 1.051.270/RS.

Como se vê, a jurisprudência desta Corte tem oscilações no exame do requisito objetivo, o que se dá, essencialmente, pelo fato de que em cada caso aqui julgado há peculiaridades muito próprias a serem consideradas para efeito de avaliar a importância do inadimplemento frente ao contexto de todo o contrato e os demais elementos que envolvem a controvérsia. Essa vinculação aos elementos do caso concreto é um dado objetivo que a doutrina anglo-saxã (CORBIN, Arthur L. *Conditions in the law of contract*. The Yale Law Journal, v. 28, n. 8, p. 761, jun. 1919) e a nacional assim o reconhecem (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. v. XXVI, p. 208). Nesse sentido, ainda:

A indagação quanto à extensão, à intensidade e às demais características do inadimplemento é que conduz à sua adjetivação como sendo ou não de “escassa importância”.

É o que se buscará neste momento. Contudo, antes disso, é necessário fazer uma advertência: *a verificação da importância ou não importância do inadimplemento há de ser feita diante do caso concreto, ou seja, diante da situação de fato ocorrida, ponderando os interesses em jogo, a conduta das partes e de todas as demais circunstâncias que no caso se mostrarem relevantes.*

(BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 106)

É que, ressalvada a hipótese de evidente relevância, o julgamento sobre a substancialidade do descumprimento contratual não se deve prender ao exclusivo exame do critério quantitativo, mormente quando sabemos que determinadas hipóteses de violação positiva podem, eventualmente, afetar o equilíbrio contratual e inviabilizar a manutenção do negócio. Há, portanto, outros tantos elementos que também envolvem a contratação e devem ser considerados para efeito de se avaliar a extensão do adimplemento, um exame qualitativo que ademais não pode descurar dos interesses do credor.

No julgado pioneiro deste Tribunal, antes referido (REsp 76.362/MT), foram delineados alguns requisitos que devem ser examinados para aplicação da teoria do adimplemento substancial, sem prejuízo da avaliação de circunstâncias específicas do caso sob julgamento. Para tanto, deve-se exigir: a) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes (exemplo disso está no recebimento reiterado de parcelas em atraso no contrato de seguro e a posterior mudança de atitude quando do último pagamento, o que quebraria essas expectativas legítimas e levaria a um comportamento contraditório); b) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio (correlação é que permite formular um juízo sobre o caráter substancial do adimplemento realizado); c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários.

Atualmente, os autores ingleses, tomando como fundamento a gravidade objetiva do prejuízo causado ao credor pelo não cumprimento da prestação, formulam três requisitos para admitir a substancial performance: a) insignificância do inadimplemento; b) satisfação do interesse do credor; e c) diligência por parte do devedor no desempenho de sua prestação, ainda que a mesma se tenha operado imperfeitamente (cf. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Op. Cit. p.72).

Neste recurso especial, é inconteste a base fática que ampara a tese desenvolvida nas razões recursais: o recorrido inadimpliu as quatro (4) últimas

de quarenta e oito (48) parcelas contratadas para um mútuo feneratício com garantia de alienação fiduciária. A instituição financeira ajuizou ação de busca e apreensão julgada extinta pelo Magistrado singular ao fundamento de que o devedor havia cumprido com parcela substancial da avença, correspondente a 91,66% (noventa e um inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do total do débito. A decisão foi confirmada pelo acórdão recorrido, assim ementado (e-STJ, fl. 77):

EMENTA: Agravo interno. Apelação. Busca e apreensão. Adimplemento substancial. Falta de interesse de agir. Manifesta improcedência. Aplicação do art. 557 do CPC. Negativa monocrática de seguimento. Regularidade.

A teoria do adimplemento substancial tem sido aplicada pelos tribunais pátrios como instrumento de equidade colocado à disposição do intérprete para que nas hipóteses em que a extinção da obrigação esteja muito próxima do fim, exclua-se a possibilidade de resolução do contrato mediante a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, permitindo-se somente a propositura de ação de cobrança do saldo em aberto ou eventual execução.

Em tais circunstâncias, entendo que não estão presentes os requisitos para a aplicação da teoria do adimplemento substancial, notadamente a hipótese que caracterize a escassa importância da prestação descumprida ou nem sequer justifique a cobrança judicial da dívida. Com efeito, penso ser relevante o descumprimento de parcelas que representam mais de 8% (oito por cento) do valor total da obrigação assumida pelo devedor de contrato de mútuo.

O uso do instituto da *substantial performance* não pode ser estimulado a ponto de inverter a ordem lógico-jurídica que assenta o integral e regular cumprimento do contrato como meio esperado de extinção das obrigações. Definitivamente, não. A sua incidência é excepcional, reservada para os casos nos quais a rescisão contratual traduz, *icto oculi*, solução evidentemente desproporcional. Sua aplicação, ademais, exige o preenchimento dos seguintes requisitos, bem delineados no julgamento do antes mencionado Recurso Especial n. 76.362/MT: a) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes; b) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio; c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários. É a presença dessas condições que justifica a excepcional intervenção do Judiciário na economia do contrato.

Registro que sua utilização incontida pode avançar sobre direitos do credor e modificar as condições que foram levadas em consideração no momento

em que estabelecidas as bases da contratação. A longo prazo, seus efeitos colaterais podem encarecer os custos da contratação, socializando os prejuízos da inadimplência praticada por alguns em detrimento de todos. Como afirmam Reinhard Zimmermann e Jan Peter Schmidt: “[a] liberdade contratual implica autodeterminação e responsabilidade pelos próprios atos. As partes que celebram um contrato devem arcar com as consequências que isso possa acarretar, desde que não tenham sido ludibriadas ou enganadas de alguma forma, nem tenham sido coagidas. (...) O Direito dos Contratos e a liberdade contratual não são fins em si mesmos. São meios para permitir às partes exercer seu direito de autodeterminação. Evidentemente, um contrato deve ser o resultado de um ato de autodeterminação de ambas as partes. E o Direito precisa garantir que ambas as partes de fato possam tomar uma decisão autodeterminada” (RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. RODAS, Sérgio. Entrevista com Reinhard Zimmermann e Jan Peter Schmidt. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 5. ano 2. p. 329/362. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, out-dez. 2015. p. 355).

Neste caso, ademais, não se trata em essência de demanda que tem por objetivo resolver a relação contratual havida entre as partes, senão a pretensão cautelar do credor para viabilizar a consolidação da propriedade que lhe fora antes transmitida por meio de garantia fiduciária, nos estritos termos da avença contratada e segundo os ditames da legislação de regência. Deveras, como bem ponderou o em. Ministro *Villas Boas Cuêva* no voto que proferiu no Recurso Especial n. 1.255.179/RJ:

O crédito remanescente, assim, ainda que considerado de menor importância quando comparado à parcela já adimplida da obrigação contratual, pode ser perseguido pelo credor a partir da utilização dos meios admitidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, dentre os quais se encontram, por exemplo, **a própria ação de busca e apreensão de que trata o Decreto-Lei n. 911/1969, que, por razões óbvias, não pode ser confundida com ação de rescisão contratual** - essa, sim, potencialmente indevida em virtude do substancial adimplemento da obrigação.

(...)

Nesse particular, impõe-se rememorar que, diante da própria natureza do contrato de financiamento de automóvel com cláusula de alienação fiduciária em garantia, a medida de busca e apreensão do veículo em virtude da mora ou inadimplemento do devedor não tem por finalidade a extinção do contrato. Traduz-se, em verdade, em meio posto à disposição do credor fiduciário para possibilitar a satisfação do seu crédito independentemente do ato voluntário do devedor.

Não por outro motivo que a tese firmada no Recurso Especial repetitivo n. 1.418.593/MS, relatado pelo em. Ministro *Luis Felipe Salomão*, exige o pagamento da “integralidade da dívida”, sem qualquer ponderação a propósito de um possível cumprimento substancial do contrato, para o devedor evitar a consolidação da propriedade, em favor do credor, do bem móvel objeto de alienação fiduciária:

Alienação fiduciária em garantia. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Ação de busca e apreensão. Decreto-Lei n. 911/1969. Alteração introduzida pela Lei n. 10.931/2004. Purgação da mora. Impossibilidade. Necessidade de pagamento da integralidade da dívida no prazo de 5 dias após a execução da liminar.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: “Nos contratos firmados na vigência da Lei n. 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, **pagar a integralidade da dívida** - entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial -, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária”.

2. Recurso especial provido.

(REsp 1.418.593/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 14.05.2014, DJe 27.05.2014)

Isso porque a previsão contida no art. 3º, § 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969 não dá espaço para dúvida, exigindo o pagamento do valor integral da dívida (inclusive parcelas vincendas) para que o devedor consiga evitar a apreensão ou a consolidação da propriedade do bem em favor do credor. Nesse sentido, observo que o dispositivo teve sua redação modificada por meio da Lei Federal n. 10.931/2004, alteração cuja finalidade foi “*agilizar a venda do bem retomado, sem prejuízo do mutuário, inclusive propiciando-lhe uma forma mais célere de quitação de sua dívida*” (mensagem anexada ao Projeto de Lei n. 3.065/2004, do Executivo Federal, que, apensado ao Projeto de Lei n. 2.109/1999, da Câmara dos Deputados, deu origem ao diploma legal em comento).

De fato, o instituto da alienação fiduciária é bastante útil para o desenvolvimento do País. Lembro que não se aplica exclusivamente ao financiamento de automóveis, mas também para a aquisição de imóveis e de maquinário, além de outros equipamentos, tanto na atividade agrícola quanto na industrial. Ele facilita o acesso ao crédito por permitir a concessão de empréstimo a pessoas que nem sequer possuem bens para a garantia do contrato e, sobretudo, diminui o risco da inadimplência, exatamente porque assegura

ao credor mecanismos mais eficazes para a retomada do bem financiado e a recuperação do crédito.

Ressalte-se, finalmente, que a possibilidade de o credor exigir o saldo do crédito – ressalvada de maneira uníssona na jurisprudência desta Casa – poderá resultar na inusitada situação em que o bem cuja busca e apreensão foi indeferida na ação cautelar venha a ser penhorado em futura execução promovida pelo credor, consoante a previsão do art. 829, § 1º, do CPC/2015, e levado a praça ou leilão, com idêntico resultado. Trata-se de conclusão que, evidentemente, contrapõe-se aos princípios que apregoam a razoabilidade na aplicação da lei, celeridade e efetividade processuais.

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso especial, afastando a extinção decretada pelo Juízo de primeiro grau e determinando o retorno dos autos à origem para o regular processamento da ação de busca e apreensão.

É como voto.

VOTO-MÉRITO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Banco Volkswagen S.A.*, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo TJ/MG.

Cinge-se a controvérsia em definir se deve ser extinta a ação de busca e apreensão, por ausência de interesse de agir, quando há o adimplemento substancial de contrato de financiamento de automóvel, garantido por alienação fiduciária.

Na hipótese, a instituição financeira, ora recorrente, ajuizou ação de busca e apreensão, em desfavor de *Gilvanil da Silva Monteiro*, ora recorrido, objetivando a retomada de veículo, alienado fiduciariamente, em virtude do inadimplemento das últimas 4 (quatro) das 48 (quarenta e oito) parcelas do financiamento.

A ação, em 1º grau, foi julgada improcedente, tendo sido o autor considerado carecedor da ação, por falta de interesse-adequação, uma vez que teria utilizado a via processual inadequada para perseguir o seu crédito – qual seja, a ação de busca e apreensão – quando deveria ter-se utilizado de outra via processual – como ação de execução ou de cobrança –, em virtude da aplicação da teoria do adimplemento substancial. O TJ/MG manteve o mesmo entendimento adotado em 1º grau, motivo pelo qual o recorrente interpôs o presente recurso especial.

Quando do julgamento do recurso especial, o Exmo. Min. Marco Buzzi, relator do processo, entendendo, na espécie, pela prudência na aplicação da teoria do adimplemento substancial da avença, porquanto cumprido o equivalente a 91,66% do contrato, considerou ser medida desproporcional o ajuizamento da ação de busca e apreensão e a consequente resolução do contrato. Destacou que a dívida não quitada permanece, mas que o meio de realização do crédito pelo qual optou o recorrente não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento e com os princípios da conservação dos contratos e da boa-fé objetiva. Deste modo, reconheceu a parcial procedência do recurso especial da instituição financeira, afastando a extinção do processo sem resolução de mérito, mas determinando o retorno dos autos à origem para que seja facultado à parte autora a emenda à sua petição inicial, a fim de que a satisfação do crédito se faça pelo modo menos gravoso ao devedor.

O voto proferido pelo Exmo. Min. Marco Aurélio Bellizze, que inaugurou a divergência, reconhece, por outro lado, afigurar-se “incongruente inviabilizar a utilização da ação de busca e apreensão na hipótese em que o inadimplemento revela-se incontroverso - desimportando sua extensão, se de pouca monta ou de expressão considerável -, quando a lei especial de regência condiciona a possibilidade de o bem ficar com o devedor fiduciário ao pagamento da integralidade da dívida pendente”. Como fundamento de seu voto, utiliza os argumentos de *i)* especialidade da lei de regência (Decreto-Lei n. 911/1969) que não justifica, salvo a existência de lacuna no regramento especial, a invocação da teoria do adimplemento substancial, não prevista em lei, mas que seria um consectário do princípio da boa-fé contratual, insculpido no art. 422 do CC/2002; *ii)* incidência subsidiária do Código Civil em relação à propriedade/titularidade fiduciária regulada por leis especiais; *iii)* previsão expressa do Decreto-Lei n. 911/1969 acerca da possibilidade de o credor fiduciário valer-se da medida judicial de busca e apreensão para compelir o devedor fiduciante a cumprir a obrigação ajustada, independentemente da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento; *iv)* a pretensa aplicação da teoria do adimplemento substancial como argumento destinado a inviabilizar o manejo da ação de busca e apreensão desvirtua a própria finalidade da teoria em comento, pois é um incentivo ao inadimplemento das últimas parcelas contratuais, com o nítido propósito de desestimular o credor - numa avaliação de custo-benefício - de satisfazer o seu crédito por outras vias judiciais, menos eficazes, o que, a toda evidência, aparta-se da boa-fé contratual propugnada, em absoluto descompasso com o sistema processual; e *v)* a aplicação da tese do adimplemento substancial na hipótese, a pretexto de proteger o consumidor,

acaba, em última análise, a prejudicar o consumidor adimplente, que terá que assumir o ônus pelo enfraquecimento do instituto da alienação fiduciária, com o pagamento de juros mais elevados.

É o breve relatório.

1. Da especialidade da lei que rege a alienação fiduciária em garantia (Decreto-Lei n. 911/1969)

A hipótese sob julgamento trata de alienação fiduciária dada em garantia, regida pelo Decreto-Lei n. 911/1969 (alterado pelas Leis n. 10.931/2004 e 13.043/2014), e não pelo Código Civil, que cuida apenas da propriedade fiduciária de bens móveis infungíveis (arts. 1.361 a 1.368-A do CC/2002).

E, como mesmo preceitua o art. 1.368-A desse diploma, as demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições do Código Civil naquilo que não for incompatível com a lei especial.

O Decreto-Lei n. 911/1969 dispõe em seu art. 3º que o proprietário fiduciário ou credor poderá, desde que comprovada a mora ou inadimplemento, requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente.

Constata-se, deste modo, que a lei especial que rege a alienação fiduciária dada em garantia prevê, de forma expressa, o uso da ação de busca e apreensão ao credor fiduciário que se depara com a mora ou inadimplência do devedor, não fazendo qualquer ressalva restritiva com fundamento na extensão da mora ou na proporção do inadimplemento, apenas dispondo ao credor a faculdade de lançar mão da ação de busca e apreensão para satisfazer o seu crédito.

2. Da violação ao direito de acesso ao Poder Judiciário

Depreende-se dos autos que, na hipótese, o juízo de 1º grau extinguiu o processo, sem resolução do mérito, com supedâneo no art. 267, VI, do CPC/1973, por entender que a instituição financeira, ora recorrente, seria carecedora da ação, por faltar-lhe o requisito de “*interesse-adequação*”. Isso porque considerou ser a ação de busca e apreensão via inadequada para o banco perseguir o seu crédito.

Tal entendimento foi mantido pelo TJ/MG que salientou o “inconteste cumprimento do mínimo substancial da obrigação, não podendo a instituição

financeira, no caso dos autos, apreender o bem, sob pena de vilipêndio ao princípio da boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil)” (e-STJ fl. 62).

Ocorre que, discordando dos fundamentos apresentados em 1º e 2º grau, não é possível impedir que a instituição financeira se valha de medida judicial expressamente prevista em lei especial - Decreto-Lei n. 911/1969 - para a satisfação de seu crédito, qual seja, a ação de busca e apreensão.

A *privação* imposta ao recorrente da faculdade outorgada ao credor fiduciário de usar a busca e apreensão para exigir o cumprimento da obrigação avençada representa uma *ofensa ao direito de acesso ao Poder Judiciário*, previsto constitucionalmente no art. 5º, XXXV, da Carta Magna.

Assim, equivocada a extinção da ação de busca e apreensão por ausência de condição da ação (interesse-adequação), considerando a prova da mora e a autorização contida no art. 3º do Decreto-Lei n. 911/1969.

Sobreleva-se anotar que aqui não se descarta da preocupação de que a boa-fé objetiva deve nortear as relações negociais firmadas entre partes, primando pela manutenção do contrato quando a parcela do inadimplemento mostrar-se ínfima, motivo pelo qual seria prudente exigir que o credor buscasse o pagamento do que lhe é devido da forma menos onerosa ao devedor, como, inclusive, previsto na legislação processual civil para a hipótese de execução (art. 620 do CPC/1973; e art. 805, *caput* e parágrafo único, do CPC/2015).

O que não se pode admitir é que, pelo simples fato de o financiamento estar substancialmente adimplido, *se impeça o processamento* da ação de busca e apreensão ajuizada pela instituição financeira.

Também não se pode descartar a possibilidade de ser aplicável aos contratos de alienação fiduciária em garantia submetidos à égide do Decreto-Lei n. 911/1969 a teoria do adimplemento substancial aliado a outros princípios orientadores de análise dos contratos. Contudo, na hipótese sob julgamento, em que se impediu o processamento da ação de busca e apreensão, não há como fazê-lo.

Outrossim, também não é possível, sem o adequado processamento da ação de busca e apreensão, vir a ser aplicado o disposto no art. 805, *caput* e parágrafo único, do CPC/2015. Tudo dependerá das peculiaridades de cada hipótese em concreto.

Forte nessas razões, *dou provimento* ao recurso especial de *Banco Volkswagen S.A.*, para, acompanhando o voto divergente proferido pelo eminente Min.

Marco Aurélio Bellizze, determinar que os autos retornem à origem, para que se admita o processamento da ação de busca e apreensão, na esteira do devido processo legal.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Senhor Presidente, peço a *maxima venia* ao eminente Relator para acompanhar integralmente o voto do Ministro Marco Aurélio Bellizze.

Reafirmo o voto-vista que já havia proferido na Turma:

“Banco Volkswagen S.A. ajuizou ação de busca e apreensão em face de Gilvanil da Silva Monteiro, para a retomada de veículo automotor vinculado a cédula de crédito bancário com garantia de alienação fiduciária, da qual penderia o pagamento das quatro últimas das 48 parcelas ajustadas, no valor individual de R\$ 439,86.

Sentenciando, o Juízo da 1ª Vara Cível de Nanuque, MG, julgou extinta sem julgamento do mérito ação em virtude de o devedor haver adimplido parcela substancial do débito, correspondente a 91,66% (fl. 35).

Apelou o Banco Volkswagen S.A.

O TJMG confirmou a decisão mediante a negativa de seguimento à apelação, fazendo referência à pendência de três prestações (fl. 79), conforme ementa assim redigida (fl. 77):

Agravo interno. Apelação. Busca e apreensão. Adimplemento substancial. Falta de interesse de agir. Manifesta improcedência. Aplicação do art. 557 do CPC. Negativa monocrática de seguimento. Regularidade.

A teoria do adimplemento substancial tem sido aplicada pelos tribunais pátrios como instrumento de equidade colocado à disposição do intérprete para que nas hipóteses em que a extinção da obrigação esteja muito próxima do fim, exclua-se a possibilidade de resolução do contrato mediante a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, permitindo-se somente a propositura de ação de cobrança do saldo em aberto ou eventual execução.

A instituição financeira interpõe recurso especial, com alicerce nas alíneas “a” e “c” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, apontando violação dos arts. 422 do Código Civil, 267, inciso VI, do Código de Processo Civil de 1973, 2º, § 2º, e 3º, do Decreto-Lei n. 911/1969, com as alterações introduzidas com a

edição das Leis n. 10.931/2004 e 13.043/2014, no sentido de que, comprovada a mora, é obrigatória a expedição de mandado de retomada, independentemente do número de prestações faltantes para a extinção do vínculo.

Sustenta que a teoria do adimplemento substancial não tem previsão legal, embora o próprio STJ a aplique com base em construção jurisprudencial, porém não estão presentes os requisitos na espécie, já que o valor devido não é irrisório, superando os R\$ 3.000,00 (fl. 95), nem está presente a boa-fé objetiva quando não respeitados os direitos recíprocos dos contratantes, o que é manifesto porque tenta há um ano receber as três últimas prestações sem sucesso (fl. 96).

Assevera que atendeu a todos os pressupostos processuais e de validade da ação, como a comprovação da mora, na esteira do que foi definido na jurisprudência desta Corte, mediante notificação válida, portanto não é cabível a extinção sem julgamento de mérito, pois o feito possui aptidão para o trâmite até solução final, que é a satisfação da dívida, cujo responsável não pode ser acobertado em contraposição a sua condição de proprietário do bem.

Por fim, transcreve ementas de julgados que afastaram a aplicação do instituto ou que o aplicaram em diferentes percentuais de quitação.

Não foram apresentadas contrarrazões (fl. 132).

(...)

Passo ao exame do mérito do recurso.

Como visto, entendeu o Tribunal estadual que houve adimplemento substancial da obrigação, de forma que a falta de pagamento de apenas três das quarenta e oito prestações não justificaria a busca e apreensão do bem, embora permitida a cobrança do saldo devedor.

Como exposto no voto do eminente Relator, a teoria do adimplemento substancial em contrato de financiamento com alienação fiduciária tem sido acolhida em julgados deste Tribunal em situações bastante peculiares. Como exemplo, extraído de seu douto voto o REsp 912.697/RO, relator Ministro Aldir Passarinho Junior, em que, paralelamente à ação de busca e apreensão, ajuizara o devedor ação de consignação em pagamento. Julgada parcialmente procedente a condenação, apurou-se um saldo devedor remanescente de apenas R\$ 254,91, o qual se entendeu não justificar o prosseguimento da ação de busca e apreensão. No REsp 469.577/SC, relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 25.3.2003, considerou-se que não violara a lei “a decisão que indefere o pedido de liminar de busca e apreensão considerando o pequeno valor da dívida em

relação ao bem e o fato de que este é essencial à atividade da devedora. E no REsp 272.739/MG, também da relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, entendeu-se que a falta apenas da última prestação “não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante” (DJ 2.4.2001).

A esses precedentes, acrescento o julgamento concluído pela 4ª Turma em 2011, do REsp 1.051.270/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, por maioria, em que a teoria do adimplemento substancial foi mas largamente acolhida, em hipótese em que a expressão da dívida não era desprezível e não havia peculiaridades outras, caso mais assemelhado, portanto, ao ora em julgamento. Eis a ementa do acórdão:

Direito Civil. Contrato de arrendamento mercantil para aquisição de veículo (*leasing*). Pagamento de trinta e uma das trinta e seis parcelas devidas. Resolução do contrato. Ação de reintegração de posse. Descabimento. Medidas desproporcionais diante do débito remanescente. Aplicação da teoria do adimplemento substancial.

1. É pela lente das cláusulas gerais previstas no Código Civil de 2002, sobretudo a da boa-fé objetiva e da função social, que deve ser lido o art. 475, segundo o qual “[a] parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

2. Nessa linha de entendimento, a teoria do substancial adimplemento visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato.

3. No caso em apreço, é de se aplicar a da teoria do adimplemento substancial dos contratos, porquanto o réu pagou: “31 das 36 prestações contratadas, 86% da obrigação total (contraprestação e VRG parcelado) e mais R\$ 10.500,44 de valor residual garantido”. O mencionado descumprimento contratual é inapto a ensejar a reintegração de posse pretendida e, conseqüentemente, a resolução do contrato de arrendamento mercantil, medidas desproporcionais diante do substancial adimplemento da avença.

4. Não se está a afirmar que a dívida não paga desaparece, o que seria um convite a toda sorte de fraudes. Apenas se afirma que o meio de realização do crédito por que optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento e, de resto, com os ventos do Código Civil de 2002. Pode, certamente, o credor valer-se de meios menos gravosos e proporcionalmente mais adequados à persecução do crédito remanescente, como, por exemplo, a execução do título.

5. Recurso especial não conhecido.

(4ª Turma, REsp 1.051.270/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, por maioria, DJe de 5.9.2011)

Acompanharam o voto do relator os Ministros Fernando Gonçalves e Carlos Fernando Mathias, ficando vencido o Ministro João Otávio de Noronha, de cujo voto extraio:

O caso em apreço não diz respeito a controvérsia sobre uma única parcela inadimplida, tampouco trata da reintegração de bem essencial à atividade do devedor, hipótese versada em precedentes colacionados neste feito. Diversamente, refere-se ao não pagamento consecutivo e reiterado de cinco prestações, fato que foi claramente reconhecido pelo devedor. Todavia, *não se trata de adimplemento significativo a ponto de a fração descumprida ser inútil para o credor, de forma que arrefeça o seu direito de exigir correspondente satisfação e o impeça de buscar a tutela jurisdicional.*

Outra questão a considerar é a equidade de interesses e predisposição das partes para o positivo cumprimento do contrato, porquanto a boa-fé objetiva opera em duas direções e subsume-se na própria atuação dos contratantes, não se esgotando na conduta de confiança e lealdade do credor, pois também requer do devedor igual padrão de comportamento, da celebração à execução do contrato.

Posteriormente, a 4ª Turma, a respeito da purgação da mora em contratos com garantia de alienação fiduciária, em particular quanto ao regime adotado a partir da vigência da Lei n. 10.931/2004, assim decidiu:

Direito Civil. Recurso especial. Ação de busca e apreensão. Alienação fiduciária em garantia. Decreto-Lei n. 911/1969. Alteração introduzida pela Lei n. 10.931/2004. Purgação da mora e prosseguimento do contrato. Impossibilidade. Necessidade de pagamento do total da dívida (parcelas vencidas e vincendas).

1) A atual redação do art. 3º do Decreto-Lei n. 911/1969 não faculta ao devedor a purgação da mora nas ações de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente.

2) Somente se o devedor fiduciante pagar a integralidade da dívida, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar, ser-lhe-á restituído o bem, livre do ônus da propriedade fiduciária.

3) A entrega do bem livre do ônus da propriedade fiduciária pressupõe pagamento integral do débito, incluindo as parcelas vencidas, vincendas e encargos.

4) Inexistência de violação do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes.

5) Recurso especial provido.

(4ª Turma, REsp 1.287.402/PR, Rel. p/ acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira, por maioria, DJe de 18.6.2013)

O voto do relator originário, Ministro Marco Buzzi, conferia à nova disciplina da alienação fiduciária interpretação que permitisse, com base nas regras do CDC, no princípio da preservação do contrato de adesão, na boa fé objetiva e na função social do contrato, a purgação da mora, mediante o pagamento apenas das parcelas vencidas, e não da integralidade da dívida antecipadamente dada por vencida pelo credor, mesmo após a edição da Lei n. 10.931/2004, que introduziu alterações no Decreto-Lei n. 911/1969.

Ao aderir à divergência inaugurada pelo Ministro Antônio Carlos Ferreira assim me manifestei:

Sr. Presidente, como o Relator bem reconheceu, a alienação fiduciária foi imprescindível para que o consumidor pudesse ter acesso a crédito. E não é só acesso a crédito, penso que ela repercute também na própria taxa de juros bancária, na diminuição do risco assumido pelo banco, uma vez que possibilita o retorno do capital de uma forma mais rápida em caso de inadimplência. Penso que a alienação fiduciária só causa esse resultado de facilitar o crédito se for dentro do sistema legal em que ela foi concebida, que é um sistema feito por lei ordinária, primeiro um decreto-lei da década de 1969, que sofreu alterações de uma lei de 2004, com a mesma hierarquia do CDC. Penso que não se pode deixar de aplicar uma regra legal expressa, editada em 2004, porque ela seria contra um princípio do CDC e penso que a circunstância do CDC ser aplicável a contratos bancários não impede que leis ordinárias posteriores sejam editadas estabelecendo um tipo de contrato que visa a dar maior garantia às instituições financeiras do resgate da dívida exatamente para que elas possam oferecer mais crédito com taxas de juros que deveriam ser mais acessíveis. Mas, se não são, se os juros são altos mesmo assim, é uma questão de mercado e de política econômica que não pode ser resolvida por meio de iniciativas tópicas do Poder Judiciário em casos concretos submetidos à sua apreciação.

Aqui, no caso da lei de alienação fiduciária, dispõe o art. 2º que:

No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em sentido contrário e prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e nas despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver.

§ 1º O crédito a que se refere o presente artigo abrange o principal, juros e comissões, além das taxas, cláusula penal e correção monetária, quando expressamente convencionados pelas partes.

E ainda estabelece o § 2º do mesmo art. 2º que:

A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio de cartório de títulos e documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor.

E ainda o § 3º:

A mora e o inadimplemento de obrigações contratuais garantidas por alienação fiduciária, ou a ocorrência legal ou convencional de algum dos casos de antecipação de vencimento da dívida, facultarão ao credor considerar de pleno direito vencidas todas as obrigações contratuais, independentemente de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial.

A regra legal é, pois, de que, havendo inadimplemento comunicado por intermédio do cartório de títulos e documentos, o proprietário fiduciário pode vender a coisa a terceiros. Pode vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, avaliação, hasta pública.

Então, em sequência, diz o art. 3º:

O proprietário fiduciário poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou inadimplemento do devedor.

Quando o credor fiduciário ajuíza a busca e apreensão com base no art. 3º é porque ele quer a posse, ele quer consolidar a posse e a propriedade plena. Assim, ele está exercendo a prerrogativa legal de ter como vencida de pleno direito a dívida. Caso contrário, ele não iria buscar na Justiça a posse do bem.

E aí prossegue o parágrafo 1º do art. 3º:

Cinco dias após executada a liminar, consolidar-se-ão a posse e a propriedade plena e exclusiva do bem do patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor ou terceiro por ele indicado livre do ônus da propriedade fiduciária.

Portanto, nesses cinco dias, se ele não depositar o valor da dívida inteira antecipadamente vencida, a posse e a propriedade plena ficam consolidadas na pessoa do credor.

A lei faculta, no prazo desses cinco dias que se seguem à execução da liminar, que o devedor fiduciante pague “a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus”. Se fossem só as parcelas vencidas antes do ajuizamento da ação, a lei não determinaria que fosse paga a dívida pendente segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário e, nesse caso, o bem lhe fosse restituído livre do ônus. Diante do pagamento parcial, o bem seria restituído com o ônus da alienação fiduciária.

Com a devida vênia, penso que o entendimento do Relator, por mais que seja inspirado na defesa do consumidor e no princípio de preservação e do fim social do contrato, na realidade, data maxima vênia, ele vai contra o consumidor, contra o contrato e contra o sistema, porque essa mescla de princípios do CDC, naquilo em que ele é incompatível com o regime da alienação fiduciária, que pressupõe a propriedade do bem em nome do credor como garantia, ela acaba, a meu ver, com a finalidade do instituto da alienação fiduciária, que, exatamente, dá essa garantia ao credor.

Então, por mais que pareça brusco que o credor tenha o direito de dar por vencida a dívida integralmente, de vender o bem, e, se o devedor não pagar a dívida inteira, já ser expedido um certificado de propriedade em nome do credor, ou de um terceiro, é exatamente essa possibilidade que o sistema jurídico dá, de o credor saber que, diante da inadimplência, ele vai reintegrar, rapidamente, o bem ao seu patrimônio, para vendê-lo e imputar no pagamento da dívida, isso é que possibilita o aumento da concessão de crédito e deveria levar a uma diminuição de taxa de juros, que, se não acontece, é um problema de economia de mercado, que será ainda mais agravado se houver decisões judiciais que tirem a força do sistema da alienação fiduciária.

Penso, com a devida vênia, que não há ofensa ao princípio da boa-fé, porque é inerente ao sistema da alienação fiduciária essa prerrogativa do credor. Estão cientes ambos os contratantes de que a propriedade do bem é do credor e poderá ser nele consolidada, atendidos os trâmites legais e contratuais. Não haveria, data vênia, uma preservação do contrato, mas a descaracterização do sistema do contrato de alienação fiduciária e a criação por decisão judicial de um outro contrato atípico que não foi o pretendido pelas partes, mais semelhante a um contrato de mútuo, o qual, certamente, não teria sido celebrado nas mesmas condições pela instituição financeira credora.

Portanto, cumprimento o eminente Relator pelo voto cuidadoso e inovador, mas, nesse caso, penso que a jurisprudência atual da Corte contribui para dar força a esse instituto de alienação fiduciária, o qual todos estamos de acordo veio no sentido de fortalecer o crédito em prol dos consumidores e do sistema financeiro nacional.

Esse entendimento foi consolidado pela 2ª Seção, no julgamento do REsp repetitivo 1.418.593/MS, sob a relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão:

Alienação fiduciária em garantia. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Ação de busca e apreensão. Decreto-Lei n. 911/1969. Alteração introduzida pela Lei n. 10.931/2004. Purgação da mora. Impossibilidade. Necessidade de pagamento da integralidade da dívida no prazo de 5 dias após a execução da liminar.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: “Nos contratos firmados na vigência da Lei n. 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida - entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial -, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária”.

2. Recurso especial provido.

(DJe de 27.5.2014)

O acórdão no REsp repetitivo 1.418.593/MS invocou como precedente o já citado precedente da 4ª Turma (REsp 1.287.402/PR), como se verifica da transcrição do voto do Ministro Salomão:

O texto atual do art. 3º, parágrafos 1º e 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969 é de clareza solar no tocante à necessidade de quitação de todo o débito, inclusive as prestações vincendas.

Realizando o cotejo entre a redação originária e a atual, fica límpido que a Lei não faculta mais ao devedor a purgação de mora, expressão inclusive suprimida das disposições atuais, não se extraíndo do texto legal a interpretação de que é possível o pagamento apenas da dívida vencida.

Dessarte, a redação vigente do art. 3º, parágrafos 1º e 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969, segundo entendo, não apenas estabelece que o devedor fiduciante poderá *pagar a integralidade da dívida pendente*, como dispõe que, *nessa hipótese, o bem será restituído livre do ônus* - não havendo, pois, margem à dúvida acerca de se tratar de pagamento de toda a dívida, isto é, de extinção da obrigação, relativa à relação jurídica de direito material (contratual).

(...)

Nesse passo, a título de registro, vale transcrever o voto proferido no REsp 1.287.402/PR, relator p/ acórdão Ministro Antonio Carlos Ferrreira. Sua Excelência alinhavou:

A hipótese legal, para mim, é muito clara. O devedor pode, nos 5 (cinco) dias previstos em lei, pagar a integralidade da dívida pendente. “O devedor

fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre de ônus”.

Ora, se o bem vai ser restituído livre de ônus, é porque deverá ser realizado o pagamento integral da dívida, incluindo o valor correspondente às parcelas vincendas e encargos. É o que se conclui da leitura do § 2º do artigo 3º do Decreto-Lei n. 911/1969, com a redação introduzida pela Lei n. 10.931/2004;

Sr. Presidente, entendo que a alteração do referido Decreto-lei levada a efeito por meio da Lei n. 10.931/2004 não foi à toa. A intenção do legislador é exatamente essa: o pagamento da integralidade da dívida (parcelas vencidas e vincendas).

O instituto da alienação fiduciária é um instituto útil para o desenvolvimento do País. Não é só financiamento de automóveis, inclui financiamento de máquinas, equipamentos, implementos agrícolas e até imóveis.

Esse instituto, na forma como é concebido, facilita o acesso ao crédito e reduz o seu custo, exatamente porque assegura ao credor mecanismos mais eficazes para a retomada do bem financiado e a recuperação do crédito.

Por isso, pedindo vênua ao relator, *conheço* do recurso especial e *dou-lhe provimento*.

(...)

Com efeito, embora respeitando o entendimento contrário, penso que, sob pena de se criar insegurança jurídica e violação ao princípio da tripartição dos poderes, não cabe ao Judiciário, a pretexto de interpretar a norma, terminar por, mediante engenhosa construção, criar hipótese de purgação da mora não contemplada pela Lei.

(...)

Dessarte, é inegável que, com a vigência da Lei n. 10.931/2004, o art. 3º, parágrafos 1º e 2º, do Decreto-Lei 911/1969, para os casos de alienação fiduciária envolvendo bem móvel, é mitigado o princípio da conservação dos contratos consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro, notadamente pelo afastamento, para esta relação contratual, do art. 401 do CC.

Nesse particular, ademais, cumpre consignar que, evidentemente, naquilo que compatível, aplicam-se à relação contratual envolvendo alienação fiduciária de bem móvel, integralmente, as disposições previstas no Código Civil e, nas relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor.

Coerentemente com seu voto vencido no REsp 1.287.402/PR, o Ministro Marco Buzzi acompanhou o relator, ressaltando, todavia, o seu entendimento pessoal:

Inicialmente, sobreleva deixar assente que, a partir do julgamento do REsp n. 1.287.402/PR (Relator Ministro *Marco Buzzi*, Relator p/ Acórdão Ministro *Antonio Carlos Ferreira*, julgado em 03.05.2012, DJe 18.06.2013), em que a Quarta Turma, por maioria de votos, perfilhou o posicionamento de que, “decorrido o prazo de cinco dias, contados da execução da liminar, cabe ao devedor efetuar o pagamento da integralidade do débito remanescente (parcelas vencidas e vincendas) para fins de obter a restituição do bem livre de ônus”, este subscritor passou a adotar a aludida orientação, atento à função uniformizadora desta Corte de Justiça, procedendo-se à ressalva de seu entendimento pessoal sobre a questão.

Do mesmo modo em que se procedeu naquela oportunidade, este signatário consigna que, tanto o teor do artigo 2º, § 3º, do Decreto-Lei n. 911/1969, que faculta ao credor fiduciário considerar antecipadamente vencida a totalidade da dívida em caso de mora, quanto o prescrito no artigo 3º, §§ 1º e 2º, que possui previsão no sentido de que o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, devem ser interpretados a bem da preservação do contrato de adesão firmado pelas partes, já que a norma não veda expressamente a purgação da mora, ou se preferir, o resgate do débito pendente.

Tal ponderação milita em dar ênfase aos direitos do consumidor (art. 5º, XXXII, da CF), mormente no caso sob análise, em que o devedor (parte vulnerável) se dispõe ao pagamento do débito vencido e não pago, a fim de preservar a avença, restando, portanto, resgatadas a função social do contrato e a boa-fé objetiva que devem respaldar tais negócios jurídicos.

Frise-se que procede de interpretação normativa e não de disposição expressa de lei, o entendimento que obriga o devedor fiduciante ao pagamento da integralidade do saldo devedor por força do vencimento antecipado decorrente da mora, vez que o texto legal estabelece uma faculdade ao credor fiduciário em considerar antecipadamente vencido o contrato, o que não impede ou afasta a interpretação dos dispositivos legais já mencionados em favor da parte vulnerável da relação, como exige o estatuto consumerista, no sentido de possibilitar e preservar a continuidade da relação contratual, nos casos em que evidenciado o pagamento das parcelas em atraso no prazo estabelecido no § 1º do art. 3º do Decreto-Lei n. 911/1969.

Com o devido e máximo respeito, sufraga-se que o entendimento ora esposado por esta Corte, acerca do tema em foco, não se mostra compatível com a principiologia exegética que orienta nosso sistema, porquanto confere interpretação extensiva ao artigo 3º, §§ 1º e 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969, com a redação dada pela Lei n. 10.931, de 2 de agosto de 2004, fazendo presumir que,

para a purgação da mora exigir-se-ia o pagamento integral do saldo devedor do mútuo, e não o resgate da integralidade da *dívida pendente*, até então.

Os princípios da preservação do contrato de adesão, da boa-fé objetiva e da função social do contrato, que amparam o entendimento dos que sustentam a possibilidade de purgação da mora nos contratos de alienação fiduciária, são os mesmos que embasam a tese de que o adimplemento substancial impede a ação de busca e apreensão, restando ao credor, proprietário fiduciário, ajuizar ação de cobrança ou execução para buscar o adimplemento das últimas prestações do financiamento.

O que nos primeiros precedentes justificava privar o credor do direito à busca e apreensão era o pequeno resíduo de prestações, apurado ao final de ação de consignação em pagamento, ou a última prestação. Atualmente vem sendo considerado adimplemento substancial a ausência de pagamento das cinco últimas parcelas (REsp 1.051.270/RS) ou das três últimas, como no caso ora em exame.

Penso, data maxima vênia, que tal flexibilização é incompatível com o decidido no REsp repetitivo 1.418.593/MS, pois o conceito de integralidade da dívida, cujo pagamento é imprescindível para evitar a consolidação da propriedade plena e da posse em nome do credor fiduciário, é incompatível com a ausência de pagamento de alguma de suas prestações, mesmo que apenas uma delas.

Se não poderia o devedor, segundo a tese aprovada no julgamento do REsp repetitivo 1.418.593/MS, evitar a consolidação da propriedade plena em favor do credor fiduciário mediante o pagamento incompleto (não integral) da dívida, seria incoerente, data maxima vênia, privar o credor da ação de busca e apreensão se há prestações incontroversamente não adimplidas.

A exceção que faço é apenas aquela constante do voto-vencido do Ministro João Otávio no REsp 1.051.270/RS acima transcrito: se a parcela remanescente for tão pequena que dela não possa extrair o credor utilidade. Isto significa: se for tão diminuta que sequer justifique a cobrança da dívida, o que naturalmente não se compadece com a ressalva feita no acórdão recorrido, de que ao credor fiduciário seria possível a cobrança da dívida sobejante por ação de cobrança ou execução, com os acréscimos de custos e retardamento inevitáveis.

Observo que não busca o credor, por meio da ação de busca e apreensão, a rescisão do contrato; ao contrário, seu intuito é precisamente cumprir as

cláusulas contratuais que lhe outorgam a propriedade fiduciária e o direito de que ela se consolide, em caráter pleno, em seu nome, se não cumprida integralmente a obrigação do mutuário.

Nesse sentido, em recente julgamento, a 3ª Turma, sob a relatoria do Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, afastou, por maioria, a alegação de que a teoria do adimplemento substancial impediria que o banco proprietário fiduciário ajuizasse ação de busca e apreensão em hipótese em que havia apenas uma das vinte e quatro parcelas não paga, a décima terceira. Trata-se do REsp 1.255.179/RJ, de cujo voto condutor extraio:

Sobreleva anotar também que o Decreto-Lei n. 911/1969 não faz nenhuma restrição à utilização da medida em virtude da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento contratual, sendo perfeitamente possível ao credor pretender a busca e a apreensão do veículo objeto do contrato quando comprovada a mora ou o inadimplemento, seja da totalidade ou de apenas uma fração da dívida, como no caso.

Daí porque não merece prosperar a orientação esposada pelo Tribunal local, quando concluiu por ser ilícita a conduta do banco recorrente pelo simples de fato de existirem, em tese, outras formas de buscar a satisfação de seu crédito e que seriam, ao entender daquela Corte, mais condizentes com a boa-fé.

O meio utilizado pelo recorrente para obter do devedor a quitação do débito, além de ser o legalmente autorizado, revelou-se adequado e eficaz, não havendo razão lógica para se falar em desproporção da medida, abuso de direito, e, menos ainda, em má-fé de sua parte, que, como consabido, não pode ser presumida.

(...)

O crédito remanescente, assim, ainda que considerado de menor importância quando comparado à parcela já adimplida da obrigação contratual, pode ser perseguido pelo credor a partir da utilização dos meios admitidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, dentre os quais se encontram, por exemplo, a própria ação de busca e apreensão de que trata o Decreto-Lei n. 911/1969, que, por razões óbvias, não pode ser confundida com ação de rescisão contratual - essa, sim, potencialmente indevida em virtude do substancial adimplemento da obrigação.

Daí porque, analisado o caso dos autos também por esse prisma, não há falar em ilicitude na conduta do banco recorrente.

Nesse particular, impõe-se rememorar que, diante da própria natureza do contrato de financiamento de automóvel com cláusula de alienação fiduciária em garantia, a medida de busca e apreensão do veículo em virtude da mora ou inadimplemento do devedor não tem por finalidade a extinção do contrato. Traduz-se, em verdade, em meio posto à disposição do credor fiduciário para possibilitar a satisfação do seu crédito independentemente de ato voluntário do devedor.

Desse modo, ausente qualquer ilicitude no comportamento do banco ora recorrente, condená-lo, como fez o acórdão recorrido, a reparar o devedor por supostos danos morais resultantes do cumprimento de medida liminar regularmente deferida pelo juízo competente nos autos de ação de busca e apreensão constituiria verdadeira inversão de valores, com a promoção do enriquecimento sem causa daquele que foi o único responsável, de fato, por eventuais transtornos daí resultantes: o devedor inadimplente, ora recorrido.

(3ª Turma, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, por maioria, DJe de 18.11.2015)

Assim como o entendimento que prevaleceu na 3ª Turma, entendo que não ofende o princípio da boa fé o exercício regular de direito que se extrai do contrato e da legislação especial de regência, direito este que é precisamente a essência da garantia alienação fiduciária (Código Civil, art. 188, inciso I).

A função social do contrato de financiamento com garantia de alienação fiduciária é precisamente ensejar a circulação de riqueza, com a concessão de empréstimos a taxas melhores do que as que seriam obtidas por meio de outras linhas de crédito sem tal garantia.

Acrescento que ainda há outro entrave para a adoção da teoria do adimplemento substancial a partir do advento da Lei n. 10.931/2004, a saber, o caráter subjetivo do percentual que a jurisprudência assim enquadra, resultante da análise de cada caso em concreto, ficando relegada, na maioria das vezes, à compreensão empregada pelos Julgadores das instâncias precedentes, com esteio da Súmula 7/STJ, utilizada em grande número de processos decididos nesta Corte.

Depreende-se, daí, que não há estabilidade no conceito difundido por meio da expressão “adimplemento substancial”, estando o instituto sujeito ao conceito subjetivo de cada aplicador do Direito, causando indesejável de instabilidade pela carência de uniformidade que proporciona.

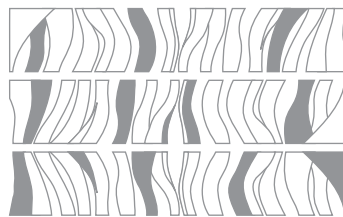
Em síntese, com a devida vênia, acredito que há franca contradição entre o entendimento jurisprudencial que considera e aplica a teoria do adimplemento substancial contrariamente à disposição literal da lei e com o próprio posicionamento adotado no REsp repetitivo 1.418.593/MS, o que contribui para insegurança jurídica das relações contratuais, enfraquecendo a garantia livremente pactuada nos contratos de alienação fiduciária e, contribuindo, por isso mesmo, para o encarecimento do crédito e dificultando a sua recuperação

judicial, que passa a depender de ação com tramitação por rito menos célere que a ação de busca e apreensão.

Em conclusão, com a devida vênia, dou provimento ao agravo interno para, de logo, conhecer e dar provimento ao recurso especial para o efeito de determinar o retorno dos autos ao Juízo de origem para regular processamento da ação de busca e apreensão.”

Reiterando esses fundamentos, acompanho a divergência, com a vênia do Relator.

É como voto.



Terceira Turma

RECURSO ESPECIAL N. 1.315.479-SP (2012/0058636-5)

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Recorrente: Colgate Palmolive Company

Advogado: Márcio Costa de Menezes e Gonçalves e outro(s) - SP136298

Recorrido: Novatech Comércio, Importação e Exportação Ltda

Advogado: Rodrigo Vallejo Marsaioli e outro(s) - SP127883

EMENTA

Direito Comercial e Processo Civil. Recurso especial. Ação de obrigação de não fazer cumulada com indenização por perdas e danos. Propriedade industrial. Desenho industrial. Importação desautorizada. Danos materiais suportados. Não comprovação. Recurso especial improvido.

1. Na hipótese de violação de direito exclusivo decorrente de propriedade industrial, a procedência do pedido de condenação a perdas e danos, ainda que independa de efetiva comercialização, não dispensa a demonstração de ocorrência de dano material efetivo.

2. O sistema brasileiro de responsabilidade civil não admite o reconhecimento de danos punitivos, de modo que a adoção de medidas inibitórias eficazes para prevenir a concretização de dano material, seja pela comercialização, seja pela mera exposição ao mercado consumidor, afasta a pretensão de correspondente reparação civil.

3. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Nancy Andrichi, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de março de 2017 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

DJe 21.3.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Cuida-se de recurso especial interposto por Colgate Palmolive Company fundamentado nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional.

Verifica-se dos autos que a recorrente propôs ação de obrigação de não fazer cumulada com perdas e danos contra Novatech Comércio Importação e Exportação Ltda., a fim de impedir que a recorrida importe, mantenha em estoque, distribua, fabrique ou comercialize escovas de dente modelos “Ever Fresh Exact” e “Ever Fresh Cutie”, que incorporam e imitam substancialmente desenho industrial das escovas de dente “Colgate360” e “Colgate Junior Barbie”, registrado em nome da recorrente, bem como condená-la ao pagamento de indenização por perdas e danos, inclusive na modalidade de lucros cessantes.

Em sentença, julgou-se procedente o pedido, confirmando a tutela antecipada e condenando a recorrida ao pagamento de indenização a ser apurada em liquidação por arbitramento.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela recorrida, nos termos da seguinte ementa (e-STJ, fl. 274):

Desenho Industrial. Registro de desenho industrial de propriedade da autora. Requerida que importa produto absolutamente similar. Alegação de inexistência similitude. Sentença que reconhece a ilicitude e condena a ré à abstenção de importar, distribuir, fabricar ou comercializar referidos produtos, além de determinar o pagamento das perdas e danos. Apelo da ré, requerendo a reforma da decisão. Registro válido que deve ser respeitado. Requisitos presumidamente preenchidos quando do deferimento do registro de desenho industrial junto ao INPI. Não comprovação de perdas e danos, já que as mercadorias não saíram do Porto de Santos. Provimento, em parte, do recurso da requerida, apenas para excluir da condenação a indenização por perdas e danos.

No presente recurso especial, a recorrente alega violação do art. 209 da Lei n. 9.279/1996, bem como dissídio jurisprudencial.

Em suas razões recusas, sustenta, em síntese, que o acórdão recorrido estabeleceu exigência que a própria lei não fez, qual seja, a necessidade de efetiva comercialização da mercadoria contrafeita para fins de caracterização de danos patrimoniais e conseqüente indenização por perdas e danos. Acrescenta que há acórdão desta Corte Superior (REsp n. 466.761/RJ, Rel. Min. Nancy Andriighi, Terceira Turma, DJ 4.8.2003, p. 295) no sentido de que a comercialização é desnecessária para fins de condenação a perdas e danos, além de indicar paradigmas dos Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro e do Ceará para fins de demonstração do alegado dissídio jurisprudencial.

Contrarrazões apresentadas (e-STJ, fls. 361-386).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): Cinge-se a controvérsia a definir se a importação de mercadoria retida em porto, entretanto, que não circulou nem foi exposta à venda em território nacional, é fato apto a ensejar dano patrimonial e suportar condenação em indenização a título de perdas e danos pela utilização indevida de desenho industrial registrado perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial.

De início, ressalta-se que a questão devolvida no presente recurso especial passa ao largo de qualquer questionamento quanto à utilização indevida de desenho industrial registrado, bem como da relevante proximidade dos desenhos industriais utilizados nos produtos confrontados e sua aptidão para causar confusão nos consumidores. A par desses fatos encontrarem-se reconhecidos na via ordinária, a quem incumbe soberanamente a fixação dos contornos fáticos da demanda, o ponto devolvido se restringe à definição do momento em que se reconhecerá a aptidão concreta para ocorrência de danos patrimoniais.

Com efeito, diferentemente dos danos extrapatrimoniais, os quais podem ser reconhecidos, em certas circunstâncias, como decorrência automática da conduta lesiva - dano moral *in re ipsa* -, os danos patrimoniais demandam a demonstração, ao menos, de plausibilidade jurídica, permitindo-se ao julgador inferir que da condição fática comprovada decorre normalmente, segundo as máximas da experiência, dano patrimonial para a vítima.

É notório que o Brasil não adotou o sistema punitivo das reparações civis. A despeito da incontestante despatrimonialização do direito civil, o deslocamento

do sistema de responsabilidade civil do patrimônio para a vítima da violação de direito não teve o condão de romper o liame necessário entre o dano e a reparação. Ao contrário, fez-se constar de forma expressa que “a indenização mede-se pela extensão do dano” (art. 944, do CC/2002), sendo este o limitador máximo da indenização, que ainda poderá ser reduzida se a gravidade da culpa o recomendar (parágrafo único do referido dispositivo). Assim, pode-se afirmar que se reservou ao direito penal e a normas específicas e esparsas a penalidade pela prática de condutas lesivas.

Indo mais além, nota-se que esse movimento de despatrimonialização logrou fixar a prevalência da tutela inibitória e preventiva, tendentes a alcançar o resultado equivalente à observância do direito tutelado. Isso porque compreende-se ser a tutela inibitória forma mais eficaz de proteger o interesse jurídico, uma vez que a posterior reparação não é capaz de restituir as partes ao real *status quo ante*.

Harmonizando-se com este sistema jurídico, a Lei n. 9.279/1996 também estabeleceu regramento preciso no que se refere às condutas lesivas aos direitos nela reconhecidos, prevendo inclusive a tipificação de crimes contra a propriedade industrial. Nesse sistema penal, deixou-se expresso – o que seria até despiciendo – que a sanção penal não afastaria o direito individual da vítima de pleitear a legítima proteção (art. 207) e a reparação dos danos por si suportados (arts. 208 e 209). Ao mesmo tempo, estabeleceu-se o poder-dever de o juiz evitar a concretização de danos irreparáveis ou de difícil reparação, nos termos do art. 209 do referido diploma legal.

Desse modo, a Lei de Propriedade Industrial, ao assegurar ao titular do direito exclusivo violado a pretensão à reparação dos danos sofridos (art. 209) e estabelecer os critérios a serem utilizados para determinação dos lucros cessantes diante da reconhecida dificuldade de sua apuração exata (art. 210), não determina a utilização da indenização como punição, tampouco fixa uma presunção em favor da vítima. A interpretação do art. 209 deve atender e preservar a coerência normativa.

Nesse cenário, o saudoso Denis Borges Barbosa lecionava que (Tratado da propriedade intelectual, tomo I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 146-147 - sem destaques no original):

Esse poder de exclusão [monopólio] independe de qualquer dano, lesão, culpa, boa ou má fé, e se exerce contra todas pessoas sem exceção. Assim, o titular desses direitos tem direito, incondicionalmente, à prestação estatal que imponha

coativamente a qualquer pessoa a obrigação de não-fazer (não usar o nome empresarial). No nosso sistema jurídico, isso implica em um comando judicial sob sanção de uma *astreinte*. Como ocorre com toda e qualquer obrigação de não fazer.

Sendo esse o remédio primeiro à violação de exclusiva, *a recomposição patrimonial, são secundárias – e devem ser assim tratadas –, a reparação do eventual e excepcionalíssimo dano moral, assim como todas as outras formas de reparar os efeitos de uma infração de exclusiva.*

Em síntese, também na legislação específica posta em debate, como de resto no sistema de responsabilidade civil brasileiro, não há a adoção de indenização punitiva – mantendo-se a tradição dos países integrantes do *civil law* –, de modo que a reparação do dano efetivo, na medida de sua extensão, fica reservada aos casos em que não foi possível a eficaz atuação preventiva.

Bem postas estas premissas, impõe-se reconhecer, enfim, que a tentativa de internalização de mercadoria não é, por si só, apta a configurar dano para o direito exclusivo da recorrente. Tentativa, frisa-se, em sentido atécnico, para enfatizar o fato de que a mercadoria não foi efetivamente inserida no mercado nacional, uma vez que ficou imediatamente retida no porto.

E, nesse ponto, revela-se a mais óbvia distinção entre o caso dos autos e aquele sobre o qual se debruçou esta Terceira Turma no julgamento do acórdão indicado como paradigma (REsp n. 466.761/RJ, Rel. Min. Nancy Andriighi, Terceira Turma, DJ 4.8.2003, p. 295). Da leitura dos fundamentos declinados no voto condutor do acórdão mencionado, acatou-se a superação da jurisprudência então dominante no sentido de ser dispensável a exigência de comercialização. Contudo, essa dispensa não corresponde à conclusão pretendida pela recorrente de que a mera prática de ato tipificado já corresponderia ao automático reconhecimento de dano material, mas sim, ao fato de que o dano material poderia ocorrer em situações que não houvesse a efetiva venda da mercadoria, reconhecendo-se o dano decorrente tão somente da exposição do bem contrafeito ao mercado consumidor. É o que se depreende do seguinte trecho:

Nesses termos considerados, a indenização por danos materiais não possui como *fundamento* a '*comercialização do produto falsificado*', mas a '*vulgarização do produto e a depreciação da reputação comercial do titular da marca*', levadas a cabo pela prática de *falsificação*.

De fato, a mera vulgarização de produtos do mercado de luxo, como era a hipótese daqueles autos – utilização indevida e desautorizada da marca Louis

Vuitton – induz, sob o ponto de vista econômico, à redução das vendas do produto legítimo, não por desviar-lhe a clientela, mas como consequência da deterioração da imagem de exclusividade do produto, como bem pontuou a relatora Min. Nancy Andrighi:

De fato, aquele que estaria disposto a comprar, por uma soma considerável, produto exclusivo, elaborado pelo titular da marca em atenção a diversos padrões de qualidade, durabilidade e segurança, não mais o faria se tal produto fosse vulgarizado por meio de uma falsificação generalizada.

Conclui-se, assim, que a falsificação, por si só, provoca substancial redução no faturamento a ser obtido com a venda do produto distinguido pela marca registrada, o que autoriza, em consequência, a reparação por danos materiais.

Por sua vez, no caso dos autos, os produtos não tiveram o condão sequer de serem conhecidos pelo potencial mercado consumidor, tampouco trata-se de ramo mercadológico peculiar, em que os consumidores deixariam de comprar o produto da recorrente pelo simples fato de se tornar disseminado no mercado. Desse modo, não há como se reconhecer a similitude fática imprescindível ao conhecimento do recurso especial pela alínea *c* do permissivo constitucional.

Acrescenta-se que também nos demais paradigmas indicados a situação fática não observa a peculiaridade destes autos – produto que nem mesmo adentrou no mercado consumidor nacional.

Em suma, diante da eficácia das medidas preventivas consubstanciadas na retenção da mercadoria no porto, que lograram impedir a concretização de prejuízos patrimoniais, sob qualquer modalidade, para a recorrente, deve-se manter à inteireza o acórdão recorrido.

Com esses fundamentos, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.342.640-SP (2012/0186042-0)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: Google Brasil Internet Ltda

Advogados: Eduardo Luiz Brock e outro(s) - SP091311

Fábio Rivelli e outro(s) - SP297608

Recorrido: Ricardo Alexandre Antoniazzi

Advogados: Leonardo Guerzoni Furtado de Oliveira e outro(s) - SP194553

Ricardo Alexandre Antoniasi (Em Causa Própria) - SP188390

EMENTA

Civil e Processual Civil. Recurso especial. Ação de obrigação de fazer. *Orkut*. Remoção de conteúdo reputado ofensivo. Possibilidade. Monitoramento prévio de publicações na rede social. Fornecimento de dados pessoais. Impossibilidade. Julgamento *extra petita*. Presença. *Astreintes*. Obrigação impossível. Afastamento.

- Ação ajuizada em 12.09.2008. Recurso especial interposto em 06.03.2012 e distribuído a este gabinete em 26.08.2016.

- Não subsiste a alegada ofensa ao art. 535 do CPC/1973, pois o tribunal de origem enfrentou as questões postas, não havendo no aresto recorrido omissão, contradição ou obscuridade.

- Esta Corte fixou entendimento de que “(i) não respondem objetivamente pela inserção no site, por terceiros, de informações ilegais; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo das informações postadas no site por seus usuários; (iii) devem, assim que tiverem conhecimento inequívoco da existência de dados ilegais no site, removê-los imediatamente, sob pena de responderem pelos danos respectivos; (iv) devem manter um sistema minimamente eficaz de identificação de seus usuários, cuja efetividade será avaliada caso a caso”. Precedentes.

- Ainda que não exija os dados pessoais dos seus usuários, o provedor de conteúdo, que registra o número de protocolo na internet (IP) dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta, mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento dos seus usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada dessa modalidade de provedor de serviço de internet.

- Este Superior Tribunal de Justiça tem entendimento segundo o qual não constitui julgamento *extra petita* a decisão do Tribunal de

origem que aprecia o pleito inicial interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial como um todo.

- Na hipótese, contudo, há julgamento *extra petita* se a autora requer a remoção e guarda de conteúdo on-line por seis meses e o Juízo obriga a recorrente a manter um “monitoramento prévio”, pelo mesmo período, de determinado usuário de aplicação de internet.

- Há violação ao art. 461 do CPC/1973 a imposição de multa cominatória para obrigação de fazer que se afigura impossível de ser cumprida, o que enseja o afastamento das *astreintes*.

- Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora. Dr. Eduardo Mendonça, pela parte recorrente: Google Brasil Internet Ltda.

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2017 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJe 14.2.2017

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Google Brasil Internet Ltda.*, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão exarado pelo TJ/SP.

Ação: de obrigação de fazer, com pedido de tutela antecipada, ajuizada por *Ricardo Alexandre Antoniassi*, em desfavor da recorrente, em virtude da divulgação na aplicação de internet da recorrente denominada ORKUT, de informações ofensivas à reputação do recorrido, feitas por um terceiro

identificado como “Allan Fernandes Piccinin”, em que se pleiteia: (i) a remoção de conteúdo considerado ofensivo do ORKUT e (ii) a apresentação dos danos cadastrais (nome completo, endereço, RG e CPF) do usuário responsável pela divulgação do conteúdo ofensivo. Houve concessão de tutela antecipada para determinar a exclusão de todo o conteúdo ofensivo ao recorrido.

Sentença: julgou procedente o pedido, para determinar à requerente que monitore previamente as mensagens e informações a serem divulgadas pelo “Allan” com referência expressa à pessoa do requerido, por um período de 6 (seis) meses, removendo-as do ORKUT, providência a ser adotada, de imediato, no tocante àquelas já publicadas até a data de prolação da sentença, sob pena de incorrer em multa cominatória fixada na decisão antecipatória de tutela.

Embargos de declaração: interpostos pelo requerido, foram acolhidos para reconhecer a este o direito de obter os dados do usuário responsável pela inserção do material ofensivo e criminoso no sítio Orkut.

Acórdão: negou provimento à apelação interposta pela requerente, nos termos da seguinte ementa:

Responsabilidade civil. Obrigação de fazer. Procedência. Demanda que visa retirada de páginas do site ‘ORKUT’ (mantido pela apelante), divulgando informações ofensivas acerca da pessoa do autor. Cabimento. Incontroversa a nocividade das mensagens constantes no referido site, com relação ao requerente. Veiculação apta a ensejar dano. Correta a determinação no sentido de que a ré proceda à retirada de tais informações. Precedentes. Sentença mantida. Recurso improvido (e-STJ fl. 707).

Embargos de declaração: interpostos pela requerente, foram rejeitados.

Recurso especial: alega violação dos arts. 2º, 128, 293, 460, 461 e 535 do CPC/1973; e 248 do CC/2002, bem como dissídio jurisprudencial. Além de negativa de prestação jurisdicional, aponta a ocorrência de julgamento *extra petita*, consistente na imposição de obrigação impossível (monitoramento prévio do conteúdo) não requerida pelo autor da ação, imposta apenas em sede de sentença. Aduz que tal condenação não pode ser tida como consequência da decisão antecipatória de tutela. No mais, sustenta a impossibilidade de monitoramento prévio da inserção de conteúdo, bem como de apresentação de dados pessoais do usuário, motivo pelo qual não haveria de se falar em aplicação de multa cominatória, na hipótese de obrigação de fazer impossível.

Tutela provisória de urgência: requerida pela recorrente (e-STJ fls. 1.176-1.973) relacionada à execução da multa, em sede de cumprimento provisório de sentença, no valor de R\$ 153.666,39 (cento e cinquenta e três mil, seiscentos e sessenta e seis reais e trinta e nove centavos). A recorrente sustenta que a multa executada decorre do descumprimento de ordem genérica de remoção e monitoramento de conteúdo, bem como de fornecimento de dados, “independentemente da indicação dos respectivos URLs dos conteúdos infringentes”, o que estaria em dissonância com a orientação firmada por este Superior Tribunal de Justiça. A tutela provisória de urgência foi indeferida monocraticamente (fls. 1.976-1.979 e-STJ) e, após a interposição de agravo interno, pela Terceira Turma, em julgamento assim ementado:

Processo Civil e Civil. Agravo interno no pedido incidental de tutela provisória de urgência no recurso especial. Tutela de urgência que objetiva a atribuição de efeito suspensivo a recurso especial. Ausência de pressupostos.

1. A concessão de efeito suspensivo ao recurso especial depende do *fumus boni juris*, consistente na plausibilidade do direito alegado, e do *periculum in mora*, que se traduz na urgência da prestação jurisdicional.

2. A ausência do “periculum in mora” basta para o indeferimento do pedido, sendo, portanto, desnecessário apreciar a questão sob a ótica do “fumus boni juris”, que deve se fazer presente cumulativamente.

3. Agravo interno não provido.

Relatados os fatos, decide-se.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): Cinge-se a controvérsia a determinar se: (i) houve omissão do acórdão recorrido, com violação ao art. 535, II, do CPC/1973; (ii) a decisão judicial controvertida é *extra petita* e, por consequência, nula em razão do disposto nos arts. 2º, 128, 293 e 460 do CPC/1973; e (iii) é possível a observância das obrigações impostas na sentença e mantidas pelo acórdão recorrido, em consonância com a legislação federal e com a jurisprudência desta Corte superior.

Como uma nota introdutória, deve-se ressaltar que os fatos referentes à controvérsia ocorreram anteriormente à publicação do Marco Civil da Internet, estabelecido pela Lei n. 12.965/2014. Também merece menção o fato que a aplicação de internet chamada ORKUT foi extinta pela recorrente em 30.09.2014. Ou seja, este recurso especial envolve um serviço – ou aplicação,

como denomina o Marco Civil da Internet – que sequer é mais oferecido ao público.

I – Da possível violação ao art. 535, II, do CPC/1973

Inicialmente, constata-se que o acórdão recorrido não contém omissão, contradição ou obscuridade. O TJ/SP tratou suficiente dos temas necessários para a resolução da controvérsia, proferindo, a partir da conjuntura então apresentada, a decisão que lhe pareceu mais coerente.

Embora tenha apreciado toda a matéria em discussão, tratou da responsabilidade do ORKUT sob viés diverso daquele pretendido pelo recorrente, fato que não dá ensejo à interposição de embargos de declaração. Observa-se que o recorrente se utilizou dos embargos de declaração com efeitos infringenciais.

O não acolhimento das teses contidas no recurso não implica obscuridade, contradição ou omissão, pois ao julgador cabe apreciar a questão conforme o que ele entender relevante à lide. O tribunal não está obrigado a julgar a questão posta a seu exame nos termos pleiteados pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento, consoante dispõe o art. 131 do CPC/1973.

Por outro lado, encontra-se pacificado no STJ o entendimento de que os embargos declaratórios, mesmo quando manejados objetivando o prequestionamento, são inadmissíveis se a decisão embargada não ostentar qualquer dos vícios que autorizariam a sua interposição. Confirmam-se os precedentes: AgRg no Ag 680.045/MG, 5ª Turma, DJ de 03.10.2005; EDcl no AgRg no REsp 647.747/RS, 4ª Turma, DJ de 09.05.2005; EDcl no MS 11.038/DF, 1ª Seção, DJ de 12.02.2007.

Constata-se, na realidade, o inconformismo da recorrente e a tentativa de imprimir aos embargos de declaração efeitos infringentes, o que não se mostra viável no contexto do mencionado recurso.

Por essa razão, não se verifica a ofensa ao art. 535 do CPC/1973.

II – Do alegado caráter extra petita da decisão judicial

Neste momento, cumpre analisar a possível existência de decisão judicial *extra petita* na hipótese dos autos. Para esse fim, transcreve-se abaixo os dispositivos que supostamente foram violados pelo acórdão recorrido, quais sejam os arts. 128 e 460 do CPC/1973:

CPC/1973

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.

Referidos dispositivos legais representam manifestações do princípio da demanda que visa indicar os limites que devem ser observados pela atividade jurisdicional. Nesses termos, segundo o CPC/1973 – e mantido em sua essência pelo CPC/2015 – ao processo interessa o litígio apenas nos limites em que foi proposto pelas partes ao juiz. Nesse sentido, podemos mencionar a lição da doutrina processualista:

Este litígio processual, pois, não se confunde com eventual litígio social. O juiz tem de decidir o litígio processual e é sobre essa que se projeta o resultado do processo. Aquilo que, o campo social, não se qualificou como litígio processual, não interessa ao processo. O litígio processual constitui, na língua do Código de Processo Civil, o mérito da causa. Pertence às partes a formação do mérito da causa. (L. G. MARINONI, S. C. ARENHARDT, D. MITIDIERO. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: RT, 2ª ed., 2016, p. 275)

Dessa forma, deve existir uma estrita correlação entre pedido, causa de pedir e sentença, em função do que dispõe os arts. 128 e 460 do CPC/1973 acima transcritos. Assim, por ser atribuição das partes a fixação do pedido e da causa de pedir, a sentença que deixe de observar esses limites passa a ser corrigível pelos meios processuais adequados, conforme corroborado novamente pela doutrina:

O autor fixa os limites da lide e da causa de pedir na petição inicial (CPC 128), cabendo ao juiz decidir de acordo com esse limite. É vedado ao magistrado proferir sentença acima (*ultra*), fora (*extra*) ou abaixo (*citra* ou *infra*) do pedido. Caso o faça, a sentença estará eivada de vício, corrigível por meio de recurso. A sentença *citra* ou *infra petita* pode ser corrigida por meio de embargos de declaração, cabendo ao juiz suprir a omissão; a sentença *ultra* ou *extra petita* não pode ser corrigida por embargos de declaração, mas só por apelação. Cumpre ao tribunal, ao julgar o recurso, reduzi-la aos limites do pedido. (N. NERY JUNIOR, R. M. A. NERY. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: RT, 13ª ed., 2013, p. 803)

No entanto, conforme ampla jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, não é qualquer incongruência entre pedido, causa de pedir e sentença que enseja a configuração de decisão *extra petita*. Nesses termos, no julgamento AgInt no AREsp 873.425/RJ, ocorrido em 20.09.2016 (DJe 29.09.2016), a Segunda Turma desta Corte afirmou que “*não ocorre julgamento ultra petita se o Tribunal local decide questão que é reflexo do pedido na exordial*”.

No mesmo sentido, invocando outros precedentes desta Corte (AgRg no AREsp 755.537/SC, DJe 14.9.2015; AgRg no REsp 1.462.911/SC, DJe 3.2.2015 e AgRg no REsp 1.477.608/SC, DJe 28.10.2014), a Prima Turma afirmou que:

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento segundo o qual não constitui julgamento extra petita a decisão do Tribunal de origem que aprecia o pleito inicial interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial como um todo, qual seja, o pagamento da verba referente ao sobreaviso e seus reflexos nos cálculos das férias e gratificação natalina, por se tratar apenas de consectário legal da condenação. (AgInt no REsp 1.452.677/SC, Primeira Turma, julgado em 20.09.2016, DJe 04.10.2016. Grifou-se)

Assim, se determinada controvérsia é apreciada no contexto do pedido e da causa de pedir apresentada pelas partes, não haveria vício a ser corrigido. Também a Terceira Turma julga com igual entendimento, conforme o julgamento do AgInt no REsp 1.546.086/RS (DJe 25.10.2016), em que se afirmou: “*não há falar em julgamento extra petita quando decidida a causa dentro dos contornos da lide, que são estabelecidos a partir do exame da causa de pedir eleita pela parte autora da demanda e dos limites do pedido veiculado em sua petição inicial*”.

Na hipótese dos autos, a controvérsia relativa à existência de julgamento *extra petita* está prequestionado expressamente no acórdão recorrido, conforme trecho transcrito abaixo:

É bem verdade que a recorrente, na qualidade de provedora da Internet, não pode ser responsabilizada pelo conteúdo de mensagens/páginas inseridas por terceiros. Nem isso postulou o autor, conforme já exposto. O que se buscou aqui é impedir ou suprimir informações de conteúdo nocivo, relativos à sua pessoa, pretensão o viável e passível de cumprimento. (fl. 709 e-STJ)

Dessa maneira, conforme consta às fls. 841-842 (e-STJ) nas razões do recurso especial, ao fazermos o cotejamento entre todos os pedidos constantes na petição inicial e o dispositivo da sentença, verifica-se uma incongruência

inadmissível. Abaixo seguem transcritos todos os pedidos do recorrido (fls. 52-53 e-STJ):

a) Restando presentes os requisitos legais autorizadores da concessão da tutela antecipada sob efeito liminar, ante o caráter criminoso, ilegal e ofensivo do conteúdo veiculado na internet, do evidente dano irreparável ao nome, honra, caráter, integridade, dignidade e moral do autor, serve da presente para requerer se digne Vossa Excelência, seja concedida ao autor a competente Tutela Antecipada com caráter Liminar *inaudita altera pars* no sentido de **determinar à requerida a imediata retirada de seu sítio eletrônico denominado “Orkut” material lesivo e criminoso inserido pelo seu usuário Allan Fernandes Piccinin, constante do link eletrônico** (...) transcrito na presente medida no material em anexo, devendo fazê-lo no prazo de 24 (vinte e quatro) horas a partir de sua intimação, sob pena de multa diária como já consta estipulado no instrumento legal celebrado entre requerida e o Ministério Público Federal bem como, pena desobediência.

b) Requer ainda, na medida ora requerida, seja **determinado à requerida a preservação do conteúdo criminoso que deverá retirado do seu sítio eletrônico bem como de todas as informações Pessoais do usuário autor da inserção do referido material**, para os devidos fins legais cíveis e criminais.

c) Requer por fim, seja a presente ação julgada procedente convertendo-se a tutela concedida em caráter definitivo, requerendo ainda **seja obrigada a requerida a informar**, conforme se prevê nas cláusula 20 e alíneas do termo de compromisso e cooperação celebrado com o Ministério Público Federal, **as informações completas do seu usuário responsável pela inserção do material ofensivo e criminoso em seu sítio Orkut proferidas contra o autor, tais como nome completo, endereço, RG e CPF, visando assim a identificação legal do usuário responsável**, para fins de apuração de responsabilidade civil e criminal do mesmo.

d) Requer a condenação da requerida ao pagamento de honorários advocatícios e demais consectários legais.

e) Requer o autor, com fundamento no artigo 155, 1 do CPCivil, seja o presente feito tramitado em segredo de justiça ante a natureza da matéria abrangida visando resguardar a integridade, a honra e a imagem do autor advogado, devendo ser determinado à serventia a devida anotação nos autos.

f) Requer a citação por Carta AR da Requerida, na pessoa do seu representante legal no endereço citado no preâmbulo da presente peça, para responder aos termos da presente ação sob pena de revelia e confissão.

g) como provas, requer o depoimento pessoal do representante legal da requerida, sob pena de confissão, oitiva de testemunhas, cujo rol será ofertado oportunamente, juntada de novos documentos e demais provas permitidas em direito.

h) Requer, finalmente, sejam concedidas ao Sr. oficial de justiça encarregado das diligências, as faculdades previstas nos §§ 1º e 20, do artigo 172, do Código de Processo Civil.

Por sua vez, na sentença (e-STJ fls. 518-519), encontra-se o seguinte dispositivo:

Em face do exposto e do mais que dos autos consta, *julgo procedente* a presente ação para o fim de determinar à requerida, que **monitore as mensagens ofensivas recebidas da pessoa identificada como "Allan" com referência expressa à pessoa do autor**, por um período de seis meses contados do trânsito em julgado desta decisão, removendo-as do "site" de relacionamento ("ORKUT"), providência a ser adotada, inclusive e de imediato, no tocante àquelas já publicadas até a presente data, sob pena de incorrer na pena cominatória fixada na decisão inicial, a partir desta data, ficando mantida a antecipação dos efeitos da tutela. (grifou-se)

Assim, de um pedido para remoção e conservação do conteúdo lesivo chega-se a uma sentença que ordena o monitoramento dos materiais a serem publicados por um determinado usuário do ORKUT, o que constitui nada mais que uma ordem de censura prévia aos conteúdos da rede social em comento.

É impossível reconhecer que o comando de monitoramento da referida aplicação de internet esteja compreendida em uma possível interpretação do pedido e da causa de pedir contidos na petição inicial, o que afasta a hipótese discutida neste recurso dos precedentes desta Corte superior acima apontados.

Por ultrapassar totalmente os limites estabelecidos no litígio pelas partes, faz-se necessário reconhecer o caráter *extra petita* da sentença de 1º grau de jurisdição mantida pelo acórdão recorrido. Dessa forma, impõe-se reconhecer que há julgamento *extra petita* se a autora requer a remoção e guarda de conteúdo on-line por seis meses e o Juízo obriga a recorrente a manter um "monitoramento prévio", pelo mesmo período, de determinado usuário de aplicação de internet.

III – Da impossibilidade de cumprimento das obrigações

Compulsando os autos, verifica-se que a recorrente foi condenada às seguintes obrigações de fazer: (i) em liminar, retirar e manter o conteúdo nocivo à recorria; (ii) em sentença, (a) monitorar previamente o conteúdo a ser publicado por determinado usuário do ORKUT e (b) apresentar todas as informações cadastrais desse usuário (nome, endereço, RG e CPF).

Por sua vez, no acórdão recorrido, encontram-se referências à jurisprudência do TJ/SP acerca da responsabilidade do GOOGLE, na qualidade de mantenedora da aplicação de internet ORKUT, relacionada à remoção de conteúdo nocivo da mencionada rede social. Contudo, em nenhum dos julgamentos do Tribunal paulista mencionados no acórdão permite-se a imposição de obrigações seja de monitoramento do conteúdo a ser publicado (que é uma censura prévia), seja de obrigação de disponibilização de dados pessoais de qualquer usuário, como nome completo, endereço, RG e CPF.

III.a – *Da natureza do ORKUT*

Com a publicação da Lei n. 12.965/2014, que institui o Marco Civil da Internet, muitos dos elementos que compõem a rede mundial de computadores foram definidos normativamente. Assim, temos que a Internet foi definida como “o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes” (art. 5º, I).

Na Internet, há uma multiplicidade de atores oferecendo diferentes tipos de serviços e utilidades para os usuários, conforme se afirmou no REsp 1.316.921/RJ:

Os provedores de serviços de Internet são aqueles que fornecem serviços ligados ao funcionamento dessa rede mundial de computadores, ou por meio dela. Trata-se de gênero do qual são espécies as demais categorias, como: (i) provedores de backbone (espinha dorsal), que detêm estrutura de rede capaz de processar grandes volumes de informação. São os responsáveis pela conectividade da Internet, oferecendo sua infraestrutura a terceiros, que repassam aos usuários finais acesso à rede; (ii) provedores de acesso, que adquirem a infraestrutura dos provedores backbone e revendem aos usuários finais, possibilitando a estes conexão com a Internet; (iii) provedores de hospedagem, que armazenam dados de terceiros, conferindo-lhes acesso remoto; (iv) provedores de informação, que produzem as informações divulgadas na Internet; e (v) provedores de conteúdo, que disponibilizam na rede os dados criados ou desenvolvidos pelos provedores de informação ou pelos próprios usuários da web.

É frequente que provedores ofereçam mais de uma modalidade de serviço de Internet; daí a confusão entre essas diversas modalidades. Entretanto, a diferença conceitual subsiste e é indispensável à correta imputação da responsabilidade inerente a cada serviço prestado.

Utilizando as definições estabelecidas pelo art. 5º, VII, do Marco Civil da Internet, o serviço prestado pela recorrente consiste em uma “aplicação de

internet” que é o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet.

Na hipótese dos autos, o ORKUT era uma aplicação de internet em que permitia a formação de comunidades virtuais para a veiculação de informações de vários tipos, verifica-se que o GOOGLE atua como provedor de conteúdo (na linguagem dos precedentes desta Corte), pois o site disponibiliza informações, opiniões e comentários de seus usuários. Estes usuários criam páginas pessoais (perfis), por meio das quais se relacionam com outros usuários e integram grupos (comunidades), igualmente criados por usuários, nos quais se realizam debates e troca de informações sobre interesses comuns. Ressalte-se, por fim, que o recorrente não exercia nenhuma forma de editoração ou controle prévio das informações que os usuários publicavam no ORKUT.

III.b – *Da obrigação de monitoramento (censura prévia)*

Mesmo que a obrigação da recorrente de realizar, por um período de seis meses, o monitoramento prévio dos conteúdos a serem publicados pelo usuário do ORKUT “Allan Fernandes Piccinin” foi imposta de forma claramente *extra petita*, alguns breves comentários sobre tal ordem devem ser feitos ante a sua flagrante ilegalidade.

Esta Corte superior possui entendimento consolidado no sentido de não constituir uma atividade intrínseca da recorrente, então mantenedora do ORKUT, a fiscalização prévia dos conteúdos a serem postados na rede social. Nesse sentido, mencione-se o julgamento REsp 1.193.764/SP (Terceira Turma, julgado em 14.12.2010, DJe 08.08.2011), em cuja ementa se lê o seguinte:

3. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos.

Esse posicionamento é corroborado por outros precedentes deste Tribunal Superior, tais como REsp 1.308.830/RS (Terceira Turma, julgado em 08.05.2012, DJe 19.06.2012), REsp 1.316.921/RJ (Terceira Turma, julgado em 26.06.2012, DJe 29.06.2012), REsp 1.568.935/RJ (Terceira Turma, julgado em 05.04.2016, DJe 13.04.2016), AgRg no AREsp 614.778/RJ (Terceira Turma, julgado em 05.02.2015, DJe 12.02.2015), AgRg no AREsp 308.163/RS (Quarta Turma, julgado em 14.05.2013, DJe 21.05.2013) e AgRg no REsp

1.402.104/RJ (Quarta Turma, julgado em 27.05.2014, DJe 18.06.2014), cuja ementa afirma:

1. Este Tribunal Superior, por seus precedentes, já se manifestou no sentido de que: I) o dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site por usuário não constitui risco inerente à atividade desenvolvida pelo provedor da internet, porquanto não se lhe é exigido que proceda a controle prévio de conteúdo disponibilizado por usuários, pelo que não se lhe aplica a responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/2002; II) a fiscalização prévia dos conteúdos postados não é atividade intrínseca ao serviço prestado pelo provedor no Orkut.

Além disso, não há no ordenamento jurídico qualquer dispositivo legal que obrigue o recorrente a realizar um “monitoramento” das informações e conteúdos que serão disponibilizados pelo extinto ORKUT ou por qualquer outra aplicação oferecida pelo recorrente. Aliás, na hipótese dos autos, esse chamado monitoramento nada mais é que a imposição de *censura prévia* à livre manifestação em redes sociais.

Conforme entendimento desta Corte, o controle editorial prévio do conteúdo das informações se equipara à quebra do sigilo da correspondência e das comunicações, vedada pelo art. 5º, XII, da CF/1988. Não bastasse isso, a avaliação prévia do conteúdo de todas as informações inseridas na web eliminaria um dos maiores atrativos da internet, que é a transmissão de dados em tempo real.

Nesse sentido, vale mencionar a lição de Carlos Affonso Pereira de Souza vê “meios tecnológicos para revisar todas as páginas de um provedor”, mas ressalva que esse procedimento causaria “uma descomunal perda na eficiência do serviço prestado, quando não vier a impossibilitar a própria disponibilização do serviço” (A responsabilidade civil dos provedores pelos atos de seus usuários na internet. *In* **Manual de direito eletrônico e internet**. São Paulo: Aduaneiras, 2006, p. 651).

No mesmo sentido opina Paulo Nader, que considera inviável impor essa conduta aos provedores, “pois tornaria extremamente complexa a organização de meios para a obtenção dos resultados exigidos, além de criar pequenos órgãos de censura” (**Curso de direito civil**. vol. VII, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 385).

Em outras palavras, exigir dos provedores de conteúdo o monitoramento das informações que veiculam traria enorme retrocesso ao mundo virtual,

a ponto de inviabilizar serviços que hoje estão amplamente difundidos no cotidiano de milhares de pessoas. A medida, portanto, teria impacto social extremamente negativo.

Trata-se de questão com repercussão internacional, que tem ocupado legisladores de todo o mundo, sendo possível identificar, no direito comparado, a tendência de isentar os provedores de serviço da responsabilidade pelo monitoramento do conteúdo das informações veiculadas em seus sites.

III.b – *Da obrigação de fornecimento de informações*

De acordo com os precedentes deste STJ, não se pode considerar de risco a atividade desenvolvida pelos provedores de conteúdo e sequer é possível exigir a fiscalização prévia das informações disponibilizadas em aplicações de internet.

Por outro lado, esta mesma Corte exige que o provedor tenha o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Trata-se, nada mais, que a contrapartida da liberdade de manifestação do pensamento, prevista no art. 5º, IV, da CF/1988, que é a vedação ao anonimato.

A esse respeito, Marcel Leonardi observa que o provedor deve exigir do usuário, conforme a natureza do serviço prestado, “os números de IP atribuídos e utilizados pelo usuário, os números de telefone utilizados para estabelecer conexão, o endereço físico de instalação dos equipamentos utilizados para conexões de alta velocidade e demais informações que se fizerem necessárias para prevenir o anonimato do usuário” (**Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 82).

Portanto, espera-se que o provedor adote providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para permitir a identificação dos usuários de determinada aplicação de internet. Dessa forma, esta Corte entende como suficiente a apresentação dos registros de número IP. Veja-se, nesse sentido, o julgamento pela Terceira Turma do REsp 1.193.764/SP (DJe 08.08.2011), cuja ementa destaca que:

6. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar

as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omittendo*.

7. Ainda que não exija os dados pessoais dos seus usuários, o provedor de conteúdo, que registra o número de protocolo na internet (IP) dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta, mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento dos seus usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada dessa modalidade de provedor de serviço de internet.

Esse entendimento é corroborado por diversos precedentes da Terceira e Quarta Turmas desta Corte Superior, como o REsp 1.308.830/RS (Terceira Turma, julgado em 08.05.2012, DJe 19.06.2012), o REsp 1.512.647/MG (Segunda Seção, julgado em 13.05.2015, DJe 05.08.2015), o AgRg no REsp 1.384.340/DF (Terceira Turma, julgado em 05.05.2015, DJe 12.05.2015) e o AgRg no REsp 1.402.104/RJ (Quarta Turma, julgado em 27.05.2014, DJe 18.06.2014), cuja ementa afirma expressamente que:

2. A responsabilidade subjetiva do agravante se configura quando: I) ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem tem conteúdo ilícito, por ser ofensivo, não atua de forma ágil, retirando o material do ar imediatamente, passando a responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão em que incide; II) não manter um sistema ou não adotar providências, que estiverem tecnicamente ao seu alcance, de modo a possibilitar a identificação do usuário responsável pela divulgação ou a individuação dele, a fim de coibir o anonimato.

3. O fornecimento do registro do número de protocolo (IP) dos computadores utilizados para cadastramento de contas na internet constitui meio satisfatório de identificação de usuários. (Grifou-se)

Dessa forma, percebe-se que a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é consolidada no sentido de – para adimplir sua obrigação de identificar usuários que eventualmente publiquem conteúdos considerados ofensivos por terceiros – é suficiente o fornecimento do número IP correspondente à publicação ofensiva indicada pela parte.

Aliás, mesmo que esta controvérsia não se resolva sob os auspícios do Marco Civil da Internet, essa legislação também não obriga o fornecimento de tais informações quando não necessárias à prestação de determinada aplicação de internet. Nesse sentido, importante trazer à colação o disposto no art. 19 da mencionada Lei:

Lei n. 12.965/2014

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Retornando à controvérsia dos autos, verifica-se que a recorrente foi obrigada a fornecer, além do número IP, a apresentar o nome completo, endereço e os números de identidade (RG e CPF) do usuário de determinado perfil do ORKUT, o que é considerado excessivo por este Tribunal. Há de se reconhecer, ainda, que tais informações não são requeridas pela recorrente quando qualquer pessoa quisesse se inscrever na mencionada rede social, tornando-se claramente uma obrigação de impossível cumprimento.

IV – Das astreintes em obrigações impossíveis

Consoante entendimento da Segunda Seção, é admitida a redução do valor da astreinte quando a sua fixação ocorrer em valor muito superior ao discutido na ação judicial em que foi imposta, a fim de evitar possível enriquecimento sem causa. Nesse sentido, pode-se mencionar os julgamentos do AgRg no AREsp n.

516.265/RJ, Quarta Turma, DJe de 26.8.2014; AgRg no AREsp n. 363.280/RS, Terceira Turma, DJe de 27.11.2013; REsp n. 947.466/PR, Quarta Turma, DJe de 13.10.2009.

No AgRg no AREsp 648.677/SP (julgado em 22.11.2016, DJe 25.11.2016), a Terceira Turma entendeu que também é admitida a revisão do valor de multa diária quando se mostrar irrisória ou exorbitante, em flagrante ofensa à razoabilidade e proporcionalidade, conforme ementada transcrita abaixo:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Direito Civil e Processual Civil. Ação de obrigação de fazer. Fornecimento de IP. Transação bancária fraudulenta. Multa diária (*astreintes*). Afastamento ou redução do valor. Proporcionalidade verificada. Agravo regimental improvido.

1. *A orientação consolidada nesta Corte é no sentido de que só é admitida a revisão do valor da multa diária pelo descumprimento de decisão judicial, quando ela se mostrar irrisória ou exorbitante, em flagrante ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não ocorreu no caso.*

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 648.677/SP, Terceira Turma, julgado em 22.11.2016, DJe 25.11.2016)

Nessa linha de raciocínio, o valor total fixado a título de multa diária poderá ser objeto de redução se arbitrada a multa diária em valor desproporcional e não razoável à própria prestação que ela objetiva compelir o devedor a cumprir.

Conforme frisado no julgamento pela Terceira Turma do REsp 1.192.197/SC (DJe de 05.06.2012), “a análise sobre o excesso ou não da multa não deve ser feita na perspectiva de quem, olhando para fatos já consolidados no tempo – agora que a prestação finalmente foi cumprida – procura razoabilidade quando, na raiz do problema, existe justamente um comportamento desarrazoado de uma das partes; ao contrário, *a eventual revisão deve ser pensada de acordo com as condições enfrentadas no momento em que a multa incidia e com o grau de resistência do devedor*”. (Grifou-se)

No mesmo sentido, ainda podem ser mencionados o AgRg no REsp 1.026.191/RS (Terceira Turma, DJe 23.11.2009) e o REsp 1.151.505/SP (Terceira Turma, DJe 22.10.2010).

Com efeito, não se pode perder de vista que a multa cominatória não visa a compensar a parte contrária pelos prejuízos advindos do descumprimento da

ordem judicial. As *astreintes* sancionam a parte pela sua recalcitrância em acatar uma determinação judicial. Objetivam assegurar a efetividade das decisões emanadas do Poder Judiciário, salvaguardando sua imagem e o respeito que todos devem ter pelo órgão, detentor do monopólio da jurisdição.

Dessa forma, tendo em vista a natureza das *astreintes*, não se pode aferir sua razoabilidade tomando como parâmetro a expressão econômica envolvida na ação. O que se deve observar é o grau de renitência da parte em cumprir a ordem judicial, cujo prestígio e autoridade não têm nenhuma relação com o valor da obrigação da qual deriva.

Portanto, fixada a premissa de que o valor da multa cominatória deve corresponder ao grau de resistência da parte em obedecer a ordem judicial, cabe verificar se na hipótese específica dos autos o montante das *astreintes* reflete com razoabilidade e proporcionalidade a relutância da recorrente em cumprir a obrigação a ele imposta.

Conforme mencionado acima, o comando judicial que deu origem à multa cominatória impôs ao GOOGLE a obrigação de (a) monitorar previamente o conteúdo a ser publicado por determinado usuário do ORKUT e (b) apresentar todos as informações cadastrais desse usuário (nome, endereço, RG e CPF).

Consoante ficou decidido no julgamento do REsp 1.193.764 (Terceira Turma, julgado em 14.12.2010, DJe 08.08.2011), versando sobre hipótese análoga à dos autos, “(i) não respondem objetivamente pela inserção no site, por terceiros, de informações ilegais; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo das informações postadas no site por seus usuários; (iii) devem, assim que tiverem conhecimento inequívoco da existência de dados ilegais no site, removê-los imediatamente, sob pena de responderem pelos danos respectivos; (iv) devem manter um sistema minimamente eficaz de identificação de seus usuários, cuja efetividade será avaliada caso a caso”.

Dessa forma, em consonância com o discutido acima, a obrigação de fazer imposta ao GOOGLE na hipótese específica dos autos, na condição de mantenedor do ORKUT, mostrava-se desde o início impossível de ser efetivada, com clara violação do art. 461, § 5º, do CPC. Não há, portanto, indícios de menoscabo à determinação judicial que pudesse justificar a manutenção da multa.

Nesse mesmo sentido a Segunda Seção desta Corte julgou a Rcl 5.072/AC, em 11.12.2013, conforme é possível verificar na ementa abaixo transcrita:

Civil, Processo Civil e Consumidor. Reclamação. Resolução 12/2009 do STJ. Decisão teratológica. Cabimento. Internet. Provedor de pesquisa virtual. Filtragem prévia das buscas. Desnecessidade. Restrição dos resultados. Não-cabimento. Conteúdo público. Direito à informação. Dados ofensivos armazenados em cache. Exceção. Exclusão. Dever, desde que fornecido o URL da página original e comprovada a remoção desta da internet. Comando judicial específico. Necessidade. *Astreintes*. Obrigação impossível. Descabimento. Dispositivos legais analisados: arts. 220, § 1º, da CF/1988, 461, § 5º, do CPC.

1. Embora as reclamações ajuizadas com base na Resolução n. 12/2009 do STJ a rigor somente sejam admissíveis se demonstrada afronta à jurisprudência desta Corte, consolidada em enunciado sumular ou julgamento realizado na forma do art. 543-C do CPC, afigura-se possível, excepcionalmente, o conhecimento de reclamação quando ficar evidenciada a teratologia da decisão reclamada.

2. A filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisa virtual, de modo que não se pode reputar defeituoso o site que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas.

3. Os provedores de pesquisa virtual realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a conseqüente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa.

4. Os provedores de pesquisa virtual não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido.

5. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/1988, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.

6. Preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da web, de uma determinada página virtual, sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo - notadamente a identificação do URL dessa página - a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição. Se a vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação.

7. Excepciona o entendimento contido nos itens anteriores o armazenamento de dados em cache. Estando uma cópia do texto ou imagem ofensivos ou ilícitos registrados na memória cache do provedor de pesquisa virtual, deve esse, uma vez ciente do fato, providenciar a exclusão preventiva, desde que seja fornecido o URL da página original, bem como comprovado que esta já foi removida da Internet.

8. Como se trata de providência específica, a ser adotada por pessoa distinta daquela que posta o conteúdo ofensivo e envolvendo arquivo (cópia) que não se confunde com o texto ou imagem original, deve haver não apenas um pedido individualizado da parte, mas um comando judicial determinado e expresso no sentido de que a cópia em cache seja removida.

9. Mostra-se teratológica a imposição de multa cominatória para obrigação de fazer que se afigura impossível de ser cumprida.

10. Reclamação provida.

(Rcl 5.072/AC, Segunda Seção, julgado em 11.12.2013, DJe 04.06.2014)

Forte nessas razões, *conheço* o recurso especial e *dou-lhe provimento* com fundamento no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, para afastar (i) a obrigação de monitoramento prévio do perfil do ORKUT indicado nos autos, (ii) a obrigação de apresentar outros dados pessoais (nome, endereço, RG e CPF), mantendo somente a apresentação do número IP e, (iii) por fim, as *astreintes* impostas à recorrente, em razão da impossibilidade de seu cumprimento.

RECURSO ESPECIAL N. 1.442.674-PR (2014/0059284-8)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Recorrente: DC Logistics Brasil Ltda

Advogado: Bruno Tussi - SC020783

Recorrido: Palenske e Companhia Ltda

Advogado: Denilson Janderson Trombetta e outro(s) - PR026236

EMENTA

Recurso especial. Civil e Empresarial. Contrato de transporte internacional de carga. Insumos. Relação de consumo. Inocorrência.

Vinculação entre o contrato principal e o contrato acessório de transporte.

1. Controvérsia acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor a um contrato internacional de transporte de insumos.

2. Não caracterização de relação de consumo no contrato de compra e venda de insumos para a indústria de autopeças (teoria finalista).

3. Impossibilidade de se desvincular o contrato de compra e venda de insumo do respectivo contrato de transporte.

4. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à espécie, impondo-se o retorno dos autos ao Tribunal de origem.

5. Prejudicialidade das demais questões suscitadas.

6. Doutrina e jurisprudência sobre o tema.

7. *Recurso Especial Provido.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, A Terceira por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze (Presidente) e Moura Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrichi.

Brasília (DF), 07 de março de 2017 (data de julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

DJe 30.3.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de recurso especial interposto por *DC Logistics Brasil Ltda* em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, assim ementado:

Apelação cível. Ação indenizatória. Extravio de carga. Sentença de procedência. Inconformismo da parte requerida. Ilegitimidade passiva. Descabimento. Responsabilidade da transportadora. Carga extraviada após sair da posse do contratante. Ausência de documento essencial. Inaplicável. Hipótese de aplicabilidade da legislação consumerista. Inversão do ônus da prova. Prevalência sobre a convenção de Montreal. Responsabilidade civil configurada. Reparação de danos materiais devida. Limitação dos valores. Impossibilidade. Necessidade de reparação total dos danos conforme legislação consumerista. Danos morais devidos. Pessoa jurídica. Ofensa a honra objetiva. Recurso conhecido e desprovido. (fls. 279 s.)

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Em suas razões, a parte recorrente alega violação dos arts. 153, 267, inciso VI, 283, 284, 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil/1973, art. 37, § 1º, do Decreto-Lei n. 37/1966, art. 102 do Código Brasileiro da Aeronáutica, arts. 743 e 744 do Código Civil/2002, art. 589 do Código Comercial/1850, arts. 22, 23 e 30 da Convenção de Montreal (Decreto n. 5.910/2006), arts. 2º e 14, § 3º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, sob os argumentos de: (a) negativa de prestação jurisdicional; (b) ilegitimidade passiva; (c) ausência de documento indispensável ao ajuizamento da ação; (d) inexistência de relação de consumo; (e) fato de terceiro; (f) tarifação da indenização; (g) inocorrência de dano moral.

Contrarrazões ao recurso especial às fls. 563/586.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Eminentes colegas, o recurso especial merece ser provido.

Inicialmente, esclareço que o juízo de admissibilidade do presente recurso será realizado com base nas normas do CPC/1973, por ser a lei processual vigente na data de publicação do *decisum* ora impugnado (cf. Enunciado Administrativo n. 2/STJ).

A controvérsia central do presente recurso diz respeito a uma pretensão indenizatória decorrente de extravio de insumos (componentes de autopeças) em transporte aéreo (Shanghai - Curitiba), conforme se verifica no seguinte trecho da petição inicial:

A Autora precisava urgente da mercadoria que importou para produzir os componentes que seriam expostos na Feira AUTOMEC realizada em São Paulo no período de 27 de abril a 01 de maio de 2010, por isso, contratou transporte aéreo através da Ré confiando na informação divulgada no site www.dcllogisticsbrasil.com.br.

No entanto até hoje o serviço não foi prestado, motivo pelo qual a Ré é responsável solidária pelo extravio da mercadoria, consoante o disposto nos artigos 14 e 25 do Código de Defesa do Consumidor, pois elegeu e contratou a transportadora e deve ressarcir à Autora a quantia de USD 4.503,00 (quatro mil quinhentos e três dólares) ao câmbio de R\$ 1,76 (cotação de 17.03.2010) igual a R\$ 7.925,28 (sete mil novecentos e vinte e cinco reais e oito centavos), acrescida de juros e correção monetária incidentes desde a citação inicial consoante o disposto nos artigos 404 e 405 do Código Civil, referente ao dano material decorrente do desaparecimento de 07 (sete) volumes de mercadorias importadas, mais os danos morais. (fls. 7 s.)

Conforme se verifica no trecho acima transcrito, o próprio relato da autora da demanda já deixa evidente que a relação jurídica estabelecida com a vendedora dos componentes de autopeças era uma relação de insumo, não de consumo.

A polêmica dos autos, contudo, diz respeito à relação jurídica acessória, de transporte dos insumos adquiridos.

O juízo de origem e o Tribunal *a quo* entenderam que essa relação jurídica de transporte de carga configuraria relação de consumo, fazendo uma distinção com a relação jurídica estabelecida no contrato principal.

Sobre esse ponto, transcreve-se o seguinte trecho do acórdão recorrido:

Assevera a apelante a impossibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor no presente caso, por não se tratar de relação consumerista, em que as partes são hipossuficientes entre si, por ser a apelada comerciante e tendo utilizado o serviço prestado pela requerida para implementação comercial.

No presente caso, a apelante é empresa responsável por transporte de carga, contratada pela apelada para realizar a locomoção de mercadorias de Shanghai até Curitiba. Ainda que seja, a empresa apelada, comerciante, é considerado consumidor todo aquele que, sendo pessoa física ou jurídica, adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Em contrapartida, fornecedor é todo aquele que realiza atividade tal qual, como no presente caso, a prestação de serviços, sendo esta qualquer atividade fornecida no mercado de consumo e que gere lucro. Para que se configure de fato a relação de consumo, portanto, se faz necessário que a apelada seja destinatário

final, e não somente intermediário ou utilize-se do serviço prestado para a sua própria atividade, de comerciante.

Em que pesem as alegações da apelante, esta foi contratada para exercer um serviço, o de transportar mercadorias, para que fosse possível à empresa apelada exercer a sua atividade fonte de lucro no local desejado. Ou seja, não se trata de comerciante o qual emprega atividade que seja intermediário do lucro visado, mas sim serviço de transporte o qual foi ofertado e efetivamente contratado, sendo a apelante fornecedora do serviço e a apelada destinatária final da prestação deste serviço.

Independentemente da destinação da venda do produto da qual a apelada é fornecedora, quanto ao serviço prestado a apelante é fornecedora, sendo a apelada a única destinatária deste serviço e, assim, configurando-se relação consumerista, o que possibilita a utilização do Código de Defesa do Consumidor. (fl. 292/293)

Com a devida vênia ao entendimento do Tribunal de origem, não é possível reconhecer a caracterização de relação de consumo no contrato de transporte de mercadoria celebrado no caso concreto.

Relembre-se que o conceito básico de consumidor foi fixado CDC, em seu art. 2º, ao estatuir que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatária final”.

A nota característica dessa definição está na identificação de uma pessoa (física ou jurídica) como destinatária final de um produto ou serviço para que possa ser enquadrada como consumidora.

Em sede doutrinária, já tive oportunidade de analisar a questão (*Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor*/ Paulo de Tarso Vieira Sanseverino - São Paulo: Saraiva, 2002, fls. 204/207), observando que o CDC, em vez de partir de um conceito de ato de consumo, como faz **Jean Calais-Auloy**, ou de uma concepção objetiva de consumidor também ligada ao momento econômico do ato de consumo, na linha de **Thierry Bourgoignie**, optou por um conceito subjetivo polarizado pela finalidade almejada pelo consumidor no ato de consumo (destinação final do produto ou serviço).

A condição de destinatário final de um bem ou serviço constitui a principal limitação estabelecida pelo legislador para a fixação do conceito de consumidor e, conseqüentemente, para a própria incidência do CDC como lei especial.

Há necessidade, assim, de se estabelecer o alcance dessa expressão, que constitui o elemento teleológico dessa definição.

Considera-se destinatário final aquele que, no ato de consumir, retira o bem do mercado.

Discute-se acerca da situação dos profissionais (comerciantes, profissional liberais, industriais etc.), que, adquirindo determinados bens para utilização em sua atividade produtiva, enquadram-se no conceito econômico de destinatários finais (aquisição de máquinas de escrever para o escritório, de veículos para o transporte de pessoas da empresa).

Formaram-se duas correntes na doutrina nacional em torno da interpretação dessa expressão e, por conseqüência, da própria extensão do conceito de consumidor: os finalistas e os maximalistas.

A corrente finalista, formada pelos pioneiros do consumerismo no Brasil, na busca de uma interpretação restritiva do conceito de consumidor, sustenta que a expressão “destinatário final” deve ser analisada teleologicamente, em confronto com os princípios básicos do CDC elencados nos artigos 4º e 6º, abrangendo apenas aquele que seja vulnerável e hipossuficiente. Assim, somente o destinatário fático e econômico do bem pode ser considerado destinatário final, ficando excluídos os profissionais.

A corrente maximalista optou por uma interpretação extensiva do conceito de consumidor a partir da constatação de que o CDC surgiu como o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, não sendo editado apenas para proteger o consumidor não-profissional. Seus seguidores enfatizam que o conceito de destinatário final do art. 2º é objetivo, atingindo todo o destinatário fático do bem, que o retira do mercado, não importando a utilidade ou a finalidade desse ato econômico de consumo, como o advogado que adquire uma máquina de escrever para seu escritório.

O objetivo inicial do legislador foi, efetivamente, restringir o campo de incidência da lei especial, já que o CDC é um microssistema normativo cuja finalidade primordial é conferir uma proteção efetiva ao consumidor final, como parte mais vulnerável da cadeia de consumo. Em uma sociedade de relações massificadas, há necessidade de reequilíbrio da relação de consumo, exigindo a instituição de regras nitidamente protetivas dessa heterogênea categoria econômica e cumprindo a exigência constitucional de edição de uma lei de defesa do consumidor.

Porém, o legislador não perdeu de vista que o CDC representou, também, por ricochete, um instrumento de oxigenação do direito privado, positivando em lei novos princípios e institutos que a doutrina e a jurisprudência vinham

desenvolvendo há vários anos, sendo reivindicados para renovação do sistema. Basta observar que, há mais de duas décadas, tramitava no Congresso Nacional o Projeto de Código Civil, que contém uma série de novos institutos e que culminaram por ser antecipadamente positivados pelo CDC.

Desse modo, algumas normas do CDC deixaram de ser apenas de interesse restrito do grupo sócio-econômico dos consumidores, mas de toda a coletividade. Em certas situações, o próprio legislador ampliou o conceito de consumidor para determinadas hipóteses regulamentadas pelo CDC que, a rigor, não seriam relações de consumo.

O artigo 2º, em seu parágrafo único, já deixou claro que “equipara-se ao consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

Na regulamentação da proteção contratual, a constatação de que as novas normas constituíam a regulamentação de situações presentes em diversos outros contratos, que não eram de consumo, especialmente os standardizados, motivou a edição da norma do artigo 29 do CDC. Essa norma estendeu as regras de proteção contratual a todas as pessoas expostas às práticas comerciais previstas na legislação do consumidor (artigos 30 a 54 do CDC).

Essa matéria gerou forte divergência na jurisprudência do STJ.

Até meados de 2004, a Terceira Turma adotava a posição *maximalista*, enquanto que a Quarta Turma seguia a corrente *finalista*, conforme levantamento transcrito no voto-vista da Ilustre Ministra Nancy Andrighi no CC n. 41.056/SP, julgado pela 2ª Seção em 23.06.2004.

Em 10.11.2004, a Segunda Seção, no julgamento do REsp n. 541.867/BA, Rel. p/ Acórdão o Ilustre Min. Barros Monteiro, acabou por *firmar entendimento centrado na teoria subjetiva ou finalista*, posição hoje consolidada no âmbito desta Corte.

A ementa desse acórdão foi a seguinte:

Competência. Relação de consumo. Utilização de equipamento e de serviços de crédito prestado por empresa administradora de cartão de crédito. Destinação final inexistente.

– A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária.

Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a incompetência absoluta da Vara Especializada de Defesa do Consumidor, para decretar a nulidade dos atos praticados e, por conseguinte, para determinar a remessa do feito a uma das Varas Cíveis da Comarca. (REsp 541.867/BA, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Barros Monteiro, Segunda Seção, julgado em 10.11.2004, DJ 16.05.2005, p. 227)

Efetivamente, o conceito básico de consumidor estatuído pelo art. 2º do CDC possui como nota característica o enquadramento fático do hipossuficiente ou vulnerável da relação como destinatário final de um produto ou serviço.

Nitidamente o legislador brasileiro optou por um conceito subjetivo polarizado pela finalidade almejada pelo consumidor no ato do consumo (*destinação final do produto ou serviço*).

Ou seja, a condição de destinatário final de um bem ou serviço constitui a principal limitação estabelecida pelo legislador para a fixação do conceito de consumidor e, conseqüentemente, para a própria incidência do CDC como lei especial.

A jurisprudência, posteriormente, evoluiu para admitir uma certa mitigação da teoria finalista na hipótese em que, embora não verificada a condição de destinatário final, constata-se a vulnerabilidade do consumidor profissional ante o fornecedor.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados que evidenciam a posição atual desta Corte acerca da matéria:

Processual Civil. Embargos de divergência. Conceito de consumidor. Incidência do CDC. Pessoa jurídica. Finalismo mitigado. Vulnerabilidade. Ausência de divergência entre os acórdãos confrontados.

1. Hipótese em que, em verdade, não há divergência entre os acórdãos comparados, pois todos aplicam a teoria finalista mitigada, que admite a incidência do CDC, ainda que a pessoa física ou jurídica não sejam tecnicamente destinatárias finais do produto ou do serviço, quando estejam em situação de vulnerabilidade diante do fornecedor.

2. Entretanto, no acórdão embargado, a Primeira Turma afirmou que a hipótese é de "ausência de demonstração de vulnerabilidade" da pessoa jurídica agravante (fls. 1.446-1.447). A reforma dessa conclusão pressupõe novo julgamento do Recurso Especial, com análise detida do acórdão recorrido, o que não pode ser obtido por esta via.

3. Haveria divergência se os paradigmas indicados afirmassem que, para a incidência do regime protetivo do CDC, seria dispensável a análise da situação

de vulnerabilidade da pessoa jurídica sempre que se tratar de serviço público essencial. Em nenhum deles, contudo, está assentada essa tese.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg nos EREsp 1.331.112/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, julgado em 03.12.2014, DJe 02.02.2015)

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Caminhoneiro. Destinatário final. Vulnerabilidade. Consumidor. Cláusula de eleição de foro. Nulidade. Súmula 7/STJ.

1. É relação de consumo a estabelecida entre o caminhoneiro que reclama de defeito de fabricação do caminhão adquirido e a empresa vendedora do veículo, quando reconhecida a vulnerabilidade do autor perante a ré. Precedentes.

2. Reconhecida a vulnerabilidade do consumidor e a dificuldade de acesso à Justiça, é nula a cláusula de eleição de foro.

Precedentes.

3. A condição de vulnerabilidade do recorrido firmada a partir dos elementos de convicção constantes dos autos não pode ser revista em sede de recurso especial, em face do que dispõe a Súmula 7/STJ.

Precedentes.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 426.563/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 03.06.2014, DJe 12.06.2014)

No caso em tela, não se aplica a referida mitigação da teoria finalista, pois a autora da demanda sequer alegou a sua vulnerabilidade perante a empresa demandada.

Com efeito, sob a ótica da teoria finalista, seria o caso de analisar se a contratante do serviço de transporte de carga é destinatária final fática e econômica desse serviço.

Contudo, uma vez que a carga transportada é insumo, o contrato celebrado para o transporte desse insumo fica vinculado a essa destinação, não havendo necessidade de se perquirir acerca da destinação econômica do serviço de transporte.

Esse entendimento encontra amparo na abalizada doutrina de GUSTAVO TEPEDINO, que analisou especificamente a controvérsia acerca da caracterização do transporte de coisas como relação de consumo, nos seguintes termos:

[...]. Neste caso, deve-se proceder a exame minucioso para verificar se o destinatário é o destinatário final do bem transportado. Não basta, portanto, que o transportador faça cessar a circulação física do bem. Para configurar relação de consumo, o bem não deverá ser posteriormente utilizado como insumo ou instrumento de produção.

De ordinário o contrato de transporte de carga insere-se em ciclo produtivo, e constitui operação de meio para a transformação do bem transportado em produto manufaturado, com vistas a sua posterior colocação no mercado de consumo. O contrato de transporte corresponde, aqui, a uma fase de produção, como serviço agregado à atividade principal. Nesse contexto afasta-se a aplicação do CDC, tratando-se de relação estabelecida entre o transportador e profissionais da indústria e do comércio. (**Comentários ao Novo Código Civil, v. X: das várias espécies de contrato, do mandato, da comissão, da agência e distribuição, da corretagem, do transporte.** Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2008, vol. X)

No âmbito da jurisprudência desta Corte Superior, também são encontrados julgados no sentido de que o contrato de transporte de insumo não se caracteriza como relação de consumo.

Transcreve-se, a propósito, as seguintes ementas:

Direito Civil e Direito do Consumidor. Transporte aéreo internacional de cargas. Atraso. CDC. Afastamento. Convenção de Varsóvia. Aplicação.

1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica.

2. Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei n. 8.078/1990, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo.

3. Em situações excepcionais, todavia, esta Corte tem mitigado os rigores da teoria finalista, para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade.

4. Na hipótese em análise, percebe-se que, pelo panorama fático delineado pelas instâncias ordinárias e dos fatos incontroversos fixados ao longo do processo, não é possível identificar nenhum tipo de vulnerabilidade da recorrida,

de modo que a aplicação do CDC deve ser afastada, devendo ser preservada a aplicação da teoria finalista na relação jurídica estabelecida entre as partes.

5. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1.358.231/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 28.05.2013, DJe 17.06.2013)

Direito Empresarial. Importação. Transporte aéreo internacional. Dano em equipamento hospitalar. Raio X. Seguradora. Ressarcimento. Ação regressiva. Sub-rogação. Ausência de relação de consumo. Convenção de Varsóvia. Prescrição. Ilegitimidade ativa. Enunciado n. 7 da Súmula do STJ. Indenização tarifada.

1. Não se aplica a prescrição anual disciplinada nos arts. 178, § 6º, II, do CC/1916 e 449, II, do Código Comercial à ação proposta pela seguradora, como sub-rogada, contra a empresa de transporte aéreo causadora do dano ao segurado.

2. Comprovado nas instâncias ordinárias que o equipamento hospitalar importado, danificado durante o transporte aéreo, era destinado à seguradora, o pretendido reconhecimento da ilegitimidade ativa da seguradora sub-rogada, no caso concreto, esbarra na vedação contida no enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

3. A expressão “destinatário final” contida no art. 2º, *caput*, do CDC deve ser interpretada à luz da razão pela qual foi editado o referido diploma, qual seja, proteger o consumidor porque reconhecida sua vulnerabilidade frente ao mercado de consumo.

Assim, considera-se consumidor aquele que retira o produto do mercado e o utiliza em proveito próprio. Sob esse enfoque, como regra, não se pode considerar destinatário final para efeito da lei protetiva aquele que, de alguma forma, adquire o produto ou serviço com intuito profissional, com a finalidade de integrá-lo no processo de produção, transformação ou comercialização.

4. As normas do CDC não são aplicáveis à aquisição e à importação de aparelho de raio X por entidade hospitalar, não hipossuficiente nem vulnerável, no intuito de incrementar sua atividade, ampliar a gama de serviços e aumentar os lucros. Igualmente, não se aplica o referido diploma ao transporte aéreo internacional de respectivo equipamento, por representar mera etapa do ato complexo de importar.

5. Afastado o CDC no caso concreto, incide a Convenção de Varsóvia e seus aditivos ao transporte aéreo internacional, que impõem a indenização tarifada equivalente a 17 (dezessete) Direitos Especiais de Saque (DES) para efeito de reparar os danos causados à mercadoria transportada. Afasta-se a indenização tarifada quando efetuada declaração especial de valor mediante o pagamento de eventual taxa suplementar (Protocolo Adicional n. 4, art. 22, item 2, “b”), o que não é a hipótese destes autos.

6. A jurisprudência do STJ confere à seguradora sub-rogada os mesmos direitos, ações e privilégios do segurado a quem indenizou, nos termos do art. 988 do CC/1916, em vigor na época dos fatos deste processo. Concretamente,

portanto, o direito da seguradora sub-rogada restringe-se à indenização tarifada disciplinada na Convenção de Varsóvia e seus aditivos.

7. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1.162.649/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 13.05.2014, DJe 18.08.2014)

Assim, na linha desses julgados, não se aplica o microssistema normativo do CDC ao caso em questão, devendo-se reformar o acórdão recorrido quanto a esse ponto.

Uma vez afastada a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, restam prejudicadas todas as demais questões suscitadas no recurso especial, pois tanto o juízo *a quo*, como o Tribunal de origem, analisaram as questões controvertidas da lide sob a ótica de uma relação jurídica de consumo, citando, inclusive, julgados nesse sentido.

Até mesmo a tese de negativa de prestação jurisdicional fica prejudicada, pois o Tribunal de origem deverá proceder a novo julgamento da apelação, sob a ótica de uma relação jurídica não consumerista de transporte internacional de carga, de modo que o novo acórdão a ser proferido substituirá o atual, suplantando eventuais vícios existentes.

Destarte, o recurso especial merece ser provido.

Ante o exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso especial para declarar a inexistência de relação de consumo no caso concreto, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que, em novo julgamento da apelação, seja apreciada a demanda sob uma ótica não consumerista.

Restam, assim, prejudicadas as demais questões suscitadas no recurso especial.

Advirta-se que eventual recurso interposto contra este *decisum* estará sujeito às normas do CPC/2015 (cf. Enunciado Administrativo n. 3/STJ).

É o voto.

Recorrente: Cosan Lubrificantes e Especialidades S.A.
Advogado: Evaristo Aragão Ferreira dos Santos e outro(s) - PR024498
Advogada: Teresa Celina de Arruda Alvim Wambier e outro(s) - PR022129
Advogada: Rita de Cassia Correa de Vasconcelos e outro(s) - PR015711
Recorrido: Posto de Combustíveis Torino Ltda
Recorrido: Oswaldo Sestário
Recorrido: Maria Madalena da Silva Sestário
Advogado: Oswaldo Sestario Filho - PR018403
Interes.: Gabriel Dias de Oliveira
Advogados: Carlos Alexandre Rodrigues e outro(s) - PR027744
Ester de Melo - PR013159B
Lauro Augusto Vieira Santos Pinheiro - DF038125
Interes.: Célia Pereira Martins
Advogado: Ester de Melo - PR013159B
Interes.: Humberto Rosa
Advogado: Jeronymo Jatany de Camargo Neto - PR034080

EMENTA

Recurso especial. Direito Civil e Processual Civil. Concurso particular de credores. Preferência do crédito trabalhista sobre o crédito quirografário cuja penhora foi registrada anteriormente. Ressalva da meação do cônjuge. Incidência das Súmulas n. 283 e 284 do STF e 7 do STJ.

1. A regra segundo a qual a satisfação dos créditos, em caso de concorrência de credores, deve observar a anterioridade das respectivas penhoras (*prior in tempore, prior in jure*) somente pode ser observada quando nenhum desses créditos ostente preferência fundada em direito material. Isso porque impossível sobrepor uma preferência de direito processual a uma de direito material.

2. No concurso particular de credores, o crédito trabalhista prefere aos de outra natureza independentemente da data em que registradas as respectivas penhoras.

3. Não há como sustentar que a preferência do crédito trabalhista deveria observar o valor apurado com a arrematação somente até o

limite da meação do cônjuge varão sem esbarrar nas Súmulas n. 283 e 284 do STF e 7 do STJ.

4. Os arts. 592, IV, do CPC/1973 e 1.664 do CC/2002 indicados como violados nas razões do recurso especial não são suficientes para amparar a tese jurídica deduzida no recurso especial de que o credor detém legitimidade e interesse para tutelar a meação do cônjuge do executado (art. 6º do CPC/1973 e 18 do NCPC). Tampouco são suficientes para impugnar, por completo, o fundamento do acórdão recorrido, relativamente à necessidade de prova da propriedade comum ou exclusiva do bem arrematado. Incidem, assim, as Súmulas n. 283 e 284 do STF.

5. Se o Tribunal de origem afirmou não haver prova de que a dívida foi contraída em benefício exclusivo do marido, comprometendo, assim, o patrimônio de ambos os cônjuges, não é possível afastar essa solidariedade sob a alegação de que a dívida era exclusiva do marido, sem reexaminar fatos e provas. Incide, nesses termos, a Súmula n. 7 do STJ.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido. Antecipação de tutela recursal revogada, prejudicado o agravo interno manejado contra referida decisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em conhecer em parte do recurso especial e, nesta parte, em negar-lhe provimento. Em consequência revogou a antecipação de tutela recursal concedida anteriormente (e-STJ, fls. 1.222/1.224) e julgou prejudicado o agravo interno (e-STJ, fls. 1.234/1.246), nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Pedido de preferência: Dr. Lauro Augusto Vieira Santos Pinheiro, pelas partes interessadas Gabriel Dias de Oliveira e Célia Pereira Martins

Brasília (DF), 02 de maio de 2017 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

DJe 11.5.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: *Esso Brasileira de Petróleo Ltda.*, atualmente denominada *Cosan Lubrificantes e Especialidades S.A. (Cosan)*, promoveu execução contra *Posto de Combustíveis Torino (Posto Torino)*, *Oswaldo Sestário* e *Maria Madalena Sestário (Oswaldo e Maria Madalena)* com fundamento em títulos executivos extrajudiciais (notas fiscais-fatura e cheques) no valor total de R\$ 246.771,11 (duzentos e quarenta e seis mil, setecentos e setenta e um reais e onze centavos (e-STJ, fls. 19/22).

Os embargos à execução opostos pelos fiadores *Oswaldo* e *Maria Madalena* foram parcialmente acolhidos, apenas para excluir do cálculo da dívida a multa fixada pela falta de adimplemento voluntário, com a condenação da *Cosan* ao pagamento de 25% sobre o valor da execução, a título de honorários advocatícios (e-STJ, fls. 588).

No curso da execução, foi cumprido mandado de penhora sobre os bens dos fiadores consistentes em parte ideal de imóvel situado no Município de Cambé-PR (e-STJ, fls. 202/205). O bem foi parcialmente arrematado em segunda praça por Antônio Martins de Souza pelo valor de R\$ 199.435,80 (cento e noventa e nove mil quatrocentos e trinta e cinco reais e oitenta centavos - e-STJ, fl. 630), com expedição da respectiva carta (e-STJ, fls. 668/669).

Em seguida, *Gabriel Dias de Oliveira (Gabriel)* e *Célia Pereira Martins (Célia)*, que eram credores trabalhistas do *Posto Torino* e que passaram a ser credores de *Oswaldo* após a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade devedora decretada pela justiça trabalhista, providenciaram a penhora desse crédito no rosto dos autos (e-STJ, fls. 372/373 e 615/616).

Oswaldo Sestário Filho (Oswaldo Filho), advogado de *Oswaldo* e *Maria Madalena*, também peticionou nos autos, mas pedindo preferência no levantamento do valor apurado com a hasta pública para pagamento dos honorários de sucumbência que haviam sido fixados em seu benefício nos embargos à execução (e-STJ, fls. 570/572).

Na sequência, Mary Neide Damico Figueiró e Adalberto Figueiró, na condição de coproprietários do imóvel cujas frações ideais foram arrematadas

judicialmente, peticionaram sustentando a existência de nulidades absolutas no ato expropriatório (e-STJ, fls. 680/695).

A *Cosan*, intimada a se manifestar sobre todos esses pedidos, requereu o levantamento do produto da arrematação, no total de R\$ 229.722,61 (duzentos e vinte e nove mil, setecentos e vinte e dois reais, sessenta e um centavos - e-STJ, fls. 708/709).

Oswaldo Filho pugnou, então, pela instauração de concurso de credores, reiterando seu pedido de preferência sobre o produto da alienação judicial, o qual somente poderia ser preterido pelos créditos trabalhistas (e-STJ, fl. 718).

O juiz de primeiro grau rejeitou a alegação de nulidade da hasta pública e determinou que fossem intimados os credores para apresentarem seus créditos a fim de se estabelecer a ordem de preferência, na forma do art. 711 do CPC/1973 (e-STJ, fls. 725/726).

Aridel Moure Nascimento (Aridel), na condição de advogado da *Cosan*, requereu, da mesma forma, preferência sobre o produto da alienação para satisfação do seu crédito (honorários advocatícios) (e-STJ, fls. 768/770).

A *Cosan* também pleiteou a satisfação, com preferência do seu crédito, no valor de R\$ 229.722,61 (duzentos e vinte e nove mil, setecentos e vinte e dois reais, sessenta e um centavos - e-STJ, fls. 777/778). Além disso, acusou a existência de mandados de penhora, no rosto dos autos, dos credores trabalhistas *Gabriel* (e-STJ, fls. 869), *Célia* (e-STJ, fl. 879) e *Humberto Rosa (Humberto)* (e-STJ, fl. 920)

Sobreveio, então, decisão interlocutória com o seguinte conteúdo:

Nos termos do art. 709, inciso LI, indefiro requerimento peticionado às fls. 542/543, [pedido de levantamento formulado pela *Cosan* - e-STJ, fls. 777/778] visto que não há como expedir alvará sobre o valor de R\$ 229.722,61 (duzentos e vinte e nove mil, setecentos e vinte e dois reais e sessenta e um centavos) para segurar o juízo em favor do exequente, pois há sobre os bens alienados preferência instituída anteriormente à penhora, conforme petições de fls. 462 e 518 [penhora no rosto dos autos de *Gabriel*, e-STJ, fls. 678, e de *Célia*, e-STJ, fls. 744].

Quanto à penhora efetuada à fls. 408 [e-STJ, fl. 616], bem como o pedido de transferência de valores de arrematação ali contido, tenho que por se conflitarem com concurso de credores, somente poderão ter sua transferência efetivada, após apresentarem o título de seu crédito e obter direito à preferência.

Do mais, indefiro a preferência dos créditos trabalhistas referidos no item 1 da petição de fls. 601/603 [e-STJ, fl. 858/860] unicamente sobre os bens de

propriedade de *Oswaldo Sestário*, ou seja 50% (cinquenta por cento) dos imóveis ou do valor das arrematações penhorados, visto que a esposa do executado *Maria Madalena da Silva* conforme a própria exequente afirma, é solidariamente responsável pelos débitos da pessoa jurídica *Posto de Combustíveis Torino Ltda.* sendo esposa e marido fiadores e principais pagadores das dívidas decorrentes da referida pessoa jurídica, inclusive dívidas trabalhistas.

Nesta oportunidade, defiro o requerimento peticionado às fls. 584 [e-STJ, fl. 825] (e-STJ, fls. 943).

Em síntese, o juiz da execução indeferiu o pedido de levantamento formulado pela *Cosan*, tendo em vista a preferência dos créditos trabalhistas ostentados por *Gabriel* e *Célia*. Além disso, entendeu que referida preferência deveria recair sobre todo o valor depositado, porque *Oswaldo* e *Maria Madalena*, antigos proprietários do imóvel arrematado, seriam ambos solidariamente responsáveis pelas dívidas trabalhistas do *Posto Torino*.

Contra essa decisão, a *Cosan* interpôs agravo de instrumento, ressaltando que a penhora levada a efeito por ela ocorreu aos 13.12.1995 e foi devidamente registrada aos 16.1.1996, quando ainda não havia nenhum privilégio ou preferência instituído sobre o bem penhorado. Essa circunstância, segundo afirmou, seria suficiente para autorizar o levantamento exclusivo do valor depositado, tendo em vista a regra do art. 709, I, do CPC/1973 identificada pelo brocardo *prior in tempore prior in jure*. Acrescentou, nesse sentido, que não seria possível falar em concurso de credores, porque não declarada a insolvência do devedor. Em caráter subsidiário, requereu que a preferência dos créditos trabalhistas se desse apenas sobre a metade do produto apurado com a alienação do bem, direcionando-se, assim, com exclusividade, a meação de *Maria Madalena*, à satisfação do seu crédito. Argumentou, nesse sentido, que as reclamações trabalhistas intentadas por *Gabriel* e *Célia* foram propostas contra o *Posto Torino* e, com a desconsideração da personalidade jurídica dessa sociedade, redirecionadas apenas ao seu sócio *Oswaldo* e não à sua esposa. No agravo de instrumento, a *Cosan* ainda alegou que a reclamação trabalhista intentada por *Humberto*, que nem mesmo foi objeto da decisão interlocutória agravada, estava fundada em serviços prestados apenas a *Oswaldo*. Diante dessas circunstâncias, a meação de *Maria Madalena* não poderia responder pelo pagamento dessas dívidas (e-STJ, fls. 4/14).

O Tribunal de origem negou provimento ao agravo de instrumento em acórdão assim ementado:

Agravo de instrumento. Execução de título extrajudicial.

1. Levantamento de valores. Pedido não deferido. Existência de créditos com direito de preferência.

2. Concurso particular de preferências que decorre da existência de diversos créditos sobre um mesmo bem, resguardadas a natureza de cada crédito. Instituto que não se confunde com concurso de credores.

3. Dívidas trabalhistas. Responsabilidade solidária dos cônjuges reconhecida.

Recurso desprovido.

Os embargos de declaração foram acolhidos sem efeitos infringentes, em acórdão assim ementado (e-STJ, fls. 997/1007).

Embargos de declaração. Execução de título extrajudicial. Execução que recai sobre o patrimônio do fiador e sua esposa. Penhora no rosto dos autos.

1. Crédito trabalhista. Preferência em relação à penhora anterior. Precedentes do STJ.

2. Responsabilidade solidária dos cônjuges pelas dívidas trabalhistas. Liberação da meação. Matéria a ser debatida em embargos de terceiro. Impossibilidade de discussão nestes autos.

Embargos acolhidos para aclarar omissão e obscuridade sem alteração do julgado.

Irresignada, a *Cosan* interpôs recurso especial com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, alegando (1) que o Tribunal de origem teria violado os arts. 612, 709, II, e 711 do CPC/1973 ao reconhecer a preferência de créditos trabalhistas constituídos dez anos após o registro da penhora por ela levada a efeito; (2) ofensa aos arts. 592, IV, do CPC/1973 e 1.664 do CC/2002, porque as ações trabalhistas não poderiam alcançar a meação de *Maria Madalena*, uma vez que foram propostas ou redirecionadas a *Oswaldo*, após a desconsideração da personalidade jurídica do *Posto Torino*. A respeito, acrescentou que *Maria Madalena* não era sócia da empresa demandada nas ações trabalhistas propostas por *Gabriel* e *Célia* e tampouco os serviços prestados por *Humberto* beneficiaram a entidade familiar.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ, fls. 1.097/1.104), o recurso não foi admitido na origem (e-STJ, fls. 1.007/1.009), tendo obtido seguimento por força de agravo provido nesta Corte Superior pela Ministra *Nancy Andrichi* (e-STJ, fl. 1.169).

Depois disso, a *Cosan* apresentou dois pedidos de efeito suspensivo ao recurso especial com o objetivo de impedir qualquer levantamento de valores

na execução. O primeiro (e-STJ, fls. 1.177/1.188) foi indeferido (e-STJ, fls. 1.190/1.191); mas o segundo (e-STJ, fls. 1.197/1.219), diante da informação de que o magistrado de primeiro grau havia expedido alvará para liberação do numerário depositado aos credores trabalhistas, foi deferido (e-STJ, fls. 1.222/1.224).

Contra essa última decisão, *Gabriel e Célia* interuseram agravo interno (e-STJ, fls. 1.234/1.246).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro (Relator): O recurso especial não merece provimento.

De plano, vale pontuar que as disposições do NCPC, no que se refere aos requisitos de admissibilidade dos recursos, são inaplicáveis ao caso concreto ante os termos do Enunciado Administrativo n. 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9.3.2016:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Discute-se nos autos a preferência de credores concorrentes sobre o produto da arrematação de imóvel. Impende saber se os credores trabalhistas terão preferência no levantamento do valor depositado e, em caso afirmativo, se referida preferência deve recair sobre a totalidade desse valor, considerando que apenas um dos proprietários do imóvel penhorado era sócio da empresa empregadora.

Ressalte-se que, no caso, muito embora não haja notícia da instauração formal de um concurso de credores, com declaração de insolvência dos devedores, foi desconsiderada a personalidade civil do *Posto Torino* o que evidencia que seu patrimônio ativo não era suficiente para fazer frente ao passivo. Além disso, o juízo de primeiro grau chamou todos os credores a apresentarem seus créditos e a se manifestarem sobre as respectivas preferências. Assim, na prática, ficou estabelecido o concurso. Finalmente, a própria *Cosan*, nas razões do seu recurso especial, invocou o art. 711 do CPC/1973, que trata, precisamente, do concurso de credores.

(1) Preferência dos créditos trabalhistas

A regra segundo a qual a satisfação dos créditos, em caso de concorrência de credores, deve observar a anterioridade das respectivas penhoras (*prior in tempore, prior in jure*), somente pode ser observada quando nenhum desses créditos ostente preferência fundada em direito material. Isso ocorre porque não é possível sobrepor uma preferência de direito processual a uma de direito material.

Confira-se, a respeito, a lição de ARRUDA ALVIM, ARAKÉM DE ASSIS e EDUARDO ARRUDA ALVIM:

Concorrendo vários credores, como prevê o art. 711 do CPC, é preciso colocá-los segundo a ordem das respectivas preferências, operação designada de graduação. O “título legal de preferência”, a que alude a regra é o privilégio conferido pela lei material a certo credor, em razão do qual pretenderá ver seu crédito satisfeito à frente de outros. De acordo com o art. 958 do CC/2002, os títulos legais de preferência consistem nos privilégios e nos direitos reais. (...)

Exposta a ordem dos credores, há que se tratar da hipótese em que não há título legal à preferência. Segundo o art. 711, segunda parte, nesses casos, “receberá em primeiro lugar o credor que promoveu a execução”. (ALVIM, Arruda, ASSIS, Araken e ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1.517 e 1.519 - sem destaques no original).

Nessa esteira, a jurisprudência do STJ tem reconhecido a preferência do crédito trabalhista em relação a qualquer outro, inclusive hipotecário e tributário, independentemente da data em que registrada a respectiva penhora.

A propósito, vejam-se precedentes:

Processo Civil. Direito de preferência. Concurso de credores. Arresto. Registro anterior à penhora sobre imóvel. Prevalência da data do arresto. Recurso não provido.

(...)

3. Inexistindo título legal à preferência, a anterioridade do arresto há de conferir ao credor previdente, que primeiramente levou a efeito o ato de constrição do bem, primazia sobre a penhora posteriormente efetuada. Precedentes do STJ.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgRg no AgRg no AgRg no REsp 1.190.055/MG, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 21.10.2016)

Direito Processual Civil. Remição. Art. 788 do Código de Processo Civil. Crédito trabalhista. Direito de preferência. Inexistência de concurso singular de credores.

1. Os arts. 612 e 711 do Código de Processo Civil de 1973, dispendo sobre penhora e direito de preferência, acolheram o princípio do *prior tempore, portior iure*, ou seja, a penhora anterior prevalece sobre a posterior. *Contudo, esse direito de preferência cede ao crédito privilegiado de forma que, existindo pluralidade de penhoras sobre o mesmo bem, deve-se verificar a existência das preferências que, na ordem, são: créditos trabalhistas, fiscais e aqueles decorrentes de direito real de garantia.*

(REsp 1.278.545/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJE 16.11.2016 - sem destaque no original)

Processual Civil. Agravo regimental. Concurso de credores. Direito de preferência. Prévia penhora. Desnecessidade.

1. *Os créditos de natureza trabalhista preferem a todos os demais, inclusive os tributários (art. 186 do CTN), independentemente de penhora na respectiva execução.* Precedente desta Turma: REsp 594.491/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 8.8.2005.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 415.943/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJE 16.12.2013 - sem destaque no original)

Em atenção à natureza especialíssima dos créditos trabalhistas, tem-se assinalado a sua primazia até mesmo nas hipóteses em que ainda não promovida a penhora no respectivo feito, dispensando-se, assim, a exigência de dupla constrição sobre o bem.

Anote-se:

Processo Civil. Execução de título extrajudicial. Penhora de imóvel do devedor. Direito de arrematação do credor-exequente. Concurso de preferências processual e material. Arts. Analisados: 690, § 3º, 690-A, parágrafo único, e 711, CPC.

(...)

2. Discute-se se a existência de execução em curso e de penhora é condição indispensável para o exercício de preferência do credor trabalhista sobre o crédito obtido com a alienação judicial do bem do devedor comum, promovida por outro credor.

3. *A jurisprudência do STJ há muito se firmou no sentido da impossibilidade de se sobrepor uma preferência processual a outra de direito material - na hipótese, crédito trabalhista -, bem como de que para o exercício desta preferência não se exige a penhora sobre o bem, mas o levantamento do produto da alienação judicial não prescinde do aparelhamento da execução pelo credor trabalhista.*

4. Assim como na adjudicação, o direito do exequente de arrematar o bem com seu crédito está condicionado à inexistência de outros credores com preferência de grau mais elevado, caso em que poderá o Juiz optar por outra proposta mais conveniente, como prevê o § 3º do art. 690 do CPC.

5. Recurso especial conhecido e desprovido.

(REsp 1.411.969/SP, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, DJe 19.12.2013 - sem destaque no original)

Civil e Processo Civil. Execução. Crédito trabalhista. Preferência. Concurso de credores. Dupla penhora.

1 - Na linha da jurisprudência desta Corte não é possível sobrepor uma preferência de direito processual a uma de direito material. Dessa forma, o credor trabalhista prefere aos demais, sobre o crédito obtido na alienação do bem penhorado, independentemente do momento em que ajuizada a sua execução ou mesmo da existência de dupla penhora sobre o mesmo bem a que faz referência o artigo 711 do Código de Processo Civil.

(REsp 732.798/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 18.8.2009 sem destaque no original)

(2) Responsabilidade do cônjuge por dívidas trabalhistas

Nas razões do seu recurso especial, *Cosan* afirmou que o produto da penhora deve ser dividido em duas partes correspondentes às meações de *Oswaldo* e de *Maria Madalena*. Afirmou também que a preferência dos créditos trabalhistas eventualmente reconhecida somente poderia incidir sobre a meação de *Oswaldo*, pois as ações trabalhistas intentadas por *Gabriel* e *Célia* voltaram-se contra o *Posto Torino*. Assim, com a desconsideração da personalidade jurídica dessa sociedade, foram as execuções trabalhistas redirecionadas ao seu sócio *Oswaldo*. Dessa forma, como *Maria Madalena*, que não era sócia daquela empresa, não poderia ser chamada a responder pela dívida trabalhista. A *Cosan* ainda sustentou que a reclamação trabalhista intentada por *Humberto*, embora voltada diretamente contra *Oswaldo*, não teve origem em serviços prestados à entidade familiar, de modo que também nesse caso deveria ser preservada a meação de *Maria Madalena*.

Tendo em vista os argumentos apresentados no recurso especial, convém analisar, de forma separada, a situação dos credores trabalhistas *Gabriel* e *Célia* de um lado e, do outro lado, a situação do credor trabalhista *Humberto*.

Com relação aos credores *Gabriel* e *Célia*, o Tribunal de origem, no julgamento da apelação, se manifestou nos seguintes termos:

As execuções trabalhistas interpostas por Gabriel Dias de Oliveira e Célia Pereira Martins tinham como réu a empresa Torino Diesel Comércio de Peças Ltda. Em virtude da desconsideração da personalidade jurídica, as execuções voltaram-se contra os sócios, Oswaldo Sestário e Maria Madalena da Silva Sestário.

Desta forma, mostra-se correta a decisão que confirmou a responsabilidade dos cônjuges pois “a esposa do executado (...) é solidariamente responsável pelos débitos da pessoa jurídica Posto de Combustíveis Torino Ltda. sendo esposa e marido fiadores e principais pagadores das dívidas decorrentes da referida pessoa jurídica, inclusive dívidas trabalhistas”. (e-STJ, fls. 990).

No julgamento dos embargos de declaração, o Tribunal de origem acrescentou:

Já no que se refere à omissão e obscuridade sobre a responsabilidade da esposa do devedor, *acolho a alegação da embargante apenas para retificar o voto no tópico em que se afirma que Maria Madalena da Silva Sestário é sócia da empresa executada no juízo trabalhista* (conforme constou na f. 996).

De fato, de acordo com os documentos juntados pela embargante, a esposa do executado, corrê nesta demanda, não fazia parte do quadro societário das empresas executadas.

De toda forma, diante da desconsideração da personalidade jurídica naqueles autos, perdeu relevância a questão da responsabilização dos sócios de forma limitada, motivo pelo qual a execução trabalhista atingirá a totalidade do patrimônio de cada um dos sócios envolvidos.

Assim, nas demandas trabalhistas, até que se declare em eventual embargos de terceiro, interpostos pela parte legítima e mediante comprovação, que os bens da cônjuge do devedor não respondem pelo pagamento daquelas dívidas, não se pode presumir a exclusão. (e-STJ, fls. 1.065 - sem destaques no original).

Como se verifica, o Tribunal de origem entendeu que não seria possível impedir os credores trabalhistas de avançarem sobre a meação de *Maria Madalena*, porque a defesa desse patrimônio deveria ser feita por ela própria, via embargos de terceiro, mediante prova de que o patrimônio alienado, no caso concreto, não poderia mesmo responder pelas dívidas societárias.

Inferre-se, dessa maneira, que o fundamento do acórdão recorrido desdobrou-se, na realidade, em três, relacionados a) à legitimidade ativa para defesa do patrimônio particular do cônjuge; b) à via processual adequada para a consecução desse objetivo e, finalmente, c) à necessidade de prova da natureza comum ou particular do bem penhorado.

Nas razões do recurso especial, a *Cosan* buscou impugnar esses fundamentos, aduzindo o seguinte:

A Recorrida não poderia ter oposto Embargos de Terceiro nas reclamações trabalhistas, pois lá não houve afetação de seu patrimônio! Lá, como se disse, desconsiderou-se a personalidade jurídica das empresas para atingir bens dos sócios. E ela não era sócia. Foi somente na ação subjacente a esse recurso que se declarou a preferência do crédito trabalhista e, no Agravo de Instrumento perante o Eg. TJPR, a possibilidade de que a meação da Recorrida fosse afetada!

O que sustenta a aqui Recorrente, durante todo o curso desse processo, é que a meação da cônjuge não pode ser afetada para pagamento de dívidas trabalhistas de pessoa jurídica da qual ela não é sócia, pois não há liame jurídico que permita a afetação do seu patrimônio. (e-STJ, fl. 1.084)

A *Cosan* impugnou, portanto, os fundamentos indicados nos itens *a* e *b*, mencionados anteriormente, ao afirmar que *Maria Madalena* não teria interesse em oferecer embargos de terceiro, porquanto a penhora determinada pela Justiça do Trabalho não implicou constrição à sua meação. Ocorre que referida alegação não veio amparada na indicação de ofensa a dispositivos legais pertinentes, que tratassem de legitimidade processual ou do interesse de agir. A *Cosan* não está legitimada, afinal, para advogar eventuais interesses jurídicos de *Maria Madalena*.

As razões do recurso especial, nesse ponto, apontaram ofensa, apenas, aos arts. 592, IV, do CPC/1973 e 1.664 do CC/2002, que não tratam de interesse de agir ou da possibilidade de o credor exequente defender a meação do cônjuge do executado. Com efeito, referidos dispositivos estabelecem, simplesmente, o seguinte:

Art. 592. Ficam sujeitos à execução os bens:

(...)

IV - do cônjuge, nos casos em que os seus bens próprios, reservados ou de sua meação respondem pela dívida

Art. 1.664. Os bens da comunhão respondem pelas obrigações contraídas pelo marido ou pela mulher para atender aos encargos da família, às despesas de administração e às decorrentes de imposição legal.

LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO,
discorrendo sobre o art. 592, IV, do CPC/1973, afirmam que:

Ambos os cônjuges respondem solidariamente pelas dívidas contraídas a bem da economia doméstica (arts. 1.643 e 1.644, CC). No regime da comunhão universal, qualquer dívida contraída por um dos cônjuges está garantida pelo patrimônio do casal, ressalvadas aquelas expressamente arroladas em lei (arts. 1.667 e 1.668, CC). No regime da comunhão parcial e no da participação final nos aquestos, todas as dívidas contraídas a favor do casal têm garantia no patrimônio comum, ainda que realizadas tão somente por um dos cônjuges (arts. 1.644, 1.659, IV, 1.663, § 1º, e 1.667, CC). (*Código de Processo Civil Anotado*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 625).

MILTON PAULO DE CARVALHO FILHO, comentando o art. 1.664 do CC/2002, menciona:

O legislador, com o intuito de proteger terceiros e credores, quer que o patrimônio familiar responda pelas obrigações e dívidas contraídas para a manutenção da família, presumindo, de maneira absoluta, que, sendo em benefício da família, há o consentimento de ambos os cônjuges. Assim, as despesas assumidas com alimentação, água, luz, habitação, gás, educação, lazer, transporte, impostos, taxas e todas aquelas necessárias ao bem-estar da família obrigam o patrimônio comum. (*In. PELUSO, Cezar (org.) Código Civil Comentado*. 7 ed. Barueri: Manole, 2013. p. 1.892)

As lições doutrinárias destacadas, explicitando ainda mais a norma contida nos arts. 592, IV, do CPC/1973 e 1.664 do CC/2002, confirmam que os dispositivos indicados não tratam da legitimidade ativa ou da via adequada para a defesa da meação do cônjuge. Isso seria essencial, pois o acórdão recorrido, como visto, entendeu que a própria *Maria Madalena* deveria ter proposto embargos de terceiro para defender sua meação, não se admitindo a atuação substitutiva da própria *Cosan*. Nesses termos, é de se concluir que a indicação de ofensa aos arts. 592, IV, do CPC/1973 e 1.664 do CC/2002, mostra-se insuficiente para amparar os argumentos trazidos no recurso especial, ensejando a aplicação da Súmula n. 284 do STF, nesse particular.

A propósito, confirmam-se precedentes:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Civil e Processual Civil. Negativa de prestação jurisdicional. Art. 535 do CPC. Não ocorrência. Preclusão consignada no acórdão recorrido. Ausência de indicação de dispositivo legal pertinente. Enunciado n. 284/STF. Incidência. Venda casada. Circunstância reconhecida na origem. Inversão do julgado. Impossibilidade. Vedação ao reexame de provas e de interpretação de cláusulas contratuais. Dissídio jurisprudencial. Ausência de cotejo e similitude. Inviabilidade.

(...)

2. Considera-se deficiente de fundamentação o recurso especial que não indica o dispositivo legal pertinente ao fundamento vinculado ao acórdão, circunstância que atrai a incidência, por analogia, do enunciado n. 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

(AgRg no AREsp 830.775/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 17.5.2016)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Processual Civil. Ilegitimidade passiva. Deficiência na fundamentação do recurso especial. Incidência da Súmula n. 284/STF. Reconhecimento de litisconsórcio passivo unitário e de extensão de efeitos de recurso a parte não recorrente. Impossibilidade. Vedação ao reexame probatório.

1. Incide a Súmula n. 284/STF, aplicada por analogia, quando o artigo apontado como violado não apresenta conteúdo normativo suficiente para fundamentar a tese desenvolvida no recurso especial.

(AgRg no AREsp 655.806/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 23.10.2015)

Não bastasse isso, ainda seria preciso considerar que o terceiro fundamento declinado pelo Tribunal de origem para inadmitir a reserva da meação de *Maria Madalena* (item *c*) não foi impugnado nas razões do recurso especial. Com efeito, as razões recursais não se voltaram contra o argumento de que seria necessário provar que a propriedade do imóvel arrematado era, de fato, compartilhada pelos cônjuges. Não é demais lembrar que os bens do casal podem pertencer a ambos os cônjuges ou a cada um deles, individualmente, a depender do regime do casamento, do momento e da forma de aquisição desse bem.

Compulsando os autos, não se localiza informação segura quanto ao regime de bens a que submetida a união de *Oswaldo* e *Maria Madalena*. Tampouco é possível examinar o caderno probatório para investigar o momento e a forma de aquisição do bem a fim de saber ele constitui patrimônio exclusivo do cônjuge varão ou comum do casal. De qualquer sorte, como bem ressaltado pelo Tribunal de origem, não é possível descartar a hipótese de que o imóvel arrematado fosse de propriedade exclusiva do cônjuge varão, situação em que nem mesmo haveria meação a ser resguardada.

Sob essa perspectiva, considerando que o recurso especial não impugnou esse fundamento, também tem aplicação a Súmula n. 283 do STF.

No tocante ao crédito trabalhista invocado por *Humberto*, o Tribunal de origem consignou o seguinte:

Já a ação trabalhista proposta por Humberto Rosa, teve por réu apenas Oswaldo Sestário, não envolvendo a empresa Torino. De toda sorte, não há indícios que demonstrem que a prestação de serviços não se deu em benefício da entidade familiar. (e-STJ, fl. 991)

Não se pode, nestes autos, sem qualquer intervenção da executada sobre o assunto, reconhecer que as dívidas não foram contraídas a benefício da entidade familiar. (e-STJ, fl. 1.066).

As razões do recurso especial caminharam, todavia, em sentido oposto. Afirmaram que os serviços prestados por *Humberto* não aproveitaram a entidade familiar.

Anote-se:

(...) a Recorrente demonstrou que os documentos juntados aos autos comprovam que a relação trabalhista com esse credor não foi revertida em benefício da entidade familiar. Isso porque, foi exercida apenas em benefício de interesses comerciais de um dos Recorridos, sr. Oswaldo Sestário, o que foi ignorado pelo v. acórdão recorrido. (e-STJ, fl. 1.086)

Ora, se o Tribunal de origem, soberano na apreciação das provas, consignou não haver elementos para concluir que o serviço prestado por *Humberto* aproveitou exclusivamente *Oswaldo*, não é possível afirmar o contrário sem revolver fatos e provas. A pretensão deduzida no recurso especial, porque assentada em premissa fática contrária àquela fixada no acórdão recorrido, esbarra na Súmula n. 7 do STJ.

Nessas condições, pelo meu voto, **conheço parcialmente** do recurso especial (*item 1* - preferência dos créditos trabalhistas) e, nessa extensão, **nego-lhe provimento**.

Em consequência, **revogo** a antecipação de tutela recursal concedida anteriormente (e-STJ, fls. 1.222/1.224) e **julgo prejudicado** o agravo interno manejado contra referida decisão (e-STJ, fls. 1.234/1.246).

Advirta-se que eventual recurso interposto contra esta decisão estará sujeito às normas do NCPC, inclusive no que tange ao cabimento de multa (arts. 1.021, § 4º e 1.026, § 2º) e honorários recursais (art. 85, § 11).

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.459.555-RJ (2014/0139034-0)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Lojas Americanas S/A

Advogados: Rodrigo Ribeiro e outro(s) - RJ085211

Bruno Calfat - RJ105258

Gláucia Alves Correia e outro(s) - DF037149

Mariana Freitas Rodrigues - RJ167403

Jorge Luiz Silva Rocha e outro(s) - RJ156945

Vivian Nabib Batatel e outro(s) - RJ148219

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Recorrido: Os Mesmos

EMENTA

Recurso especial. Processual Civil. Ação civil pública. Julgamento *extra petita*. Ocorrência. Assistência técnica. Fornecedor. Intermediação. Desnecessidade. Artigo 18, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor. Observância.

1. Há julgamento *extra petita* quando decidida a causa fora dos contornos da lide, que são estabelecidos a partir do exame da causa de pedir eleita pela parte autora da demanda e dos limites do pedido veiculado em sua petição inicial.

2. Ausência de norma cogente no CDC, que confira ao consumidor um direito potestativo de ter o produto trocado antes do prazo legal. Não se colhe dos autos nenhum comportamento abusivo da empresa recorrente, que permite a troca da mercadoria no prazo de 3 (dias) para beneficiar o consumidor diligente.

3. Na hipótese, não sendo reparado o vício pela assistência técnica no prazo de 30 (trinta) dias, o consumidor poderá exigir do fornecedor, à sua escolha, as três alternativas constantes dos incisos I, II e III do § 1º do artigo 18 do CDC.

4. No caso concreto, o Tribunal local, ao determinar que a empresa, a fim de sanar suposto vício, tivesse que enviar, de forma

direta e autônoma, o produto supostamente viciado à assistência técnica, bem como retirar os produtos de difícil remoção da residência do consumidor ou onde se encontrasse a mercadoria, encaminhando, se necessário, técnico ao local, de fato extrapolou os limites do pedido.

5. A Terceira Turma já concluiu que a disponibilização de serviço de assistência técnica, de forma eficaz, efetiva e eficiente, na mesma localidade do estabelecimento do comerciante, afasta o dever do fornecedor de intermediar o serviço, sob pena de acarretar delongas e acréscimo de custos.

6. Recurso especial da Lojas Americanas S.A. provido, prejudicado o recurso especial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial de Lojas Americanas S.A. e julgar prejudicado o recurso especial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze (Presidente), Moura Ribeiro, Nancy Andrighi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

DJe 20.2.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de dois recursos especiais interpostos em apelação em ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim ementado:

Apelação cível. Ação civil pública. Troca ou reparo de produto viciado.

O Ministério Público pretende seja reprimida a prática de loja varejista de limitar prazo de troca a três dias.

O artigo 26 da Lei n. 8.078/1990 estabelece prazos de 30 e 90 dias para resolução do vício do produto.

Solidariedade entre fornecedor e fabricante, que, no entanto, não impõe ao primeiro a obrigação de troca.

A pretensão de indenização aos consumidores, individual ou coletivamente, não merece acolhida.

Parcial Provimento do Recurso (e-STJ fl. 276).

Cuida-se, na origem, de ação civil pública proposta pelo *Parquet* (e-STJ fls. 2-13) contra Lojas Americanas S.A. em virtude da limitação de troca dos produtos adquiridos no estabelecimento pelos consumidores a apenas 3 (três) dias corridos, contados da data da emissão da nota fiscal, informando que, após o transcurso desse prazo, incumbiria à assistência técnica credenciada a verificação de eventual vício e possível reparação do produto, eximindo-se, a partir de então, da responsabilidade perante terceiros.

Em sua inicial, o órgão ministerial afirma que tal conduta representaria “*latente abusividade*” (e-STJ fl. 4) à luz dos arts. 18 e 26 do Código de Defesa do Consumidor, que preveem o prazo de 30 (trinta) dias para o vício ser sanado, a solidariedade entre os fornecedores, bem como o prazo decadencial para reclamação dos infortúnios.

Ao final, requer:

(i) a condenação da ré, em caso de produto viciado, dentro do prazo legal exposto no art. 26 do CDC, a sanar o vício no prazo de 30 (trinta) dias e, não o fazendo, a conferir ao consumidor a escolha de uma das opções contidas no art. 18, § 1º, do CDC, sob pena de multa no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais);

(ii) a condenação da ré a efetuar a troca de seus produtos duráveis dentro do prazo legal de 90 (noventa) dias (art. 26, II, do CDC), visto que comercializa produtos essenciais (art. 18, § 3º, do CDC), sob pena de multa no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais);

(iii) a condenação da ré a indenizar, da forma mais ampla possível, os danos materiais e morais causados aos consumidores individualmente considerados, como estabelece o art. 6º, VI, do CDC, e

(iv) a condenação da ré a reparar os danos materiais e morais causados aos consumidores, considerados em sentido coletivo, no valor mínimo de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), corrigidos e acrescidos de juros, cujo valor reverterá ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados mencionado no art. 13 da Lei n. 7.347/1985.

A sentença proferida pela 3ª Vara Empresarial da Capital do Estado do Rio Janeiro (e-STJ, fls. 187-195) julgou improcedente a pretensão porque a rotina de troca de produtos adotada pela empresa ré, limitando-a em seu estabelecimento ao prazo de 3 (três) dias, não excluiria a possibilidade de o consumidor realizá-la também na forma do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor, como se afere do seguinte trecho da sentença:

(...) cuida-se de demanda coletiva embasada na alegação de que a ré oferece prazo de três dias para troca em suas lojas de produtos adquiridos em vício com o intuito de não cumprir com suas obrigações, em especial a do art. 18 do CDC.

Pelas provas dos autos, em especial o depoimento pessoal do representante legal da ré e documentos de fls. 110/124, verifica-se que a política de troca da ré não exclui a possibilidade de o consumidor realizar a troca, na forma do art. 18 do CDC.

As respostas das reclamações realizadas no sítio eletrônico www.reclameaqui.com (fls. 110/124) demonstram que a ré efetua a troca dos produtos mesmo após o prazo de três dias.

Ademais, em seu depoimento, o chefe de departamento de operações da empresa ré informou que, dentro do prazo de trinta dias, em caso de defeito técnico atestado de modo legítimo, quando há negativa de troca pelo fabricante, a loja efetua a troca e que em virtude de a ré não ter como diferenciar mau uso de vício de fabricação, necessita do contato anterior com o fabricante, salvo nos casos em que a própria empresa detecta lotes anteriores com defeitos técnicos do produto (fls. 133).

Pelo exposto, julgo improcedente a pretensão autoral (e-STJ fls. 194-195 - grifou-se).

O Ministério Público estadual apresentou apelação (e-STJ fls.197-227) na qual reiterou que a conduta da apelada de condicionar a troca de produto viciado ao prazo de 3 (três) dias, descumprindo prazo legal de garantia estabelecido no art. 26 do CDC, já é capaz de lesionar o consumidor e legitimar a tutela coletiva.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro acolheu em parte o recurso para condenar a ré na obrigação de receber e encaminhar à assistência técnica os produtos não duráveis e duráveis viciados, respectivamente, nos prazos de 30 (trinta) e 90 (noventa) dias, sob pena de multa de R\$ 50,00 (cinquenta reais) para cada recusa indevida, mantendo a improcedência da pretensão indenizatória (e-STJ fls. 275-281).

Extrai-se do acórdão:

(...) Logo, restou incontroverso que a Ré se recusava a receber os produtos viciados depois de três dias apesar de o artigo 26 da Lei n. 8.078/1998 estabelecer prazos de 30 e 90 dias.

Como se sabe, o fornecedor tem responsabilidade solidária ao fabricante e, embora não tenha obrigação de trocar o produto, tem a de sanar o vício nesses períodos (...)

Mas a recusa indevida, *in casu*, não configurou conduta apta a provocar danos aos consumidores, sejam individuais, sejam coletivos (...) (e-STJ fls. 280-281).

Lojas Americanas S.A. opôs embargos de declaração alegando que

(...) o Ministério Público Estadual, em sua Ação Civil Pública, apenas requereu que a Embargante fosse condenada nas seguintes obrigações: de *sanar eventuais vícios de mercadoria* ('b', fls. 12); de trocar os produtos dentro de determinados prazos ('c', fls. 12); indenizar eventuais danos materiais e morais causados ('d', fls. 12); reparar danos materiais e morais causados ('e', fls. 12) e pagar ônus de sucumbência ('h', fls. 12).

Assim é que, tendo restado completamente silente quanto ao intento de condenar a Embargada no dever de "*encaminhar à assistência técnica os produtos*", tal encargo não poderia ser imposto, por ato próprio, pelo Poder Judiciário.

Como é cediço, é encargo da parte autora arrolar de forma expressa e taxativa todos os pedidos que intenta com a sua demanda, em atendimento ao artigo 282, IV do CPC/1973 (e-STJ fls. 288-289 - grifou-se).

Por sua vez, o Ministério Público estadual também opôs embargos de declaração (e-STJ fls. 294-299) ao fundamento de que o acórdão proferido pelo Tribunal de origem teria sido omissivo quanto aos artigos da Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor pertinentes ao pedido de indenização por danos morais e materiais, individuais e coletivos.

Os embargos da empresa foram parcialmente acolhidos e os aclaratórios do Ministério Público estadual foram rejeitados, nos termos da seguinte ementa:

Embargos de declaração. Apelação cível. Ação civil pública.

Demanda ajuizada a fim de que a Ré fosse condenada na obrigação de trocar produtos defeituosos no prazo legal e na de indenizar danos materiais e morais.

A responsabilidade do comerciante é solidária à do fabricante, que, nos prazos do Código de Defesa do Consumidor, é de efetuar o reparo do produto.

A condenação da Ré na obrigação de *encaminhar o bem à assistência técnica* não representa decisão extra petita, **mas sim, adequação da pretensão à legislação.**

Deve ser aclarada, no entanto, a decisão para estabelecer que “receber” o produto significa, nas hipóteses daqueles de difícil remoção, o encaminhamento de técnico ao local ou a retirada do produto na residência.

Da mesma forma, deve restar consignado que se a Ré entender se tratar de caso de troca do produto, em vez de encaminhamento à assistência técnica, pode fazê-lo de plano.

A pretensão do *Parquet* de manifestação expressa sobre violação a artigos constitucionais e infraconstitucionais não encontra amparo jurisprudencial.

Parcial Provimento do Recurso da Ré, Desprovido o do Autor (e-STJ, fls. 303-304 - grifou-se).

Inconformadas, as partes interpuseram recursos especiais.

Lojas Americanas S.A., em suas razões, aponta (e-STJ - fls. 313-322), com base no artigo 105, inciso III, letra “a”, da Constituição Federal, ofensa aos artigos 128, 293, 459, 460 e 515 do Código de Processo Civil de 1973, porque condenada em obrigação nunca requerida pelo Ministério Público estadual, o que caracterizaria, a seu ver, julgamento *extra petita* pelo Tribunal de origem.

O Ministério Público estadual aponta em suas razões (e-STJ fls. 329-342), com fulcro na alínea “a” do permissivo constitucional, violação dos artigos 458, II, e 535, II, do Código de Processo Civil de 1973, asseverando a falta de fundamentação, pela Corte estadual, para rejeitar a condenação da empresa em dano moral coletivo.

Sustenta a existência de contrariedade aos artigos 6º, VI e VII, 83, 95 e 97 do Código de Defesa do Consumidor para defender que a conduta omissa da empresa enseja a obrigação de reparar danos morais coletivos a fim de inibir a adoção de condutas semelhantes por outras fornecedoras, citando precedente desta Corte (REsp n. 1.269.494/MG). Afirma, em suma, ser

(...) forçoso reconhecer que a conduta da recorrida em abster-se de receber os produtos defeituosos em seu estabelecimento comercial, orientando os consumidores a procurarem a assistência técnica autorizada, quando o produto ainda se encontra dentro do prazo de garantia, acarreta dano moral coletivo aos consumidores, pois expostos a práticas comerciais abusivas (e-STJ fl. 341).

Com as contrarrazões (e-STJ, fls. 349-358 e 359-367), a Terceira Vice-Presidente do Tribunal de origem admitiu o recurso especial da ré e não admitiu o recurso especial do autor (e-STJ, fls. 371-380).

Inconformado (e-STJ, fls. 392-400), o Ministério Público interpôs recurso de agravo no qual aponta a existência de omissão no julgado local e a violação de dispositivos processuais, ressaltando existir questão federal de mérito que não desafiou a incidência das Súmulas n. 282 e 284 do Supremo Tribunal Federal e n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar por meio do seu representante legal, o Subprocurador-Geral da República Humberto Jacques de Medeiros, opinou pelo não provimento do recurso especial da ré e pelo conhecimento do agravo do Ministério Público estadual e provimento do respectivo recurso especial, nos termos da seguinte ementa:

Constitucional. Processo Civil. Direito do Consumidor. Ação civil pública. Troca ou reparo de produto viciado. Cadeia de fornecimento. Limitação do prazo legal de troca. Responsabilidade solidária esquecida. Ilegalidade. Condenação. Obrigação de fazer. Cumprimento da sistemática consumerista. Princípio da coextensão. Solução jurisdicional permitida. Dano moral coletivo. Enfeixamento. Boa-fé objetiva. Lealdade e cooperação. Caráter educativo. Possibilidade.

A obrigação de fazer definida pelo acórdão atacado não desalinha do pedido exposto na inicial de sanar, conferir e trocar mercadorias viciadas. O pedido entrelaçado com seus fundamentos acolhe a prestação jurisdicional fincada em regra jurídica material em menosprezo. Não há quebra ao princípio da coextensão.

A Corte Estadual não proferiu sentença extra petita (fora do pedido do demandante) ou ultra petita (além daquilo que foi pedido), pois os artigos 18 e 26 do Código de Defesa do Consumidor fundamentam a obrigação determinada, vazada do pedido em prestação jurisdicional.

A condenação da empresa na obrigação de assumir sua responsabilidade solidária perante os consumidores em cadeia de fornecimento de mercadorias transparece cumprimento dos deveres de lealdade e de cooperação em relações de comércio.

O abandono do consumidor, que possui prazo legal adequado para troca de mercadorias, e, na satisfação da prestação comercial assumida, tanto pelo vendedor, como pelo fabricante, em responsabilidade solidária, permite não apenas a condenação no cumprimento de obrigação vertida da legislação social de aplicação como a condenação na reparação do dano moral coletivo pelo abuso que transmuda em ausência de proteção ao cidadão, no agir irresponsável, gerando insegurança.

O dano moral coletivo não necessita de prova da dor provocada aos consumidores.

Há lesão, há nexos, quando se desvirtua a proteção veiculada no normativo de regência para o consumidor, afetando uma massa de cidadãos.

A condenação em danos morais detém efeito preventivo, educativo e reparador porque inibe a perpetuação de condutas viciadas em detrimento de cada cidadão consumidor, formador de uma sociedade capitalista, solidária e democrática. E não poderia ser diferente porque as relações jurídicas caminham para uma massificação, e a lesão aos interesses de massa não podem ficar sem reparação sob pena de criar-se litigiosidade contida que levará ao fracasso do direito como forma de prevenir e reparar os conflitos sociais (Recurso Especial 1.269.494/MG).

A cadeia de fornecimento torna responsável aos fornecedores que lhe integram perante o consumidor. Há responsabilidade solidária para a qual adotar política de minoração de sua participação na cadeia retrata ilicitude que deve ser banida.

Não se buscava a efetividade do direito do consumidor, em ver os vícios dos produtos adquiridos celeremente vencidos, mas, se retirar da cadeia de responsabilização, diminuindo o campo de defesa do cidadão. Esquecidos restaram os deveres e a função social valorada pelo sistema pátrio na proteção constitucional do direito do consumidor.

Daí que o fulminar de princípios e regras que norteiam o direito do consumidor possui o condão de firmar dano moral coletivo, o qual transborda da ilegalidade perpetrada pela empresa ré em prática desleal.

Criar regramento particular que esmaece a legitimidade de normativo de proteção de direito social afeta uma massa de cidadãos em suas relações de consumo.

Parecer pelo não provimento do recurso especial da ré e pelo provimento do agravo e recurso especial do autor (e-STJ fls. 433-434).

O agravo em recurso especial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro foi reatuado como recurso especial, conforme decisão de fls. 454-459 (e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): Passa-se à análise dos recursos especiais.

Recurso especial interposto por Lojas Americanas S.A. do julgamento extra petita

O recurso merece prosperar.

O Ministério Público estadual ingressou em juízo narrando suposta conduta ilegal da empresa recorrente ao conceder apenas 3 (três) dias para troca de produtos defeituosos, a contar da emissão da nota fiscal, impondo ao consumidor, após tal prazo, a procura de assistência técnica credenciada junto ao fabricante do produto para que realize a análise quanto à existência do vício. Essa é a causa de pedir eleita pela parte: a oferta de prazo exíguo para troca de bem como meio de se eximir da obrigação de responder pelo vício do produto.

Ao final, *formula pedido que vai além da causa de pedir*, qual seja, que a empresa recorrente observe o teor do art. 18, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, apesar de não demonstrar, em nenhum momento, que a ré descumpra o mandamento legal.

Não há no CDC norma cogente que confira ao consumidor um direito potestativo de ter o produto trocado antes do prazo legal de 30 (trinta) dias. A troca imediata do produto viciado, portanto, embora prática sempre recomendável, não é imposta ao fornecedor.

A despeito da regra, a recorrente, presumindo a boa-fé objetiva do consumidor, assume ônus que não lhe é sequer exigível por lei, permitindo a troca do produto em 3 (três) dias, o que não é vedado pelo ordenamento jurídico.

Na inicial, o Ministério Público estadual reputa ofensivo ao sistema que não haja a troca do produto em 3 (três) dias e pretende, por meio da ação civil pública, que o CDC seja cumprido. Visa, por vias indiretas, apenas ratificar a lei em abstrato, a fim de ver a regra do art. 18 do mencionado diploma confirmada. Registre-se, por óbvio, ser desnecessária uma decisão judicial para confirmar que uma lei federal está em vigor, prática, aliás, que deve ser evitada pelo *Parquet*, pois não é a finalidade da sua atuação.

Não se colhe dos autos comportamento abusivo da empresa ré, ora recorrente. Como se afere da sentença proferida às fls. 187-195 (e-STJ), o prazo de 3 (três) dias para a troca da mercadoria é um *plus* oferecido pela empresa, um benefício concedido ao consumidor diligente, que, porém, não é obrigatório.

Ademais, “pelos provas dos autos, em especial o depoimento pessoal o representante legal da ré e documentos de fls. 110/124, verifica-se que a *política de troca da ré não exclui a possibilidade de o consumidor realizar a troca, na forma do art. 18 do CDC*” (e-STJ fl. 194 - grifou-se).

O juízo sentenciante, ao julgar improcedente o pedido, esclareceu que a ré, ora recorrente, efetua a troca de seus produtos de acordo com a previsão legal:

(...) Ademais, em seu depoimento, o chefe de departamento de operações da empresa ré informou que, *dentro do prazo de trinta dias, em caso de defeito técnico atestado de modo legítimo, quando há negativa de troca pelo fabricante, a loja efetua e que em virtude de a ré não ter como diferenciar mau uso de vício de fabricação, necessita do contato anterior com o fabricante, salvo nos casos em que a própria empresa detecta lotes anteriores com defeitos técnicos do produto* (fls. 133) (e-STJ fl. 195 - grifou-se).

A empresa recorrente, no apelo nobre, não se conforma com sua condenação em segunda instância porque, no seu entender, a obrigação de fazer imposta teria sido diversa daquela solicitada pela parte autora, o que redundaria em ferimento a *preceitos processuais relacionados ao vício de decisão* extra petita.

No caso concreto, *houve julgamento* extra petita, pois o Tribunal de origem exorbitou do pedido formulado na inicial ao determinar que a empresa, a fim de sanar o eventual vício, *tivesse que enviar, de forma direta e autônoma, o produto supostamente viciado à assistência técnica, bem como retirar os produtos de difícil remoção da residência do consumidor ou onde se encontrasse a mercadoria, encaminhando, se necessário, técnico ao local*. Essa obrigação de fazer destoa tanto da pretensão como da lei.

Registre-se que o tema já foi tratado nesta Corte quando do julgamento do Recurso Especial n. 1.411.136/RS (DJe 10.3.2015), de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, no qual se discutiu acerca da responsabilidade do comerciante quanto à sua obrigação de interceder perante a assistência técnica em favor do consumidor. A Terceira Turma, por unanimidade, concluiu que, “disponibilizado serviço de assistência técnica, de forma eficaz, efetiva e eficiente, na mesma localidade do estabelecimento do comerciante, *a intermediação do serviço apenas acarretaria delongas e acréscimo de custos, não justificando a imposição pretendida na ação coletiva*”.

Eis a ementa do supracitado voto:

Direito do Consumidor e Civil. Recurso especial. Ação civil pública. Dever de prestação de assistência técnica. Intermediação pelo comerciante. Organização dos serviços. Direito dos fornecedores e equiparados. Juros de mora. Termo *a quo*. Citação na demanda coletiva. Precedentes.

1. Demanda em que se discute a responsabilidade do comerciante de intermediar a relação entre consumidor e assistência técnica disponibilizada pelo fornecedor.

2. A boa-fé objetiva, alçada à condição de princípio geral de direito, transita incessantemente em duplo sentido, exigindo a conduta leal e cooperada, na relação de consumo entre consumidores e fornecedores.

3. *A assistência técnica é caracterizada pela especialização do serviço prestado, com finalidade de correção de vícios de produtos comercializados.*

4. *Sua organização eficaz e eficiente concretiza a proteção do consumidor em razão de produtos viciados postos no comércio, bem como o direito de reparação do vício no prazo legal de 30 dias garantido aos fornecedores e seus equiparados.*

5. *Disponibilizado serviço de assistência técnica, de forma eficaz, efetiva e eficiente, na mesma localidade do estabelecimento do comerciante, a intermediação do serviço apenas acarretaria delongas e acréscimo de custos, não justificando a imposição pretendida na ação coletiva.*

6. "(...) 7. Recurso especial parcialmente provido (REsp 1.411.136/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 24.02.2015, DJe 10.03.2015 - grifou-se).

Ademais, de acordo com a legislação pátria, *que deve ser aplicada à espécie*, incumbe a Lojas Americanas S.A., observados os prazos do art. 26 do CDC, cumprir o mandamento constante do artigo 18, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, o qual prescreve que *se o vício do produto não for sanado no prazo máximo de 30 (trinta) dias pelo fornecedor, o consumidor poderá exigir, alternativamente e ao seu arbítrio*, as seguintes opções:

- a) substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;
- b) a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos, ou
- c) o abatimento proporcional do preço.

Portanto, constatado o defeito, *concede-se a oportunidade de o vício ser sanado no prazo máximo de 30 (trinta) dias. O acórdão, ao determinar que a empresa se valesse da assistência técnica ou assumisse o ônus de buscar a mercadoria na residência do consumidor, extrapolou do pedido formulado na inicial.*

É que, como estabelecido pelo precedente desta Corte, não sendo reparado o vício *pela assistência técnica*, o consumidor poderá exigir do fornecedor, à sua escolha, as três alternativas constantes dos incisos I, II e III do § 1º do artigo 18 do CDC.

Ora, o § 1º do art. 18 do CDC impõe, como primeira opção, que *seja sanado o vício de qualidade no prazo máximo de 30 (trinta) dias*, o que, de modo

geral, *é realizado por meio da assistência técnica*, motivo pelo qual houve o alegado vício de julgamento, tendo em vista constar dentre os pedidos de fl. 12 a formulação de que a ré seja condenada a **sanar o vício dentro dos prazos legais**.

A exegese do artigo é clara: constatado o defeito, concede-se primeiro a oportunidade de sanar-se o vício no prazo máximo de 30 (trinta) dias, sendo certo que a assistência técnica possui melhores condições para buscar a reparação do vício.

No caso dos autos, *o Tribunal local, ao impor que a empresa assumisse, de pronto, os encargos inerentes à assistência técnica, extrapolou os liames do pedido posto na inicial, da legislação de regência e ainda deixou de se alinhar a precedente específico desta Corte*.

Extrai-se ainda dos autos que “a política de troca da ré não exclui a possibilidade de o consumidor realizar a troca, na forma do art. 18 do CDC” (sentença fl. 194 - e-STJ). Portanto, após buscar a assistência técnica, caso não seja solucionado o problema, o consumidor poderá exigir, à sua escolha, as alternativas constantes no dispositivo supramencionado.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial de Lojas Americanas S.A. para restabelecer a sentença de fls. 187-195 (e-STJ), restando prejudicado o recurso especial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.508.929-RN (2015/0004341-2)

Relator: Ministro Moura Ribeiro

Recorrente: Moto Traxx da Amazônia Ltda

Advogados: Sílvia Zeigler - SP129611

Ivo Barbosa Lunguinho e outro(s) - CE020348

Edson Antônio Cruz Santana e outro(s) - CE013548

Recorrido: Olinda Motos Peças e Serviços Ltda

Advogados: Jaison Osvaldo Della Giustina e outro(s) - DF010244

Chauki El Haouli - DF013865

Daniel Victor da Silva Ferreira e outro(s) - RN004417

EMENTA

Direito Processual Civil. Recurso especial. Cumprimento de sentença. Execução de *astreintes*. Decisão que não pôs fim à execução. Recurso cabível. Interposição de apelação. Erro grosseiro. Art. 475-M, § 3º, do CPC. Impossibilidade, nesse caso, de reduzir de ofício o valor da multa. Precedentes. Recurso especial não provido.

1. A decisão que fixa a multa cominatória, consoante reiterados pronunciamentos desta Corte, não faz coisa julgada, podendo ser modificada a qualquer tempo, até mesmo na fase executiva, até de ofício.

2. Cumpre esclarecer, todavia, que o órgão julgador somente estará autorizado a conhecer de ofício o tema em questão e emitir pronunciamento de mérito a seu respeito, quando aberta a sua jurisdição.

3. Dizer que determinada questão pode ser conhecida de ofício significa reconhecer que o juiz pode decidi-la independentemente de pedido, mas em momento processual adequado. Aceitando-se que o momento adequado para a entrega de uma prestação jurisdicional de mérito só se inaugura, no caso dos recursos, quando ultrapassada sua admissibilidade, tem-se de concluir que, no âmbito recursal cível, não cabe pronunciamento meritório de ofício sem que o recurso interposto tenha sido ao menos admitido. Precedentes.

4. No caso dos autos o Tribunal de origem não poderia ter reduzido de ofício o valor das *astreintes*, porque a questão foi suscitada em recurso de apelação não conhecido.

5. A decisão que julga impugnação ao cumprimento de sentença sem extinguir a fase executiva desafia agravo de instrumento, nos termos do art. 475-M, § 3º, do CPC/1973, sendo impossível conhecer a apelação interposta com fundamento no princípio da fungibilidade recursal, tendo em vista a existência de erro inafastável.

6. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de

Justiça, por unanimidade, em negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Dr(a). Edson Antônio Cruz Santana, pela parte recorrente: Moto Traxx da Amazônia Ltda

Brasília (DF), 07 de março de 2017 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

DJe 21.3.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: *Olinda Motos Peças e Serviços Ltda.* (*Olinda Motos*) promoveu ação de rito ordinário contra *Moto Traxx da Amazônia Ltda.* (*Moto Traxx*) com o objetivo de suspender o procedimento concorrencial instaurado por esta última sociedade para contratação de uma nova representante comercial na mesma região (e-STJ, fls. 2/19).

Foi deferida antecipação de tutela para que a *Moto Traxx* suspendesse o procedimento de concorrência na cidade de Mossoró-RN e região, sob pena de multa diária no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) (e-STJ, fls. 490/493).

Contra essa decisão interlocutória, a *Moto Traxx* interpôs agravo de instrumento (e-STJ, fls. 508/516), convertido em agravo retido no TJRN (e-STJ, fls. 566/569).

Prosseguindo o processo, sobreveio sentença que julgou procedente o pedido, determinando que a *Moto Traxx* se abstinhasse de inaugurar procedimento concorrencial para abertura de nova concessionária da marca, nos moldes da Lei n. 6.729/1979, sob pena de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Na oportunidade, ainda houve condenação da *Moto Traxx* ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios (e-STJ, fls. 597/602).

Olinda Motos apelou, requerendo a condenação da *Moto Traxx* às penas previstas pela Lei n. 6.729/1979, tendo em vista os atos abusivos cometidos no curso do próprio processo (e-STJ, fls. 607/618). Também houve apelação da *Moto Traxx* (e-STJ, fls. 621/633).

O TJRN desproveu ambos os recursos em acórdão assim ementado:

Processo Civil e Empresarial. Apelações cíveis em ação de obrigação de não fazer. Concessão comercial. I - Apelação cível interposta pela parte demandada (concedente). Ausência de contrato formal. Documentos colacionados aos autos que sinalizam pela existência de contrato de concessão de Moto Traxx entre os litigantes sem exclusividade. Demandante que na qualidade de concessionária requer a suspensão de procedimento de concorrência para abertura de nova concessão na cidade de Mossoró e Região Oeste realizado pela concedente. Sentença de procedência. Inteligência da Lei n. 6.729/1979 (Lei Renato Ferrari), com as alterações introduzidas pela Lei n. 8.132/1990.

Ausência de convenção de marca nos moldes da lei de regência. Necessidade de atendimento prévio dos requisitos exigidos para tanto. Recurso conhecido e desprovido. II - Apelação cível manejada pela parte demandante (concessionária). Insurgência apenas no tocante a negativa de execução das *astreintes*. Apelo conhecido e desprovido. Manutenção da sentença.

Irresignada, a *Moto Traxx* interpôs recurso especial (e-STJ, fls. 730/744) não admitido na origem por decisão transitada em julgado (e-STJ, fls. 764/768 e 770).

Em seguida, *Daniel Victor da Silva Ferreria (Daniel)*, que havia atuado como advogado da *Olinda Motos*, requereu o cumprimento da sentença no tocante aos seus honorários advocatícios sucumbenciais estimados em R\$ 29.270,45 (vinte e nove mil, duzentos e setenta reais e quarenta e cinco centavos) (e-STJ, fls. 773/775). Após o pagamento dessa quantia (e-STJ, fls. 782/784), foi extinta a execução (e-STJ, fl. 790).

A *Olinda Motos*, por sua vez, requereu a execução da multa cominatória que se acumulou pelo descumprimento da ordem exarada, no valor de R\$ 852.000,00 (oitocentos e cinquenta e dois mil reais) (e-STJ, fls. 799/803).

A *Moto Traxx* apresentou, então, impugnação ao cumprimento da sentença, com fundamento nos arts. 475-J e 475-L, do CPC/1973. (e-STJ, fls. 892/909).

O Juiz de primeiro grau rejeitou liminarmente a impugnação porque apresentada antes de garantido o juízo (e-STJ, fls. 1.011/1.013).

Irresignada, a *Moto Traxx* interpôs agravo de instrumento (e-STJ, fls. 1.030/1.041), que teve seguimento negado por decisão monocrática do relator (e-STJ, fls. 1.065/1.073). O agravo interno manejado na sequência foi desprovido em acórdão que recebeu a seguinte ementa:

Processual Civil. Agravo interno em agravo de instrumento. Impugnação ao cumprimento de sentença. Necessidade de prévia garantia do juízo para ofertar impugnação. Precedentes do STJ e do TJRN. Ausência de manifestação do magistrado *a quo* acerca das alegações da agravante. Impossibilidade de análise dessas alegações em sede recursal sob pena de supressão de instância. Indevida pretensão de antecipação da análise do mérito da impugnação. Agravo interno conhecido e desprovido. (e-STJ, fl. 1.192).

Em julho de 2012, após a penhora dos valores necessários ao cumprimento da obrigação, a *Moto Traxx* apresentou nova impugnação ao cumprimento de sentença, alegando em síntese, que as *astreintes* não seriam devidas e, subsidiariamente, que o valor alcançado a esse título, seria excessivo (e-STJ, fls. 1.046/1.064).

O Juízo de primeiro grau rejeitou a pretensão de exclusão ou redução da multa, dando provimento à impugnação apenas para reduzir os honorários advocatícios fixados fase de execução para o percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da dívida. Na mesma decisão ainda foi determinada a transferência de quantia equivalente a R\$ 1.392.000,00 (um milhão, trezentos e noventa e dois mil reais) para pagamento da multa cominatória aplicada (e-STJ, fls. 1.175/1.182).

Contra essa decisão, a *Moto Traxx* interpôs recurso de apelação (e-STJ, fls. 1.206/1.228), havendo o Relator, por decisão monocrática, negado seguimento à apelação sob o fundamento de que se tratava de recurso incabível na espécie; mas, de ofício, reduziu o valor da multa executada para R\$ 100.000,00 (cem mil reais) (e-STJ, fls. 1.291/1.303).

A *Moto Traxx* interpôs agravo regimental, pleiteando que fosse apreciado o recurso de apelação em seu mérito para desconstituição, por completo, da multa cominada (e-STJ, fls. 1.310/1.314). A *Olinda Motos* também interpôs agravo regimental, buscando o restabelecimento do montante acumulado a título de *astreintes* (e-STJ, fls. 1.316/1.332).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, no julgamento desses recursos, reconheceu a impossibilidade de se reduzir a multa de ofício e restabeleceu a decisão interlocutória que julgou a impugnação à execução.

Confira-se, a propósito, a ementa do acórdão:

Agravos internos em apelação cível. Recurso da apelante. Acolhimento em parte da impugnação ao cumprimento de sentença. Decisão sujeita a agravo de instrumento. Inteligência do artigo 475-M, § 6º, do CPC. Interposição de apelo.

Inadequação. Negativa de seguimento com base no artigo 557, *caput*, do CPC. Erro grosseiro. Inaplicabilidade do princípio da fungibilidade. Manutenção do *decisum* nesse particular. Agravo conhecido e desprovido. Recuso da apelada. Apelo que não ultrapassa o juízo de admissibilidade. Impossibilidade de reduzir multa de ofício. Reforma parcial da decisão agravada. Recurso conhecido e provido (e-STJ, fl. 1.415).

Não foram opostos embargos de declaração.

Irresignada, a *Moto Traxx* interpôs recurso especial com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, alegando, além de dissídio jurisprudencial, ofensa aos arts. 475-M, § 3º e 461, § 6º, do CPC/73. Depois, sustentou que (1) impunha-se, no caso, a redução do valor acumulado da multa cominatória, e (2) a decisão que acolheu parcialmente a impugnação a execução tem natureza de sentença e desafiaria, por isso, recurso de apelação. Nesses termos, requereu o provimento do especial para que fosse anulado o aresto impugnado, determinando-se o conhecimento e apreciação do recurso de apelação.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ, fls. 1.478/1.496), o recurso foi admitido na origem (e-STJ, fl. 1.498).

Nesta Corte, porém, sobreveio decisão monocrática de minha relatoria que negou seguimento ao recurso especial com fundamento na Súmula n. 83 do STJ, tendo em vista a existência de precedentes preconizando que as decisões havidas na fase de cumprimento de sentença que não extinguem a execução devem ser impugnadas por agravo de instrumento, vedada a utilização da apelação (e-STJ, fls. 1.508/1.510).

A *Moto Traxx* manejou embargos de declaração contra essa decisão, acolhidos sem efeitos infringentes, apenas para acrescentar que a alegação de ofensa ao art. 461, § 6º, do CPC/1973 não podia ser conhecida por falta de prequestionamento.

No agravo regimental, a *Moto Traxx* afirmou que (1) seria cabível a utilização do recurso de apelação para impugnar a decisão judicial que extingue, acolhe ou rejeita, total ou parcialmente a impugnação ao cumprimento de sentença. Ressaltou, nesse sentido, a existência de celeuma doutrinária acerca do tema; a circunstância de que o próprio magistrado prolator da decisão recorrida chamou-a de sentença; e, também, o fato de que, na hipótese, *ainda que a impugnação tenha sido julgada parcialmente procedente – somente para adequar o percentual referente aos honorários advocatícios –*, o crédito exequendo já

estava garantido, fato que provoca, pois, a extinção da execução (e-STJ, fl. 1.540). Acrescentou que (2) a alegação de ofensa ao art. 461, § 6º, do CPC/1973 estaria devidamente prequestionada, ainda que de forma implícita, tendo em vista o conteúdo do acórdão estadual recorrido.

Diante das considerações apresentadas, tornei sem efeito a decisão monocrática que negava seguimento ao recurso especial (e-STJ, fls. 1.508/1.510), bem como a que acolheu os subseqüentes embargos declaratórios (e-STJ, fls. 1.531/1.532), determinando a inclusão do feito em pauta de julgamento, para apreciação do recurso pelo órgão colegiado (e-STJ, fls. 1.561/1.562).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro (Relator): De plano, vale pontuar que as disposições do NCPC, no que se refere aos requisitos de admissibilidade dos recursos, são inaplicáveis ao recurso especial ante os termos do Enunciado Administrativo n. 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9.3.2016:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

(1) Recurso cabível - Fungibilidade recursal

No caso dos autos, a decisão de primeiro grau que apreciou a impugnação ao cumprimento de sentença teve sua parte dispositiva vazada nos seguintes termos:

Ante o exposto, julgo parcialmente *procedente* a impugnação ao cumprimento de sentença, unicamente para reduzir os honorários advocatícios na fase de execução de sentença ao percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor executado, o que faço com fundamento nos arts. 475-J, 475-L e 20, § 3º, do Código de Processo Civil, e nas razões anteriormente expostas.

Proceda-se a transferência da quantia de R\$ 1.392.000,00 (um milhão trezentos e noventa e dois mil reais) para conta de depósito judicial, liberando o remanescente em favor do executado.

Com o trânsito em julgado, expeçam-se os necessários alvarás para liberação da quantia de R\$ 1.392.000,00 (um milhão trezentos e noventa e dois mil) em favor

do exequente e do seu advogado. observando-se o percentual aqui estabelecido a título de honorários.

Ao contrário do que sustentado pela *Moto Traxx* em seu recurso especial, não é possível admitir que a determinação de transferência do numerário suficiente ao pagamento da sua dívida para uma conta judicial seja suficiente para extinguir a execução. Depósito judicial não se confunde com pagamento.

A propósito:

Recurso especial. Cumprimento provisório de sentença. Depósito integral para garantia do juízo. Impugnação acolhida em parte. Afastamento do excesso de execução. Posterior modificação do título judicial. Majoração da verba honorária por maioria. Depósito da diferença antes do trânsito em julgado. Discussão sobre juros de mora. Súmula n. 207/STJ. Não incidência. Violação do art. 535, I e II, do CPC/1973. Não ocorrência. Art. 515 do CPC/1973. Ausência de ofensa. Arts. 335 e 337 do CC. Falta de prequestionamento. Depósito em garantia do juízo. Ausência de pagamento. Responsabilidade do devedor pelos consectários da mora. Transferência à instituição depositária. Não cabimento. Entendimento não contraposto à tese fixada em recurso repetitivo. Afronta ao art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC/1973. Deficiência de fundamentação.

(...)

5. Como o depósito em garantia do juízo visa ao oferecimento de impugnação ao valor exequendo, não constitui pagamento, inexistindo previsão legal que o equipare a tanto. Dessa forma, permanece o devedor em mora, responsabilidade que não pode ser transferida ao depositário judicial sem que se identifique na conduta deste hipótese de subsunção à regra do art. 394 do Código Civil.

(REsp 1.475.859/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 25.8.2016)

Processual Civil. Embargos de declaração no agravo regimental no recurso especial. Certidão de devolução de petição física. Apresentação da petição por meio eletrônico no prazo. Erro material. Acolhimento. Agravo regimental. Honorários. Cumprimento de sentença.

1. Existente o erro material e devidamente apresentada a petição de recurso por meio eletrônico nos moldes da Resolução STJ 14, de 28.6.2013, deve ser conhecido o recurso de agravo regimental.

2. Não se configurando o depósito como pagamento espontâneo da obrigação e havendo resistência à pretensão e impugnação ao cumprimento de sentença, é cabível a verba honorária. Precedentes.

(EDcl no AgRg no REsp 1.330.533/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 12.8.2015)

O fato de estar depositado em juízo o valor para o pagamento do valor executado não é suficiente para extinguir a execução. Ressalte-se que o juiz de primeiro grau até condicionou o levantamento do valor depositado ao trânsito em julgado do processo. Assim, se não houve ainda trânsito em julgado da decisão proferida na impugnação ao cumprimento de sentença, nem sequer o levantamento do valor depositado pelo exequente, impossível cogitar de pagamento ou de extinção da execução pelo pagamento. Isso exige expresse pronunciamento judicial (arts. 794, I, e 795 do CPC/1973 e 922, I, e 925 do NCPC).

Inafastável, portanto, a conclusão de que a decisão em referência não extinguiu a fase executiva, razão pela qual desafiava agravo de instrumento nos termos do art. 475-M, § 3º, do CPC/1973, e não apelação.

Consoante fixado na jurisprudência desta Corte, constitui erro grosseiro, nesses casos, a opção pelo recurso de apelação em substituição ao de agravo de instrumento, o que impede até mesmo, a aplicação da fungibilidade recursal.

Nesse sentido, confira-se:

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Cumprimento de sentença. Impugnação. Provimento parcial. Continuidade da fase executiva. Interposição de apelação. Erro grosseiro. Art. 475-M, § 3º, do CPC. Agravo de instrumento. Cabimento.

1. Este Superior Tribunal de Justiça tem entendimento sedimentado de que da decisão que julga impugnação ao cumprimento de sentença, sem extinção da fase executiva, é cabível o agravo de instrumento, nos termos da segunda parte do § 3º do art. 475-M do CPC, não se aplicando o princípio da fungibilidade para conhecimento de de apelação, por constituir erro grosseiro.

(AgRg no AREsp 154.794/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 11.12.2014)

Embargos de declaração. Efeitos infringentes. Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Extinção parcial da impugnação. Decisão. Resolução de incidente de impugnação. Recurso cabível. Agravo de instrumento. Interposição de recurso de apelação. Erro grosseiro. Princípio da fungibilidade não aplicável.

(...)

2. A decisão que resolve a impugnação sem por fim à execução desafia o recurso de agravo de instrumento, caracterizando erro grosseiro a interposição de apelação, nos termos do art. 475-M, § 3º, do CPC.

3. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes.

(EDcl no AgRg no AREsp 209.349/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 28.3.2016)

(2) *Redução da multa cominatória*

Na linha dos precedentes desta Corte, a decisão que fixa a multa cominatória não faz coisa julgada, podendo ser modificada a qualquer tempo, mesmo na fase executiva, até de ofício.

Nesse sentido, confirmam-se precedentes:

Agravo regimental nos embargos de declaração no agravo em recurso especial. Execução de multa cominatória. Redução de ofício. Possibilidade. Precedentes. Decisão que não está sujeita à preclusão nem faz coisa julgada. Alegação de que o pagamento parcial da dívida impediria a revisão do valor executado. Tema não prequestionado. Discussão quanto à razoabilidade do novo valor arbitrado. Razões recursais que não permitem a completa dimensão da controvérsia. Agravo regimental improvido.

1. A decisão que comina *astreintes* não preclui nem faz coisa julgada material. Assim, é possível a modificação do valor da multa até mesmo de ofício, a qualquer tempo, inclusive na fase de execução.

Precedentes.

(AgRg nos EDcl no AREsp 670.100/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 5.2.2016)

Agravo regimental. Recurso especial. Execução de multa cominatória. Redução pelas instâncias ordinárias. Possibilidade. Precedentes. Proporcionalidade.

1. A jurisprudência desta Corte entende que o tribunal de origem pode alterar o valor da multa diária a qualquer tempo, inclusive de ofício.

2. O valor fixado a título de multa só será passível de revisão, nesta instância excepcional, quando se mostrar irrisório ou exorbitante, o que não se verifica na hipótese.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.123.388/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 12.8.2015)

Isso não quer dizer que o órgão julgador está autorizado a conhecer de ofício do tema em recurso que não tenha nem sequer ultrapassado a instância de conhecimento, isto é, que não tenha sido nem mesmo admitido.

No caso dos autos, o recurso de apelação, como assinalado, era incabível, o que significa que ele não poderia ter sido conhecido. Nesses termos, se o apelo

não foi conhecido, é mister concluir que tampouco se abriu a jurisdição recursal, razão pela qual impossível a emissão de qualquer pronunciamento de mérito, ainda que de ofício.

Dizer que determinada questão pode ser conhecida de ofício significa reconhecer que o juiz pode decidi-la independentemente de pedido, mas há de haver um momento processual adequado para tanto.

Nesse sentido FREDIE DIDIER assinala que *somente os recursos admissíveis produzem efeitos* (DIDIER JÚNIOR, Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. v.3. 7 ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 69). Da mesma forma, BARBOSA MOREIRA, em situação análoga, ressalta que *todos os recursos admissíveis produzem, no direito pátrio, um efeito constante e comum, que é o de obstar, uma vez interpostos, ao trânsito em julgado da decisão impugnada. (...) Recurso inadmissível, ou tornado tal, não tem a virtude de empecer ao trânsito em julgado* (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. v. 5. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. pp. 256 e 265).

Admitindo-se que o momento adequado para a entrega de uma prestação jurisdicional de mérito só se inaugura, no caso dos recursos, quando ultrapassada sua admissibilidade, tem-se de concluir que, no âmbito recursal cível, não cabe pronunciamento meritório de ofício sem que o recurso tenha sido previamente admitido.

Nesse sentido, vejamos precedentes:

Processual Civil. Recurso especial. Questão de ordem pública. ICMS. Demanda contratada de energia elétrica. Contribuinte de fato. Ilegitimidade processual. Matéria decidida em recurso repetitivo. *Reformatio in pejus*. Não ocorrência. Aplicação do direito à espécie.

(...)

4. Pode o órgão julgador conhecer, de ofício, das questões de ordem pública, sem que isso implique julgamento *extra petita* ou *reformatio in pejus*. Precedentes do STJ.

5. No âmbito do STJ, tal orientação também encontra guarida, consoante prescreve o art. 257 do RI/STJ. É necessário, porém, que a instância recursal seja aberta, o que ocorre quando o apelo preenche todos os requisitos de admissibilidade.

6. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AgRg no REsp 1.218.791/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 6.9.2011, DJe 12.9.2011)

Processual Civil. Violação aos arts. 557 do CPC e 1.267 do CC. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 282 do STF. Divergência jurisprudencial não-demonstrada nos termos do art. 255 do RISTJ. Remessa necessária. Ausência de apelação das partes. Sentença fundada em súmula da Suprema Corte. Não sujeição ao duplo grau de jurisdição. Efeito translativo. Impossibilidade. Violação ao § 3º do art. 475 do CPC. Anulação do acórdão recorrido.

1. A ausência de prequestionamento dos arts. 557 do CPC e 1.267 do Código Civil inviabiliza o conhecimento do recurso quanto a essas normas por incidência do Enunciado n. 282 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

2. Quanto à alegada divergência jurisprudencial, a parte recorrente deixou de proceder ao cotejo analítico previsto no § 2º do art. 255 do Regimento Interno desta Corte, não demonstrando a similitude entre os julgados comparados e impossibilitando o conhecimento do recurso especial pela alínea “c” do permissivo constitucional.

3. Conforme o aresto guerreado reconheceu, a sentença foi proferida com fundamento na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal segundo o entendimento consolidado na Súmula n. 323 daquela Corte, portanto, em razão do disposto no § 3º do art. 475 do CPC o julgado está dispensado do duplo grau de jurisdição.

4. É cediço que o efeito translativo dos recursos devolve ao Tribunal as matérias sobre as quais o julgador poderia conhecer de ofício, ainda que o recurso das partes não versem sobre a questão.

Contudo, para que ocorra tal efeito, é necessário que a instância recursal seja aberta pelas partes, voluntariamente, ou por meio da remessa necessária - a qual é incabível na hipótese.

5. Nesse sentido, mesmo que acórdão proferido no julgamento da remessa necessária verse sobre matéria capaz de extinguir o processo sem julgamento de mérito, tendo em vista a ausência de apelação das partes e a não submissão do feito ao duplo grau de jurisdição, nenhuma questão foi devolvida a Corte a quo, nem mesmo as ditas questões de ordem pública, não havendo que se falar em efeito translativo recursal, visto que a remessa sequer poderia ser conhecida por aquela Corte, razão pela qual é de se anular o acórdão recorrido.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp 873.732/BA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17.3.2009, DJe 16.4.2009)

De rigor reconhecer, por isso, que o valor da multa não poderia ter sido reduzido por ocasião do julgamento monocrático do recurso de apelação.

Nessas condições, pelo meu voto *nego provimento* ao recurso especial.

Advirta-se que eventual recurso interposto contra esta decisão estará sujeito às normas do NCPC, inclusive no que tange ao cabimento de multa (arts. 1.021, § 4º e 1.026, § 2º) e honorários recursais (art. 85, § 11).

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.535.668-SP (2015/0128425-3)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: Nike International Ltd

Recorrente: Nike do Brasil Comercio e Participacoes Ltda

Advogados: Luiz Cláudio Gare e outro(s) - SP103768

Rodrigo Gianni Carney - SP208528

Recorrido: IMADCO Comercio de Brinquedos Eletronicos Ltda

Advogados: César Rafael de Magalhães Oberlaender - RJ054417

Joyce Lima da Silva e outro(s) - AM008807

EMENTA

Recurso especial. Propriedade intelectual. Direito de marca. Falsificação. Importação de produto contrafeito. Bens retidos pela autoridade alfandegária. Dano moral. Configuração. Produtos não comercializados no mercado interno. Desnecessidade de comprovação do prejuízo. Dano *in re ipsa*.

1- Ação ajuizada em 24.7.2014. Recurso especial interposto em 3.11.2014 e concluso ao Gabinete em 25.8.2016.

2- Controvérsia cinge-se em determinar se é necessária a exposição ao mercado ou a comercialização do produto contrafeito para que fique caracterizada a ocorrência de dano moral ao titular da marca ilicitamente reproduzida.

3- A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de entender cabível a compensação por danos morais experimentados por pessoa

jurídica titular de marca alvo de contrafação, os quais podem decorrer de ofensa à sua imagem, identidade ou credibilidade.

4- A Lei n. 9.279/1996 – que regula a propriedade industrial –, em seus artigos que tratam especificamente da reparação pelos danos causados por violação aos direitos por ela garantidos (arts. 207 a 210), não exige comprovação, para fins indenizatórios, de que os produtos contrafeitos tenham sido expostos ao mercado.

5- O dano moral alegado pelas recorrentes decorre de violação cometida pela recorrida ao direito legalmente tutelado de exploração exclusiva da marca por elas registrada.

6- O prejuízo suportado prescinde de comprovação, pois se consubstancia na própria violação do direito, derivando da natureza da conduta perpetrada. A demonstração do dano se confunde com a demonstração da existência do fato – contrafação –, cuja ocorrência é premissa assentada pelas instâncias de origem.

7- Desse modo, exsurge que a importação de produtos identificados por marca contrafeita, ainda que não expostos ao mercado consumidor interno, encerram hipótese de dano *in re ipsa*.

8- Verba compensatória arbitrada em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

9- *Recurso Especial Provido.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 15 de setembro de 2016 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJe 26.9.2016

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Nike International Ltda e Outra*, com fundamento na alínea “c” do permissivo constitucional.

Ação: de obrigação de não fazer, apreensão judicial e compensação por danos morais, ajuizada pelas recorrentes em face de *IMADCO Comercio de Brinquedos Eletronicos Ltda*, devido à notificação de retenção de produtos objeto de contrafação levada a efeito pelo Serviço de Vigilância e Controle Aduaneiro da Alfândega do Porto de Manaus da Receita Federal do Brasil.

Sentença: julgou parcialmente procedente o pedido, a fim de determinar “a apreensão definitiva dos bens contrafeitos, para sua subsequente destruição pelas Autoridades Alfandegárias, bem como para impor em desfavor da Requerida obrigação de fazer consistente em se abster de fabricar, vender, expor à venda, distribuir ou simplesmente manter em estoque, os produtos que ostentam as marcas nominativa, mista ou figurativa “NIKE”, sob pena do pagamento de multa diária [fixada] no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), até o limite máximo de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais)” (e-STJ Fl. 195).

Acórdão: negou provimento à apelação interposta pelas recorrentes.

Recurso especial: apontam a existência de dissídio jurisprudencial. Alegam que lhes é devida compensação a título de danos morais, pois, na hipótese de contrafação de marca, a exposição ou comercialização do produto contrafeito “não constitui condição para que a vítima seja indenizada pelos danos morais” (e-STJ Fl. 276). Afirmam que o fato de a mercadoria ter permanecido retida pela autoridade alfandegária não exclui a ocorrência de ofensa à honra objetiva ao titular da marca ilicitamente reproduzida.

Decisão de admissibilidade: o TJ/SP admitiu o recurso especial e determinou sua subida.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): Cinge-se a controvérsia em determinar se é necessária a exposição ao mercado ou a comercialização do produto contrafeito para que fique caracterizada a existência de dano moral ao titular da marca ilicitamente reproduzida.

I. Síntese Fática.

As recorrentes foram notificadas de que 3.636 (três mil seiscentos e trinta e seis) pares de meias ostentando reprodução de marca de sua titularidade – NIKE – haviam sido retidas pela autoridade alfandegária diante da suspeita de contrafação, posteriormente confirmada por laudo técnico de constatação.

Com base nesses elementos, ingressaram com a presente ação, pleiteando a apreensão e destruição dos produtos contrafeitos, bem como compensação pelos danos morais experimentados.

O pedido liminar foi deferido, a fim de que fosse mantida a retenção dos produtos.

Citada, a recorrida ficou-se inerte, sendo decretada sua revelia.

A sentença tornou definitiva a liminar e determinou a destruição dos bens retidos, obrigando a recorrida a se abster de fabricar, vender, expor à venda, distribuir ou simplesmente manter em estoque os produtos que ostentam a marca NIKE, sob pena do pagamento de multa diária. Deixou o juízo de primeiro grau de impor condenação a título de danos morais, ao argumento de que não houve ofensa à honra objetiva das recorrentes.

A apelação interposta foi desprovida pelo TJ/SP.

Apesar de o acórdão recorrido, com base no substrato fático-probatório dos autos, ter concluído que a recorrida “violou os direitos subjetivos conferidos às [recorrentes], como titulares da marca registrada, importando produtos contrafeitos” (e-STJ Fl. 263), entendeu que “o fato dos produtos não terem sido colocados no mercado inviabiliza seja identificada uma violação efetiva a direitos de personalidade de titularidade das autoras, não se vislumbrando vilipêndio a sua reputação” (e-STJ Fl. 264).

Irresignadas, as recorrentes apontam dissídio jurisprudencial, defendendo a tese de que a hipótese versa acerca de dano *in re ipsa*, prescindindo, portanto, de comprovação de prejuízo efetivo, bastando a constatação de que houve reprodução ou imitação de sua marca (“pirataria”).

II. Danos Morais e Contrafação de Marca.

Como é sabido, os danos morais, em linhas gerais, são os que decorrem de alguma violação a direitos de personalidade – bens não mensuráveis monetariamente –, categoria de direitos cuja proteção foi expressamente assegurada às pessoas jurídicas pela norma do art. 52 do Código Civil de 2002.

Convém destacar, igualmente, que esta Corte Superior reconhece, de longa data, a possibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral (Súmula 227).

Tratando-se de contrafação de marca, isto é, de reprodução não autorizada ou imitação de sinais distintivos devidamente registrados, esta Terceira Turma já se manifestou por ocasião do julgamento do REsp 466.761/RJ (minha relatoria, DJ 4.8.2003).

Naquela oportunidade, produtos destinados a um público exclusivo foram vulgarizados com a exposição comercial do produto falsificado. Reconheceu-se que não apenas a marca fora violada no particular, mas a própria reputação comercial de seu titular foi atingida, na medida em que este prezava a imagem de exclusividade de seus produtos perante consumidores de alta renda. Concluiu-se, destarte, que “a prática de falsificação, em razão dos efeitos que irradia, fere o direito à imagem do titular da marca, o que autoriza, em consequência, a reparação por danos morais”.

Questão similar foi novamente apreciada por esta colenda Turma na sessão de 26.5.2009. Avançando na especificidade do tema, assentou-se que, “para além da questão da vulgarização, deve-se reconhecer que a contrafação também pode lesar a honra objetiva do titular da marca na medida em que os produtos contrafeitos revelem qualidade precária”. Nesse sentido, concluiu-se que “a contrafação é verdadeira usurpação de parte da identidade do fabricante. O contrafator cria confusão de produtos e, nesse passo, se faz passar pelo legítimo fabricante de bens que circulam no mercado” (REsp 1.032.014/RS, minha relatoria, DJe 4.6.2009).

Portanto, para a jurisprudência do STJ, é cabível a compensação por danos morais experimentados por pessoa jurídica titular de marca alvo de contrafação, os quais podem decorrer de ofensas à sua imagem, identidade ou credibilidade.

A particularidade da questão a ser desatada nestes autos é que, de acordo com as premissas fáticas assentadas pelo acórdão recorrido, os produtos falsificados, retidos pelo Serviço de Vigilância e Controle Aduaneiro, não foram comercializados, o que, segundo a Corte de origem, impede a configuração de dano moral, dada a inexistência de prejuízo ao titular da marca contrafeita.

III. Contrafação e Comprovação do Dano Moral.

Inicialmente, mostra-se adequado trazer à reflexão importante preocupação demonstrada por um dos principais filósofos do Direito e Juiz norte-americano,

Learned Hand, ainda no ano de 1928, conforme bem lembrado por MARCELO GOYANES, em seu *Tópicos em Propriedade Intelectual (marcas, direitos autorais, designs e pirataria)*:

A marca de um comerciante é seu selo autêntico; através da marca, ele responde pelos bens por ela identificados; a marca carrega o nome do comerciante para o bem e para o mal. Se outra pessoa a usa, estará pegando emprestada a reputação do seu titular, cuja qualidade não mais estará sob seu controle próprio. [Judge Learned Hand. In "Yale Electric Corp. v. Robertson", 26 F.2d 972, 1928. Tradução livre do autor.]

De um lado, é importante ressaltar que Lei n. 9.279/1996 – que regula a propriedade industrial –, em seus artigos que tratam especificamente da reparação pelos danos causados por violação aos direitos por ela garantidos (arts. 207 a 210), não exige comprovação, para fins indenizatórios, de que os produtos contrafeitos tenham sido expostos ao mercado. Ao contrário, de modo bastante amplo, permite ao titular da marca “intentar as ações cíveis que considerar cabíveis na forma do Código de Processo Civil” (art. 207).

De outro lado, releva considerar que, na linha da doutrina contemporânea acerca do tema, considera-se “dano ou prejuízo como sendo a *lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não –, causado por ação ou omissão do sujeito infrator*” (GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, vol. 3: responsabilidade civil / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 82).

Vale dizer, violado um interesse protegido pelo ordenamento jurídico, configurado está o dano, podendo ele ser material ou imaterial.

Nesse contexto, exsurge que o dano moral alegado pelas recorrentes decorre de violação cometida pela recorrida ao direito legalmente tutelado de exploração exclusiva da marca por elas registrada.

O prejuízo suportado, no particular, prescinde de comprovação, pois se consubstancia na própria violação de um direito autônomo, derivando da própria natureza da conduta perpetrada. A demonstração do dano, assim, se confunde com a demonstração da existência do fato – contrafação –, cuja ocorrência é premissa assentada pelas instâncias de origem.

Importa recordar, conforme conclusão alcançada por ocasião do julgamento do já citado REsp 1.032.014/RS (minha relatoria, DJe 4.6.2009), que a

prática de falsificação tem como efeitos diretos a vulgarização do produto e a depreciação da reputação comercial do titular da marca, autorizando, na medida em que viola também a sua imagem, a reparação dos danos experimentados.

Em suma, a importação de produtos identificados por marca contrafeita, ainda que não expostos ao mercado consumidor interno, encerram hipótese de dano *in re ipsa*.

Todavia, uma observação merece destaque: há de ser feita uma correção de perspectiva quanto ao enfoque dado ao deslinde da questão pelo Tribunal de origem.

Como visto, a empresa recorrida *adquiriu* os produtos falsificados no mercado internacional, realizando a importação. Destarte, ao contrário do que assentado pelo acórdão impugnado, é certo que os bens contrafeitos *foram comercializados*: se assim não fosse, a recorrida não os teria adquirido. E os adquiriu, conforme as regras ordinárias de experiência autorizam concluir, dada a quantidade apreendida (mais de 3.000 pares de meias), para expô-los ao mercado consumidor interno.

Merece destaque, quanto ao ponto, o fato de que as mercadorias falsificadas e importadas pela recorrida não foram comercializadas por circunstância *absolutamente alheia à sua vontade*, na medida em que foram apreendidas pela autoridade alfandegária quando de seu desembarque no Porto de Manaus/AM.

De todo modo, a exigência, como comprovação do prejuízo, de que os produtos contrafeitos tenham sido comercializados, é aspecto que guarda relação com a esfera *patrimonial* da reparação civil do ofendido. De fato, deve-se exigir prova do prejuízo econômico para configuração do dano material, mas não do dano moral, que traduz lesão a bens ou direitos cujo conteúdo não são pecuniariamente mensuráveis.

Quanto ao ponto, a lição doutrinária de STOLZE e PAMPLONA (Ibid. p. 107) é precisa, pois consagra que deve ser afastada, de análises como a presente,

[...] qualquer relação ao efeito patrimonial do dano moral ocorrido, pois muitos dos debates sobre a matéria (neste caso, bastante infrutíferos) residem na busca de uma quantificação do dano moral com base no seus reflexos materiais.

Ora, se há reflexos materiais, o que se está indenizando é justamente o dano patrimonial decorrente da lesão à esfera moral do indivíduo, e não o dano moral propriamente dito.

Assim, a não exposição das mercadorias ao comércio interno pode, quanto muito, servir de parâmetro para a quantificação da reparação devida ao titular da marca falsificada.

IV. Aspectos Econômicos da Contrafação.

Há, ainda, outro aspecto, de natureza econômica, que merece realce no presente caso. Eventual conformação da jurisprudência no sentido da não responsabilização da recorrida acabaria por diminuir os riscos inerentes aos negócios ilícitos da mesma natureza dos tratados nestes autos. Consequentemente, o retorno financeiro derivado da prática ilegal seria majorado, o que pode servir de estímulo à continuidade da atividade delitiva.

Esta relatora já manifestou inquietação com a notória extensão que a prática de contrafação vem assumindo no Brasil (REsp 466.761/RJ, minha relatoria, DJ 4.8.2003). Esse panorama fático injusto e pernicioso não pode ser ignorado pelo Poder Judiciário, sob pena de não se cumprir, nesse aspecto, a almejada pacificação social, representada pela ética e lealdade de concorrência que devem informar as práticas comerciais.

Com efeito, dados levantados pelo Ibope e divulgados pela Sociedade Brasileira de Varejo e Consumo – SBVC revelam, a título ilustrativo, que, apenas no que se refere à falsificação de tênis (uma das atividades desempenhada pelas recorrentes), no período de 12 meses encerrados em maio de 2015, 23% dos produtos adquiridos por brasileiros eram “piratas”, o que revela que aproximadamente R\$ 1,6 bilhão deixou de ser movimentado na economia formal e que as companhias deixaram de empregar 145 mi pessoas – que seria o número necessário para a fabricação de 19 milhões de pares de tênis em um ano (<http://sbvc.com.br/2002408-marcas-deixam-de-faturar-r-1-6-bi-com-tenis-pirata>, consulta realizada em 25.5.2016). Acresça-se a isso, ainda, a receita tributária que deixou de ser arrecada pelos entes federativos.

A compensação por danos morais, dessa forma, reveste-se também de um aspecto pedagógico-preventivo, a servir de desestímulo à atividade ilícita praticada pela recorrida, sobretudo em razão da gravidade das consequências econômicas e sociais que dela advêm.

V. Arbitramento da Compensação Pecuniária Devida.

Na hipótese, a fixação do montante devido às recorrentes deve ser realizada levando em consideração, por um lado, o porte das sociedades recorrentes e a

credibilidade e o alcance da marca objeto de falsificação, bem como a quantidade de material apreendido (mais de três mil pares de meias).

Importa atentar-se, igualmente, à natureza do dano sofrido e à função pedagógico-preventiva da condenação.

É de se considerar, por outro lado, o fato de não ter ocorrido a exposição dos produtos contrafeitos ao mercado consumidor interno.

Tudo isso sopesado, e observados os precedentes desta Corte em hipóteses semelhantes, fixo em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) o montante devido a título de compensação por danos morais.

Forte em tais razões, *dou provimento* ao recurso especial para condenar a recorrida ao pagamento de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de danos morais às recorrentes.

Correção monetária a partir desta data, nos termos da Súmula 362/STJ.

Juros de mora desde a data da retenção dos produtos pela autoridade alfandegária, considerada essa a data do evento danoso (Súmula 54/STJ).

Despesas processuais e honorários de sucumbência suportados pela recorrida, estes fixados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

RECURSO ESPECIAL N. 1.601.555-SP (2015/0231541-7)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Antonio Jose Monteiro da Fonseca de Queiroz

Advogados: Gladimir Adriani Poletto - PR021208

Fábio José Possamai - PR021631

Amauri de Oliveira Melo Junior e outro(s) - PR037579

Recorrido: Ace Seguradora S/A

Advogados: Pedro Guilherme G. de Souza - SP246785

Fernanda M Carvalho Dias e outro(s) - SP335889

EMENTA

Recurso especial. Civil. Seguro de responsabilidade civil de diretores e administradores de pessoa jurídica (seguro de RC

D&O). Renovação da apólice. Questionário de avaliação de risco. Informações inverídicas do segurado e do tomador do seguro. Má-fé. Configuração. Perda do direito à garantia. Investigações da CVM. Prática de *insider trading*. Ato doloso. Favorecimento pessoal. Ato de gestão. Descaracterização. Ausência de cobertura.

1. Cinge-se a controvérsia a definir (i) se houve a omissão dolosa de informações quando do preenchimento do questionário de risco para fins de renovação do seguro de responsabilidade civil de diretores e administradores de pessoa jurídica (seguro de RC D&O) e (ii) se é devida a indenização securitária no caso de ocorrência de *insider trading*.

2. A penalidade para o segurado que agir de má-fé ao fazer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta pela seguradora ou na taxa do prêmio é a perda da garantia securitária (arts. 765 e 766 do CC). Ademais, as informações omitidas ou prestadas em desacordo com a realidade dos fatos devem guardar relação com a causa do sinistro, ou seja, deverão estar ligadas ao agravamento concreto do risco (Enunciado n. 585 da VII Jornada de Direito Civil).

3. Na hipótese dos autos, as informações prestadas pela tomadora do seguro e pelo segurado no questionário de risco não correspondiam à realidade enfrentada pela empresa no momento da renovação da apólice, o que acabou por induzir a seguradora em erro na avaliação do risco contratual. A omissão dolosa quanto aos eventos sob investigação da CVM dá respaldo à sanção de perda do direito à indenização securitária.

4. Os fatos relevantes omitidos deveriam ter sido comunicados mesmo antes de o contrato ser renovado, pois decorre do postulado da boa-fé o dever do segurado “comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé” (art. 769 do CC).

5. O seguro de RC D&O (*Directors and Officers Insurance*) tem por objetivo garantir o risco de eventuais prejuízos causados por atos de gestão de diretores, administradores e conselheiros que, na atividade

profissional, agiram com culpa (Circular/SUSEP n. 541/2016). Preservação não só do patrimônio individual dos que atuam em cargos de direção (segurados), o que incentiva práticas corporativas inovadoras, mas também do patrimônio social da empresa tomadora do seguro e de seus acionistas, já que serão ressarcidos de eventuais danos.

6. A apólice do seguro de RC D&O não pode cobrir atos dolosos, principalmente se cometidos para favorecer a própria pessoa do administrador, o que evita forte redução do grau de diligência do gestor ou a assunção de riscos excessivos, a comprometer tanto a atividade de *compliance* da empresa quanto as boas práticas de governança corporativa. Aplicação dos arts. 757 e 762 do CC.

7. Considera-se *insider trading* qualquer operação realizada por um *insider* (diretor, administrador, conselheiro e pessoas equiparadas) com valores mobiliários de emissão da companhia, em proveito próprio ou de terceiro, com base em informação relevante ainda não revelada ao público. É uma prática danosa ao mercado de capitais, aos investidores e à própria sociedade anônima, devendo haver repressão efetiva contra o uso indevido de tais informações privilegiadas (arts. 155, § 1º, e 157, § 4º, da Lei n. 6.404/1976 e 27-D da Lei n. 6.385/1976).

8. O seguro de RC D&O somente possui cobertura para (i) atos culposos de diretores, administradores e conselheiros (ii) praticados no exercício de suas funções (atos de gestão). Em outras palavras, atos fraudulentos e desonestos de favorecimento pessoal e práticas dolosas lesivas à companhia e ao mercado de capitais, a exemplo do *insider trading*, não estão abrangidos na garantia securitária.

9. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze (Presidente), Moura Ribeiro, Nancy Andrichi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

DJe 20.2.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por *Antônio José Monteiro da Fonseca de Queiroz*, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Noticiam os autos que o recorrente ajuizou ação declaratória contra *ACE Seguradora S.A.* visando o reconhecimento de que os eventos noticiados no aviso de sinistro estão cobertos pela apólice de seguro de responsabilidade civil de diretores e administradores de pessoas jurídicas (seguro de RC D&O).

Para tanto, alegou que ocupou a posição de membro do conselho administrativo da Triunfo Participações e Investimentos S.A. (TPI), tomadora do seguro, e que, em 8.10.2010, enviou correspondência à demandada informando o recebimento de ofício da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) intimando os administradores da empresa para prestarem depoimento a respeito da ocorrência de *insider trading*, com a possibilidade de abertura de processo administrativo. Acrescentou que mesmo após a instauração do procedimento para apurar supostas irregularidades cometidas pelos investigados na negociação de valores mobiliários, a seguradora recusou-se a pagar a indenização securitária sob o argumento de ausência de cobertura dos fatos sucedidos.

O magistrado de primeiro grau, entendendo que houve omissão de informação tanto do autor quanto da empresa ao preencherem o questionário de risco, a atrair a pena do art. 766 do Código Civil, e que a prática do *insider trading* não está abrangida pela garantia securitária, pois esta se restringe a atos de gestão dos administradores de empresas, não alcançando atos de favorecimento pessoal, julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Irresignado, o demandante interpôs recurso de apelação, o qual não foi provido pela Corte de Justiça local em acórdão assim ementado:

Apelação. Ação declaratória. Apólice de seguro de responsabilidade civil geral de administradores. Recusa da seguradora. Omissão de informação quando do

preenchimento do questionário exigido no momento da contratação. Existência de investigação pela CVM a respeito da ocorrência de *insider trading* que não foi informada à seguradora. Aplicação do art. 766 do CC. Aquisição de valores mobiliários em proveito próprio que não se confunde com ato de gestão. Hipótese excludente demonstrada pela seguradora. Evento não coberto pela apólice. Honorários advocatícios arbitrados em R\$ 20.000,00 que bem atendem aos parâmetros do art. 20, § 3º do CPC. Não provimento (fl. 515).

No especial, o recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 422, 423, 757, 765 e 766, parágrafo único, do Código Civil (CC) e 2º, parágrafo único, e 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Aduz, em síntese, que não houve má-fé de sua parte no preenchimento do questionário de risco, porquanto tal formulário é respondido pela tomadora do seguro, ou seja, a empresa TPI, devendo, por isso, ser afastada a sanção de perda do direito à garantia securitária.

Acrescenta que “(...) não restou comprovada a atitude dolosa, ou melhor, a intenção de omitir ‘fatos’, até porque estes não eram condição *sine qua non* para perfectibilização e execução do contrato de seguro” (fl. 556).

Alega também que a apólice de RC D&O estava na sua terceira renovação e

(...) seria improfícuo querer comprovar que em março/junho de 2009 o Recorrente tinha conhecimento das investigações (o que como se viu não corresponde à realidade), pois para a Recorrida a responsabilidade e o dever de fazer frente aos prejuízos não se alterariam, haja vista que desde o ano de 2007 emitia anual e sucessivamente as apólices para cobrir tais riscos (fls. 557/558).

Sustenta que deve incidir a legislação consumerista, não havendo falar em excludente de responsabilidade da seguradora, visto que os atos praticados quanto à “(...) aquisição de ações que teria ocorrido em período teoricamente defeso - pela suposta não divulgação de fato relevante ao mercado - se revestem das características próprias de ato de gestão” (fl. 568).

Por fim, argui que,

(...)

No presente caso, houve a decisão dos administradores, pautada na defesa dos legítimos interesses da empresa, pela não divulgação das informações elencadas pela CVM, nos termos da Instrução CVM 358/2002 e art. 155, § 1º, da

Lei n. 6.404/1976, decisão que deve ser interpretada eminentemente como ato de gestão, haja vista o interesse em preservar os interesses da Companhia. Esta decisão, consoante expresso na defesa apresentada pelo Recorrente junto à CVM (fls. 151/173), foi tomada pelo entendimento de que a avaliação do seu ativo não levaria, necessariamente, à sua alienação, de modo que sua divulgação poderia influenciar o mercado com falsas expectativas sobre a saúde financeira da TPI ou sobre a condução dos seus negócios.

(...)

No caso em tela, como amplamente exposto, o real intento do Recorrente jamais foi o de obter qualquer tipo de vantagem, mas sim o de reforçar o seu comprometimento na condição de membro do Conselho de Administração da Companhia durante uma crise mundial sem precedentes, notadamente diante da expressiva desvalorização das ações no mercado em janeiro de 2009 (fls. 568/569).

Após a apresentação de contrarrazões (fls. 602/621), o recurso especial foi inadmitido na origem (fls. 623/624), mas, por ter sido provido agravo (fl. 684), foi determinada a reatuação do feito.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): Cinge-se a controvérsia a definir (i) se houve a omissão dolosa de informações quando do preenchimento do questionário de risco para fins de renovação do seguro de responsabilidade civil de diretores e administradores de pessoa jurídica (seguro de RC D&O), a atrair a incidência do art. 766 do CC e (ii) se é devida a indenização securitária no caso de ocorrência de *insider trading*.

1. Do questionário de risco e da omissão de informações

De início, impende asseverar que o *contrato de seguro* é baseado no risco, na mutualidade e na boa-fé, que constituem seus elementos essenciais. O *risco* relaciona-se com os fatos e as situações da vida real que causam probabilidade de dano e com as características pessoais de cada um, aferidas no perfil do segurado. A *mutualidade*, por sua vez, é oriunda da solidariedade econômica entre os segurados em que é formada uma poupança coletiva ou um fundo, apto a cobrir os prejuízos que possam advir dos sinistros. É a distribuição dos custos do risco comum (socialização das perdas). Ademais, a contribuição de cada

um será proporcional à gravidade do risco a que está sujeito, obtida por meio de dados estatísticos e cálculos atuariais. Por último, a *boa-fé* é a veracidade, a lealdade, de ambas as partes, que devem agir reciprocamente isentas de dolo ou engano. E, no seguro, a boa-fé assume maior relevo, pois tanto o risco quanto o mutualismo são dependentes das afirmações das próprias partes contratantes.

Logo, verifica-se que a seguradora, utilizando-se das informações prestadas pelo segurado em questionário, chega a um valor de prêmio conforme o risco garantido, de modo que qualquer risco não previsto no contrato desequilibra o seguro economicamente, dado que não foi incluído no cálculo atuarial nem na mutualidade contratual (base econômica do seguro).

Por isso, a má-fé ou a fraude são penalizadas severamente no contrato de seguro. Com efeito, a fraude, que é o contrário da boa-fé, inviabiliza o seguro justamente porque altera a relação de proporcionalidade que deve existir entre o risco e a mutualidade, rompendo, assim, o equilíbrio econômico do contrato, em prejuízo dos demais segurados.

A boa-fé é tão importante no contrato de seguro que o Código Civil positivou o princípio especificamente no art. 765: “O *segurado e o segurador* são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais *estrita boa-fé e veracidade*, tanto a *respeito do objeto* como das *circunstâncias e declarações a ele concernentes*.”

Uma das penalidades, portanto, para o *segurado que agir de má-fé*, ao fazer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam *influir na aceitação da proposta pela seguradora* ou *na taxa do prêmio*, é a *perda da garantia*. Ressalte-se que apenas se o segurado estiver de boa-fé ao prestar declarações inexatas ou omitir informações relevantes, é que o segurador poderá resolver o contrato ou, ainda, cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio, sem prejuízo da indenização securitária.

É o que se depreende do art. 766 do CC:

Art. 766. Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam ***influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio***, perderá o direito à *garantia*, além de ficar obrigado ao prêmio vencido.

Parágrafo único. Se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio.

Cumpra assinalar, pelo disposto na aludida norma, que ausente a boa-fé do segurado, não é qualquer inexatidão ou omissão em declarações que acarretará a perda da garantia securitária, *mas apenas a que possa influenciar na aceitação do seguro ou na taxa do prêmio*. Além disso, consoante o Enunciado n. 585 da VII Jornada de Direito Civil, *as informações omitidas ou prestadas em desacordo com a realidade dos fatos devem guardar relação com a causa do sinistro*, ou seja, deverão estar ligadas com o agravamento concreto do risco.

Por outro lado, cabe ressaltar que *retirar a penalidade de perda da garantia securitária nas fraudes tarifárias (inexatidão ou omissão dolosas em informação que possa influenciar na taxa do prêmio) serviria de estímulo à prática desse tipo de comportamento desleal pelo segurado ou pelo tomador do seguro* (vide REsp n. 1.340.100/GO, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 8.9.2014, e AgInt no AREsp n. 928.789/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 25.8.2016).

Na espécie, as instâncias ordinárias reconheceram a má-fé da tomadora do seguro bem como do próprio segurado, pois, na renovação do seguro de RC D&O, quando do preenchimento do questionário para análise de risco, datado em 4.11.2009, prestaram declarações inexatas e omitiram, deliberadamente, informações conhecidas “desde os meses de março, junho e outubro de 2009” (fl. 540), capazes de influenciar a taxa do prêmio ou a própria aceitação da avença.

Efetivamente, para as perguntas acerca da ocorrência nos últimos 5 (cinco) anos (i) de investigação judicial ou extrajudicial em curso contra qualquer administrador e (ii) da expectativa de sinistro relacionado com as investigações, demandas judiciais ou extrajudiciais e quaisquer inquéritos administrativos contra os administradores em razão de seus atos de gestão, *foram dadas respostas negativas, mesmo havendo ciência da TPI e de seus principais administradores, incluído o recorrente, quanto às investigações sucedidas na CVM, como comprova a convocação deles para prestar esclarecimentos a respeito da negociação de ações da empresa antes da divulgação de fato relevante ao mercado (possível configuração de insider trading)*.

Ora, apesar de o processo administrativo ter sido instaurado na vigência da apólice renovada (15.10.2009 a 15.10.2010), o que indicaria a existência, em tese, do sinistro, diante da omissão dolosa da tomadora do seguro e do segurado em informar os eventos sob investigação da CVM quando da renovação do contrato, essenciais para se fazer nova valoração do risco e do valor do prêmio, *é de se aplicar a pena do art. 766, caput, do CC, a ocasionar a perda do direito à indenização securitária*.

Eis a seguinte passagem do acórdão recorrido:

(...)

Pela leitura da apólice de fls. 73/104, constata-se ter sido estabelecida a cobertura em casos de responsabilidade dos administradores, em processos ou procedimentos administrativos, inclusive em relação aos valores relativos aos custos de defesa em tais procedimentos ou eventuais condenações pecuniárias. *A vigência foi estipulada entre 15.10.2009 e 15.10.2010, ao teto de R\$ 20 milhões.*

*Ocorre que nos meses de março, junho e outubro de 2009, a tomadora do seguro, empresa na qual o autor ocupou a posição de membro do conselho administrativo, assim como seus principais administradores, foram convocados a prestar esclarecimentos pelas negociações de ações da TPI antes de divulgação de fato relevante ao mercado (ofícios 044/09, 106/09 fls. 174/181 e ofícios 122/09 - fls. 273/274). Em julho de 2010 e nos termos do ofício 97/10 (fls. 144/149), foi o autor intimado a esclarecer sobre a prática do que se conhece como *insider trading*, porque teria adquirido, “entre 29.10.2008 e 03.07.2009” 500.00 ações, por R\$ 675.300, ao preço médio de R\$ 1,35, nos dias 14, 15 e 16.01.2009, conforme rol de negócios anexo.” (fl. 148).*

Deste modo, não obstante o respectivo processo administrativo ter sido instaurado em momento posterior à contratação do seguro, *os fatos investigados pela CVM são anteriores ao início da vigência da apólice contratada. Isso é verdadeiro tanto que a resposta que a TPI encaminhou à CVM às fls. 270/273, em março de 2009, não deixa dúvidas de que a companhia tinha ciência exata da apuração de sua participação no procedimento licitatório promovido pela ARTESP (Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo), para o trecho referente à concessão onerosa do corredor Ayrton Senna/Carvalho Pinto.*

E observa-se que do questionário que acompanhou a apólice, a TPI, ao responder sobre a existência nos últimos cinco anos, de “Investigações, demandas/processos judiciais ou extrajudiciais e quaisquer inquéritos administrativos contra os Administradores atuais e/ou contra os Administradores de gestões anteriores”, assinalou o campo “NÃO”, fazendo o mesmo na pergunta sobre a existência de expectativa quanto ao acontecimento de “Investigações, demandas judiciais ou extrajudiciais e quaisquer inquéritos administrativos contra os Administradores, relacionados aos seus Atos de Gestão”. (itens 16 e 17 do questionário à fl. 318).

Não é crível a assertiva do apelante de que desconhecia a existência de tais apurações anteriores à apólice pelo simples fato de terem sido endereçadas à companhia e não pessoalmente a ele, porque figurava como membro do conselho administrativo da TPI, inclusive participando da tomada das decisões, inclusive daquelas em que foi decidida a não divulgação dos fatos que levaram a Companhia a conseguir recursos para fazer frente aos compromissos relativos à concorrência Ayrton Senna/Carvalho Pinto, lançando mão de alternativas

como eventual alienação de ativos ou captação de valores substanciais junto a investidores institucionais (como apontado pela CVM no ofício 97/10, à fl. 148).

Deste modo, a omissão de tal informação, de que havia uma investigação contra a TPI e seus administradores se fazia irrecusável para a apelada, tendo em vista que de posse desse dado poderia optar pela aceitação ou não da proposta. (...)

(...)

No entanto, apesar de os administradores da TPI, dentre os quais se incluiu o autor, terem plena ciência da apuração da CVM, permaneceram em silêncio comprometedor e nada informaram a este respeito quando da assinatura da proposta do seguro (fls. 518/520 - grifou-se).

Infere-se, portanto, que as informações prestadas pela contratante do seguro não correspondiam à realidade enfrentada pela empresa no momento da renovação da apólice, o que acabou por induzir a seguradora em erro na avaliação do risco contratual.

Cumprе ressaltar que os fatos omitidos deveriam ter sido comunicados à seguradora mesmo antes de o seguro ser renovado, pois decorre do postulado da boa-fé o dever do segurado “comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé” (art. 769 do CC).

De qualquer modo, mesmo sendo improcedente a irresignação do autor com base na incidência dos arts. 766 e 769 do CC, é importante apreciar também a outra alegação, concernente aos limites da cobertura do seguro de RC D&O, se abrangem operações de administrador de companhia aberta qualificados como *insider trading*.

2. Do seguro de RC D&O, dos atos de gestão e da cobertura do insider trading

O seguro de RC D&O (*Directors and Officers Insurance*) tem por objetivo garantir o risco de eventuais prejuízos causados por atos de gestão de diretores, administradores e conselheiros que, na atividade profissional, agiram com culpa.

Como cediço, cabe aos administradores atuarem no interesse da empresa que representam, com zelo e lealdade, respeitando, entre outros, os deveres de sigilo e de informação, principalmente para com o mercado.

Assim, esse tipo de seguro constitui instrumento de preservação do patrimônio individual dos que atuam em cargos de direção (segurados), o que acaba por incentivar gestões corporativas inovadoras e mais flexíveis, as quais

ficariam comprometidas ou engessadas com a possibilidade sempre reinante de responsabilização civil ou de abertura de processo administrativo sancionador na CVM.

Além disso, a natureza dúplice desse seguro também favorece a própria empresa tomadora do seguro e seus acionistas, pois o patrimônio social poderá ser ressarcido de eventuais prejuízos sofridos em razão de condutas faltosas de seus administradores.

A propósito, a seguinte lição de Anderson de Souza Amaro:

(...)

(...) ocorre com frequência de o administrador infrator não ter patrimônio suficiente para indenizar a sociedade e os sócios prejudicados. Para além da possível insolvência do administrador infrator, também é importante destacar que a possibilidade de responsabilização dos administradores, bem como do possível comprometimento de seus bens pessoais, constitui um entrave à contratação de profissionais altamente gabaritados para assumir o cargo de administrador da sociedade.

Sob esse aspecto, a responsabilização excessiva do administrador pode estimular uma gestão demasiadamente conservadora, o que não atenderia ao interesse social e a função da empresa de perseguir o lucro.

O aumento de responsabilidade do administrador, sobretudo após o advento do novo Código Civil, bem como a abertura do mercado de resseguros fizeram se desenvolver no Brasil uma espécie de seguro muito comum no direito norte-americano, o chamado *Directors and Officers Insurance*, ou simplesmente, seguro D&O.

O Seguro D&O tem por objetivo principal proteger os administradores contra as ações de responsabilidade que possam ser ajuizadas contra eles com o objetivo de ressarcir os prejuízos causados em virtude de atos irregulares praticados na gestão da companhia. No contrato de seguros D&O, enquanto contrato de seguro de responsabilidade civil, existe um caráter dúplice, ou seja, o seguro tem por objetivo não apenas proteger o patrimônio do segurado, mas também garantir a indenização do terceiro prejudicado, que neste caso pode ser a própria empresa e seus acionistas.

Não por acaso, na grande maioria das vezes, são as próprias companhias que contratam o seguro D&O para seus administradores (...). Isso ocorre porque a contratação desse tipo de seguro garante o ressarcimento de eventuais danos ao patrimônio da empresa em decorrência de atos irregulares de seus administradores, bem como incentiva a contratação de profissionais gabaritados, que se sentirão mais seguros ao assumirem a gestão de uma companhia que obtém esse tipo de seguro.

(...)

Esse perfil do administrador moderno é incentivado pelo seguro D&O, na medida em que garante a indenização para os terceiros prejudicados na hipótese de uma decisão mal tomada, em que não houve dolo. É o direito de errar do administrador.

(AMARO, Anderson de Souza. O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores. *In: Revista de Direito Empresarial*, vol. 2, n. 2, Mar./Abr. 2014, págs. 111/112)

Ocorre que, para não haver forte redução do grau de diligência ou a assunção de riscos excessivos pelo gestor, o que comprometeria tanto a atividade de *compliance* da empresa quanto as boas práticas de governança corporativa, a apólice do seguro de RC D&O não pode cobrir atos dolosos, principalmente se cometidos para favorecer a própria pessoa do administrador. De fato, a garantia securitária do risco não pode induzir a irresponsabilidade.

Nesse aspecto, a seguradora somente pode garantir interesses legítimos (art. 757 do CC). É por isso que é nulo “o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro” (art. 762 do CC).

Trata-se de “(...) espécie contratual com o objetivo de proteger o patrimônio do administrador e, por outro lado, de garantir a indenização do terceiro prejudicado. Não se trata, portanto, de uma espécie securitária para se encobrir atos criminosos. Nesse sentido também defende Ernesto Tzirulnik: ‘É uma cobertura para a proteção das partes lesadas por um erro de gestão, não um seguro para acobertar crimes.’” (AMARO, Anderson de Souza. O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores. *In: Revista de Direito Empresarial*, vol. 2, n. 2, Mar./Abr. 2014, pág. 115 - grifou-se)

Extrai-se, desse modo, que a apólice do seguro de RC D&O jamais poderá abranger casos de dolo ou fraude, bem como atos do diretor ou administrador motivados por meros interesses pessoais, deteriorando o patrimônio da sociedade. De fato, não se deve incentivar a prática de ilícitos penais ou de atos fraudulentos, especialmente contra o mercado de capitais.

Nesse sentido, as seguintes ponderações de Roberta Mauro Medina Maia e de Leonardo Joseph Burman:

(...)

Contudo, seria inadmissível que um contrato de seguro pudesse incentivar fraudes e atos ilícitos. Qualquer conduta intencional do segurado não será passível de cobertura. A regra geral de exclusão de atos dolosos está disposta no art. 762 do

Código Civil, que considera nulo “o contrato para a garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou do representante de um ou de outro”.

Por força da função social dos negócios, o contrato que servir de incentivo à fraude e à intenção deliberada de prejudicar terceiros não deverá prevalecer. Desta forma, a apólice D&O jamais poderá servir de garantia a atos dolosos ou fraudulentos, como aqueles que conduziram as falências de Encol ou Enron. O risco envolvido em qualquer contrato de seguro precisa ser lícito e tecnicamente segurável. Daí a exclusão inevitável da produção intencional do sinistro.

(...)

A questão do interesse social é relevante porque figuram entre os atos dolosos - que, repita-se, não são dotados de cobertura securitária - aqueles em que a atuação do diretor ou administrador foi pautada na busca de benefícios pessoais, em detrimento do interesse social. Assim, caso fique comprovado que a atuação do diretor foi motivada pela busca de seus próprios interesses, o mesmo não poderá contar com a cobertura da apólice D&O.

(...)

O âmbito de atuação da sociedade irá sempre apresentar definição contratual ou estatutária, fixando-se, assim, os limites dos negócios a serem promovidos. Quando e se ultrapassam tais limites, os administradores incorrem em atos ultra vires. *Com relação à apólice D&O, tais atos só serão dotados de cobertura securitária caso a atuação do diretor, embora contrariando o objeto social, tenha por fundamento a culpa, e não a busca de interesses pessoais.*

(MAIA, Roberta Mauro Medina; BURMAN, Leonardo Joseph. Apontamentos sobre o Seguro de Responsabilidade Civil para Atos de Gestão de Administradores ou Diretores de Empresas (D&O). In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 30, Abr./Jun. 2007, págs. 148/151 - grifou-se)

Sobre o tema, cabe mencionar ainda que a Superintendência de Seguros Privados - SUSEP - editou a Circular n. 541/2016, a qual estabelece diretrizes gerais aplicáveis aos seguros de responsabilidade civil de diretores e administradores de pessoas jurídicas (seguro de RC D&O), cumprindo transcrever, no que interessa, os arts. 4º ao 6º:

Art. 4º O seguro de RC D&O é um seguro de responsabilidade civil, contratado por uma pessoa jurídica (tomador) em benefício de pessoas físicas que nela, e/ou em suas subsidiárias, e/ou em suas coligadas, exerçam, e/ou passem a exercer, e/ou tenham exercido, cargos de administração e/ou de gestão, executivos, em decorrência de nomeação, eleição ou contrato de trabalho (segurados).

(...)

Art. 5º No seguro de RC D&O, a sociedade seguradora garante aos segurados, quando responsabilizados por danos causados a terceiros, em consequência de

atos ilícitos **culposos praticados no exercício das funções** para as quais tenham sido nomeados, eleitos e/ou contratados, o reembolso das indenizações que forem obrigados a pagar, a título de reparação, por sentença judicial transitada em julgado, ou em decorrência de juízo arbitral, ou por acordo com os terceiros prejudicados, com a anuência da sociedade seguradora.

(...)

Art. 6º Além de outras exclusões previstas em lei, o seguro de RC D&O não cobre os riscos de responsabilização civil dos segurados em decorrência de:

I - danos causados a terceiros, pelos segurados, **na qualidade de cidadãos, quando não estiverem no exercício de seus cargos no tomador, e/ou em suas subsidiárias, e/ou em suas coligadas, situação que se enquadra em outro ramo de seguro, o seguro de responsabilidade civil geral (RC Geral);**

II - danos causados a terceiros **quando no exercício de profissões liberais, fora do exercício de seus cargos no tomador, e/ou em suas subsidiárias, e/ou em suas coligadas, que são enquadrados em outro ramo de seguro, o seguro de responsabilidade civil profissional (RC Profissional);**

III - danos ambientais, que são enquadrados em outro ramo de seguro, denominado seguro de responsabilidade civil de riscos ambientais (RC Riscos Ambientais). (grifou-se)

Nesse contexto, resta tecer algumas considerações sobre o *insider trading*, já que a investigação da CVM contra o recorrente foi embasada em fatos que poderiam, em tese, ser enquadrados em tal prática. Logo, são importantes para fins de verificação da cobertura securitária do seguro de RC D&O.

Considera-se *insider trading* qualquer operação realizada por um *insider* (diretor, administrador, conselheiro e pessoas equiparadas) com valores mobiliários de emissão da companhia, em proveito próprio ou de terceiro, com base em informação relevante ainda não revelada ao público.

Por sua vez, informação relevante é aquela que pode “influir de modo ponderável na cotação dos valores mobiliários de emissão da companhia, afetando a decisão dos investidores de vender, comprar ou reter esses valores”. (PARENTE, Norma Jonssen. **Aspectos Jurídicos do “Insider Trading”**. Comissão de Valores Mobiliários, Superintendência Jurídica, Jun. 1978. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/menu/acesso_informacao/serieshist/estudos/anexos/Aspectos-Juridicos-do-insider-trading-NJP.pdf>. Acesso em: 5 de dez. 2016)

Como já mencionado, o dirigente deve observar os deveres de cuidado e de lealdade, buscando sempre o melhor interesse da sociedade anônima,

nos limites de seus poderes. Dessa forma, deve “guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, *sendo-lhe vedado valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários*” (dever de sigilo - art. 155, § 1º, da Lei n. 6.404/1976).

Por seu turno, os administradores de companhia aberta também “são obrigados a comunicar imediatamente à bolsa de valores e a divulgar pela imprensa qualquer deliberação da assembléia-geral ou dos órgãos de administração da companhia, ou fato relevante ocorrido nos seus negócios, que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia” (dever de informar - art. 157, § 4º, da Lei n. 6.404/1976).

Verifica-se, portanto, que o *insider trading* é uma prática danosa ao mercado de capitais, aos investidores e à própria companhia, devendo haver repressão efetiva contra o uso indevido de informações privilegiadas por *insiders* que visam a obtenção ilícita de vantagem patrimonial ao negociar ações da pessoa jurídica.

Efetivamente,

(...) com a proibição ao uso da informação privilegiada visa-se proteger os investidores, que ignoram as condições internas da companhia, contra os possíveis abusos daqueles que as conhecem. O que caracteriza o uso da informação privilegiada é o aproveitamento de informações reservadas, sobre a sociedade emissora de valores mobiliários, em detrimento de outra pessoa, que com eles negocia ignorando aquelas informações. Tal prática representa iniquidade, por parte de qualquer pessoa que se utilize de informações sigilosas, ou reservadas, para negociar títulos emitidos pela companhia com outras pessoas que as desconheçam. O objetivo desta proibição é evitar que pessoas, direta ou indiretamente relacionadas com a empresa, possam auferir ganhos patrimoniais extraordinários, através da prevalência do conhecimento de atos ou fatos importantes, e reservados, sobre mutações essenciais na vida da companhia. Essas pessoas estariam intervindo no mercado em condições de superioridade em relação ao público em geral, sem acesso a tais informações.

O combate ao uso de informações privilegiadas pressupõe a existência de medidas que determinem uma ampla e completa divulgação das informações referentes a atos e fatos relevantes ocorridos no âmbito da companhia. Essas informações devem ser tornadas acessíveis a todos ao mesmo tempo, de forma a estimular a existência de um mercado justo, no que se refere ao acesso equânime às informações.

Razões de ordem ética embasam o dever de informar. Decorre este da necessidade de se impedir que alguém, prevalecendo-se da posição que ocupa, obtenha vantagens patrimoniais indevidas, em detrimento de pessoas que ignoram certas informações. Trata-se de um dever jurídico, atribuído aos administradores de companhia aberta, que encontra correspondência direta no direito subjetivo que têm os investidores de se inteirarem, não só dos atos e decisões provenientes da administração da companhia, como de todos os fatos relevantes que possam ocorrer em seus negócios.

Assim, o dever de informar configura-se como parte complementar e indispensável na repressão ao uso da informação privilegiada.

(...)

Ora, entendemos que os casos de 'insider trading' representam inegavelmente práticas não eqüitativas no mercado, tendo em vista que o uso da informação relevante não divulgada, em conexão com a compra e venda de ações, gera um desequilíbrio de posições prejudicial a um dos participantes da operação, aos terceiros investidores, e à eficiência e credibilidade do mercado.

(PARENTE, Norma Jonssen. **Aspectos Jurídicos do "Insider Trading"**. Comissão de Valores Mobiliários, Superintendência Jurídica, Jun. 1978. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/menu/acesso_informacao/serieshist/estudos/anexos/Aspectos-Juridicos-do-insider-trading-NJP.pdf>. Acesso em: 5 de dez. 2016)

Nesse passo, impende asseverar que o *insider trading* é tão prejudicial à dinâmica e à credibilidade do mercado de capitais, que tal figura passou a ser tipo penal com o advento da Lei n. 10.303/2001, que acrescentou o art. 27-D na Lei n. 6.385/1976:

Capítulo VII-B

Dos Crimes contra o Mercado de Capitais

(...)

Uso Indevido de Informação Privilegiada

Art. 27-D. Utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de examinar tal delito, como revela a seguinte ementa do voto proferido pelo Ministro Gurgel de Faria no REsp n. 1.569.171/SP:

Penal e Processual. Crime contra o mercado de capitais. Art. 27-D da Lei n. 6.385/1976. Uso indevido de informação privilegiada – *insider trading*. Alegação de atipicidade da conduta. Não acolhimento. Dosimetria da pena. Pena-base. Aumento. Culpabilidade exacerbada. Fundamento idôneo. Pena de multa. Aplicação correta. Danos morais. Não cabimento. Crime cometido antes da vigência da Lei n. 11.719/2008. Irretroatividade.

(...)

2. Quanto ao recurso do primeiro recorrente, cinge-se a controvérsia à análise da qualificação jurídica dada aos fatos delineados pelas instâncias ordinárias, notadamente se a conduta praticada pelo agente se subsume ao tipo previsto no art. 27-D da Lei n. 6.385/1976, e ao exame da dosimetria da pena, não sendo o caso de incidência da Súmula 7 do STJ.

3. *A responsabilidade penal pelo uso indevido de informação privilegiada, ou seja, o chamado Insider Trading – expressão originária do ordenamento jurídico norte-americano – ocorreu com o advento da Lei n. 10.303/2001, que acrescentou o artigo 27-D à Lei n. 6.385/1976, não existindo, ainda, no Brasil, um posicionamento jurisprudencial pacífico acerca da conduta descrita no aludido dispositivo, tampouco consenso doutrinário a respeito do tema.*

4. *A teor do disposto nos arts. 3º e 6º da Instrução Normativa n. 358/2002 da Comissão de Valores Mobiliários e no art. 157, § 4º, da Lei n. 6.404/1976, quando o insider detiver informações relevantes sobre sua companhia deverá comunicá-las ao mercado de capitais tão logo seja possível, ou, no caso em que não puder fazê-lo, por entender que sua revelação colocará em risco interesses da empresa, deverá abster-se de negociar com os valores mobiliários referentes às informações privilegiadas, enquanto não forem divulgadas.*

5. Com efeito, para a configuração do crime em questão, as “informações” apenas terão relevância para esfera penal se a sua utilização ocorrer antes de serem divulgadas no mercado de capitais. A legislação penal brasileira, entretanto, não explicitou o que venha a ser informação economicamente relevante, fazendo com que o intérprete recorra a outras leis ou atos normativos para saber o alcance da norma incriminadora.

6. *Em termos gerais, os arts. 155, § 1º, da Lei n. 6.404/1976 e 2º da Instrução n. 358/2002 da CVM definem o que vem a ser informação relevante, assim como a doutrina pátria, que leciona ser idônea qualquer informação capaz de “influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado”, gerando “apetência pela compra ou venda de ativos”, de modo a “influenciar a evolução da cotação” (CASTELLAR, João Carlos. *Insider Trading e os novos crimes corporativos*, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008, p. 112/113).*

7. No caso concreto, não há controvérsia quanto às datas em que as operações ocorreram e nem quanto ao fato de que o acusado participou das discussões e tratativas visando à elaboração da oferta pública de aquisição de ações da

Perdigão S.A, obtendo, no ano de 2006, informações confidenciais de sua companhia – Sadia S.A. – as quais, no exercício de sua profissão, tinha o dever de manter em sigilo.

8. Ainda que a informação em comento se refira a operações, na época, em negociação, ou seja, não concluídas, os estudos de viabilidade de aquisição das ações da Perdigão já se encontravam em estágio avançado, conforme decisão proferida no procedimento administrativo realizado na CVM, destacada no acórdão recorrido.

9. Diante do quadro delineado na origem, constata-se que a conduta do recorrente se subsume à norma prevista no art. 27-D da Lei n. 6.385/1976, que foi editada justamente para assegurar a todos os investidores o direito à equidade da informação, condição inerente à garantia de confiabilidade do mercado de capitais, sem a qual ele perde a sua essência, notadamente a de atrair recursos para as grandes companhias.

(...)

14. Recurso especial do segundo recorrente prejudicado, em razão do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva; recurso especial do primeiro recorrente parcialmente provido para afastar da condenação a imposição de valor mínimo para a reparação a título de danos morais coletivos. (REsp n. 1.569.171/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe 25.2.2016 - grifou-se)

Conclui-se, assim, que o seguro de RC D&O somente possui cobertura para (i) atos culposos de diretores, administradores e conselheiros (ii) praticados no exercício de suas funções (atos de gestão). Em outras palavras, atos fraudulentos e desonestos de favorecimento pessoal e práticas dolosas lesivas à companhia e ao mercado de capitais, a exemplo do *insider trading*, não estão abrangidos na garantia securitária.

No caso dos autos, a seguradora foi notificada, porquanto a CVM havia instaurado procedimento administrativo investigatório com vistas a apurar a prática de *insider trading* por administradores da Triunfo Participações e Investimentos S.A. (TPI), pois teriam negociado ações da companhia utilizando-se de informações relevantes não divulgadas no mercado e que teriam impacto potencial nas cotações dos valores mobiliários.

O recorrente, na condição de segurado, solicitou o pagamento de indenização securitária para cobrir os custos de defesa nos aludidos processos administrativos bem como de eventual acordo a ser firmado com a CVM.

Entretanto, a negociação das ações da TPI, no panorama analisado, a par de configurar ato doloso do segurado, vedado pela lei civil, não adveio de ato de

gestão, ou seja, da prerrogativa do cargo de administrador, mas de ato pessoal, na condição de acionista, a gerar proveitos financeiros próprios, em detrimento dos interesses da companhia.

Ora, se detinha informações privilegiadas que não poderiam, no momento, vir a público, era defeso valer-se delas para negociar ações no mercado, consoante a norma do art. 155, § 1º, da Lei n. 6.404/1976.

Confira-se o seguinte trecho do acórdão recorrido:

(...)

A respeito da falta de dolo na obtenção de vantagem na aquisição das ações, sob o argumento de que a aquisição das ações se reveste de atos de gestão, é de ser registrado que a prática do insider trading pressupõe, tal como explanado na sentença, a uma operação realizada por um insider com valores mobiliários de emissão da companhia e em proveito próprio, pessoal (fl. 434), o que não corresponde à prerrogativa do cargo de administrador exercido pelo apelante, mas sim à sua condição de acionista.

A Cláusula 3.A da apólice dispõe de maneira clara que “a cobertura securitária aqui prevista garante o pagamento de indenização do Segurado, até o Limite Máximo de Garantia estipulado no Item ‘4’ das Condições Particulares, decorrente de perdas e danos a ele impostos por conta de Reclamações iniciadas durante a vigência desta Apólice ou, quando aplicável, durante o Período Complementar ou Período Suplementar, desde que decorrente única e exclusivamente de sua condição de administrador do Tomador (...)” (fl. 81) - grifamos

A compra das ações pelo apelante, que mereceu a instauração do processo pelo CVM por “negociar ações de emissão de Triunfo Participações e Investimentos S.A. utilizando-se de informações privilegiadas, em infração aos artigos 155, § 4º da Lei n. 6.385/1976, na forma do art. 18 da Instrução CVM n. 358/02” (fl. 313), não pode ser vista como um ato de gestão, em virtude da ocorrência de proveito pessoal e não da empresa tomadora do seguro.

O seguro firmado pela apelada e a Triunfo destina-se à cobertura de eventos em que os diretores e membros do conselho (de qualquer natureza) tenham atuado exclusivamente na condição de administrador da companhia (Cláusula 3.2.1 fl. 82), com o que *ficam excluídas as contingências pessoais ou os riscos decorrentes da atuação como sócio.*

A responsabilidade da apelada não subsiste em razão do disposto nas cláusulas 3.A ‘b’ e 3.3.2.

As cláusulas 3.A ‘b’ e 3.3.2 realmente se referem à cobertura pelo pagamento de processos ou procedimentos administrativos de qualquer natureza assim como em relação aos custos de defesa, no que se incluem os emolumentos e honorários advocatícios. Ocorrem que ambas as disposições estão contidas na

cláusula que prevê que o pagamento da indenização somente será realizado se as perdas e danos forem decorrentes da atuação do segurado como administrador.

Portanto, inexistente cobertura para eventuais perdas impostas pelo processo administrativo movido pela CVM contra o autor (fls. 521/522 - grifou-se).

Logo, não há falar na cobertura para as perdas oriundas do processo administrativo movido pela CVM, seja porque seu objeto foi a apuração de irregularidades na aquisição de ações da TPI que decorreram do papel de acionista do recorrente (interesse pessoal) e não do cargo diretivo que ocupava na companhia, seja pela caracterização dos fatos como *insider trading*, prática excluída da garantia securitária.

3. Do dispositivo

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.620.394-SP (2014/0099421-9)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Recorrente: Associação Comercial de São Paulo

Advogados: Luciani Riquena Caldas - SP102774

Adilson de Castro Junior e outro(s) - SP255876

Recorrido: Paulo César Nannini

Advogado: Paulo Cesar Nannini (Em Causa Própria) - SP113608

Interes.: SCPC de São Paulo Serviço Central de Proteção ao Crédito de São Paulo

EMENTA

Recurso especial. Consumidor. Cadastro de devedores inadimplentes. Dever de notificação prévia. Endereço incorreto do devedor. Distinção em face de recurso repetitivo. Defeito do serviço. Dano moral.

1 - Demanda indenizatória movida por consumidor que teve seu nome incluído no SPC sem prévia notificação, tendo sido a comunicação enviada para endereço incorreto.

2 - Dever legal do arquivista de notificar o consumidor antes de inclusão em cadastro no endereço informado pelo credor (REsp 1.083.291/RS, afetado ao rito dos recursos repetitivos).

3 - Mantenedor de cadastro que não está obrigado, em regra, a investigar a veracidade das informações prestadas pelo credor.

4 - Inaplicabilidade do precedente ao caso, em face de prévia comunicação enviada pelo consumidor ao órgão mantenedor do cadastro para que futuras notificações fossem remetidas a endereço por ele indicado ante a existência de fraudes praticadas com seu nome.

5 - Liame causal entre os danos sofridos pelo consumidor e o defeito do serviço prestado pelo mantenedor do cadastro.

6 - Indenização arbitrada com razoabilidade. Precedentes.

7 - *Recurso Especial Desprovido.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze (Presidente) e Moura Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2016 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

DJe 6.2.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional

por *Associação Comercial de São Paulo* contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo.

A apelação interposta pelo recorrido foi provida, reformando a sentença proferida pelo magistrado de primeira instância por maioria e julgando-se procedente a demanda.

O acórdão restou assim assim ementado:

Banco de Dados. Abalo de crédito. Descumprimento do art. 43, § 2º, do CDC. Outros apontamentos derivados do mesmo fato e questionados judicialmente. Não aplicação da Súmula 385 do STJ. Dano moral configurado. Indenização devida. Sentença reformada. Recurso provido.

Tratando-se de decisão proferida por maioria, a recorrente opôs embargos infringentes, aos quais foi negado provimento, restando assim ementado o respectivo acórdão:

Indenização por danos morais. Inscrição indevida do nome do autor em organismo de proteção ao crédito. Indenização da recorrente decorre de anotação do seu nome perante os cadastros de inadimplentes, sem a devida comunicação conforme reza o § 20, do artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor, a evidenciar a responsabilidade da ré. Houve descumprimento desse dever de informar a anotação do inadimplemento. Correspondência devidamente entregue com o endereço do autor, conforme prova encartada nos autos. Informações emitidas em endereço distinto. Sentença reformada, condenando os requeridos ao pagamento de indenização por dano moral. *Quantum* indenizatório Fixação pela maioria no equivalente a 50 (cinquenta) salários mínimos, que se mostra adequada, cumprindo aos fins a que se destina, não havendo que se falar em enriquecimento sem causa da embargada ou em ofensa ao art. 944 do Código Civil e outros dispositivos legais invocados. Embargos infringentes desprovidos.

Nas razões do recurso especial, a recorrente alega ofensa aos artigos 165 e 535 do Código de Processo Civil e ao artigo 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. Aduz que o acórdão teria permanecido omissivo mesmo após a oposição de embargos de declaração quanto à “ausência de responsabilidade da ACSP em averiguar os dados fornecidos pelo credor” e à “demonstração do envio da notificação prévia”. Sustenta que teria sido cumprida a obrigação prevista no artigo 43, § 2º, argumentando que esta Corte Superior firmou o entendimento de que o envio de correspondência ao endereço fornecido pelo credor basta para comprovar o cumprimento da exigência legal de comunicação

prévia ao consumidor acerca da inscrição de seu nome. Destaca que são os associados quem inserem as informações no cadastro, nome, CPF, endereço e demais dados do consumidor, cabendo à recorrente tão somente o envio da notificação com base no que lhe é informado. Afirma que o *quantum* arbitrado a título de danos morais e honorários de sucumbência comporta revisão, existindo precedentes.

Contrarrazões do recurso especial a fls. 273/277.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Eminentes colegas, o recurso especial não merece ser provido.

É pacífico o entendimento desta Corte quanto à desnecessidade de que o Tribunal, ao proferir sua decisão, aprecie expressamente todas as questões suscitadas pelas partes, bastando que no acórdão constem os fundamentos utilizados para se chegar à conclusão exteriorizada e esta apresente uma solução à questão jurídica que lhe foi submetida pelas partes.

Em outras palavras, cabe ao magistrado resolver a lide que lhe é posta, não estando submetido aos argumentos indicados pelo réu ou pelo autor, valendo o brocardo “*da mihi factum dabo tibi ius*”.

Destarte, a violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil não se caracteriza com o fato do Tribunal não ter se manifestado sobre este ou aquele ponto, não tenha indicado expressamente o dispositivo legal em que esteja fundamentado (importante lembrar que não se exige o prequestionamento expresso da matéria recursal para a admissão do recurso especial, sendo imprescindível apenas que os temas pertinentes aos artigos legais tenham sido apreciados, o chamado prequestionamento implícito), mas sim quando demonstrada a existência de omissão relevante à solução do caso.

Neste sentido:

Processo Civil. Ação rescisória. Violação a literal disposição de lei. Inocorrência. Reexame de prova. Impossibilidade. Embargos de declaração. Ausência de omissão. Nítido caráter infringente. Rejeição.

1 - Nos termos do art. 535 do CPC, restringe-se o manejo dos Declaratórios a hipóteses em que patente a incidência do julgado em obscuridade, contradição ou omissão, sendo inadmissíveis quando, pretextando necessidade

de esclarecimento, aprimoramento ou complemento do decisum embargado, visam, em essência, ao rejugamento da lide. Apenas excepcionalmente, em conseqüência à declaração, ao suplemento ou à correção do decisum, configurados os vícios legalmente enumerados ou erro material, vislumbra-se a possibilidade de emprestar efeitos infringentes aos Aclaratórios.

Precedentes.

2 - Não se há falar em omissão no acórdão embargado que, após percuente análise das questões jurídicas suscitadas e relevantes ao deslinde da controvérsia, acertada e motivadamente solucionou-a, muito embora, contrariamente à pretensão do embargante, tenha concluído pela improcedência da Rescisória.

3 - Recurso com nítido caráter infringente, visando ao reexame da causa, aspiração manifestamente inviável, não se cogitando de omissão, pelo que mantêm-se o aresto por seus próprios e jurídicos fundamentos.

4 - Embargos de Declaração rejeitados. (EDcl na AR 2.994/SP, Rel. Ministro Jorge Scartezini, Segunda Seção, julgado em 13.12.2006, DJ 12.02.2007, p. 244)

Civil. Processual Civil. Recurso especial. Ação de anulação de contrato c/c indenização por danos morais e materiais. Impugnação ao cumprimento de sentença. Violação do art. 535 do CPC. Omissão, contradição ou obscuridade inexistentes. Alegação de necessidade de intimação pessoal do devedor. Violação dos arts. 245, parágrafo único, 267, § 3º, 475-L, II, 580, 586, 632 e 644 do CPC. Falta de prequestionamento. Súmula n. 211 do STJ. Súmula n. 410 do STF. Matéria de ordem pública. Imprescindibilidade do prequestionamento na instância especial. Precedentes. Dispositivos que, ademais, não guardam pertinência com a matéria suscitada no apelo especial. Fundamentação deficiente. Súmula n. 284 do STF. Dissídio jurisprudencial não comprovado. Mérito. Multa pelo descumprimento de decisão judicial. Exorbitância das *astreintes*. Ocorrência ante as particularidades do caso. Parcial provimento.

1. Não procede a arguição de ofensa ao art. 535, II, do CPC quando o Tribunal *a quo* se pronuncia de forma motivada e suficiente, sobre os pontos relevantes e necessários ao deslinde da controvérsia.

2. É inviável a apreciação no recurso especial de matéria que não foi objeto de prequestionamento pelo aresto a quo. Súmula n. 211 do STJ.

3. Na instância especial, o requisito do prequestionamento é indispensável mesmo em questões de ordem pública. Precedentes.

4. Os arts. 245, parágrafo único, 267, § 3º, 475-L, II, 580, 586, 632 e 644 do CPC não constituem imperativos legais aptos a desconstituir os fundamentos declinados no acórdão recorrido. No caso, aplica-se o enunciado n. 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

5. Não há falar em dissídio interpretativo invocado, uma vez que o recorrente se limitou a transcrever trechos das ementas dos julgados apontados como

paradigmas, sem, contudo, realizar o cotejo analítico e demonstrar a similitude fática no escopo de comprovar o dissídio jurisprudencial, não suprindo, dessa forma, o disposto no art. 255, § 2º, do Regimento Interno do STJ.

6. O Superior Tribunal de Justiça tem admitido o controle do valor da multa pelo descumprimento de decisão judicial arbitrado pela instância ordinária, com vistas a assegurar a correta aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como para evitar o enriquecimento sem causa.

7. A apuração da razoabilidade e da proporcionalidade do valor da multa diária deve ser verificada no momento da sua fixação, em relação ao da obrigação principal, uma vez que a redução do montante fixado a título de *astreinte*, quando superior ao valor da obrigação principal, acaba por prestigiar a conduta de recalcitrância do devedor em cumprir a decisão judicial e estimula a interposição de recursos a esta Corte para a redução da sanção, em total desprestígio da atividade jurisdicional das instâncias ordinárias.

Precedente.

8. Considerando as circunstâncias do caso concreto, em que a instituição bancária foi condenada ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), o valor da *astreinte* diária fixada em R\$ 1.221,37 foi exorbitante, devendo ser reduzida para R\$ 100,00 (cem reais), sem alteração do número de dias de descumprimento da ordem judicial.

9. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1.428.172/PR, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 23.06.2015, DJe 1º.07.2015)

Na espécie, a recorrente sustenta que o acórdão teria sido omissivo quanto à “ausência de responsabilidade da ACSP em averiguar os dados fornecidos pelo credor” e à “demonstração do envio da notificação prévia”. Não há qualquer veracidade nesta assertiva.

Cumprido observar que o Tribunal de origem manifestou-se no sentido de que o cumprimento da obrigação prevista no artigo 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor depende do envio da notificação para o endereço efetivo do consumidor, razão pela qual entendeu restar descumprido o seu dever de informar, acrescentando ainda que se trataria de hipótese de responsabilidade objetiva, não sendo relevante para a solução do caso se houve dolo ou culpa por parte da recorrente.

Tais considerações evidenciam terem sido as teses apresentadas refutadas, tornando desnecessário que o fizesse expressamente, razão pela qual não há que se falar em omissão ou deficiência na motivação e consequentemente em violação aos artigos 165 e 535 do Código de Processo Civil de 1973.

Quanto à alegada violação ao disposto no artigo 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, esta Corte efetivamente firmou o entendimento de que a comunicação prévia ao consumidor a ser realizada pelos órgãos mantenedores de cadastro se conclui com o envio de correspondência ao endereço fornecido pelo credor.

A prova desse fato é feita com a demonstração de remessa ao endereço informado pelo credor, não se exigindo a juntada do aviso de recebimento.

Tal questão foi decidida em sede de recurso especial afetado ao rito dos recursos repetitivos (REsp 1.083.291/RS), cuja ementa restou assim redigida:

Direito Processual Civil e Bancário. Recurso especial. Inscrição em cadastro de proteção ao crédito. Prévia notificação. Desnecessidade de postagem da correspondência ao consumidor com aviso de recebimento. *Suficiência da comprovação do envio ao endereço fornecido pelo credor.*

I- Julgamento com efeitos do art. 543-C, § 7º, do CPC.

- Para adimplemento, pelos cadastros de inadimplência, da obrigação consubstanciada no art. 43, § 2º, do CDC, basta que comprovem a postagem, ao consumidor, do correspondência notificando-o quanto à inscrição de seu nome no respectivo cadastro, sendo desnecessário aviso de recebimento.

- A postagem deverá ser dirigida ao endereço fornecido pelo credor.

II- Julgamento do recurso representativo.

- A Jurisprudência do STJ já se pacificou no sentido de não exigir que a prévia comunicação a que se refere o art. 43, § 2º, do CDC, seja promovida mediante carta com aviso de recebimento.

- Não se conhece do recurso especial na hipótese em que o Tribunal não aprecia o fundamento atacado pelo recorrente, não obstante a oposição de embargos declaratórios, e este não veicula sua irrisignação com fundamento na violação do art. 535 do CPC. Súmula 211/STJ.

- O STJ já consolidou sua jurisprudência no sentido de que “a ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição do seu nome em cadastros de proteção ao crédito, prevista no art. 43, § 2º do CDC, enseja o direito à compensação por danos morais, salvo quando preexistia inscrição desabonadora regularmente realizada.” (Recurso Especiais em Processos Repetitivos n. 1.061.134/RS e 1.062.336/RS). Não se conhece do recurso especial quando o entendimento firmado no acórdão recorrido se ajusta ao posicionamento do STJ quanto ao tema. Súmula n. 83/STJ. Recurso especial improvido. (REsp 1.083.291/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 09.09.2009, DJe 20.10.2009)

Observo que esta decisão, no que tange ao endereço a que se deve enviar a notificação, está fundamentada no precedente formado no julgamento do REsp 893.069/RS.

Neste julgamento, por seu turno, consigna-se que inexistiria qualquer imposição legal para que o mantenedor do cadastro proceda à investigação da veracidade das informações fornecidas por seus associados, devendo-se imputar aos credores a responsabilidade na hipótese de equívoco nas informações prestadas.

Ante a ausência de obrigação legal, inexistente, em regra, liame causal entre eventuais danos sofridos pelo consumidor pelo envio de notificação a endereço diverso e a conduta do mantenedor do cadastro de proteção ao crédito, atribuindo-se a responsabilidade àquele que submete a informação.

Tal entendimento, contudo, não se aplica à espécie, pois há um fato relevante a ser considerado que afasta a necessária similitude fática entre o paradigma e o presente caso.

Observe-se que a presente demanda foi instruída com documentos relevantes, especialmente a notificação extrajudicial enviada pelo recorrido à recorrente noticiando a existência de fraudes praticadas com seu nome e requerendo que as anotações fossem excluídas, bem como que eventuais notificações fossem destinadas ao endereço informado.

Nesse ponto, o acórdão recorrido consignou o seguinte (e-STJ, fl. 122):

Mais a mais, o autor, após ter conhecimento de que seus documentos estavam sendo utilizados por estelionatários, perpetrando fraudes, registrou Boletim de Ocorrência e inclusive procedeu à notificação à requerida - fls. 12/14, que permaneceu inerte e não agora alegar as excludentes dos artigos 393 do Código Civil e 14, § 3º, II, do CDC (fl. 35).

Ora, o fato de não se poder exigir que o recorrente proceda à investigação de toda e qualquer informação que lhe é submetida não se confunde com a ausência de responsabilidade pela sua atuação negligente.

Se o próprio consumidor teve a cautela de informar ao recorrente o endereço ao qual deveriam ser enviadas as futuras notificações, há de se concluir que não se está exigindo que o recorrente proceda à verificação das informações que lhe são prestadas, não se está criando qualquer obrigação desproporcional ou impossível.

Observe-se que a responsabilidade civil pelos danos sofridos pelo recorrente ante a ausência de notificação prévia das anotações deve ser imputada à conduta negligente da recorrente, que, apesar de ter sido informada do endereço correto, ainda assim enviou a notificação a endereço diverso, impossibilitando o exercício de direito do recorrido de impugnar essa anotações.

Com isso, há de se considerar que o caso dos autos não se amolda ao precedente indicado, não comportando a decisão reforma quanto ao ponto.

No que tange à alegação de que o *quantum* indenizatório comportaria revisão, fundada unicamente na divergência com o valor arbitrado em outros julgados, o recurso especial não deve ser conhecido por três fundamentos.

Primeiramente, não há, na fundamentação do recurso, a indicação adequada da questão federal controvertida, tendo deixado a recorrente de apontar o dispositivo de lei federal que teria recebido interpretação divergente, incidindo, na espécie, o óbice da Súmula 284 do STF.

Ressalto que tal óbice aplica-se tanto para a interposição do recurso com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, quanto para a interposição com base em divergência jurisprudencial (AgRg nos EREsp 382.756/SC, Corte Especial, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 17.12.2009).

Ademais, o dissídio jurisprudencial não foi comprovado conforme estabelecido nos arts. 541, parágrafo único, do CPC, e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ. A divergência jurisprudencial deve ser demonstrada com a indicação das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. A simples transcrição de ementas não é suficiente para a comprovação do dissídio. No caso, também não houve o devido cotejo entre o acórdão recorrido e os paradigmas indicados.

Destaque-se que o simples fato de a indenização decorrer do descumprimento da exigência do artigo 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor não permite concluir pela existência de similitude fática entre os casos.

Com efeito, existem muitos outros parâmetros para que se possa concluir pela existência de similitude fática entre os paradigmas indicados e o caso dos autos, os quais certamente não podem ser observados com a mera transcrição da ementa.

Finalmente, o montante da indenização, no valor equivalente a cinquenta salários mínimos, mostra-se em perfeita consonância com os precedentes desta Corte para casos análogos.

Confrimam-se, a esse respeito, os seguintes julgados desta Corte:

Agravo regimental no agravo (art. 544 do CPC/1973). Ação de indenização decorrente de negativação indevida em cadastro de inadimplentes. Decisão monocrática que negou provimento ao reclamo. Insurgência recursal da demandada.

1. A alegação genérica de ofensa a dispositivo da lei federal, sem a demonstração, de forma clara e precisa, de que modo o acórdão recorrido o teria contrariado, atrai, por analogia, a Súmula 284 do STF.

2. Somente em hipóteses excepcionais, quando irrisório ou exorbitante o valor da indenização por danos morais fixado na origem, a jurisprudência desta Corte permite o afastamento do óbice da Súmula 7/STJ. No caso dos autos, verifica-se que o *quantum* estabelecido pelo Tribunal de origem não se mostra desproporcional, a justificar sua reavaliação em recurso especial.

3. Esta Corte Superior tem entendimento assente no sentido de ser razoável, em caso de inscrição indevida em cadastros de inadimplentes, a quantificação dos danos morais em valor equivalente a até 50 salários mínimos. Precedentes.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 518.058/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 18.10.2016, DJe 28.10.2016)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ação de reparação de danos morais e materiais. Civil. Inscrição indevida em cadastro de inadimplentes. *Quantum* indenizatório. Revisão. Súmula 7/STJ. Divergência não configurada ante a incidência das Súmulas 7/STJ e 284/STF. Agravo regimental desprovido.

1. A agravante não impugnou a decisão agravada com relação à não configuração da divergência, circunstância que atrai a incidência da Súmula 182 deste Tribunal.

2. “Esta Corte firmou o entendimento de que é razoável o valor do dano moral fixado em valor equivalente a até 50 salários mínimos para os casos de inscrição inadvertida em cadastros de inadimplentes, devolução indevida de cheques, protesto incabível e outras situações assemelhadas.” (AgRg no AREsp 796.500/RS, Rel. o Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24.11.2015, DJe 1º.12.2015).

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 771.453/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 03.05.2016, DJe 16.05.2016)

Embargos de declaração no recurso especial. Propósito infringente. Recebimento como agravo regimental. Dano moral. Redução. Pedido de nova redução. Descabimento.

1. Em homenagem aos princípios da economia processual e da fungibilidade, devem ser recebidos como agravo regimental os embargos de declaração que contenham exclusivo intuito infringente.

2. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado.

Hipótese em que o valor foi reduzido em recurso especial para o equivalente a 50 (cinquenta) salários mínimos, valor condizente com os precedentes desta Corte Superior, não havendo motivos para nova reforma.

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (EDcl no REsp 1.213.233/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 09.06.2015, DJe 18.06.2015)

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso especial.

É o voto.

Projeto gráfico

Coordenadoria de Multimeios - STJ

Editoração

Gabinete do Ministro Diretor da Revista - STJ

Impressão

Capa: Gráfica do Conselho da Justiça Federal - CJF

Miolo: Seção de Reprografia e Encadernação - STJ