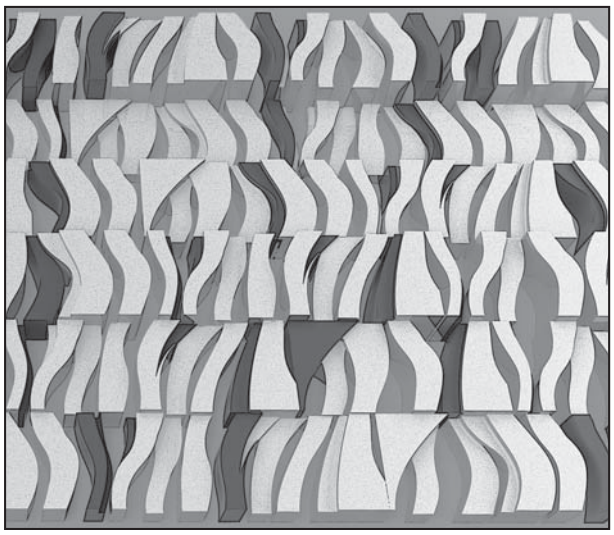
Revista

Superior Tribunal de Justiça



Publicação Oficial

Revista

Superior Tribunal de Justiça

Volume 249, Tomo 1
Ano 30
Janeiro/Fevereiro/Março 2018

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
Francisco Rondinely Ferreira da Cruz

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

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

Superior Tribunal de Justiça

Ministro Luis Felipe Salomão
Diretor

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 Andrighi**
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**
Ministro **Benedito Gonçalves**
Ministro **Raul Araújo** Filho *(Corregedor-Geral da Justiça Federal)*
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**
Ministro **Marco** Aurélio Gastaldi **Buzzi** *(Ouvidor)*
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 **Rogerio 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 **Mauro Campbell Marques** *(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)

Ministro **Francisco Falcão** *(Presidente)*
Ministro **Herman Benjamin**
Ministro **Og Fernandes**
Ministro **Mauro Campbell Marques**
Ministra **Assusete Magalhães**

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

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

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

Ministro **Marco Aurélio Bellizze** *(Presidente)*
Ministra **Nancy Andrighi**
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)

Ministro **Antonio Carlos Ferreira** *(Presidente)*
Ministro **Luis Felipe Salomão**
Ministra **Isabel Gallotti**
Ministro **Marco Buzzi**
Ministro **José Lázaro Alfredo Guimarães** *

* Desembargador Convocado (TRF da 5ª Região)

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

Ministro **Rogerio 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 **Nefi Cordeiro** *(Presidente)*
Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**
Ministro **Sebastião Reis Júnior**
Ministro **Rogerio Schietti Cruz**
Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**

COMISSÕES PERMANENTES

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

Ministro **Marco Buzzi** *(Presidente)*
Ministra **Regina Helena Costa**
Ministro **Nefi Cordeiro**
Ministro **Ribeiro Dantas** *(Suplente)*

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

Ministro **Og Fernandes** *(Presidente)*
Ministro **Antonio Carlos Ferreira**
Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**
Ministro **Joel Ilan Paciornik** *(Suplente)*

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

Ministro **Mauro Campbell Marques** *(Presidente)*
Ministra **Isabel Gallotti**
Ministro **Sérgio Kukina**
Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca** *(Suplente)*

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ministro **Felix Fischer** *(Presidente)*
Ministro **Benedito Gonçalves**
Ministro **Villas Bôas Cueva**
Ministro **Sebastião Reis Júnior**
Ministro **Marco Aurélio Bellizze**
Ministro **Gurgel de Faria**

GESTORA DE PRECEDENTES

Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino** *(Presidente)*
Ministra **Assusete Magalhães**
Ministro **Rogerio Schietti Cruz**
Ministro **Moura Ribeiro** *(Suplente)*

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

Ministra **Laurita Vaz** *(Presidente)*
Ministro **Humberto Martins** *(Vice-Presidente)*
Ministro **Raul Araújo** *(Corregedor-Geral da Justiça Federal)*

Membros Efetivos
Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino**
Ministra **Isabel Gallotti**

Membros Suplentes
Ministro **Antonio Carlos Ferreira**
Ministro **Villas Bôas Cueva**
Ministro **Sebastião Reis Júnior**

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS - ENFAM

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura** *(Diretora-Geral)*
Ministro **Og Fernandes** *(Vice-Diretor)*
Ministro **Raul Araújo** *(Diretor do CEJ/CJF)*
Ministro **Luis Felipe Salomão**
Ministro **Mauro Campbell Marques**

MEMBROS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho** *(Corregedor-Geral)*
Ministro **Jorge Mussi** *(Efetivo)*
Ministro **Og Fernandes** *(1º Substituto)*
Ministro **Luis Felipe Salomão** *(2º Substituto)*

SUMÁRIO

JURISPRUDÊNCIA

CORTE ESPECIAL 23

AgInt na SLS n. 2.282 - BA - Rel. Min. Presidente do STJ 25

Suspensão de liminar e de sentença - Grave lesão à ordem pública - Paralisação de construção de viaduto.

AgInt na SS n. 2.892 - RS - Rel. Min. Presidente do STJ 39

Suspensão de segurança - Grave ofensa à ordem pública - Não comprovação - Licitação - Serviço de transporte escolar municipal.

EDcl na MC n. 17.411 - DF - Rel. Min. Benedito Gonçalves 46

Embargos de declaração acolhidos - Efeito infringente - Ausência - Honorários advocatícios - Omissão - Ocorrência.

EREsp n. 1.515.895 - Rel. Min. Humberto Martins 71

Rotulagem de produtos alimentícios - Direito à informação.

SEC n. 14.304 - US - Rel. Min. Francisco Falcão 81

Sentença estrangeira - Citação por edital - Regularidade - Competência concorrente - Justiça Brasileira - Justiça Americana - Homologação - Deferimento.

SEC n. 15.977 - GB - Rel. Min. Humberto Martins 88

Sentença arbitral - Homologação - Deferimento - Compra e venda internacional - Inadimplemento - Documentação - Regularidade.

PRIMEIRA SEÇÃO 97

CC n. 139.519 - RJ - Rel. Min. Regina Helena Costa 99

Competência - Cláusula Compromissória de Contrato de Concessão - Exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural - Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional.

EREsp n. 1.247.360- RJ - Rel. Min. Benedito Gonçalves 151

Servidor público - Cônjuge - Remoção a pedido - Direito subjetivo à remoção - Inexistência - Lei n. 8.112/1990, art. 36, III.

EREsp n. 1.517.492- PR - Rel. Min. Regina Helena Costa 162

Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) - Crédito presumido concedido a título de incentivo fiscal - Base de cálculo do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro - Inclusão - Inviabilidade.

REsp n. 1.487.139 - PR - Rel. Min. Og Fernandes 185

Expedição de certificado de conclusão/diploma de curso superior - Indenização por dano moral - Responsabilidade.

REsp n. 1.528.448 - MG - Rel. Min. Assusete Magalhães 228

Concurso público - Cargo de Policial Rodoviário Federal - Prova de raciocínio lógico - Questões objetivas - Anulação - Impossibilidade.

REsp n. 1.643.873 - SP - Rel. Min. Og Fernandes 296

Demandas cíveis ilíquidas contra massa falida - Competência - Litisconsórcio - Pessoa jurídica de direito público.

PRIMEIRA TURMA 309

AREsp n. 282.630 - PI - Rel. Min. Sérgio Kukina 311

Improbidade administrativa - Conduta ímproba - Configuração - Dano ao erário - Comprovação - Desnecessidade - Gestor público - Dever de prestar contas - Recusa deliberada - Lei n. 8.429/1992, art. 11, VI.

AgInt no AgRg no REsp n. 1.330.842 - MG - Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho 319

Improbidade administrativa - Conduta ímproba - Inexistência - Licitação - Inexigibilidade - Prefeito - Contratação de assessoramento jurídico.

REsp n. 1.238.344 - MG - Rel. Min. Sérgio Kukina 337

Concurso público - Indenização - Remuneração retroativa - Impossibilidade - Nomeação tardia - Erro reconhecido pela Administração Pública.

REsp n. 1.410.057 - RN - Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho 347

Vigilante - Atividade especial - Caracterização - Possibilidade - Exposição do trabalhador à atividade nociva - Comprovação - Necessidade - Lei n. 8.213/1991, art. 57.

REsp n. 1.442.440 - AC - Rel. Min. Gurgel de Faria.....355

Reintegração de posse - Impossibilidade - Indenização - Responsabilidade - Estado - Município.

REsp n. 1.586.950 - RS - Rel. Min. Gurgel de Faria.....382

PIS - COFINS - Incidência - Alíquotas - Redução e majoração por ato do Poder Executivo - Possibilidade - Lei n. 10.865/2004 - Receitas financeiras.

SEGUNDA TURMA 441

EREsp n. 1.519.034 - RS - Rel. Min. Mauro Campbell Marques.....443

Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) - Base de cálculo - Fixação - Substituição tributária.

REsp n. 1.605.572 - MG - Rel. Min. Francisco Falcão 457

Ação civil pública por improbidade administrativa - Lei n. 4.717/1965, art. 19 - Aplicação por analogia - Reexame necessário - Cabimento.

REsp n. 1.642.249 - SP - Rel. Min. Mauro Campbell Marques.....464

Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE) - Lei n. 10.168/2000 - Lei n. 10.332/2001 - Lei n. 11.452/2007 - Remessa de valores a empresa coligada no exterior.

SEGUNDA SEÇÃO 487

REsp n. 1.527.232 - SP - Rel. Min. Luis Felipe Salomão.....489

Concorrência desleal - Ação de nulidade de registro de marca - Abstenção do uso - Competência - Justiça Estadual - Competência - Justiça Federal - Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) - Participação.

REsp n. 1.602.106 - PR - Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva 530

Acidente ambiental - Explosão de navio - Empresas adquirentes da carga transportada - Responsabilidade - Ausência - Nexo de causalidade - Não configuração - Pescadores profissionais - Proibição temporária de pesca.

TERCEIRA TURMA 583

HC n. 416.886 - SP - Rel. Min. Nancy Andrighi..... 585

Prisão civil por alimentos - Desnecessidade - Conversão da execução para o rito da penhora e da expropriação - Admissibilidade - Obrigação alimentar avoenga - Caráter complementar e subsidiário - Princípio da menor onerosidade - Princípio da máxima utilidade da execução - Observância.

HC n. 418.431 - SP - Rel. Min. Moura Ribeiro..... 591

Registro de nascimento - Anulação - Grave suspeita de adoção à brasileira - Medida liminar protetiva de acolhimento de criança em abrigo.

REsp n. 1.471.563 - AL - Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino..... 604

Ação de usucapião - Bem sequestrado e confiscado pelo juízo criminal - Extinção da ação por perda do objeto - Imóvel adquirido com proventos de crime.

REsp n. 1.550.166 - DF - Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze 627

Suprimento de autorização paterna para viagem de menor ao exterior - Competência - Vara Especializada da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher - Medida protetiva de urgência.

REspe n. 1.620.717 - RS - Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze 646

Sentença coletiva - Pedido de cumprimento individual - Ação de conhecimento individual - Concomitância - CDC, art. 104 - Inaplicabilidade - Litispendência - Não caracterização.

REsp n. 1.632.750 - SP - Rel. Min. Nancy Andrighi 654

Ação de investigação de paternidade "post mortem" - Coisa julgada material - Afastamento - Exame de DNA - Suspeita de fraude.

REsp n. 1.642.327 - SP Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino 704

Sociedade anônima - Fechamento de capital - Não ocorrência - Incorporação de ações - Lei n. 6.404/1976, art. 4º, § 4º - Aplicação por analogia - Não cabimento - Perda de liquidez das ações - Não ocorrência.

REsp n. 1.652.588 - SP - Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva..... 714

Programa jornalístico - Dano moral - Reportagem com conteúdo ofensivo.

REsp n. 1.685.453 - SP - Rel. Min. Moura Ribeiro 739

Cédula de Produto Rural - Emissão fraudulenta - CC/2002, art. 944, parágrafo único - Falência - Banco Santos - Grau da culpa - Redução equitativa da indenização - Responsabilidade - Produtor rural.

QUARTA TURMA 767

AgInt no AgInt no AREsp n. 650.536 - RJ - Rel. Min. Marco Buzzi..... 769

Cumprimento de sentença - Execução de *astreintes*.

REsp n. 1.083.686 - RJ - Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira 821

Indenização - Atropelamento por composição férrea - Prescrição quinquenal.

REsp n. 1.119.632 - RJ - Rel. Min. Raul Araújo 838

Programa televisivo - Dano moral reflexo - Possibilidade - Matéria jornalística ofensiva à honra da vítima direta.

REsp n. 1.166.568 - SP - Rel. Min. Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região)..... 852

Sucessão - Bens à colação - CC/2002, art. 2.004 - Valor dos bens doados.

REsp n. 1.201.672 - MS - Rel. Min. Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região)..... 857

Ação de cobrança - Contrato de cartão de crédito - Juros remuneratórios - Taxa média de mercado - Princípio *duty to mitigate the loss* - Inaplicabilidade.

REsp n. 1.338.385 - RS - Rel. Min. Maria Isabel Gallotti 892

Uso indevido de marca - Embargos de declaração - Ausência - Prequestionamento - Ausência.

REsp n. 1.423.825 - CE - Rel. Min. Luis Felipe Salomão 935

Ação civil pública - Defesa dos consumidores a título coletivo - Legitimidade ativa *ad causam* - Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

REsp n. 1.531.131 - AC - Rel. Min. Marco Buzzi 959

Alimentos - Guarda de filhos - Acordo extrajudicial homologado pelo Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) - Juízo de família - Prevenção - Partes - Prejuízo - Ausência.

REsp n. 1.608.809 - SP - Rel. Min. Maria Isabel Gallotti.....975

Plano de saúde - Prescrição trienal - Reembolso de despesas médicas.

REsp n. 1.678.525 - SP - Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira.....

Ação de prestação de contas - Alienação extrajudicial - Veículo automotor - Interesse processual.

TERCEIRA SEÇÃO 997

AR n. 3.269 - SC - Rel. Min. Felix Fischer 999

Ação rescisória - Autor falecido anteriormente ao ajuizamento da demanda ordinária - Extinção do mandato - Ilegitimidade para o processo - Incapacidade para ser parte.

CC n. 153.854 - DF - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca 1021

Competência - Execução de medida socioeducativa de semiliberdade - Justiça do Estado de Mato Grosso.

QUINTA TURMA.....1031

RHC n. 25.769 - SP - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik 1033

Interceptação telefônica - Ilicitude - Não ocorrência.

RHC n. 52.374 - PR - Rel. Min. Ribeiro Dantas.....1060

Interceptações telefônicas - Motivação idônea - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - Nulidade - Não ocorrência.

RHC n. 82.742 - SC - Rel. Min. Jorge Mussi 1079

Instrução processual - Encerramento - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - CPP, art. 196 - Novo interrogatório do réu - Preclusão consumativa - Reabertura do prazo para requerimento de diligências - Impossibilidade.

RHC n. 83.355 - MA - Rel. Min. Ribeiro Dantas 1086

Crime contra a ordem tributária - Ação penal - Trancamento - Denúncia - Inépcia - Organização criminosa.

RHC n. 88.804 - RN - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca.....1105

Afastamento cautelar das funções de vereador - Revogação - CPP, art. 319, VI - Nexo funcional entre o delito e a atividade desenvolvida - Necessidade.

RHC n. 91.445 - PR - Rel. Min. Felix Fischer 1144

Prisão preventiva - Medidas cautelares diversas da prisão - Impossibilidade.

RMS n. 55.019 - DF - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik 1162

Inquérito policial - Ordem judicial - Descumprimento - Quebra de sigilo telemático.

SEXTA TURMA 1177

HC n. 338.613 - SC - Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro 1179

Crime de desobediência - Atipicidade da conduta.

HC n. 401.329 - SP - Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro 1192

Crime de furto - Circunstâncias judiciais desfavoráveis - Reincidência específica - Súmula n. 269-STJ - Inaplicabilidade.

RHC n. 82.511 - RS - Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura 1213

Crime de homicídio culposo - Direção de veículo automotor - Prova ilícita - Não caracterização.

RHC n. 88.909 - MG - Rel. Min. Nefi Cordeiro 1222

Crime de sonegação de papel ou objeto de valor probatório - Ilegalidade - Ausência - Medidas cautelares diversas da prisão - Fundamentação concreta.

REsp n. 1.496.114 - RJ - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz 1228

Apelação - Crime de lesão corporal - Legitimidade recursal - Assistente da acusação.

REsp n. 1.637.288 - SP - Rel. Min. Sebastião Reis Júnior 1245

Crime de homicídio - Ciência à defesa - Formalidade não atendida - Laudo pericial complementar - Juntada com antecedência de 3 dias úteis - Prejuízo - Ausência.

REsp n. 1.674.198 - MG - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz 1258

Crime de homicídio qualificado - Pronúncia fundamentada exclusivamente em boatos - Testemunho indireto.

REsp n. 1.675.709 - SP - Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura 1267

Importação de pequena quantidade de matéria prima destinada à preparação de droga para consumo pessoal - Atipicidade do fato.

REsp n. 1.683.839 - SP - Rel. Min. Nefi Cordeiro 1276

Crime licitatório - Extinção da punibilidade - Lei n. 8.666/1993, art. 90.

REsp n. 1.691.901 - RS - Rel. Min. Sebastião Reis Júnior 1295

Crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores - Colaboração premiada - Lei n. 9.613/1998, art. 1º, § 5º.

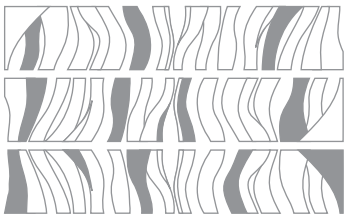
SÚMULAS 1313

ÍNDICE ANALÍTICO 1321

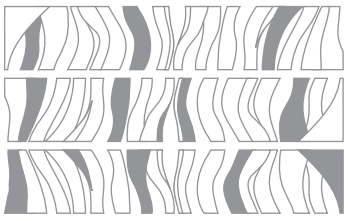
ÍNDICE SISTEMÁTICO 1345

SIGLAS E ABREVIATURAS 1351

REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 1357



Jurisprudência



Corte Especial

AGRAVO INTERNO NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA N. 2.282-BA (2017/0149340-5)

Relatora: Ministra Presidente do STJ
Agravante: Halley Jose Spinola e outros
Advogados: Cândido Emanoel Viveiros Sá Filho - BA008708
Renata Lôbo Quadros - BA019594
Anderson Luis Pitangueira de Jesus - BA030248
Agravado: Companhia do Metro da Bahia
Advogados: Manuela Bastos Simões - BA017758
Jose Carlos Coelho Wasconcellos Junior - BA017432
Interes.: Estado da Bahia
Procuradores: Sílvio Avelino Pires Britto Junior - BA008250
Bruno Espineira Lemos - BA012770
Requerido: Desembargador Relator do Agravo de Instrumento n. 00113074320178050000 do Tribunal de Justiça da Bahia

EMENTA

Agravo interno na suspensão de liminar e de sentença. Paralisação de construção de viaduto imprescindível para a conclusão de obras do sistema metroviário da Região Metropolitana de Salvador/BA. Determinação judicial que lesiona gravemente a ordem pública. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado pelo Poder Público que prevalece até prova definitiva em contrário. Hipótese antecedida da regular autorização administrativa. Ilegalidade que não pode ser constatada antes da tramitação da causa originária. Interesse público prejudicado. Interrupção de obra pública relevante para a coletividade que acarreta também acentuada lesão à economia pública. Ausência de prévia dotação orçamentária para gastos extraordinários. Atraso na construção que ocasionará o consumo de mais verbas, não previstas pelo Governo. Discussão de questões referentes ao mérito da causa principal: impossibilidade, salvo se imbricadas com os requisitos da própria via suspensiva, vocacionada a tutelar apenas a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas. Agravo interno desprovido.

1. Espécie em que foi proferido ato judicial contra o Poder Público, para interromper as obras de implantação de elevado projetado para servir de retorno da Avenida Paralela e de acesso ao Bairro Stella Maris (Viaduto Stella Maris) – construção necessária para viabilizar a implantação da Linha 2 do sistema metroviário de Salvador/BA.

2. A interferência judicial ocorrida viola gravemente a ordem pública. A legalidade estrita orienta que, até prova definitiva em contrário, prevalece a presunção de legitimidade do ato administrativo (STF, RE n. 75.567/SP, Rel. Min. *Djaci Falcão*, Primeira Turma, julgado em 20.11.1973, DJ de 19.4.1974, *v.g.*), cuja necessidade foi constatada pelo Poder Público em benefício do interesse coletivo.

3. A precaução impede a paralisação de obras, mormente em hipóteses como a presente, em que houve regular autorização administrativa para o início da construção, antecedida inclusive de audiência pública e de licença ambiental. Postura tão drástica poderia ocorrer somente após a constatação, estreme de dúvidas, de ilegalidade – desfecho que, em regra, se mostra possível somente após a devida instrução, com o decurso da tramitação completa do processo judicial originário.

4. O atraso na construção ocasionaria o consumo de mais verbas por parte do governo local, em razão do aumento das despesas com pessoal, maquinário e fornecedores, conforme contrato celebrado sem a perspectiva de óbice às atividades. O Supremo Tribunal Federal e esta Corte, por diversas vezes, já reconheceram que a interrupção de obras públicas relevantes para a coletividade acarreta não só lesão à ordem, mas também à economia pública, por acarretar gastos extraordinários sem dotação orçamentária.

5. A análise do fundo da causa originária, a princípio, não constitui atribuição jurisdicional da Presidência desta Corte, caso não seja imbricada com os requisitos da própria via suspensiva – vocacionada a tutelar apenas os preceitos previstos na legislação de regência. É possível um mínimo juízo de delibação sobre a questão meritória somente quando se confunde com o exame da violação da ordem, saúde, segurança ou economia públicas. No caso, o debate em primeiro grau (em que se discute a justa indenização a particulares por área desapropriada ou impactada pela obra) versa sobre controvérsia

revestida de complexidade e que não se refere a tais bens, razão pela qual não pode ser apreciada no presente feito.

6. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Francisco Falcão, Nancy Andrighi, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Jorge Mussi, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Marco Buzzi e Sérgio Kukina votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes.

Convocados os Srs. Ministros Marco Buzzi e Sérgio Kukina.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

Brasília (DF), 20 de novembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Presidente

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 27.11.2017

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de agravo interno interposto por *Halley José Spínola* e *Outros*, contra a decisão de fls. 131-138, na qual deferi parcialmente o pedido de contracautela para suspender os efeitos da decisão antecipatória de tutela recursal de natureza urgente proferida pelo Relator do Agravo de Instrumento n. 0011307-43.2017.8.05.0000, em tramitação no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, apenas no ponto em que obstaculizou o seguimento das obras de construção do Viaduto Stella Maris, sem incidir sobre a determinação para que a Companhia do Metrô da Bahia, Agravada, "colacione aos autos principais o projeto integral da construção do viaduto reportado na exordial" (fl. 72).

Em primeira instância os ora Agravantes ajuizaram a Ação Ordinária n. 0527425-34.2017.8.05.0001), sob a alegação de que, para viabilizar a construção da Linha 2 do sistema metroviário de Salvador/BA, a Companhia, Agravada, utilizou-se de área para implantar o elevado, projetado para servir de retorno da Avenida Paralela e de acesso ao Bairro Stella Maris. Sustentaram que são proprietários na localidade, e que seus imóveis podem ser desvalorizados, porque o viaduto impediria o acesso a eles, ou ainda seriam parcialmente desapropriados. Formularam pedido de tutela de urgência para suspender as obras até a realização de perícia técnica para estipular a devida e antecipada indenização.

O Juiz de Direito da 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA indeferiu o pedido urgente. Concluiu que não foi evidenciada a plausibilidade do direito, porque nem "sequer houve a comprovação da propriedade dos imóveis" (fl. 67), e que "não há perigo de dano, uma vez que a Ré é sólida empresa do setor privado e responderá com seu patrimônio diretamente por eventuais danos causados" (*ibidem*).

Os ora Recorrentes interpuseram, então, o Agravo de Instrumento n. 0011307-43.2017.8.05.0000, no qual o Relator proferiu decisão monocrática com os seguintes fundamentos e parte dispositiva (fls. 70-73):

> É de se observar que *a decisão objurgada se baseou na suposta ausência de comprovação de propriedade dos imóveis objeto da ação originária*, a fim de justificar a ausência da fumaça do bom direito *in casu*. *Ocorre que se encontram acostados às fls. 207/2014 dos autos originários (fls. 234/241 destes autos) as escrituras públicas comprobatórias da propriedade dos Recorrentes. Da mesma forma, como se não bastasse a comprovação da propriedade, ainda na esteira da configuração da relevância da fundamentação, encontram-se acostados inúmeros documentos indicativos da probabilidade do direito dos Autores/Agravantes, tais como contratos, fotografias, laudos técnicos, cartas topográficas, declarações de avaliações mercadológicas, contas de água, boletos de cobrança de IPTU, bem como registro de ocorrência junto aos órgãos policiais, reportando sobre o suposto esbulho sofrido* (fls. 67/219 destes autos).
>
> Comprovada, portanto, a existência do *fumus boni juris* no caso em tela.
>
> No que tange ao *periculum in mora*, também está evidente sua presença, ante o fato de que a continuidade do andamento das obras sem que seja observado o direito dos Agravantes poderá implicar em dano irreversível, com consequências instransponíveis para a solução da lide principal.
>
> Ora, sob tais circunstâncias, neste momento de cognição sumária, constatando-se que a documentação acostada demonstra o *fumus boni juris* em favor dos

> Recorrentes, bem como restando cristalino o *periculum in mora*, entendo merecer reforma o *decisum* desafiado, levando-se em conta que o processo de origem é uma Ação Indenizatória que versa justamente sobre os imóveis em que os Autores requerem realização de perícia.
>
> Ressalte-se que, conforme aludido pelos próprios Agravantes, ***não se deseja paralisar as obras definitivamente ou por lapso temporal dilatado, mas tão somente para que seja realizada perícia técnica nos terrenos***.
>
> *Ex positis*, vislumbrando a presença dos requisitos autorizadores da concessão da medida requestada, em que pese a possibilidade de mudança de posicionamento em sede de cognição exauriente, *concedo a antecipação da tutela recursal* para, *reformando a decisão vergastada, deferir a liminar pleiteada na origem*, ***no sentido de suspender o andamento das obras realizadas pela Agravada, dentro do prazo que venha a ser fixado pelo MM. Juízo a quo, a fim de que seja realizada perícia técnica no local em questão, bem como para que a Agravada colacione aos autos principais o projeto integral da construção do viaduto reportado na exordial***. Tudo isso pelo menos até o julgamento definitivo deste recurso pelo órgão colegiado da Terceira Câmara Cível deste Tribunal. (grifei)

Na inicial do pedido suspensivo, a Companhia, Agravada alegou que *a*) a decisão do Relator do Agravo de Instrumento n. 0011307-43.2017.8.05.0000 consubstancia "contrariedade a manifesto interesse público" (fl. 5), porque "a liminar acatou a proteção a mero interesse privado, de caráter pecuniário, em detrimento do interesse público que conduz à ampla mobilidade coletiva" (*ibidem*); b) "é de conhecimento público e notório o largo lapso temporal pelo qual perduram as obras de implantação do metrô de Salvador, que somente em 2013, após a assinatura do Contrato de Concessão entre a Peticionária e o Estado da Bahia, vieram a ser efetivamente implementadas, com a utilização desta modalidade de transporte coletivo pela população local" (*ibidem*); c) a cautela deferida impede a construção do viaduto Stella Maris, "essencial para a continuidade da implantação da Linha 2 do Sistema Metroviário de Salvador e Lauro de Freitas (SMSL), trecho entre as estações Mussurunga e Aeroporto, nos municípios de Salvador e Lauro de Freitas" (*ibidem*); d) "a liminar sobrepuja o interesse particular exclusivamente pecuniário em detrimento do interesse público consistente na mobilidade urbana, mas cumprindo atentar, ainda, que a paralisação das obras impacta sobremaneira a fluidez do trânsito na capital baiana, cidade que conta com o segundo pior trânsito do País e o 28º em todo o mundo" (*ibidem*); e) o julgado "causará grave lesão à economia pública, na medida em que a paralisação das obras trará grande acréscimo aos custos da

mesma, visto que as despesas com mão de obra, maquinários, fornecedores, etc., aumentará consideravelmente em virtude dos dias de paralisação, donde se verifica grande impacto negativo nas finanças não só das empresas envolvidas na obra, mas também e principalmente do Governo do Estado da Bahia" (fls. 5-6); f) "a suspensão da obra irá postergar a efetiva fruição pela população do transporte público disponibilizado pelo Sistema Metroviário de Salvador e Lauro de Freitas" (fl. 6); g) "a continuidade das obras não acarretará qualquer prejuízo aos Autores da ação principal, notadamente pelo fato de não inviabilizar ou mesmo impedir a realização de uma vistoria pelo Perito ao local (canteiro) e imóveis, ou seja, a perícia poderá ser perfeitamente realizada sem que haja prejuízo na continuidade de execução das obras" (fl. 7); e h) "o projeto da obra é antigo, foi alvo de audiência pública, que a presente Concessionária obteve Licença Ambiental e Autorização de Supressão de Vegetação para implantação do Viaduto Stella Maris [...], bem como foi concedido, em 10 de janeiro de 2017, o Alvará de Autorização SUCOM n. 14.903 (doc. 07) pelo órgão urbanístico municipal que autorizou a execução das obras" (fls. 7-8).

Contra a decisão em que suspendi parcialmente a eficácia da decisão que deferiu a tutela recursal de natureza urgente proferida no Agravo de Instrumento n. 0011307-43.2017.8.05.0000, foi interposto o presente agravo.

Nas suas razões recursais, a parte Agravante alega que *a*) é necessária a "paralização *temporária* das obras do *viaduto* (e não do Metrô), até que seja realizada a Perícia Técnica acerca do impacto de tal construção (do viaduto) nos terrenos de propriedade dos Agravantes" (fl. 262); e c) "*Inexiste* qualquer determinação judicial acerca das obras das linhas do Metrô, mas apenas ao viaduto em questão" (fl. 264), razão pela qual não haveria violação de uns dos bens da legislação de regência.

Ao final, requerem o provimento do recurso, para que sejam restabelecidos os efeitos da decisão parcialmente suspensa.

Resposta do Estado da Bahia ao agravo interno às fls. 273-275.

Impugnação da Companhia do Metrô da Bahia às fls. 282-287.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): A pretensão recursal não pode prosperar.

O seguimento das obras do Viaduto Stella Maris foi obstaculizado pelo Relator do Agravo de Instrumento n. 0011307-43.2017.8.05.0000 sob o fundamento, em síntese, de que a construção deveria ser precedida de perícia técnica, para correta avaliação da devida e antecipada indenização dos proprietários dos imóveis que seriam desvalorizados ou parcialmente desapropriados.

Conforme consignei na decisão agravada, essa determinação viola gravemente bens tutelados pela legislação de regência da via suspensiva (Leis n. 8.038/1990, 8.437/1992, 9.494/1997 e 12.016/2009), quais sejam, a ordem e a economia públicas.

Inicialmente, a interferência judicial na atividade determinada pelo Poder Executivo *não pode ser admitida na hipótese,* ***por ofender criticamente a ordem pública***.

A legalidade estrita orienta que, até prova definitiva em contrário, prevalece a presunção de legitimidade *do ato administrativo* praticado pelo Poder Público (STF, RE n. 75.567/SP, Rel. Min. *Djaci Falcão*, Primeira Turma, julgado em 20.11.1973, DJ de 19.4.1974, *v.g.*). No caso, em que o Companhia, Agravada, esclareceu na inicial dos presentes autos que ***houve regular autorização administrativa*** para o início da obra (Alvará SUCOM n. 14.903), *antecedida inclusive de audiência pública e de licença ambiental, a precaução impediria a paralisação da construção*. Em sua resposta ao agravo interno, a Recorrida reiterou tais aspectos (fl. 283):

> Os termos das razões de agravo muito pouco retratam a realidade da situação fático-jurídica em que se encontra a ocupação de parte dos lotes pelas obras do SMSL, seja porque (i) o próprio Poder Público anuiu com tal ocupação (conforme disposições expressas nos já colacionados Termo de Compromisso celebrado entre o Município de Salvador, o Estado da Bahia e esta Concessionária, no Alvará de Autorização SUCOM n. 14903 e na Licença Ambiental e Autorização de Supressão de Vegetação) [...].

Dessa forma, a cautela impediria a decisão de *sustar o andamento de obra cuja necessidade foi constatada pelo Poder Público, em benefício do interesse coletivo*. Medida tão drástica somente poderia ocorrer na hipótese de constatação de ilegalidade, estreme de dúvidas, após o decurso da tramitação completa do processo judicial originário.

No mesmo sentido, cito julgados, *mutatis mutandis*:

Agravo regimental na suspensão de liminar. Execução de sentença em ação de desapropriação. *Interesse público manifesto*. Área encravada em espaço da Reserva Indígena Ibirama-La Klanó, reconhecida por Portaria do Ministro da Justiça. Pagamento de indenização de área da União. Grave lesão à economia pública. Agravo regimental a que se nega provimento.

I - A natureza excepcional da contracautela permite tão somente juízo mínimo de delibação sobre a matéria de fundo e análise do risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Controvérsia sobre matéria constitucional evidenciada e risco de lesão à economia pública comprovado. Interesse público que justifica o manejo do pedido de suspensão de liminar na fase de execução de sentença.

II - Decisão agravada que constatou à época grave lesão à economia pública, diante da temeridade de levantamento de vultosa quantia dos cofres públicos. Interesse público manifesto.

III - Desapropriação de área encravada em espaço demarcado como reserva indígena pela *Portaria do Ministério da Justiça 1.128/03, cuja validade está sendo discutida na ACO 1.100* (Relator Ministro Ricardo Lewandowski).

IV - A demarcação de terra indígena é ato meramente formal, que apenas reconhece direito preexistente e constitucionalmente assegurado (art. 231 da CF). *Os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade e veracidade, não afastada na hipótese. Necessidade de aguardar a análise da validade da portaria ministerial*.

V - Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, SL 610/SC AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski – Presidente –, Tribunal Pleno, julgado em 4.2.2015, DJe 3.3.2015 – grifei.)

Agravo interno na suspensão de liminar e de sentença. [...]. Grave lesão à ordem pública configurada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado pelo Poder Público que prevalece até prova definitiva em contrário. Determinação governamental que deve ser prestigiada também para mitigar a problemática do *déficit* democrático do Poder Judiciário. [...]. Agravo interno desprovido.

1. [...].

5. A interferência judicial para invalidar a estipulação das tarifas de transporte público urbano viola gravemente a ordem pública. A legalidade estrita orienta que, até prova definitiva em contrário, prevalece a presunção de legitimidade do ato administrativo praticado pelo Poder Público (STF, RE n. 75.567/SP, Rel. Min. *Djaci Falcão*, Primeira Turma, julgado em 20.11.1973, DJ de 19.4.1974, v.g.) - mormente em hipóteses como a presente, em que houve o esclarecimento da Fazenda estadual de que a metodologia adotada para fixação dos preços era técnica.

6. A cautela impediria a decisão de sustar a recomposição tarifária estipulada pelo Poder Público para a devida manutenção da estabilidade econômico-financeira dos contratos de concessão de serviço público. Postura tão drástica deveria ocorrer somente após a constatação, estreme de dúvidas, de ilegalidade - desfecho que, em regra, se mostra possível somente após a devida instrução, com o decurso da tramitação completa do processo judicial originário.

7. [...].

8. O Magistrado Singular concluiu que os reajustes tarifários seriam discriminatórios, por deixar de atingir parte dos usuários e incidir sobre outros. Estimou que estava a adotar, assim, a medida que reputou mais justa. Não se pode esquecer, entretanto, que o exercício da ponderação exige critérios, entre os quais, a adoção de solução que reduza "a tensão gerada pela falta de legitimidade representativo-democrática do juiz para realizar opções normativo-axiológicas", conforme leciona Paulo Gustavo Gonet Branco (Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 305). Dessa forma, o ato administrativo editado pelo Estado de São Paulo deve ser prestigiado também para mitigar a problemática do déficit democrático do Poder Judiciário.

9. [...].

11. Agravo interno desprovido. (STJ, AgInt no AgInt na SLS 2.240/SP, Rel. Min. Laurita Vaz – Presidente –, Corte Especial, julgado em 7.6.2017, DJe 20.6.2017.)

Liminar em mandado de segurança. Servidor federal. Processo disciplinar. Cassação da aposentadoria. Pedido de suspensão imediata do ato impugnado. Ausência dos requisitos legais autorizadores da medida. Impossibilidade de concessão da liminar. Agravo não provido.

1. A concessão de liminar em mandado de segurança, quando possível, é condicionada à satisfação, cumulativa e simultânea, dos requisitos previstos no art. 7º, inciso III, da Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, quais sejam, a existência de fundamento relevante e a possibilidade de que do ato impugnado possa resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida apenas ao final do procedimento.

2. *A presunção de legitimidade de que gozam os atos administrativos, cuja desconstituição só é possível em juízo quando cabalmente demonstrada a nulidade do ato impugnado, recomenda, neste caso, que se aguarde a oportuna decisão de mérito do* mandamus, *com a necessária observação do contraditório e da ampla defesa*.

3. Ademais, não há, nos autos, evidência de que a concessão se tornará ineficaz se deferida somente ao cabo da demanda pois, se bem sucedida, a ordem mandamental certamente será cumprida a tempo e modo pela Administração, inclusive no que concerne a eventual reparação financeira (da impetração em diante).

> 4. Agravo Regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no MS n. 21.493/DF, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Seção, julgado em 22.4.2015, DJe de 27.4.2015 – grifei.)

Está configurado, também, o risco de *acentuada lesão à economia pública*.

O atraso da construção ocasionará o consumo de mais verbas por parte do governo local, em razão do aumento das despesas com pessoal, maquinário e fornecedores, conforme contrato celebrado sem a perspectiva de óbice às atividades. Por isso este Tribunal, por diversas vezes, já reconheceu que a interrupção de obras públicas relevantes para a coletividade acarreta não só lesão à ordem, mas também à economia pública. Exemplificativamente, destaco os seguintes precedentes:

> Pedido de suspensão de liminar. Competência do Superior Tribunal de Justiça. Empreendimento viário. Medida liminar que determinou a paralisação parcial das obras. Ato judicial que causa lesão à ordem e à economia públicas.
>
> I - A competência para o processamento e julgamento do pedido de suspensão é do presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento de eventual recurso cabível para desafiar decisão cujos efeitos se busca sobrestar. No caso, mantida a medida liminar pelo Tribunal a quo, está inaugurada a competência do Superior Tribunal de Justiça para o exame do presente pedido de suspensão, afastando-se a preliminar de incompetência.
>
> II - A execução de medida liminar deferida em desfavor do Poder Público pode ser suspensa pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça, quando a ordem tiver o potencial de causar grave lesão aos bens tutelados pela legislação de regência, a saber, à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Nesse contexto, o respectivo cabimento é, em princípio, alheio ao mérito da causa, voltando-se à preservação do interesse público.
>
> III - *Espécie em que a manutenção do ato judicial prolatado contra o Poder Público, com a determinação de paralisação das obras em trecho do empreendimento viário sub judice - cuja implantação foi precedida de estudos técnicos efetivados por órgãos públicos responsáveis pela proteção ambiental -, causa grave lesão à ordem e à economia públicas*.
>
> IV - A prudência recomenda o controle judicial do ato administrativo após a indispensável dilação probatória.
>
> Agravos regimentais desprovidos. (AgRg na SLS 2.032/SP, Rel. Min. Francisco Falcão – Presidente –, Corte Especial, julgado em 18.11.2015, DJe 16.12.2015 – grifei.)

> Pedido de suspensão de liminar. Paralisação de obra pública. Lesão às finanças municipais. *Iniciada a obra, sua paralisação pode acarretar ao erário municipal danos maiores do que eventual indenização devida à empresa que se diz inabilitada à licitação ao arrepio da lei* (*v.g.*, a perda da verba federal repassada para a construção do complexo educacional). Agravo regimental não provido. (AgRg na SS 2.524/SC, Rel. Min. Ari Pargendler – Presidente –, Corte Especial, DJe 31.8.2012 – grifei).

Cabe ainda relembrar que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça já deferiram pedidos suspensivos em que se concluiu que a ausência de previsão de gastos extraordinários sem a dotação orçamentária, determinados pelo Judiciário, ofende criticamente a ordem econômica (STJ, AgInt no AgInt na SLS 2.240/SP, Rel. Min. *Laurita Vaz* – Presidente –, *Corte Especial*, julgado em 7.6.2017, DJe 20.6.2017, *v.g.*). Da Suprema Corte, reproduzo o seguinte julgado:

> Agravo Regimental em Suspensão de Liminar. 2. Medida acautelatória que obrigara a União a arcar com as despesas de complementações das aposentadorias e pensões devidas pelo fundo AERUS. 3. Decisão da Presidência concessiva de contracautela proferida sob a ótica dos riscos de prejuízo à ordem pública. 4. Imprescindibilidade de instrução probatória para demonstração do nexo causal entre o dano e a ação imputável ao ente público. *5. Risco de lesão à economia pública.* 6. Entidade que se encontra sob regime de liquidação extrajudicial ***7. Inexistência de prévia dotação orçamentária***. 8. Necessidade de se resguardar as legítimas expectativas dos beneficiários do AERUS. 9. Agravo regimental parcialmente provido para a limitação dos efeitos da suspensão da liminar até o momento da prolação da sentença na ação principal. (SL n. 127/DF, AgR-segundo, Rel. Min. Gilmar Mendes – Presidente –, Tribunal Pleno, julgado em 17.3.2010, DJe de 20.5.2010 – grifei.)

No mais, na parte da razões recursais em que os Agravantes aduzem que é necessária a paralisação "*temporária* das obras do *viaduto* (e não do Metrô), até que seja realizada a Perícia Técnica acerca do impacto de tal construção (do viaduto) nos terrenos de propriedade dos Agravantes" (fl. 262), vale ressaltar que *a questão da indenização será devidamente apreciada na causa originária*. A propósito, esclareço que, em consulta aos andamentos processuais na *internet*, em www.tjba.jus.br, constatei *ter sido determinada a confecção do laudo pericial requerido pelos Interessados*, conforme despacho proferido pelo Magistrado Singular em 12.6.2017, com o seguinte teor:

> 1 - Sem embargo do prazo para a apresentação de contestação, e em razão da *necessidade de rápida solução do litígio observando sempre o interesse público*

> *determino a realização de perícia judicial para apurar exatamente a situação fática denunciada na inicial*. Em razão da inexistência de cadastro junto ao TJ BA nos termos da resolução 233/2016 do CNJ, designo Paulo Moreira Martins Filho, CREA-BA 45.079, cujos documentos e contatos encontram-se já arquivados em cartório.
>
> 2 - Fixo o prazo de 5 dias para que o Sr. Expert apresente proposta de honorários e demais documentos indicados no artigo 465, § 2º do CPC.
>
> 3 - As partes deverão no prazo de 15 dias solicitar as providências previstas no artigo 465, § 1º do CPC;
>
> 4 - Caberá aos Autores o adiantamento das despesas periciais;
>
> 5 - O laudo deverá ser entregue no prazo de 30 dias a contar do adiantamento das despesas.
>
> Int.
>
> Salvador (BA), 12 de junho de 2017.
>
> Glauco Dainese de Campos
>
> Juiz de Direito (grifei)

Também não há como se apreciar, nesta via, a alegação de que "*uma vez finalizada a obra de construção do viaduto pelo agravado, inclusive com parte sobre os terrenos dos Agravantes, não há como prever quais elementos para avaliação de área e de valor dos terrenos*, bem como do impacto da obra sobre os mesmos, se perderão, motivo pelo qual se faz necessária a realização de *perícia técnica* antecipada, conforme deferida" (fl. 262 – grifei). Até porque, de outro lado, a Companhia, Agravada, consignou em sua resposta que "*não realizou qualquer construção sobre lotes indicados na petição exordial do processo originário, sendo certo que as obras executadas pelo Concessionária Agravada apenas estão sendo realizadas em áreas públicas*, conforme comprovado cabalmente pela sobreposição da planta de loteamento registrada no Cartório de Registro de Imóveis" (fl. 283 – grifei).

Dessa forma, tal discussão – que consubstancia a própria controvérsia em primeiro grau é eminentemente fático-probatória – deverá ocorrer em Primeiro grau de jurisdição, cabendo referir, no ponto, que o Juiz da causa originaria, conforme andamento de 5.9.2017, determinou "que o Sr. Expert apresente nova proposta de honorários para aferir exclusivamente se houve ou não ocupação dos imóveis, apresentando laudo com todas as informações necessárias a correta identificação das áreas" (grifei).

Outrossim, a análise do fundo da causa originária, a princípio, não constitui atribuição jurisdicional da Presidência desta Corte, caso não seja imbricada com os requisitos da própria via suspensiva – vocacionada a tutelar apenas aos

preceitos previstos na legislação de regência. Um mínimo de juízo de delibação sobre a questão meritória é possível quando se confunde com o exame da violação da ordem, saúde, segurança ou economia públicas. Na espécie, reitere-se, o debate sobre a justa indenização é matéria revestida de complexidade e que não se refere a tais bens, razão pela qual não podem ser apreciado no presente feito. Com igual conclusão, menciono os seguintes precedentes, *mutatis mutandis*:

> Agravo regimental. Suspensão de segurança. Concurso público. Nomeação de candidatos aprovados. Contratação precária. Decisão agravada que indeferiu a suspensão de segurança. Ausência de grave lesão à ordem pública. Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> I – ***A natureza excepcional da contracautela permite tão somente juízo mínimo de delibação sobre a matéria de fundo e análise do risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas***.
>
> II – Decisão agravada que indeferiu o pedido de contracautela diante da ausência de comprovação da alegada lesão e da indisponibilidade financeira para o cumprimento das decisões.
>
> III – O Supremo Tribunal Federal já decidiu que os aprovados em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital possuem direito à nomeação. Precedente.
>
> IV – A contratação precária mediante terceirização de serviço configura preterição na ordem de nomeação de aprovados em concurso público vigente, ainda que fora do número de vagas previstas no edital, quando referida contratação tiver como finalidade o preenchimento de cargos efetivos vagos. Precedentes.
>
> V – Não se configura preterição quando a Administração realiza nomeações em observância a decisões judiciais. Precedentes.
>
> VI – *Alegações suscitadas na peça recursal que ultrapassam os estreitos limites da presente via processual e concernem somente ao mérito, cuja análise deve ser realizada na origem, não se relacionando com os pressupostos da suspensão de segurança*.
>
> VII – Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, SS 5026/PE-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski – Presidente –, Tribunal Pleno, julgado em 7.10.2015, DJe 28.10.2015 – grifei.)

> Agravo interno na suspensão de liminar e de sentença. I) Discussão de questões referentes ao mérito da causa principal. Impossibilidade. Via suspensiva vocacionada a tutelar apenas a ordem, a economia, a segurança e a saúde públicas. [...]. Agravo interno desprovido.

> 1. [...].
>
> 2. Na via suspensiva, por vezes, para que se verifique a violação de um dos bens tutelados na legislação de regência (Leis n. 8.437/1992, 9.494/1997, 12.016/2009), faz-se necessário proceder a um "juízo mínimo de delibação sobre a matéria de fundo da contracautela" (STF, SS n. 5.049/BA-AgR-ED, Rel. Min. *Ricardo Lewandowski* - Presidente -, Tribunal Pleno, julgado em 20.4.2016, DJe de 13.5.2016). Todavia, em análise de controvérsia sobre estipulação de remuneração pelo uso de transporte coletivo, o Supremo Tribunal Federal consignou que "o reajuste de tarifas do serviço público é manifestação de uma política tarifária, solução, em cada caso, de um complexo problema de ponderação entre a exigência de ajustar o preço do serviço às situações econômicas concretas do seguimento social dos respectivos usuários ao imperativo de manter a viabilidade econômico-financeiro do empreendimento do concessionário" (RE n. 191.532/SP, Rel. Min. *Sepúlveda Pertence*, Primeira Turma, julgado em 27.5.1997, DJ de 29.8.1997).
>
> 3. Cármen Lúcia Antunes Rocha leciona que a discriminação tarifária torna possível, "nessa distinção de usuários em condições econômicas e sociais desiguais, a efetivação da igualdade jurídica e da concreta justiça social" (Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 101). Na mesma obra, contudo, ressalta a dificuldade de se fixar tarifa pública com fundamento no princípio da isonomia.
>
> 4. Assim, a evidente sofisticação da demanda ventilada na causa principal impede que a Presidência do Superior Tribunal de Justiça julgue questões relativas ao mérito do reajuste determinado pelo Poder Público - notadamente para concluir sobre discriminação ou injustiça na fixação de preço para uso de transporte público. O incidente suspensivo, por sua estreiteza, é vocacionado a tutelar tão somente a ordem, a economia, a segurança e a saúde públicas, não podendo ser analisado como se fosse sucedâneo recursal, para que se examinem questões relativas ao fundo da causa principal.
>
> 5. [...].
>
> 11. Agravo interno desprovido. (STJ, AgInt no AgInt na SLS 2.240/SP, Rel. Min. Laurita Vaz – Presidente –, Corte Especial, julgado em 7.6.2017, DJe 20.6.2017.)

Por fim, para que não se alegue omissão, a tese recursal de que "*Inexiste* qualquer determinação judicial acerca das obras das linhas do Metrô, mas apenas ao viaduto em questão" (fl. 264) não tem fundamento. A premissa da decisão recorrida consta em seu próprio relatório, de que a implantação do Viaduto Stella Maris visa a viabilizar a construção da Linha 2 do sistema metroviário de Salvador/BA (fl. 131). Concluí, tão somente, que a construção do viaduto é imprescindível para a conclusão de obras do sistema metroviário da região metropolitana de Salvador/BA.

Por todos essas razões, deve ser mantida a decisão em que deferi parcialmente o pedido de contracautela para suspender os efeitos da decisão antecipatória de tutela recursal de natureza urgente proferida pelo Relator do Agravo de Instrumento n. 0011307-43.2017.8.05.0000, em tramitação no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, *apenas no ponto em que obstaculizou o seguimento das obras*, sem incidir sobre a determinação para que a Companhia do Metrô da Bahia "colacione aos autos principais o projeto integral da construção do viaduto reportado na exordial" (fl. 72).

Reitero que a eficácia do ato recorrido deve ser mantida até o trânsito em julgado da decisão de mérito na Ação Ordinária n. 0527425-34.2017.8.05.0001 – Juízo de Direito da 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA (art. 4º, § 9º, da Lei n. 8.437/1992).

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

É como voto.

AGRAVO INTERNO NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA N. 2.892-RS (2017/0095370-5)

Relatora: Ministra Presidente do STJ
Agravante: Municipio de Restinga Seca
Procurador: Marcelo Selhorst - RS070896
Agravado: Valerio E L da Silva - ME
Agravado: Carlos Gilberto Silva Rodrigues - ME
Advogado: Éverton Michel Niemeyer - RS095321

EMENTA

Agravo interno na suspensão de liminar e de sentença. Administrativo. Licitação. Serviço de transporte escolar municipal. Suspensão da contratação da empresa licitante. Adjudicação do objeto somente após provimento de recurso administrativo. Ausência de demonstração de grave ofensa à ordem pública. Dispensa de exigência

editalícia após a apresentação de propostas. Flagrante violação à ampla concorrência. Pedido suspensivo indeferido. Agravo interno desprovido.

1. O pedido de suspensão visa à *preservação do interesse público* e supõe a existência de *grave lesão* à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, sendo, em princípio, seu respectivo cabimento alheio ao mérito da causa. É uma prerrogativa da pessoa jurídica de direito público ou do Ministério Público decorrente da supremacia do interesse público sobre o particular, cujo titular é a coletividade, cabendo ao postulante a efetiva demonstração da alegada ofensa grave a um daqueles valores.

2. É evidente a existência de interesse público na continuidade da prestação do serviço de transporte escolar. Todavia, também é de interesse da coletividade que o procedimento licitatório transcorra dentro dos ditames legais para que atinja seu objetivo, de proporcionar a ampla concorrência com tratamento isonômico entre os participantes, viabilizando a escolha da melhor proposta para a Administração Pública.

3. No caso, deve preponderar a estrita observância das regras editalícias lançadas pela própria Administração Municipal, pois é manifestamente desarrazoado o afastamento de exigência prevista no edital – inscrição no Cadastro de Contribuintes *do Estado* relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade – após a apresentação das propostas, validando a participação de empresa que, desde o início do processo licitatório, não a possuía. É nítido o risco de comprometimento da ampla concorrência, ante a real possibilidade de outras empresas não terem participado do certame por não possuírem inscrição no dito cadastro.

4. Eventual descontinuidade do serviço a ser prestado pode ser superada pela contratação emergencial, até que a controvérsia seja solucionada pelo Poder Judiciário, conforme entendimento adotado na SS n. 2.589/PI, relatada pelo Ministro Ari Pargendler, publicada em 28.6.2012, e na SS n. 2.669/SE, relatada pelo Ministro Felix Fischer, publicada em 1º.8.2013.

5. O pedido suspensivo, por sua estreiteza, é vocacionado a tutelar tão somente a ordem, a economia, a segurança e a saúde públicas, não

podendo ser manejado como se fosse sucedâneo recursal, para que se examine o acerto ou desacerto da decisão cujos efeitos pretende-se sobrestar.

6. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Sérgio Kukina votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer, Francisco Falcão, Nancy Andrighi, João Otávio de Noronha, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Luis Felipe Salomão e Benedito Gonçalves.

Convocados a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti e o Sr. Ministro Sérgio Kukina.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

Brasília (DF), 06 de setembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Presidente

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 14.9.2017

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de agravo interno interposto pelo *Município de Restinga Seca – RS* contra decisão de fls. 127-132, que indeferiu o pedido de suspensão dos efeitos da decisão do Desembargador Ricardo Torres Hermann, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em que foi antecipada a tutela recursal do Agravo de Instrumento n. 0111334-39.2017.8.21.7000 para "suspender a prestação dos serviços objeto da licitação pela empresa Carlos Gilberto Silva Rodrigues-ME até o julgamento final do presente recurso" (fl. 45).

Alega o Município que não houve o afastamento da exigência contida no edital, mas sim o exato cumprimento da sua disposição. Entende que, ao contrário do consignado na decisão agravada, "não existe ponderação a ser realizada *in casu* entre '...o princípio da continuidade do serviço público e a observância das disposições legais no processo licitatório.', uma vez que o Agravante não afrontou disposição editalícia, mas deu integral cumprimento a mesma ao não exigir 'inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado' de empresa com atividade tributada exclusivamente no âmbito Municipal, promovendo assim sua regular habilitação" (fl. 137).

Sustenta que a decisão de que se buscar suspender os efeitos "é imanada de grave ofensa a um dos bens tutelados pela legislação de regência, qual seja a ordem pública administrativa" (fl. 138). Argumenta também que "a suspensão da execução do contrato público, ordenada pelo Agravado, fere a ordem pública administrativa, pois obsta a que a Municipalidade execute o serviço em prestígio ao princípio da economicidade (proposta vencedora), bem como, causa interrupção de serviço contínuo e de caráter fundamental, pois há que levar em conta que o Agravado é pequeno Município do Rio Grande do Sul (15.850 habitantes segundo Censo 2010), sendo que não acorre vasto cabedal de interessados nas Licitações, culminando assim em tarefa hercúlea e com grandes chances de insucesso novas contratações, inclusive extensível a contratações em caráter emergencial" (*ibidem*).

O Agravante assevera que a principal justificativa do pedido de suspensão de liminar "é a concreta ameaça ao transporte público escolar de estudantes e docentes do Município, diante da possível solução de continuidade em selecionar novo prestador, que, como salientou anteriormente, possui restrito cadastro de licitantes/fornecedores e importara no dispêndio de valores acima dos encontrados na proposta vencedora e agravando a situação econômica tão combalida do Município" (fl. 139).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): A empresa Carlos Gilberto Silva Rodrigues-ME foi inabilitada no certame licitatório para prestação de serviços de transporte escolar no Município de Restinga Seca-RS, por não ter apresentado a documentação exigida no item 3.1.4., alíena "c", do edital, consistente na "prova

de inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade" (fl. 8).

Em grau de recurso administrativo, analisado pela própria municipalidade, foi afastada a exigência do referido documento e a empresa Carlos Gilberto Silva Rodrigues-ME foi habilitada no certame. Após a análise das propostas, sagraram-se vencedoras a empresa Valério e L. da Silva-ME para os "Trajetos 2 e 4" e a empresa Carlos Gilberto Silva Rodrigues-ME para o "Trajeto 3".

Irresignada, a empresa Valério e L. da Silva ingressou com mandado de segurança, cuja liminar foi indeferida pelo Juízo de primeiro grau. Interposto o Agravo de Instrumento n. 0111334-39.2017.8.21.7000, foi concedida a antecipação da tutela recursal para deferir a liminar no *writ*.

Veio então o presente pedido de suspensão formulado pelo Município de Restinga Seca-RS, que foi indeferido às fls. 127-132, ensejando o presente recurso, que passo a examinar.

Como já consignado na decisão agravada, o pedido de suspensão visa à *preservação do interesse público* e supõe a existência de *grave lesão* à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, sendo, em princípio, seu respectivo cabimento alheio ao mérito da causa. É uma prerrogativa da pessoa jurídica de direito público ou do Ministério Público decorrente da supremacia do interesse público sobre o particular, cujo titular é a coletividade, cabendo ao postulante a efetiva demonstração da alegada ofensa grave a um daqueles valores.

Assim, o deferimento de pleitos dessa natureza afigura-se providência excepcional, somente justificada quando o cumprimento imediato da medida impugnada causar grave lesão aos bens jurídicos listados no art. 15 da Lei n. 12.016/2009.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

> Agravo regimental na suspensão de segurança. Alegada grave lesão à ordem pública. Inexistência. Indevida utilização do incidente como sucedâneo recursal. Pedido de suspensão indeferido. Agravo regimental desprovido.
>
> I - Consoante a legislação de regência e a jurisprudência deste Superior Tribunal e do col. Pretório Excelso, somente é cabível o pedido de suspensão quando a decisão proferida contra o Poder Público puder provocar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.
>
> II - Ademais, *cumpre asseverar que o incidente suspensivo colocado à disposição do Poder Público possui cabimento apenas em casos excepcionais, nos quais esteja*

> *comprovada de maneira inequívoca a grave lesão a algum dos bens tutelados pela legislação* (v.g. Leis n. 8.437/1992 e n. 12.016/2009).
>
> III - Na hipótese, contudo, não causa grave lesão a quaisquer dos bens tutelados a decisão que determina a matrícula do impetrante do MS no segundo ano letivo da AMAN, com dependência da disciplina de Estatística do currículo do primeiro ano.
>
> IV - Finalmente, na linha da pacífica jurisprudência desta eg. Corte, deve-se ressaltar que não se admite a utilização do pedido de suspensão exclusivamente no intuito de reformar a decisão atacada, olvidando-se o requerente de demonstrar o grave dano que ela poderia causar à saúde, segurança, economia ou ordem públicas.
>
> Agravo regimental desprovido. (AgRg na SS n. 2.723/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 27.8.2014.)

Do que se extrai dos autos, não é difícil verificar a existência de interesse público na continuidade da prestação do serviço de transporte escolar. Todavia, também é de interesse da coletividade que o procedimento licitatório transcorra dentro dos ditames legais para que atinja seu objetivo, de proporcionar a ampla concorrência e o tratamento isonômico entre os participantes, viabilizando a escolha da melhor proposta para a Administração Pública.

Dentro dessa perspectiva, deve preponderar, no caso, a estrita observância das regras editalícias lançadas pela própria Administração Municipal, sendo manifestamente desarrazoado afastar a exigência de documentação prevista no edital após a apresentação das propostas, validando a participação de empresa que, desde o início do processo licitatório, não a possuía.

Como bem destacado na decisão prolatada pelo Desembargador Ricardo Torres Hermann, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o edital não traz em seu texto nenhuma exceção à exigência da inscrição no Cadastro de Contribuintes *do Estado* relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade, sendo manifestamente infundada a alegação do Agravante de que não houve o descumprimento das regras.

Dessa forma, fica evidenciada a potencial ofensa à ampla concorrência, ante a efetiva possibilidade de outras empresas não terem participado do certame por não possuírem a inscrição no dito cadastro.

De outra parte, a despeito de a decisão agravada causar alguma dificuldade ao Poder Público Municipal, essa circunstância não tem o condão de, por si só, justificar o afastamento de seus fundamentos, que reconheceram a ilegalidade

do certame licitatório, mormente pelo fato de outras empresas também terem sido habilitadas.

Ademais, eventual descontinuidade do serviço a ser prestado pode ser superada pela contratação emergencial, até que a controvérsia seja solucionada pelo Poder Judiciário, conforme entendimento adotado na SS n. 2.589/PI, relatada pelo Ministro Ari Pargendler, publicada em 28.6.2012, e na SS n. 2.669/SE, relatada pelo Ministro Felix Fischer, publicada em 1º.8.2013.

Conclui-se, portanto, que o Requerente deixou de demonstrar, de maneira incontestável, a configuração de ***grave ofensa*** *a um dos bens tutelados pela legislação de regência*.

Por fim, vale lembrar que o pedido suspensivo, por sua estreiteza, é vocacionado a tutelar tão somente a ordem, a economia, a segurança e a saúde públicas, não podendo ser manejado como se fosse sucedâneo recursal, para que se examine o acerto ou desacerto da decisão cujos efeitos pretende-se sobrestar.

Com igual conclusão, vejam-se os julgados:

> Agravo regimental na suspensão de liminar. Contrato administrativo. Terceirização de mão de obra. Ausência de grave lesão à ordem e à economia públicas. Decisão agravada que indeferiu a suspensão de liminar. Controle de legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Ausência de violação ao princípio da separação dos poderes agravo. Regimental ao qual se nega provimento.
>
> I – Decisão agravada que indeferiu o pedido de contracautela diante da ausência de comprovação da alegada lesão à ordem e à economia públicas.
>
> II – O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que não viola o princípio da separação dos poderes o exame, pelo Poder Judiciário, do ato administrativo tido por ilegal ou abusivo. Precedentes.
>
> III – A contratação administrativa para a mera alocação de mão de obra, inclusive para o desempenho de atividades finalísticas da administração pública, pode ser danosa ao interesse público, ferindo os comandos constitucionais inseridos no caput e no inciso II do art. 37. Risco de dano inverso. Precedente.
>
> IV – *Alegações suscitadas na peça recursal que ultrapassam os estreitos limites da presente via processual e concernem somente ao mérito, cuja análise deve ser realizada na origem, não se relacionando com os pressupostos da suspensão de liminar*.
>
> V – Agravo regimental ao qual se nega provimento. (STF, AgRg na SL 885/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski (Presidente), Tribunal Pleno, DJe de 2.12.2015 – grifei.)

> Agravo regimental na suspensão de liminar e de sentença. Grave lesão à ordem e à saúde públicas. Inexistência. Indevida utilização como sucedâneo recursal. Pedido de suspensão indeferido. Agravo regimental desprovido.
>
> I - Consoante a legislação de regência (v.g. Leis n. 8.437/1992 e n. 12.016/2009) e a jurisprudência deste eg. Superior Tribunal e do col. Pretório Excelso, somente será cabível o pedido de suspensão quando a decisão proferida contra o Poder Público puder provocar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.
>
> II - O deferimento do pedido de suspensão exige a comprovação cabal de ocorrência de grave dano aos bens tutelados pela legislação de regência (art. 4º da Lei n. 8.437/1992), situação inocorrente na hipótese.
>
> III - *In casu*, não houve a comprovação cabal de ocorrência de grave dano aos bens tutelados pela legislação de regência decorrente de r. decisão que reconheceu estar o Biomédico legalmente autorizado a atuar na atividade ligada às técnicas radiológicas.
>
> IV - *Ademais, verifica-se que a discussão possui caráter jurídico, revelando-se o presente pedido de suspensão como sucedâneo recursal, o que é vedado na via eleita*.
>
> Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg na PET na SLS n. 1.883/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Corte Especial, DJe de 28.8.2014 – grifei.)

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

É como voto.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA MEDIDA CAUTELAR N. 17.411-DF (2010/0183587-4)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves
Embargante: Ailaine Fernandes Osório de Siqueira
Advogado: Paulo Filipov e outro(s) - SP183459
Embargante: Marco Antônio de Siqueira Garcia
Advogado: Paulo Filipov e outro(s) - SP183459
Embargante: Maria Pia de Siqueira Garcia
Advogado: Paulo Filipov e outro(s) - SP183459
Embargante: Malemote Participações Ltda

Advogado: Paulo Filipov e outro(s) - SP183459
Embargante: Newedge USA LLC
Advogados: Waldemar Deccache e outro(s) - SP140500A
Antonio Carlos Fernandes Deccache e outro(s) - SP260561A
Embargante: Manoel Fernando Garcia
Advogado: Clito Fornaciari Júnior e outro(s) - SP040564
Embargante: S/A Fluxo Comércio e Assessoria Internacional
Advogado: Clito Fornaciari Júnior e outro(s) - SP040564
Embargado: Os Mesmos

EMENTA

Processual Civil. Embargos de declaração em medida cautelar. Competência originária do STJ. Art. 1.022 do CPC/2015. Embargos dos requeridos. Vícios não demonstrados. Mero inconformismo. Embargos da requerente. Omissão quanto aos ônus sucumbenciais. Feito iniciado ao tempo do CPC/1973, mas decidido após a entrada em vigor do CPC/2015. Marco temporal para a aplicação do CPC/2015. Prolação da sentença.

1. Nos termos do que dispõe o artigo 1.022 do CPC/2015, cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como para corrigir erro material.

2. Deve o embargante, ao sustentar a existência de erro, contradição, obscuridade ou omissão, indicar de forma clara o ponto em que a decisão embargada teria incorrido no vício alegado, o que não ocorreu nos declaratórios dos requeridos. Não demonstra eventual vício do art. 1.022 do CPC/2015 a pretensão de rediscussão do julgado que consubstancia mero inconformismo.

3. Reconhecida omissão apontada nos declaratórios da requerente a respeito da distribuição dos ônus sucumbenciais.

4. Para fins de distribuição dos ônus sucumbenciais, inexiste direito adquirido ao regime jurídico vigente quando do ajuizamento da demanda ou quando da manifestação de resistência à pretensão.

Existência, apenas, de um lado, de expectativa de direito daqueles que podem vir a ser reconhecidos como credores e, de outro, de expectativa de obrigação daqueles que podem vir a ser afirmados devedores.

5. O marco temporal para a aplicação das normas do CPC/2015 a respeito da fixação e distribuição dos ônus sucumbenciais é a data da prolação da sentença ou, no caso dos feitos de competência originária dos tribunais, do ato jurisdicional equivalente à sentença.

6. Caso concreto em que a fixação e distribuição dos ônus sucumbenciais deve observar as disposições pertinentes previstas no CPC/2015, em vigor desde 18.03.2016, uma vez que o acórdão embargado foi prolatado em sessão da Corte Especial de 24.10.2016.

7. Considerados o sincretismo adotado pelo novel Código e o silêncio eloquente do legislador acerca do cabimento de honorários sucumbenciais nos pleitos cautelares (art. 85, § 1º), é incabível a fixação de honorários neste momento processual, ficando postergado o arbitramento e exigibilidade de tal verba para ulterior fase processual, qual seja, a do cumprimento de sentença (art. 523, *caput* e §§ 1º e 2º, c/c art. 527, art. 513 e art. 827, *caput* e §§ 1º e 2º), que, no caso concreto (sentença estrangeira homologada pelo STJ), ocorrerá perante juízo de primeiro grau de jurisdição (art. 965 do CPC/2015).

8. Embargos de declaração de S/A Fluxo - Comércio e Assessoria Internacional e Manoel Fernando Garcia, Ailaine Fernandes Osório de Siqueira, Marco Antonio de Siqueira Garcia, Maria Pia de Siqueira Garcia e Malemote Participações Ltda. rejeitados.

9. Embargos de declaração de Newedge USA LLC acolhidos, sem efeitos infringentes, somente para o fim de esclarecer que neste momento processual é incabível a fixação de honorários advocatícios.

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, rejeitar os embargos de declaração de S/A Fluxo - Comércio e Assessoria Internacional, Manoel Fernando Garcia, Ailaine Fernandes Osório de Siqueira, Marco Antonio de Siqueira Garcia, Maria Pia de Siqueira Garcia

e Malemote Participações Ltda e acolher os embargos de Newedge USA LLC, sem efeitos infrigentes, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Marco Buzzi, Sérgio Kukina, Felix Fischer, Francisco Falcão, Nancy Andrighi, João Otávio de Noronha, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Jorge Mussi, Luis Felipe Salomão e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes.

Convocados os Srs. Ministros Marco Buzzi e Sérgio Kukina.

Brasília (DF), 20 de novembro de 2017 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Presidente

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 27.11.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de embargos de declaração opostos contra acórdão, assim ementado:

> Medida cautelar em sentença estrangeira contestada. Arresto de bens. Requisitos preenchidos.
>
> *1.* Cuida-se de caso em que, instaurado processo arbitral estrangeiro, o devedor deu início a alienações de bens da empresa ré, por ele controlada. Alienações que se acentuaram após a prolação da sentença arbitral, hoje já homologado na SEC 5.692.
>
> *2.* Confusão patrimonial entre os bens do devedor pessoa física e os bens da empresa ré (S/A Fluxo), da qual ele é sócio majoritário e controlador. Desconsidera-se a personalidade jurídica, nos termos do art. 50 do Código Civil.
>
> *3.* Alienações que se deram em favor dos filhos, de empresa dos filhos e da ex-esposa do devedor, esvaziando o patrimônio imobiliário da empresa logo após instaurado o procedimento arbitral e especialmente logo após proferida a sentença arbitral capaz de reduzir o devedor à insolvência (mormente se somado o valor de tal condenação ao de outras provenientes de sentenças estrangeiras também já homologadas na SECs 6.197 e 6.079). Presentes os elementos que autorizam o reconhecimento da fraude à execução, nos termos do art. 593, II, do CPC/1973.

> *4.* Não se pode negar ao processo arbitral as mesmas garantias executivas e acauteladoras colocadas à disposição daqueles que optam pela via judicial.
>
> *5.* Medida cautelar procedente. Liminares confirmadas. Prejudicados os embargos de declaração de fls. 3.677/3.681.

Os embargantes S/A Fluxo - Comércio e Assessoria Internacional e Manoel Fernando Garcia aduziram em seus *embargos de declaração (fls. 3.919/3.930)*, que o acórdão embargado contraria o disposto no artigo 796 do CPC/1973, que estabelecia ser o processo cautelar dependente do principal. Aduz que, quando foi homologada a decisão estrangeira, a cautelar perdeu sua eficácia, porque a partir da homologação a requerente poderia promover o cumprimento da sentença e a realização da penhora, desaparecendo o interesse de agir da embargada. Acrescenta que, passados mais de 30 dias da homologação da sentença estrangeira, nada se requereu, sendo que, havendo a necessidade de ação principal, o decurso do prazo também seria motivo para a cessação da eficácia da medida, sob pena de se tornar um instrumento de pressão sobre o devedor.

Afirma que deve ser afastada a contradição do decisório, deixando de se pronunciar acerca da pertinência ou não das medidas deferidas liminarmente, para proclamar a ineficácia do que fora concedido. Assevera que não há fraude à execução e que as vendas dos imóveis foram de modo regular, com valores condizentes para o mercado e para o fim de cumprimento das obrigações contraídas pela empresa.

Faz considerações de regularidade da venda de bens imóveis à empresa Malemote. Também em relação aos bens contidos na partilha de bens quando do divórcio de Manoel e aqueles doados aos filhos, sustenta que não podem sofrer quaisquer restrições.

Alega, por fim, que realidade dos negócios da embargante e sua dimensão, no tempo e no espaço, para ferir a insolvência e fraude, não foi mensurada pelo julgado, que fez descer sobre eles uma presunção de fraude, omitindo-se do exame do caso concreto das questões postas.

A embargada apresenta *impugnação (fls. 3.959/3.980)* em que afirma que os embargos de declaração não podem ser conhecidos porque não se destinam a esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão ou corrigir erro material, pretendendo apenas rediscutir o mérito da decisão. No mérito, afirma que ainda não se havia dado início ao cumprimento de sentença estrangeira homologada junto ao primeiro grau de jurisdição, de modo que, não havendo

os arrestos ainda sido convertidos em penhora, persiste a necessidade da tutela cautelar concedida. Sustenta a inaplicabilidade do prazo previsto no art. 808, I, do CPC/1973, uma vez que a presente Medida Cautelar não foi antecedente, mas incidental. Por último, informa que deu início ao cumprimento de sentença perante a Justiça Federal de 1º grau, informando o número dos autos (fl. 3.967). Quanto ao mais, transcreve trechos do acórdão embargado, ressaltando a clareza e acerto do julgado.

Os embargantes *Ailaine*, *Marco Antonio*, *Maria Pia* e *Malemote* alegam em seus *embargos de declaração de fls. 3.933/3.938*, em síntese, haver excesso da medida cautelar de arresto, que teria assumido a feição de bloqueio de bens. Alegam que este Superior Tribunal de Justiça não considerou que os embargantes têm vida própria e patrimônio sem origem nos negócios da *Fluxo* ou de *Manoel*. Fazem considerações sobre as aquisições de bens pelos embargantes e trazem argumentos no sentido de suas teses de que as aquisições foram lícitas.

A embargante Newedge USA LLC aduz em seus *embargos de declaração de fls. 3.940/3.946*, em suma, que o acórdão embargado foi omisso no que diz respeito à atribuição dos ônus sucumbenciais. Sobre o ponto, afirma que "é entendimento assente no STJ que, em sede de medida cautelar, a resistência da parte à pretensão deduzida em juízo dá ensejo, na hipótese de procedência do pedido, à condenação ao pagamento de honorários advocatícios." Ao final, requer o acolhimento dos embargos de declaração, a fim de que seja sanada a omissão aventada e consequentemente, fixado honorários de sucumbência consoante artigo 85 e parágrafos do CPC, notadamente sobre o proveito econômico obtido, qual seja a garantia de um crédito no valor de US$ 6.133.486,70, por meio do arresto de 22 imóveis de valor suficientes para garantir a condenação imposta pela sentença homologada. Faz considerações ainda sobre o trabalho exigido dos advogados na presente demanda.

A S/A Fluxo manifesta *impugnação (fls. 3.953/3.957)* no sentido de serem incabíveis honorários advocatícios. Afirma que a embargante Newedge não promoveu medida cautelar alguma, apenas requereu incidentalmente nos próprios autos do pedido de homologação de sentença estrangeira, sem sequer petição inicial, providência voltada a garantir execução futura. Aduz que, apenas para que o procedimento corresse sem a ciência dos requeridos, de ofício, determinou-se a autuação em apartado do expediente. Afirma que em mero incidente processual não cabe condenação nas verbas de sucumbência,

reservada apenas às decisões que resolvam o conflito de interesse ou impõem a satisfação do quanto consta no título executivo. Assevera que os honorários, se devidos, devem ser regidos pelas disposições constantes do CPC/1973, uma vez que se trata de questão de natureza mista e a parte há de saber, ao resistir à pretensão, quais os riscos aplicáveis à conduta processual que assume. Conclui que, portanto, se devidos os honorários, eles devem ser decididos por equidade, e não com fundamento no valor da ação principal, apenas esta culminando com provimento condenatório. Acrescenta que, ainda que o critério para a fixação dos honorários fosse o proveito obtido, o proveito obtido com a cautelar não é o mesmo daquele obtido com a ação principal, uma vez que "garantia obtida não é proveito". Alega que a moeda estrangeira não pode ser utilizada como indexador e se fosse haveria de se converter o valor à época da formulação do pedido. Pede a rejeição dos embargos, ao argumento de que seu acolhimento resultará em locupletamento indevido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Trata-se, consoante relatado, de apreciar três embargos de declaração.

No que diz respeito aos embargos opostos pelos requeridos S/A Fluxo - Comércio e Assessoria Internacional e Manoel Fernando Garcia *(fls. 3.919/3.930)* e *Ailaine*, *Marco Antonio*, *Maria Pia* e *Malemote (fls. 3.933/3.938)*, tem-se que os embargantes não apontam com clareza qual o vício passível de ser sanado na via dos embargos de declaração que esteja concretamente presente no acórdão embargado de declaração. Ao alegaram que certos argumentos não teriam sido apreciados e que, por isso, teria havido omissão, em verdade procuram rediscutir questões decididas em sentido contrário a seus interesses, o que é vedado na via dos embargos de declaração. Vejamos.

Registro inicialmente que os embargos de declaração foram opostos após a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, ocorrida em 18.3.2015.

Nos termos do que dispõe o artigo 1.022 do CPC/2015, cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como para corrigir erro material.

Deve o embargante, portanto, ao apontar a existência de erro, contradição, obscuridade ou omissão, indicar, de forma fundamentada, clara e balizada, o ponto em que a decisão embargada incorreu no vício alegado, não bastando a mera alegação de existência de vício do art. 1.022 do CPC/2015, com base no inconformismo diante da decisão proferida.

Na espécie, o acórdão embargado expressamente apresentou as razões pelas quais (i) permanecia sendo do Superior Tribunal de Justiça a competência para prolatar o acórdão em questão, (ii) persistia o interesse processual, (iii) o feito de natureza cautelar seguiria oportunamente o destino dado ao feito principal, que viria posteriormente a ser o pedido de cumprimento de sentença e (iv) ainda não se haviam passado trinta dias do trânsito em julgado do acórdão que homologou a sentença estrangeira:

> Até o presente momento, esta demanda cautelar (MC 17.411) foi processada perante este STJ, pois se tratava de demanda cautelar em relação ao provimento pretendido na SEC 5.692, qual seja, à homologação que viria a conferir eficácia no Brasil à sentença estrangeira homologanda. Isto porque se visava, com as medidas de arresto de bens, obter utilidade ao provimento jurisdicional que viria a fazer da sentença estrangeira um título executivo. Além disso, tanto no CPC/1973 (art. 800, *caput* e parágrafo) quando no CPC/2015 (art. 299, *caput* e parágrafo) há a previsão de que a medida cautelar seja requerida perante o juízo ou tribunal perante o qual se está a processar a ação ou recurso.
>
> A peculiaridade do título executivo formado com a homologação da sentença estrangeira é que a fase de homologação e a fase de cumprimento de sentença passam-se em juízos diversos: enquanto a homologação se processa perante o STJ (art. 105, "i", da Constituição da República), o cumprimento da sentença se processa perante o juízo de primeiro grau de jurisdição (art. 965 do CPC/2015). E o provimento acautelador obtido com o arresto se estende até a satisfação final da integralidade do débito, exceto ao se fazerem presentes as condições para que a tutela cautelar seja revogada ou modificada (art. 296 do CPC/2015).
>
> Assim sendo, a partir do momento em que o credor dá início à fase de cumprimento (definitivo ou provisório) do título executivo, junto ao juízo de primeiro grau, passa a ser deste a competência para decidir acerca dos requerimentos formulados pelas partes relativas às medidas cautelares já deferidas ou por deferir. É o juízo de primeiro grau que será competente para decidir originariamente sobre quais bens preferencialmente recairão os atos executivos, bem como para decidir acerca de eventual concurso de credores (e note-se que os mesmos bens poderão estar arrestados em favor de aos menos 3 diferentes credores - SEC 5.692, SEC 6.079 e SEC 6.197 -, de modo que será preciso avaliar se são suficientes a garantir *todos* os débitos do devedor). Outra novidade introduzida com o CPC/2015 é que o pleito de natureza cautelar não

> será mais formulado em autos próprios e apensos (como determinava o art. 809 do CPC/1973), mas sim nos mesmos autos do pedido principal (art. 308 do CPC/2015).
>
> No presente momento processual desta MC 17.411, portanto, incumbe apenas extinguir esta demanda cautelar, averiguando-se se efetivamente, no presente momento, se encontram ou não presentes os fundamentos necessários e suficientes para os arrestos efetivados.

No que diz respeito ao preenchimento dos requisitos legais autorizadores da concessão das medidas cautelares concedidas nestes autos, o acórdão embargado igualmente foi completo, claro e isento de contradição:

> Destarte, não se exige mais prova literal de dívida líquida e certa ou prova de estado de insolvência do devedor (arts. 813 e 814 do CPC/1973), mas apenas (art. 300 do CPC/2015) que, havendo elementos que evidenciem probabilidade de dívida por adimplir ("probabilidade do direito"), haja um fundado risco de que a execução forçada não venha a ter êxito ("risco ao resultado útil do processo").
>
> No caso em exame, quem é devedor de acordo com o que se decidiu na SEC 5.692 é o requerido *Manoel Fernando Garcia*. Apesar das insistentes afirmações da parte autora no sentido de que *Manoel não* tem bens em seu nome que aparentem ser suficientes ao pagamento do débito em vias de ser executado (mais de 6 milhões de dólares, havendo ainda outros credores com créditos que, juntos, chegam a 35 milhões de dólares), o requerido *Manoel* não fez prova alguma de que ele, pessoa física, tenha bens em seu nome bastantes a satisfazer tais débitos.
>
> Com isso, *a probabilidade da dívida já é mais que suficiente com a homologação de sentença estrangeira na SEC 5.692*. E *o risco de inadimplência é suficiente para a concessão de ordem de arresto de tantos bens* de propriedade de *Manoel quantos sejam suficientes a garantir todos os seus débitos em vias de serem executados* (não só os decorrentes da SEC 5.692, mas também, ao menos, das SECs 6.197 e 6.079, também já julgadas procedentes por este Superior Tribunal).
>
> Note-se que, embora se tenha mencionado nos autos que *Manoel* é proprietário de diversas obras de arte, não se sabe o valor delas nem se soube de meios efetivos capazes de inibir a alienação de tais obras.
>
> O requerido *Manoel* alega, dentre suas defesas, que "nada impede que o *imaginado hoje como insolvente* adquira novos bens com os quais possa, tranquilamente, honrar suas obrigações". Ocorre que *a possibilidade de o requerido vir a ter sua situação patrimonial e financeira alteradas não altera as exigências legais necessárias e* ***suficientes*** *para a medida de arresto*. Assim, ainda que *Manoel* venha a fazer bons negócios e a enriquecer no futuro, *basta para a concessão do arresto que haja probabilidade de dívida e de inadimplência*. E *tal probabilidade está*

suficientemente demonstrada com a falta de patrimônio atual do requerido que se mostre como suficiente para saldar seu débito hoje.

A confusão patrimonial entre *Manoel* e *S/A Fluxo*, ademais, está amplamente evidenciada nos autos. É de se observar que, desde o ato em que *Manoel* e *Ailaine* negociaram sua separação de bens, é visível que *Manoel* se comprometia a pagar a *Ailaine* o que seria sua meação com bens que formalmente integravam o patrimônio da empresa *S/A Fluxo* (fls. 3.441 e ss.).

Ademais, as alegações da parte autora, no sentido de que *Manoel* teria residido por vários anos em imóvel registrado em nome da S*/A Fluxo* e de que *Manoel* já teria declarado à Corte Inglesa que três imóveis em nome da *S/A Fluxo* são de sua propriedade (da pessoa física), não foram impugnadas pelos requeridos.

Por tais razões, resta *suficientemente evidenciada a confusão entre o patrimônio de* ***Manoel*** *e da empresa* ***S/A Fluxo****, o que determina a desconsideração da personalidade jurídica da empresa*, nos termos do art. 50 do Código Civil, para o fim de que os bens da empresa possam responder pelas dívidas de *Manoel*.

Considerando-se que os patrimônios de *Manoel* e da empresa *S/A Fluxo* eram um só, que se confundiam perenemente e que eram utilizados por *Manoel* conforme sua conveniência, é de se concluir que tanto as alienações aparentemente feitas por *Manoel* quanto aquelas aparentemente feitas por *Fluxo S/A* podem, potencialmente, haverem sido feitas com a finalidade de que os bens integrantes de tais patrimônios deixassem de estar disponíveis para responder às dívidas de *Manoel*. Com isso poderá estar (e efetivamente está, como se verá) *caracterizada a fraude à execução, nos termos do art. 593, II, do CPC/1973*.

Embora o art. 593, II, do CPC/1973 disponha ser fraude à execução a alienação ocorrida quando "corria" contra o devedor "demanda" capaz de reduzi-lo à insolvência, tem-se que o que se pretendia assim caracterizar como fraude à execução é aquela hipótese em que o devedor, ciente de que poderá vir a ser responsabilizado por algum débito específico, passa a alienar (em favor de pessoas também cientes de tais circunstâncias) os bens que permitiriam o adimplemento do débito.

Foi o que se deu no caso em exame: a sentença arbitral estrangeira condenatória foi prolatada em 2010 e pouco tempo depois o requerido *Manoel* passou a "vender" e a doar bens imóveis formalmente integrantes do patrimônio da empresa *S/A Fluxo*. Desde 2008, com a instauração do procedimento arbitral, o requerido *Manoel* deu início às alienações de bens arrestados nestes autos, alienações que se acentuaram com a prolação da decisão arbitral em 2010.

A alegação de que as "vendas" se deram para fazer caixa para saldar débito tributário não foi nem comprovada pelos requeridos nem retira a responsabilidade pela fraude à execução, para o que basta que ambas as partes da negociação (doador e donatário ou "vendedor" e "comprador") soubessem da existência das demandas arbitrais que poderiam arruinar o patrimônio de ***Manoel*** *e da empresa* ***S/A Fluxo***.

E *esta ciência está suficientemente evidenciada nos autos*, na medida em que os negócios foram feitos em família: *Manoel* alienou a seus filhos ou a empresa de titularidade de seus filhos (e por eles administrada) bens que, não fossem as alienações, responderiam por suas dívidas.

Não convence a alegação de que as "vendas" tenham sido feitas por valores de mercado. Primeiro porque não se comprovou que aqueles eram mesmo os valores de mercado de tais bens. Segundo porque não se comprovou que as quantias tenham efetivamente saído da contabilidade de uma empresa/pessoa e adentrado à contabilidade da outra. Terceiro porque não é dado ao devedor fazer bons negócios com seus filhos e com isso evitar o pagamento de dívidas reconhecidamente devidas a credores que ostentam créditos anteriores.

Ainda mais evidente a fraude à execução com relação aos bens declaradamente doados aos filhos e a ex-cônjuge. Nestes casos, nem mesmo houve qualquer contrapartida ao patrimônio do devedor *Manoel*, não sendo lícito querer fazer prevalecer uma doação em prejuízo de uma dívida reconhecidamente devida.

Os filhos, em processo se separação dos pais, não têm qualquer direito subjetivo a receberem bens que integravam o patrimônio dos pais. Nos presentes autos, os filhos de *Manoel* e *Ailaine* alegam que teriam recebido bens em doação "em 2008, logo após a separação do casal" (fl. 3.427). Ocorre que a separação judicial do casal se deu em 1994 (embora as partes apenas tenham juntado acordo homologado judicialmente a respeito de alimentos aos filhos - fls. 3.439 - e acordo sobre partilha de bens desacompanhado de homologação judicial - fls. 3.440/3.455) e o que aconteceu em 2008 foi justamente o início do procedimento arbitral que viria a reconhecer a dívida que *Manoel* tem para com a autora, o que revela que *Manoel* não estava simplesmente fazendo uma doação que licitamente pudesse fazer em favor dos filhos, mas sim esvaziando seu patrimônio com a finalidade de se esquivar da responsabilização pelo débito que estava em vias de ser reconhecido pelo tribunal arbitral estrangeiro.

Embora *Ailaine* afirme que recebeu as meações de *Manoel* em decorrência de partilha de bens decorrentes do casamento findo, está documentado nos autos que o contrato ao final efetivamente formalizado foi uma doação. Deste modo, possivelmente o acordo de partilha, datado de 1994 (fl. 3.446) tenha sido cumprido de outra forma, com a entrega de outros bens em favor de *Ailaine*, e não apenas quando *Manoel* estava por ser responsabilizado por uma dívida milionária perante um tribunal arbitral estrangeiro.

Em conclusão, encontram-se presentes nos autos elementos suficientes no sentido de que há dívida (SEC 5.692 procedente) e de que o devedor ***Manoel*** *não reúne bens suficientes a quitá-la; bem como de que incidiu em confusão patrimonial que induz à desconsideração da personalidade de* ***S/A Fluxo****; e, anda, de que as alienações gratuitas e as onerosas dos bens arrestados tenham sido efetuadas em fraude à execução. De consequência, deve ser julgada procedente a presente medida cautelar*.

Os *argumentos dos requeridos* no sentido da inviabilidade da medida notadamente porque não seria inequívoca a existência do direito porquanto não homologada a sentença estrangeira ficam prejudicados com a homologação procedida na SEC 5.692.

Ao lado disso, o fato de não ter sido determinada a prestação de caução pela parte requerente é irrelevante, pois se trata de faculdade decorrente do poder geral de cautela, não se considerando necessária no presente caso a prestação de caução, mormente diante da magnitude da dívida já reconhecida.

O fato de que, à época das alienações, não havia ainda citação *judicial* válida não impede o reconhecimento da fraude à execução. Ao tempo das alienações corria contra o devedor *Manoel* demanda, arbitral é verdade, capaz de reduzi-lo à insolvência e *Manoel* era sabedor disto. Somando a isso, as alienações não foram feitas onerosamente em favor de terceiros que possam ser ditos de boa-fé, pois tratava-se de filhos, empresa de filhos e ex-cônjuge do devedor.

Não se trata aqui de uma simples presunção de que familiares atuem sempre em conluio com o intuito de fraudar terceiros. Mas, diante das circunstâncias dos autos, em que os filhos e a ex-esposa do devedor eram notoriamente sabedores das atividades empresariais de porte desenvolvidas pelo pai/ex-marido, nada autoriza a conclusão de que repentinamente, sem qualquer outro motivo, *Manoel* tivesse pressa em doar ou vender (certamente no mínimo a preços de negócios de pai para filhos) todos os bens de sua empresa para os filhos, empresa dos filhos e ex-esposa.

Ainda que a empresa *S/A Fluxo* tivesse à época a necessidade de levantar fundos para quitar tributos (o que *não* está comprovado nos autos), a empresa poderia fazê-lo de outras formas, não havendo a necessidade estrita de esvaziar completamente todo o seu patrimônio imobiliário. Isto, novamente, evidencia o intuito de fraudar superveniente execução.

A alegação dos filhos de *Manoel* de que seria "impossível" a terceiros no Brasil saber no início do procedimento arbitral estrangeiro que viria a responsabilizar *Manoel*, igualmente, não convence, diante das circunstâncias do caso, em que os filhos conheciam os negócios do pai, são até mesmo sócios dele na empresa *S/A Fluxo* e quiçá em outras empresas ou empreendimentos e certamente tinham como saber que a *S/A Fluxo* estava a alienar todo o seu patrimônio imobiliário.

A prova da má-fé do terceiro adquirente, nos termos exigidos pelo verbete sumular n. 375/STJ ("*O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente*") não consiste, evidentemente, na produção de uma prova impossível acerca daquilo que se passa na cabeça do adquirente. Tal prova consiste na reunião de *elementos suficientes no sentido de que, pelas circunstâncias comprovadas somadas aos fatos notórios decorrentes da experiência (arts. 334 e 335 do CPC/1973 e 374 e 375 do CPC/2015), os adquirentes provavelmente eram sabedores de que a alienação era feita com o fim de o devedor evitar a responsabilidade por dívida em vias de ser-lhe exigida. E tal prova está suficientemente produzida nestes autos*.

Assim sendo, as alegações que os requeridos formulam em seus embargos de declaração, no sentido de que fizeram negócios lícitos e que por isso não poderiam seus bens sofrer os efeitos resultantes das medidas cautelares deferidas nestes autos, não são passíveis de exame na via dos embargos de declaração.

Diante dos termos do acórdão embargado de declaração, acima transcritos, conclui-se que a prestação jurisdicional se deu de forma satisfatória, objetivando os embargantes, por via reflexa, o rejulgamento da causa em sede de embargos de declaração, o que não é possível nesta via.

Por pertinente, diga-se que o julgador não está obrigado a analisar todos os argumentos invocados pela parte quando tenha encontrado fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, não ocorrendo, portanto, afronta ao art. 1.022 do CPC/2015 (v.g.: AgRg no AREsp 773.439/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 09.11.2015).

Ante o exposto, considerando a inexistência nos embargos dos requeridos de qualquer das hipóteses que autorizam os embargos de declaração (art. 1.022 do CPC/2015), *rejeito* seus embargos declaratórios.

No que diz respeito aos embargos opostos por Newedge USA LLC *(fls. 3.940/3.946)*, verifica-se que *a responsabilidade pelos ônus sucumbenciais* efetivamente *não* foi objeto da decisão embargada de declaração.

No presente caso, a autora formulou pedido de concessão do que denominou de "tutela de urgência" vinculado aos autos da SEC 5.692, para o fim de obter o arresto de bens, o que fazia com fundamento nos arts. 813 e 814 do CPC/1973. Tais preceitos legais, ao tempo do Código de 1973, vinham tratados como procedimento específico de processo cautelar. Ao final de seu pleito inicial, embora a autora não tenha formalmente dado um valor à causa, pediu o arresto dos bens indicados e de "tantos bens quantos bastem para assegurar a solvência da dívida dos Requeridos perante a Requerente, no valor que hoje monta a importância em reais equivalente a R$ 10.537.330,15". Determinou-se, então, a citação dos réus para responderem ao processo cautelar, nos termos do art. 802 do CPC/1973 (fls. 648/650). Após nova manifestação da autora, determinou-se (fls. 670/673) a autuação do pedido cautelar em apartado, o preparo das respectivas custas iniciais pela autora e o cumprimento da liminar de arresto que se deferia. Foi então que a autora deu à causa o valor de R$ 10.537.330,15 (fl. 683) e comprovou o recolhimento das custas iniciais (fl. 684).

O pleito, assim, uma vez que formulado em 2010, pautou-se e foi inicialmente examinado pelo que à época dispunha o Código de Processo

Civil vigente. Com efeito, não havia como se saber em 2010 que o Código de Processo Civil de 2015 viria a tratar o pedido de arresto de bens como apenas uma forma de efetivar uma "tutela de urgência de natureza cautelar" (art. 301 do CPC/2015), que poderia ser formulado incidentalmente ou em um procedimento antecedente com subsequente formulação do pedido principal nos mesmos autos (art. 308 do CPC/2015).

Contudo o acórdão embargado apenas veio a ser prolatado em sessão da Corte Especial ocorrida em outubro de 2016, quando já em vigor o Código de Processo Civil de 2015. Daí porque o próprio acórdão embargado fez considerações acerca *do direito processual* aplicável, tal como em vigor por ocasião do julgamento. Assim, por exemplo:

> tanto no CPC/1973 (art. 800, *caput* e parágrafo) quando no CPC/2015 (art. 299, *caput* e parágrafo) há a previsão de que a medida cautelar seja requerida perante o juízo ou tribunal perante o qual se está a processar a ação ou recurso.
>
> (...)
>
> o cumprimento da sentença se processa perante o juízo de primeiro grau de jurisdição (art. 965 do CPC/2015). E o provimento acautelador obtido com o arresto se estende até a satisfação final da integralidade do débito, exceto ao se fazerem presentes as condições para que a tutela cautelar seja revogada ou modificada (art. 296 do CPC/2015)
>
> (...)
>
> Assim sendo, a partir do momento em que o credor dá início à fase de cumprimento (definitivo ou provisório) do título executivo, junto ao juízo de primeiro grau, passa a ser deste a competência para decidir acerca dos requerimentos formulados pelas partes relativas às medidas cautelares já deferidas ou por deferir. (...). Outra novidade introduzida com o CPC/2015 é que o pleito de natureza cautelar não será mais formulado em autos próprios e apensos (como determinava o art. 809 do CPC/1973), mas sim nos mesmos autos do pedido principal (art. 308 do CPC/2015).
>
> No presente momento processual desta MC 17.411, portanto, incumbe apenas extinguir esta demanda cautelar, averiguando-se se efetivamente, no presente momento, se encontram ou não presentes os fundamentos necessários e suficientes para os arrestos efetivados.
>
> Note-se, no ponto, que *o arresto, ao contrário do que se dava ao início da presente demanda, não é mais cautelar típica* com requisitos próprios (previstos no CPC/1973, arts. 813-821), *mas apenas uma modalidade de medida cautelar que poderá ser deferida caso seja medida idônea a assegurar direito* (art. 301 do CPC/2015).

> Destarte, não *se exige* mais prova literal de dívida líquida e certa ou prova de estado de insolvência do devedor (arts. 813 e 814 do CPC/1973), mas *apenas (art. 300 do CPC/2015) que, havendo elementos que evidenciem probabilidade de dívida* por adimplir ("probabilidade do direito"), *haja um fundado risco de que a execução forçada não venha a ter êxito* ("risco ao resultado útil do processo").
>
> (...)

Como se verifica, portanto, a tutela cautelar monocraticamente concedida pelo Ministro Relator foi confirmada pelo acórdão embargado de declaração porque presentes os requisitos exigidos para tanto pelo Código de Processo Civil de 2015.

Além disso, o acórdão embargado afirmou que, uma vez que o credor desse início à fase de cumprimento de sentença (provisório ou definitivo) junto ao juízo federal de primeiro grau de jurisdição (o que o embargante afirma que agora já foi feito), passaria a ser de tal juízo a competência para decidir sobre a revogação ou modificação da tutela cautelar concedida (art. 296 do CPC/2015).

Reitere-se que, na sistemática atual, inaugurada com o CPC/2015, o pleito nestes autos formulado não tem mais lugar em autos próprios, mas sim de forma antecipada ou incidental, junto do processo principal, que atualmente já se encontra em fase de cumprimento de sentença.

Embora as questões *estritamente processuais* aplicáveis na solução do caso pelo acórdão embargado fossem aquelas então já dadas pelo Código de Processo Civil de 2015, as questões referentes à distribuição dos *ônus sucumbenciais não são questões estritamente processuais*, daí a controvérsia sobre a aplicabilidade ou não do CPC/2015 ao feito iniciado em 2010 mas apenas julgado em 19.10.2016.

Note-se que o tratamento dado por um Código e pelo outro é diverso, justamente em decorrência do sincretismo que passou a ser adotado pelo novo Código, com o qual não se trata mais de processos diversos e autônomos, mas de fases de um mesmo processo (fase cautelar antecedente, fase de conhecimento, incidentes processuais, fase de liquidação, fase de cumprimento de sentença etc.).

Assim, especialmente no que diz respeito ao cabimento da fixação de honorários sucumbenciais e aos parâmetros legais aplicáveis para seu arbitramento, mostra-se impositivo o posicionamento da Corte Especial neste momento, uma vez que o Código de 1973 dava tratamento à questão que foi amplamente modificado pelo Código de 2015.

Com efeito, o Código de 1973 conferia autonomia ao processo cautelar de arresto e, consequentemente, impunha a fixação de honorários sucumbenciais quando do julgamento da demanda cautelar. Os parâmetros para a fixação de tais honorários, de sua vez, uma vez que não se tratava de tutela condenatória, eram os estabelecidos pelo § 4º do art. 20 ("*Nas causas* de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas *em que não houver condenação* ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, *os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior*").

Por outro lado, o Código de 2015, consoante já exposto, adotou uma compreensão sincrética, de modo que os pleitos de tutela cautelar passaram a ser formulados de forma incidental ou antecedente ao processo principal. Sob essa premissa, o legislador utilizou-se de um silêncio eloquente a respeito do cabimento de honorários sucumbenciais nos pleitos cautelares, estabelecendo no art. 85, § 1º, do Código que:

> Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.
>
> § 1º *São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.*

Ao lado de deixar de prescrever em tal dispositivo legal (no que me parece, salvo melhor juízo, um silêncio eloquente) que fossem devidos honorários advocatícios sucumbenciais em cautelares incidentais ou antecedentes, especificamente no pleito de arresto para o fim de garantir futura execução ou cumprimento de sentença, o legislador tratou expressamente de honorários que hão de ser fixados por ocasião da fase/demanda que terá por fim a efetiva satisfação do débito, nos seguintes termos:

> Art. 523. No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o *cumprimento definitivo da sentença* far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver.
>
> § 1º *Não ocorrendo pagamento voluntário* no prazo do *caput*, *o débito será acrescido de* multa de dez por cento e, também, de *honorários de advogado de dez por cento*.

E:

> Art. 827. *Ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários advocatícios de dez por cento*, a serem pagos pelo executado.
>
> § 1º No caso de integral pagamento no prazo de 3 (três) dias, o valor dos honorários advocatícios será reduzido *pela metade*.
>
> § 2º O valor dos honorários *poderá ser elevado até vinte por cento*, quando rejeitados os embargos à execução, *podendo a majoração, caso não opostos os embargos, ocorrer ao final do procedimento executivo, levando-se em conta o trabalho realizado pelo advogado do exequente*.

Assim sendo, salvo melhor juízo, enquanto ao tempo do CPC/1973 cabiam honorários sucumbenciais no processo cautelar de arresto, por apreciação equitativa do juiz sentenciante; sob a égide do CPC/2015 não cabe fixar honorários advocatícios quando da apreciação do pleito de tutela cautelar, ficando o arbitramento de honorários advocatícios sucumbenciais postergada para a fase de cumprimento de sentença (ou para o processo de execução de título extrajudicial, conforme o caso).

Daí porque é preciso que a Corte Especial delibere se, em casos como o presente (iniciados sob a égide do Código de 1973, mas sentenciados - ou julgados originariamente nos tribunais por ato equivalente à sentença - sob a vigência do Código de 2015), os ônus sucumbenciais devem ser distribuídos de acordo com o Código de 1973 ou de acordo com o de 2015.

A questão, embora quando se tratou de lei nova especial tenha sido até mesmo objeto de Recurso Especial Repetitivo julgado pela Primeira Seção (REsp 1.111.157/PB, Rel. Ministro *Teori Albino Zavascki*, *Primeira Seção*, julgado em 22.04.2009, DJe 04.05.2009), parece não estar pacificada no âmbito deste Tribunal Superior.

No sentido de que *a lei que define a distribuição dos ônus sucumbenciais é aquela em vigor quando do* ***ajuizamento*** *da demanda*:

> FGTS. Honorários advocatícios. Art. 29-C da Lei n. 8.036/1990. Medida Provisória n. 2.164-40/01. Recurso especial improvido.
>
> 1. O *art. 29-C da Lei n. 8.036/1990*, introduzido pela Medida Provisória 2.164-40/2001 (*dispensando a condenação em honorários em demandas sobre FGTS*), é norma especial em relação aos arts. 20 e 21 do CPC e somente *se aplica às ações* ***ajuizadas*** *após a sua vigência*, que se deu em 27.07.2001. Precedentes da 1ª Seção e das Turmas.
>
> 2. Recurso especial improvido. *Acórdão sujeito ao* ***regime do art. 543-C do CPC*** e da Resolução STJ 08/08.

(REsp 1.111.157/PB, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, *Primeira Seção*, julgado em 22.04.2009, DJe 04.05.2009)

Recurso especial. Honorários advocatícios. Fazenda Pública. Artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil. Medida Provisória n. 2.180/2001. Aplicabilidade.

1. "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior." (artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil).

2. *Embora se atribua, em regra, ao direito processual eficácia imediata, as suas normas da espécie instrumental material, precisamente porque criam deveres patrimoniais para as partes*, como a que se contém no artigo 20 do Código de Processo Civil, *não incidem nos processos em andamento*, quer se trate de processo de conhecimento, quer se trate de processo de execução, *por evidente imperativo último do ideal de segurança também colimado pelo Direito*.

3. *As normas processuais instrumentais materiais, enquanto integram o estatuto legal do processo, são as vigentes ao tempo de seu início, não o alcançando a lei nova subseqüente*.

4. A mesma regência no tempo tem a disposição do artigo 4º da Medida Provisória n. 2.180-35, mormente porque atributiva de privilégio à Fazenda Pública, nada autorizando que se suprima à parte, no particular da norma processual instrumental material, a eficácia da lei do tempo do início do processo de execução, como é próprio do Estado de Direito.

5. Ajuizada a execução posteriormente à edição da Medida Provisória n. 2.180-35/2001, é de se reconhecer que "não são devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas".

6. Recurso especial conhecido, mas improvido.

(REsp 470.990/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 03.12.2002, DJ 12.05.2003, p. 374)

Agravo regimental. Previdenciário. Condenação da Fazenda Pública em honorários advocatícios. Possibilidade. Execução não embargada iniciada antes do advento da MP 2.180-35, de 24.08.2001, que acrescentou o artigo 1º-D à Lei n. 9.494/1997. Regra geral do artigo 20, § 4º, do CPC. Provimento negado.

1. A regra contida no artigo 20, § 4º, do estatuto processual civil, foi excepcionada pelo artigo 1º-D da Lei n. 9.494/1997, com a redação determinada pelo artigo 4º da Medida Provisória 2.180-35/2001, que dispõe: "Não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas".

> 2. Como é sabido, *as normas processuais tem aplicação imediata mesmo para os processos em curso. Entretanto, por se tratar de norma processual com reflexo material, não incide para retirar direito adquirido à percepção dos honorários advocatícios*.
>
> 3. Verifica-se que a execução iniciou-se antes do advento da norma provisória, logo cabível a estipulação dos honorários de advogado.
>
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> (AgRg no REsp 267.365/RS, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, julgado em 24.05.2005, DJ 27.06.2005, p. 458)

> Administrativo. Fazenda Pública. Execução não-embargada (início). Honorários advocatícios (condenação). Lei n. 9.494/1997. Medida Provisória n. 2.180-35/01.
>
> 1. O preceito contido no art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997, a ela acrescido pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.8.2001, segundo o qual não são devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções por ela não embargadas, não tem incidência nas execuções iniciadas antes da vigência da referida medida provisória. Precedentes.
>
> 2. Agravo regimental improvido.
>
> (AgRg nos EDcl no REsp 440.770/RS, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 22.03.2005, DJ 02.05.2005, p. 422)

No mesmo sentido, recentemente decidindo feitos de sua competência originária quando já em vigor o Código de 2015, este Superior Tribunal de Justiça fixou honorários advocatícios de acordo com as normas presentes no Código de 1973, que imperava quando se iniciaram as respectivas demandas perante este Tribunal. Assim se deu, por exemplo, na *AR 5.265* (Segunda Seção) e na *SEC 12.846* (Corte Especial).

Porém, diversos foram os julgados que afirmavam que lei nova acerca de honorários advocatícios sucumbenciais se aplicava imediatamente a processos pendentes sentenciados após a entrada em vigor da lei nova. Neste sentir, *a lei que define a distribuição dos ônus sucumbenciais é aquela em vigor quando a demanda é* ***sentenciada***:

> Processual Civil. Violação ao art. 535. Deficiência na fundamentação. Incidência da Súmula 284/STF. Administrativo Desapropriação direta. Honorários advocatícios. Art. 27, DL n. 3.365/1941. Incidência.
>
> 1. É pressuposto de admissibilidade do recurso especial a adequada indicação da questão controvertida, com informações sobre o modo como teria ocorrido a violação a dispositivos de lei federal (Súmula 284/STF).

2. "*A sucumbência rege-se pela lei vigente à data da sentença que a impõe*" (REsp 542.056/SP, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 22.03.2004; REsp 487.570/SP, 1ª Turma, Min. Francisco Falcão, DJ de 31.05.2004; REsp 439.014/RJ, 2ª Turma, Min. Franciulli Netto, DJ de 08.09.2003).

Assim, na fixação dos honorários advocatícios, em desapropriação direta, devem prevalecer as regras do art. 27 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, com a redação dada pela Medida Provisória 1.997-37, de 11.04.2000, sempre que a decisão for proferida após essa data.

3. Recurso especial a que se dá parcial provimento.

(REsp 783.208/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 03.11.2005, DJ 21.11.2005, p. 168)

Processual Civil. Administrativo. Recurso especial. Dissídio jurisprudencial. Ausência de semelhança entre os acórdãos confrontados. Inadmissibilidade. Desapropriação. Juros compensatórios. ADIn n. 2.332/2001. Eficácia da MP n. 1.577/1997 até a decisão que suspendeu os efeitos da expressão constante do art. 15-A, do Decreto-Lei n. 3.365/1941. Desapropriação. Honorários. Limite. Decreto-Lei n. 3.365/1941. Observância.

(...)

6. *A sucumbência rege-se pela lei vigente à data da sentença que a impõe* pelo que deve ser observado o art. 27, § 1º, do Decreto-Lei n. 3.365/1941, com a modificação introduzida pela MP n. 1.577/1997, observando-se o limite máximo de 5% (cinco por cento).

(...)

(REsp 542.056/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 19.02.2004, DJ 22.03.2004, p. 233)

Administrativo e Processual Civil. Recurso especial. Ação de desapropriação para fins de utilidade pública. Juros moratórios. Prolação da sentença em data posterior à vigência da MP 1.901-30/1999. Honorários advocatícios. *Decisum* singular posteriormente proferido à edição da MP 1.577-97. Afronta ao art. 535 do CPC não caracterizada.

(...)

5. O art. 27, da MP n. 1.577/1997, introduziu alterações no § 1º do art. 27 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, que passou a ter a seguinte redação: "A sentença que fixar o valor da indenização quando este for superior ao preço oferecido condenará o desapropriante a pagar honorários do advogado, que serão fixados entre meio e cinco por cento do valor da diferença, observado o disposto no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, não podendo os honorários ultrapassar R$ 151.000,00".

> 6. *In casu*, a data da prolação da sentença singular, qual seja, 08 de março de 2007 (fls. 352/356), evidencia o equívoco constante do acórdão a quo, que manteve os honorários advocatícios na razão de 6% (seis por cento) sobre a diferença entre o preço inicial e o valor da indenização, sem observância à nova regra instituída pela MP n. 1.577/1997, na medida em que *a sucumbência rege-se pela lei vigente à data da sentença que a impõe (Precedentes: REsp 816.848/RJ, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 13 de março de 2009 e REsp 981.196/BA, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJ de 02 de dezembro de 2008)*.
>
> (...)
>
> (REsp 1.113.666/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 06.08.2009, DJe 19.08.2009)

Neste mesmo sentido já vieram a se posicionar Turmas deste Superior Tribunal de Justiça apreciando já especificamente a entrada em vigor do CPC/2015:

> Responsabilidade civil. Dano moral. Majoração de indenização. Impossibilidade de análise do conteúdo fático-probatório. Incidência da Súmula 7/STJ. Compensação de honorários advocatícios. Súmula 83/STJ. Inadmissibilidade do recurso.
>
> (...)
>
> 4. Assentou o Superior Tribunal de Justiça que "em homenagem à natureza processual material e com o escopo de preservar-se o direito adquirido, *as normas sobre honorários advocatícios não são alcançadas por lei nova. A sentença, como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015*" (*REsp 1.465.535*/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21.6.2016, DJe 22.8.2016).
>
> 5. A hermenêutica ora propugnada pretende cristalizar a seguinte ideia: se o capítulo acessório da sentença, referente aos honorários sucumbenciais, foi prolatado em consonância com o CPC/1973, serão aplicadas as regras do vetusto diploma processual até a ocorrência do trânsito em julgado. Por outro lado, nos casos de sentença proferida a partir do dia 18.3.2016, as normas do novel CPC cingirão a situação concreta.
>
> 6. De fato, o próprio art. 14 do CPC/2015 aponta norma de direito intertemporal, com o escopo de proteger os atos praticados na vigência da codificação anterior: "Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada."

7. *Em face dos contornos de direito material, não é possível sustentar-se a aplicação das novas regras de honorários recursais a partir de 18.3.2016, data em que entrou em vigor o novo CPC*. De fato, a aplicação imediata do instituto, seguindo o princípio do isolamento dos atos processuais, revestirá a defendida natureza material com o capeirão da vertente processual, descontruindo, como consequência cartesiana, toda a legislação, a jurisprudência e a doutrina, que reconheceram, após décadas de vicissitudes, o direito alimentar dos advogados à percepção de honorários.

8. No presente caso, a sentença foi publicada antes de 18.3.2016. Logo, aplica-se aos honorários sucumbenciais o CPC/1973.

(...)

(REsp 1.672.406/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22.08.2017, DJe 13.09.2017)

Recurso especial. Processual Civil. Embargos de declaração. Não ocorrência de omissão. Rediscussão da matéria. Honorários advocatícios. Natureza jurídica. Lei nova. Marco temporal para a aplicação do CPC/2015. Prolação da sentença.

(...)

3. No mérito, o Tribunal *a quo* consignou que "a melhor solução se projeta pela não aplicação imediata da nova sistemática de honorários advocatícios aos processos ajuizados em data anterior à vigência do novo CPC."

4. Com efeito, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça posicionou-se que o arbitramento dos honorários não configura questão meramente processual.

5. *Outrossim, a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a sucumbência é regida pela lei vigente na data da sentença*.

6. *Esclarece-se que os honorários nascem contemporaneamente à sentença e não preexistem à propositura da demanda. Assim sendo, nos casos de sentença proferida a partir do dia 18.3.2016, aplicar-se-ão as normas do CPC/2015*.

7. *In casu*, a sentença prolatada em 21.3.2016, com supedâneo no CPC/1973 (fls. 40-41, e-STJ), não está em sintonia com o atual entendimento deste Tribunal Superior, razão pela qual merece prosperar a irresignação.

(...)

9. Recurso Especial parcialmente provido, para fixar os honorários advocatícios em 10% do valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 3º, I, do CPC/2015.

(REsp 1.636.124/AL, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 06.12.2016, DJe 27.04.2017)

Recurso especial. Processo Civil. Arbitragem. Execução. Título executivo extrajudicial. Contrato de locação. Cláusula compromissória. Embargos do

> devedor. Mérito. Competência do Juízo Arbitral. Questões formais, atinentes a atos executivos ou de direitos patrimoniais indisponíveis. Competência do Juízo Estatal. *Honorários advocatícios. Natureza jurídica. Lei nova. Marco temporal para a aplicação do CPC/2015. Prolação da sentença*.
>
> (...)
>
> 6. O Superior Tribunal de Justiça propugna que, em homenagem à natureza processual material e com o escopo de preservar-se o direito adquirido, as normas sobre honorários advocatícios não são alcançadas por lei nova. A sentença, como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015.
>
> 7. No caso concreto, a sentença fixou os honorários em consonância com o CPC/1973. Dessa forma, não obstante o fato de esta Corte Superior reformar o acórdão recorrido após a vigência do novo CPC, incidem, quanto aos honorários, as regras do diploma processual anterior.
>
> 8. Recurso especial provido.
>
> (REsp 1.465.535/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21.06.2016, DJe 22.08.2016)

A Primeira Turma, que tenho a honra de integrar, reunida em 21.09.2017, pôs-se a discutir esta mesma questão, lá veiculada no REsp 1.647.246, tendo havido pedido de vista do Ministro Gurgel de Faria.

Os dois posicionamentos antagônicos partem ambos da natureza bifronte do honorários advocatícios sucumbenciais: trata-se de verba fixada com a finalidade de remunerar o trabalho desempenhado pelo advogado que atuou no processo como defensor da parte que precisou recorrer à jurisdição estatal para ver reconhecida sua pretensão. Nessa medida, a norma que determina a fixação de honorários advocatícios sucumbenciais não é norma de natureza estritamente processual, uma vez que não se destina apenas a regular direitos processuais das partes em sentido amplo (nelas incluídas os advogados). Existe no direito aos honorários advocatícios sucumbenciais também conteúdo material, sendo certo que o advogado que venha a ser reconhecido como titular do direito ao recebimento dos honorários advocatícios sucumbenciais poderá exigir oportunamente de seu devedor o pagamento da quantia.

É em razão da condição processual-material dos honorários advocatícios sucumbenciais que eles podem reclamar tratamento intertemporal apropriado, diverso daquele tratamento intertemporal conferido às normas de natureza estritamente processual.

Sob este pressuposto, a posição segundo a qual a lei que define a distribuição dos ônus sucumbenciais é aquela em vigor quando do *ajuizamento* da demanda entende que desde o ajuizamento da demanda existe um *direito adquirido* ao recebimento seja do reembolso das despesas antecipadas seja do honorários advocatícios sucumbenciais, ainda que a sentença só venha a declarar a quem socorre o direito controvertido (e, consequentemente, qual a parte sucumbente) com uma defasagem de tempo.

Mesmo reconhecendo o *status* processual-material das normas que tratam da distribuição dos ônus sucumbenciais, a posição contrária entende que durante o trâmite do processo existe apenas uma *expectativa de direito*. Segundo esta última posição, os direitos decorrentes da sucumbência da parte contrária só surgem quando da prolação do ato judicial que os reconhece e concretiza, concluindo-se, assim, que é a *data da sentença* que define qual o direito aplicável na definição da distribuição dos ônus da sucumbência.

O entendimento de que os honorários sucumbenciais, enquanto não fixados em sentença, são mera expectativa de direito, não havendo direito adquirido a vê-lo reconhecido em sentença, é reforçado pela compreensão de que, durante o processo, podem advir situações (transação entre as partes, desistência, pronto pagamento, parcelamento etc.) que imporão que se deixe de arbitrar honorários em sentença ou que se os arbitre em valor diverso.

Dado que a expectativa do advogado (eventual futuro credor de um valor ainda por ser definido a título de honorários sucumbenciais) depende da reunião de algumas condições para vir a se tornar efetivo direito ao recebimento dos honorários sucumbenciais, parece-me que a melhor interpretação do direito pátrio é no sentido de que as disposições do Código de 1973 acerca dos honorários sucumbenciais não garantiam direito subjetivo aos honorários nos termos em que normatizados por tal Código.

Há de se atentar, neste ponto, ademais, que, visto por outro ângulo, não se trata apenas de expectativa de direito *do advogado*, mas também de uma expectativa que tinham *as partes* litigantes, de poderem vir a ser condenadas ao pagamento de honorários em favor do advogado da parte adversa segundo as normas vigentes seja quando ajuizada a demanda seja quando iniciada a resistência à pretensão da parte adversa.

Sob qualquer ângulo, segundo os termos definidos pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, apenas são direitos adquiridos aqueles que possam ser desde já exercidos, "como aquêles cujo começo do exercício tenha

têrmo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem" (art. 6º, § 2º, do Decreto-Lei n. 4.657/1942). Não parece ser este o caso dos honorários advocatícios sucumbenciais, que, consoante dispunha o revogado Código de 1973, além de dependerem de decisão judicial ulterior que fixasse seu valor (art. 20, parágrafos 3º e 4º), dependiam de não advir desistência ou reconhecimento da procedência do pedido ou transação (art. 26). Dependiam, ademais, mais do que tudo, de *qual das partes* de fato viria a sucumbir de acordo com a sentença, pois isso definiria quem seria o credor e quem seria o devedor das verbas sucumbenciais. *Na pendência do processo iniciado sob a égide do Código de 1973*, portanto, uma vez presentes todas essas condicionantes para a definição da existência, titularidade e extensão do direito às verbas sucumbenciais, *não existia*, a meu sentir, *direito adquirido ao regime então vigente a respeito da distribuição dos ônus sucumbenciais*.

Por tal razão concluo deva funcionar como marco temporal para a decisão a respeito dos ônus sucumbenciais *a data em que a sentença vem a ser prolatada*. Assim, se a *sentença foi prolatada até 17 de março de 2016, deve observar as disposições normativas constantes do CPC/1973 a respeito da distribuição dos ônus sucumbenciais. Se a sentença foi prolatada a partir de 18 de março de 2016, deve observar as disposições normativas constantes do CPC/2015 a respeito da distribuição dos ônus sucumbenciais*.

Isto posto, tenho que o *caso concreto* ora em exame, uma vez que o acórdão embargado foi prolatado já sob a égide do CPC/2015, há de observar as disposições de tal Código no que diz respeito aos ônus sucumbenciais. Considerando o que já esclarecido neste voto acerca do sincretismo adotado pelo novel Código e do silêncio eloquente do legislador acerca do cabimento de honorários sucumbenciais nos pleitos cautelares (art. 85, § 1º), concluo ser *incabível a fixação de honorários neste momento processual*, ficando postergado o arbitramento e exigibilidade de tal verba para ulterior fase processual, qual seja, a do cumprimento de sentença (art. 523, *caput* e §§ 1º e 2º, c/c art. 527, art. 513 e art. 827, *caput* e §§ 1º e 2º).

Ante o exposto, *rejeito* os embargos de declaração de de S/A Fluxo - Comércio e Assessoria Internacional e Manoel Fernando Garcia, Ailaine Fernandes Osório de Siqueira, Marco Antonio de Siqueira Garcia, Maria Pia de Siqueira Garcia e Malemote Participações Ltda. e *acolho*, sem efeitos infringentes, os embargos de declaração de Newedge USA LLC, somente para o fim de esclarecer que neste momento processual é incabível a fixação de honorários advocatícios.

É como voto.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 1.515.895-MS (2015/0035424-0)

Relator: Ministro Humberto Martins
Embargante: Associação dos Aposentados Pensionistas e Idosos de Campo Grande e do Estado do Mato Grosso do Sul
Advogados: Norberto Noel Previdente - SP033824
Muriel Arantes Machado e outro(s) - MS016143
Embargado: Panificadora Pao Bento Ltda - Microempresa
Advogado: Wagner Higa de Freitas e outro(s) - MS010541
Interes.: Associação dos Celíacos do Brasil - Seção Mato Grosso do Sul - ACELBRA/MS
Interes.: Indústria e Comércio de Produtos Alimentícios Guaropé Ltda

EMENTA

Processo Civil. Processo coletivo. Direito do Consumidor. Ação coletiva. Direito à informação. Dever de informar. Rotulagem de produtos alimentícios. Presença de glúten. Prejuízos à saúde dos doentes celíacos. Insuficiência da informação-conteúdo "contém glúten". Necessidade de complementação com a informação-advertência sobre os riscos do glúten à saúde dos doentes celíacos. Integração entre a Lei do Glúten (lei especial) e o Código de Defesa do Consumidor (lei geral).

1. Cuida-se de divergência entre dois julgados desta Corte: o acórdão embargado da Terceira Turma que entendeu ser suficiente a informação "contém glúten" ou "não contém glúten", para alertar os consumidores celíacos afetados pela referida proteína; e o paradigma da Segunda Turma, que entendeu não ser suficiente a informação "contém glúten", a qual deve ser complementada com a advertência sobre o prejuízo do glúten à saúde dos doentes celíacos.

2. O CDC traz, entre os 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 como sobre os *riscos que apresentam*" (art. 6º, inciso III).

3. Ainda de acordo com o CDC, "a oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os *riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores*" (art. 31).

4. O art. 1º da Lei n. 10.674/2003 (Lei do Glúten) estabelece que os alimentos industrializados devem trazer em seu rótulo e bula, conforme o caso, a informação "não contém glúten" ou "contém glúten", isso é, apenas a *informação-conteúdo*. Entretanto, a superveniência da Lei n. 10.674/2003 não esvazia o comando do art. 31, *caput*, do CDC (Lei n. 8.078/1990), que determina que o fornecedor de produtos ou serviços deve informar "sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores", ou seja, a *informação-advertência*.

5. Para que a informação seja correta, clara e precisa, torna-se necessária a integração entre a Lei do Glúten (*lei especial*) e o CDC (*lei geral*), pois, no fornecimento de alimentos e medicamentos, ainda mais a consumidores hipervulneráveis, não se pode contentar com o *standard* mínimo, e sim com o *standard* mais completo possível.

6. O fornecedor de alimentos deve complementar a informação-conteúdo "contém glúten" com a informação-advertência de que o glúten é prejudicial à saúde dos consumidores com doença celíaca.

Embargos de divergência providos para prevalecer a tese do acórdão paradigma no sentido de que a informação-conteúdo "contém glúten" é, por si só, insuficiente para informar os consumidores sobre o prejuízo que o alimento com glúten acarreta à saúde dos doentes celíacos, tornando-se necessária a integração com a informação-advertência correta, clara, precisa, ostensiva e em vernáculo: "***contém glúten: o glúten é prejudicial à saúde dos doentes celíacos***".

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, conheceu e deu provimento aos embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Felix Fischer e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão, João Otávio de Noronha, Maria Thereza de Assis Moura e Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília (DF), 20 de setembro de 2017 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Presidente

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 27.9.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de embargos de divergência opostos pela *Associação dos Aposentados Pensionistas e Idosos de Campo Grande e do Estado do Mato Grosso do Sul* contra acórdão da Terceira Turma de relatoria da Ministra Nancy Andrighi assim ementado (fl. 267, e-STJ):

> Recurso especial. Direito do Consumidor. Ação coletiva. Associação de defesa do consumidor. Direito individuais homogêneos. Direito de informação. Produto. Glúten. Doença celíaca. Advertência. Proteção suficientemente adequada. Informações complementares. Desnecessidade. Ônus de sucumbência. Compensação. Má-fé. Ausência. Impossibilidade.
>
> - Ação ajuizada em 12.08.2010. Recurso especial interposto em 1º.06.2014 e distribuído a este gabinete em 25/08/0216.
>
> - Cuida-se de ação coletiva com a finalidade de obrigar empresa a veicular no rótulo dos alimentos industrializados que produz a informação acerca da presença ou não da proteína denominada glúten e que essa substância é prejudicial aos portadores da doença celíaca.
>
> - É fundamental assegurar os direitos de informação e segurança ao consumidor celíaco, que está adstrito à dieta isenta de glúten, sob pena de graves riscos à saúde, o que, em última análise, tangencia a garantia a uma vida digna.
>
> - A expressão "contém glúten" ou "não contém glúten" constitui uma clara advertência aos consumidores, sendo uma proteção suficientemente adequada àqueles que são adversamente afetados pela mencionada substância. É desnecessária a inserção de informações adicionais nos rótulos e embalagens.

> - A associação civil que ajuíza ação coletiva para a defesa dos interesses e direitos de seus associados consumidores é isenta do pagamento dos ônus de sucumbência, salvo na hipótese de comprovada má-fé.
>
> - Ante a isenção dos ônus sucumbências de uma das partes, não se pode determinar sua compensação.
>
> - Recurso especial parcialmente provido (REsp 1.515.895/MS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 6.12.2016, DJe 14.12.2016.).

Nesses embargos, a parte embargante alega divergência no que tange à necessidade de aviso dos malefícios do glúten para os portadores de doença celíaca nas embalagens de produtos alimentícios.

Sustentam que, enquanto a Terceira Turma mitigou o direito à informação dos consumidores, a Segunda Turma é firme quanto à necessidade de expressa advertência quanto aos malefícios do glúten aos celíacos.

Eis a ementa do paradigma colacionado:

> Direito do Consumidor. Administrativo. Normas de proteção e defesa do consumidor. Ordem pública e interesse social. Princípio da vulnerabilidade do consumidor. Princípio da transparência. Princípio da boa-fé objetiva. Princípio da confiança. Obrigação de segurança. Direito à informação. Dever positivo do fornecedor de informar, adequada e claramente, sobre riscos de produtos e serviços. Distinção entre informação-conteúdo e informação-advertência. Rotulagem. Proteção de consumidores hipervulneráveis. Campo de aplicação da Lei do Glúten (Lei n. 8.543/1992 ab-rogada pela Lei n. 10.674/2003) e eventual antinomia com o art. 31 do Código de Defesa do Consumidor. Mandado de segurança preventivo. Justo receio da impetrante de ofensa à sua livre iniciativa e à comercialização de seus produtos. Sanções administrativas por deixar de advertir sobre os riscos do glúten aos doentes celíacos. Inexistência de direito líquido e certo. Denegação da segurança.
>
> 1. Mandado de Segurança Preventivo fundado em justo receio de sofrer ameaça na comercialização de produtos alimentícios fabricados por empresas que integram a Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABIA, ora impetrante, e ajuizado em face da instauração de procedimentos administrativos pelo PROCON-MG, em resposta ao descumprimento do dever de advertir sobre os riscos que o glúten, presente na composição de certos alimentos industrializados, apresenta à saúde e à segurança de uma categoria de consumidores – os portadores de doença celíaca.
>
> 2. A superveniência da Lei n. 10.674/2003, que ab-rogou a Lei n. 8.543/1992, não esvazia o objeto do *mandamus*, pois, a despeito de disciplinar a matéria em maior amplitude, não invalida a necessidade de, por força do art. 31 do Código de

Defesa do Consumidor – CDC, complementar a expressão "contém glúten" com a advertência dos riscos que causa à saúde e segurança dos portadores da doença celíaca. É concreto o justo receio das empresas de alimentos em sofrer efetiva lesão no seu alegado direito líquido e certo de livremente exercer suas atividades e comercializar os produtos que fabricam.

3. As normas de proteção e defesa do consumidor têm índole de "ordem pública e interesse social". São, portanto, indisponíveis e inafastáveis, pois resguardam valores básicos e fundamentais da ordem jurídica do Estado Social, daí a impossibilidade de o consumidor delas abrir mão *ex ante* e no atacado.

4. O ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem utilidade real, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios.

5. O direito à informação, abrigado expressamente pelo art. 5º, XIV, da Constituição Federal, é uma das formas de expressão concreta do Princípio da Transparência, sendo também corolário do Princípio da Boa-fé Objetiva e do Princípio da Confiança, todos abraçados pelo CDC.

6. No âmbito da proteção à vida e saúde do consumidor, o direito à informação é manifestação autônoma da obrigação de segurança.

7. Entre os direitos básicos do consumidor, previstos no CDC, inclui-se exatamente a "informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem" (art. 6º, III).

8. Informação adequada, nos termos do art. 6º, III, do CDC, é aquela que se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor.

9. Nas práticas comerciais, instrumento que por excelência viabiliza a circulação de bens de consumo, "a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores" (art. 31 do CDC).

10. A informação deve ser correta (= verdadeira), clara (= de fácil entendimento), precisa (= não prolixa ou escassa), ostensiva (= de fácil constatação ou percepção) e, por óbvio, em língua portuguesa.

11. A obrigação de informação é desdobrada pelo art. 31 do CDC, em quatro categorias principais, imbricadas entre si: a) informação-conteúdo (=

características intrínsecas do produto e serviço), b) informação-utilização (= como se usa o produto ou serviço), c) informação-preço (= custo, formas e condições de pagamento), e d) informação-advertência (= riscos do produto ou serviço).

12. A obrigação de informação exige comportamento positivo, pois o CDC rejeita tanto a regra do *caveat emptor* como a subinformação, o que transmuda o silêncio total ou parcial do fornecedor em patologia repreensível, relevante apenas em desfavor do profissional, inclusive como oferta e publicidade enganosa por omissão.

13. Inexistência de antinomia entre a Lei n. 10.674/2003, que surgiu para proteger a saúde (imediatamente) e a vida (mediatamente) dos portadores da doença celíaca, e o art. 31 do CDC, que prevê sejam os consumidores informados sobre o "conteúdo" e alertados sobre os "riscos" dos produtos ou serviços à saúde e à segurança.

14. Complementaridade entre os dois textos legais. Distinção, na análise das duas leis, que se deve fazer entre obrigação geral de informação e obrigação especial de informação, bem como entre informação-conteúdo e informação-advertência.

15. O CDC estatui uma obrigação geral de informação (= comum, ordinária ou primária), enquanto outras leis, específicas para certos setores (como a Lei n. 10.674/2003), dispõem sobre obrigação especial de informação (= secundária, derivada ou tópica). Esta, por ter um caráter mínimo, não isenta os profissionais de cumprirem aquela.

16. Embora toda advertência seja informação, nem toda informação é advertência. Quem informa nem sempre adverte.

17. No campo da saúde e da segurança do consumidor (e com maior razão quanto a alimentos e medicamentos), em que as normas de proteção devem ser interpretadas com maior rigor, por conta dos bens jurídicos em questão, seria um despropósito falar em dever de informar baseado no *homo medius* ou na generalidade dos consumidores, o que levaria a informação a não atingir quem mais dela precisa, pois os que padecem de enfermidades ou de necessidades especiais são freqüentemente a minoria no amplo universo dos consumidores.

18. Ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas sobretudo os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a "pasteurização" das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna.

19. Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador.

20. O fornecedor tem o dever de informar que o produto ou serviço pode causar malefícios a um grupo de pessoas, embora não seja prejudicial à

> generalidade da população, pois o que o ordenamento pretende resguardar não é somente a vida de muitos, mas também a vida de poucos.
>
> 21. Existência de lacuna na Lei n. 10.674/2003, que tratou apenas da informação-conteúdo, o que leva à aplicação do art. 31 do CDC, em processo de integração jurídica, de forma a obrigar o fornecedor a estabelecer e divulgar, clara e inequivocamente, a conexão entre a presença de glúten e os doentes celíacos.
>
> 22. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido (REsp 586.316/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17.4.2007, DJe 19.3.2009.).

Pugna, por fim, pelo acolhimento do dissídio jurisprudencial para que se reafirme o entendimento proferido pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Admitido o processamento dos embargos de divergência (fls. 390/395, e-STJ).

Decorrido o prazo para a embargada apresentar impugnação, esta não se manifestou (fl. 400, e-STJ).

Parecer do Ministério Público Federal pelo provimento dos embargos de divergência, dada a necessidade de prevalecer a tese de que a informação deve ser correta, clara e precisa, sob pena de causar malefícios ao consumidor, tais como os acometidos por doença celíaca (fls. 403/412, e-STJ).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator):

I - Da controvérsia

Nestes embargos de divergência, alega-se dissenso jurisprudencial entre dois julgados desta Corte:

– O acórdão embargado, da *Terceira Turma*, entendeu ser suficiente a informação "contém glúten" ou "não contém glúten", para alertar os consumidores afetados pela referida proteína; e

– O paradigma, da *Segunda Turma*, entendeu não ser suficiente a informação "contém glúten", pois a informação deve ser complementada pela advertência sobre a prejudicialidade do glúten à saúde dos doentes celíacos.

II - Do direito à informação e do dever de informar

O *direito à informação* está relacionado com a liberdade de escolha daquele que consome, direito básico previsto no inciso II do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor e vinculado à correta, fidedigna e satisfatória informação sobre os produtos e os serviços postos no mercado de consumo. A autodeterminação do consumidor depende essencialmente da informação que lhe é transmitida, pois é um dos meios de formar a opinião e produzir a tomada de decisão daquele que consome. Logo, se a informação é adequada, o consumidor age com mais consciência; se a informação é falsa, inexistente, incompleta ou omissa, retira-se-lhe a liberdade de escolha consciente.

Por sua vez, o *dever de informar* também deriva do respeito aos direitos básicos do consumidor, designadamente do disposto no inciso III do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, o qual prevê, como essencial, a "informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem".

Ao cuidar da oferta nas práticas comerciais, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 31, evidencia o dever de informar:

> Art. 31. *A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características*, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, *bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores*.
>
> Parágrafo único. As informações de que trata este artigo, nos produtos refrigerados oferecidos ao consumidor, serão gravadas de forma indelével (Grifo meu).

Nota-se que o art. 31 do Código de Defesa do Consumidor traz, pelo menos, quatro categorias de *informação*, intimamente relacionadas:

i) *informação-conteúdo* – correspondente às características intrínsecas do produto ou serviço;

ii) *informação-utilização* – relativa às instruções para o uso do produto ou serviço);

iii) *informação-preço* – atinente ao custo, formas e condições de pagamento); e

iv) *informação-advertência* – relacionada aos riscos do produto ou serviço.

Na relação de consumo, o polo que possui pleno conhecimento do produto oferecido – quer por tê-lo produzido, quer por manter vínculo com seu processo de fabricação ou distribuição –, também é o responsável por prestar ao polo *vulnerável* ou *hipervulnerável* (que desconhece todo esse processo) o necessário esclarecimento para que este possa tomar atitude consciente diante do produto posto à venda no mercado: adquiri-lo ou rechaçá-lo.

*III - Da necessidade de a informação-conteúdo "**contém glúten**" vir acompanhada da informação-advertência quanto aos riscos do glúten à saúde dos doentes celíacos*

A expressão "contém glúten" é apenas uma *informação-conteúdo*, devendo ser complementada por uma *informação-advertência*, tanto mais que se está a proteger o consumidor com *doença ou síndrome celíaca* e, portanto, *hipervulnerável* no mercado de consumo.

Em razão dos "riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores" (art. 31, *caput*, do CDC), a oferta e a apresentação de alimentos com glúten não devem trazer apenas a informação-conteúdo "contém glúten", pois esta é omissa e incompleta perante as exigências do Código do Consumidor, que, em seu art. 37, §§ 1º e 3º, estabelece:

> Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.
>
> § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por *omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços*.
>
> (...).
>
> § 3º *Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço* (grifou-se).

No Direito do Consumidor, não é válida a "meia informação" ou a "informação incompleta". Também não é suficiente oferecer a informação, pois é preciso saber transmiti-la, já que mesmo a informação completa e verdadeira pode vir a apresentar deficiência na forma como é exteriorizada ou recebida pelo consumidor.

Em suma, a *informação-conteúdo* "contém glúten" é *insuficiente* para alertar e prevenir o consumidor *hipervulnerável*, sobre a *prejudicialidade* do glúten à sua saúde, devendo ser complementada pela *informação-advertência*.

IV - Da prevenção e controle da doença celíaca prevista na Lei n. 10.674/2003

A Lei n. 10.674/2003, em seu art. 1º, dispõe que os produtos alimentícios comercializados devem informar sobre a presença de glúten em sua composição, como medida preventiva e de controle da doença celíaca:

> Art. 1º. Todos os alimentos industrializados deverão conter em seu rótulo e bula, obrigatoriamente, as inscrições "contém Glúten" ou "não contém Glúten", conforme o caso.

O art. 1º da Lei n. 10.674/2003 é, porém, lacunoso quando estabelece que os alimentos industrializados devem trazer em seu rótulo e bula a informação "contém glúten", isso é, apenas a *informação-conteúdo*.

Entretanto, a superveniência da Lei n. 10.674/2003 (Lei do Glúten), que ab-rogou a Lei n. 8.543/1992, não esvazia o comando do art. 31 do Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei n. 8.078/1990), que determina, na parte final de seu *caput*, que o fornecedor de produtos ou serviços deve informar "sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores", o que equivale a uma necessária *informação-advertência*.

Para que a informação seja correta, clara e precisa, torna-se necessária, portanto, a integração jurídica entre a Lei do Glúten (*lei especial*) e o Código de Defesa do Consumidor (*lei geral*), pois, em matéria de fornecimento de alimentos e medicamentos, ainda mais a consumidores hipervulneráveis, não se pode contentar com o *standard* mínimo e sim com o *standard* mais completo possível.

Assim, o fornecedor de alimentos deve complementar a informação-conteúdo "contém glúten" com a advertência do prejuízo que o glúten causa à saúde dos consumidores com doença celíaca.

V - Da conclusão

Deve prevalecer a tese do acórdão paradigma (REsp 586.316/MG, Segunda Turma), segundo o qual, diante da integração entre a Lei n. 10.674/2003 (*lei especial*) e o Código de Defesa do Consumidor (*lei geral*), a informação-conteúdo

"contém glúten" é, por si só, insuficiente para informar os consumidores sobre o prejuízo que o alimento com glúten acarreta ao bem-estar dos portadores da doença celíaca, fazendo-se essencial a informação-advertência, ou seja, a informação qualificada quanto ao prejuízo do glúten aos celíacos.

Ante o exposto, *dou provimento aos embargos de divergência* da Associação dos Aposentados, Pensionistas e Idosos de Campo Grande e do Estado do Mato Grosso do Sul, para que prevaleça a tese segundo a qual a expressão "contém glúten" é, por si só, insuficiente para informar os consumidores sobre o prejuízo que o alimento com glúten acarreta ao bem-estar dos doentes celíacos, tornando-se necessária que a informação-conteúdo seja integrada pela informação-advertência, correta, clara, precisa, ostensiva e em vernáculo "***contém glúten: o glúten é prejudicial à saúde dos doentes celíacos***".

É como penso. É como voto.

SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA N. 14.304-EX (2015/0194781-1)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Requerente: L A P
Advogado: Rafael Silva Gonçalves - ES019090
Requerido: N H G
Advogado: Defensoria Pública da União - Curador Especial

EMENTA

Sentença estrangeira contestada. Competência concorrente entre a Justiça Brasileira e a Americana. Citação por edital. Regularidade. Trânsito em julgado. Carimbo de arquivamento "*filed*". Comprovação. Atendimento dos requisitos para homologação. Deferimento.

I - O fato de possivelmente tramitar no juízo brasileiro demanda com identidade de partes, causa de pedir e pedido não impede a homologação que ora se pretende, pois a justiça americana também

detém jurisdição para o conhecimento e o julgamento da demanda. Precedente: SEC 14.518/EX, Rel. Ministro Og Fernandes, Corte Especial, julgado em 29.3.2017, DJe 5.4.2017.

II - Decorrido longo período de tempo desde a prolação da sentença de decretação de divórcio e reconhecida a ausência de contato entre os ex-cônjuges, a citação por edital é regular. Precedente: SEC 11.173/EX, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 17.8.2016, DJe 30.8.2016.

III - Sendo facultado aos ex-cônjuges estipular a data de dissolução da sociedade conjugal, o trânsito em julgado pode ser comprovado com o carimbo "*filed*", no título judicial estrangeiro, ainda que esse possua data anterior à data de término da relação conjugal eleita pelas partes.

IV - Homologação de sentença estrangeira deferida.

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, A Corte Especial, por unanimidade, deferiu o pedido de homologação de sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, João Otávio de Noronha, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Luis Felipe Salomão.

Brasília (DF), 18 de outubro de 2017 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Presidente

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe 27.10.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de pedido de homologação de sentença estrangeira de dissolução de casamento, oriunda do Tribunal Superior

da Califórnia, Condado de Ventura, Estados Unidos da América, formulado por L A P, em face de N H G.

Narra a inicial que as partes contraíram matrimônio em 23 de fevereiro de 2001, nos Estados Unidos da América. Por razões de foro íntimo, o requerente solicitou a dissolução da sociedade conjugal, sendo o divórcio decretado pelo título judicial estrangeiro que ora se pretende homologar.

Frustradas as tentativas de citação da requerida, ela foi citada por edital (fl. 59), não apresentando contestação, conforme certidão de fl. 61. A Defensoria Pública da União, intimada para indicar curador especial, apresentou contestação às fls. 67/71.

Sustenta, preliminarmente, a nulidade da citação por edital da requerida, em decorrência da não demonstração do esgotamento dos meios razoáveis e disponíveis para a sua localização. No mérito, argumenta que consta no corpo da sentença estrangeira que a dissolução do casamento ocorreu em 31 de outubro de 2002. Contudo, o carimbo de arquivamento da sentença é datado de 14 de agosto de 2002. Assevera que a diferença de datas constante da sentença estrangeira impede o reconhecimento de seu trânsito em julgado. Por fim, assevera que o requerente não demonstrou que a mesma causa não tenha sido julgada pelo Poder Judiciário Brasileiro, o que poderia ser passível de ofensa à coisa julgada brasileira.

Em réplica, o requerente pugna pela validade da citação editalícia. Argumenta que, conforme item "4.a" da sentença estrangeira, a data de dissolução pode ser eleita pelas partes. Assevera, ainda, que a data de arquivamento da sentença estrangeira não é anterior à data em que foi proferida.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 96/99, pelo indeferimento do pedido de homologação da sentença estrangeira a vista da incompatibilidade de datas. Salienta que a sentença demonstra que a dissolução do casamento ocorreu em momento posterior ao seu arquivamento.

Por fim, em tréplica, a requerida anuiu com a argumentação do requerente de que a data da dissolução da sociedade conjugal pode ser eleita pelas partes.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Preliminarmente, há se ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça tem competência para emitir juízo

meramente delibatório acerca da homologação de sentença estrangeira. Nesse contexto, é preciso verificar se a pretensão homologatória atende aos requisitos do art. 963 do Código de Processo Civil de 2015 e dos arts. 216-C e 216-D do Regimento Interno deste Tribunal Superior.

Eventuais questionamentos acerca do mérito da decisão alienígena são de competência do juízo estrangeiro. Assim, o deferimento do pedido de homologação, portanto, limita-se a dar eficácia à sentença estrangeira, nos exatos termos em que proferida, não sendo possível aditá-la para inserir provimento que dela não conste.

Feito esse esclarecimento, segundo os arts. 963 do CPC/2015 e 216-C e 216-D do RISTJ, constituem-se requisitos necessários para a homologação de título judicial estrangeiro: i) ter sido proferido por autoridade competente; ii) terem sido as partes regularmente citadas ou verificada a revelia; iii) ter transitado em julgado; iv) estar chancelada pela autoridade consular brasileira, e; v) traduzida por tradutor oficial ou profissional juramentado no Brasil. Além disso, a sentença estrangeira não pode ofender a soberania nacional, a dignidade da pessoa humana e/ou a ordem pública.

Quanto ao primeiro requisito, cabe salientar que a hipótese versada nos autos se insere no rol de competência concorrente da justiça brasileira previsto no art. 21 do CPC/2015. Trata-se, assim, de matéria de competência relativa da autoridade brasileira e, dessa forma, de conhecimento concorrente entre as duas jurisdições.

Outrossim, o parágrafo único do art. 24 do CPC/2015 prevê que a pendência de causa na jurisdição brasileira não impede a homologação de sentença estrangeira quando exigida para produzir efeitos no Brasil.

Diante disso, o fato de possivelmente tramitar no juízo brasileiro demanda com identidade de partes, causa de pedir e pedido não impede a homologação que ora se pretende, pois a justiça americana também detém jurisdição para o conhecimento e o julgamento da demanda.

Nesse sentido, veja-se parte da ementa do seguinte precedente:

> [...]
>
> 3. A existência de ação ajuizada no Brasil com as mesmas partes, mesmo pedido e a mesma causa de pedir não obsta a homologação de sentença estrangeira transitada em julgado. Hipótese de competência concorrente (art. 88 a 90 do Código de Processo Civil), inexistindo ofensa à soberania nacional... (SEC n. 14.518/EX, Rel. Min. Og Fernandes - Corte Especial - j. 29.3.2017).

Quanto à possível nulidade da citação por edital da requerida, a sentença estrangeira foi proferida há, aproximadamente, 15 (quinze) anos, bem como a requerida, apesar de citada, não apresentou contestação, deixando a ação correr à sua revelia, conforme se observa à fl. 14 dos autos, na primeira lauda da sentença estrangeira. O requerente acrescenta à fl. 85 que, desde o divórcio, não teve mais contato com a requerida. Logo, comprovou-se a impossibilidade de localização da requerida, estando regular a citação editalícia, conforme precedente desta Corte:

> Sentença estrangeira contestada. Pedido de homologação. Dissolução de sociedade conjugal. Ausência de juntada da sentença original de divórcio. Certificação. Transcurso do tempo. Possibilidade. Requisitos para a homologação preenchidos. Homologação deferida.
>
> 1. Decorrido lapso temporal razoável após a cessação da convivência matrimonial e reconhecido o alegado não conhecimento do paradeiro do ex-cônjuge, é regular a citação por edital.
>
> 2. A sentença original foi substituída pelas anotações registrais efetuadas nos registros públicos do Estado do Panamá, constando nos autos certificação de casamento e respectiva dissolução, dado que, transcorridos 48 anos do divórcio, aquela autoridade não mais tem a sentença original em seus arquivos.
>
> 3. A fé pública traduz-se na confiança na autoridade do Estado em confeccionar documentos que valham como prova de algo ou representem um valor. Corresponde à confiança geral que se estabelece em relação aos atos atribuídos por lei ao tabelião ou oficial e à eficácia do negócio jurídico atestado ou declarado.
>
> 4. A Defensoria Pública, atuando como curadora especial da parte requerida reputou presentes os requisitos meritórios para a homologação do *decisum* estrangeiro.
>
> 5. Sentença estrangeira homologada.
>
> (SEC 11.173/EX, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 17.8.2016, DJe 30.8.2016).

Em relação ao trânsito em julgado, esta Corte possui entendimento pacífico no sentido de que o carimbo com a expressão "*filed*" certifica o trânsito em julgado dos títulos judiciais oriundos da justiça norte americana.

Nesse sentido:

> Sentença estrangeira contestada. Divórcio. Requisitos para homologação da sentença estrangeira. Preenchimento. Homologação deferida.

1. Há de ser rejeitada a preliminar de nulidade da citação por edital, realizada nos presentes autos com observância das regras previstas nos arts. 231 e 232 do Código de Processo Civil, porquanto evidenciada infrutífera a ativa tentativa de localização da parte contrária pelo requerente.

2. É devida a homologação da sentença estrangeira de divórcio, porquanto foram atendidos os requisitos previstos no art. 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e nos arts. 216-A a 216-N do RISTJ, bem como constatada a ausência de ofensa à soberania nacional, à ordem pública e à dignidade da pessoa humana (LINDB, art. 17; RISTJ, art. 216-F).

3. A presença do carimbo com a expressão "filed" é suficiente para a comprovação do trânsito em julgado da sentença norte-americana.

Precedentes.

4. Pedido de homologação da sentença estrangeira deferido.

(SEC 8.883/EX, Rel. Ministro Raul Araújo, Corte Especial, julgado em 19.8.2015, DJe 11.9.2015).

Sentença estrangeira contestada. Divórcio. Preenchimento dos requisitos legais necessários. Comprovação do trânsito em julgado. Carimbo de arquivamento (*filed*). Emenda. Juntada chancela consular. Homologação deferida.

1. Trata-se de pedido de homologação de sentença de divórcio proferida pela Corte Superior da Califórnia - Estados Unidos da América, em 28 de abril de 1996.

2. Citado por edital, o requerido não ofereceu contestação. Na condição de curadora especial, a Defensoria Pública da União contestou o pedido, sob fundamento de que não se comprovou o trânsito em julgado e que carecia de chancela consular.

3. A documentação apresentada preenche os requisitos previstos no art. 5º da Resolução STJ 9/2005.

4. As alegações trazidas em contestação pela douta Defensoria Pública da União não se mostram mais pertinentes, tendo em vista que houve regularização formal da falhas apontadas, trazendo-se aos autos a devida autenticação da sentença homologanda pela autoridade consular brasileira, com tradução oficial, conforme bem demonstrou o judicioso Parecer ministerial, com o cotejo de toda documentação.

5. Em relação à comprovação do trânsito em julgado de sentença proferida pela Justiça norte-americana, há precedentes específicos no sentido da admissibilidade do carimbo "*filed*" aposto na decisão.

6. Pedido de homologação de sentença estrangeira deferido.

(SEC 11.060/EX, Rel. Ministro Og Fernandes, Corte Especial, julgado em 6.5.2015, DJe 25.5.2015).

Sentença estrangeira contestada. Divórcio. Prova do trânsito em julgado. Carimbo de arquivamento (*filed*). Prova do trânsito em julgado. Pretensão de anulação da sentença na parte em que dispôs sobre bem imóvel situado no Brasil. Divisão equitativa. Consenso entre as partes. Sentença estrangeira homologada.

1. Observados os pressupostos indispensáveis ao deferimento do pleito previstos nos arts. 5º e 6º da Resolução 9/05 desta Corte.

2. A presença do carimbo com a expressão arquivado é suficiente para a comprovação do trânsito em julgado da sentença norte-americana. Precedentes desta Corte.

3. Nos casos em que a divisão dos bens imóveis situados no Brasil feita por sentença estrangeira mediante acordo entre as partes não fere o direito brasileiro, mostra-se possível a sua homologação, sem se falar em ofensa à soberania nacional; ademais, a lei brasileira neste caso não impediria a divisão tal como feita, não havendo, portanto, que se cogitar de maltrato ao artigo 89 do CPC.

Precedentes: SEC 5.822/EX, Rel. Min. *Eliana Calmon*, Corte Especial, DJe 28.02.2013, SEC 8.810/EX, Rel. Min. *Humberto Martins*, Corte Especial, DJe 16.10.2013, SEC 5.528/EX, Rel. Min. *Sidney Beneti*, DJe 04.06.2013.

4. Homologação deferida.

(SEC 1.320/EX, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, julgado em 1º.10.2014, DJe 16.10.2014).

A alegação de que o trânsito em julgado ocorreu em data anterior à dissolução do casamento, gerando dúvidas quanto ao trânsito em julgado da decisão, não prospera. Como salientou o requerente à fl. 86, a própria sentença faculta às partes a eleição da data de dissolução da sociedade conjugal, conforme se observa à fl. 15, não havendo, portanto, nenhum óbice ao reconhecimento de seu trânsito em julgado. Ademais, a requerida corroborou o entendimento de que a data da dissolução da sociedade conjugal possa ser eleita entre as partes.

A sentença estrangeira encontra-se devidamente chancelada pela autoridade consular brasileira (fl. 13) e traduzida por profissional juramentado no Brasil (fls. 14/17).

Não se vislumbra, ainda, nenhuma ofensa à soberania nacional ou à ordem pública, porque, como anteriormente esclarecido, a matéria versada nestes autos é de competência concorrente entre a jurisdição pátria e a alienígena.

Ante o exposto, defiro o pedido de homologação de sentença estrangeira.

Expeça-se a carta de sentença.

É o voto.

SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA N. 15.977-EX (2016/0210574-9)

Relator: Ministro Humberto Martins
Requerente: CHS Europe Sarl
Advogados: Juliano Lazzarini Moretti e outro(s) - SP184125
Fernanda Pasquariello Monteiro - SP357201
Requerido: Plant Bem Fertilizantes S/A
Advogados: Carlos Alberto dos Santos - PR022629
Cleber Tadeu Yamada - PR019012
Soc. de Adv.: Carlos Alberto dos Santos & Advogados Associados

EMENTA

Direito Internacional Privado e Processual Civil. Arbitragem. Compra e venda internacional. Inadimplemento. Sentença arbitral. Alegações de desconformidade de procuração e de poderes dos dirigentes para outorga. Insubsistentes. Documentação regular. Demais requisitos legais atendidos. Homologação deferida.

1. Pedido de homologação de sentença arbitral condenou a parte requerida por inadimplemento de pagamento em transação de compra de produtos para produção agrícola; a parte requerida alega que não poderia haver homologação, em razão da ausência de poderes dos gestores para outorgar poderes de representação judicial aos advogados brasileiros, bem como da inexistência de tradução juramentada da procuração.

2. Os documentos dos autos informam que a parte requerente juntou a tradução juramentada da procuração pela qual foram outorgados poderes de representação judicial aos advogados brasileiros (fls. 350-352), bem como que os documentos societários evidenciam possuírem os subscritores estrangeiros poderes, pois constam do rol de pessoas aptas a assinar pela empresa requerente (fls. 12-13).

3. Foram atendidos os demais requisitos, previstos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), na Lei de

Arbitragem (Lei n. 9.307/1995), no Código de Processo Civil e no RISTJ.

Pedido de homologação deferido.

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, deferiu o pedido de homologação de sentença estrangeira, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Sérgio Kukina e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão, Nancy Andrighi, João Otávio de Noronha, Jorge Mussi, Luis Felipe Salomão e Benedito Gonçalves.

Convocados a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti e o Sr. Ministro Sérgio Kukina.

Brasília (DF), 06 de setembro de 2017 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Presidente

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 15.9.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de pedido de homologação de sentença estrangeira protocolado no STJ, com fulcro no art. 105, I, *i* da Constituição Federal por *CHS Europe Sarl* contra *Plant Bem Fertilizantes S/A*.

A petição inicial (fls. 1-9, e-STJ) descreve que se trata de sentença arbitral estrangeira que condenou a parte requerida pela negativa de pagamento pelo recebimento de produto agrícola. Alega que a parte requerida participou do processo de arbitragem e não pagou a condenação feita pela corte arbitral. Argumenta que os requisitos para homologação estariam atendidos. O ente arbitral – ICSAS – teria competência para apreciar o feito, pois constaria da

cláusula de arbitragem do contrato de compra e venda. A parte requerida teria sido intimada e participado do processo. Teria ocorrido o trânsito em julgado. Ainda, o julgado arbitral não ofenderia a ordem pátria. Por fim, defende que não é possível o debate sobre o mérito da controvérsia do título estrangeiro e que os valores em moeda estrangeira serão convertidos quando da execução. Postula o deferimento do pleito.

A parte requerente emendou a petição inicial (fls. 149-164, e-STJ). Juntou traduções juramentadas em razão de alegado erro nos documentos.

Houve pedido de tutela de urgência (fls. 165-338, e-STJ).

O então Ministro Presidente encaminhou os atuais autos ao MPF e reservou a apreciação do pedido de tutela de urgência para o momento posterior ao seu retorno (fl. 340, e-STJ).

O *Parquet* federal opinou em prol da regularização da tradução da procuração de fl. 115, que não estaria realizada por profissional juramentado (fl. 344, e-STJ).

A Ministra Presidente encaminhou os autos do MPF e reiterou a demanda em prol da manifestação do *Parquet* sobre a tutela de urgência (fl. 346, e-STJ).

A parte requerente juntou a tradução juramentada da procuração e reiterou o pleito em prol da concessão de tutela de urgência (fls. 349-354, e-STJ).

O MPF opinou não ser contrário à concessão da tutela de urgência e reiterou a necessidade de regularização da tradução (fls. 355-356, e-STJ).

O pedido de tutela de urgência foi indeferido. Segue trecho (fl. 359, e-STJ):

> (...)
>
> No caso em exame, ausente a comprovação do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, indispensável ao pleiteado provimento de urgência.
>
> A alegação de existência de processos de execução em que a parte Requerida é devedora, sem a comprovação de atos concretos que levem a empresa a eventual insolvência, não é suficiente para a concessão da tutela provisória. Além disso, não há qualquer prova de dilapidação dos bens da Requerida ou de transferência dos bens a terceiros.
>
> Ante o exposto, *indefiro* o pedido de tutela de urgência.
>
> (...).

A parte requerida foi citada nos termos do art. 246 do Código de Processo Civil (fl. 377, e-STJ).

A parte requerida ofertou contestação (fls. 379-411, e-STJ). Alega que a tradução da procuração não teria sido feita por profissional juramentado e que, assim, não teria sido atendido o art. 216-C do RI do STJ. Argumenta, ainda, que os documentos não indicam os poderes atribuídos aos advogados da parte requerente. Por fim, pugna pela regularização da representação da outra parte.

A parte requerente juntou petição de réplica, na qual alegou que as procurações estariam em conformidade formal, bem como que haveria traduções juramentadas nos autos. Argumenta, ainda, que os documentos societários da parte requerente indicariam os poderes dos representantes da empresa para que pudessem constituir advogados (fls. 414-417, e-STJ).

O feito foi distribuído (fl. 477, e-STJ).

O Ministério Público Federal opinou em prol do deferimento do pedido de homologação. Transcrevo a ementa (fl. 431, e-STJ):

> *Sentença Estrangeira Contestada*. Contrato de compra e venda. Aquisição de ureia granulada. Entrega da totalida- de do produto pela empresa vendedora (Requerente). Não adimplemento, pela empresa compradora (Requerida), do valor avençado. Instauração de procedimento arbitral em Londres, Reino Unido. Condenação da Requerida a pagar o valor acordado acrescido de juros. Descumprimento. Pretensão homologatória da sentença arbitral. Possibilidade. Presença dos requisitos essenciais à medida ora postulada: arts. 15 da LINDB, 963 do CPC/2015 e 216-C/D/F do RISTJ. Parecer pela homologação da sentença estrangeira.

A parte requerida ofertou tréplica e reiterou que haveriam ainda os dois óbices: falta de tradução juramentada das procurações e falta de clareza nos poderes societários dos signatários das procurações, para outorgar poderes de representação judicial. Pede o indeferimento do pedido de homologação (fls. 440-441, e-STJ).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Deve ser deferido o pedido de homologação de sentença estrangeira de arbitragem.

O caso dos autos se refere a pedido de homologação de sentença arbitral proferida pela International Commodity & Shipping Arbitration Services –

ICSAS – acerca do não cumprimento de obrigação avençada de pagamento devido pela compra de produtos agrícolas. O tribunal arbitral condenou a parte requerida ao pagamento de US$ 2.740.000,00 (dois milhões, setecentos e quarenta mil dólares americanos), acrescidos de juros de 4,5% (quatro e meio por cento) ao ano, além das despesas legais de 4.500,00 (quatro mil e quinhentas libras esterlinas) (fl. 127, e-STJ).

São trazidos dois óbices à homologação.

A parte requerida alega que a procuração para representação em juízo não estaria acompanhada de tradução juramentada. Além disso, alega que não estaria clara a outorga de poderes por parte dos representantes da empresa requerente.

Cabe anotar que a parte requerente juntou a tradução juramentada, produzida em inglês e português (fls. 114-115, e-STJ), da procuração, pela qual foram outorgados poderes de representação judicial aos advogados. A sua tradução juramentada consta dos autos, portanto (fls. 350-352, e-STJ).

A procuração foi assinada por Jerome Baudier-Savignac e Walter Singer. Os dois constam como pessoas aptas a assinar pela empresa requerente (fls. 12-13, e-STJ). Estando indicados na listagem de pessoas físicas aptas a assinar pela empresa, podem, conforme se lê, também, no Estatuto da sociedade suíça, assinar documentos para constituir procuradores (fl. 60, e-STJ).

Logo, as duas objeções não encontram amparo nos documentos.

É sabido que a Constituição Federal atribuiu ao Superior Tribunal de Justiça a competência para apreciar os pedidos de homologação das decisões e sentenças estrangeiras. A competência originária está firmada no art. 105, I, *i*, da Carta Republicana Federal de 1988.

O STJ aprovou a Resolução 9/2005 para disciplinar de modo interno o procedimento, previsão que consta no art. 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

> Art. 15. Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reuna os seguintes requisitos:
>
> a) haver sido proferida por juiz competente;
>
> b) terem sido os partes citadas ou haver-se legalmente verificado à revelia;
>
> c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida;
>
> d) estar traduzida por intérprete autorizado;

e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal.

A Resolução em questão foi revogada com o advento de emenda regimental que incorporou suas disposição ao art. 216 do RISTJ.

Além disso, no caso de sentenças arbitrais, incide o teor dos artigos 34 ao 39 da Lei n. 9.307/1995, que cito:

> Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.
>
> Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.
>
> Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Superior Tribunal de Justiça.
>
> Art. 36. Aplica-se à homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, no que couber, o disposto nos arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil.
>
> Art. 37. A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com:
>
> I - o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial;
>
> II - o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.
>
> Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:
>
> I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;
>
> II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;
>
> III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;
>
> IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem;

V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;

VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.

Art. 39. A homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que:

I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

Por fim, o Código de Processo Civil também disciplina a matéria e fixa sua observância:

Art. 960. A homologação de decisão estrangeira será requerida por ação de homologação de decisão estrangeira, salvo disposição especial em sentido contrário prevista em tratado.

(...)

§ 2º A homologação obedecerá ao que dispuserem os tratados em vigor no Brasil e o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

§ 3º A homologação de decisão arbitral estrangeira obedecerá ao disposto em tratado e em lei, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições deste Capítulo.

Art. 961. A decisão estrangeira somente terá eficácia no Brasil após a homologação de sentença estrangeira ou a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias, salvo disposição em sentido contrário de lei ou tratado.

§ 1º É passível de homologação a decisão judicial definitiva, bem como a decisão não judicial que, pela lei brasileira, teria natureza jurisdicional.

§ 2º A decisão estrangeira poderá ser homologada parcialmente.

(...)

Art. 963. Constituem requisitos indispensáveis à homologação da decisão:

I - ser proferida por autoridade competente;

> II - ser precedida de citação regular, ainda que verificada a revelia;
>
> III - ser eficaz no país em que foi proferida;
>
> IV - não ofender a coisa julgada brasileira;
>
> V - estar acompanhada de tradução oficial, salvo disposição que a dispense prevista em tratado;
>
> VI - não conter manifesta ofensa à ordem pública.

A homologação em questão é procedimento necessário para que o título arbitral adquira o *status* executivo, nos termos do art. 515, VII do Código de Processo Civil, e, assim, possa ser mobilizado em ação futura no Poder Judiciário brasileiro.

Analisando os documentos dos autos, bem se verifica que o título estrangeiro não ofende a soberania brasileira e nem tampouco viola a dignidade de quaisquer pessoas. Não há vedação da homologabilidade em razão do art. 963, VI, da CPC ou o art. 39, II, da Lei n. 9.307/1995.

O tema da sentença arbitral é típico e usual em relações comerciais internacionais, sendo esse procedimento resolutivo comum. Não há vedação pelo art. 39, I, da Lei n. 9.307/1995.

A menção à cláusula arbitral consta da sentença estrangeira (fl. 120, e-STJ). O documento estrangeiro também indica que houve a apresentação de defesa naquele procedimento arbitral (fls. 121 e 123, e-STJ). Não há violação do art. 38, III, da Lei n. 9.307/1995 e nem tampouco do art. 15, *b* da LINDB. As demais disposição da Lei de Arbitragem estão atendidas, pois a competência da entidade arbitral foi prevista no contrato, o que demonstra que detém competência para solução do caso, tendo sido atendido o art. 15, *a*, da LINDB e o art. 963, I, do CPC.

Ainda, todos os documentos necessários estavam traduzidos por tradutor juramentado. Atendidos o art. 963, IV, do CPC, o art. 15, *d*, da LINDB e disposições da Lei n. 9.307/1995. Ademais, os documentos juntados estavam devidamente consularizados em atenção ao art. 37, I, da Lei n. 9.307/1995.

O título estrangeiro é definitivo e transitou em 24.5.2016 (fl. 131, e-STJ), com sua tradução (fl. 118, e-STJ). Logo, atendido o art. 15, *c*, da LINDB e demais dispositivos específicos do CPC e da Lei de Arbitragem.

Por fim, a condenação em moeda estrangeira não obsta a plena homologação da sentença arbitral, como já decidiu o STJ. Cito:

Sentença arbitral estrangeira. Requisitos para homologação. Preenchimento.

1. É devida a homologação da sentença arbitral estrangeira quando forem atendidos os requisitos previstos nos arts. 34 a 40 da Lei n. 9.307/1996, no art. 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e nos arts. 216-A a 216-N do RISTJ, bem como constatada a ausência de ofensa à soberania nacional, à ordem pública e à dignidade da pessoa humana (Lei n. 9.307/1996, art. 39; LINDB, art. 17; RISTJ, art. 216-F).

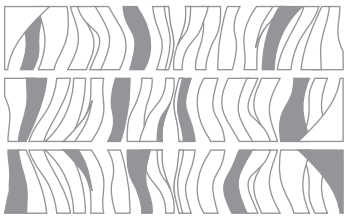
2. Não caracteriza ofensa à ordem pública o fato de a sentença arbitral alienígena prever condenação em moeda estrangeira, devendo apenas ser observado que, no momento da execução da respectiva sentença homologada no Brasil, o pagamento há de ser efetuado após a devida conversão em moeda nacional.

3. No juízo de delibação próprio do processo de homologação de sentença estrangeira, não é cabível debate acerca de questões de mérito, tampouco averiguação de eventual injustiça do *decisum*, conforme aqui pretendido pelas requeridas que visam a rediscutir a responsabilidade solidária da cedente e da cessionária pelo contrato cedido e a data inicial de incidência dos juros moratórios contratuais.

4. Sentença estrangeira homologada (SEC 11.969/EX, Rel. Ministro Raul Araújo, Corte Especial, julgado em 16.12.2015, DJe 2.2.2016.).

Ante exposto, defiro o pedido de homologação, fixando honorários em 10% (dez por cento) do valor da causa.

Publique-se. Intimem-se.



Primeira Seção

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 139.519-RJ (2015/0076635-2)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Relatora para o acórdão: Ministra Regina Helena Costa

Suscitante: Petróleo Brasileiro S A Petrobras

Advogado: Candido Ferreira da Cunha Lobo e outro(s) - RJ049659

Suscitado: Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Suscitado: Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional - CCI

Suscitado: Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro

Interes.: Agencia Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis

Procurador: Procuradoria-Geral Federal - PGF - PR000000F

Interes.: Estado do Espirito Santo

Procurador: Claudio Penedo Madureira - ES011377

Interes.: Instituto Brasileiro de Petroleo, Gas e Biocombustiveis - "Amicus Curiae"

Advogados: Cristiane Romano e outro(s) - DF001503A
Bruno Fontenelle Carrera da Silva - RJ103513

EMENTA

Conflito positivo de competência. Juízo Arbitral e órgão jurisdicional estatal. Conhecimento. Arbitragem. Natureza jurisdicional. Meios alternativos de solução de conflito. Dever do Estado. Princípio da competência-competência. Precedência do Juízo Arbitral em relação à jurisdição estatal. Controle judicial *a posteriori*. Convivência harmônica entre o direito patrimonial disponível da Administração Pública e o interesse público. Conflito de competência julgado procedente.

I - Conflito de competência entre o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, suscitado pela Petróleo Brasileiro S/A - *Petrobras*. Reconhecida a natureza jurisdicional da arbitragem, compete a esta Corte Superior dirimir o conflito.

II - Definição da competência para decidir acerca da existência, validade e eficácia da Cláusula Compromissória de Contrato de Concessão firmado para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, cujas condições para execução foram alteradas unilateralmente pela agência reguladora por meio da Resolução da Diretoria (RD) n. 69/2014.

III - O conflito de competência não se confunde com os pedidos e causa de pedir da ação originária, na qual se objetiva a declaração de indisponibilidade do direito objeto da arbitragem e consequente inaplicabilidade da cláusula arbitral e a declaração de nulidade do procedimento arbitral em decorrência da Resolução da Diretoria n. 69/14, alterando a área de concessão controvertida, cumulado com pedido de anulação do processo arbitral, qual seja, de *anti-suit injuction*, destinada a evitar seu processamento junto ao Juízo Arbitral.

V - O CPC/2015 trouxe nova disciplina para o processo judicial, exortando a utilização dos meios alternativos de solução de controvérsia, razão pela qual a solução consensual configura dever do Estado, que deverá promovê-la e incentivá-la (art. 3º, §§ 1º e 2º). A parte tem direito de optar pela arbitragem, na forma da lei (art. 42).

VI - A Lei n. 13.129/2015 introduziu no regime jurídico da arbitragem importantes inovações, com destaque para os *princípios da competência-competência, da autonomia da vontade e da cláusula compromissória* (arts. 1º, 3º e 8º, parágrafo único).

VII - No âmbito da Administração Pública, desde a Lei n. 8.987/1995, denominada Lei Geral das Concessões e Permissões de Serviços Públicos, com a redação dada pela Lei n. 11.196/2005, há previsão expressa de que o contrato poderá dispor sobre o emprego de mecanismos privados para resolução de conflitos, inclusive a arbitragem. No mesmo sentido a Lei n. 9.478/1997, que regula a política energética nacional, as atividades relativas à extração de petróleo e a instituição da ANP (art. 43, X) e a Lei n. 13.129/2015, que acresceu os §§ 1º e 2º, ao art. 1º da Lei n. 9.307/1996, quanto à utilização da arbitragem pela Administração Pública.

VIII - A jurisdição estatal decorre do monopólio do Estado de impor regras aos particulares, por meio de sua autoridade, consoante princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, da

Constituição da República), enquanto a jurisdição arbitral emana da vontade dos contratantes.

IX - A jurisdição arbitral precede a jurisdição estatal, incumbindo àquela deliberar sobre os limites de suas atribuições, previamente a qualquer outro órgão julgador (princípio da competência-competência), bem como sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória (arts. 8º e 20, da Lei n. 9.307/1996, com a redação dada pela Lei n. 13.129/2015).

X - Convivência harmônica do direito patrimonial disponível da Administração Pública com o princípio da indisponibilidade do interesse público. A Administração Pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, atende ao interesse público, preservando a boa-fé dos atos praticados pela Administração Pública, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

XI - A arbitragem não impossibilita o acesso à jurisdição arbitral por Estado-Membro, possibilitando sua intervenção como terceiro interessado. Previsões legal e contratual.

XIII - Prematura abertura da instância judicial em descompasso com o disposto no art. 3º, § 2º, do CPC/2015 e os termos da Convenção Arbitral.

XIV - Conflito de competência conhecido e julgado procedente, para declarar competente o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. Agravos regimentais da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis e do Estado do Espirito Santo prejudicados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, "prosseguindo no julgamento, preliminarmente, por maioria, vencida a Sra. Ministra Assusete Magalhães, conhecer do conflito de competência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. No mérito, também, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator e Benedito Gonçalves, declarar

competente o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional - CCI, o segundo suscitado, nos termos do voto da Sra. Ministra Regina Helena Costa, que lavrará o acórdão. Votaram com a Sra. Ministra Regina Helena Costa os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina e Gurgel de Faria.

Impedido o Sr. Ministro Og Fernandes.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 11 de outubro de 2017 (data do julgamento).

Ministra Regina Helena Costa, Relatora

DJe 10.11.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Conflito Positivo de Competência tendo como Suscitante a *Petróleo Brasileiro S/A Petrobras* e como Suscitados o *Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional-CCI*, o *Tribunal Regional Federal da 2ª Região* e o *Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro*.

2. Consoante se depreende dos autos, em 6.8.1998 a *Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis-ANP* celebrou o Contrato de Concessão 48000.003560/97-49 com a *Petrobras*, para Exploração, Desenvolvimento e Produção de Petróleo e Gás Natural no Bloco BC-60.

3. Afirmou a *Petrobras* que, em 14.2.2014, foi surpreendida pelo Ofício 244/2014/SDP, em que a ANP informava sobre a Resolução RD 69/2014 que, após 16 anos de vigência do dito Contrato de Concessão, alterara suas cláusulas, nomeadamente aquela que cogita do dispositivo compromissório; sustentou o intuito declaradamente arrecadatório, acrescendo que se trata de Resolução decidida unilateralmente pelo Colegiado da Agência, na reunião de Diretoria. Diante do impacto financeiro decorrente dessa decisão, a Suscitante apresentou pedido de reconsideração, na via administrativa, postulando a anulação/revogação da RD 69/2014, sem contudo lograr êxito.

4. Com a negativa do seu pleito, a Suscitante instaurou Procedimento Arbitral, em face da ANP, perante a *Corte Internacional de Arbitragem-ICC*,

objetivando a declaração de nulidade da RD 69/2014. Em 24.4.2014, tendo em vista o Tribunal Arbitral ainda não ter sido instalado, a Suscitante ajuizou Ação Cautelar na Justiça Federal do Rio de Janeiro, a fim de suspender os efeitos da decisão da Diretoria da ANP. A liminar foi concedida pelo Juízo de 1º Grau e posteriormente cassada pelo Tribunal de origem, em decisão proferida em Agravo de Instrumento interposto pela Interessada (ANP).

5. Após instalado o Conflito e informado acerca da medida liminar em trâmite da Justiça Federal, o Tribunal Arbitral determinou que, enquanto não houvesse deliberação sobre o pedido cautelar, as partes estariam proibidas de praticar quaisquer atos que pudessem afetar a esfera de direitos da outra.

6. Tomado ciência da instauração do Processo Arbitral, a ANP ajuizou Ação Anulatória na Justiça Federal do Rio de Janeiro, em face da *Petrobras*, pleiteando a anulação do Procedimento Privado. Proposta a Ação, o pedido liminar foi denegado pelo Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro e posteriormente confirmado pela Sentença de improcedência da Ação.

7. Em face da Sentença, recorreram a ANP e o *Estado do Espírito Santo*, que não foi admitido como parte pelo Juízo de Primeiro Grau. Antes mesmo que as Apelações fossem remetidas ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região, a ANP e o *Estado do Espírito Santo* propuseram, cada qual, Ação Cautelar naquele Tribunal Regional Federal, requerendo a suspensão do Procedimento Arbitral, sob o argumento de que haveria risco do referido Procedimento ser sentenciado pelos árbitros antes do julgamento das Apelações pelo Tribunal.

8. A Desembargadora da 8a. Turma Especializada do TRF da 2ª Região, que estava preventa em razão do julgamento de anteriores Recursos oriundos da mesma causa, concedeu o pedido de provimento liminar para suspender a tramitação da arbitragem instaurada pela *Petrobras* para discutir a validade da RD 69/2014. Após a interposição de Agravo Regimental, a decisão monocrática foi confirmada pela 8a. Turma Especializada daquele Tribunal. Opostos Embargos de Declaração, encontravam-se estes ainda pendentes de julgamento quando da formação do presente Conflito.

9. Em razão do entendimento daquela 8a. Turma, de que é o Judiciário que deve se manifestar tanto sobre a competência, quanto sobre o mérito, instaurou-se evidente conflito entre as jurisdições estatal e arbitral.

10. Ressalta a Suscitante que o *periculum in mora* materializou-se com o recebimento do Ofício ANP 223/2015/SPG, por meio do qual a ANP

intimou *a* Petrobras *a recolher a título de participação especial o montante de R$ 2.093.895.353,88*, acrescentando-se a isso a ameaça de ser aplicada a penalidade de 50% sobre o valor do débito caso tal pagamento não seja efetuado até o dia 29.4.2015. Ademais, na data de 30.4.2015, a Suscitante seria obrigada a efetuar o pagamento de outro elevado valor referente às participações governamentais correspondentes ao primeiro trimestre de 2015. Isso sem contar que, prevalecendo a Resolução, a *Petrobras* ficaria obrigada a efetivar modificações no desenvolvimento da área de concessão do Parque das Baleias, exigência cuja validade e eficácia ainda serão discutidas.

11. Quanto ao *fumus boni iuris*, apontou-se violação frontal ao ordenamento jurídico decorrente da decisão estatal proferida em detrimento da preferência da Justiça Arbitral para dizer sobre a sua própria competência.

12. Apreciando o pedido liminar, foi proferida a decisão de fls. 470/476, de minha lavra, que, concedendo a medida intentada, atribuiu provisoriamente a competência ao *Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional-CCI* para o exame de medidas ou providências de natureza emergencial, urgente ou acauteladora. Determinou-se, ainda, que todas as Ações Judiciais e/ou procedimentos administrativos vinculados ao objeto destes autos sejam imediatamente paralisados, suspensos e sobrestados. Segue ementa:

> *Processual Civil e Administrativo. Conflito de competência com pedido de medida liminar. Contrato entre ANP e Petrobras com cláusula compromissória padrão estabelecendo a autuação de juízo arbitral em caso de conflito. Alteração unilateral que se mostra* prima facie *descabida. Decisões proferidas pelo Juízo Estatal do Rio de Janeiro e pelo Juízo Arbitral. Preenchidos os requisitos autorizadores da concessão de liminar. Liminar concedida* (fls. 470).

13. Dessa decisão sobreveio a Petição da *Petrobras* de fls. 510/514, por meio da qual noticiou-se o suposto descumprimento das determinações provenientes da concessão da liminar, pugnando que a ANP se abstenha de implementar procedimentos administrativos vinculados ao objeto deste Conflito, e que paralise, suspenda ou sobreste os que eventualmente estejam em curso, inclusive a cobrança no valor de R$ 2.193.895.353,88, decorrente da unificação determinada pela RD 69/2014, tornando sem efeito, inclusive, as determinações constantes do Ofício ANP 277/2015/SEP.

14. Examinando esse pedido, foi proferida a decisão de fls. 542/544, de minha lavra, com as seguintes fundamentação e determinações:

> 5. Conforme expressamente determinado na decisão de fls. 470/476, todas as ações judiciais e/ou procedimentos administrativos vinculados ao objeto deste Conflito, instaurados ou que venham a ser instaurados contra a *Petrobras*, movidas pela ANP e pelo Estado do Espírito Santo, devem ser imediatamente paralisados, suspensos e sobrestados, também até o julgamento deste Conflito de Competência. Reitera-se, ainda, que, entre as medidas que devem ser paralisadas, suspensas e sobrestadas, está a cobrança do valor de R$ 2.193.895.353,88, bem como multa, demais encargos e outras eventuais cobranças decorrentes da unificação determinada na RD 69/2014.
>
> 6. Ante o exposto, defiro o pedido de fls. 510/514, determinando a expedição de novo Ofício à *Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis*, bem como às Superintendências de Exploração, de Desenvolvimento e Produção, e de Participações Governamentais, como especificado na petição, para que dêem integral cumprimento da decisão judicial proferida nestes autos, até o julgamento definitivo do presente Conflito de Competência.

15. Interpostos Agravos Regimentais do *Estado do Espírito Santo* e da ANP, foi proferida a decisão de fls. 888/891, que, em sua parte dispositiva, determinou:

> 8. Com essas considerações inspiradas na ideia de justiça do caso concreto, *suspendo da decisão impugnada pela Procuradoria Capixaba quaisquer efeitos que de alguma forma restrinjam, embaracem, impeçam ou retardem o legítimo exercício do Estado do Espírito Santo à regular percepção dos recursos oriundos de sua participação na exploração petrolífera no seu âmbito territorial*; por conseguinte, determino que a *Petrobrás* e a ANP adotem e façam adotar no domínio das respectivas atribuições administrativas, todas as medidas necessárias à liberação imediata do que devido for ao *Estado do Espírito Santo*, sem mais demora, e sem protelações burocráticas, ou seja, com prioridade absoluta.
>
> 9. Obviamente, a discussão entre a *Petrobrás* e ANP continuará e os seus desdobramento revelarão de que lado está a razão mais forte; dessa forma, acolho o Agravo Regimental do *Estado do Espírito Santo* e o provejo atentando para o conteúdo da sua pretensão, ou seja, a liberação dos valores que pertencem à sua Fazenda; neste caso, penso que faz-se melhor justiça focando-se a atenção judicial na pretensão, e não nas palavras do pedido: a pretensão é muito mais ampla, muito mais abrangente, muito mais larga e acolhível do que os termos restritivos, herméticos e fechados em que geralmente os pedidos judiciais são expostos; para mim, o que mais me importa é saber qual a pretensão da parte, pois a sua formulação em termos verbais depende muito da habilidade expositiva e da perícia linguística de quem fala (fls. 890/891).

16. Opostos Embargos de Declaração pela *Petrobrás*, foram eles acolhidos, tão somente *para sanar a obscuridade*, *sem efeitos infringentes e*

retificar a parte dispositiva da decisão embargada, esclarecendo que a liberação dos valores que pertencem ao ***Estado do Espírito Santo*** *limita-se ao pagamento das participações governamentais estaduais incontroversas (cálculos da produção por campo individualizadamente), conforme definido em contrato de licitação dos poços em operação, afastada a sua unificação em uma só unidade de produção, em outros termos, a* ***Petrobrás*** *e a ANP não deverão suspender qualquer pagamento, cobrança ou distribuição de participação especial ao* ***Estado do Espírito Santo*** *no que tange ao valor incontroverso* (fls. 939).

17. Após novos Aclaratórios (fls. 1.102/1.179), agora opostos pela ANP, foi proferida a decisão de fls. 1.185/1.188, que, rejeitando os Embargos, prestou os seguintes esclarecimentos:

> 10. Na hipótese, não se vislumbra a ocorrência de omissão, obscuridade ou contradição do decisum que demande reparação. No entanto, para fins de torná-la ainda mais clara e afastar qualquer dúvida referente às disposições do seu item 6, objeto dos presentes Aclaratórios, esclarece-se que, de fato, ele faz referência apenas às disposições do item 5, atinentes à liberação de valores pertencentes ao *Estado do Espírito Santo*, a título de participação governamental estadual incontroversa.
>
> 11. À exceção dessas verbas, inclusive no tocante à competência da Corte Arbitral e sua atuação, mantém-se incólume a decisão de fls. 542/544, que determinou a paralisação, suspensão e sobrestamento de todas as ações judiciais e/ou procedimentos administrativos vinculados ao objeto deste Conflito (fls. 1.187).

18. Ouvido o Ministério Público Federal, foi exarado o Parecer de fls. 1.196/1.206, da lavra do eminente Subprocurador-Geral da República *Flávio Giron*, opinando pelo conhecimento do Conflito Positivo de Competência, para que seja fixada a competência do Tribunal Arbitral.

19. Por último, foi interposto o presente Agravo Regimental pelo *Estado do Espírito Santo*.

20. Alega-se, nesta peça, que as decisões até aqui proferidas nestes autos indiretamente conferiram à *Petrobrás* uma espécie de salvo conduto para deixar de cumprir as decisões administrativas, judiciais e arbitrais que impuseram o recolhimento dos valores devidos à União, Estados e Municípios pela unificação dos campos que compõem o Parque das Baleias (RD 69/2014).

21. Insurge-se contra o recebimento do presente Conflito de Competência, suscitado com base em precedente tido por isolado e que não se adequaria à

realidade dos presentes autos (CC 111.230/DF, Rel. Min. *Nancy Andrighi*, DJe 3.4.2014); bem como contra o sobrestamento das decisões proferidas pela ANP, pela Justiça Federal e pelo Tribunal Arbitral.

22. Defende-se que o *Estado do Espírito Santo* não se submete à cláusula compromissória do litígio instaurado perante a Justiça Privada, razão pela qual não pode ser obrigado a observar ou obedecer Sentença Arbitral ou ser impedido de demandar no Poder Judiciário pela tutela de seus interesses.

23. Aduz-se indevido cerceamento do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório pela atribuição de efeitos infringentes aos Embargos de Declaração sem a prévia oitiva do ora agravante.

24. Sustenta-se, quanto ao mérito propriamente dito deste Conflito, que a tese jurídica articulada pela *Petrobrás* adota premissas fáticas não condizentes com a moldura da contenda; a inaplicabilidade do princípio competência-competência (*Kompetenz-Kompetenz*); bem como de dispositivos que impedem as partes do Juízo Privado de provocar a Justiça Estatal para sobrestar o julgamento arbitral, de modo a se identificar a legitimidade do Estado para postular pela suspensão e anulação da arbitragem.

25. Afirma-se, ainda, que, em se tratando de direito indisponível a matéria objeto da RD 69/2014, à luz do art. 1o. da Lei n. 9.307/1996, não se submete esta à competência da Justiça Arbitral, conforme teria decidido a Justiça Federal da 2ª Região.

26. É o relatório.

VOTO VENCIDO

Ementa: Conflito de competência. Contrato de concessão firmado por Petrobras e ANP com cláusula compromissória. Eleição de Corte Arbitral. Ausência de direito indisponível. Legalidade da cláusula de eleição. Necessidade de se viabilizar a defesa de direitos lesados ou ameaçados do Estado do Espírito Santo, não signatário da cláusula compromissória. Reflexos no repasse da participação especial dos Estados. Inviabilidade de atuação do Estado-Membro perante Corte Arbitral que não elegeu. Princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º XXXV da CF/1988). Garantia de acesso à justiça e efetividade das decisões. Conflito conhecido para declarar a competência da Justiça Federal.

1. STJ já decidiu caber a este Tribunal o processamento e julgamento de conflitos existentes entre Juízos Estatais e Tribunais Arbitrais, conforme previsão do art. 105, I, *g* da CF/1988. Precedente da Corte Especial: CC 111.230/DF, Rel. Min. *Nancy Andrighi*, DJe 3.4.2014.

2. Discute-se a competência para sediar os debates em torno da validade e aplicabilidade da Resolução de Diretoria 69/2014, da ANP, considerando-se a existência de cláusula compromissória e consequente constituição de Tribunal Arbitral para dirimir controvérsias surgidas entre a *Petrobras* e a ANP sobre o tema, assim como a necessidade de se viabilizar a defesa dos interesses do *Estado do Espírito Santo*, não signatário da referida cláusula, e a suspensão do processo arbitral determinada pela Justiça Federal.

3. Do exame dos autos, verifica-se a previsão compromissória na cláusula 29 do Contrato de Concessão 48000.003560/97-49 (fls. 90/91), da qual se infere a precedência e prioridade das soluções amigáveis dos conflitos, submetidos à arbitragem naquilo que for passível de resolução nessa seara.

4. A suposta indisponibilidade dos direitos concernentes à delimitação de campo de petróleo, sustentada pela Justiça Federal para afastar o feito da competência da Justiça Privada, não se mantém, verificando-se do bojo dos autos (Nota Técnica 131/2013/SDP; Ofício 244/2014/SDP; e Resolução de Diretoria ANP 69/2014) seu caráter eminentemente patrimonial, evidenciando, ainda, sua dispensabilidade, pelo fato da alteração promovida ocorrer após mais de 15 anos do início da vigência do Contrato de Concessão, pelo que se deduz a ausência de imperatividade da medida.

5. O convívio harmônico dos Juízes arbitrais com os órgãos do Judiciário constitui ponto fundamental ao prestígio da Arbitragem. Na escala de apoio do Judiciário à Arbitragem, ressai como aspecto essencial o da execução específica da cláusula compromissória, sem a qual a convenção de Arbitragem quedaria inócua (REsp 1.331.100/BA, Rel. Min. *Maria Isabel Gallotti*, Rel. p/ Acórdão Min. *Raul Araújo*, DJe 22.2.2016). Nesse diapasão, cite-se precedente da Suprema Corte: AgRg na SE 5.206/Espanha, Rel. Min. *Ellen Gracie*, julgado em 12.12.2001.

6. Para assegurar o equilíbrio e a correta conjugação e respeito da convivência harmônica das Cortes Arbitrais com o Poder Judiciário, não se pode afastar deste a apreciação de eventuais desrespeitos aos limites do instituto, ressaltando-se que a própria Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996), no art. 33, prevê a possibilidade de controle jurisdicional ulterior a partir do requerimento da parte interessada.

7. Afastar de maneira absoluta a atuação do Poder Judiciário, nessa ocasião, retira do *Estado do Espírito Santo* qualquer meio de defesa de seus interesses, inviabilizando sua proteção. Não fazendo parte da relação processual constituída na Corte Arbitral, dela não pode participar, sendo impossível sua intervenção no processo. Contraria-se, desse modo, o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, plasmado no art. 5º XXXV da CF/1988, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, imperativo este que é compatível com a Lei n. 9.307/1996.

8. Uma solução ao presente Conflito de Competência que somente declarasse a validade da cláusula compromissória e afastasse integralmente a demanda da Jurisdição Estatal acarretaria indevido cerceamento do acesso à Justiça por parte do Ente Federado, constituindo em prestação jurisdicional deficitária, insuficiente e, por consequência, injusta.

9. O direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 11-12).

10. Conflito conhecido para reconhecer a competência da *Justiça Federal*, ante à impossibilidade de se impor ao Ente Federado, não signatário da cláusula compromissória do contrato de concessão que se discute, qualquer reflexo de decisão de Corte Arbitral não eleita por ele.

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator):

I - Preliminar de Mérito: Competência deste STJ para o Julgamento do Conflito.

1. Primeiramente, no tocante à competência desta Corte para apreciar o presente feito, reitera-se os fundamentos da decisão proferida às fls. 470/476, de minha lavra, em que foi consignado o entendimento deste STJ de que cabe a este Tribunal o processamento e julgamento de conflitos existentes entre Juízos Estatais e Tribunais Arbitrais. Segue precedente da Corte Especial:

> Processo Civil. Arbitragem. Natureza jurisdicional. Conflito de competência frente a Juízo Estatal. Possibilidade. Medida cautelar de arrolamento. Competência. Juízo Arbitral.
>
> 1. A atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional, sendo possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral.
>
> 2. O direito processual deve, na máxima medida possível, estar a serviço do direito material, como um instrumento para a realização daquele. Não se pode, assim, interpretar uma regra processual de modo a gerar uma situação de impasse, subtraindo da parte meios de se insurgir contra uma situação que repute injusta.
>
> 3. A medida cautelar de arrolamento possui, entre os seus requisitos, a demonstração do direito aos bens e dos fatos em que se funda o receio de extravio ou de dissipação destes, os quais não demandam cognição apenas sobre o risco de redução patrimonial do devedor, mas também um juízo de valor ligado ao mérito da controvérsia principal, circunstância que, aliada ao fortalecimento da arbitragem que vem sendo levado a efeito desde a promulgação da Lei n. 9.307/1996, exige que se preserve a autoridade do árbitro como juiz de fato e de direito, evitando-se, ainda, a prolação de decisões conflitantes.
>
> 4. Conflito conhecido para declarar a competência do Tribunal Arbitral (CC 111.230/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 3.4.2014).

2. O Princípio da competência sobre a competência (*kompetenz kompetenz*), de origem alemã, traduz o entendimento que o juízo provocado é o primeiro a examinar sua própria competência, podendo, via de regra, repudiá-la de plano. Encontra abrigo para aplicação na Arbitragem no art. 20 da Lei n. 9.307/1996. Segue a redação:

> Art. 20 - A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

3. A alusão a esse princípio pela Suscitante, por si só, não conduz à ausência de competência desta Corte para examinar eventuais conflitos havidos entre Juízos Estatais e Arbitrais. Com efeito, o art. 20 da Lei n. 9.307/1996 tem aplicação no âmbito da Própria Justiça Privada, que, provocada, pode acolher ou não a competência. Surgindo conflito positivo de competência com a Justiça Federal, recai sobre este STJ a responsabilidade para dirimir a questão, conforme o teor do art. 105, I, *g* da CF/1988:

> Art. 105- Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
>
> I - processar e julgar, originariamente:
>
> g) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União;

4. Frise-se não se estar diante de conflito entre duas Câmaras Arbitrais. Na presente ocasião, tem-se de um lado um Tribunal e de outro uma Corte Privada de solução de demandas, ambos avocando o exercício de atividade jurisdicional. Nessa ótica, faz-se possível o conhecimento do conflito, passando-se ao exame de seu mérito.

II - Mérito: Corte Arbitral Internacional X Justiça Federal.

5. Discute-se nos autos, em apertada síntese, a competência para sediar os debates em torno da validade e aplicabilidade da Resolução de Diretoria/ANP 69/2014, considerando-se a existência de cláusula compromissória e consequente constituição de Tribunal Arbitral para dirimir controvérsias surgidas entre a *Petrobras* e a ANP sobre o tema, assim como a necessidade de se viabilizar a defesa dos interesses do *Estado do Espírito Santo*, não signatário da referida cláusula, e a suspensão do processo arbitral determinada pela Justiça Federal.

6. Extrai-se dos autos, às fls. 90/91, a referida disposição compromissória, prevista na cláusula 29 do Contrato de Concessão 48000.003560/97-49. Segue a redação no que interessa:

> 29.2. Fica eleito o foro da Cidade do Rio de Janeiro para resolver quaisquer dúvidas, controvérsias, conflitos ou pendências surgidos entre as partes em decorrência da execução ou da interpretação deste Contrato, que não possam ser solucionados de forma amigável ou por meio de arbitragem.
>
> (...)

> 29.4 Observado o disposto no parágrafo 29.3.1, se a qualquer momento uma parte considerar que inexistem condições para uma solução amigável de uma disputa ou controvérsia a que se refere o parágrafo 29.3, então essa parte poderá submeter essa disputa ou controvérsia a arbitragem, dando início ao processo respectivo, de acordo com os seguintes princípios:
>
> (...).

7. Da leitura das declarações do ajuste aqui transcritas, infere-se a eleição da precedência e prioridade das soluções amigáveis dos conflitos, submetidos à arbitragem naquilo que for passível de resolução nessa seara.

8. Por sua vez, a Justiça Federal afastou o exame da legalidade da RD/ANP 69/2014 da competência da Justiça Privada com fundamento no art. 1o. da Lei n. 9.307/1996, segundo o qual *as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da Arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.* Com base nesse dispositivo, reputou indisponíveis os direitos concernentes à delimitação de campo de petróleo, que envolveria atividade fiscalizadora, decorrente de poder de polícia da Agência Reguladora, no caso, da ANP.

9. A Resolução de Diretoria em voga teve como objeto a realização de ajustes na Política Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, resolvendo, especialmente, *considerar como um único Campo, delimitado por uma mesma poligonal* (ring fence), *os campos de Baleia Anã, Baleia Azul, Baleia Franca, Cachalote, Caxaréu, Jubarte e Pirambu, designando-o Campo de Jubarte* (fls. 98). As conclusões e recomendações constantes da Nota Técnica 131/2013/SDP (fls. 117/118) descrevem o impacto e os efeitos financeiros da medida para a arrecadação de Participações Especiais e para a elevação das receitas governamentais.

10. Direito indisponível é aquele que impõe limites à vontade do próprio titular, que se vê privado da sua disposição, seja por expressa previsão em lei, ou por sua natureza inalienável.

11. Salvo melhor juízo, não se vislumbra a indisponibilidade do direito discutido no presente Processo Arbitral. As alterações definidas na RD/ANP 69/2014, analisadas pela Nota Técnica 131/2013/SDP, têm caráter eminentemente patrimonial, não se revelando inalienável ou impossível de se proceder e ajustar de maneira diversa. Tanto é que foi fruto de deliberação da Diretoria da ANP, no uso do poder discricionário.

12. Embora envolva interesse público, que se confundiria com um conceito mais vago de *ordem pública*, essa questão não deve ser tida como um óbice à aplicação da cláusula compromissória firmada entre a *Petrobras* e a ANP.

13. Com efeito, a consideração como um único Campo dos limites do Parque das Baleias não é medida indisponível ou de caráter indispensável e imprescindível à ordem pública, notadamente pelo fato de que as mudanças incidirão em Contrato de Concessão assinado em agosto de 1998, ou seja, com vigência superior a 15 anos na época do ato impugnado no Juízo Privado (RD/ANP 69/2014), sem que, até então, fosse determinante a adoção das medidas deliberadas na Resolução. Ou seja, passados mais de 15 anos sem que a medida fosse tida como essencial, não há plausibilidade em reconhece-la agora como imperativa à ordem pública.

14. Nesse ponto, portanto, não há falar em ilegalidade da cláusula compromissória.

15. Apesar de não a considerar ilegal, sua aplicabilidade deve ser analisada com cautela, em razão da necessidade de se conjugar a eleição prevista na cláusula compromissória com as medidas processuais tradicionais fornecidas pelo Estado.

16. A necessidade de respeito à cláusula compromissória, como manifestação das partes envolvidas, já foi objeto de reflexão deste Superior Tribunal de Justiça, que oportunamente consignou que *o convívio harmônico dos Juízes arbitrais com os órgãos do Judiciário constitui ponto fundamental ao prestígio da arbitragem. Na escala de apoio do Judiciário à arbitragem, ressai como aspecto essencial o da execução específica da cláusula compromissória, sem a qual a convenção de arbitragem quedaria inócua* (REsp 1.331.100/BA, Rel. Min. *Maria Isabel Gallotti*, Rel. p/ Acórdão Min. *Raul Araújo*, DJe 22.2.2016).

17. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, desenvolveu o seguinte raciocínio acerca da necessidade de observância da cláusula compromissória:

> Negar possibilidade a que a cláusula compromissória tenha plena validade e que enseje execução específica importa em erigir em privilégio da parte inadimplente o furtar-se à submissão à via expedita de solução da controvérsia, mecanismo este pelo qual optara livremente, quando da lavratura do contrato original em que inserida essa previsão.
>
> É dar ao recalcitrante o poder de anular condição que – dada a natureza dos interesses envolvidos – pode ter sido consideração básica à formação da avença. É inegável que, no mundo acelerado em que vivemos, ter, ou não, acesso a fórmulas rápidas de solução das pendências resultantes do fluxo comercial, constitui diferencial significativo no poder de barganha dos contratantes (AgRg na SE 5.206/Espanha, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 12.12.2001).

18. O que se observa é a necessidade de se resguardar o acordo firmado na cláusula compromissória, preservando, no que for possível, a aplicação da Arbitragem, meio alternativo para a resolução de conflitos, importante para desafogar a jurisdição do Estado, consubstanciando solução muitas vezes mais célere e satisfatória aos envolvidos. Ocorre que, até mesmo para assegurar o equilíbrio e a correta conjugação e respeito da convivência harmônica das Cortes Arbitrais com o Poder Judiciário, não se pode afastar deste a apreciação de eventuais desrespeitos aos limites do instituto. Há, inclusive, previsão expressa no art. 33 da Lei n. 9.307/1996 de controle ulterior pela Justiça Estatal, a ser provocado pela parte interessada, quando considerar ilegal a sentença arbitral.

19. Por todo o exposto até aqui, poder-se-ia entender evidenciado que eventual controvérsia acerca da legalidade e aplicabilidade da RD/ANP 69/2014, no que for pertinente à Agência em relação à *Petrobras*, deve ser solucionada por meio do procedimento arbitral instaurado na *Corte Internacional de Arbitragem-ICC*, em conformidade com a cláusula 29 do Contrato de Concessão 48000.003560/97-49 (cláusula compromissória).

20. Dessa conclusão, no entanto, exsurgiria uma nova problemática. Os reflexos da solução que for dada à controvérsia no Juízo Privado em relação às alterações promovidas pela /ANP 69/2014 interferirão diretamente nos interesses do *Estado do Espírito Santo*, não signatário da referida cláusula e que, por esse motivo, não pode se submeter a ela.

21. Afastar a atuação do Poder Judiciário, nessa ocasião, retira do Ente Federado qualquer meio de defesa de seus interesses, inviabilizando sua proteção. Não fazendo parte da relação processual constituída na Corte Arbitral, dela não pode participar, sendo impossível sua intervenção no processo.

22. Alude-se, portanto, ao Princípio da inafastabilidade da jurisdição para proteger o direito de ação plasmado no art. 5º XXXV da CF/1988, segundo o qual *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*

23. Em relação ao *Estado do Espírito Santo*, na presente hipótese, não foi conferida essa opção, sendo, por motivos óbvios, inviável presumir a sua anuência com a solução dos conflitos que lhe interessem por juízo privado, do qual não é parte para defender expectativa ou direito ameaçados ou lesados.

24. Discorrendo acerca da necessidade de garantia de acesso à justiça e a efetividade das decisões como ponto sensível para a consecução da missão social do processo, os eminentes Professores ADA PELLEGRINI GRINOVER, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO E ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA corretamente afirmam:

> Seja nos casos de controle jurisdicional indispensável, seja quando simplesmente uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem podia satisfazê-la, a pretensão trazida pela parte ao processo clama por uma solução que faça justiça a ambos os participantes do conflito e do processo. Por isso é que se diz que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o acesso à justiça, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em acesso à ordem jurídica justa.
>
> (...).
>
> (...) Todo processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter. Essa máxima de nobre linhagem doutrinária constitui verdadeiro slogan dos modernos movimentos em prol da efetividade do processo e deve servir de alerta contra tomadas de posição que tornem acanhadas ou mesmo inúteis as medidas judiciais, deixando resíduos de injustiça (Teoria Geral do Processo. Brasil: Malheiros, 2009, p. 39-41).

25. Sobre o tema, também vale a transcrição da lição dos ilustres Professores MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH:

> De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos (Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 11-12).

26. Uma solução ao presente Conflito de Competência que somente declarasse a validade da cláusula compromissória e afastasse a demanda da Jurisdição Estatal acarretaria indevido cerceamento do acesso à Justiça por parte do Ente Federado, constituindo em prestação jurisdicional deficitária, insuficiente e, por consequência, injusta.

27. Não se pretende declarar aqui a invalidade da cláusula. O que não se pode admitir é a sua aplicação em detrimento do manifesto interesse do *Estado do Espírito Santo* nas demandas que envolvem o Contrato de Concessão 48000.003560/97-49 e a RD/ANP 69/2014, que envolvem a definição dos valores devidos a título de participação especial, importante parcela do orçamento do Ente Federado.

28. Nesse contexto, da ponderação dos valores e princípios confrontados, sem ignorar a legitimidade e a importância da Arbitragem na solução de

conflitos, na hipótese em apreço, valendo-se do indispensável acesso à justiça a se franquear ao *Estado do Espírito Santo*, outra solução possível não há que não seja a de considerar a Justiça Federal como competente para o processamento e julgamento de processos que surjam em torno da RD/ANP 69/2014, ante o evidente interesse do Estado-membro nos reflexos sobre o repasse da participação especial dela decorrente.

29. Diante de todo o exposto, conhece-se do presente conflito para declarar a competência da *Justiça Federal*, dada a impossibilidade de se impor ao Ente Federado, não signatário da cláusula compromissória do contrato de concessão que se discute, qualquer reflexo de decisão de Corte Arbitral não eleita por ele.

30. É como penso. É como voto.

ADITAMENTO AO VOTO

(28.6.2017)

Ementa: Conflito positivo de competência. Corte Arbitral *versus* Juízo Federal. Impossibildiade de extensão subjetiva da cláusula compromissória. Art. 4º da Lei n. 9.307/1996. Convenção de Nova Iorque (recepção no Direito Brasileiro pelo Decreto n. 4.311/2002). Imprescindibilidade de inequívoca manifestação de vontade de aceitação do Juízo Arbitral. Doutrina especializada. Precedente Desta Corte Superior. Reiteração do voto de conhecimento do conflito para declarar competente a Justiça Federal.

1. Conforme disposto no art. 4o. da Lei n. 9.307/1996, a cláusula compromissória é a convenção através da qual *as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir*, relativamente a tal contrato. Desse modo, a vinculação ao compromisso arbitral é algo que *decorre direta e indispensavelmente da manifestação de vontade* de submissão ao juízo arbitral, medida não adotada pelo *Estado do Espírito Santo*, no presente caso.

2. *O princípio da competência-competência restringe-se à prerrogativa do foro de eleição analisar questões relacionadas à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória*. No Direito Internacional, apresenta dois modelos distintos de aplicação: o francês e o americano. Embora alinhada a legislação pátria ao modelo francês, *a Convenção de Nova Iorque-CNI, da qual a República Federativa do Brasil é signatária*

(Decreto n. 4.311/2002), estabelece diretrizes voltadas à adoção do sistema americano, mitigando a compreensão mais ampla conferida, em seu voto, pela eminente Ministra *Regina Helena Costa* ao aludido princípio.

3. A disposição do art. II, 3 da CNI, em especial, reconhece que o Poder Judiciário do Estado Signatário da convenção tem a prerrogativa de examinar a validade e extensão da cláusula compromissória, verificando se *tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexeqüível*. Não é outra a hipótese dos autos. Com efeito, *ao transbordar a esfera de direitos dos signatários, interferindo na de Entes que não pactuaram a eleição da arbitragem, a cláusula se revela inaplicável, inoperante e mesmo inexeqüível, neste caso.*

4. A convenção arbitral, que produz efeitos contundentes, tem como contrapartida que demonstrar *cabal, clara e inequívoca vontade* dos contratantes de entregar a solução de litígio (atual ou futuro, não importa) à solução de árbitros. *O efeito severo de afastar a jurisdição do Estado não pode ser deduzido, imaginado, intuído ou estendido. A manifestação do consentimento dos interessados é essencial*. Lição do Professor Carlos Alberto Carmona. (Arbitragem e Processo: um Comentário à Lei n. 9.307/1996, São Paulo: Atlas, 2009, p. 83).

5. A jurisdição estatal *não é afastada definitivamente pela cláusula compromissória e, principalmente, o seu cumprimento (da cláusula compromissória) não se eleva acima do interesse nacional de preservação de suas riquezas minerais*. Pode-se até dizer que *não existe interesse contratual que se sobreponha à soberania e nem haverá valor maior do que a sua afirmação (da soberania).*

6. *A inequívoca demonstração da manifestação de vontade de a parte aderir e constituir o Juízo arbitral ofende à ordem pública, porquanto afronta princípio insculpido em nosso ordenamento jurídico, que exige aceitação expressa das partes por submeterem a solução dos conflitos surgidos nos negócios jurídicos contratuais privados arbitragem* (SEC 967/GB, Rel. Min. *José Delgado*, DJ 20.3.2006).

7. A consensualidade, portanto, é elemento indispensável à validade da cláusula compromissória. Deriva da natureza própria dos negócios bilaterais, em que impera o princípio da relatividade, pelo qual os efeitos do ajuste serão produzidos exclusivamente entre as partes, não aproveitando nem prejudicando terceiros.

8. Adito os fundamentos do voto originário, reiterando a competência da Justiça Federal.

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Conflito Positivo de Competência tendo como Suscitante a *Petróleo Brasileiro S/A-Petrobras* e como Suscitados o *Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional-CCI*, de Nova Iorque/Estados Unidos, o *Tribunal Regional Federal da 2ª Região* e o *Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro*.

2. Após voto de minha autoria proferido na sessão do dia 14.12.2016, conhecendo do conflito para declarar a competência da *Justiça Federal*, pediu vista a eminente Ministra *Regina Helena Costa*.

3. Na sessão do dia 26.4.2017, a ilustre Ministra trouxe seu importante voto inaugurador da divergência, conhecendo do conflito, porém compreendendo, em divergência comigo, ser competente o *Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional-CCI*, de Nova Iorque, Estados Unidos.

4. Nessa ocasião, a eminente Ministra adotou os seguintes argumentos gerais para fundamentar o seu voto: (a) as disposições dos arts. 8º e 20 da Lei n. 9.307/1996, conferem ao juízo arbitral a prerrogativa de deliberar sobre os limites de suas próprias atribuições, precedentemente a qualquer outro órgão julgador; e (b) a disponibilidade dos direitos patrimoniais objeto de contrato pela Administração permite a elaboração do compromisso arbitral.

5. Acerca da patrimonialidade dos direitos objeto de transação e regulamentação, respectivamente, neste caso, o Contrato de Concessão 48000.003560/97-49 e a RD/ANP 69/2014, *não há maior dissidência de entendimento*. O voto de minha lavra acompanha esse raciocínio, ressaltando o caráter patrimonial da avença (itens 11 a 14 do meu voto). No entanto, o reconhecimento da patrimonialidade dos direitos que constituem o objeto daqueles instrumentos jurídicos *não significa, nem de longe, que se trate de bens que possam ser transacionados, onerados, alienados ao talante da entidade incumbida da sua gestão, no caso, a* ***Petrobrás S.A.****, porque se trata de bens e direitos titulados pela União Federal.*

6. Os recursos minerais de qualquer espécie ou natureza constituem *patrimônio nacional*, reservados à tutela da soberania brasileira. A atuação prospectiva desses recursos e a gestão de sua exploração econômica, *mesmo*

atribuídas à ***Petrobrás S.A.***, não ficam, por essa só razão, à plena disposição das decisões da empresa petrolífera. E assim é porque, além de ser patrimônio nacional, inalienável e estratégico, o petróleo explorado economicamente *produz participações financeiras em benefício de outros Entes Federativos, Estados e Municípios Brasileiros, que não estão subordinados à* ***Petrobrás S.A.****, não são caudatários dos seus interesses e, sobretudo, não são signatários do tal pacto compromissório de arbitragem.*

7. Sem querer recuperar um *raciocínio nostálgico*, que foi apanágio da grande luta *o petróleo é nosso*, da década de 50, no século passado, penso que é conveniente sublinhar que *a preservação dessa riqueza não deve ficar vulnerável a deliberações empresariais que desconsiderem outros aspectos igualmente estratégicos*. Neste caso, é preciso levar em conta que as entidades partícipes da divisão dos resultados positivos da exploração petrolífera, os Estados e Municípios, *precisam ter acesso a meios jurídicos eficazes na defesa dos seus interesses, direitos e patrimônios.*

8. Não é possível deixar de assinalar que essas entidades periféricas do sistema federativo, cujos orçamentos são abastecidos com recursos oriundos da exploração petrolífera, *estão fora do pacto compromissório*, isso porque, a Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996), no seu art. 4º, institui claramente que *somente os signatários da avença compromissória se vinculam aos seus termos e, portanto, ao juízo arbitral.* Fora desse vínculo, deve prevalecer o juízo estatal.

9. De acordo com o sentido desse artigo de lei, a vinculação ao compromisso arbitral é algo que *decorre direta e indispensavelmente da manifestação de vontade*, no caso, da vontade de submissão ao juízo arbitral. E isso o *Estado do Espírito Santo* não fez, neste caso.

10. Em que pese a notável fundamentação da eminente Ministra, no que tange ao ponto de real divergência, esta não reflete, a meu ver, a melhor interpretação do chamado *princípio da competência-competência*, originário da doutrina alemã, que preconiza que o órgão julgador é competente para dizer a latitude de sua própria competência. Mas isso é de importância menor, neste caso, ao meu ver.

11. Primeiramente, porque, como dito, essa interpretação é contrária à própria letra da Lei n. 9.307/1996, veiculadora da regulamentação da Arbitragem no Brasil. Conforme disposto no art. 4o. do referido diploma, *a cláusula compromissória é a convenção através da qual* ***as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir****, relativamente a tal contrato.*

12. Observe-se que a norma restringe o comprometimento de observância da cláusula compromissória *somente às partes signatárias*, dentro dos limites do contrato firmado entre elas. Não há infringência à lei quando a parte interessada, no caso o *Estado do Espírito Santo*, *não signatária do ajuste*, busca o respaldo do Poder Judiciário para resguardar o seu direito. Enfim, não pode a Corte Arbitral impor a sua jurisdição ao Ente que não fora, nem ao menos, consultado da pactuação e, muito menos, é parte nesse compromisso.

13. O princípio da competência-competência restringe-se à prerrogativa do foro de eleição analisar questões relacionadas à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória. No Direito Internacional, apresenta dois modelos distintos de aplicação, o francês e o americano.

14. A metodologia adotada na França estabelece que a competência deve ser verificada inicialmente pelo árbitro eleito, com possível controle jurídico, *a posteriori*, pelo Magistrado. Por sua vez, o modelo estadunidense, assentado no julgamento do caso *Prima Paint v. Flood & Conklin Manufacturing Co.* (1967) pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, *estabelece a competência do Poder Judiciário para apreciar a validade da cláusula e demais temas correlatos.*

15. Isso quer dizer, ao meu sentir, que a jurisdição estatal *não é afastada definitivamente pela cláusula compromissória e, principalmente, que o seu cumprimento (da cláusula compromissória) não se eleva acima do interesse nacional de preservação de suas riquezas minerais*. Pode-se até dizer que *não existe interesse contratual que se sobreponha à soberania e nem haverá valor maior do que a sua afirmação.*

16. Embora a Lei n. 9.307/1996 aponte para a incidência do modelo francês no território brasileiro, a Convenção de Nova Iorque-CNI, da qual a República Federativa do Brasil é signatária (Decreto n. 4.311/2002), estabelece diretrizes voltadas à adoção do sistema americano, mitigando a compreensão mais ampla conferida pela eminente Ministra *Regina Helena Costa* ao princípio competência-competência.

17. Destacam-se da CNI as seguintes regras limitatórias à ampla competência da Corte Arbitral:

> Artigo II
>
> 3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, *a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexeqüível.*

> (...).
>
> Artigo V
>
> 1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que:
>
> (...).
>
> c) a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão à arbitragem, ou contém decisões acerca de matérias que transcendem o alcance da cláusula de submissão, contanto que, se as decisões sobre as matérias suscetíveis de arbitragem puderem ser separadas daquelas não suscetíveis, a parte da sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem possa ser reconhecida e executada;

18. A disposição do art. II, 3 da CNI, em especial, reconhece que o Poder Judiciário do Estado signatário da convenção tem a prerrogativa de examinar a validade e extensão da cláusula compromissória, verificando se ***tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexeqüível.*** Não é outra a hipótese dos autos. Com efeito, *ao transbordar a esfera de direitos dos signatários, interferindo na de Entes Estatais Internos que não pactuaram a eleição da arbitragem, a cláusula se revela inaplicável, inoperante e mesmo inexequível.*

19. Sobre o tema, em seus estudos acerca da extensão subjetiva da convenção de arbitragem, leciona o ilustre Professor CARLOS ALBERTO CARMONA:

> A convenção arbitral, que produz efeitos contundentes, tem como contrapartida que demonstrar *cabal, clara e inequívoca vontade* dos contratantes de entregar a solução de litígio (atual ou futuro, não importa) à solução de árbitros. *O efeito severo de afastar a jurisdição do Estado não pode ser deduzido, imaginado, intuído ou estendido. O consentimento dos interessados é essencial* (Arbitragem e Processo: um Comentário à Lei n. 9.307/96, São Paulo: Atlas, 2009, p. 83).

20. A propósito da indispensabilidade do consentimento para a submissão à arbitragem, colhe-se precedente deste Superior Tribunal de Justiça:

> Processual Civil. SEC - Sentença Estrangeira Contestada. Homologação. Descabimento. Eleição do Juízo Arbitral. *Ausência de manifestação expressa da parte requerida*. Ofensa a princípio de ordem pública. Indeferimento do pedido de homologação.

> 1. *Plexus Cotton Limited*, sociedade constituída e existente de acordo com as leis da Inglaterra, com sede em Liverpool, Inglaterra, requer a homologação de *Sentença Arbitral Estrangeira*, proferida por *Liverpool Cotton Association - LCA*, que condenou *Santana Têxtil Ltda.* a pagar à requerente a quantia de U$D 231.776,35 (duzentos e trinta e um mil, setecentos e setenta e seis dólares e trinta e cinco centavos), além de determinar o faturamento de parte da mercadoria ou o equivalente a 2.204.600 libras líquidas, em razão de descumprimento de contrato firmado entre as partes.
>
> 2. Na hipótese em exame, consoante o registrado nos autos, não restou caracterizada a manifestação ou a vontade da requerida no tocante à eleição do Juízo arbitral, uma vez que não consta a sua assinatura nos contratos nos quais se estabeleceu a cláusula arbitral.
>
> *3. A inequívoca demonstração da manifestação de vontade de a parte aderir e constituir o Juízo arbitral ofende à ordem pública, porquanto afronta princípio insculpido em nosso ordenamento jurídico, que exige aceitação expressa das partes por submeterem a solução dos conflitos surgidos nos negócios jurídicos contratuais privados arbitragem.*
>
> 4. No caso em exame, não houve manifestação expressa da requerida quanto à eleição do Juízo Arbitral, o que impede a utilização desta via jurisdicional na presente controvérsia.
>
> 5. Pedido de homologação a que se nega deferimento (SEC 967/GB, Rel. Min. José Delgado, DJ 20.3.2006).

21. A consensualidade, portanto, é elemento indispensável à validade da execução da cláusula compromissória. Deriva da natureza própria dos negócios bilaterais, em que impera o princípio da relatividade, pelo qual os efeitos do ajuste serão produzidos exclusivamente entre as partes, não aproveitando nem prejudicando terceiros.

22. A doutrina e a jurisprudência internacionais admitem a mitigação do princípio da relatividade e a consequente expansão dos efeitos da arbitragem a não-signatários, *em hipóteses relacionadas a grupos econômicos ou de tentativa de se evadir da responsabilidade por descumprimento contratual, escondendo-se por trás da personalidade jurídica da Empresa* (disregard doctrine). Nessas ocasiões, busca-se *repreender a suposta má-fé do grupo para fazer valer o que foi livremente pactuado pelos contratantes.* Não é esta a hipótese dos presentes autos, porquanto *o* ***Estado do Espírito Santo*** *não guarda para com as partes (Petrobrás S.A. e ANP) qualquer grau de subordinação ou posição hierárquica inferior, não se confundindo, a rigor, os interesses econômicos envolvidos.*

23. Ademais, apesar da previsão, na avença, de participação de partes não-signatárias no procedimento arbitral, cuja possibilidade é, de fato, amplamente aceita na doutrina pátria, essa circunstância não é suficiente para afastar a ilegalidade causada pela imposição ao Ente estatal de abster-se da defesa de seus direitos perante o Poder Judiciário, pressuposto esse plasmado no art. 5º XXXV da CF/1988, segundo o qual *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*

24. Ante o exposto, reiterando e aditando os fundamentos do meu voto originário, *conheço do conflito para determinar a competência da Justiça Federal*, dada a impossibilidade jurídica de se impor ao Ente Estatal Federado (neste caso, o Estado do Espírito Santo), *não signatário da cláusula compromissória do contrato de concessão que se discute*, qualquer reflexo de decisão de Corte Arbitral não eleita por ele. É como adito o voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Trata-se de conflito positivo de competência suscitado por ***Petróleo Brasileiro S/A Petrobrás***, em face do *Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional*, do *Tribunal Regional Federal da 2ª Região* e do *Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro*, figurando como interessados a *Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP*, o *Estado do Espirito Santo e o Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis - IBP*, este na qualidade de *amicus curiae*.

A Suscitante sagrou-se vencedora na Rodada Zero de Licitações da ANP e arrematou uma série de pequenos campos de petróleo, celebrando contrato de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural no denominado Parque das Baleias - Termo Contratual n. 48000.003560/97-49 (fls. 44/95e).

Após dezesseis anos de vigência do contrato, em 05.02.2014, a ANP proferiu decisão administrativa, por sua diretoria e editou a Resolução RD n. 69/2014 (fls. 96/99e), atingindo diretamente o mencionado contrato, em sua cláusula econômica, com a unificação de todos os campos anteriormente arrematados, criando um único grande campo de petróleo (Campo de Jubarte) e, consequentemente, elevando "substancialmente as receitas governamentais, sem, contudo, inviabilizar economicamente o projeto (vide VPL), além de fazer

migrar o *Government Take - GT (%)* de um patamar de 49,8%, na Alternativa 1 (campos desagregados), para 58,8%, na alternativa 3 (campos unificados)" (fls. 07/08e).

A fim de solucionar a controvérsia provocada pela ANP, com a edição da Resolução n. 69/2014, a *Petrobrás* deflagrou, com amparo no Contrato de Concessão (cláusula vigésima nona, item 29.4 - fl. 91e), em 17.04.2014, a instauração de procedimento arbitral em face da ANP, perante a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional - CCI e, após sua instalação, requereu, neste incidente, medida liminar de suspensão da Resolução n. RD 69/2014, a qual foi deferida até ulterior deliberação dos árbitros (fls. 349/357e e fls. 456/464e).

Em sua decisão, o Senhor Relator preservou a competência do Tribunal Arbitral, obstando, até o julgamento deste conflito, medidas ou providências de natureza emergencial, urgente ou acauteladora, determinando, igualmente, que todas as ações judiciais e/ou procedimentos administrativos vinculados ao objeto deste Conflito, instaurados ou que venham a ser instaurados contra a *Petrobrás*, movidas pela ANP e pelo Estado do Espírito Santo, sejam imediatamente paralisados, suspensos e sobrestados (fls. 470/476e).

Tendo em vista a informação de descumprimento de tal decisão, a Suscitante requereu fossem oficiados, além da Diretoria Geral, as Superintendências de Exploração, de Desenvolvimento e de Produção e de Participações Governamentais, para que a ANP se abstivesse de implementar as alterações pretendidas e ora impugnadas (fls. 510/514e), pleito deferido pelo Senhor Relator (fls. 542/544e).

O Estado do Espirito Santo e a ANP, na qualidade de terceiros interessados, interpuseram agravos regimentais (fls. 549/627e e fls. 631/809e).

Intimada, a Agravada *Petrobrás* (fl. 813e), apresentou impugnação (fls. 817/833e).

Em sequência, o Senhor Relator suspendeu a decisão agravada, determinando que a *Petrobrás* e a ANP "adotem e façam adotar no domínio das respectivas atribuições administrativas, todas as medidas necessárias à liberação imediata do que devido for ao *Estado do Espírito Santo*, sem mais demora, e sem protelações burocráticas, ou seja, com prioridade absoluta" (fls. 888/891e) e deu provimento ao agravo regimental do Estado Membro, para determinar a liberação dos valores a ele pertencentes (fls. 888/891e). Assim, restou pendente de julgamento apenas o agravo regimental da ANP (fls. 631/809e).

Opostos embargos de declaração pela *Petrobrás* (fls. 896/911e), foram acolhidos sem efeitos infringentes, tão somente para esclarecer que "a liberação dos valores que pertencem ao *Estado do Espírito Santo* limita-se ao pagamento das participações governamentais estaduais incontroversas (cálculos da produção por campo individualizadamente), conforme definido em contrato de licitação dos poços em operação, afastada a sua unificação em uma só unidade de produção, em outros termos, a *Petrobrás* e a ANP não deverão suspender qualquer pagamento, cobrança ou distribuição de participação especial ao *Estado do Espírito Santo* no que tange ao valor incontroverso" (fls. 938/940e).

Rejeitados novos embargos de declaração opostos pela ANP (fls. 1.185/1.188e e fls. 1.185/1.188e).

O Estado do Espirito Santo interpôs, então, agravo regimental (fls. 1.208/1.385e), pleiteando o não conhecimento do presente conflito de competência.

O Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis - IBP, por seu turno, requereu seu ingresso como *amicus curiae* (fls. 1.432/1.527e), deferido às fls. 1.544/1.545e.

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento do conflito e, no mérito, pela declaração da competência do Tribunal Arbitral para decidir sobre a cláusula arbitral (fls. 1.196/1.206e).

Na sessão de 14.12.2016, o Senhor Relator, Ministro Napoleão, votou no sentido de conhecer do conflito, declarando competente para apreciar a pretensão o Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Solicitei vista dos autos para analisá-los com maior detença, face ao ineditismo da controvérsia.

*I - **Da Admissibilidade do Conflito de Competência***

Trata-se de conflito positivo objetivando definir a competência para decidir acerca da "existência, validade e eficácia da Cláusula Compromissória (Arbitral) (fl. 91e) do Contrato de Concessão firmado entre a Petrobrás e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural - Termo Contratual n. 48000.003560/97-49 (fls. 44/95e) - no território do Estado do Espírito Santo, cujas condições para execução foram alteradas unilateralmente pela ANP por meio da Resolução da Diretoria (RD) n. 69/2014 (fl. 98e)".

Inicialmente, relevante lembrar que a atividade de arbitragem possui natureza jurisdicional.

Em comentários à Lei n. 9.307/1996, ensina Carlos Alberto Carmona:

> O art. 32 [da Lei n. 9.307/1996] afirma que a decisão final dos árbitros produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal, constituindo a sentença condenatória título executivo que, embora não oriundo do Poder Judiciário, assume a categoria de judicial.
>
> *O legislador optou, assim, por adotar a tese jurisdicional da arbitragem, pondo termo à atividade homologatória do juiz, fator e emperramento da arbitragem. Certamente continuarão a surgir críticas, especialmente de processualistas ortodoxos que não conseguem ver a atividade processual – e muito menos jurisdicional – fora do âmbito da tutela estatal estrita.* Para rebater tal idéia tacanha de jurisdição, não há lição mais concisa e direta que a de Giovanni Verde: 'A experiência tumultuosa destes últimos quarenta anos nos demonstra que a imagem do Estado onipotente e centralizador é um mito, que não pode (e talvez não mereça) ser cultivado. Deste mito faz parte a idéia de que a justiça deva ser administrada em via exclusiva pelos seus juízes.
>
> (...)
>
> O fato que ninguém nega é que a arbitragem, embora tenha origem contratual, desenvolve-se com a garantia do devido processo legal e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial. Sirva, pois, esta evidência para mostrar que a escolha do legislador brasileiro certamente foi além das previsões de muitos ordenamentos estrangeiros mais evoluídos que o nosso no trato do tema, trazendo como resultado final o desejável robustecimento da arbitragem."
>
> (*Arbitragem e Processo*, São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2009, pp. 45/46 - destaque meu).
>
> Assim também doutrina Humberto Theodoro Júnior:
>
> Se, no regime anterior à Lei n. 9.307, mostrava-se forte a corrente que defendia a natureza contratual ou privatística da arbitragem, agora não se pode mais duvidar que saiu vitoriosa, após o novo diploma legal, a corrente jurisdicional ou publicística.
>
> (...)
>
> Nossa lei atual, destarte, abraçou a teoria publicística da natureza jurídica da arbitragem, ao imprimir à sentença arbitral força obrigacional, com os mesmos efeitos da sentença proferida pelo Judiciário (...) para justificar a natureza jurisdicional do juízo arbitral, se vale de dois dispositivos da Lei de Arbitragem: (i) o art. 18, que tem comando similar ao do art. 515, VII, da lei processual, e (ii) o art. 31, que equipara a decisão desse juízo à sentença proferida pelo juiz de direito.

(*Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 50ª ed., 2016, pp. 593/594).

Ressalte-se que a análise da natureza jurídica da arbitragem é objeto de precedentes desta Corte.

Nos Conflitos de Competência n. 111.230/DF e 146.939/PA, a 2ª Seção reconheceu a *natureza jurisdicional da atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem*, em acórdãos assim ementados:

> Processo Civil. Arbitragem. Natureza jurisdicional. Conflito de competência frente a Juízo Estatal. Possibilidade. Medida cautelar de arrolamento. Competência. Juízo Arbitral.
>
> 1. *A atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional, sendo possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral.*
>
> 2. O direito processual deve, na máxima medida possível, estar a serviço do direito material, como um instrumento para a realização daquele. Não se pode, assim, interpretar uma regra processual de modo a gerar uma situação de impasse, subtraindo da parte meios de se insurgir contra uma situação que repute injusta.
>
> 3. A medida cautelar de arrolamento possui, entre os seus requisitos, a demonstração do direito aos bens e dos fatos em que se funda o receio de extravio ou de dissipação destes, os quais não demandam cognição apenas sobre o risco de redução patrimonial do devedor, mas também um juízo de valor ligado ao mérito da controvérsia principal, circunstância que, aliada ao fortalecimento da arbitragem que vem sendo levado a efeito desde a promulgação da Lei n. 9.307/1996, exige que se preserve a autoridade do árbitro como juiz de fato e de direito, evitando-se, ainda, a prolação de decisões conflitantes.
>
> 4. Conflito conhecido para declarar a competência do Tribuna Arbitral.
>
> (CC 111.230/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 08.05.2013, DJe 03.04.2014 - destaque meu).

> Conflito de competência positivo. Juízo Arbitral e Juízo Estatal. Possibilidade, em tese, de configuração de conflito de competência. Entendimento sufragado pela Segunda Seção do STJ. Contrato de franquia, com cláusula compromissória arbitral. Juízo Estatal que determina, no bojo de ação judicial, a exclusão/extinção de procedimento arbitral anteriormente instaurado para o deslinde de controvérsia advinda do mesmo contrato (envolvendo as mesmas partes signatárias, com discussão se houve ou não cessão de posição contratual de terceiro franqueado). Conflito conhecido para reconhecer a competência do Juízo Arbitral.

> 1. De acordo com o atual posicionamento sufragado pela Segunda Seção desta Corte de Justiça, compete ao Superior Tribunal de Justiça dirimir conflito de competência entre Juízo arbitral e órgão jurisdicional estatal, partindo-se, naturalmente, do pressuposto de que a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem possui natureza jurisdicional.
>
> 1.1 O conflito positivo de competência afigura-se caracterizado, não apenas quando dois ou mais Juízos, de esferas diversas, declaram-se simultaneamente competentes para julgar a mesma causa, mas também quando, sobre o mesmo objeto, duas ou mais autoridades judiciárias tecem deliberações excludentes entre si.
>
> 2. O Juízo da 2ª Vara Cível e Empresarial de Belém/PA, a despeito da existência de cláusula compromissória arbitral inserta no contrato de franquia estabelecido entre Partout Administração e *To Be kids*, a vincular, no mínimo, as partes signatárias (pairando, é certo, controvérsia sobre a ocorrência de cessão de posição contratual por parte de *Toys*), entendeu, diversamente do Juízo arbitral, pela não instauração da competência do Juízo arbitral, inclusive com a determinação de extinção do feito ali iniciado.
>
> 3. Tem-se por configurado o conflito positivo de competência, na medida em que, sobre o mesmo objeto (no caso, a definição acerca da instauração da competência do Juízo arbitral), dois ou mais Juízos, de esferas distintas, tecem deliberações excludentes entre si, a considerar que, por lei, a questão deve ser precedentemente decidida por um deles (no caso, o Juízo arbitral).
>
> 4. É de se reconhecer a inobservância do art. 8º da Lei n. 9.307/1996, que confere ao Juízo arbitral a medida de competência mínima, veiculada no Princípio da *Komptenz Komptenz*, cabendo-lhe, assim, deliberar sobre a sua competência, precedentemente a qualquer outro órgão julgador, imiscuindo-se, para tal propósito, sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.
>
> 5. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo arbitral.
>
> (CC 146.939/PA, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 23.11.2016, DJe 30.11.2016).

Nesse contexto, adoto o entendimento de que a arbitragem ostenta natureza jurisdicional e, assim, estabelecido o conflito entre Juízo Arbitral e órgão jurisdicional estatal, a competência para dirimí-lo é desta Corte Superior.

Desse modo, deve ser conhecido o conflito de competência, pelo que acompanho, nesse aspecto, o Sr. Relator.

Passo ao exame do mérito.

*II - **Breve Panorama Normativo dos Meios Alternativos de Solução de Conflito e, particularmente, da Arbitragem***

O Código de Processo Civil, (Lei n. 13.105/2015), em seu art. 3º, § 2º, trouxe nova disciplina para o processo judicial, exortando a utilização dos meios alternativos de solução de controvérsia, nos seguintes termos:

> Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
>
> *§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.*
>
> *§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos*. (destaques meus).

Inaugurando uma nova era no regramento da resolução de conflitos, a solução consensual ora configura dever do Estado, que deverá promovê-la e incentivá-la.

Nessa linha, a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, para quem "a solução consensual tornou-se "dever do Estado - logo o Estado também deverá tomar medidas que criem nos litigantes a necessidade de tentar a conciliação. Evidentemente, o juiz, como órgão do Estado, também deve estar atento para a ênfase que deve ser dada à solução consensual, colocando-a em pauta sempre que acreditar necessário" (*Código de Processo Civil Comentado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 16ª ed., 2016, p. 202).

Portanto, cabe ressaltar que, em regra, há precedência da utilização dos métodos alternativos à atuação jurisdicional do Estado para solução de controvérsias. E, se assim é, à Administração Pública não pode ser negada tal possibilidade.

Com efeito, sintonizada com essa disciplina, a Lei n. 13.140, de 26.06.2015, editada posteriormente ao Código de Processo Civil e à modificação implementada na Lei de Arbitragem (Lei n. 13.129/2015), estabeleceu o marco da mediação como solução de controvérsias e, observados os princípios previstos em seu art. 2º, faculta às entidades que compõem a Federação a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, a serem instituídas no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, para dirimirem conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública e, por meio de composição, promover a resolução de conflitos entre particulares e pessoa jurídica de direito público (art. 32).

No que toca especificamente à arbitragem, regrada pela Lei n. 9.307/1996, cumpre observar que a Lei n. 13.129, de 26.05.2015, introduziu em seu regime jurídico importantes inovações, com destaque para os *princípios da competência-competência, da autonomia da vontade e da cláusula compromissória* (arts. 1º, 3º e 8º, parágrafo único).

O Código de Processo Civil de 2015, por seu turno, a par de permitir arbitragem, na forma da lei, como já apontado (Art. 3º, § 1º), preceitua tratar-se de faculdade da parte sua utilização (art. 42); prevê a carta arbitral, para que o Judiciário pratique ou determine o cumprimento, em sua área de competência territorial, pedido de cooperação judiciária formulado por tribunal arbitral (arts. 237, IV e 260, § 3º); impõe ao réu, antes de discutir o mérito, apontar a convenção de arbitragem (art. 337, X) e, ao magistrado, o dever de extinguir o processo sem resolução de mérito se "acolher alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência" (art. 485, VII); e, ainda, atribui à sentença arbitral a natureza de título executivo judicial (art. 515, VII).

Relembre-se, também, que, na seara do Direito Público, a Lei n. 8.987/1995, denominada Lei Geral das Concessões e Permissões de Serviços Públicos, na redação dada pela Lei n. 11.196/2005 estabelece:

> Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de *mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem*, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (destaque meu).

Assinale-se que outros diplomas legais, igualmente, fazem referência a mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

A Lei n. 9.478/1997, que regula a política energética nacional, as atividades relativas à extração de petróleo e instituiu a ANP, estatui que o contrato de concessão deve trazer "regras de solução de controvérsia, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional" (Art. 43, X)

Destaco por oportuno, a alteração legislativa promovida pela Lei n. 13.129/2015, que acresceu os §§ 1º e 2º, ao art. 1º da Lei n. 9.307/1996, quanto à utilização da arbitragem pela Administração Pública:

> Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

> § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei n. 13.129, de 2015).
>
> § 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. (Incluído pela Lei n. 13.129, de 2015).

Por derradeiro, registre-se que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar, incidentalmente, a constitucionalidade da Lei n. 9.307/1996, asseverou que a arbitragem representa uma faculdade da parte absolutamente capaz sobre direito disponível e, quando instituída a arbitragem, cessa a jurisdição estatal, impondo-se a competência dos árbitros, o que, decerto, não representa violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV) (*v.g.* STF - SE n. 5.206, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.2001 e DJ 30.04.2004).

*III - **Da Fixação do Juízo Competente***

Por primeiro, cabe remarcar a essencial distinção entre a jurisdição estatal e a jurisdição arbitral: a primeira decorre do monopólio do Estado de impor regras aos particulares, por meio de sua autoridade, consoante princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, da Constituição da República); a segunda, por sua vez, emana da vontade dos contratantes.

Ensina Francisco José Cahali que a arbitragem, "ao lado da jurisdição estatal, representa uma forma heterocompositiva de solução de conflitos. As partes capazes de comum acordo, diante de um litígio, ou por meio de uma cláusula contratual, estabelecem que um terceiro, ou colegiado, terá poderes para solucionar a controvérsia, sem intervenção estatal, sendo que a decisão terá a mesma eficácia de uma sentença judicial" (*in Curso de Arbitragem*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª ed., 2016, p. 115).

A mencionada alteração legislativa quanto à utilização da arbitragem pela Administração Pública, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei n. 9.307/1996, incluídos pela Lei n. 13.129/2015, determina que a Administração Pública poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Ademais, dispõem os arts. 3º, 4º e 5º da Lei n. 9.307/1996:

> Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.
>
> Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.
>
> (...)
>
> Art. 5º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

O Senhor Ministro Relator, ao reconhecer a competência da Justiça Federal no conflito em exame, lastreou seu voto em dois fundamentos: *i)* o direito controvertido, objeto da Resolução da Diretoria da ANP n. 69/2014 (fls. 96/99e), que alterou substancialmente o Contrato de Concessão de Exploração de campo de petróleo e gás (fls. 44/95e), é direito patrimonial indisponível; e *ii)* a impossibilidade de se impor ao Estado do Espírito Santo, não signatário da cláusula compromissória do contrato de concessão, algum efeito de decisão de Corte Arbitral não pretendida por ele.

Com relação ao primeiro ponto, concluiu o Senhor Ministro Relator que o direito controvertido, objeto da Resolução da Diretoria (RD) n. 69/2014 (fls. 96/99e), que alterou substancialmente o Contrato de Concessão de Exploração de campo de petróleo e gás (fls. 44/95e), por configurar direito patrimonial indisponível, não seria apreciável na seara da arbitragem, pelo que reconheceu a competência da Justiça Federal.

No entanto, peço licença para divergir de tal raciocínio.

Isso porque revela-se a necessidade de observância dos arts. 8º e 20, da Lei n. 9.307/1996, que conferem ao juízo arbitral a medida de competência mínima, veiculada no *princípio da competência-competência*, cabendo-lhe, assim, deliberar sobre os limites de suas atribuições, *precedentemente a qualquer outro órgão julgador*, bem como sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória:

> Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

> Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.(
>
> (...)
>
> Art. 20. *A parte que pretender arguir questões relativas à competência*, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.
>
> § 1º Acolhida a arguição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, *reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa*.
>
> § 2º Não sendo acolhida a arguição, terá normal prosseguimento a arbitragem, *sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei*. (destaques meus).

Exsurge, desse modo, que a Lei n. 9.307/1996, na redação dada pela Lei n. 13.129/2015, estabelece haver *precedência da arbitragem em relação à jurisdição estatal, submetendo-a ao controle desta:*

> Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

Sublinhe-se, ainda, o teor da cláusula compromissória, prevista no parágrafo 29.4, do Contrato de Concessão firmado entre a *Petrobrás* e a ANP, que dispõe:

> Observado o disposto no parágrafo 29.3.1, se a qualquer momento uma parte considerar que inexistem condições para uma solução amigável de uma disputa ou controvérsia a que se refere o parágrafo 29.3, então essa parte poderá submeter essa disputa ou controvérsia a arbitragem, dando início ao processo respectivo, de acordo com os seguintes princípios: (...) (fls. 44/95e).

Desse modo, caracterizado o conflito, convencionaram as partes que o litígio deverá ser submetido à arbitragem.

Nas palavras de Candido Rangel Dinamarco, "é a competência do próprio arbitro para em primeiro lugar decidir sobre a concreta existência da jurisdição

arbitral" (*in A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 94).

No caso em tela, instaurado o Juízo Arbitral, haverá a análise da competência por aquele Juízo, nos termos do determinado na Convenção Arbitral (fls. 349/357e):

> 7. A primeira fase ["Fase 1"] abordará:
>
> a. Arbitrabilidade objetiva da demanda e competência do Tribunal Arbitral ou da Justiça Federal brasileira para conhecer do mérito da demanda;
>
> b. Necessidade ou desnecessidade de participação de partes não-signatárias no procedimento arbitral;
>
> c. Definição do Conceito de "Campo de Petróleo" para fins de solução da demanda;
>
> d. Papéis da Agência Reguladora e do Concessionário na delimitação do "ring-fence" de um campo de petróleo.

Sobre esse aspecto, vale recordar que o Supremo Tribunal Federal firmou, há muito, entendimento acerca do cabimento e da precedência da arbitragem envolvendo a Administração Pública, em julgado emblemático - o denominado Caso Lage:

> Incorporação. Bens e direitos das empresas Organização Lage e do espólio de Henrique Lage. Juízo Arbitral. Clausula de irrecorribilidade. Juros de mora. Correção monetária.
>
> 1. Legalidade do Juízo Arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.
>
> 2. Legitimidade da clausula de irrecorribilidade da sentença arbitral, que não ofende norma constitucional.
>
> (...)
>
> 5. Agravo de instrumento a que se negou provimento.
>
> (STF; Pleno; Relator Ministro Bilac Pinto, j. 14.11.1973, RTJ 68/382).

No mesmo sentido, precedentes desta Corte Superior:

> Homologação de sentença estrangeira. Cláusula arbitral constante de contrato celebrado no exterior, sob expressa regência da lei estrangeira. Pedido de arbitragem formulado no exterior. Ações de nulidade da cláusula arbitral, movidas pela requerida no exterior e no Brasil. Precedente trânsito em julgado da sentença

estrangeira homologada que afastou nulidade da cláusula arbitral, determinou a submissão à arbitragem e ordenou, sob sanção penal, a desistência do processo brasileiro. Posterior trânsito em julgado da sentença nacional, declarando a nulidade da cláusula arbitral. Jurisdições concorrentes. Prevalência da sentença que primeiro transitou em julgado, no caso a sentença estrangeira. Conclusão que preserva a cláusula arbitral, celebrada sob a expressa regência da legislação estrangeira. Preservação do princípio da "kompetenz kompetenz". Deferimento, em parte, da homologação, excluída apenas a ordem de desistência do processo nacional e a sanção penal, ante a ofensa à ordem pública pela parte excluída.

1.- Tratando-se de jurisdições concorrentes, a estrangeira e a nacional, em que discutida a mesma matéria, isto é, a validade de cláusula arbitral constante de contrato celebrado no exterior sob expressa regência da legislação estrangeira, prevalece a sentença que primeiro transitou em julgado, no caso a sentença estrangeira.

2.- Conclusão, ademais, que preserva a opção pela solução arbitral, expressamente avençada pelas partes.

3.- Ante a cláusula arbitral, de rigor a submissão da alegação de nulidade primeiramente ante o próprio tribunal arbitral, como resulta de sentença estrangeira homologanda, que atende ao princípio "Kompetenz Kompetentz", sob pena de abrir-se larga porta à judicialização nacional estatal prematura, à só manifestação unilateral de vontade de uma das partes, que, em consequência, teria o poder de, tão somente "ad proprium nutum", frustrar a arbitragem avençada.

4.- Impossibilidade de homologação de parte da sentença estrangeira que determina a desistência, sob sanção, de ação anulatória movida no Brasil, dada a preservação da concorrência de jurisdição.

5.- Sentença estrangeira parcialmente homologada, para a submissão das partes ao procedimento arbitral, afastada, contudo, a determinação de desistência, sob pena de multa, da ação movida no Brasil.

(SEC 854/EX, Rel. Ministro Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Ministro Sidnei Beneti, Corte Especial, julgado em 16.10.2013, DJe 07.11.2013).

Processo Civil. Convenção arbitral. Violação ao art. 535 do CPC não configurada. Análise da validade de cláusula compromissória "cheia". Competência exclusiva do juízo convencional na fase inicial do procedimento arbitral. Possibilidade de exame pelo Judiciário somente após a sentença arbitral.

(...)

3. De fato, é certa a coexistência das competências dos juízos arbitral e togado relativamente às questões inerentes à existência, validade, extensão e eficácia da convenção de arbitragem. Em verdade - excluindo-se a hipótese de cláusula compromissória patológica ("em branco") -, o que se nota é uma alternância de

> competência entre os referidos órgãos, porquanto a ostentam em momentos procedimentais distintos, ou seja, a possibilidade de atuação do Poder Judiciário é possível tão somente após a prolação da sentença arbitral, nos termos dos arts. 32, I e 33 da Lei de Arbitragem.
>
> 4. No caso dos autos, desponta inconteste a eleição da Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil (CAMARB) como tribunal arbitral para dirimir as questões oriundas do acordo celebrado, o que aponta forçosamente para a competência exclusiva desse órgão relativamente à análise da validade da cláusula arbitral, impondo-se ao Poder Judiciário a extinção do processo sem resolução de mérito, consoante implementado de forma escorreita pelo magistrado de piso.
>
> Precedentes da Terceira Turma do STJ.
>
> 5. Recurso especial provido.
>
> (REsp 1.278.852/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21.05.2013, DJe 19.06.2013).

No que tange à *disponibilidade ou indisponibilidade do direito patrimonial objeto do contrato de concessão* (fls. 44/95e), impende analisar-se o tema da convivência de direito patrimonial disponível da Administração Pública com o *princípio da indisponibilidade do interesse público*.

O interesse público é sempre indisponível porque é de titularidade da coletividade, e não do Poder Público, consoante a sempre lembrada doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> A indisponibilidade dos interesses públicos significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*.
>
> (*Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 76).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, apresenta lapidar lição acerca da *indisponibilidade do interesse público e da existência de direito disponível da Administração*:

> Precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração tem o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão. (...) Fica muito claro no dispositivo que o interesse público é irrenunciável pela autoridade administrativa.

> (...)
>
> *O princípio da indisponibilidade do interesse público não se confunde com a ideia de direitos patrimoniais indisponíveis; o interesse público é sempre indisponível; os direitos patrimoniais podem ser disponíveis ou indisponíveis*.
>
> (...)
>
> É possível nas empresas estatais que exercem atividade econômica, com fundamento no artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, já que o dispositivo prevê a sujeição dessas empresas ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto ao direitos e obrigações civis, comercias, trabalhistas e tributárias.
>
> (...)
>
> Portanto, é correto afirmar que o interesse público é indisponível. Mas isto não significa que todos os direitos patrimoniais, no âmbito do direito público, sejam indisponíveis. Por vezes, a disponibilidade de um patrimônio público pode ser de mais interesse da coletividade do que a sua preservação.
>
> (...)
>
> *Mas pode decidir sobre os efeitos patrimoniais decorrentes de uso de prerrogativas próprias do poder público, como as de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, que podem provocar o desequilíbrio econômico-financeiro. São aspectos que se incluem no conceito de direitos patrimoniais disponíveis, não porque a Administração possa abrir mão de seus direitos, mas porque se trata de direitos passíveis de valoração econômica*.
>
> (*Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 29ª ed. 2016. pp. 1.019/1.029 - destaques meus).

Acresça-se a clássica doutrina de Eros Roberto Grau, que distingue duas formas de atividade econômica do Estado - atividade econômica em sentido estrito e serviço público, como segue:

> Qualquer forma de atuação ou de translação da titularidade de bens pode ser economicamente mensurável, do que qualquer atuação do Estado de forma direta e participativa acaba por ser uma atividade econômica em sentido amplo" e, portanto, disponível.
>
> (*A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, 14ª ed., pp. 99/101).

Em consequência, sempre que a Administração contrata há disponibilidade do direito patrimonial, podendo, desse modo, ser objeto de cláusula arbitral, sem que isso importe em disponibilidade do interesse público.

Nessa linha de raciocínio, a advertência de Marçal Justem Filho:

> O argumento de que a arbitragem nos contratos administrativos é inadmissível porque o interesse público é indisponível conduz a um impasse insuperável. Se o interesse público é indisponível ao ponto de excluir a arbitragem, então seria indisponível igualmente para o efeito de produzir contratação administrativa. Assim como a *Administração Pública não disporia de competência para criar a obrigação vinculante relativamente ao modo de composição do litígio, também não seria investida do poder para criar qualquer obrigação vinculante por meio contratual. Ou seja, seriam inválidas não apenas as cláusulas de arbitragem, mas também e igualmente todos os contrato administrativos*.
>
> (*Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 11. ed., 2015, p. 824/825 - destaques meus).

De todo o exposto, conclui-se que a Administração Pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, não desatende ao interesse público, nem renuncia ao seu atendimento.

Diversamente, ao assim agir, prestigia o princípio da indisponibilidade do interesse público, desdobramento que é do *sobreprincípio da supremacia do interesse público sobre o particular*.

Assim orienta-se a jurisprudência estampada nos julgados assim ementados:

> Processo Civil. Recurso especial. Licitação. Arbitragem. Vinculação ao edital. Cláusula de foro. Compromisso arbitral. Equilíbrio econômico financeiro do contrato. Possibilidade.
>
> (...)
>
> 5. Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos.
>
> 6. O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente.
>
> 7. A previsão do juízo arbitral, em vez do foro da sede da administração (jurisdição estatal), para a solução de determinada controvérsia, não vulnera o conteúdo ou as regras do certame.
>
> 8. A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação

do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência; execução da sentença arbitral; instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável.

9. *A controvérsia estabelecida entre as partes - manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato - é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral*.

10. *A submissão da controvérsia ao juízo arbitral foi um ato voluntário da concessionária. Nesse contexto, sua atitude posterior, visando à impugnação desse ato, beira às raias da má-fé, além de ser prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere.*

11. Firmado o compromisso, é o Tribunal arbitral que deve solucionar a controvérsia.

12. Recurso especial não provido.

(REsp 904.813/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20.10.2011, DJe 28.02.2012 - destaques meus).

Processo Civil. Juízo Arbitral. Cláusula compromissória. Extinção do processo. Art. 267, VII, do CPC. Sociedade de economia mista. Direitos disponíveis.

1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência.

2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil.

3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste.

4. Recurso especial provido.

(REsp 606.345/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 17.05.2007, DJ 08.06.2007, p. 240 - destaque meu).

Cabe, ainda, mencionar que no caso em apreciação a arbitragem não impossibilita o acesso à Justiça pelo Estado-Membro, porquanto a cláusula 7 dos termos da Convenção Arbitral, fixando a análise da competência do Juízo Arbitral na primeira fase, prescreve que será decidida a "necessidade ou

desnecessidade de participação de partes não-signatárias no procedimento arbitral" (fl. 350e).

Ademais, como bem anota Humberto Theodoro Júnior, há possibilidade da intervenção de terceiros não signatários da convenção na arbitragem:

> A formação de litisconsórcio não pode ser banida do campo arbitral, visto que ali, tanto como no processo comum, poderão estar em jogo situações em que a lei exige a observância do cúmulo subjetivo. Basta ressaltar os frequentes negócios plurissubjetivos e, principalmente, os complexos negociais formados por cessão de direitos ou por contratos conexos (ou complexos) (...) A legitimidade das partes para o procedimento arbitral, por isso, só se estabelece entre os sujeitos contratuais. A única via de legitimação, ativa ou passiva, para quem queira participar ou seja chamado a participar da arbitragem condiciona-se à própria convenção arbitral. Pouco importa, portanto, seja necessário ou facultativo o litisconsórcio. Sua formação só será admissível, de forma cogente, entre os que celebraram a convenção arbitral. Assim, se todos os que devem ser litisconsortes são aderentes à convenção arbitral, tudo se desenvolverá dentro da força contratual."
>
> (*Arbitragem e Terceiros - Litisconsórcio Fora do Pacto Arbitral*. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, ano IV, n. 14, pp 378/379).

Nessa linha, considerando a evolução da natureza contratual para jurisdicional da atividade da arbitragem e o afastamento da jurisdição estatal, é possível a intervenção do Estado do Espirito Santo, na qualidade de terceiro interessado decorrente da alegada alteração dos critérios de distribuição de *royalties*.

Em conclusão, resta claro que a prematura abertura da instância judicial, em descompasso com o disposto no art. 3º, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015 e os termos da Convenção Arbitral, frustrará o propósito maior do instituto da arbitragem, de meio de solução dos conflitos alternativo e precedente à discussão judicial, nesta nova era pontuada por múltiplos instrumentos de busca de pacificação social.

Isto posto, peço licença para divergir do Senhor Ministro Relator e *voto no sentido de conhecer e julgar procedente o presente conflito de competência, para declarar competente o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional*, julgando prejudicados os Agravos Regimentais da ANP (fls. 631/809e) e do Estado do Espirito Santo (fls. 1.208/1.385e).

É o voto.

ADITAMENTO AO VOTO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Trata-se de aditamento ao voto apresentado pelo Sr. Ministro Relator na presente sessão de julgamento, ao voto vista por mim apresentado na sessão de 26.04.2017.

Destaca o Sr. Ministro Relator afirmando que não haveria dissenso quanto à disponibilidade do direito controvertido; que o ponto de divergência restringe-se à interpretação dada ao princípio da competência-competência; que "apesar da Lei n. 9.307/1996 apontar para a incidência do modelo francês no território brasileiro, a Convenção de Nova Iorque-CNI, da qual a República Federativa do Brasil é signatária (Decreto n. 4.311/2002), estabelece diretrizes voltadas à adoção do sistema americano", o qual permite o prévio controle judicial da arbitragem e, finaliza, no sentido de que a participação de terceiro não signatário da convenção da arbitragem estaria restrita às hipóteses relacionadas a "grupos econômicos ou de tentativa de se evadir da responsabilidade por descumprimento contratual, escondendo-se por trás da personalidade jurídica da Empresa (*disregard doctrine*)" e, assim, não seria o caso do Estado do Espirito Santo.

Inicialmente, aponto, com a devida vênia, contradição no voto do Sr. Ministro Relator, uma vez que afirma a ausência de dissenso quanto à disponibilidade do direito controvertido, passando, no momento seguinte, a tecer considerações de que os recursos minerais constituem patrimônio nacional, com relação direta com a soberania nacional, apontando que esses bens geram participações financeiras aos Estados onde foram realizadas as prospecções.

Assim, conclui que, se os recursos minerais são patrimônio nacional, não podem ser considerados como bens disponíveis. Observo que, nesse ponto, reside dissensão.

Com efeito, em meu voto-vista, firmei a distinção e a possível convivência de direito patrimonial disponível da Administração Pública com o *princípio da indisponibilidade do interesse público* e, concluí no sentido de que o *direito patrimonial objeto do contrato de concessão* (fls. 44/95e) é *direito disponível da Administração, podendo ser objeto de jurisdição arbitral.*

Por outro lado, cabe aqui destacar que o Sr. Ministro Relator, traz, agora, fundamento novo que, com a devida vênia, não é capaz de afastar as conclusões alcançadas em meu voto-vista, em razão da recente alteração legislativa (Lei n. 13.129, de 26.05.2015) que modificou significativamente a Lei de Arbitragem -

Lei n. 9.307/1996, introduzindo em seu regime jurídico importantes inovações, com destaque para os *princípios da competência-competência, da autonomia da vontade e da cláusula compromissória* (arts. 1º, 3º e 8º, parágrafo único).

Portanto, cabe ressaltar que, em regra, há precedência da utilização dos métodos alternativos à atuação jurisdicional do Estado para solução de controvérsias. E, se assim é, à Administração Pública não pode ser negada tal possibilidade.

Nesse aspecto, o Sr. Ministro Relator, no aditamento ao voto, traz novo fundamento, afirmando que "apesar da Lei n. 9.307/1996 apontar para a incidência do modelo francês no território brasileiro, a Convenção de Nova Iorque-CNI, da qual a República Federativa do Brasil é signatária (Decreto n. 4.311/2002), estabelece diretrizes voltadas à adoção do sistema americano".

A Convenção de Nova Iorque, promulgada pelo Decreto n. 4.311 de 23.07.2002, assim dispõe:

> *Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002*
>
> Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.
>
> ***O Presidente da República***, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição,
>
> Considerando que o Congresso Nacional aprovou o texto da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, por meio do Decreto Legislativo n. 52, de 25 de abril de 2002;
>
> Considerando que a Convenção entrou em vigor internacional em 7 de junho de 1959, nos termos de seu artigo 12;
>
> *Decreta*:
>
> Art. 1º A Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, apensa por cópia ao presente Decreto, será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.
>
> Art. 2º São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida Convenção, assim como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.
>
> Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.
>
> Brasília, 23 de julho de 2002; 181º da Independência e 114º da República.

Fernando Henrique Cardoso

Celso Lafer

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 24.7.2002

Convenção sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras (...)

Artigo II

1. Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem.

2. Entender-se-á por "acordo escrito" uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas.

3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexeqüível.

Cabe lembrar que, por força da Emenda Constitucional n. 45/04, a Constituição da República determina que, após o devido processo legislativo, os tratados internacionais de direitos humanos passaram a ter força de emenda constitucional (Art. 5º, § 3º).

Sendo assim, as demais convenções internacionais ainda permanecem com força de lei ordinária e, desse modo, podemos apontar a derrogação do Decreto n. 4.311/2002 pela Lei n. 13.129/2015, que trouxe o princípio da competência-competência ao instituto da arbitragem no Brasil.

Por fim, como mencionei em meu voto-vista, a arbitragem não impossibilita o acesso à Justiça pelo Estado-Membro, porquanto a cláusula 7 dos termos da Convenção Arbitral, fixando a análise da competência do Juízo Arbitral na primeira fase, prescreve que será decidida a "necessidade ou desnecessidade de participação de partes não-signatárias no procedimento arbitral" (fl. 350e).

Ademais, como já assinalei, há possibilidade da intervenção de terceiros não signatários da convenção na arbitragem.

Nessa linha, considerando a evolução da natureza contratual para jurisdicional da atividade da arbitragem e o afastamento da jurisdição estatal, é possível a intervenção do Estado do Espirito Santo, na qualidade de terceiro

interessado, decorrente da alegada alteração dos critérios de distribuição de *royalties*.

Em conclusão, resta claro que a prematura abertura da instância judicial, em descompasso com a atual disciplina normativa aplicável e os termos da Convenção Arbitral, frustrará o propósito maior do instituto da arbitragem, de meio alternativo de solução dos conflitos e precedente à utilização da via judicial, nesta nova era pontuada por múltiplos instrumentos de busca de pacificação social.

Isto posto, ratifico e adito os termos do voto vista anteriormente apresentado, no qual divirjo do Senhor Ministro Relator, *conhecendo e julgando procedente o presente conflito de competência, para declarar competente o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional*, julgando prejudicados os Agravos Regimentais da ANP (fls. 631/809e) e do Estado do Espirito Santo (fls. 1.208/1.385e).

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques Relator: Senhor Presidente, efetivamente eu já havia lido ambos os votos, inclusive os aditamentos. Estou convencido, com vênias do eminente Relator, de que a solução mais consentânea é a aqui protagonizada pela Ministra Regina Helena Costa, razão pela qual vou rogar vênias ao eminente Relator e acompanhar a divergência inaugurada por Sua Excelência.

VOTO-VOGAL

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: De acordo com os autos, a Petrobrás suscitou o presente Conflito de Competência positivo, tendo, como suscitados, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região e o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional.

De acordo com a suscitante, em 1998 foi celebrado contrato de exploração de Petróleo e Gás Natural no Bloco BC-60. No entanto, em 2014 a Agência Nacional do Petróleo – ANP editou a RD 69/2014, unificando os campos do Parque das Baleias, objeto do contrato em tela. Tal unificação trouxe alteração da forma de pagamento dos direitos de participação de exploração, com aumento de arrecadação dos entes públicos na ordem de bilhões de reais.

Insatisfeita com tais alterações, a Petrobrás/suscitante, com base em previsão contratual, instaurou procedimento arbitral contra a ANP, objetivando a declaração de nulidade da RD 69/2014.

Após a instauração da comissão de arbitragem, a ANP, por sua vez, ajuizou ação (fls. 206/254e), na Justiça Federal, postulando a anulação do procedimento arbitral, por entender que a matéria versa sobre seu poder de polícia, tratando-se de direito indisponível.

A ação foi julgada improcedente, ao fundamento de que, nos termos da legislação de regência, caberia ao árbitro, inicialmente, decidir sobre sua competência e o cabimento do procedimento arbitral (fls. 255/263e). A propósito, cabe transcrever os seguintes trechos da sentença:

> Indefiro o pedido da Petrobrás de remessa deste feito ao juízo arbitral. Embora seja pertinente para a ação cautelar conexa a este processo, a instauração do juízo arbitral é irrelevante para o tema aqui discutido. *O pedido veiculado pela ANP é, justamente, direcionado à manifestação prévia deste Juízo Federal sobre não ser a controvérsia sujeita à arbitragem. Em outras palavras, busca evitar o processamento perante o juízo arbitral, obviamente, sem que ele se pronuncie sobre o tema, no bojo do processo lá instaurado*. Para provocar o árbitro a decidir o tema, basta a ANP arguir a incompetência, sem qualquer necessidade de remessa deste processo.
>
> (...)
>
> A questão é que, antes de se posicionar sobre a natureza da controvérsia estabelecida sobre a RD n. 69/2014, se ela envolve ou não direito indisponível, *necessário definir se realmente cabe a este Juízo Federal pronunciamento prévio sobre sua própria competência e, como desdobramento, sobre a incompetência alheia, do juízo arbitral.*
>
> (...)
>
> Assim, a situação aqui discutida atrai o regramento previsto no art. 20 da Lei, dispondo sobre a arguição de incompetência do árbitro, incluída a questão atinente à natureza do direito em disputa, ou seja, ser ou não de alçada da arbitragem. Para tanto, dispõe o § 2º do mencionado artigo que o não acolhimento da arguição (qualquer uma delas, dentre as quais a de incompetência, prevista no *caput*), "terá normal prosseguimento a arbitragem", continuando aberta a possibilidade de se iniciar debate em juízo apenas pela via da ação anulatória regulada no art. 33.
>
> Sendo assim, não se acolhe a tese central da requerente no sentido de caber a este órgão jurisdicional pronunciamento prévio sobre a incompetência do árbitro. As regras que tratam da relação entre competência judiciária e arbitral realmente estabelecem o pronunciamento da justiça ao final.
>
> (...)

> *A ANP deverá, portanto, suscitar a incompetência perante o próprio árbitro. Não acolhida a sua tese, caberá ação anulatória, quando então será oportuno o Judiciário se manifestar a respeito da natureza do direito, se ele é disponível ou não. Note-se aí que não há violação do art. 5o, XXXV da Constituição da República, mas apenas reserva do exame judicial da matéria para momento posterior.*
>
> Saliento também que a cláusula 29 do contrato (fls. 99/100) não é clara sobre exceções à arbitragem, como diz a ANP. A redação é bastante abrangente, não havendo ali qualquer disposição relativa à exclusão.
>
> (...)
>
> *Dispositivo*.
>
> Julgo improcedente o pedido (art. 269, I do CPC) (fls. 259/263e).

A ANP e o Estado do Espírito do Santo (que teve seu pedido de ingresso no feito indeferido) apelaram e ajuizaram medidas cautelares, no TRF/2ª Região. Ao apreciar tais medidas cautelares, o TRF/2ª Região determinou a suspensão do procedimento de arbitragem, ao fundamento de que:

> - A Egrégia Oitava Turma Especializada, ao apreciar o Agravo de Instrumento n. 0 10 114 5-19.2014.4.02.0000 (2014.00.00.101145-7), sufragou, majoritariamente, entendimento no sentido de que a matéria objeto da RD n. 69/2014, da ANP, concernente à delimitação de campo de petróleo, por envolver atividade fiscalizadora, decorrente de poder de polícia da agência reguladora, configuraria direito indisponível que, por conseguinte, escaparia aos limites da cláusula de compromisso arbitrai.
>
> - Em respeito à decisão majoritária do Colegiado, afigura-se oportuna a concessão do provimento liminar pleiteado, de modo a resguardar a eficácia da decisão que vier a ser tomada nos autos principais.
>
> - Liminar deferida para suspender a tramitação da arbitragem instaurada pela Petrobrás para discutir a validade da RD n. 69/2014, até que seja concluído o julgamento das apelações interpostas no processo originário n. 0006800-84.2014.4.02.5101 (2014.51.01.006800-1) (fl. 416e).

Tendo em vista tal decisão, a Petrobrás suscitou o presente Conflito de Competência, requerendo seja determinado "quem tem competência para apreciar as questões atinentes à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória" (fl. 5e). Aduz que sua pretensão é no sentido de que "se preserve a competência do *Tribunal Arbitral* para, em primeiro lugar, ser o juiz de sua própria competência. Não se concebe, sob pena de manifesta afronta ao princípio da "Kompetenz-Kompetenz", que se retire da câmara arbitral, já instalada e composta por árbitros indicados pelas partes, inclusive pela própria

Agência Reguladora (ANP), a preferência na análise sobre a questão" (fls. 5/6e).

O Ministério Público Federal opinou pelo "pelo conhecimento do Conflito Positivo de Competência, proclamando-se a competência do Tribunal Arbitral da Corte Internacional da Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional" (fl. 1.206e).

O Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, Relator, inicialmente, votou no sentido de não conhecer do Conflito. Após vista regimental, proferiu voto para conhecer do Conflito, para declarar competente o Juízo Federal.

A Ministra *Regina Helena Costa* pediu vista e votou no sentido de declarar competente o Juízo Arbitral, no que foi acompanhada pelo Ministro *Mauro Campbell Marques*.

Após, o Ministro *Benedito Gonçalves* pediu vista e apresenta voto, acompanhando o Relator.

Pedindo vênia aos que me antecederam, entendo que, diante das peculiaridades do caso, o presente Conflito de Competência *não merece ser conhecido*.

Com efeito, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "a definição da competência para a causa se estabelece levando em consideração os termos da demanda (e não a sua procedência ou improcedência, ou a legitimidade ou não das partes, ou qualquer outro juízo a respeito da própria demanda). O juízo sobre competência é, portanto, lógica e necessariamente, anterior a qualquer outro juízo sobre a causa. Sobre ela quem vai decidir é o juiz considerado competente (e não o Tribunal que aprecia o conflito). Não fosse assim, haveria uma indevida inversão na ordem natural das coisas: primeiro se julgaria (ou pré-julgaria) a causa e depois, dependendo desse julgamento, definir-se-ia o juiz competente (que, portanto, receberia uma causa já julgada, ou, pelo menos, pré-julgada)" (STJ, CC 121.013/SP, Rel. Ministro ***Teori Albino Zavascki****,* ***Primeira Seção****, DJe de 03.04.2012).*

Partindo dessa premissa, vale destacar que a ação ajuizada pela ANP, na Justiça Federal, questiona a competência e a possibilidade de o Tribunal Arbitral apreciar a matéria controvertida. A ANP defende que, por ser direito indisponível, caberia ao Poder Judiciário, desde já, invalidar o procedimento arbitral instaurado.

A Petrobrás, em contestação e no presente Conflito, defende que, nos termos da legislação e jurisprudência, tal controle do Poder Judiciário somente

poderia ser realizado após a decisão proferida pelo Juízo Arbitral, sendo vedado controle prévio.

Sobre o tema, não se desconhece a regra de que, nos termos dos arts. 8º e 20 da Lei n. 9.307/1996, cabe ao arbitro, em princípio, decidir acerca dos limites de suas atribuições e da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem.

Ocorre que, no caso, tal alegação está diretamente relacionada ao mérito da ação ajuizada pela ANP, na Justiça Federal, tanto que analisada pela sentença de improcedência.

Assim, nos termos em que posta a discussão, o exame dessa matéria (possibilidade ou não de o Poder Judiciário decidir sobre a competência do Tribunal Arbitral para apreciar determinadas questões) caberá ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no julgamento das Apelações, interpostas pela ANP e pelo Estado do Espírito Santo.

Isso porque, em que pese sejam plausíveis as alegações expostas pela Petrobrás, no caso, *o acolhimento do Conflito ensejaria, em verdade, desde logo, a improcedência do pedido, nos termos da sentença proferida pela Justiça Federal.*

Desta forma, Conflito de Competência haveria, se ambos os Juízos estivessem apreciando as mesmas questões (validade da RD 69/2014), o que não acontece, no caso.

Ante o exposto, pedindo vênia aos que me antecederam, *não conheço* do Conflito de Competência.

É como voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Processo Civil. Administrativo. Conflito positivo de competência. Contrato de concessão entre ANP e Petrobrás com cláusula compromissória. Juízo Arbitral x Justiça Federal. Necessidade de se viabilizar a defesa de direitos do Estado do Espírito Santo, não signatário da referida cláusula, perante o Poder Judiciário. Impossibilidade de extensão subjetiva da cláusula compromissória. Conflito conhecido, para declarar a competência da Justiça Federal, acompanhando o Min. Relator, Napoleão Nunes Maia Filho.

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de Conflito Positivo de Competência, suscitado por Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobrás em face do Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional - CCI, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e do Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, tendo como interessados o Estado do Espírito Santo, a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis e o Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis, este na qualidade de "*amicus curiae*".

A controvérsia gira em torno da competência para decidir acerca da validade e aplicabilidade da Resolução 69/2014 da ANP, face a existência de Cláusula Compromissória Arbitral no Contrato de Concessão firmado entre a Petrobrás e a Agência Nacional do Petróleo, para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural no território do Estado do Espírito Santo.

Em breve linhas, pode-se dizer que o conflito se dá em razão de decisões proferidas pela Corte Internacional de Arbitragem, perante a qual foi instaurado Procedimento Arbitral pela Petrobrás, visando reconhecer a nulidade da referida Resolução da ANP, e pelo TRF da 2ª Região, onde tramitam a Ação Anulatória de Procedimento Arbitral ajuizada pela ANP e mais duas Medidas Cautelares (da ANP e Estado do Espírito Santo), visando sustar os efeitos da Resolução em questão.

O e. Min. Relator, Napoleão Nunes Maia Filho, conheceu do conflito, para declarar a competência da Justiça Federal, "dada a impossibilidade jurídica de se impor ao Ente Estadual Federal (neste caso, o Estado do Espírito Santo), não signatária da cláusula compromissória do contrato de concessão que se discute, qualquer reflexo de decisão da Corte Arbitral não eleita por ele".

Em voto-vista, a Min. Regina Helena divergiu de tal entendimento, reconhecendo a competência do Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, tendo em vista que: i) o direito patrimonial objeto da concessão é direito disponível da Administração, podendo ser objeto de arbitragem; ii) há precedência da utilização dos métodos alternativos à atuação jurisdicional do Estado para solução de controvérsias, ainda que envolva a Administração Pública; e iii) a arbitragem não impossibilita o acesso à Justiça pelo Estado-Membro, na qualidade de terceiro interessado, consoante cláusula 7 dos termos da Convenção Arbitral.

Pedi vista dos autos.

De início, registro a competência desta Corte para o julgamento do presente Conflito de Competência, que envolve de um lado Juízo Estatal e de outro Juízo arbitral, o qual, ostenta, como bem assentado nos votos que me precederam, natureza jurisdicional.

Também comungo do entendimento externado por ambos os votos de que a controvérsia travada entre a Petrobrás e a ANP relativa ao contrato de concessão para exploração petrolífera tangencia direito patrimonial disponível, passível de solução via arbitragem.

Porém, no tocante a definição da competência para a solução do litígio em torno da aplicabilidade e validade da Resolução editada pela ANP, inclino-me a acompanhar as razões adotadas pelo e. Min. relator, Napoleão Nunes Maia Filho.

Isso porque, não obstante a importância da arbitragem para a solução dos conflitos, bem como a necessidade de respeito a cláusula compromissória arbitral voluntariamente inserida no Contrato de Concessão firmado entre a ANP e a Petrobrás, parece-me que o juízo arbitral não pode ser imposto ao Estado do Espírito Santo, que sequer participou do referido instrumento contratual, mas possui manifesto interesse na controvérsia que envolve alteração dos critérios de distribuição de *royalties*.

É dizer que, se o Estado não foi signatário do contrato que optou pela solução arbitral dos conflitos, o pacto compromissório a ele não se aplica, não podendo, portanto, ser obrigado a se submeter à Corte de Arbitragem e aos efeitos da sentença lá proferida.

Por conseguinte, não pode o Estado ser impedido de recorrer ao Judiciário Estatal para tutelar seus interesses, direitos e patrimônio, na condição de entidade partícipe da divisão dos resultados positivos da exploração dos recursos naturais. Não há, portanto, como se afastar a Jurisdição Estatal, devendo-se permitir a atuação e defesa do Estado quanto aos reflexos da Resolução discutida.

Registra-se, por fim, que a previsão constante na Convenção de Arbitragem, que possibilita a averiguação da necessidade de participação de partes não-signatárias no procedimento arbitral (Cláusula 7.b., fls. 350), não altera o entendimento ora consignado, não se podendo afastar o direito do Estado de defender seus direitos perante o Poder Judiciário, por não ter anuído com a arbitragem.

Ante o exposto, peço vênia a divergência inaugurada pela Min. Regina Helena, para acompanhar o voto do e. Min. Relator, Napoleão Nunes Maia Filho, para conhecer do conflito e reconhecer a competência da Justiça Federal para o exame do feito.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Senhor Ministro, voto pelo conhecimento, com vênias à Ministra Assusete Magalhães.

VOTO-MÉRITO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Não preciso pedir vista. Na medida em que fico vencida, quanto ao não conhecimento do Conflito de Competência, não vejo outra alternativa senão dar pela competência do Juízo Arbitral.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 1.247.360-RJ (2013/0366233-9)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves
Embargante: União
Embargado: Marcelo Costa Sales
Advogada: Cynthia Maria Piske Silverio Souza - RJ072886

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Embargos de divergência em recurso especial. Servidor público. Remoção de cônjuge a pedido. Acompanhamento. Art. 36 da Lei n. 8.112/1990.

1. Caso em que se discute se há ou não há direito subjetivo à remoção para acompanhar cônjuge removido a pedido. Interpretação do art. 36, III, "a", da Lei n. 8.112/1990.

2. O acórdão embargado entendeu que a Administração Pública, ao oferecer vaga a ser ocupada por critério de remoção, revela que tal preenchimento atende ao interesse público. Havendo o cônjuge sido removido "no interesse da Administração", exsurgiria o direito subjetivo do outro cônjuge a ser removido para acompanhar o consorte, a teor do art. 36, III, "a", da Lei n. 8.112/1990.

3. No entender do acórdão paradigma, o direito subjetivo à remoção para o acompanhamento de cônjuge só é amparado pelo art. 36, III, "a", da Lei n. 8.112/1990 quando o cônjuge foi removido de ofício pela Administração Pública.

4. O art. 36 da Lei n. 8.112/1990 trata de três hipóteses de remoção: de ofício, "no interesse da Administração" e mesmo que contra a vontade do servidor (inciso I); a pedido do servidor e "a critério da Administração" (inciso II) e a pedido do servidor "independentemente do interesse da Administração" (inciso III) nas estritas hipóteses das alíneas "a", "b" e "c".

5. A alínea "a" do inciso III do art. 36 da Lei n. 8.112/1990, ao estabelecer que há direito a acompanhar cônjuge "deslocado no *interesse* da Administração" remete ao "*interesse* da Administração" segundo a expressão do inciso I (remoção de ofício), a qual não foi repetida pelo inciso II (remoção a pedido), que se utilizou da expressão "a critério da Administração" para tratar da hipótese em que se alia a vontade da Administração Pública à do servidor postulante da remoção.

6. A hipótese de remoção prevista no inciso II do art. 36 da Lei n. 8.112/1990 é a via ordinária para a remoção do servidor público, na qual se procura atender tanto à eficiência da Administração Pública quanto os interesses privados (incluídos os familiares) do servidor, observada a impessoalidade entre os servidores postulantes da vaga. As hipóteses de remoção previstas nos incisos I e III são excepcionais (a do inciso I porque privilegia o interesse público em detrimento da possibilidade de o servidor escolher se manter lotado onde está ou em destino de sua preferência e a do inciso III porque abre mão de se perseguir a eficiência na Administração Pública) e devem ser interpretadas restritivamente.

7. A redação original do parágrafo único do art. 36 da Lei n. 8.112/1990 permitia a remoção para o fim de acompanhamento

de cônjuge independentemente da existência de vaga, sem o estabelecimento expresso de restrições. É evidente a intenção do legislador em restringir tal possibilidade com a redação que foi dada pela Lei n. 9.527/1997 ao atual art. 36, III, "a", da Lei n. 8.112/1990.

8. Embargos de divergência providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Gurgel de Faria, dar provimento aos embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Assusete Magalhães e os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

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

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 29.11.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de embargos de divergência interpostos pela União acórdão prolatado pela Segunda Turma, assim ementado:

> Processual Civil e Administrativo. Agravo regimental. Servidor público. Auditor Fiscal da Receita Federal. Concurso de remoção. Interesse público. Acompanhamento de cônjuge. Art. 36 da Lei n. 8.112/1990.
>
> 1. *Consoante o disposto no art. 36, inciso III, "a", da Lei n. 8.112/1990, a remoção para o acompanhamento do cônjuge, também servidor público civil ou militar, deslocado* ***no interesse da Administração****, é direito subjetivo do servidor*, independente do interesse da Administração e da existência de vaga.
>
> 2. Segundo a jurisprudência deste Tribunal: "*A Administração, ao oferecer vaga a ser ocupada por critério de remoção, acaba revelando que tal preenchimento é*

de interesse público, pois tem por objetivo adequar o quantitativo de servidores às necessidades dos órgãos e unidades administrativas". Precedente do STJ.

3. Agravo regimental não provido.

Alega a embargante que a Segunda Turma adotou entendimento divergente daquele adotado pela Primeira Turma no julgamento do acórdão paradigma assim ementado:

> Administrativo. Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Servidor público. Legitimidade ativa *ad causam* do marido da servidora. Inexistência. Transferência a pedido, na modalidade remoção. Cônjuge. Acompanhamento. Direito subjetivo. Inexistência. Art. 36, parágrafo único, I c.c. III, "a" e "c", da Lei n. 8.112/1990. Honorários advocatícios de sucumbência. *Quantum*. Alteração. Pedido genérico. Súmulas 284/STF e 182/STJ. Agravo não provido.
>
> 1. Trata-se de ação ordinária em que servidora pública federal busca compelir a pessoa jurídica de direito público com a qual mantém vínculo estatutário a transferir-lhe de localidade, para fins de acompanhar o cônjuge, também servidor público federal, anteriormente transferido a pedido, após se aprovado em concurso interno de remoção.
>
> 2. O bem da vida objeto da pretensão formulada na petição inicial vincula-se exclusivamente à primeira autora, de sorte que a mera existência de um vínculo matrimonial entre ela e o segundo autor não assegura a este último um interesse processual, que seria no máximo reflexo, sendo de rigor o reconhecimento de sua ilegitimidade ativa *ad causam*.
>
> 3. A questão sub judice é eminentemente de direito, vinculando-se à obtenção de uma resposta para a seguinte indagação: à luz do art. 36, parágrafo único, III, "c", da Lei n. 8.112/1990, o servidor que é transferido de localidade a pedido, após concorrer em concurso de remoção, gera para seu cônjuge o direito subjetivo de também ser transferido, para acompanhá-lo, independentemente do interesse da Administração?
>
> 4. Extrai-se do art. 36 da Lei n. 8.112/1990 que a transferência de localidade de um servidor pode ocorrer em duas únicas hipóteses: (i) *ex offício*, ou seja, por imposição da Administração Pública; (ii) a pedido do próprio servidor. Este último caso se subdivide em duas situações distintas: (a) em se tratando de um simples pedido de remoção, seu deferimento ficará vinculado aos requisitos da conveniência e oportunidade da Administração Pública, inexistindo um direito subjetivo em favor do requerente; (b) quando o pedido tiver por fundamento questões de saúde envolvendo o servidor requerente ou seus familiares, ou, ainda, tiver sido precedido de aprovação em concurso interno de remoção, estar-se-á diante de um direito subjetivo em favor do requerente.

> 4. *O art. 36, parágrafo único, III, "a", da Lei n. 8.112/1990 não ampara o pedido de remoção formulado pela primeira agravante, tendo em vista que a transferência de seu cônjuge, ora segundo agravante, não se deu* ex offício, *mas voluntariamente*.
>
> 5. Constatado que a recusa da Administração Pública em deferir o pedido de remoção formulado pela primeira agravante se deu dentro dos parâmetros de legalidade, mostra-se inviável o acolhimento da pretensão deduzida na presente ação ordinária, sob pena de indevida invasão do mérito administrativo.
>
> 6. Limitando-se os agravantes a formularem um pedido genérico de redução do quantum arbitrado na decisão agravada a título de honorários advocatícios de sucumbência, incide na espécie as Súmulas 284/STF e 182/STJ.
>
> 7. Agravo regimental não provido.
>
> (AgRg no REsp 1.290.031/PE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 20.08.2013, DJe 09.09.2013)

Aduz a embargante que o acórdão embargado entendeu que *é de interesse público* o preenchimento de vaga a ser ocupada por remoção a pedido, ao passo que o acórdão paradigma entendeu que a remoção voluntária (a pedido do servidor) *não se reveste de interesse público*, de modo que não confere ao cônjuge do servidor direito subjetivo à remoção para a mesma localidade.

Argumenta a embargante que é preciso interpretar o que é ser "deslocado no interesse da Administração" à luz das disposições da própria Lei n. 8.112/1990.

Intimado, o embargado apresentou impugnação às fls. 676/690.

Preliminarmente alega inexistir similitude fática, ao argumento de que o embargante e sua esposa são servidores da mesma carreira, ele auditor fiscal e ela técnica da Receita Federal, ambos lotados em Uruguaiana-RS. Afirma haver norma interna da Receita Federal (Portaria n. 6.115/2005) que abriga o direito postulado nos autos. Alega que a hipótese é diversa daquela que foi objeto do acórdão paradigma, uma vez que no caso dos presentes autos a Administração deferiu a remoção do autor para fins de acompanhar sua esposa, ao passo que no caso objeto do acórdão paradigma não houve manifestação da Administração quanto ao pedido de remoção da servidora.

Quanto ao mérito, alega o embargado que a Primeira Seção teria firmado entendimento acerca da questão ao julgar o MS 21.631, em 24.06.2015. Por último, alega que se deve aplicar a "teoria do fato consumado", uma vez que, por força de decisão judicial, há 8 anos o embargado e a esposa vem desempenhando suas funções na cidade de Teresópolis.

O Ministério Público Federal apresentou parecer no sentido da existência da divergência necessária ao conhecimento dos Embargos de Divergência e, no mérito, no sentido de que prevaleça o entendimento esposado pelo acórdão paradigma.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Como cediço, os embargos de divergência têm por escopo uniformizar a jurisprudência do Tribunal ante a adoção de teses conflitantes pelos seus órgãos fracionários na decisão de casos similares, nos termos do que dispunha o art. 546 do CPC/1973 e do que dispõe o art. 1043 do CPC/2015.

No Superior Tribunal de Justiça, é embargável o acórdão proferido no julgamento de Recurso Especial que tenha dado a preceito de lei federal interpretação diversa daquela dada por outro órgão fracionário deste Tribunal. É o caso dos presentes autos, em que os acórdãos cotejados deram interpretação divergente ao art. 36, inciso III, "a", da Lei n. 8.112/1990.

Nessa medida, não merece ser acolhida a alegação do embargado de que não haja similitude fática entre os casos cotejados, pois em ambos os casos estava em questão a interpretação do art. 36, inciso III, "a", da Lei n. 8.112/1990, especificamente: se há ou não direito subjetivo do servidor público à remoção para acompanhar cônjuge que tenha sido removido a pedido.

As peculiaridades do caso em questão apontadas pelo embargado (o fato de se tratar no presente caso de servidores da Receita Federal, instituição que, segundo o embargado, dispunha de Portaria própria a regular a remoção de seus servidores) não retiram a similitude dos casos cotejados, uma vez que em ambos se trata da existência ou não de direito subjetivo do servidor público à remoção para acompanhar cônjuge que tenha sido removido a pedido, à luz do disposto no art. 36, inciso III, "a", da Lei n. 8.112/1990.

É de se notar, ademais, que o acórdão embargado de divergência não faz qualquer menção à Portaria indicada pelo embargado. E isto porque o fundamento do Recurso Especial interposto pelo embargado era a alegação de violação a dispositivo de Lei federal, a teor do art. 105 da Constituição da República.

Assim sendo, presentes a similitude fática e a divergência, passo ao mérito da questão veiculada nos presentes Embargos de Divergência.

Ainda antes disso, porém, observo que, ao contrário do que alega o embargante, a matéria não foi ainda pacificada pela Primeira Seção. O fato de a questão haver sido apreciada pela Seção em Mandado de Segurança não autoriza tal conclusão. Isto porque, embora o Regimento Interno do STJ confie à Seção o julgamento dos Mandados de Segurança, tal não é a via própria para que a Seção pacifique seu entendimento sobre as divergências entre a Primeira e a Segunda Turma na interpretação da lei federal. Tal via, mais propriamente, é a dos Embargos de Divergência.

Esclarecido isso, passo ao mérito.

No mérito, o dispositivo legal cuja interpretação é demandada nestes autos (art. 36, inciso III, "a", da Lei n. 8.112/1990) estabelece uma hipótese em que o servidor público federal tem direito subjetivo à remoção para acompanhar cônjuge/companheiro servidor público que tenha sido "deslocado no interesse da Administração".

O acórdão embargado, como se verifica do relatório, conferiu à expressão "deslocado no interesse da Administração" interpretação mais abrangente que aquela que foi conferida pelo acórdão paradigma.

Para o acórdão embargado, o deslocamento é "no interesse da Administração" não só em caso de remoção de ofício, mas também quando a Administração Pública abre vaga para que os servidores públicos interessados (e que cumpram os requisitos necessários para tanto) se candidatem à remoção.

Já para o acórdão paradigma o deslocamento "no interesse da Administração", para os fins do art. 36, inciso III, "a", da Lei n. 8.112/1990, é apenas aquele em que o servidor público é removido de ofício pela Administração Pública, não quando tenha voluntariamente se candidatado a concorrer à vaga aberta para remoção.

Tenho que a melhor interpretação do preceito legal em questão é aquele que lhe foi dada pelo acórdão paradigma.

Isto porque, embora a Constituição da República garanta à *família* proteção especial do Estado (art. 226), a mesma Constituição determina que a Administração Pública observe a legalidade, a moralidade, a impessoalidade e, no presente caso com especial evidência, a *eficiência* (art. 37).

Destarte, os direitos dos servidores públicos (dentre eles o direito à remoção com o fim de atender a seu interesse familiar) devem ser interpretados não só à luz dos preceitos constitucionais, mas também, dada a abertura de tais preceitos constitucionais e a possibilidade de que nos casos concretos eles importem comandos contraditórios, à luz daquilo que o legislador houve por bem definir em lei.

Na questão jurídica objeto de exame nestes Embargos de Divergência não parece que o texto de lei deixe margem à ampliação interpretativa efetuada pelo acórdão embargado de divergência.

Com efeito, o preceito legal em questão encontra-se sob a regência de um *caput* e de um parágrafo e ao lado de outros incisos que permitem algumas conclusões interpretativas. É a seguinte a redação legal:

> Art. 36. *Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício*, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.
>
> Parágrafo único. *Para fins do disposto neste artigo*, entende-se por modalidades de remoção: (Redação dada pela Lei n. 9.527, de 10.12.1997)
>
> *I - de ofício, no interesse da Administração*; (Incluído pela Lei n. 9.527, de 10.12.1997)
>
> *II - a pedido, a critério da Administração*; (Incluído pela Lei n. 9.527, de 10.12.1997)
>
> *III - a pedido*, para outra localidade, *independentemente do interesse da Administração*: (Incluído pela Lei n. 9.527, de 10.12.1997)
>
> *a) para acompanhar cônjuge ou companheiro*, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi *deslocado no interesse da Administração*; (Incluído pela Lei n. 9.527, de 10.12.1997)
>
> b) por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial; (Incluído pela Lei n. 9.527, de 10.12.1997)
>
> c) em virtude de processo seletivo promovido, na hipótese em que o número de interessados for superior ao número de vagas, de acordo com normas preestabelecidas pelo órgão ou entidade em que aqueles estejam lotados. (Incluído pela Lei n. 9.527, de 10.12.1997)

Como se verifica, a linguagem que o art. 36 em questão utilizou para tratar da remoção do servidor público é reveladora da medida em que se procurou prestigiar ora a eficiência ora a família. Com efeito, a remoção "de ofício, no

interesse da Administração" (inciso I) é aquela que pode ser mesmo contra a vontade do servidor, mas visa a atender à eficiência da Administração Pública; a remoção "a pedido, a critério da Administração" (inciso II) é aquela que (por ser a pedido) atende à vontade manifestada pelo servidor, a par de (sendo "a critério da Administração") servir à boa gestão pública; já a remoção a pedido "independentemente do interesse da Administração" (inciso III) é aquela que atende à vontade manifestada pelo servidor e que pode até mesmo ser contrária à melhor gestão de pessoal.

Trata-se, portanto, de 3 hipóteses de remoção de servidor público que acomodam de forma diversa importantes valores de envergadura constitucional. A primeira (inciso I) é focada na eficiência da Administração Pública e pouco se preocupa com o projeto de vida do servidor. A segunda (inciso II) funciona como um meio-termo em que a Administração Pública, buscando a eficiência, torna públicas as vagas abertas e permite aos servidores (que preencham os requisitos necessários para tanto) interessados que manifestem sua vontade de serem removidos, segundo critérios prévios e impessoais. Esta segunda hipótese de remoção procura um meio-termo entre o interesse privado dos servidores e o interesse em melhor gerir a coisa pública. A terceira hipótese de remoção (inciso III), sendo "independentemente do interesse da Administração", abre mão de perseguir a eficiência na prestação do serviço público para, naquelas hipóteses *excepcionais*, atender ao interesse privado do servidor público que pretenda a remoção.

Nota-se, assim, que a forma comum de remoção do servidor público, que atende tanto à eficiência da Administração quando a impessoalidade e aos interesses privados do servidor, é aquela prevista no inciso II. As hipóteses previstas nos incisos I e III são extremas: uma (inciso I) retira do servidor a possibilidade de permanecer lotado onde está ou de pleitear remoção para o local de seu interesse, tudo com o fim de atender àquilo que a Administração Pública considera necessário para atender à eficiência; a outra (inciso III) pode ser contrária à melhor gestão da coisa pública, mas se justifica nas excepcionais hipóteses das alíneas "a", "b" e "c".

Isto considerado, concluo que a hipótese excepcional de remoção prevista no art. 36, inciso III, "a", da Lei n. 8.112/1990 (remoção "a pedido", "independentemente do interesse da Administração", "para acompanhar cônjuge ou companheiro" "deslocado no interesse da Administração"), sendo excepcional, só se encontra legalmente justificada quando o cônjuge/companheiro "deslocado

no interesse da Administração" foi deslocado na hipótese do inciso I, ou seja, de ofício, para atender ao interesse da Administração e independentemente de sua vontade.

É de se ver que a remoção "no interesse da Administração", na linguagem do art. 36 da Lei n. 8.112/1990, é aquela prevista no inciso I, pois na remoção a pedido prevista no inciso II o legislador usou a expressão "a critério da Administração". Mostra-se assim, patente a distinção operada pela Lei n. 8.112/1990, também pela linguagem utilizada, mas não só por isso.

Para além da linguagem utilizada pelo legislador, é de se ver que o deferimento de remoções fundadas no inciso III para além das hipóteses *estritas* lá preceituadas importaria permitir que o servidor, uma vez sendo cônjuge ou companheiro de outro servidor que cumpra os requisitos para a remoção ordinária prevista no inciso II, poderia (pelo só fato de ser casado ou viver em união estável com tal servidor) obter uma remoção independentemente de cumprir os requisitos ordinários necessários para tanto, violando-se com isso a impessoalidade na gestão dos servidores, em detrimento de outro servidor solteiro que fizesse jus à remoção ordinária prevista no art. 36, II, seja no mesmo momento ou em momento posterior.

A melhor interpretação do art. 36, inciso III, "a", da Lei n. 8.112/1990, portanto, é aquela que entende tal forma de remoção (que privilegia a vida privada dos servidores) como uma forma de compensação dos dissabores que a remoção prevista no inciso I (que atende ao interesse público independentemente da vontade do servidor removido) gera no seio da família involuntariamente separada.

Para além disso, é de se ver que era outra a redação original do parágrafo único do art. 36 da Lei n. 8.112/1990. A redação original dispunha o seguinte:

> Parágrafo único. Dar-se-á a remoção, a pedido, para outra localidade, independentemente de vaga, para acompanhar cônjuge ou companheiro, ou por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente, condicionada à comprovação por junta médica.

Como se verifica, originalmente a remoção para acompanhar cônjuge ou companheiro era muito mais ampla. Sob a égide da redação original bastava ao servidor que seu cônjuge/companheiro fosse removido para que passasse a ter o direito subjetivo de acompanhá-lo.

Ao alterar a redação do preceito legal em questão em 1997 é evidente o intuito do legislador em restringir a possibilidade de remoção para

acompanhamento de cônjuge. Daí mais uma razão a confirmar que o legislador, ao permitir no art. 36, III, "a" a remoção para acompanhar cônjuge/companheiro "deslocado no interesse da Administração" estar tratando apenas do cônjuge que tenha sido removido para atender o "interesse da Administração" ainda que contra sua vontade (inc. I).

É verdade que, como constou do acórdão embargado, "A Administração, ao oferecer vaga a ser ocupada por critério de remoção, acaba revelando que tal preenchimento é de interesse público, pois tem por objetivo adequar o quantitativo de servidores às necessidades dos órgãos e unidades administrativas". Este tipo de remoção atende também (em sentido comum) aos interesses da Administração Pública, a par de atender aos interesses privados daqueles servidores que se candidataram à remoção. Mas não é deste "interesse da Administração" aliado ao interesse do servidor que trata o art. 36, III, "c", da Lei n. 8.112/1990. O art. 36, III, "c", da Lei n. 8.112/1990 traz uma *excepcional* hipótese de remoção que só pode ser interpretada restritivamente e que deve ser lida sob o contexto da alteração de redação promovida pela Lei n. 9.527/1997, em que se procurou consignar que a remoção para acompanhar cônjuge "deslocado no interesse da Administração" remete ao "interesse da Administração" mencionado no inciso I, não ao "critério da Administração" mencionado no inciso II.

Ante o exposto, deve ser dado provimento aos presentes Embargos de Divergência, permanecendo o entendimento esposado pela Primeira Turma no acórdão paradigma, segundo o qual só tem direito à remoção fundada no art. 36, III, "c", da Lei n. 8.112/1990 o servidor cujo cônjuge ou companheiro tenha sido removido de ofício.

Quanto ao pleito de que se aplique a "teoria do fato consumado", a Corte Especial já enfrentou a questão e entendeu inaplicável tal teoria a hipóteses como a presente, consoante acórdão cuja ementa segue:

> Embargos de divergência em recurso especial. Direito Administrativo. Servidor público. Remoção. Resistência da Administração Pública. Teoria do Fato Consumado. Inaplicabilidade.
>
> 1. Não se aplica a "Teoria do Fato Consumado" em relação a atos praticados sob contestação das pessoas envolvidas, que o reputam irregular e manifestam a existência da irregularidade nas vias adequadas, ainda que, pela demora no transcurso do procedimento destinado à apuração da legalidade do ato, este gere efeitos no mundo concreto.

2. Verificada ou confirmada a ilegalidade, o ato deve ser desfeito, preservando-se apenas aquilo que, pela consolidação fática irreversível, não puder ser restituído ao status quo ante.

3. Na espécie, nunca houve em relação à remoção do embargante aquiescência pela Administração Pública, que se manteve em permanente resistência no plano processual, sempre apontando a ilegalidade no ato de lotação do servidor em localidade diversa daquela em que tomou posse por conta do concurso público.

4. Impossibilidade de aplicação da teoria do fato consumado.

Embargos de divergência providos.

(EREsp 1.157.628/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Corte Especial, julgado em 07.12.2016, DJe 15.02.2017)

Por tais motivos, dou *provimento* aos Embargos de Divergência.

É o voto.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 1.517.492-PR (2015/0041673-7)

Relator: Ministro Og Fernandes
Relatora para o acórdão: Ministra Regina Helena Costa
Embargante: Fazenda Nacional
Embargado: Cotriguaçu Cooperativa Central
Advogado: Paulo Augusto Chemin e outro(s) - PR019379

EMENTA

Tributário. Embargos de divergência em recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. ICMS. Créditos presumidos concedidos a título de incentivo fiscal. Inclusão nas bases de cálculo do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL. Inviabilidade. Pretensão fundada em atos infralegais. Interferência da União na política fiscal adotada por Estado-Membro. Ofensa ao princípio federativo e à

segurança jurídica. Base de cálculo. Observância dos elementos que lhes são próprios. Relevância de estímulo fiscal outorgado por Ente da Federação. Aplicação do princípio federativo. ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Inconstitucionalidade assentada em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (RE n. 574.706/PR). Axiologia da *ratio decidendi* aplicável à espécie. Créditos presumidos. Pretensão de caracterização como renda ou lucro. Impossibilidade.

I – Controverte-se acerca da possibilidade de inclusão de crédito presumido de ICMS nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

II – O dissenso entre os acórdãos paradigma e o embargado repousa no fato de que o primeiro manifesta o entendimento de que o incentivo fiscal, por implicar redução da carga tributária, acarreta, indiretamente, aumento do lucro da empresa, insígnia essa passível de tributação pelo IRPJ e pela CSLL; já o segundo considera que o estímulo outorgado constitui incentivo fiscal, cujos valores auferidos não podem se expor à incidência do IRPJ e da CSLL, em virtude da vedação aos entes federativos de instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros.

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

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

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

VI – Em sua formulação fiscal, revela-se o princípio federativo um autêntico sobreprincípio regulador da repartição de competências tributárias e, por isso mesmo, elemento informador primário na solução de conflitos nas relações entre a União e os demais entes federados.

VII – A Constituição da República atribuiu aos Estados-membros e ao Distrito Federal a competência para instituir o ICMS – e, por consequência, outorgar isenções, benefícios e incentivos fiscais, atendidos os pressupostos de lei complementar.

VIII – A concessão de incentivo por ente federado, observados os requisitos legais, configura instrumento legítimo de política fiscal para materialização da autonomia consagrada pelo modelo federativo. Embora represente renúncia a parcela da arrecadação, pretende-se, dessa forma, facilitar o atendimento a um plexo de interesses estratégicos para a unidade federativa, associados às prioridades e às necessidades locais coletivas.

IX – A tributação pela União de valores correspondentes a incentivo fiscal estimula competição indireta com o Estado-membro, em desapreço à cooperação e à igualdade, pedras de toque da Federação.

X – O juízo de validade quanto ao exercício da competência tributária há de ser implementado em comunhão com os objetivos da Federação, insculpidos no art. 3º da Constituição da República, dentre os quais se destaca a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III), finalidade da desoneração em tela, ao permitir o barateamento de itens alimentícios de primeira necessidade e dos seus ingredientes, reverenciando o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento maior da República Federativa brasileira (art. 1º, III, C.R.).

XI – Não está em xeque a competência da União para tributar a renda ou o lucro, mas, sim, a irradiação de efeitos indesejados do seu exercício sobre a autonomia da atividade tributante de pessoa política diversa, em desarmonia com valores éticos-constitucionais inerentes à organicidade do princípio federativo, e em atrito com o princípio da subsidiariedade, que reveste e protege a autonomia dos entes federados.

XII – O abalo na credibilidade e na crença no programa estatal proposto pelo Estado-membro acarreta desdobramentos deletérios no campo da segurança jurídica, os quais não podem ser desprezados, porquanto, se o propósito da norma consiste em descomprimir um segmento empresarial de determinada imposição fiscal, é inegável que o ressurgimento do encargo, ainda que sob outro figurino, resultará

no repasse dos custos adicionais às mercadorias, tornando inócua, ou quase, a finalidade colimada pelos preceito legais, aumentando o preço final dos produtos que especifica, integrantes da cesta básica nacional.

XIII – A base de cálculo do tributo haverá sempre de guardar pertinência com aquilo que pretende medir, não podendo conter aspectos estranhos, é dizer, absolutamente impertinentes à própria materialidade contida na hipótese de incidência.

XIV – Nos termos do art. 4º da Lei n. 11.945/2009, a própria União reconheceu a importância da concessão de incentivo fiscal pelos Estados-membros e Municípios, prestigiando essa iniciativa precisamente com a isenção do IRPJ e da CSLL sobre as receitas decorrentes de valores em espécie pagos ou creditados por esses entes a título de ICMS e ISSQN, no âmbito de programas de outorga de crédito voltados ao estímulo à solicitação de documento fiscal na aquisição de mercadorias e serviços.

XV – O STF, ao julgar, em regime de repercussão geral, o RE n. 574.706/PR, assentou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob o entendimento segundo o qual o valor de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, constituindo mero ingresso de caixa, cujo destino final são os cofres públicos. Axiologia da *ratio decidendi* que afasta, com ainda mais razão, a pretensão de caracterização, como renda ou lucro, de créditos presumidos outorgados no contexto de incentivo fiscal.

XVI – Embargos de Divergência desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, "prosseguindo no julgamento, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator e Assusete Magalhães, negar provimento aos embargos de divergência, nos termos do voto-vista da Sra. Ministra Regina Helena Costa, que lavrará o acórdão. Votaram com a Sra. Ministra Regina Helena Costa os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Gurgel de Faria e Napoleão Nunes Maia Filho.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.

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

Ministra Regina Helena Costa, Relatora

DJe 1º.2.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de embargos de divergência em recurso especial interpostos pela Fazenda Nacional contra acórdão prolatado pela Primeira Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, assim ementado (e-STJ, fls. 2.297):

> Recurso fundado no novo CPC/2015. Tributário. Agravo interno. Crédito presumido de ICMS. Inclusão na base de cálculo do IRPJ e CSLL. Impossibilidade. Precedentes da 1ª Turma.
>
> 1. A Primeira Turma desta Corte, firmou entendimento no sentido da não inclusão do crédito presumido de ICMS na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, porquanto referidos créditos foram renunciados pelo Estado em favor do contribuinte como instrumento de política de desenvolvimento econômico daquela Unidade da Federação, devendo sobre eles ser reconhecida a imunidade do art. 150, VI, a, da CF.
>
> Precedentes: AgRg no REsp 1.227.519/RS, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, *Primeira Turma*, julgado em 24.03.2015, DJe 07.04.2015 e AgRg no REsp 1.461.415/SC, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, *Primeira Turma*, julgado em 13.10.2015, DJe 26.10.2015.
>
> 2. Agravo interno a que se nega provimento.

A embargante sustenta que o acórdão questionado divergiu do entendimento adotado pela Segunda Turma, nos autos do REsp 1.603.082, cuja ementa segue abaixo transcrita:

> Tributário. Base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL. Crédito presumido de ICMS. Legalidade da inclusão.
>
> 1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança que busca obter a suspensão da exigibilidade do crédito tributário decorrente da inclusão do crédito presumido do ICMS nas bases de cálculo do IRPJ, CSLL e das contribuições ao PIS e COFINS (fl. 263, e-STJ).

> 2. Consoante a jurisprudência do STJ, o crédito presumido do ICMS, ao configurar diminuição de custos e despesas, aumenta indiretamente o lucro tributável e, portanto, deve compor a base de cálculo do IRPJ e da CSLL (AgRg no REsp 1.448.693/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 12.8.2014; EDcl no REsp 1.349.837/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 2.5.2013).
>
> 3. Agravo Interno não provido.

Afirma que, enquanto o acórdão embargado entendeu pela "não inclusão do crédito presumido de ICMS na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, porquanto referidos créditos foram renunciados pelo Estado em favor do contribuinte como instrumento de política de desenvolvimento econômico daquela Unidade da Federação, devendo sobre eles ser reconhecida a imunidade do art. 150, VI, a, da CF", o aresto paradigma "entende que, ainda que se admita que o crédito presumido do ICMS não configura receita, o fato é que a base de cálculo do IRPJ e da CSLL é o lucro da empresa, de forma que o STJ entende que o benefício em questão, ao configurar diminuição de custos e despesas, aumenta indiretamente o lucro tributável e, portanto, deve compor a base de cálculo do IRPJ e da CSLL" (e-STJ, fl. 2.306).

Decisão de admissibilidade às e-STJ, fls. 2.327-2.328. Impugnação às e-STJ, fls. 2.332-2.348. Parecer do MPF pelo provimento dos embargos (e-STJ, fls. 2.357-2.359).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): A divergência traçada nestes autos envolve questão relacionada à inclusão dos valores decorrentes de crédito presumido de ICMS na base para o cálculo do IRPJ e da CSLL.

No acórdão embargado, entendeu-se que o reconhecimento de crédito presumido de ICMS configura renúncia estatal, devendo ser reconhecida a imunidade do art. 150, VI, "a", da CF/1988, e que, por essa razão, tais créditos não devem ser incluídos na base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Já o aresto indicado como paradigma firmou compreensão de que, mesmo que se entenda que o crédito presumido do ICMS não configure receita, a base de cálculo do IRPJ e da CSLL corresponderia a lucro da sociedade empresária. Por isso, ao configurar diminuição de custos e despesas, o sistema de crédito

presumido aumentaria indiretamente o lucro tributável e, portanto, tais valores deveriam o compor a base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

A divergência, portanto, é evidente e, a meu sentir, deve ser resolvida adotando-se o entendimento firmado no acórdão paradigma, no sentido de que o crédito presumido do ICMS, ao configurar diminuição de custos e despesas, aumenta indiretamente o lucro tributável e, portanto, deve compor a base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

A tese foi desenvolvida pelo voto condutor do acórdão paradigma nos termos da seguinte fundamentação:

> O Agravo Interno não merece prosperar, pois a ausência de argumentos hábeis para alterar os fundamentos da decisão ora agravada torna incólume o entendimento nela firmado. Portanto não há falar em reparo na decisão.
>
> Conforme consignei no *decisum*, cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança que busca obter a suspensão da exigibilidade do crédito tributário decorrente da inclusão do crédito presumido do ICMS nas bases de cálculo do IRPJ, CSLL e das contribuições ao PIS e COFINS (fl. 263, e-STJ).
>
> Ainda que se admita que o crédito presumido do ICMS não configura receita, o fato é que a base de cálculo do IRPJ e da CSLL é o *lucro* da empresa. Assentada essa premissa, o STJ entende que o benefício em questão, ao configurar diminuição de custos e despesas, aumenta indiretamente o lucro tributável e, portanto, deve compor a base de cálculo do IRPJ e da CSLL.
>
> Nesse sentido:
>
> > Agravo regimental. Tributário. Exclusão dos créditos presumidos de ICMS da base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL. Impossibilidade.
> >
> > 1. No julgamento dos precedentes REsp n. 957.153/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 04.10.2012; e REsp n. 1.349.837-SC, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 06.12.2012, este Superior Tribunal de Justiça respaldou a conduta adotada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil de considerar o "crédito presumido de IPI" como "receita operacional" para fins de composição da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.
> >
> > 2. Considerou-se ali que a técnica adotada pela lei para atingir o Lucro Real foi a de incluir como "despesa" o valor pago a título de IPI e, por consequência lógica, a inclusão como "receita operacional" do crédito presumido do IPI. Mutatis mutandis, a mesma lógica é aplicável ao crédito presumido de ICMS.

3. Os valores relativos ao crédito presumido do ICMS, por serem "ressarcimentos de custos" integram a receita bruta consoante o art. 44, III, da Lei n. 4.506.54 (recuperações ou devoluções de custos).

4. A escrituração dos créditos de ICMS caracteriza a "aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de acréscimos patrimoniais", muito embora possa não significar aquisição de disponibilidade financeira quando há restrições ao uso dos créditos adquiridos, e, portanto, permite a tributação pelo IRPJ e pela CSLL. Precedentes: REsp n. 859.322-PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 14.09.2010; AgRg no REsp n. 1.266.868-PR, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 04.04.2013.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.448.693/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 12.8.2014)

Processual Civil. Tributário. Imposto de renda. Base de cálculo. Crédito presumido de IPI. Inclusão. Restrição à sistemática do lucro real. Inexistência.

1. Os embargos declaratórios somente são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omisso, contraditório ou obscuro, bem como para sanar possível erro material existente no acórdão, o que não ocorre na espécie.

2. O acórdão embargado deixa claro que todos os benefícios fiscais concedidos ao contribuinte, ao diminuir sua carga tributária, impactam de forma inversamente proporcional na majoração do lucro da empresa, alargando, consequentemente, a base de cálculo do Imposto de Renda.

3. Não há nas razões do aresto embargado nenhuma restrição da aplicação do entendimento firmado às empresas optantes pela sistemática do lucro real, com exclusão de empresas que optem pelo lucro presumido ou lucro arbitrado.

4. O art. 53 da Lei n. 9.430/1996 determina que os valores recuperados, correspondentes a custos e despesas, inclusive com perdas no recebimento de créditos, devem ser adicionados ao lucro presumido ou arbitrado para determinação do Imposto de Renda.

5. O crédito presumido do IPI não constitui receita, de modo que, na apuração do IRPJ segundo o lucro real, não há óbice legal à sua inclusão na base de cálculo do imposto, conforme assentado no aresto embargado. Do mesmo modo, se o regime for o do lucro presumido ou arbitrado, também é possível que os valores do benefício fiscal sejam computados, nos termos do art. 53 da Lei n. 9.430/1996.

Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp 1.349.837/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 2.5.2013)

Ausente a comprovação da necessidade de retificação a ser promovida na decisão agravada, proferida com fundamentos suficientes e em consonância com entendimento pacífico deste Tribunal, não há prover o Agravo Interno que contra ela se insurge.

Ante o exposto, dou provimento aos embargos de divergência para reformar o acórdão embargado e declarar a legalidade da inclusão dos valores decorrentes de créditos presumidos de ICMS na base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

É como voto.

VOTO-VISTA

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

A ***Fazenda Nacional*** interpôs Embargos de Divergência contra acórdão proferido pela 1ª Turma desta Corte assim ementado (fls. 2.297e):

Recurso fundado no novo CPC/2015. Tributário. Agravo interno. Crédito presumido de ICMS. Inclusão na base de cálculo do IRPJ e CSLL. Impossibilidade. Precedentes da 1ª Turma.

1. A Primeira Turma desta Corte, firmou entendimento no sentido da não inclusão do crédito presumido de ICMS na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, porquanto referidos créditos foram renunciados pelo Estado em favor do contribuinte como instrumento de política de desenvolvimento econômico daquela Unidade da Federação, devendo sobre eles ser reconhecida a imunidade do art. 150, VI, a, da CF. Precedentes: AgRg no REsp 1.227.519/RS, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, *Primeira Turma*, julgado em 24.03.2015, DJe 07.04.2015 e AgRg no REsp 1.461.415/SC, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, *Primeira Turma*, julgado em 13.10.2015, DJe 26.10.2015.

2. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1.517.492/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 06.10.2016, DJe 20.10.2016).

Aponta a Embargante a existência de dissenso entre o acórdão embargado e o AgInt no REsp n. 1.603.082/SC, julgado pela 2ª Turma desta Corte, cuja ementa transcrevo:

> Tributário. Base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL. Crédito presumido de ICMS. Legalidade da inclusão.
>
> 1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança que busca obter a suspensão da exigibilidade do crédito tributário decorrente da inclusão do crédito presumido do ICMS nas bases de cálculo do IRPJ, CSLL e das contribuições ao PIS e COFINS (fl. 263, e-STJ).
>
> 2. Consoante a jurisprudência do STJ, o crédito presumido do ICMS, ao configurar diminuição de custos e despesas, aumenta indiretamente o lucro tributável e, portanto, deve compor a base de cálculo do IRPJ e da CSLL (AgRg no REsp 1.448.693/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 12.8.2014; EDcl no REsp 1.349.837/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 2.5.2013).
>
> 3. Agravo Interno não provido.
>
> (AgInt no REsp 1.603.082/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22.09.2016, DJe 11.10.2016).

Nas razões recursais, alega-se que "[...] os benefícios decorrentes de créditos presumidos do ICMS constituem subvenção governamental de custeio, pois são incentivos fiscais, espécie de auxílio à empresa. Por essa razão, compõem o resultado operacional da pessoa jurídica. O crédito presumido de ICMS resulta em receitas da modalidade subvenção governamental. Assim, constituem na verdade subvenção corrente para custeio ou operação, diverso, por exemplo, de mera recuperação de custos de natureza indenizatória. Tais créditos são classificados como subvenções de custeio porque, para fins fiscais, especificamente sob a ótica do IRPJ, tem-se considerado subvenção como auxílio que não importa qualquer exigibilidade para o seu recebedor, sendo que as subvenções para custeio ou operação são aquelas que têm a finalidade de auxiliar a empresa em suas operações, para arcar com suas despesas correntes. A subvenção de custeio integra a base de cálculo do IRPJ e da CSLL porque, sendo uma espécie de auxílio à empresa, compõe o resultado operacional da pessoa jurídica" (fls. 2.306/2.307e).

Acompanham o recurso os documentos de fls. 2.315/2.320e.

Distribuídos os autos ao Ministro Og Fernandes, Sua Excelência admitiu o recurso (fls. 2.327/2.328e).

A parte Embargada apresentou impugnação às fls. 2.332/2.348e.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 2.357/2.359e, pelo provimento dos Embargos de Divergência.

Na assentada do dia 28.06.2017, o Ministro Relator proferiu voto dando provimento aos Embargos de Divergência "[...] para reformar o acórdão embargado e declarar a legalidade da inclusão dos valores decorrentes de créditos presumidos de ICMS na base de cálculo do IRPJ e da CSLL", orientação esposada pela 2ª Turma.

Após o voto de Sua Excelência, solicitei vista antecipada dos autos.

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

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

Inicialmente, importante consignar que os Embargos de Divergência encontram-se hígidos para julgamento, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade e ausentes questões preliminares ou prejudiciais a serem examinadas.

Consigne-se, outrossim, que o Supremo Tribunal Federal assentou a ausência de repercussão geral da presente controvérsia, em virtude do reconhecimento da sua natureza infraconstitucional, como segue:

> *Recurso extraordinário. Tributário. Créditos presumidos de ICMS. Inclusão na base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Natureza infraconstitucional da controvérsia. Ausência de repercussão geral.*
>
> (RE 1.052.277 RG, Relator(a): Min. Dias Toffoli, julgado em 18.08.2017, Processo Eletrônico DJe-191 divulg 28.08.2017 public 29.08.2017).

No mérito, controverte-se acerca da possibilidade de inclusão de crédito presumido do Imposto sobre Operações de Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS nas bases de cálculo do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL.

Narra a Embargada que "[...] é sociedade cooperativa que desenvolve as atividades econômicas de moagem de trigo e fabricação de derivados (moinho de trigo) e prestação de serviço de armazenagem e embarque de mercadorias (terminal portuário e de congelados), conforme certificam os Cadastros Nacionais da Pessoa Jurídica – CNPJ" (fl. 02e).

O Estado do Paraná, ao editar o Decreto n. 6.080/2012, mediante o qual regulamentou o ICMS, concedeu, uma vez preenchidos os requisitos legais do

art. 69 de tal ato normativo, crédito presumido desse tributo para determinadas operações e prestações, nos seguintes termos (fls. 89, 714 e 726/728e):

> Art. 4º. Os convênios concessivos de *benefícios fiscais* serão celebrados na forma prevista em lei complementar a que se refere a alínea "g" do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal (art. 3º da Lei n. 11.580/1996).
>
> Parágrafo único. *As operações e as prestações beneficiadas com isenção, redução na base de cálculo e* ***crédito presumido*** *estão elencadas, respectivamente, nos Anexos I, II e* ***III*** *deste Regulamento*.
>
> [...]
>
> ***Anexo III***
>
> ***Crédito Presumido***
>
> (a que se refere o parágrafo único do Artigo 4º deste Regulamento)
>
> [...]
>
> 24. Aos estabelecimentos fabricantes de *farinha de trigo*, obtida a partir da moagem do trigo em grão no próprio estabelecimento, classificada na subposição 1101.00 da NBM/SH, e de macarrão, mesmo que com molho, inclusive espaguete, no percentual de cinco por cento sobre o valor das saídas, em operações internas.
>
> 25. Aos estabelecimentos fabricantes de *farinha de trigo*, obtida a partir da moagem do trigo em grão no próprio estabelecimento, classificada na subposição 1101.00 NBM/SH, e de mistura pré-preparada de farinha de trigo para panificação, que contenha no mínimo 95% (noventa e cinco por cento) de farinha de trigo, classificada no código 1901.20.00 da NBM/SH, no percentual de cinco por cento sobre o valor das saídas dessas mercadorias em operações interestaduais destinadas a estabelecimentos localizados no Estado do Espírito Santo e nas operações interestaduais sujeitas à alíquota de doze por cento, exceto em relação às operações previstas no item 26.
>
> 26. Aos estabelecimentos fabricantes, em operações interestaduais com destino a contribuintes localizados nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais, no percentual de dez por cento sobre o valor das saídas das seguintes mercadorias classificadas na NBM/SH:
>
> a) *farinha de trigo* obtida a partir da moagem do trigo em grão no próprio estabelecimento (subposição 1101.00);
>
> b) mistura pré-preparada de farinha de trigo para panificação, que contenha no mínimo 95% (noventa e cinco por cento) de farinha de trigo obtida a partir da moagem do trigo em grão no próprio estabelecimento (código 1901.20.00);
>
> c) massas alimentícias não cozidas, nem recheadas ou preparadas de outro modo (subposições 1902.11 ou 1902.19);

> d) biscoitos e bolachas derivados de trigo, dos tipos "cream cracker", "água e sal", "maisena", "maria" e outros de consumo popular (subposição 1905.30) e que não sejam adicionados de cacau, recheados, cobertos ou amanteigados, independentemente de sua denominação comercial.
>
> 27. Aos estabelecimentos fabricantes de misturas pré-preparadas de *farinha de trigo* para panificação, que contenham no mínimo 95% (noventa e cinco por cento) de farinha de trigo obtida a partir da moagem do trigo em grão no próprio estabelecimento, classificadas no código 1901.20.00 da NCM, no percentual de cinco por cento sobre o valor das saídas, em operações internas. (destaquei)

O dissenso entre os acórdãos paradigma e o embargado repousa no fato de que o primeiro manifesta o entendimento de que o incentivo fiscal, por implicar redução da carga tributária, acarreta, indiretamente, aumento do lucro da empresa, insígnia essa passível de tributação pelo IRPJ e pela CSLL; já o segundo considera que o estímulo outorgado constitui incentivo fiscal, cujos valores auferidos não podem se expor à incidência do IRPJ e da CSLL, em virtude da vedação aos entes federativos de instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros, na forma do art. 150, VI, *a*, da Constituição da República.

Assinale-se que ambas as Turmas integrantes da 1ª Seção reconhecem a *natureza jurídica de incentivo fiscal do crédito presumido de ICMS concedido pelo ente tributante*, a ele atribuindo, todavia, efeitos distintos quanto à possibilidade de tributação pelo IRPJ e pela CSLL.

Antecipo que abraço o posicionamento manifestado pela 1ª Turma, pelos fundamentos que seguem.

Cabe lembrar que a Constituição da República hospeda vários dispositivos dedicados a autorizar certos níveis de ingerência estatal na atividade produtiva com vista a reduzir desigualdades regionais, alavancar o desenvolvimento social e econômico do país, inclusive mediante desoneração ou diminuição da carga tributária.

São exemplos dessas diretrizes constitucionais, de relevância para a análise do caso em tela, as previsões inseridas nos arts. *3º*, ("Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais"); *151, I* ("É vedado à União: I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, *admitida a concessão*

de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País" - destaque meu), e *155, § 2º, XII, alíneas e, f e g* ("Cabe à lei complementar: [...] e) excluir da incidência do imposto [ICMS], nas exportações para o exterior, serviços e outros produtos além dos mencionados no inciso X, *a*; f) prever casos de manutenção de crédito, relativamente à remessa para outro Estado e exportação para o exterior, de serviços e de mercadorias; g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados").

Trata-se de alívio fiscal, indutor do desenvolvimento econômico regional, cuja disciplina normativa, *na espécie*, tem o escopo de desonerar estabelecimentos fabricantes de farinha de trigo e de produtos que a contenham em sua composição, tais como bolachas e biscoitos populares, macarrão e misturas pré-preparadas para panificação, ingrediente e alimentos básicos que devem ser acessíveis a toda a população.

Tem-se, portanto, que a outorga de crédito presumido de ICMS insere-se em contexto de envergadura constitucional, instituída por legislação local específica do ente federativo tributante.

É esse crédito, em torno do qual gravitam tais aspectos, que se pretende ver incluído nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

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

Com efeito, tal entendimento leva ao esvaziamento ou redução do incentivo fiscal legitimamente outorgado pelo ente federativo, *em especial porque fundamentado exclusivamente em atos* ***infralegais***, consubstanciados nas Soluções de Consulta da Superintendência Regional da Receita Federal da 6ª Região Fiscal n. 144/2008 e 10/2007, e no Parecer Normativo CST n. 112/1978, *consoante declinado pela própria autoridade coatora nas informações prestadas (fls. 2.034/2.037e)*.

Saliente-se, portanto, que a Fazenda Nacional, mediante simples interpretação estampada em atos administrativos normativos, tem orientado seus órgãos a assim proceder.

Outrossim, remarque-se que a competência tributária consiste na aptidão para instituir tributos, descrevendo, por meio de lei, as suas hipóteses de incidência. No Brasil, o veículo de atribuição de competências, inclusive tributárias, é a Constituição da República. Tal sistemática torna-se especialmente relevante em um Estado constituído *sob a forma federativa*, com a peculiaridade do convívio de três ordens jurídicas distintas: a federal, a estadual/distrital e a municipal.

Não por outra razão, cuidou o legislador constituinte originário de alçar a Federação à categoria de cláusula pétrea, tornando-a intangível pelo Poder Constituinte Derivado, conforme o disposto no art. 60, § 4º, I. Daí porque, na dicção de Geraldo Ataliba, "tanto o princípio republicano quanto o federal são postos como regras supraconstitucionais, princípios super-rígidos, pedras basilares de todo o sistema", e "obrigam todos os intérpretes, desde o primeiro – lógica e cronologicamente (Biscaretti), o legislador – até o último – o judicial –, a submeterem às suas exigências todos os demais princípios e regras constitucionais e, com maior razão, infraconstitucionais" (*República e Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 45).

Como sabido, o *princípio republicano*, assim como o princípio da legalidade, constitui decorrência do princípio da segurança jurídica, que se apoia nas ideias de *certeza* e *igualdade*.

No modelo federativo fiscal, a Constituição dita o que pode cada pessoa política realizar em matéria tributária, demarcando os respectivos âmbitos de atuação, no intuito de evitar conflitos entre a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios.

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

A rigor, em sua formulação fiscal, revela-se o princípio federativo um autêntico sobreprincípio regulador da repartição de competências tributárias e, por isso mesmo, elemento informador primário na solução de conflitos nas relações entre a União e os demais entes federados.

Como corolário desse fracionamento de competências, o art. 155, XII, *g*, da Constituição da República, atribuiu aos Estados-membros e ao Distrito Federal a competência para instituir o ICMS – e, por consequência, outorgar isenções, benefícios e incentivos fiscais, atendidos os pressupostos de lei complementar.

Anote-se tratar-se de tributo que, por constituir uma das principais fontes de receita para custeio do aparato estatal, assegura condições para o exercício desembaraçado da *autonomia* constitucionalmente conferida às unidades da Federação.

A concessão de incentivo por Estado-membro, observados os requisitos legais, configura, portanto, instrumento legítimo de política fiscal para materialização dessa autonomia consagrada pelo modelo federativo. Embora represente renúncia a parcela da arrecadação, pretende-se, dessa forma, facilitar o atendimento a um plexo de interesses estratégicos *para a unidade federativa*, associados às *prioridades* e às *necessidades* locais coletivas.

No caso concreto, verifica-se, de fato, interferência na política fiscal adotada pelo Estado-membro mediante o exercício de competência federal.

Examinada a questão sob valores ético-constitucionais da Federação, *limitadores do próprio exercício dessa competência*, como também pelo *princípio da subsidiariedade*, fator de salvaguarda da autonomia dos entes federados perante a atividade tributante federal, constata-se que a concorrência desses elementos, adiante sopesados, é capaz de inibir a pretensão de incidência tributária defendida pela União.

Com efeito, o juízo de validade quanto ao exercício da competência tributária há de ser implementado *em comunhão com os objetivos da Federação*, insculpidos no art. 3º da Constituição da República, dentre os quais se destaca a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III), finalidade da desoneração em tela, ao permitir o barateamento de itens alimentícios de primeira necessidade e dos seus ingredientes, reverenciando o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento maior da República Federativa brasileira (art. 1º, III, C.R.).

Desse modo, a tributação pela União de valores correspondentes a incentivo fiscal estimula competição indireta com o Estado-membro, em desapreço à *cooperação* e à *igualdade*, pedras de toque da Federação.

Naturalmente, não está em xeque a competência da União para tributar a renda ou o lucro, mas, sim, a irradiação de efeitos indesejados do seu exercício sobre a autonomia da atividade tributante de pessoa política diversa, em desarmonia com valores éticos-constitucionais inerentes à organicidade do princípio federativo, e em atrito com a subsidiariedade, "um princípio de bom senso", no dizer do professor André Franco Montoro (*Federalismo e o fortalecimento do Poder Local no Brasil e na Alemanha*. Coleção Debates da

Fundação Konrad Adenauer: Rio de Janeiro, 2002. p. 59), que reveste e protege a autonomia dos Estados-membros.

Paulo Caliendo assim ensina sobre o princípio da subsidiariedade no contexto federativo:

> [...] o princípio da subsidiariedade pode e deve ser utilizado como cláusula de barreira contra a tendência centralizadora do sistema federativo brasileiro, *restabelecendo o equilíbrio e indicando a correta proporcionalidade entre os meios constitucionais e o fim geral a ser alcançado*. O princípio da subsidiariedade funciona neste caso como um adequado instrumento de controle do abuso e como *cláusula de correção*. Desse modo, *na presença de valores constitucionais distintos a serem alcançados, tais como o interesse nacional e a preservação das autonomias locais, o princípio da subsidiariedade funciona como um comando normativo a indicar que* ***a busca do interesse geral não pode implicar esmagamento das instâncias inferiores*** *ou da ação espontânea individual*.
>
> (*O Federalismo Fiscal e o Princípio da Subsidiariedade*. *In* Estado Federal e Tributação - Das origens à crise atual. Organizadores Misabel Abreu Machado Derzi; Onofre Alves Batista Júnior; André Mendes Moreira. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. vol. I, pp. 100-110 - destaquei).

Dessarte, é razoável que a exegese em torno do exercício de competência tributária federal, *no contexto de estímulo fiscal legitimamente concedido por Estado-membro*, tenha por vetor principal um juízo de *ponderação* dos valores federativos envolvidos.

Registre-se que antes da pacificação do tema pelo STF em repercussão geral, a doutrina, ao analisar a pretensão de que créditos de ICMS poderiam integrar as bases de cálculo do PIS e da COFINS, já afastava tal possibilidade por configurar, também, burla à Federação, nos seguintes termos:

> [...] *entendimento contrário ofenderia o princípio federativo, na medida em que tributar crédito de ICMS implica intervir na tributação estadual, afetando a eficácia das imunidades e incentivos e fazendo com que, à impossibilidade de tributação ou renúncia tributária dos Estados corresponda tributação pela União, em transferência de recursos absolutamente desarrazoada, contrária à finalidade das normas de imunidade ou de incentivos*.
>
> (PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário - Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 15ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 524 - destaquei).

É induvidoso, ademais, o caráter *extrafiscal* conferido pelo legislador estadual à desoneração, consistindo a medida em instrumento tributário

para o atingimento de finalidade não arrecadatória, mas, sim, incentivadora de comportamento, com vista à realização de valores constitucionalmente contemplados, conforme apontado.

Outrossim, o abalo na credibilidade e na crença no programa estatal proposto pelo Estado-membro, a seu turno, acarreta desdobramentos deletérios no campo da *segurança jurídica*, os quais não podem ser desprezados.

Deveras, se o propósito da norma consiste em descomprimir um segmento empresarial de determinada imposição fiscal, é inegável que o ressurgimento do encargo, ainda que sob outro figurino, resultará no repasse dos custos adicionais às mercadorias, tornando inócua, ou quase, a finalidade colimada pelos preceito legais, aumentando o preço final dos produtos que especifica, integrantes, como assinalado, da cesta básica nacional.

Importante realçar que a relação jurídica de outorga de incentivo fiscal difere da dogmática da relação obrigacional tributária convencional, porquanto, naquela, o contribuinte, ao atender aos requisitos normativos, titulariza o papel de *credor do Estado*, enquanto *o Fisco torna-se devedor* do cumprimento das obrigações legais assumidas, consoante assinala José Eduardo Soares de Melo:

> O direito à utilização, fruição ou realização dos incentivos – em termos lógicos e jurídicos – não pode ter vinculação ou atinência estrita ao regime jurídico de tributação, uma vez que, na referida relação jurídica, o contribuinte é o credor (sujeito ativo), enquanto o poder público qualifica-se como devedor (sujeito passivo). A relação eminentemente tributária consubstancia situação nitidamente oposta, ou seja, o poder público é o sujeito ativo, enquanto o contribuinte é o sujeito passivo.
>
> (*Regime Jurídico dos Incentivos Fiscais*. *In* Regime Jurídico dos Incentivos Fiscais. Hugo de Brito Machado (coord.). São Paulo: Malheiros, 2015. p. 307).

Assente-se que, hodiernamente, despontam no cenário das questões tributárias preocupantes discussões tendentes a legitimar o alargamento de bases de cálculo tributárias por intermédio da inclusão de outros tributos, isto é, a situação denominada *tributo sobre tributo*, tal como a da inserção do ICMS na base cálculo do PIS/COFINS.

No ponto, convém reavivar, conforme lição de Geraldo Ataliba, que "a base imponível é a dimensão do aspecto material da hipótese de incidência", e, assim, "enquanto aspecto da hipótese de incidência, a base imponível é um conceito-legal, a que fica preso o intérprete", e sua mensuração "só pode ser feita de acordo com o critério normativo que na base de cálculo (legal) se adota"

(*Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros: 2016. pp. 108 e 110).

A base de cálculo, inquestionavelmente, haverá sempre de guardar pertinência com aquilo que pretende medir, não podendo conter aspectos estranhos, é dizer, absolutamente impertinentes à própria materialidade contida na hipótese de incidência.

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

> O critério de investigação da natureza jurídica do tributo que se demonstrará ser o único verdadeiramente objetivo e jurídico, parte da base de cálculo para chegar ao conceito do tributo. Este só poderá ter uma única base de cálculo. A sua conversão em cifra é que poderá variar de método: ou peso e/ou medida e/ou valor. Quando o método é o do valor, *surge facilmente o perigo de se procurar atingir este valor mediante* ***a valorização de outro elemento que consistirá, logicamente, outra base de cálculo e com isto, ipso facto, desvirtuou-se o pretendido gênero jurídico do tributo***. [...]".
>
> (*Teoria Geral do Direito Tributário*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2007. p. 395 - destaquei).

Cumpre destacar, ademais, em sintonia com as diretrizes constitucionais apontadas, ***o fato de a própria União ter reconhecido a importância da concessão de incentivo fiscal pelos Estados-membros e Municípios, prestigiando essa iniciativa precisamente com a isenção do IRPJ e da CSLL*** sobre as receitas decorrentes de valores em espécie pagos ou creditados por esses entes a título de ICMS e ISSQN, *no âmbito de programas de outorga de crédito voltados ao estímulo à solicitação de documento fiscal na aquisição de mercadorias e serviços*, nos termos da Lei n. 11.945/2009, *verbis*:

> Art. 4º. *Ficam isentas do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL* as receitas decorrentes de valores em espécie pagos ou creditados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, relativos ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - *ICMS* e ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - *ISS*, no âmbito de programas de *concessão de crédito voltados ao estímulo à solicitação de documento fiscal* na aquisição de mercadorias e serviços.

Por fim, cumpre registrar, *dada a estreita semelhança axiológica com o presente caso*, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em regime de repercussão geral,

o RE n. 574.706/PR, assentou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Entendeu o Plenário da Corte, por maioria, que o valor de ICMS *não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, constituindo mero ingresso de caixa, cujo destino final são os cofres públicos*, conforme acórdão assim ementado:

> *Recurso extraordinário com repercussão geral. Exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS. Definição de faturamento. Apuração escritural do ICMS e regime de não cumulatividade. Recurso provido.* 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.
>
> (RE 574.706, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 15.03.2017, Acórdão Eletrônico DJe-223 divulg 29.09.2017 public 02.10.2017).

Antes de acompanhar, no mérito, o entendimento sustentado pela Ministra Relatora, o Ministro Celso de Mello, em seu voto, ressaltou, preliminarmente, a importância de proceder-se à interpretação do Direito Tributário pela essência dos institutos e princípios que lhes são próprios, rechaçando a interpretação econômica, nos seguintes termos:

> *Veja-se*, pois, que, ***para efeito*** de definição **e** identificação do conteúdo **e** alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, ***o Código Tributário Nacional***, em seu art. 110, "***faz prevalecer*** o império do Direito Privado – Civil ou Comercial (...)" (ALIOMAR BALEEIRO, "**Direito Tributário Brasileiro**", p. 687, item n. 2, *atualizada* pela Professora MISABEL ABREU MACHADO DERZI, 11ª ed.,

> 1999, Forense – **grifei**), ***razão pela qual esta Suprema Corte***, para fins jurídico-tributários, ***não pode recusar*** a definição que aos institutos ***é dada*** pelo direito privado, ***sem*** que isso envolva interpretação da Constituição *conforme as leis*, ***sob pena de prestigiar-se***, no tema, ***a interpretação econômica*** do direito tributário, ***em detrimento*** do postulado da tipicidade, ***que representa***, no contexto de nosso sistema normativo, ***projeção natural e necessária*** *do princípio constitucional da reserva de lei em sentido formal*, ***consoante adverte*** autorizado magistério doutrinário (GILBERTO DE ULHÔA CANTO, "in" **Caderno de Pesquisas Tributárias** n. 13/493, 1989, Resenha Tributária; GABRIEL LACERDA TROIANELLI, "**O ISS sobre a Locação de Bens Móveis**", "in" **Revista Dialética de Direito Tributário**, vol. 28/7-11, **8-9**). (destaques do original)

Note-se que, na linha de raciocínio esposada pelo Supremo Tribunal Federal, os créditos presumidos de ICMS, concedidos no contexto de incentivo fiscal, não teriam, com ainda mais razão, o condão de integrar as bases de cálculo de outros tributos, como quer a ora Embargante, em relação ao IRPJ e à CSLL, quer porque não representam lucro, quer porque tal exigência tem fundamento em meras normas infralegais, quer ainda, à vista de fundamento não menos importante, por malferir o princípio federativo.

Isto posto, com a vênia do Senhor Ministro Relator, dele divirjo para *negar provimento* aos Embargos de Divergência.

É o voto.

VOTO-VOGAL

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Senhor Presidente, o acórdão embargado é do Ministro *Sérgio Kukina*. O Ministro Relator, *Og Fernandes*, dá provimento aos Embargos de Divergência, para fazer prevalecer o acórdão paradigma, que foi prolatado no âmbito da Segunda Turma. Na verdade, esse tem sido o posicionamento adotado, de maneira muito firme, pela Segunda Turma, desde um voto pioneiro que foi proferido sobre o assunto, de relatoria, salvo engano, do Ministro *Castro Meira*.

Assim, peço a mais respeitosa vênia à divergência, inaugurada pela Ministra *Regina Helena Costa*, mas, para guardar coerência com a posição que venho adotando, no âmbito da Segunda Turma, de acordo com os seus precedentes, acompanho o eminente Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Senhor Presidente, peço permissão a Vossa Excelência para usar a palavra por brevíssimos minutos, apenas para assinalar a minha admiração pelo voto que acaba de ser proferido pela ilustre Ministra e Professora *Regina Helena Costa*, não somente pelo refinamento do pensamento jurídico que Sua Excelência expôs, mas, sobretudo, por ter revelado um sentimento de enternecimento federativo em um momento em que o poder absorvente da União, centralizador, esmaga, praticamente, as autonomias estaduais e municipais.

2. Penso, Senhor Presidente, que é o momento adequado - e que foi muito bem aproveitado pela Ministra *Regina Helena Costa* - de se altear a bandeira de preservação da competência tributária dos entes federados, pondo-a, essa competência, a salvo do poder centralizador, absorvente e concentrador que a União Federal frequentemente exerce, como se o conceito de federação fosse algo absolutamente plástico, rigorosamente desprovido de doutrina, ou seja, uma coisa tópica, que pudesse seguir as vicissitudes políticas de determinado Estado, quando os doutrinadores do federalismo do Brasil, dentre os quais, o Professor PAULO BONAVIDES, o saudoso Professor GERALDO DE ATALIBA, excelente mestre não apenas em Direito Tributário, mas também em Direito Constitucional e Ciência Política, e também o Professor FRANCO MONTORO, apelam para o bom senso dos Juízes na interpretação dessa sutil e difícil convivência com entes políticos sobre o mesmo espaço.

3. A autonomia e a participação são as duas leis básicas de qualquer federação. As singularidades da formação histórica, como se usa fazer com relação ao Brasil e aos Estados Unidos, é para se dizer que a diferença entre as nossas federações justifica o centralismo que ocorre no Brasil. O centralismo que ocorre no Brasil não decorre de comparação com o modelo americano, mexicano ou alemão, nem com um, nem com outro, decorre simplesmente da vocação autoritária do Estado brasileiro e da herança imperial de Pedro I, que eliminou, como muitos sabem, diversos patriotas nordestinos entre 1817 e 1824, como o *Frei Caneca*, arcabuzado no Forte das Cinco Pontas, em Recife.

4. Pois bem, Senhor Presidente, fiquei bastante entusiasmado com o voto que a Ministra *Regina Helena Costa* acaba de proferir. Poucas vezes vi, em quase trinta anos de Magistratura, um assunto específico de Direito Tributário

elevado a uma culminância tão alta e tão excelentemente tratada. Sendo assim, acompanho integralmente o voto da Ministra *Regina Helena Costa*, pedindo todas as vênias aos Ministros *Og Fernandes* e *Assusete Magalhães*, por ter ela representado para mim as ideias que eu gostaria de ter exposto.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Após análise do voto-vista da Ministra Regina, verifico que a solução que conferi à controvérsia – no sentido de reconhecer a possibilidade de inclusão dos créditos presumidos de ICMS na base de cálculo do IRPJ e da CSLL – não merece reparo.

Primeiro porque, ao meu sentir, o precedente mencionado no voto-vista referente à impossibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS em nada se confunde com a questão ora em debate, porquanto, neste caso, não se discute a incidência de tributo sobre tributo, mas, sim, a constatação de que a obtenção de crédito presumido pela contribuinte acarretou aumento do lucro tributável, fato que se amolda ao fato gerador do IRPJ e da CSLL.

Segundo, se a União concedeu isenção aos contribuintes em situações idênticas à dos autos, assim o fez porque entendeu conveniente. Isso não induz à conclusão de que, na espécie, inexiste fato gerador do tributo.

Registro que o deferimento de isenção pelo titular da competência pressupõe a pretérita subsunção do fato à hipótese de incidência prevista para os tributos, que culmina com o surgimento da obrigação tributária, havendo apenas, por intermédio da norma isentiva, comando para que o crédito correspondente não seja constituído por intermédio do lançamento.

Por fim, em arremate a tudo o que consta do meu voto, entendo que o fato gerador de referidos tributos se encontra presente em face da própria legislação que os disciplina, tendo em vista a comprovação de que, na espécie, há aumento indireto do lucro tributável. E esse fato, em verdade, é o que interessa, pois, de acordo com o princípio basilar do Direito Tributário intitulado de *non olet*, a definição do fato gerador deve ser interpretada com abstração dos fatos *que lhe deram origem*, da validade jurídica do ato efetivamente praticado, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos.

Assim, considero irrelevante o fato de o aumento do lucro tributável ter como origem o direito à obtenção de crédito presumido.

Desse modo, pedindo todas as vênias à divergência, mantenho meu voto com os aditamentos acima transcritos.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.487.139-PR (2014/0260926-5)

Relator: Ministro Og Fernandes
Recorrente: União
Recorrente: Estado do Paraná
Procurador: Carlos Frederico Mares Souza Filho e outro(s) - PR008277
Recorrido: Os Mesmos
Recorrido: Lucineia Laufer
Advogados: Keylla Rosiana Krindges de Oliveira e outro(s) - PR049608
Solange Maria Giese Hofmann - PR052492
Recorrido: Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu - VIZIVALI
Advogados: Rodrigo Biezus - PR036244
Luiz Rodrigues Wambier e outro(s) - RS066123A
Leonardo Teixeira Freire - RS072094
Evelyn Moreno Weck - PR042944

EMENTA

Administrativo. Processual Civil. Recurso especial. Alegação de violação do dispositivo do art. 535, I e II, do Código de Processo Civil/1973. Rejeição. Suposta afronta aos dispositivos do art. 403 do Código Civil e do art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei n. 9.784/1999. Ausência de prequestionamento. Súmula 211 do STJ e Súmulas 282 e 356 do STF. Aplicabilidade. Mérito. Suscitada violação dos dispositivos dos arts. 80, §§ 1º e 2º, e 87, § 3º, III, da Lei n. 9.394/1996; 2º da Lei n. 9.131/1995; 11 do Decreto n. 2.494/1998; 186, 187 e 927 do Código Civil; e 14 do Código de Defesa do Consumidor. Não ocorrência. Teoria dos motivos determinantes. Aplicação. Princípios da boa-fé

e da confiança. Incidência. Recurso especial da União conhecido e recurso especial do Estado Paraná conhecido parcialmente, mas para lhes negar provimento. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil/2015 c/c o art. 256-N e seguintes do Regimento Interno do STJ.

1. No caso, o Tribunal de origem manifestou-se, expressamente, sobre os dispositivos dos arts. 80, § 1º, e 87, § 3º, III, da Lei n. 9.394/1996; 2º da Lei n. 9.131/1995 e, ainda, deu a interpretação cabível à regra regulamentar (Decreto n. 2.494/1998). Não há que se falar, portanto, em violação do dispositivo do art. 535 do Código de Processo Civil/1973, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, uma vez que a causa foi devidamente fundamentada, de modo coerente e completo. Foram demonstradas as razões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhe, contudo, solução jurídica diversa da pretendida pelos recorrentes.

2. O aresto impugnado não debateu, nem sequer implicitamente, a questão à luz do art. 403 do Código Civil e do art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei n. 9.784/1999, bastando para tal conclusão verificar-se o inteiro teor do julgado. Logo, não foi cumprido o necessário e indispensável exame da matéria pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal, nesse ponto, do recorrente Estado do Paraná. Incidência das Súmulas 211 do STJ e 282 e 356 do STF.

3. No caso, o Conselho Nacional de Educação, instado a se manifestar, editou ato público (Parecer CNE/CES n. 290/2006, revisando o Parecer CNE/CES n. 14/2006) direcionado ao Conselho Estadual de Educação do Paraná, a propósito do curso objeto desta demanda, explicitando que era "do Conselho Estadual de Educação do Paraná a competência para credenciamento, autorização e reconhecimento de instituições, cursos e programas do seu Sistema de Ensino, não havendo necessidade de reconhecimento do 'curso' no MEC, pois não se trata de programa ofertado na modalidade de educação a distância".

4. A revisão desse posicionamento afronta a boa-fé dos interessados, o princípio da confiança, bem como malfere os motivos determinantes do ato, os quais se reportaram à efetiva incidência do inciso III do § 3º do art. 87 da Lei n. 9.394/1996 – LDB e ao

atendimento do contido no Plano Nacional de Educação, aprovado pela Lei n. 10.172/2001, dentro da denominada "Década da Educação".

5. Outrossim, descabia ao Conselho Estadual de Educação do Paraná, como perfizera via do Parecer n. 193/2007, restringir o escopo preconizado pelo inciso III do § 3º do art. 87 da Lei n. 9.394/1996, quando dispõe acerca da realização dos programas de capacitação. É que o dispositivo legal permitiu a realização de "programas de capacitação para todos os professores em exercício", não exigindo que os discentes sejam professores com vínculo formal com instituição pública ou privada.

6. Segundo a teoria dos motivos determinantes, "a Administração, ao adotar determinados motivos para a prática de ato administrativo, ainda que de natureza discricionária, fica a eles vinculada" (RMS 20.565/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 15.3.2007, DJ 21.5.2007).

7. Incidência do princípio da confiança no tocante à Administração Pública, o qual se reporta à necessidade de manutenção de atos administrativos, ainda que se qualifiquem como antijurídicos (o que não é o caso em exame), desde que verificada a expectativa legítima, por parte do administrado, de estabilização dos efeitos decorrentes da conduta administrativa. Princípio que corporifica, na essência, a boa-fé e a segurança jurídica. (REsp 1.229.501/SP, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 6.12.2016, DJe 15.12.2016).

8. Inexistência de violação dos dispositivos dos arts. 80, §§ 1º e 2º, da Lei n. 9.394/1996 (e, por consequência, do art. 11 do decreto 2.494/1998) e do art. 2º da Lei n. 9.131/1995, porquanto o estabelecido no art. 87, § 3º, III, da Lei n. 9.394/1996 dá amparo ao órgão estadual de educação para credenciar, autorizar e fiscalizar os cursos relativos a programas de capacitação de professores em exercício, transitoriamente (enquanto durou a "Década da Educação"), como no caso em exame. Distinção da fundamentação determinante neste julgado daquela externada no julgamento do REsp 1.486.330/PR, de minha relatoria, com conclusão, igualmente, diferente e que representa a evolução do entendimento, diante do aporte de novos fundamentos.

9. Aliás, como bem dito pelo aresto recorrido, "ainda que se entendesse aplicável, na espécie, o art. 80 da Lei de Diretrizes e Bases

da Educação (Lei n. 9.394/1996) – que dispõe sobre o desenvolvimento e a veiculação de programas de ensino a distância, em todos os níveis e modalidade de ensino, e de educação continuada, atribuindo à União a competência para o credenciamento de instituições de ensino (§ 1º A educação a distância, organizada com abertura e regime especiais, será oferecida por instituições especificamente credenciadas pela União) –, não há como afastar a regra contida no art. 87, do mesmo diploma legal, que determinou – expressamente e em caráter transitório – ao Distrito Federal, aos Estados, aos Municípios e apenas supletivamente à União, a realização de programas de capacitação para todos os professores em exercício, inclusive com os recursos da educação a distância".

10. Necessária a diferenciação de responsabilidade para as três situações distintas: a) a dos professores que concluíram o curso e que detinham vínculo formal com instituição pública ou privada (para cuja situação somente houve o ato ilícito da União); b) a dos professores que perfizeram o curso, mas que não tinham vínculo formal com instituição pública ou privada, enquadrando-se como voluntários ou detentores de vínculos precários de trabalho (para cuja situação concorreram com atos ilícitos a União e o Estado do Paraná); c) a dos denominados "estagiários" (para cuja situação não há ato ilícito praticado pelos entes públicos).

11. Teses jurídicas firmadas:

11.1. Havendo o Conselho Nacional de Educação expedido parecer público e direcionado ao Conselho Estadual de Educação do Paraná sobre a regularidade do Programa Especial de Capacitação de Docentes, executado pela Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu, a sua desconstituição ou revogação pelo próprio Conselho Nacional de Educação ou mesmo a sua não homologação pelo Ministério da Educação autorizam a tese de que a União é responsável, civil e administrativamente, e de forma exclusiva, pelo registro dos diplomas e pela consequente indenização aos alunos que detinham vínculo formal como professores perante instituição pública ou privada, diante dos danos causados.

11.2. Havendo o Conselho Nacional de Educação expedido parecer público sobre a regularidade do Programa Especial de Capacitação

de Docentes executado pela Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu e direcionado ao Conselho Estadual de Educação do Paraná, o qual já havia possibilitado o ingresso anterior dos alunos sem vínculo formal como professor de instituição pública ou privada (Portaria n. 93/2002 do Conselho Estadual de Educação do Paraná), a sua desconstituição ou revogação pelo próprio Conselho Nacional de Educação, ou mesmo a sua não homologação pelo Ministério da Educação, ou, ainda, pelo Parecer n. 193/2007 do Conselho Estadual de Educação do Paraná autorizam a tese de que a União e o Estado do Paraná são responsáveis, civil e administrativamente, e de forma solidária, pelo registro dos diplomas e pela consequente indenização aos alunos que detinham vínculo apenas precário perante instituição pública ou privada, diante dos danos causados.

11.3. Inexistindo ato regulamentar, seja do Conselho Nacional de Educação, seja do Conselho Estadual de Educação do Paraná, sobre a regularidade do Programa Especial de Capacitação de Docentes executado pela Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu relativamente a alunos estagiários, descabe falar em condenação dos aludidos entes, devendo a parte que entender prejudicada postular a indenização em face, tão somente, da instituição de ensino.

12. Recurso especial da União conhecido e recurso especial do Estado Paraná conhecido parcialmente, mas para lhes negar provimento.

13. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e art. 256-N e seguintes do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, por unanimidade, conhecer do recurso especial da União e conhecer, parcialmente, do recurso especial do Estado do Paraná, mas lhes negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina (voto-vista), Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Napoleão Nunes Maia Filho (que se declarar habilitado a votar) votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 21.11.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se, no caso, de dois recursos especiais interpostos nestes autos em oposição a arestos prolatados pelo eg. TRF-4, assim ementados (e-STJ, fls. 1.265-1.266 e fl. 1.303):

> Administrativo. Expedição de certificado de conclusão/diploma de curso superior. Indenização por danos material e moral. Legitimidade passiva da União. Juízo de retratação. Art. 543-C do CPC. Responsabilidade.
>
> O eg. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp n. 1.344.771 pela sistemática prevista no art. 543-C do CPC, na redação dada pela Lei n. 11.672/2008, consolidou o entendimento no sentido de que, 'em se tratando de demanda em que se discute a ausência/obstáculo de credenciamento da instituição de ensino superior pelo Ministério da Educação como condição de expedição de diploma aos estudantes, é inegável a presença de interesse jurídico da União, razão pela qual deve a competência ser atribuída à Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal de 1988'.
>
> Evidenciada a divergência entre o posicionamento adotado por esta Corte e aquele sufragado pelo STJ, e tendo em vista a faculdade concedida pelo art. 543-C, § 7º, inciso II, do CPC, o entendimento original desta Corte deve ser ajustado às razões que fundamentaram o precedente-paradigma.
>
> Conquanto o art. 80 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/1996) atribua à União a competência para o credenciamento de instituições de ensino no âmbito dos programas de ensino à distância, em todos os níveis e modalidades de ensino, e de educação continuada, o art. 87, do mesmo diploma legal, determinou - expressamente e em caráter transitório - ao Distrito Federal, aos Estados, aos Municípios e apenas supletivamente à União, a realização de programas de capacitação para todos os professores em exercício, inclusive com os recursos da educação à distância. Além de não restringir o universo dos destinatários da norma transitória (p.ex., a 'professores com vínculo empregatício devidamente comprovado'), o art. 87 não referiu a necessidade de autorização federal para as modalidades não presenciais. E era razoável que assim não o fizesse à época, haja vista a urgência na qualificação de um número significativo de profissionais em todo o território nacional até o final da 'Década da Educação'.

> Administrativo e Processual Civil. Embargos de declaração. Prequestionamento expresso.
>
> 1. São cabíveis embargos de declaração quando houver no acórdão obscuridade, contradição ou for omisso em relação a algum ponto sobre o qual o Tribunal devia ter se pronunciado e não o fez (CPC, art. 535), ou ainda, por construção jurisprudencial, para fins de prequestionamento, como indicam as súmulas 282 e 356 do e. STF e a 98 do e. STJ.
>
> 2. Explicitado que o acórdão embargado não contrariou e/ou negou vigência ao dispositivo legal invocado.
>
> 3. Embargos parcialmente providos.

Passo ao relatório, separadamente, de ambas as insurgências.

Do relato do recurso especial interposto pelo Estado do Paraná (e-STJ, fls. 1.317-1.324)

Trata-se de recurso especial interposto pelo Estado do Paraná, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal/1988, alegando, inicialmente, que o aresto combatido violou o dispositivo do art. 535, I e II, do CPC/1973, porquanto "olvidou qualquer menção ao art. 87, § 3º, III, da LDB que prevê que os Estados deveriam, para capacitar seus professores, utilizar 'os recursos da educação a distância', considerando a autorização para funcionamento do programa irregular".

Reclama, ainda, da violação do dispositivo dos arts. 80, § 1º, da Lei n. 9.384/1996; 403 do Código Civil/2002 e 2º, parágrafo único, XIII, da Lei n. 9.784/1999.

Aduz que "o TRF4 deu interpretação equivocada ao artigo 80 da Lei n. 9.394/1996 (LDB) e violou o artigo 87, § 3º, III da LDB, pois a conduta do recorrente foi absolutamente conforme este último dispositivo, pelo que inexistente qualquer nexo causal entre conduta sua e os danos alegados pela recorrida. Por isso, também violado o art. 403, *caput* do Código Civil".

Acrescenta que é "fato incontroverso nos autos que o real obstáculo ao registro e expedição do diploma da recorrida, professora voluntária, que realizou o Curso de Capacitação, foi o parecer 139/07 do CNE, pois por conta dele nenhuma Universidade aceitou registrar o diploma".

Requer o conhecimento e provimento deste recurso especial, "a fim de (i) anular o acórdão recorrido, diante das omissões e contradição verificadas, por

ofensa ao artigo 535, I e II, do Código de Processo Civil, ou, então, (ii) reformar o acórdão recorrido, por ofensa aos art. 80, § 1º, da LDB (Lei n. 9.394/1996), art. 403 do Código Civil e art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei n. 9.784/1999 [...]".

A Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu – VIZIVALI apresenta contrarrazões (e-STJ, fls. 1.544-1.562), requerendo a manutenção do acórdão combatido.

A União oferece contrarrazões (e-STJ, fls. 1.476-1.483), suscitando a ausência de prequestionamento e, no mérito, à míngua de violação direta de dispositivo de lei federal, o não provimento do recurso.

O recurso especial foi admitido (e-STJ, fl. 1.571).

Do relato do recurso especial interposto pela União (e-STJ, fls. 1.333-1.364)

Trata-se de recurso especial interposto pela União, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal/1988, sob o argumento de que o aresto impugnado violou o dispositivo do art. 535, II, do CPC/1973, porque deixou de emitir pronunciamento acerca da aplicabilidade do disposto no art. 80, § 1º, da Lei n. 9.394/1996, c/c o art. 11 do Decreto n. 2.494/1998, bem como sobre o art. 2º da Lei n. 9.131/1995.

Tece considerações sobre a disciplina legal em relação à matéria em debate neste feito, reclamando, a seguir, de ofensa aos dispositivos dos arts. 80, §§ 1º e 2º, e 87, § 3º, III, da Lei n. 9.394/1996, ao art. 11 do Decreto n. 2.494/1998 e ao art. 2º da Lei n. 9.131/1995. Argumenta que, no caso, o aresto questionado relegou "à inexistência jurídica e à negativa de vigência disposição geral da LDBE definidora de competência da União para o reconhecimento e a outorga do funcionamento de cursos de Nível Superior a distância".

Aduz que, "no exercício da competência material do inciso III do § 3º do art. 87 da LDB (§ 3º O Distrito Federal, cada Estado e Município, e, supletivamente, a União, devem: [...] III - realizar programas de capacitação para todos os professores em exercício, utilizando também, para isto, os recursos da educação a distância), disposição de natureza transitória, deveria o Estado do Paraná ter observado o regramento do art. 80 quanto ao credenciamento das instituições habilitadas a prestar o ensinamento a distância, seja por se tratar de disposição permanente do texto legal, seja por tratar de forma exclusiva o

credenciamento das instituições de ensino. Igualmente deveria ter observado as competências para credenciamento para ensino superior disciplinadas no já citado Decreto n. 2.494/1998".

Conclui que "descabe responsabilizar a União, por meio do Ministério da Educação, por criar a alegada 'insegurança jurídica' ao alterar entendimento exarado no Parecer CNE/CES 290/2006 como regra a legitimar a atuação do Estado do Paraná quanto ao credenciamento, autorização e reconhecimento de instituições, cursos e programas do seu sistema de ensino, dispensando a necessidade". Afirma que, por força do art. 2º da Lei n. 9.131/1995, as deliberações do Conselho Nacional de Educação, para terem validade, deveriam ser homologadas pelo Ministério da Educação, tratando-se de ato administrativo complexo, o que não ocorreu no caso em exame.

Argumenta que, na forma da jurisprudência desta Corte, a validade da realização de curso superior depende do devido credenciamento no Ministério da Educação, sendo que, nos autos, "é incontroverso que a Faculdade Vizivali, à época de todos esses fatos, não buscou seu credenciamento perante o MEC e tampouco pretendeu obter autorização para a oferta do Programa Especial de Capacitação de seus alunos, fazendo-o diretamente ao Estado do Paraná, o qual se autodeclarou, ao arrepio da lei, competente para tanto".

Aduz que o acórdão, no que concerne à indenização arbitrada em desfavor da União, viola os dispositivos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil/2002, diante da inexistência do dever do ente estatal de indenizar a parte autora.

Requer "seja conhecido e provido o presente recurso especial a fim de que [1] seja anulado o v. acórdão por violação ao art. 535, II, do CPC a fim de que outro seja prolatado analisando a aplicabilidade do art. 80, § 1º da Lei n. 9.394/1996, do art. 11 do Decreto n. 2.494/1998 e do art. 2º da Lei n. 9.131/1995 ou, ainda, [2] para que, reconhecendo a ofensa, pelo acórdão local, às disposições dos arts. 80, §§ 1º e 2º, e 87, § 3º, III, da L. n. 9.394/1996, ao art. 11 do Decreto 2.494/1998, ao art. 2º da Lei n. 9.131/1995; aos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil e, por fim, ao art. 14 do CDC, determine a reforma do julgado para o fim de absolver a União da responsabilidade extracontratual imposta e dos correlatos deveres estabelecidos no acórdão [...]".

A Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu – VIZIVALI, igualmente, apresenta contrarrazões (e-STJ, fls. 1.497-1.509), requerendo a manutenção do julgado recorrido.

Do relato comum a ambas as insurgências

Foi determinado o trâmite deste feito sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 (e-STJ, fls. 1.635-1.636).

Com vista dos autos, o MPF pugna pelo provimento do recurso da União e não provimento da insurgência interposta pelo Estado do Paraná (e-STJ, fls. 1.645-1.662).

Em petição subsequente, o Estado do Paraná pleiteou que fosse feita comunicação aos Presidentes do TJPR e do TRF da 4ª Região no sentido de que procedam ao sobrestamento dos feitos que tratam o tema (e-STJ, fls. 1.665-1.666), tendo gerado os expedientes reportados pelas Cortes de origem (e-STJ, fls. 1.677-1681), tendo sido comunicado o peticionante (e-STJ, fl. 1.685).

O Estado do Paraná volta a requerer a comunicação aos Presidentes do TJPR e do TRF da 4ª Região no sentido de que procedam ao sobrestamento dos feitos que tratam do tema (e-STJ, fls. 1.688-1.689).

Pautado o feito para julgamento, a Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu – VIZIVALI requereu em, 19 de abril de 2017, o cancelamento da afetação dos recursos vinculados ao Tema 928 (e-STJ, fls. 1.698-1.717).

Subsequentemente, em 26 de abril de 2017, na data designada para realização da sessão de julgamento, a Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu – VIZIVALI interpõe pedido de retirada do feito de pauta, tendo em vista que, no REsp 1.517.748/PR, ao ser apresentado pedido de cancelamento da afetação como recurso repetitivo, foi aberta vista dos autos para manifestação dos demais litigantes (e-STJ, fls. 1.722-1.724).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Aprecio, de início, o requerimento da Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu – VIZIVALI de cancelamento da afetação do presente feito ao Tema n. 928.

Dito pleito deve ser indeferido, por diversas razões, as quais se encontram abaixo discriminadas:

a) primeiro, porque precluso o pleito, na medida em que a decisão que afetou o julgamento desta demanda sob o rito dos recursos repetitivos foi

proferida em 25 de maio de 2015 (e-STJ, fls. 1.635-1.636), sendo que, somente depois de pautado o feito, vem a parte requerer o cancelamento da dita afetação.

b) as razões invocadas – inexistência de multiplicidade de processos e eventuais óbices processuais – se encontram superadas diante da decisão que entendeu que o caso deveria ser julgado sob a então sistemática do art. 543-C do CPC/1973.

c) o fundamento quanto ao cancelamento da afetação de outros recursos sobre essa matéria é descabido, porquanto isso não altera a higidez da decisão antes proferida, publicada devidamente em Diário Oficial, tendo a parte tido dela ciência efetiva e, somente agora, pretende, em evidente tumulto processual, o cancelamento.

d) a discussão acerca da correção, ou não, do entendimento firmado pelo e. TRF da 4ª Região sobre a matéria não é fundamento para embasar pedido de cancelamento de afetação de recurso sob o rito dos recursos repetitivos, por óbvio, até porque tal se refere ao mérito que ainda será julgado.

Por fim, frise-se que, no caso do REsp 1.517.748/PR, também de minha relatoria, sobre a petição de cancelamento da afetação, pelo fato de o recurso ainda não ter sido pautado, foi dada vista para manifestação pelos demais litigantes. Demais disso, foi levado em consideração que, com o julgamento a ser processado neste recurso especial, a matéria poderá ficar decidida e nem sequer será necessário o julgamento, como repetitivo, do REsp 1.517.748/PR.

Todavia, esse fato não autoriza qualquer ilação, no sentido de que, por isso, deveria também o presente recurso ter cancelado a afetação para julgamento como recurso repetitivo.

Sendo assim, indefiro, por descabido e inoportuno, o pleito de cancelamento da afetação deste recurso formulado pela Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu – VIZIVALI.

Considerações sobre a aplicação ao caso do resultado do julgamento do REsp 1.344.771/PR, no que concerne à legitimidade da União para figurar no polo passivo da lide

De início, esclareço que a esta demanda já fora aplicada, pela Corte de origem, a conclusão havida no julgamento do REsp 1.344.771/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques.

É que a Primeira Seção desta Corte Superior, por ocasião do julgamento do referido apelo nobre, sob a sistemática dos recursos repetitivos, "consolidou o entendimento no sentido de que, 'em se tratando de demanda em que se discute a ausência/obstáculo de credenciamento da instituição de ensino superior pelo Ministério da Educação como condição de expedição de diploma aos estudantes, é inegável a presença de interesse jurídico da União, razão pela qual deve a competência ser atribuída à Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal de 1988'".

Assim sendo, o TRF-4, em juízo de retratação, adequou o seu julgado anteriormente proferido no feito, a fim de considerar a União como parte legítima para integrar a lide, ficando superado dito ponto.

Passo, primeiramente, ao exame das questões prévias ao mérito dos recursos especiais interpostos.

Da análise acerca da alegada violação dos dispositivos do art. 535, I e II, do CPC/1973

O Estado do Paraná, sob o fundamento de violação do dispositivo legal acima reportado, assim consigna (e-STJ, fl. 1.319):

> [...] 3.1) Violação ao artigo 535, I e II, do Código de Processo Civil Cabia ao eg. Tribunal Regional Federal o afastamento das omissões apontadas nos declaratórios.
>
> O acórdão olvidou qualquer menção ao art. 87, § 3º, III, da LDB que prevê que os Estados deveriam, para capacitar seus professores, utilizar "os recursos da educação à distância", considerando a autorização para funcionamento do programa irregular.
>
> O *Estado do Paraná* credenciou a Faculdade VIZIVALI regularmente, embasado neste dispositivo de Lei Federal.
>
> Note-se que o Conselho Estadual de Educação do Paraná estava legitimado, pelo art. 87 da LDB, a autorizar a oferta do programa da forma como foi feito; não há usurpação de competência ou irregularidade nos atos do Conselho Estadual de Educação. Os parágrafos e incisos deste mandamento recomendavam aos Estados e Municípios autorizar o uso dos recursos da educação à distância, de forma pontual e excepcional.

De sua parte, a recorrente/União, sob idêntico fundamento, argumenta que (e-STJ, fl. 1.336):

> O acórdão que julgou os embargos de declaração é nulo por violação direta ao artigo 535, inciso II do Código de Processo Civil, visto que:
>
> a] deixou de emitir pronunciamento acerca da aplicabilidade do disposto no artigo 80, § 1º, da Lei n. 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases) c/c o artigo 11 do Decreto n. 2.494/1998, dispositivos legais que regem a matéria em debate nos autos.
>
> [...]
>
> b] deixou de emitir pronunciamento acerca da aplicabilidade do disposto no e do artigo 2º da 9.131/1995 [...].

No que se refere ao art. 87, § 3º, III, da Lei n. 9.394/1996, o aresto questionado, ao contrário do que afirma o Estado do Paraná, manifestou-se sobre o tema, nos seguintes termos (e-STJ, fls. 1.253-1.254):

> Como regra de transição, dispôs, no § 3º do inciso III do artigo 87, que os entes federativos deveriam realizar programas de capacitação para todos os professores em exercício, inclusive utilizando os recursos da educação à distância:
>
> Art. 87. É instituída a Década da Educação, a iniciar-se um ano a partir da publicação desta Lei.
>
> [...].
>
> § 3º O Distrito Federal, cada Estado e Município, e, supletivamente, a União, devem:
>
> [...]
>
> III - realizar programas de capacitação para todos os professores em exercício, utilizando também, para isto, os recursos da educação à distância; (grifei) Para o cumprimento dessa meta, o Conselho Estadual de Educação do Estado do Paraná instituiu o Programa Especial de Capacitação para a Docência dos Anos Iniciais do Ensino Fundamental e da Educação Infantil (Processo n. 1.461/02 - Deliberação n. 04/2002, aprovada em 04.09.2002), a ser executado até 31.12.2007, com o objetivo de 'propiciar, a todos os profissionais em exercício de atividades docentes, formação em nível superior, em caráter especial' (art. 1º, § 1º - grifei). Prescreveu como requisito para participação nesse Programa Especial, além do exercício de atividades docentes, a condição de portador de 'certificado de conclusão de curso de nível médio ou de diploma na modalidade normal, ou equivalente' (art. 2º - grifei).

Sobre a alegação da União, de que houve omissão do TRF-4 quanto ao exame dos arts. 80, § 1º, da Lei n. 9.394/1996 e 11 do Decreto n. 2.494/1998, igualmente não lhe assiste qualquer razão, como se pode verificar dos seguintes excertos do acórdão impugnado (e-STJ, fl. 1.257):

> Os arts. 10 e 11 do Decreto n. 5.622, de 19/12/2005 - invocados pela União para sustentar a competência federal para autorização de curso e/ou programa de nível superior, na modalidade à distância -, são posteriores ao credenciamento da Faculdade VIZIVALI pelo Conselho Estadual de Educação do Paraná em 2002 e respectiva renovação em 2004. À época, vigoravam o Decreto n. 3.860/2001, que não disciplinou a matéria, e o Decreto n. 2.494/1998, que regulamentou o art. 80 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/1996), sem dispor - de modo específico - sobre a norma de transição inserta no art. 87 do mesmo diploma legal.
>
> E ainda que se entendesse aplicável, na espécie, o art. 80 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/1996) - que dispõe sobre o desenvolvimento e a veiculação de programas de ensino a distância, em todos os níveis e modalidade de ensino, e de educação continuada, atribuindo à União a competência para o credenciamento de instituições de ensino ('§ 1º A educação a distância, organizada com abertura e regime especiais, será oferecida por instituições especificamente credenciadas pela União') -, não há como afastar a regra contida no art. 87, do mesmo diploma legal, que determinou - expressamente e em caráter transitório - ao Distrito Federal, aos Estados, aos Municípios e apenas supletivamente à União, a realização de programas de capacitação para todos os professores em exercício, inclusive com os recursos da educação à distância.
>
> Além de não restringir o universo dos destinatários da norma de transição (p.ex., 'professores com vínculo empregatício devidamente comprovado'), o art. 87 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação não referiu à necessidade de autorização federal para as modalidades não presenciais. E era razoável que assim não o fizesse à época, haja vista a urgência na qualificação de um número significativo de profissionais em todo o território nacional, até o final da 'Década da Educação'. [...].

De outra parte, a questão debatida acerca da autorização, ou não, de órgão do Poder Executivo para funcionamento do curso, o e. TRF-4, após discorrer longamente sobre as premissas jurídicas que adotava, assim consignou (e-STJ, fl. 1.259):

> Repare-se que, a despeito da fixação de prazo para exibição de documentação comprobatória de regularidade da matrícula de alguns alunos em 2004, não há qualquer notícia da adoção de medidas tendentes à cassação da autorização anteriormente concedida.
>
> Essa circunstância, aliada ao teor do Parecer acima destacado, corrobora a convicção de que o Parecer n. 193/2007, emitido pelo órgão estadual, consubstanciou a adoção de uma interpretação restritiva da Lei, com alteração do posicionamento original, o que, evidentemente, não poderia produzir efeitos retroativos.

> Idêntica conduta temerária adotou o Conselho Nacional de Educação, que, em um curto espaço de tempo (de 1º.02.2006 a 11.04.2007) e já próximo do exaurimento da eficácia da norma transitória do art. 87 da LDB, emitiu três Pareceres distintos, ora admitindo a regularidade ora reconhecendo a irregularidade do Programa Especial de Capacitação de Docentes executado pela Faculdade VIZIVALI (Pareceres CNE/CES n. 14/2006, 290/2006 e 193/2007), com repercussão extremamente negativa para uma gama imensa de alunos e instituições envolvidas. *Conquanto a União alegue que se tratava de ato administrativo complexo, tendo sido aprovado somente o último Parecer pela autoridade ministerial competente (art. 2º da Lei n. 9.131/1995), fato é que, afora questionáveis as conclusões ali lançadas, todas as manifestações anteriores do CNE tornaram-se públicas e influenciaram o posicionamento adotado pelas Universidades, que se recusaram a proceder ao registro dos diplomas/certificados, e pelo próprio Estado do Paraná.*
>
> Nem há como cogitar de negligência por parte dos alunos - que não teriam averiguado, previamente, a validade e o reconhecimento oficial do Programa Especial de Capacitação Profissional sub judice -, porque, além de ter sido ofertado por instituição de ensino pública regularmente constituída (o que realça a boa fé do(a) autor(a)), os próprios entes públicos (União e Estado do Paraná) controvertem acerca de sua (ir)regularidade, adotando posições vacilantes em relação à correta interpretação da legislação de regência.
>
> A segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, constitui valor singular no sistema jurídico e cumpre função primordial na realização da própria ideia de justiça material. O 'ordenamento jurídico, tal qual a vida, equilibra-se entre os pólos da segurança (na abstrata imutabilidade das situações constituídas) e da inovação (para fazer frente ao *pânta rei*). Assim, na relação (fundamental) entre tempo e direito, a expressão 'princípio da segurança jurídica' marca, como signo pleno de significados que é, o espaço de retenção, de imobilidade, de continuidade, de permanência - valoriza, por exemplo, o fato de o cidadão não ser apanhado de surpresa por modificação ilegítima na linha de conduta da Administração, ou por lei posterior, ou modificação na aparência das formas jurídicas. (grifos acrescidos)

Do que se verifica, o aresto recorrido enfrentou todas as questões e atribuiu o entendimento que supôs devido, no sentido de que a autorização foi concedida, rejeitando, por conseguinte, a suscitada violação do dispositivo do art. 2º da Lei n. 9.131/1995.

Assim, inexistiu qualquer omissão sobre o debate em relação às citadas normas legais, pois, na verdade, o que pretendem os recorrentes é manifestar discordância acerca das premissas utilizadas pelo TRF-4 para resolução da lide.

A jurisprudência deste STJ é uniforme quanto a rechaçar, em casos que tais, a suscitada violação do dispositivo do art. 535 do CPC/1973:

> Processual Civil. Artigo 535 do CPC. Ofensa não caracterizada. Art. 273 do CPC. Tutela antecipada. Requisitos. Verificação. Impossibilidade. Reexame de provas. Sumula 7 do STJ. Fundamento constitucional. Incidência da Súmula 126/STJ. Não conhecimento do recurso pela alínea "a". Dissídio pretoriano prejudicado.
>
> 1. Não se verifica a ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem dirime, fundamentadamente, as questões que lhe são submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos.
>
> Ressalte-se que não se pode confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.
>
> 2. É assente a orientação jurisprudencial desta Corte no sentido de que a verificação da ocorrência ou não dos pressupostos para a concessão de antecipação de tutela demanda reexame do conjunto probatório dos autos, vedado em Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7 deste Superior Tribunal de Justiça.
>
> 3. Foram debatidas matérias de natureza constitucional e infraconstitucional. No entanto, a recorrente interpôs apenas o Recurso Especial, sem discutir a matéria constitucional, em Recurso Extraordinário, no excelso Supremo Tribunal Federal. Assim, aplica-se na espécie o teor da Súmula 126/STJ.
>
> 4. O não conhecimento do apelo raro na parte em que apontada violação dos artigos 273 e 473 do CPC inviabiliza, por conseguinte, a análise do alegado dissídio pretoriano a respeito desses mesmos dispositivos legais. Destarte, fica prejudicada a análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada já foi afastada no exame do Recurso Especial pela alínea "a" do permissivo constitucional.
>
> 5. Agravo Regimental não provido.
>
> (AgRg no AREsp 615.053/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17.3.2015, DJe 6.4.2015)

> Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Ação rescisória. Violação ao art. 535 do CPC/1973. Não ocorrência. Acórdão devidamente fundamentado. Ausência de redistribuição dos ônus de sucumbência. Aplicação da Súmula 7/STJ. Entendimento da Corte de origem fundado em fatos e provas. Art. 485, V, do CPC/1973. Inviabilidade, por não ser sucedâneo recursal. Ausência de demonstração de ofensa à lei. Agravo interno desprovido.
>
> 1. Não há que se falar, na hipótese, em violação ao art. 535 do CPC/1973, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, uma vez que a causa foi devidamente fundamentada, de modo coerente e completo. Foram demonstradas as razões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhe, contudo, solução jurídica diversa da pretendida pelos recorrentes.

2. A verificação de sucumbência mínima ou recíproca da parte, bem como a necessidade de redimensionamento da verba honorária, demanda o revolvimento do acervo fático-probatório constante dos autos, o que é defeso a esta Corte Superior, nos termos da Súmula 7 do STJ.

3. "É assente a orientação desta Corte de que a verificação da violação de dispositivo literal de lei (art. 485, V, do CPC) requer exame minucioso do julgador, com intuito de evitar que essa ação de natureza desconstitutiva negativa seja utilizada como sucedâneo de recurso, tendo lugar apenas nos casos em que a transgressão à lei é flagrante" (AgRg no AREsp 45.867/AL, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 18.08.2016, DJe 26.08.2016).

4. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp 1.611.071/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 7.2.2017, DJe 14.2.2017)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Processual Civil e Tributário. Ausência de violação do art. 535, inciso II do CPC. Embargos à execução. Suficiência de documentos para comprovação do débito principal na fase de liquidação. Reexame de provas. Incidência da Súmula 7 do STJ. Ônus da prova para comprovar a inexatidão dos valores apresentados pelo contribuinte. Ausência de impugnação específica do acórdão recorrido. Aplicação da Súmula 283 do STF. Divergência jurisprudencial não caracterizada. Agravo regimental do contribuinte desprovido.

1. Não restou configurada a infringência ao art. 535, incisos I e II do CPC, porquanto o Tribunal de origem apreciou fundamentadamente a controvérsia, não padecendo o acórdão recorrido de qualquer omissão, contradição ou obscuridade. Observe-se, ademais, que julgamento diverso do pretendido, como na espécie, não implica ofensa à norma ora invocada.

2. O Tribunal de origem consignou que a exequente não apresentou documentos que possibilitem à Contadoria aferir o montante devido.

Logo, para o acolhimento da pretensão recursal, a fim de reconhecer que os documentos acostados nos autos (DARF, acompanhado de comprovante de pagamento e planilhas de cálculos detalhadas) são suficientes, ou não, para apuração do débito principal em sede de liquidação, seria indispensável o reexame de provas carreadas aos autos, o que é inviável de análise nesta Corte por incidência da Súmula 7 desta Corte, segundo a qual a pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.

3. A ausência de impugnação por parte dos agravantes dos fundamentos do acórdão objurgado, os quais são suficientes para mantê-lo, torna inafastável, por analogia, a incidência da Súmula 283 do STF.

4. Quanto à alínea *c* do permissivo constitucional, o sugerido dissídio jurisprudencial não foi, analiticamente, demonstrado, visto que os recorrentes

> apresentaram apenas os paradigmas jurisprudenciais tidos por violados, indicados somente pelas suas sínteses ou ementas, obstaculizando, evidentemente, o cotejo e a conclusão de discrepância, o que não comporta o seu acolhimento como revelador do apontado dissenso (arts. 541, parág. único do CPC e 255, § 2º do RISTJ).
>
> 5. Agravo Regimental do contribuinte desprovido.
>
> (AgRg no AREsp 497.618/CE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 13.12.2016, DJe 3.2.2017)

Como visto acima, o e. TRF-4 enfrentou e decidiu a causa, com os fundamentos e premissas estabelecidos no aresto recorrido, debatendo acerca dos dispositivos invocados pelas partes, nada obstante atribuindo solução jurídica diversa daquela postulada pelos litigantes.

Dessa forma, rejeita-se a suscitada violação do dispositivo do art. 535, I e II, do CPC/1973.

Da alegada ausência de prequestionamento pelo Estado do Paraná de questões em relação às quais suscita violação de dispositivos de lei federal no apelo nobre

A União, em contrarrazões ao recurso especial interposto pelo Estado do Paraná (e-STJ, fls. 1.476-1.483), aduz ter havido ausência de prequestionamento, assim fundamentando sua pretensão:

> O presente recurso não merece ser conhecido, dada a ausência do necessário e adequado prequestionamento do dispositivo legal em tese vulnerado, nos moldes exigidos pelas Súmulas n. 282 e 356 do STF, e 98 do STJ.
>
> De fato, é sabido que a ausência de prequestionamento dos dispositivos tidos por violados constitui óbice intransponível ao conhecimento do recurso às instâncias extraordinárias. Nessa linha, como dito, há orientação pacificada nas súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, e 98 do Superior Tribunal de Justiça.
>
> Destaque-se que as questões de ordem infraconstitucional controvertidas devem ter constado de debate específico pelo acórdão recorrido, atendendo ao prequestionamento. No caso em exame, a leitura do acórdão demonstra que não houve no voto condutor do julgamento o exame dos dispositivos legais que o recorrente alega terem sido vulnerados, o que não impediu, todavia, o Tribunal "a quo" de enfrentar as questões postas nos autos por ocasião do julgamento.
>
> Nesse sentido, observa-se que a recorrente sequer indica os dispositivos legais que entende terem sido violados, carecendo, portanto, seu recurso, do necessário prequestionamento.

> Desta forma, tratando-se no Recurso Especial de insurgência a dispositivo legal que não foi explicitamente mencionado no julgamento de 2º grau, há manifesta inovação na discussão posta na via extraordinária.
>
> Logo, não havendo manifestação explícita/apreciação da matéria pela Corte Regional acerca de cada dispositivo legal invocado, é razão suficiente para o não conhecimento do recurso.
>
> Impõe-se, assim, a negativa de seguimento ao recurso.

Trata-se, como se pode perceber da transcrição acima, de mera alegação genérica, razão pela qual não pode ser conhecida essa postulação da União, suscitada via das contrarrazões acostadas aos autos, eis que sem fundamentação, consoante as Súmulas 182 do STJ e 284 do STF.

Da ausência de prequestionamento, pelo Estado do Paraná, no que se refere à alegada violação dos dispositivos do art. 403 do Código Civil e art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei n. 9.784/1999

O aresto impugnado não debateu a questão à luz dos arts. 403 do Código Civil e 2º, parágrafo único, XIII, da Lei n. 9.784/1999, bastando para tal conclusão verificar-se o inteiro teor do julgado.

Demais disso, compulsando a peça de embargos de declaração interpostos pelo Estado do Paraná ao acórdão questionado (e-STJ, fls. 1.288-1.294), não se tem sequer alegação de afronta a tais dispositivos legais. Sendo assim, trata-se de evidente inovação – descabida – em recurso especial, motivo pelo qual não se conhece dessa arguição.

Nesses casos, a jurisprudência desta Corte Superior orienta-se no sentido de não conhecimento do recurso, nesse particular:

> Processual Civil. Empréstimo compulsório. Correção monetária. Diferenças. Execução. Cessão de crédito. Ausência de prequestionamento. Súmula 282/STF. Deficiência na fundamentação. Súmula 284/STF. Ilegitimidade ativa. Reexame do conjunto fático-probatório. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Ausência de notificação ao devedor. Exigibilidade da dívida. Art. 290 do CC. Súmula 83/STJ.
>
> *1. Não se conhece de Recurso Especial quanto à matéria não especificamente enfrentada pelo Tribunal de origem (art. 525, § 1º, II, do CPC/2015), dada a ausência de prequestionamento. Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF.*
>
> 2. A questão enfrentada e decidida nos autos pelo Tribunal de origem foi o reconhecimento de que, em virtude da cessão de direitos, a recorrida/cessionária passou a ser a legítima titular do direito.

Todavia, as razões da Eletrobrás partem da premissa de que a demanda teria sido ajuizada pela empresa cedente e não pela cessionária.

Assim, os fundamentos do Recurso Especial mostram-se dissociados dos fatos examinados pelo Tribunal de origem. A deficiência na fundamentação de Recurso Especial que impeça a exata compreensão da controvérsia atrai, por analogia, a incidência da Súmula 284/STF.

3. Rever o entendimento do Tribunal de origem de que, diante da cessão da dos créditos, a recorrida possui legitimidade ativa para a Execução do título demanda, *in casu*, reexame do conjunto fático-probatório dos autos, obstado nos termos da Súmula 7/STJ.

4. O devedor, citado em ação de cobrança pelo cessionário da dívida, não pode opor resistência fundada na ausência de notificação.

Precedentes: AgRg no REsp 1.353.806/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 8.5.2013; AgRg no Ag 1.400.103/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 10.8.2011; REsp 936.589/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 22.2.2011. Aplicação da Súmula 83/STJ.

5. Recurso Especial não conhecido.

(REsp 1.642.179/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16.2.2017, DJe 6.3.2017) (grifos acrescidos)

Processo Civil. Recurso especial. Art. 1º da Lei n. 5.614/1970. Ausência de prequestionamento. Aplicação das Súmulas 282 e 356 do C. STF.

1. A ausência de prequestionamento do art. 1º da Lei n. 5.614/1970 impede o conhecimento do recurso especial, por força da aplicação, in casu, das Súmulas 282 e 356 do C. STF, uma vez que a função do Superior Tribunal de Justiça é uniformizar o entendimento acerca da aplicação da legislação infraconstitucional federal, sendo-lhe defeso atuar como Terceira Instância revisora ou Tribunal de Apelação reiterada.

2. Não é lícita a imposição de restrição ao exercício profissional, *in casu*, a negativa de arquivamento das atas de assembléia geral ordinária e extraordinária de pessoas jurídicas, na Junta Comercial, ante a existência de "pendências" tributárias, como meio coercitivo para o pagamento de tributos. Precedentes.

3. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no REsp 516.631/CE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17.2.2004, DJ 15.3.2004, p. 1)

Dessa forma, não se conhece da suscitada violação dos dispositivos dos arts. 403 do Código Civil e 2º, parágrafo único, XIII, da Lei n. 9.784/1999, por ausência de prequestionamento, incidindo as Súmulas 282 e 356 do STF.

Assim, não sendo conhecido esse recurso pelos outros fundamentos, há de se examinar o seu mérito pela alegada violação dos dispositivos dos arts. 80,

§§ 1º e 2º, e 87, § 3º, III, da Lei n. 9.394/1996; 2º da Lei n. 9.131/1995; 11 do Decreto 2.494/1998; 186, 187 e 927 do Código Civil; e 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Fundamentos relevantes da questão jurídica discutida (art. 984, § 2º, c/c o art. 1.038, do CPC/2015 e art. 104-A, I, do RISTJ)

O objeto do debate nestes autos diz respeito à condenação da União e do Estado do Paraná, solidariamente, a: "(a) promover/abster-se de criar óbice ao registro de seu diploma/certificado e (b) pagar indenização por dano moral, no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), pelos fundamentos acima declinados".

1. No caso em exame, são pontos fáticos não controvertidos nos autos os seguintes:

1.a) O Curso Normal Superior, no âmbito do Programa de Capacitação e Formação de Professores em Nível Superior, na modalidade semi-presencial, foi ofertado pela VIZIVALI, após ter sido autorizado pelo Conselho Estadual de Educação do Paraná;

1.b) O Conselho Nacional de Educação, em 1º.2.2006, aprovou o Parecer n. 14/2006, conforme assentado no aresto recorrido, "de interesse da Coordenadoria Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor/Procuradoria Geral do Município de Foz do Iguaçu, no qual restou consignado que 'a previsão legal (art. 80 da LDB, § 1º, regulamentado pelo art. 7º, inc. I, e art. 10 do Decreto n. 5.622, de 19.12.2005) estabelece que é competência exclusiva do Ministério da Educação o credenciamento de instituições vinculadas ao sistema federal de ensino e das demais de outros sistemas para oferta de ensino superior na modalidade a distância";

1.c) O Conselho Estadual de Educação do Paraná, através do Parecer n. 193/2007, "ratificou a validade do Programa Especial de Capacitação para a Docência dos Anos Iniciais do Ensino Fundamental e da Educação Infantil, implementado pelo Estado do Paraná e ofertado pela VIZIVALI (autorizada pela Portaria n. 93/2002 do Conselho Estadual de Educação do Paraná), contudo explicitou que os destinatários do programa seriam somente profissionais no efetivo exercício de atividades docentes, com vínculo empregatício";

1.d) Em 7.12.2006, o Conselho Nacional de Educação, revisando o Parecer CNE/CES n. 14/2006, emitiu o Parecer n. 290/2006, via do qual, em síntese, assinalou que:

> [...] o Programa não agride a orientação emanada do § 1º, art. 80 da Lei n. 9.394/1996-LDB, pois, além de não constituir em 'curso', mas, sim, em programa, não é ministrado na modalidade a distância, mas, sim, na modalidade semipresencial, portanto, com fundamento no inciso III, § 3º, do art. 87 da mesma LDB e na Lei n. 10.172/2001, que aprovou e instituiu o Plano Nacional de Educação', e (g) 'A instituição de educação superior Faculdade Vizinhança do Vale do Iguaçu - VIZIVALI foi credenciada e autorizada pelo Sistema Estadual de Ensino do Paraná para a oferta do Programa de Capacitação, com amparo na Deliberação n. 04/02-CEE/PR, a qual regulamentou a oferta de programas de Capacitação de Docentes em Serviço, naquele Sistema, de acordo com o que estabelece o inciso III, parágrafo 3º, do artigo 87, da Lei n. 9.394/1996, e em atendimento à Lei n. 10.172/2001, que aprovou o Plano Nacional de Educação
>
> [...]
>
> 'é do Conselho Estadual de Educação do Paraná a competência para credenciamento, autorização e reconhecimento de instituições, cursos e Programas do seu Sistema de Ensino, não havendo necessidade de reconhecimento do 'curso' no MEC, pois não se trata de programa ofertado na modalidade de educação a distância' (grifos acrescido)

1.e) Em 14.6.2007, o Conselho Nacional de Educação revisou o Parecer CNE/CES n. 290/2006 (que, por sua vez, havia revisado o de n. 14/2006), emitindo o Parecer n. 139/2007, com o seguinte teor:

> [...] não é dos Conselhos Estaduais de Educação a prerrogativa de credenciar IES para o ensino à distância (ou semi-presidencial) em nível superior, não detendo, esta instância estatal, autonomia para o ato
>
> [...] É do Conselho Estadual de Educação do Paraná a competência para o credenciamento de, tão somente, instituições para oferta de cursos a distância no nível básico, educação de jovens e adultos, educação especial e educação profissional, vinculados ao seu Sistema de Ensino; o credenciamento de instituições para a oferta de educação superior na modalidade a distância compete, exclusivamente, nos termos da lei, ao Ministério da Educação. Como conclusão de nossa análise, entendemos que o Programa de Capacitação para a Docência dos Anos Iniciais do Ensino Fundamental e da Educação Infantil, autorizado pelo Conselho Estadual de Educação do Paraná, em nível superior, o foi, equivocadamente, na forma semi-presencial, quando deveria sê-lo na modalidade presencial. (grifos acrescidos)

2. Os fundamentos suficientes deduzidos pela União para infirmar a conclusão do julgado que a condenou a registrar os diplomas e a indenizar os alunos, solidariamente com o Estado do Paraná, podem ser resumidos aos seguintes:

2.a) Por força do art. 2º da Lei n. 9.131/1995, as deliberações do Conselho Nacional de Educação, para terem validade, deveriam ser homologadas pelo Ministério da Educação, tratando-se de ato administrativo complexo, o que não ocorreu no caso em análise;

2.b) A validade da realização de curso superior depende do devido credenciamento perante o Ministério da Educação, o que não ocorreu na situação em exame; e

2.c) A condenação da União, portanto, viola os dispositivos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil/2002, diante da inexistência do dever do ente estatal de indenizar a parte autora.

3. De sua parte, o Estado do Paraná suscita, como fundamentos suficientes para reforma do julgado, os seguintes:

3.a) A sua conduta fundou-se no dispositivo do art. 87, § 3º, III, da Lei n. 9.394/1996, razão pela qual não poderia ser condenado, solidariamente, com a União a indenizar a parte autora; e

3.b) Inexiste nexo causal entre qualquer ato ilícito praticado pelo ente estadual e o alegado dano causado à parte requerente, até porque "o real obstáculo ao registro e expedição do diploma da Recorrida, professora voluntária, que realizou o Curso de Capacitação foi o parecer 139/07 do CNE, pois por conta dele nenhuma Universidade aceitou registrar o diploma".

4. O aresto impugnado externou como fundamentos suficientes para condenação da União e do Estado do Paraná os seguintes pontos:

> a) em relação ao(à) professor(a), portador(a) de 'certificado de conclusão de curso de nível médio ou de diploma na modalidade normal, ou equivalente', que, *à época, comprovadamente, exercia atividades docentes junto a uma instituição de ensino pública ou privada, por força de vínculo empregatício formal*, é ilegítima a negativa de registro do respectivo diploma/certificado, porque o Programa Especial de Capacitação foi regularmente ministrado pela Faculdade VIZIVALI, com base em autorização estatal legítima (art. 87, § 3º, inciso III, da Lei n. 9.394/1996), sendo desnecessário o implemento de qualquer requisito/condição adicional (p.ex. realização de curso complementar) para o reconhecimento da titulação obtida.
>
> b) em relação ao(à) professor(a), portador(a) de 'certificado de conclusão de curso de nível médio ou de diploma na modalidade normal, ou equivalente', que, *à época, comprovadamente, exercia atividades docentes junto a uma instituição de ensino pública ou privada, na condição de voluntário*, é ilegítima a negativa de registro do respectivo diploma/certificado, porque o Programa Especial de

> Capacitação foi regularmente ministrado pela Faculdade VIZIVALI, com base em autorização estatal legítima (art. 87, § 3º, inciso III, da Lei n. 9.394/1996), sendo desnecessário o implemento de qualquer requisito/condição adicional (p. ex. realização de curso complementar) para o reconhecimento da titulação obtida. A expressão legal 'professores em exercício' não comporta a restrição que a União e o Estado do Paraná pretendem estabelecer (existência de vínculo empregatício formal entre o professor e a escola), nem foi comprovada a falsidade do documento que atesta o exercício da docência pelo(a) autor(a). Além disso, não é crível supor que, em toda a extensão do território estadual, inclusive nas localidades mais distantes (zona rural), todas as escolas - incluídas as de menor porte - mantêm em seus quadros somente profissionais contratados formalmente, com os pesados encargos legais daí decorrentes. Se, de fato, havia docentes contratados precariamente, eles também devem ser considerados 'professores em exercício', para os fins da Lei.
>
> c) em relação ao(à) estagiário(a), é legítima a negativa de registro do respectivo diploma/certificado, porque, embora o Programa Especial de Capacitação tenha sido ministrado pela Faculdade VIZIVALI, com base em autorização estatal específica (art. 87, § 3º, inciso III, da Lei n. 9.394/1996), *ele(a) não preenchia o requisito legal para ser nele admitido(a), qual seja, a condição de docente*. O estagiário não ostenta o status de professor, justamente por encontrar-se em processo de formação acadêmica. Logo, não pode ser considerado 'profissional em exercício do magistério'. (grifos acrescidos)

Observe-se, assim, que para o exame completo da controvérsia estabelecida nesta demanda, há de se ter em conta, além dos fundamentos jurídicos externados pelas partes e pelo aresto combatido, a distinção relativa a três situações: a) a dos professores que concluíram o curso e que detinham vínculo formal com instituição pública ou privada; b) a dos professores que perfizeram o curso, mas que não tinham vínculo formal com instituição pública ou privada, enquadrando-se como voluntários ou detentores de vínculos precários de trabalho; e c) a dos denominados "estagiários".

Como visto, o decisório recorrido entendeu que, para as duas primeiras situações, a parte requerente faz jus ao registro e à indenização, descabendo no que se refere ao último caso.

Diante disso, identificados, conforme acima, os fundamentos relevantes das partes e do aresto combatido, passa-se à análise e decisão desta Corte Superior, naquilo que se terá como fundamentos determinantes, de acordo com o tópico a seguir.

Fundamentos determinantes do julgado (art. 984, § 2º, c/c o art. 1.038, ambos do CPC/2015 e art. 104-A, I, do RISTJ):

Da distinção relativa à conclusão havida no julgamento do REsp 1.486.330/PR, de minha relatoria

A fim de se manter a coerência dos julgados, especialmente em se tratando o STJ de uma Corte que se pretende de precedentes, penso que, antes de adentrar no mérito, há de se tecer considerações sobre a distinção dos fundamentos externados neste voto em relação ao que proferi no REsp 1.486.330/PR, no qual esta questão foi ventilada.

Como efeito, naquele julgamento assentei a conclusão de que o art. 80 da Lei n. 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), somente autorizava a União ao credenciamento de cursos, mesmo no caso relativo à capacitação de professores, conforme ementa que, por elucidativa, transcrevo abaixo:

> Administrativo e Processual Civil. Recurso especial e agravo do art. 544 do CPC. Ensino superior. Indenização por dano moral. Violação do art. 535, II, do CPC. Ausência. Entrega de diploma de curso superior semipresencial realizado pela Faculdade Vizivali no âmbito do programa especial de capacitação para a docência. Invalidade da autorização de funcionamento do curso outorgada pelo Estado do Paraná. Configuração de culpa de terceiro. Necessidade de reexame de provas. Súmula 7/STJ. Agravo em recurso especial adesivo. Fundamentos não impugnados. Súmula 182/STJ. Agravo não conhecido.
>
> 1. Não ocorre contrariedade ao art. 535, II, do CPC, quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões postas ao seu exame, assim como não há que se confundir entre decisão contrária aos interesses da parte e inexistência de prestação jurisdicional.
>
> 2. No caso, o Tribunal *a quo* concluiu pela presença dos elementos necessários à caracterização do dever de indenizar, sendo imprescindível o exame de matéria fática para que se acolha a pretensão recursal, providência vedada nesta via, ante o óbice da Súmula 7/STJ.
>
> 3. O argumento de que a realização de curso semipresencial não se equipara a curso à distância para fins do disposto no art. 80, § 1º, da Lei n. 9.394/1996 não foi debatido na instância de origem, nem suscitado nos aclaratórios, tampouco formulado na fundamentação ao art. 535 do CPC, o que impede a apreciação da matéria na presente seara, ante a ausência de prequestionamento. Incidência das Súmulas 282 e 356 do STF.

> 4. A atribuição conferida aos Estados para a realização de programas de capacitação para os professores, valendo-se, inclusive, dos recursos da educação à distância - art. 87, III, da LDB - não autoriza os referidos entes públicos a credenciarem instituições privadas para promoverem cursos nessa modalidade, considerando-se o regramento expresso no art. 80, § 1º, da Lei n. 9.394/1996, o qual confere à União essa prerrogativa.
>
> 5. É inviável o agravo do art. 544 do CPC que deixa de atacar o fundamento da decisão impugnada. Incidência, por analogia, da Súmula 182 do Superior Tribunal de Justiça.
>
> 6. Recurso especial conhecido em parte para, nessa extensão, negar-lhe provimento. Agravo em recurso especial adesivo não conhecido.

Ocorre que os fundamentos externados ali se reportaram a uma moldura de fundamentação na quase totalidade destoante deste feito, uma vez que, muito embora se reportem a uma situação fática, a fundamentação determinante permite chegar a conclusões diferentes, agora.

Frise-se, inclusive, que naquele julgamento sequer se adentrou, de forma específica, no alcance do dispositivo do art. 80 da Lei n. 9.394/1996, em razão do óbice processual quanto ao prequestionamento da matéria, conforme se infere do seguinte excerto do voto:

> Por outro lado, o argumento de que a realização de curso semipresencial não se equipara a curso à distância para fins do disposto no art. 80, § 1º, da Lei n. 9.394/1996 não foi debatido na instância de origem, nem suscitado nos aclaratórios, tampouco formulado na fundamentação ao art. 535 do CPC, o que impede a apreciação da matéria na presente seara, ante a ausência de prequestionamento. Aplica-se, portanto, o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF, respectivamente: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada" e "O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento".

Demais disso, não se nega que o art. 80 da Lei n. 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) continua com higidez normativa e que nenhuma conclusão decorre, mesmo agora, no sentido de não ser a União o ente com atribuição exclusiva para credenciamento e autorização dos cursos reportados na legislação de regência.

Acontece que outros fundamentos são aportados abaixo, os quais somente puderam ser examinados com maior acuidade neste momento processual e após o amadurecimento do debate, seja pelas partes, seja por este Tribunal. E são

eles: a) questão da autorização havida pelo Conselho Nacional de Educação; b) acolhimento da teoria dos motivos determinantes; c) incidência do princípio da confiança, resultante da boa-fé e corolário da segurança jurídica; d) a própria distinção do comando excepcional – porque transitório – do art. 87, § 3º, III, da Lei n. 9.394/1996, em conjugação com a meta da denominada "Década da Educação".

Todos esses novos fundamentos serão esmiuçados a seguir, esclarecendo que nenhum deles integrou a fundamentação suficiente para resolução do REsp 1.486.330/PR.

Da atuação do Conselho Nacional de Educação e da consequente responsabilidade da União, exclusivamente, pelos danos causados aos alunos que possuíam vínculo formal como professores da rede pública ou particular de ensino

Nesse particular, não tem razão a União.

É que, conforme visto dos autos, o Conselho Nacional de Educação, instado a se manifestar, editou ato público (Parecer CNE/CES n. 290/2006, revisando o Parecer CNE/CES n. 14/2006) e direcionado ao Conselho Estadual de Educação do Paraná, a propósito do curso objeto desta demanda, explicitando o seguinte:

> (a) 'A Deliberação n. 04/02- CEE, que regulamentou o inciso III, § 3, do artigo 87 da Lei n. 9.394/1996 - LDB, atendeu também ao contido no Plano Nacional de Educação, aprovado pela Lei n. 10.172/2001'; (b) 'A Lei n. 9.394/1996 (LDB), ao determinar a qualificação mínima para o exercício do magistério na Educação Básica (Educação Infantil, Ensino Fundamental e Ensino Médio), coloca como qualificação prioritária a formação em nível superior, em graduação plena, admitida, isto é, tolerada, a formação em nível médio na modalidade Normal ou equivalente, para o exercício do magistério na Educação Infantil e séries iniciais do Ensino Fundamental'; (c) 'Diante da exigência legal de, no mínimo, formação em magistério em nível médio, na modalidade Normal ou equivalente, para o exercício docente nas séries iniciais do ensino fundamental e, inclusive, na educação infantil, e constatando que havia ainda muitos professores leigos atuando nesses níveis de ensino , o Conselho Estadual de Educação do Paraná regulou a oferta de programas, apoiando iniciativas do Poder Público e de entidades de direito privado para a formação desses docentes ainda não qualificados.' 'O CEE/PR buscou nos §§ 3º e 4º do art. 87 da Lei n. 9.394/1996, na Lei n. 10.172/2001 - Plano Nacional de Educação, bem como na orientação do Conselho Nacional de Educação uma alternativa prática que pudesse levar a formação de docentes da Educação Infantil e Ensino Fundamental, em nível

> superior'; (d) 'a decisão do CEE/PR em aprovar a Deliberação [n. 04/02], além de toda a orientação e o embasamento legal citados, teve como apoio o Parecer CNE/CES n. 4/97'; (e) 'Os Conselhos Estaduais de Educação são legalmente os órgãos normativos dos Sistemas Estaduais de Ensino, responsáveis pela elaboração das normas da educação para os Estados, pela autorização, credenciamento e reconhecimento de estabelecimentos e cursos e pela fiscalização de todos os atos das instituições que compõem os respectivos Sistemas de Ensino. São, portanto, órgãos de Estado e podem estabelecer políticas públicas para o ensino que atendam às demandas da sociedade, como é o caso do Programa de Formação de Professores em Serviço, advindo da Década da Educação e regulado pela Deliberação n. 4/2002 CEE/PR, à luz do que estabelece o inciso III, do § 3º, do artigo 87 da LDB'; (f) 'o Programa não agride a orientação emanada do § 1º, art. 80 da Lei n. 9.394/1996-LDB, pois, além de não constituir em 'curso', mas, sim, em programa, não é ministrado na modalidade a distância, mas, sim, na modalidade semipresencial, portanto, com fundamento no inciso III, § 3º, do art. 87 da mesma LDB e na Lei n. 10.172/2001, que aprovou e instituiu o Plano Nacional de Educação', e (g) 'A instituição de educação superior Faculdade Vizinhança do Vale do Iguaçu - VIZIVALI foi credenciada e autorizada pelo Sistema Estadual de Ensino do Paraná para a oferta do Programa de Capacitação, com amparo na Deliberação n. 04/02-CEE/PR, a qual regulamentou a oferta de programas de Capacitação de Docentes em Serviço, naquele Sistema, de acordo com o que estabelece o inciso III, parágrafo 3º, do artigo 87, da Lei n. 9.394/1996, e em atendimento à Lei n. 10.172/2001, que aprovou o Plano Nacional de Educação'; 'O Programa de Capacitação foi autorizado pelo Conselho Estadual de Educação do Paraná, na forma semi-presencial, em nível superior, sendo, pois, expedido diploma de graduação plena, dando direito não somente à continuidade de estudos em nível de pós-graduação, como também permitindo a participação do concluinte em concursos públicos que exijam escolaridade superior, uma vez que o seu diploma, quando registrado, tem validade nacional, conforme o artigo 48 da LDB, n. 9.394/1996'; 'A Deliberação n. 4/02-CEE/PR definiu a quem é destinado o Programa de Capacitação, ou seja, àqueles profissionais em exercício de atividades docentes, mediante comprovação de concluso do Ensino Médio. Cabe ao Sistema de Ensino do Paraná, conforme considerado anteriormente, supervisionar o cumprimento do estabelecido em suas normas, bem como nos processos de credenciamento, autorização de funcionamento e reconhecimento de cursos de sua responsabilidade', e '*é do Conselho Estadual de Educação do Paraná a competência para credenciamento, autorização e reconhecimento de instituições, cursos e Programas do seu Sistema de Ensino, não havendo necessidade de reconhecimento do 'curso' no MEC, pois não se trata de programa ofertado na modalidade de educação a distância*'. (grifos acrescidos)

Ora, a referida manifestação, enviada ao Conselho Estadual de Educação do Paraná, nem sequer se reportou a uma necessidade de – suposta – homologação

do entendimento por parte do Ministro de Estado da Educação. Pura e simplesmente consignou que era da atribuição do órgão estadual credenciar, autorizar e reconhecer as instituições, cursos e programas de seu sistema de ensino, porque entendeu não se tratar de "programa ofertado na modalidade de educação a distância".

Dessa forma, à instituição credenciada – Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu – não pode ser imputada qualquer prática de ato ilícito, em tendo observado os limites da autorização concedida.

De outra parte, não se pode, também, imputar ao Estado do Paraná, qualquer ato ilícito, porquanto atuou, no que concerne à autorização do curso relativamente aos discentes que eram professores com vínculo formal perante instituição pública ou privada, dentro dos limites concedidos pelo próprio órgão da União.

De mais a mais, tem aplicação à hipótese a teoria dos motivos determinantes, assim definida por Celso Antônio Bandeira de Mello:

> De acordo com esta teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de 'motivos de fato' falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam. (*Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 396).

Ainda a respeito da teoria dos motivos determinantes, é bom trazer a lume o ensinamento de José dos Santos Carvalho Filho:

> Desenvolvida no Direito francês, a teoria dos motivos determinantes baseia-se no princípio de que o motivo do ato administrativo deve sempre guardar compatibilidade com a situação de fato que gerou a manifestação da vontade. E não se afigura estranho que se chegue a essa conclusão: se o motivo se conceitua como a própria situação de fato que impele a vontade do administrador, a inexistência dessa situação provoca a invalidade do ato.
>
> Acertada, pois, a lição segundo a qual "tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade". (*Manual de Direito Administrativo*. 20ª ed. Rio de Janeiro, 2008, p. 113).

Mais ainda: trata-se de caso típico a se invocar a aplicabilidade do princípio da confiança, traduzido na boa-fé que os administrados e outros destinatários depositam nos atos praticados pelos agentes públicos.

Com efeito, sobre a teoria dos motivos determinantes e o princípio da confiança, esta Corte Superior, em mais de um julgado, assim se manifestou:

> Administrativo. Servidor público. Ato de indeferimento de requerimento de retorno às funções. Processo administrativo disciplinar de apuração de abandono de cargo. Ato de aplicação da sanção de demissão. Atos administrativos distintos. Motivos determinantes de cada ato.
>
> I - Por se tratar de atos administrativos distintos, cada um deve expor os seus motivos determinantes.
>
> *II - Segundo a teoria dos motivos determinantes, "a Administração, ao adotar determinados motivos para a prática de ato administrativo, ainda que de natureza discricionária, fica a eles vinculada" (RMS 20.565/MG, 5ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 15.03.2007, DJ 21.05.2007).*
>
> III - Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos.
>
> (EDcl no RMS 48.678/SE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 16.2.2017, DJe 8.3.2017) (grifos acrescidos)

> Recurso especial. Administrativo. Violação dos arts. 138 e 139, I, do Código Civil. Ocorrência. Servidor público estadual. Exoneração a pedido, com o fim de assumir cargo estadual para o qual foi nomeado. Ocorrência de erro essencial na manifestação da vontade do servidor. Nomeação tornada sem efeito. Possibilidade de invalidação do ato de exoneração. Aplicação do art. 140 do CC/2002.
>
> 1. Não se conhece da parte do recurso especial, no que concerne à discussão sobre patamares indenizatórios, desde quando, nesse particular, houve preclusão do autor/recorrente que não se irresignara com o julgamento que concluíra pelo provimento parcial da apelação.
>
> 2. No caso, o autor, baseado em documento oriundo do Ministério Público do Estado de São Paulo, o qual informava que o cargo de Assistente Técnico de Promotoria I era privativo de profissional médico, pediu exoneração de cargo médico que exercia no IMESC, ora requerido, para poder tomar posse nesse novo labor. Ocorre que, após nomeado e depois de ter solicitado exoneração do seu anterior cargo (no IMESC), veio-lhe a informação de que, na verdade, o cargo não se qualificava como privativo de profissional médico e não poderia ser cumulado com outro vínculo de médico que o autor detinha no IML/SP.
>
> 3. Trata-se de ocorrência de erro essencial na manifestação de vontade do servidor ao requerer sua exoneração com base em falso motivo, caracterizado pela sua nomeação para assumir outro cargo, depois tornada sem efeito, é cabível

> a invalidação do ato de exoneração, com a reintegração do servidor ao cargo anteriormente ocupado. Aplicação do disposto no art. 140 do Código Civil/2002. Precedente: (REsp 870.841/RS, Recurso Especial 2006/0169409-2, Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 7.5.2009, publicado no DJe 25.5.2009).
>
> *4. Demais disso, de acordo com a teoria dos motivos determinantes, a razão exarada para fundamentar a prática de determinado ato administrativo deve sempre guardar compatibilidade com a situação de fato que gerou a manifestação da vontade. O administrador está vinculado ao motivo exarado na sua decisão, mesmo quando não está obrigado a fazê-lo.*
>
> *5. Incidência do princípio da confiança no tocante à Administração Pública, o qual se reporta à necessidade de manutenção de atos administrativos, ainda que se qualifiquem como antijurídicos (o que não é o caso em exame), desde que verificada a expectativa legítima, por parte do administrado, de estabilização dos efeitos decorrentes da conduta administrativa. Princípio que corporifica, na essência, a boa-fé e a segurança jurídica.*
>
> 6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido.
>
> (REsp 1.229.501/SP, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 6.12.2016, DJe 15.12.2016) (grifos acrescidos)

O art. 80, §§ 1º e 2º, da Lei n. 9.394/1996 assim dispõe:

> Art. 80. O Poder Público incentivará o desenvolvimento e a veiculação de programas de ensino a distância, em todos os níveis e modalidades de ensino, e de educação continuada. (Regulamento)
>
> § 1º A educação a distância, organizada com abertura e regime especiais, será oferecida por instituições especificamente credenciadas pela União.
>
> § 2º A União regulamentará os requisitos para a realização de exames e registro de diploma relativos a cursos de educação a distância.

Ocorre que, nada obstante à citada disposição legal, tem-se o art. 87, § 3º, III, do mesmo Diploma Legal, a conferir verdadeira regra excepcional, exatamente no que diz respeito à questão debatida na situação em exame (realização de programas de capacitação para professores em exercício).

Com efeito, no que se refere à interpretação dada aos dispositivos dos arts. 80, §§ 1º e 2º, e 87, § 3º, III, da Lei n. 9.394/1996, pela Corte de origem, verifica-se que se encontra deveras acertada, consoante os seguintes excertos:

> A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/1996) estabeleceu, em seu artigo 62, *in verbis*:

> Art. 62. A formação de docentes para atuar na educação básica far-se-á em nível superior, em curso de licenciatura, de graduação plena, em universidades e institutos superiores de educação, admitida, como formação mínima para o exercício do magistério na educação infantil e nas quatro primeiras séries do ensino fundamental, a oferecida em nível médio, na modalidade Normal.

Como regra de transição, dispôs, no § 3º do inciso III do artigo 87, que os entes federativos deveriam realizar programas de capacitação para todos os professores em exercício, inclusive utilizando os recursos da educação à distância:

> Art. 87. É instituída a Década da Educação, a iniciar-se um ano a partir da publicação desta Lei.
>
> [...].
>
> § 3.º O Distrito Federal, cada Estado e Município, e, supletivamente, a União, devem:
>
> [...];
>
> III - realizar programas de capacitação para todos os professores em exercício, utilizando também, para isto, os recursos da educação à distância; (grifei)

Para o cumprimento dessa meta, o Conselho Estadual de Educação do Estado do Paraná instituiu o Programa Especial de Capacitação para a Docência dos Anos Iniciais do Ensino Fundamental e da Educação Infantil (Processo n. 1461/02 - Deliberação n. 04/2002, aprovada em 04.09.2002), a ser executado até 31.12.2007, com o objetivo de 'propiciar, a todos os profissionais em exercício de atividades docentes, formação em nível superior, em caráter especial' (art. 1º, § 1º - grifei). Prescreveu como requisito para participação nesse Programa Especial, além do exercício de atividades docentes, a condição de portador de 'certificado de conclusão de curso de nível médio ou de diploma na modalidade normal, ou equivalente' (art. 2º - grifei).

[...]

E ainda que se entendesse aplicável, na espécie, o art. 80 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/1996) - que dispõe sobre o desenvolvimento e a veiculação de programas de ensino a distância, em todos os níveis e modalidade de ensino, e de educação continuada, atribuindo à União a competência para o credenciamento de instituições de ensino ('§ 1º A educação a distância, organizada com abertura e regime especiais, será oferecida por instituições especificamente credenciadas pela União') -, não há como afastar a regra contida no art. 87, do mesmo diploma legal, que determinou - expressamente e em caráter transitório - ao Distrito Federal, aos Estados, aos Municípios e apenas supletivamente à União, a realização de programas de capacitação para todos os professores em exercício, inclusive com os recursos da educação à distância.

Além de não restringir o universo dos destinatários da norma de transição (p.ex., 'professores com vínculo empregatício devidamente comprovado'), o art. 87 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação não referiu à necessidade de autorização federal para as modalidades não presenciais. E era razoável que assim não o fizesse à época, haja vista a urgência na qualificação de um número significativo de profissionais em todo o território nacional, até o final da 'Década da Educação'.

É de se realçar que a Lei n. 10.172/2001, ao traçar o Plano Nacional de Educação, estabeleceu, no capítulo sobre Educação Básica, metas a serem atingidas, das quais destaco:

'5. Estabelecer um Programa Nacional de Formação dos Profissionais de educação infantil, com a colaboração da União, Estados e Municípios, inclusive das universidades e institutos superiores de educação e organizações não-governamentais, que realize as seguintes metas:

a) que, em cinco anos, todos os dirigentes de instituições de educação infantil possuam formação apropriada em nível médio (modalidade Normal) e, em dez anos, formação de nível superior; b) que, em cinco anos, todos os professores tenham habilitação específica de nível médio e, em dez anos, 70% tenham formação específica de nível superior'; '6. A partir da vigência deste plano, somente admitir novos profissionais na educação infantil que possuam a titulação mínima em nível médio, modalidade normal, dando-se preferência à admissão de profissionais graduados em curso específico de nível superior'; '7. No prazo máximo de três anos a contar do início deste plano, colocar em execução programa de formação em serviço, em cada município ou por grupos de Município, preferencialmente em articulação com instituições de ensino superior, com a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados, para a atualização permanente e o aprofundamento dos conhecimentos dos profissionais que atuam na educação infantil, bem como para a formação do pessoal auxiliar' e '24. Ampliar a oferta de cursos de formação de professores de educação infantil de nível superior, com conteúdos específicos, prioritariamente nas regiões onde o déficit de qualificação é maior, de modo a atingir a meta estabelecida pela LDB para a década da educação.' E no item 10.3 referente a objetivos e metas: '10. Onde ainda não existam condições para formação em nível superior de todos os profissionais necessários para o atendimento das necessidades do ensino, estabelecer cursos de nível médio, em instituições específicas, que observem os princípios definidos na diretriz n. 1 e preparem pessoal qualificado para a educação infantil, para a educação de jovens e adultos e para as séries iniciais do ensino fundamental, prevendo a continuidade dos estudos desses profissionais em nível superior'; '12. Ampliar, a partir da colaboração da União, dos Estados e dos Municípios, os programas de formação em serviço que assegurem a todos os professores a possibilidade de adquiri r a qualificação mínima exigida pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, observando as diretrizes e os parâmetros curriculares' e '13.

> Desenvolver programas de educação a distância que possam ser utilizados também em cursos semi-presenciais modulares, de forma a tornar possível o cumprimento da meta anterior' (grifei).

E conclui o aresto impugnado:

> Nesse contexto, é perfeitamente defensável a tese de que o art. 87 da Lei n. 9.394/1996 atribuiu competência ao Estado do Paraná (e a União, apenas supletivamente) - ainda que em caráter transitório e com fim específico - para credenciar instituições de ensino para realização de programas de capacitação de docentes (e não um curso de formação regular e permanente), inclusive na modalidade semipresencial, em consonância com as metas estabelecidas pela Lei n. 10.172/2001. Dada a especificidade de seu texto, a norma excepcionou o teor do art. 80, *caput* e § 1º, do mesmo diploma legal, o qual prescrevia, como regra geral (e genérica), que 'O Poder Público incentivará o desenvolvimento e a veiculação de programas de ensino a distância, em todos os níveis e modalidades de ensino, e de educação continuada' e 'A educação a distância, organizada com abertura e regime especiais, será oferecida por instituições especificamente credenciadas pela União'.
>
> Sob essa perspectiva, não procede o argumento da União de que, mesmo em relação às situações fáticas alcançadas pela norma de transição, não foi afastada a incidência da norma contida no artigo 80 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/1996), porque, repita-se, o legislador assim não dispôs. A centralização do credenciamento de instituições de ensino no órgão federal poderia comprometer o atingimento das metas da 'Década da Educação', provocando entraves burocráticos e dificultando a implementação dos cursos de capacitação profissional (que se faziam necessários) em curto espaço de tempo e em toda extensão do território nacional.

Sobre a interpretação dada aos arts. 2º da Lei n. 9.131/1995 e 11 do Decreto n. 2.494/1998, pela e. Corte de origem, igualmente acertada, consoante os seguintes excertos:

> Idêntica conduta temerária adotou o Conselho Nacional de Educação, que, em um curto espaço de tempo (de 1º.02.2006 a 11.04.2007) e já próximo do exaurimento da eficácia da norma transitória do art. 87 da LDB, emitiu três Pareceres distintos, ora admitindo a regularidade ora reconhecendo a irregularidade do Programa Especial de Capacitação de Docentes executado pela Faculdade VIZIVALI (Pareceres CNE/CES n. 14/2006, 290/2006 e 193/2007), com repercussão extremamente negativa para uma gama imensa de alunos e instituições envolvidas. Conquanto a União alegue que se tratava de ato administrativo complexo, tendo sido aprovado somente o último Parecer pela autoridade ministerial competente (art. 2º da Lei n. 9.131/1995), fato é que, afora

> questionáveis as conclusões ali lançadas, todas as manifestações anteriores do CNE tornaram-se públicas e influenciaram o posicionamento adotado pelas Universidades, que se recusaram a proceder ao registro dos diplomas/certificados, e pelo próprio Estado do Paraná.
>
> Nem há como cogitar de negligência por parte dos alunos - que não teriam averiguado, previamente, a validade e o reconhecimento oficial do Programa Especial de Capacitação Profissional sub judice -, porque, além de ter sido ofertado por instituição de ensino pública regularmente constituída (o que realça a boa fé do(a) autor(a)), os próprios entes públicos (União e Estado do Paraná) controvertem acerca de sua (ir)regularidade, adotando posições vacilantes em relação à correta interpretação da legislação de regência.

Demais disso, quanto ao alcance do art. 11 do Decreto n. 2.494/1998, é imperioso ressaltar que, além da invocação quanto ao art. 87, § 3º, III, da Lei n. 9.394/1996, o fundamento suficiente para infirmar os argumentos trazidos pela União dizem respeito aos motivos determinantes do ato praticado, à segurança jurídica, à boa-fé e ao princípio da confiança.

Aliás, a corroborar a citação acima feita em relação à jurisprudência deste STJ sobre o princípio da confiança, o aresto combatido é específico:

> A segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, constitui valor singular no sistema jurídico e cumpre função primordial na realização da própria ideia de justiça material. O 'ordenamento jurídico, tal qual a vida, equilibra-se entre os pólos da segurança (na abstrata imutabilidade das situações constituídas) e da inovação (para fazer frente ao *panta rei*). Assim, na relação (fundamental) entre tempo e direito, a expressão 'princípio da segurança jurídica' marca, como signo pleno de significados que é, o espaço de retenção, de imobilidade, de continuidade, de permanência - valoriza, por exemplo, o fato de o cidadão não ser apanhado de surpresa por modificação ilegítima na linha de conduta da Administração, ou por lei posterior, ou modificação na aparência das formas jurídicas.

Não subsiste, portanto, a alegação de afronta aos dispositivos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil, eis que o aresto questionado bem delimitou a responsabilidade pelo ato ilícito praticado e ainda diante da fundamentação externada acima.

Por fim, no que se refere à suscitada violação do dispositivo do art. 14 do CDC, não há qualquer necessidade de manifestação, nesse particular, porquanto o decreto condenatório, no que se reporta ao ente de direito público, não se fundou na referida norma legal.

Da atuação do Conselho Estadual de Educação do Paraná e da responsabilidade da respectiva unidade federativa, solidariamente com a União, pelos danos causados aos alunos que não detinham vínculo formal como professores da rede pública ou particular de ensino

Nesse ponto, além de todos os argumentos deduzidos no tópico anterior, há de considerar que o Estado do Paraná, nada obstante tenha admitido a presença nos cursos de formação de professores de alunos que não possuíam vínculo efetivo, posteriormente, intenta rechaçar tal prática.

O aresto recorrido, mais uma vez, mostra-se correto na aplicação do direito ao caso:

> A Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu - VIZIVALI, em regime de parceria com a Inteligência Educacional e Sistemas de Ensino Brasil S/A. - IESDE Brasil S/A. e a União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação - UNDIME, foi autorizada pelo órgão estadual a implementar o Programa Especial de Capacitação Docente, em nível superior, na modalidade semipresencial, pelo prazo de 2 (dois) anos, a contar de 05.12.2002 (Parecer n. 1.182/2002, do Conselho Estadual de Educação do Paraná, e Portaria n. 93, de 05.12.2002), prorrogado por mais 2 (dois) anos em 2004 (Parecer n. 634/2004), sem qualquer ressalva quanto ao trabalho desenvolvido até então.
>
> Na execução do referido Programa Especial, a Faculdade VIZIVALI admitiu em seu quadro de alunos todos aqueles que, possuindo diploma/certificado de nível médio, exerciam, à época, 'atividades docentes', independentemente da existência de vínculo empregatício formal com a instituição de ensino (ou seja, além de professores efetivos, voluntários e estagiários).
>
> Após a conclusão dos cursos vinculados ao Programa Especial, foram expedidos os respectivos diplomas e encaminhados à Universidade Federal do Paraná, para fins de registro, consoante o disposto no art. 48 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

E prossegue:

> Também é importante salientar que, na Deliberação n. 04/2002, do Conselho Estadual de Educação do Paraná, aprovada em 04.09.2002, constou que a finalidade dos programas especiais de capacitação era 'propiciar, a todos os profissionais em exercício de atividades docentes, formação em nível superior, em caráter especial' (grifei). No referido documento, foram realçadas a sua natureza especial/excepcional (com execução prevista somente até dezembro de 2007) e respectiva abrangência - todos os profissionais em exercício da docência, ou seja, todos os que, profissionalmente, atuavam no magistério em estabelecimento

> de educação básica ou em instituição de educação infantil no Estado do Paraná, desde que portadores de certificado de conclusão de curso de nível médio ou de diploma na modalidade normal, ou equivalente (art. 3º, incisos I, II e III).
>
> A par disso, o Conselho Estadual de Educação do Paraná prorrogou o prazo de credenciamento da Faculdade VIZIVALI em 2004, sem restrições à continuidade do Programa Especial. As 'irregularidades' denunciadas - e não confirmadas em vistoria in loco, exceto alguns poucos casos que seriam reavaliados por motivos meramente formais/documentais - não foram consideradas óbice à renovação da autorização anteriormente concedida.
>
> [...]
>
> Essa circunstância, aliada ao teor do Parecer acima destacado, corrobora a convicção de que o Parecer n. 193/2007, emitido pelo órgão estadual, consubstanciou a adoção de uma interpretação restritiva da Lei, com alteração do posicionamento original, o que, evidentemente, não poderia produzir efeitos retroativos.

Assim, além da incidência, na espécie, de toda a fundamentação acima deduzida quanto à aplicação dos princípios da boa-fé e da confiança, há de consignar que a própria restrição feita, posteriormente, pelo órgão do Estado do Paraná, revela-se descabida.

É que o inciso III do § 3º do art. 87 da Lei n. 9.394/1996, ao dispor acerca da realização dos programas de capacitação, refere-se da seguinte forma:

> § 3º O Distrito Federal, cada Estado e Município, e, supletivamente, a União, devem:
>
> [...];
>
> III - realizar programas de capacitação para todos os professores em exercício, utilizando também, para isto, os recursos da educação à distância.

Ou seja, a regra legal apenas explicita a expressão "professores em exercício", não exigindo que se trate de educadores com vínculo formal com instituição pública ou privada. Nesse sentido, correta a interpretação dada ao dispositivo legal pelo aresto embargado:

> A expressão legal 'professores em exercício' não comporta a restrição que a União e o Estado do Paraná pretendem estabelecer (existência de vínculo empregatício formal entre o professor e a escola), nem foi comprovada a falsidade do documento que atesta o exercício da docência pelo(a) autor(a). Além disso, não é crível supor que, em toda a extensão do território estadual, inclusive nas localidades mais distantes (zona rural), todas as escolas - incluídas as de menor

> porte - mantêm em seus quadros somente profissionais contratados formalmente, com os pesados encargos legais daí decorrentes. Se, de fato, havia docentes contratados precariamente, eles também devem ser considerados 'professores em exercício', para os fins da Lei.

Dessa forma, no caso específico dos professores que não detinham vínculo formal com instituição pública ou privada, a responsabilidade pelo ato ilícito decorre de condutas praticadas, tanto pela União (conforme fundamentação acima exposta), quanto pelo Estado do Paraná, em decorrência da edição (posterior, violadora do princípio da boa-fé e da confiança) do Parecer n. 193/2007, pelo Conselho Estadual de Educação.

Da responsabilidade exclusiva da instituição de ensino no que se refere aos denominados alunos estagiários

Nesse último caso, inexistiu qualquer ato regulamentar expedido, seja pelo Conselho Nacional de Educação (ou outro órgão da União), seja pelo Conselho Estadual de Educação do Estado do Paraná, autorizando que o curso funcionasse e permitisse a matrícula de "alunos denominados estagiários".

Dessa forma, nessa situação, descabe falar em conduta ilícita dos entes estatais, sendo certo que houve atuação de ambos, vedando que tal prática assim ocorresse. Em havendo algum discente que se sinta prejudicado, terá que promover a demanda, exclusivamente, em face da instituição de ensino que, eventualmente, tenha permitido a matrícula, ao arrepio de qualquer autorização emitida pelos órgãos públicos, mesmo que de forma minimamente precária.

Tese jurídica firmada (inciso III do art. 104-A do RISTJ)

Para efeito de cumprimento do requisito legal e regimental, firmam-se as seguintes teses:

a) Havendo o Conselho Nacional de Educação expedido parecer público e direcionado ao Conselho Estadual de Educação do Paraná sobre a regularidade do Programa Especial de Capacitação de Docentes, executado pela Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu, a sua desconstituição e/ou revogação posterior, pelo próprio Conselho Nacional de Educação, ou mesmo a sua não homologação, pelo Ministério da Educação, autorizam a tese de que a União é responsável, civil e administrativamente, e de forma exclusiva, pelo registro dos diplomas e pela consequente indenização aos alunos que detinham vínculo

formal como professores perante instituição pública ou privada, diante dos danos causados;

b) Havendo o Conselho Nacional de Educação expedido parecer público sobre a regularidade do Programa Especial de Capacitação de Docentes executado pela Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu e direcionado ao Conselho Estadual de Educação do Paraná, o qual já havia possibilitado o ingresso anterior dos alunos sem vínculo formal como professor de instituição pública ou privada (Portaria n. 93/2002 do Conselho Estadual de Educação do Paraná), a sua desconstituição e/ou revogação posterior, pelo próprio Conselho Nacional de Educação, ou mesmo a sua não homologação, pelo Ministério da Educação ou, ainda, pelo Parecer n. 193/2007 do Conselho Estadual de Educação do Paraná, autorizam a tese de que a União e o Estado do Paraná são responsáveis, civil e administrativamente, e de forma solidária, pelo registro dos diplomas e pela consequente indenização aos alunos que detinham vínculo apenas precário perante instituição pública ou privada, diante dos danos causados;

c) Inexistindo ato regulamentar, seja do Conselho Nacional de Educação, seja do Conselho Estadual de Educação do Paraná, sobre a regularidade do Programa Especial de Capacitação de Docentes executado pela Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu relativamente a alunos estagiários, descabe falar em condenação dos aludidos entes, devendo a parte que entender prejudicada postular a indenização em face, tão somente, da instituição de ensino.

Solução dada ao caso concreto (inciso IV do art. 104-A do RISTJ)

No caso, o aresto questionado identificou que a parte autora "comprovou a condição de voluntário junto a uma instituição de ensino (Ev. 16, decl. 3), bem como a conclusão de curso de nível médio ou na modalidade normal ou equivalente (Ev.1, Proc 2)" (e-STJ, fl. 1.261).

Assim sendo, considerando que o óbice ao seu direito decorre, tanto da atuação ilegítima da União, quanto do Estado do Paraná, conforme fundamentação acima deduzida, o aresto, corretamente, atribuiu-lhes a responsabilidade solidária pelos danos causados.

Ante o exposto, conheço, em parte, do recurso especial interposto pelo Estado do Paraná, e conheço integralmente do recurso especial interposto pela União, mas para lhes negar provimento.

Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e art. 256-N do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Trata-se de recurso especial processado sob o rito do art. 543-C do revogado CPC/1973, em que a tese controvertida foi delimitada nos seguintes termos: (I) *possibilidade de expedição de diploma de conclusão de curso de ensino superior ministrado pela Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu - VIZIVALI na modalidade semipresencial*; e (II) *condenação das entidades envolvidas (União, Estado do Paraná e VIZIVALI) pelos danos supostamente causados em razão da demora e negativa na entrega de referido documento.*

O ilustre relator, Ministro Og Fernandes, em judicioso voto, destacou que, dentre os professores que concluíram o curso na faculdade VIZIVALI, existem ***três situações distintas*** a serem que exigem o exame pelo rito dos repetitivos. *A primeira hipótese* é a dos docentes que mantinham vínculo formal com instituição pública ou privada de ensino. *A segunda*, por sua vez, envolve o caso dos professores que não tinham vínculo formal com instituição pública ou privada, enquadrando-se como voluntários ou detentores de vínculos precários de trabalho. *Já a terceira*, diz com a dos denominados "estagiários".

Após essa diferenciação, Sua Excelência propõe a fixação das seguintes teses:

> *a)* Havendo o Conselho Nacional de Educação expedido parecer público e direcionado ao Conselho Estadual de Educação do Paraná sobre a regularidade do Programa Especial de Capacitação de Docentes, executado pela Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu, a sua desconstituição e/ou revogação posterior, pelo próprio Conselho Nacional de Educação, ou mesmo a sua não homologação, pelo Ministério da Educação, autorizam a tese de que a União é responsável, civil e administrativamente, e de forma exclusiva, pelo registro dos diplomas e pela consequente indenização aos alunos que detinham vínculo formal como professores perante a instituição pública ou privada, diante dos danos causados.
>
> *b)* Havendo o Conselho Nacional de Educação expedido parecer público sobre a regularidade do Programa Especial de Capacitação de Docentes executado pela Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu e direcionado ao Conselho

> Estadual de Educação do Paraná, o qual já havia possibilitado o ingresso anterior dos alunos sem vínculo formal como professor de instituição pública ou privada (Portaria n. 93/2002 do Conselho Estadual de Educação do Paraná), a sua desconstituição e/ou revogação posterior, pelo próprio Conselho Nacional de Educação, ou mesmo a sua não homologação, pelo Ministério da Educação ou, ainda, pelo Parecer n. 193/2007 do Conselho Estadual de Educação do Paraná, autorizam a tese de que a União e o Estado do Paraná são responsáveis, civil e administrativamente, e de forma solidária, pelo registro dos diplomas e pela consequente indenização aos alunos que detinham vínculo apenas precário perante instituição pública ou privada, diante dos danos causados.
>
> *c)* Inexistindo ato regulamentar, seja do Conselho Nacional de Educação, seja do Conselho Estadual de Educação do Paraná, sobre a regularidade do Programa Especial de Capacitação de Docentes executado pela Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu relativamente a alunos estagiários, descabe falar em condenação dos aludidos entes, devendo a parte que entender prejudicada postular a indenização em face, tão somente, da instituição de ensino.

Após o voto do relator, pedi vista antecipada dos autos para examinar mais de perto a questão.

É o sucinto relatório.

A questão é conhecida neste Sodalício.

Discute-se acerca do dever da União em registrar os diplomas dos alunos que concluíram o Programa de Capacitação para a Docência dos Anos Iniciais do Ensino Fundamental e da Educação Infantil ofertado pela Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu - VIZIVALI, bem como sobre o alcance da responsabilização civil da União, do Estado do Paraná e da Vizivali perante o universo de alunos que, alegadamente, sofreram danos pelo não recebimento de seus diplomas a tempo e modo.

O ilustre Relator, ao afirmar presente o nexo de causalidade e a consequente responsabilidade da União pelo ato praticado pelo Conselho Estadual de Educação do Estado do Paraná, que credenciou e autorizou a Vizivali a implementar o Programa Especial de Capacitação para a Docência dos Anos Iniciais do Ensino Fundamental e da Educação Infantil na modalidade semipresencial, trouxe a lume questões que ainda não haviam sido enfrentadas por este Colegiado.

Nesse sentido, destacou a existência de manifestação formal do Conselho Nacional de Educação (Parecer CNE/CES de n. 290/2006, revisando o Parecer CNE/CES de n. 14/2006), o qual assegurou expressamente ser do

Conselho Estadual de Educação do Paraná a competência para credenciamento, autorização e reconhecimento de instituições, cursos e programas do seu Sistema de Ensino, asseverando, ainda, ser desnecessário o reconhecimento do curso pelo MEC, pois não se tratava de programa ofertado na modalidade de educação a distância.

Nesse específico ponto, a União afirma que o documento teve caráter somente opinativo, uma vez que o parecer foi posteriormente retificado, passando a ser identificado como parecer CNE/CES 139/2007, em que expressou a posição oficial do órgão, chancelada pelo Ministro da Educação, no sentido de que "não é dos Conselhos Estaduais de Educação a prerrogativa de credenciar IES para o ensino a distância (ou semi-presencial) em nível superior, não detendo, esta instância estatal, autonomia para o ato" (fl. 1.196).

Em que pesem aos argumentos apresentados, tenho por correto o entendimento manifestado no alentado voto condutor, no sentido de que o Estado do Paraná, ao receber parecer emanado do Conselho Nacional de Educação, *sem a ressalva de que o documento somente se tornaria terminativo com a posterior chancela do Ministro da Educação*, atuou dentro dos princípios da segurança jurídica, boa-fé objetiva e confiança, uma vez que foi levado a acreditar na existência de ato oficial que lhe assegurava a competência para o credenciamento, autorização e reconhecimento do mencionado programa semipresencial.

Ademais disso, como bem ressaltado pelo ilustre Ministro Og Fernandes, era dever do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e apenas supletivamente da União, "realizar programas de capacitação para todos os professores em exercício, utilizando também, para isto, os recursos da educação à distância", conforme redação do inciso III, do § 3º do art. 87 da Lei n. 9.394/1996, o que reforça a ideia de que o Estado, num primeiro momento, realmente agiu de boa-fé.

Aqui, aliás, o acórdão recorrido examinou com precisão o disposto nos arts. 80, §§ 1º e 2º, e 87, § 3º, III, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, legislação invocada pela União como violada, para, ao final, concluir (fls. 1.106/1.107):

> Nesse contexto, é perfeitamente defensável a tese de que o art. 87 da Lei n. 9.394/1996 atribuiu competência ao Estado do Paraná (e a União, apenas supletivamente) - ainda que em caráter transitório e com fim específico - para credenciar instituições de ensino para realização de programas de capacitação de docentes (e não um curso de formação regular e permanente), inclusive na

> modalidade semipresencial, em consonância com as metas estabelecidas pela Lei n. 10.172/2001. Dada a especificidade de seu texto, a norma excepcionou o teor do art. 80, *caput* e § 1º, do mesmo diploma legal, o qual prescrevia, como regra geral (e genérica), que 'O Poder Público incentivará o desenvolvimento e a veiculação de programas de ensino a distância, em todos os níveis e modalidades de ensino, e de educação continuada' e 'A educação a distância, organizada com abertura e regime especiais, será oferecida por instituições especificamente credenciadas pela União'.
>
> Sob essa perspectiva, não procede o argumento da União de que, mesmo em relação às situações fáticas alcançadas pela norma de transição, não foi afastada a incidência da norma contida no artigo 80 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/1996), porque, repita-se, o legislador assim não dispôs. A centralização do credenciamento de instituições de ensino no órgão federal poderia comprometer o atingimento das metas da 'Década da Educação', provocando entraves burocráticos e dificultando a implementação dos cursos de capacitação profissional (que se faziam necessários) em curto espaço de tempo e em toda extensão do território nacional.

Desta forma, diante do encaminhamento de parecer emanado do Conselho Nacional de Educação, embora sem caráter terminativo, mas assegurando a competência do Estado para o credenciamento, autorização e reconhecimento do mencionado Programa e do disposto no inciso III, do § 3º do art. 87 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, é de ser reconhecida *a responsabilidade exclusiva da União pelo registro dos diplomas e pela consequente indenização aos alunos que detinham vínculo formal como professores junto a instituições públicas ou privadas, diante dos danos que sofreram*.

Necessário, por igual, definir a responsabilidade do Estado do Paraná quanto àqueles alunos que foram impossibilitados de obter seus diplomas em virtude de posterior alteração do entendimento oficial, quando passou a prevalecer a compreensão de que o programa não mais poderia ser estendido aos *professores que lecionavam apenas como voluntários* (vínculo precário).

Na linha do que foi exposto pelo relator, a norma utilizava a expressão "todos os professores em exercício" (art. 87, § 3º, III, da Lei n. 9.394/1996), por isso que *o Estado do Paraná, no que concorreu para excluir os docentes voluntários da possibilidade de receberem seus diplomas, deve assumir, juntamente com a União, a responsabilidade civil pelos danos a estes causados, afora a obrigação de lhes fornecer o respectivo diploma*.

Por fim, sobre os denominados "*alunos estagiários*", percebe-se que inexistiu ato regulamentar oficial que autorizasse tal grupo a participar do programa,

daí que, em face da inexistência de conduta ilícita dos entes estatais (União e Estado), eventual dano sofrido por aluno estagiário, nesse específico contexto, deverá ser suportado, com exclusividade, pela Vizivali, que, *sponte propria*, admitiu o ingresso dessa categoria de cursistas.

Assim, correta a tese proposta no voto condutor no sentido de que, diante da inexistência de ato regulamentar sobre a regularidade do Programa Especial de Capacitação de Docentes executado pela Vizivali, *quanto aos alunos estagiários, descabe falar em condenação dos entes públicos, devendo o aluno prejudicado postular indenização exclusivamente em face da instituição de ensino, ou seja, da Vizivali*.

Ante o exposto, acompanho, *na íntegra*, o ilustre relator nas teses propostas por Sua Excelência para serem firmadas na resolução de recurso sob o rito do art. 543-C do revogado CPC/1973. Quanto ao caso concreto, também em linha com o nobre relator, nego provimento aos especiais apelos apresentados pela União e pelo Estado do Paraná, em ordem a manter o acórdão recorrido, no que reconheceu a responsabilidade solidária dos mencionados entes estatais em registrar o diploma e indenizar os danos morais sofridos pela autora, a qual se enquadra na categoria de docente voluntária, sem vínculo formal com a instituição de ensino em que lecionava.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.528.448-MG (2015/0090137-4)

Relatora: Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região)
Relatora para o acórdão: Ministra Assusete Magalhães
Recorrente: Gersino Duraes Filho
Recorrente: Roberto Coelho de Matos
Advogados: Hermeraldo Andrade e outro(s) - MG065777
Diogo José da Silva - MG101277
Vanessa Marques da Cunha - DF033429
Recorrido: União

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Recurso especial interposto por ambas as alíneas do permissivo constitucional. Concurso público para o provimento de cargo de Policial Rodoviário Federal. Edital 01/2009 - DPRF. Anulação de questões objetivas 22 e 23 da prova de raciocínio lógico. Alegação de ausência de prestação jurisdicional. Inexistência. Possibilidade de revisão, pelo Judiciário, das questões objetivas 22 e 23 do referido concurso. Questão 23. Impossibilidade de anulação. Incidência da Súmula 7/STJ. Questão 22. Pretensão de acolhimento de laudo técnico unilateral do perito dos candidatos, que diverge da conclusão da banca examinadora. Substituição da conclusão da banca examinadora por laudo técnico particular. Impossibilidade. Repercussão geral. RE 632.853/CE. Precedentes do STJ. Recurso especial improvido.

I. Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/1973.

II. Na origem, trata-se de demanda ordinária, proposta pelos candidatos, ora recorrentes, objetivando a anulação de questões objetivas de concurso – questões 22 e 23 da prova de raciocínio lógico do concurso público para o provimento de cargo de Policial Rodoviário Federal, objeto do edital 1/2009 –, ao argumento de que, em relação à questão 22, não apresentaria ela opção correta de resposta, e, quanto à questão 23, não forneceria todas as informações necessárias à sua solução, além de que extravasaria o conteúdo programático do edital do certame. Para tanto, nas razões do presente Recurso Especial, defende-se, entre outras, a tese de que é possível, ao Poder Judiciário, quando abalizado por laudo técnico pericial, apreciar o acerto ou não da alternativa atribuída como correta, pela banca examinadora.

III. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 535 do CPC/1973, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão que julgou os Embargos Declaratórios apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

IV. Em relação à pretensão de anulação da questão 23 do referido concurso, diante da compreensão firmada pelas instâncias ordinárias, à luz do acervo fático da causa – no sentido de que a referida questão, ao contrário do que afirma a parte recorrente, está correta, inserta nos conhecimentos atinentes a raciocínio lógico e noções de estatística, conforme previsto no edital do certame –, concluir de forma contrária é pretensão inviável, nesta seara recursal, ante o óbice da Súmula 7/STJ. Nesse sentido, dentre inúmeros, o seguinte precedente: STJ, AgRg no Ag 1.424.286/DF, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, *Primeira Turma*, DJe de 03.02.2017.

V. Em relação à questão 22, como esclarecem as instâncias ordinárias, no presente caso a inicial fundamenta-se em parecer técnico unilateral, contratado pelos autores – que concluiu que não há resposta correta para a questão 22 –, contrariamente à posição técnica adotada pela banca examinadora do certame, que aponta, como correta, a alternativa B da aludida questão 22.

VI. Não se desconhece que inúmeras ações judiciais foram ajuizadas pelos candidatos do referido concurso, objetivando a anulação da questão 22 do aludido certame, em razão de existirem pareceres de especialistas da área específica – tanto perito judicial, quanto auxiliar técnico da parte –, que, contrariamente ao que afirma a banca examinadora do presente concurso, ora sustentam inexistir resposta correta, dentre as alternativas apresentadas no quesito, ora asseveram existir mais de uma alternativa correta, quanto à referida questão 22 do certame em apreço.

VII. Todavia, em matéria de concurso público, a atuação do Poder Judiciário limita-se à verificação da observância dos princípios da legalidade e da vinculação ao edital, tendo presente a discricionariedade da Administração Pública na fixação dos critérios e normas reguladoras do certame, que deverão atender aos preceitos instituídos na Constituição Federal, sendo-lhe vedado substituir-se à banca examinadora para apreciar os critérios utilizados para a elaboração e correção das provas, sob pena de indevida interferência no mérito do ato administrativo. Ou seja, "o Poder Judiciário não pode atuar em substituição à banca examinadora, apreciando critérios na formulação de questões, reexaminado a correção de provas ou

reavaliando notas atribuídas aos candidatos" (STJ, RMS 28.204/MG, Rel. Ministra *Eliana Calmon*, *Segunda Turma*, DJe de 18.02.2009). No mesmo sentido, dentre inúmeros precedentes: STJ, AgInt no RE nos EDcl no RMS 50.081/RS, Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Corte Especial*, DJe de 21.02.2017, AgInt no RMS 49.513/BA, Rel. Ministro *Francisco Falcão*, *Segunda Turma*, DJe de 20.10.2016, AgRg no RMS 37.683/MS, Rel. Ministra *Regina Helena Costa*, *Primeira Turma*, DJe de 29.10.2015.

VIII. A espancar dúvidas sobre o assunto, em 23.04.2015, no julgamento do RE 632.853/CE, o Plenário do STF, apreciando o Tema 485 da Repercussão Geral, nos termos do voto do Relator, Ministro *Gilmar Mendes*, firmou as premissas de que o Poder Judiciário não pode interferir nos critérios de correção de prova, ressalvada a excepcional hipótese de "juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame". Concluiu o Relator, no STF, no sentido de que "não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas" (STF, RE 632.853/CE, Rel. Ministro *Gilmar Mendes*, *Pleno*, DJe de 26.06.2015, sob o regime da repercussão geral).

IX. No caso, para o deslinde da presente controvérsia seria necessário levar em conta parecer técnico, elaborado de forma unilateral, pelo perito da parte, ou, em outras hipóteses trazidas à colação, considerar perícia judicial, em sentido contrário ao que restou decidido, pela Corte Maior, em regime de repercussão geral. A corroborar tal posição, o próprio STF, em relação à mesma questão 22 do certame ora em análise, já aplicou a compreensão firmada por aquela Corte, no RE 632.853/CE, em regime de repercussão geral, ainda que monocraticamente, no julgamento do RE 975.980/PE, Relator Ministro *Roberto Barroso*, DJe de 22.06.2016 (decisão transitada em julgado em 28.09.2016), e do AgRg no RE 904.737/RS, Relator Ministro *Roberto Barroso*, DJe de 21.09.2016 (decisão transitada em julgado em 26.11.2016).

X. Diante desse contexto, não merece prosperar a pretensão de anulação das questões 22 e 23 da prova objetiva do concurso para provimento de cargo de Policial Rodoviário Federal, objeto do edital n.

1/2009 - DPRF, porquanto, na hipótese, além de a pretensão conflitar com o entendimento do STF, firmado em regime de repercussão geral, os comandos das referidas questões não apresentam vícios evidentes e insofismáveis, verificáveis à primeira vista, a ensejar sua anulação. Com efeito, não há qualquer ilegalidade flagrante, tanto que, no presente caso – como em outros precedentes, trazidos à colação –, a pretensão da inicial ampara-se em parecer técnico especializado, colhido unilateralmente pelos autores, pelo que concluiu o acórdão recorrido que "as impugnações no aspecto técnico variam conforme os respectivos especialistas no tema (...) razão porque, nos termos da sentença, prestigio o entendimento da banca examinadora" e que "os comandos das questões não apresentam vícios evidentes e insofismáveis verificados à primeira vista, a ensejar sua anulação".

XI. Recurso Especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, por maioria, vencida a Sra. Ministra Relatora e os Srs. Ministros Humberto Martins, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves, conhecer parcialmente do Recurso Especial pela alínea **c** do permissivo constitucional, mas, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Assusete Magalhães, que lavrará o acórdão.

Votaram com a Sra. Ministra Assusete Magalhães os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Mauro Campbell Marques (voto desempate). Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin e Og Fernandes.

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

Ministra Assusete Magalhães, Relatora

DJe 14.2.2018

VOTO-VISTA

Ementa: Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Concurso público. Violação aos artigos 126, 165, 458, II, e 535 do

CPC/1973. Inocorrência. Questão objetiva. Duplicidade de respostas aferidas por perícia. Divergência jurisprudencial demonstrada. Revisão pelo Poder Judiciário. Possibilidade. Excepcionalidade. Precedentes em casos análogos. Anulação de questão por veicular conteúdo não abarcado no edital. Revisão. Impossibilidade. Sumula 7/STJ. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta extensão, provido. Acompanhando a relatora, Ministra Diva Malerbi.

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto por *Gersino Durães Filho* e *Roberto Coelho de Matos*, com fulcro nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado (fl. 191, e-STJ).

Administrativo e Processual Civil. Agravo retido não conhecido. Concurso público para o provimento de cargo de Policial Rodoviário Federal. Impossibilidade de anulação de questões objetivas da prova porque os comandos dos quesitos não apresentam vícios configuradores de anulação.

I – Para que o agravo retido seja conhecido faz-se necessário o conhecimento da apelação e a reiteração do Recorrente nas razões ou contrarrazões do recurso, manifestando seu interesse de vê-lo examinado pelo Tribunal, consoante regra do art. 523 do Código de Processo Civil. Assim, não deve ser conhecido o agravo retido quando não há reiteração do pedido de seu exame.

II – Em matéria de concurso público, a atuação do Poder Judiciário limita-se à verificação da observância dos princípios da legalidade e da vinculação ao edital, tendo presente a discricionariedade da Administração Pública na fixação dos critérios e normas reguladoras do certame que deverão atender aos preceitos instituídos na Constituição Federal.

III – A anulação judicial de questão objetiva de concurso público só é possível em caráter excepcional, "quando o vício que a macula se manifesta de forma evidente e insofismável, ou seja, quando se apresente *primo ictu oculi*." (STJ - RMS 28.204/MG).

IV - Não merece prosperar a pretensão de anulação das questões 22 e 23 da prova objetiva do concurso para provimento de cargo de Policial Rodoviário Federal, objeto do edital n. 1/2009-DPRF na hipótese em que os quesitos demandam conhecimentos regulares do conteúdo explicitado no edital e que os comandos das questões não apresentam vícios evidentes e insofismáveis verificados à primeira vista a ensejar sua anulação. Precedentes do STJ.

V – Precedente em sentido contrário, do colendo TRF-5ª Região, que se abandona, por sujeito ao crivo da Corte Superior, consoante REsp 1.340.359/CE, em tramitação perante o egrégio STJ.

VI – Agravo retido da União não conhecido e recurso de apelação dos Autores a que se nega provimento.

Os embargos de declaração foram rejeitados, conforme ementa de fl. 207, e-STJ.

No apelo especial, a parte recorrente alega, além da divergência jurisprudencial, violação dos arts. 126, 165, 333, 458 e 535 todos do CPC/1973, sustentando, em síntese, a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional e, via de consequência, violação ao art. 535 do CPC, isso porque deixou de sanar: a) omissão apresentado motivos, de natureza técnica ou jurídica, que fizeram a turma julgadora privilegiar o entendimento externado pela banca, examinadora; b) ao não se pronunciar sobre o fato da questão no 23 não fornecer as informações necessárias à sua solução, estando, inclusive, fora do conteúdo programático do edital; c) contradição quando se asseverou que não foram juntados aos autos a cópia, do conteúdo programático do certame, apesar de constar, à fl. 18 os elementos necessários à elucidação da matéria que lhe fora submetida a apreciação, especificamente no que tange ao item 8.2.3 do edital; d) omissão a respeito do fato de ter sido, prescindida a fase instrutória, onde seria realizada perícia técnica ,para aferição das apontadas ilegalidades cometidas em relação às questões no 22 e no 23, ocasionando cerceamento de defesa." (fl. 219, e-STJ)

Quanto ao juízo de reforma, aduzem que o Tribunal de origem vulnerou o disposto nos arts. 126, 165 e 458 do CPC quando, sem a devida fundamentação técnica ou jurídica, entendeu por privilegiar o entendimento da banca examinadora, preterindo, sobremaneira, a garantia constitucional dos Recorrentes em terem pronunciamento jurisdicional, devidamente motivado (art. 93, IX, CR/1988).

Aduzem, ainda, que o acórdão recorrido violou o disposto no art. 333 do CPC, eis que, em manifesto vício na valoração jurídica das provas colacionadas aos autos, concluiu pela regularidade das questões impugnadas, muito embora haver prova nos autos que, uma delas, o enunciado não fornecia elementos suficientes à solução, e outra, tinha como escopo matéria não prevista no edital, ferindo, visceralmente, o princípio de legalidade.

Apontam que o acórdão objurgado, ao não reconhecer a suposta ilegalidade cometida na questão n. 22 da prova objetiva para provimento de cargos do DPRF/MJ, divergiu do entendimento dos acórdão paradigmas proferidos por esta Corte Superior de Justiça e pelo E. TRF/5ª Região.

Por fim pugnam seja provido o recurso para declarar a nulidade do acórdão recorrido e determinar que, em novo julgamento, outro seja proferido, com o enfrentamento de todas as questões suscitadas nos aclaratórios ou, ainda, seja julgado procedente o pedido inicial.

Contrarrazões da União às fls. 286/291, e-STJ.

Juízo positivo de admissibilidade às fls. 301/303, e-STJ.

É, no essencial, o relatório, *passo ao voto-vista*.

Inicialmente, observa-se que não se viabiliza o recurso especial pela indicada violação do artigo 535 do Código de Processo Civil. Isso porque, embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da recorrente.

Não se verifica, também, a alegada vulneração dos artigos 126, 165 e 458, II, do Código de Processo Civil, porquanto a Corte local apreciou a lide, discutindo e dirimindo as questões fáticas e jurídicas que lhe foram submetidas. O teor do acórdão recorrido resulta de exercício lógico, ficando mantida a pertinência entre os fundamentos e a conclusão.

Quanto ao mérito, de início, ressalto que a jurisprudência predominante não é favorável a que o julgador se substitua à banca examinadora de concurso, para fins de proceder à correção de provas. Todavia, tal entendimento se refere a questões de ordem subjetiva, não podendo ser estendido a casos como o presente, no qual a impugnação do agravado diz respeito a questões objetivas que exigem resposta única e que estão sem resposta correta.

É certo que em havendo duplicidade de respostas, bem como questões controvertidas, que, em razão do caráter objetivo, não possibilita qualquer argumentação para justificar a questão escolhida, pode o Judiciário se pronunciar acerca da exatidão da resposta fornecida pela Banca Examinadora, na hipótese, de haver erro absurdo e grosseiro.

Com efeito, no que respeita à análise da ***questão n. 22***, o recurso merece prosperar. Isto por que o acórdão recorrido não se coaduna com a jurisprudência desta egrégia Corte Superior no sentido da possibilidade, excepcionalmente, de que o Poder Judiciário examine questões de concurso público em caso de manifesta ilegalidade.

Além disso, verifica-se que no caso específico dos autos já houve manifestação da Corte local no sentido da anulação de referida questão em

razão da existência de afronta às regras editalícias ou ao princípio da legalidade, uma vez que houve duplicidade de respostas corretas para determinado item da prova, quando tal hipótese não estaria prevista no edital ou na lei.

Soma-se a isso o fato de que esta Corte, em idêntico sentido, entendendo pela ilegalidade da questão n. 22 do certame, decidiu (e/ou manteve o entendimento exarado pelo TRF da 5ª Região) que houve afronta ao princípio da legalidade, senão vejamos: AgRg no REsp 1.379.226/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ 23.08.2013; AgRg no AREsp 455.408/RN, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 1º.07.2014; REsp 1.340.359/CE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 19.12.2012; AREsp 502.875/RN, Min. Sérgio Kukina, DJ 14.5.2014; REsp 1.480.711/CE, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 22.10.2014.

Destarte, em conformidade com o entendimento desta Corte Superior de Justiça e à compreensão firmada pelo Supremo Tribunal Federal em regime de repercussão geral, é de se anular a questão n. 22, do caderno de prova objetiva aplicado no concurso público para, provimento do cargo de Policial Rodoviário Federal, objeto do edital n. 1/2009-DPRF, de 12 de agosto de 2009, em face das razões acima traçadas, e assegurar aos autores, ora recorrentes, novo cálculo, e, consequentemente, nova pontuação, tendo-se em conta a pontuação referente à questão supracitadas.

Quanto à ***questão n. 23***, da qual o recorrente alega que não foram fornecidas as informações necessárias, para sua solução, assim como veicular conteúdo não abarcado no edital, o recurso não merece prosperar (fl. 193, e-STJ).

A despeito do precedente do STF trazido pelo Juízo *a quo* que admite o controle jurisdicional em concurso público quando se trata 'apenas de verificar que as questões formuladas não se continham no programa do certame', no caso concreto, não é possível dizer se o indigitado quesito 23 estaria ou não abarcado pelo programa previsto no edital sem adentrar na discricionariedade da banca examinadora, a qual considerou que os dados fornecidos foram suficiente para que o candidato respondesse a questão e cujo conteúdo faz parte do conteúdo programático' (fl. 193, e-STJ).

Acerca do tema, assim consignou a Corte de origem (fl. 193, e-STJ):

> (...)
>
> 11. Sobre essa. questão, os Recorrentes argumentam que não foram fornecidas as informações necessárias, para sua solução e que ela estaria além, do conteúdo programático, previsto no edital. Todavia, verifico, que os Autores sequer

juntaram cópia do programa à inicial para.amparar a tese defendida. No entanto, em consulta à rede mundial de computadores no endereço eletrônico: http:/ pub.funrioconcursos.org.br/pubblicações/PRF/Edital_01_PRF.pdf, observo que a questão insere-se nos conhecimentos atinentes ao raciocínio lógico e noções de estatística, com bibliografia especificada e anotação expressa no anexo IV do edital n. 1/2009-DPRF, de 12.08.2009, *in verbis*:

> Racíocínio Lógico'
>
> *Argumentação Lógica*:, 'Estruturas lógicas; lógica da argumentação e diagramas lógicos. *Álgebra- Básica*: Sucessões;- Máximo Divisor Comum e Mínimo Múltiplo Comum; Teoria dos Conjuntos; Análise Combinatória; Razão e Proporção; Divisão. Proporcional; Regra de Três: Simples e, Composta; Porcentagem e Sistema Métrica Decimal.
>
> *Noções de Estatística*: Descrição e análise de dados; Leitura e Interpretação de tabelas e gráficos apresentados em diferentes linguagens e representações; Cálculo de Média e Análise de Desvios de um conjunto de dados; Frequência Relativa. *Noções de Geometria, Plana*: Análise e Interpretação de diferentes representações de figuras planas, como desenhos, mapas e plantas; Utilização de Escalas; Métrica: Áreas é Volumes.
>
> Bibliografia utilizada
>
> *IEZZI*, G., DOLCE, O.; MACHADO, A., Matemática e Realidade: Ensino Fundamental, 5ª Série, Editora Atual, 2005.
>
> *SÉRATES*, J. Raciocínio Lógico, Volumes I e II. Editora Jonofon Sérates, 11 edição, 2004.
>
> *IEZZI*, G.,MURAKAMI, C., Fundamentos de Matemática Elementar. Conjuntos e Funções, Volume 1, 8ª Edição, Atual Editora, 2008.
>
> *HAZZAN*, S., Fundamentos de Matemática Elementar. Combinatória e Probabilidade, Volume 5, 7ª Edição, Atual Editora, 2007.
>
> *DOLCE,* O., POMPEO, J. N., Fundamentos de Matemática Elementar. Geometria Plana, Volume 9, 8ª Edição. Atual Editora, 2005.
>
> *ROCHA*, E, Raciocínio Lógico: Teoria e Questões, Editora Campus, 2ª Edição, 2006.
>
> *RODRIGUES*, L. R. F Matemática e Raciocínio. Lógico Matemático para Concursos, Editora Servanda, 1ª Edição, 2009.
>
> *MORGADO*; A. C., CESAR, B., Raciocínio Lógico-Quantitativo: Teoria e Mais de 850 Questões. Editora CAMPUS. 4ª Edição, 2009.

12. Ademais, a banca examinadora do certame noticiou a resposta da questão à fi. 73, nestes termos:

> Redução de acidentes na i-ésima estrada e j-ésimo mês é: 4ij. Ou seja, a maior redução de acidentes ocorre sempre na estrada i=5, independente do mês. Assim, sendo, colocando o primeiro radar nesta estrada a redução média de acidentes é dada por 4*5*(1+2+3)=120. Restam, portanto, 4 estradas e três meses para empregar o segundo radar. No mês "A" a redução média é de 4*(1+2+3+4)/4=10, no mês "B" a redução média é de 8*(1+2+3+4)/4=-20 e, no mês "C", à redução' media é de 12*(1+2+3+4)/4=30. assim sendo, a redução média total com o uso do 2º radar é de 60, portanto, a redução total de acidentes é igual a 180.

Assim, é evidente que, para modificar o entendimento firmado pelo Tribunal *a quo*, seria necessário exceder as razões colacionadas no acórdão vergastado, o que demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos, vedada em recurso especial, conforme o Enunciado 7 da Súmula desta Corte: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial".

Por fim, necessário registrar, em que pese já tenha decidido monocraticamente pela anulabilidade da questão 23 do certame aqui tratado (AREsp 522.032/PE, DJe 3.11.2014), melhor analisando a questão e, principalmente, à luz dos argumentos extraídos do voto da Sra. Relatora, revejo meu posicionamento para reconhecer que, ao contrário do que restou consignado na decisão antes mencionada, não há dissídio jurisprudencial a sustentar a anulabilidade da questão n. 23, sendo certo que a legalidade ou ilegalidade desta, não foi examinada por esta Corte de Justiça, uma vez que as decisões que enfrentaram a matéria se limitaram a manter o entendimento das Cortes locais, fosse pela sua anulação fosse pela sua legalidade. (AREsp 557.295/CE, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 7.5.2015; AREsp 376.903/RN, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 3.2.2015; REsp 1.468.492/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 3.7.2015; REsp 1.480.711/CE, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 22.10.2014).

Diante do exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, nesta extensão dou-lhe provimento, para declarar nula a questão n. 22 do certame em apreço, nos termos do voto da e. Relatora, Ministra Diva Malerbi (Des. Convocada TRF 3ª Região).

É como voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Senhor Presidente, pelo que percebi, a ilustre Relatora, Ministra *Diva Malerbi*, anula apenas a questão

22 porque há mais de uma alternativa admissível como correta. Nesse ponto, acompanho o voto da eminente Ministra Relatora.

2. Anulo, também, a questão 23, superando o óbice da Súmula 7/STJ, pois verifico que o questionamento posto neste item refoge ao programa do edital. Então, não é porque haja mais de uma alternativa correta ou qualquer outro motivo, mas porque foi formulado um quesito sobre matéria não constante de edital.

3. Existem, pelo menos, quatro decisões aqui da Corte que mantêm a anulação da questão 23. Quer dizer que uma decisão calcada na Súmula 7/STJ não integra a jurisprudência do Tribunal? Quando alguém não toma conhecimento do recurso, por qualquer óbice processual, significa que não detectou na decisão recorrida ou falha jurisprudencial ou falha legal ou qualquer outro motivo que pudesse acarretar o exame da decisão e eventual reforma? Essa é a minha preocupação.

4. Inclusive, essa questão 23 já foi anulada no Supremo Tribunal Federal, bem como, anteriormente, havia sido anulada nos Tribunais Regionais Federais da 5ª Região e da 4ª Região.

5. Tenho a impressão de que essa questão 23, Ministra *Regina Helana Costa*, está sob fogo cerrado. Há várias decisões anulando essa questão, como citei. Então, pergunto: será que só vale para acolhimento um acórdão do próprio Superior Tribunal de Justiça? Vamos supor, por exemplo, que haja uma decisão do TRF da 3ª Região - o maior do País, um Tribunal extraordinário -, o recurso da parte vencida sobe para esta Corte e não é conhecido pela Súmula 7/STJ. Mas aquela jurisprudência, que não foi reformada pelo Superior Tribunal de Justiça, não passa a integrar o acervo do entendimento jurídico do País, nesse caso do TRF da 3ª Região? Ora, aquele Tribunal anulou a questão 23 e o STJ não toma conhecimento pela Súmula 7/STJ, ou por qualquer outra Súmula? Significa que aquela decisão que foi mantida pelo não conhecimento não tem a relevância de um precedente? Somente os nossos precedentes valem? As decisões dos demais Tribunais não têm valor como elemento do entendimento jurisprudencial do País? Será que só tem valor como entendimento jurisprudencial do País as nossas decisões, os nossos acórdãos? Só tem validade quando é do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça? Penso que não. A cultura jurídica, o entendimento jurídico, o ordenamento jurídico se compõem também de decisões de Tribunais de Justiça, de Tribunais Regionais, dos conselhos, do Carf – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, do Conselho Monetário Nacional.

6. Senhor Presidente, acompanho o voto da eminente Relatora na anulação da questão 22 e, indo um pouco além, anulo também a questão 23. Divirjo parcialmente para conceder a segurança em maior extensão, tendo em vista que a matéria tratada na questão 23 não é constante do edital. É como voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Recurso Especial, interposto por *Gersino Durães Filho* e *Outro*, em 04.12.2013, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado:

> Administrativo e Processual Civil. Agravo retido não conhecido. *Concurso público para o provimento de cargo de Policial Rodoviário Federal. Impossibilidade. De anulação de questões objetivas da prova porque os comandos dos quesitos não apresentam vícios configuradores de anulação.*
>
> I - Para que o agravo retido seja conhecido faz-se necessário o conhecimento da apelação e a reiteração do Recorrente nas, razões ou, contrarrazões do recurso, manifestando seu interesse de vê-lo examinado pelo Tribunal, consoante, regra do art. 523 do Código de Processo Civil. Assim, não deve ser conhecido o agravo retido quando não há reiteração do pedido de seu exame.
>
> II - *Em matéria de concurso público, a atuação do Poder Judiciário limita-se à verificação da observância dos princípios da legalidade e da vinculação ao edital, tendo presente a discricionariedade da Administração Pública na fixação dos critérios e normas reguladoras do certame que deverão atender aos preceitos instituídos na Constituição Federal.*
>
> III - *A anulação judicial de questão objetiva de concurso público só é possível em caráter excepcional, 'quando o vício que a macula se manifesta de forma evidente e insofismável, ou seja, quando se apresente* primo ictu oculi*.' (STJ - RMS 28.204/MG).*
>
> IV - *Não merece prosperar a pretensão de anulação das questões 22 e 23 da prova objetiva do concurso para provimento de cargo de Policial Rodoviário Federal, objeto do edital n. 1/2009 - DPRF, na hipótese em que os quesitos demandam conhecimentos regulares do conteúdo - explicitado no edital e que os comandos das questões não apresentam vícios evidentes e insofismáveis verificados à primeira vista a ensejar sua anulação. Precedentes do STJ.*
>
> V - Precedente em sentido contrário, do colendo TRF-5ª Região, que se abandona, por sujeito ao crivo da Corte Superior, consoante REsp 1.340.359/CE, em tramitação perante o egrégio STJ.
>
> VI - Agravo retido da União não conhecido e recurso de apelação dos Autores a que-se nega provimento (fl. 197e).

Opostos Embargos de Declaração, foram rejeitados, pelo Tribunal de origem, nos seguintes termos:

> Embargos de declaração. Omissão e contradição inexistentes. Concurso público para provimento do cargo de agente de Polícia Rodoviário Federal. Anulação de questões da prova objetiva. Impossibilidade. Cerceamento do direito de defesa não configurado.
>
> I – Os embargos de declaração destinam-se ao esclarecimento de eventual obscuridade, contradição ou omissão, bem como a correção de eventual erro material porventura existente no acórdão, sendo que a 'atribuição de efeitos modificativos aos embargos declaratórios é possível apenas em situações excepcionais, em que sanada a omissão, contradição ou obscuridade, a alteração da decisão surja como consequência lógica e necessária.' (STJ - EDcl no AgRg na AR 3.223/SP).
>
> II – *Caso em que não há omissão ou contradição no acórdão que negou provimento à apelação e manteve a sentença que julgou improcedente o pedido de anulação das questões 22 e 23 do caderno de prova objetiva aplicado no concurso público para provimento do cargo de Policial Rodoviário Federal, objeto do edital n. 1/2009 – DPRF, de 12.08.2009. Máxime quando esclarece que 'a anulação judicial de questão objetiva de concurso público só é possível em caráter excepcional, 'quando o vício que a macula se manifesta de forma evidente e insofismável, ou seja, quando se apresente* primo ictu oculi.' *(STJ - RMS 28.204/MG)*.
>
> III – A alegação de que o acórdão não apreciou os argumentos expostos pelos embargantes em relação a questão n. 23 do caderno de prova não merece prevalecer. Isso porque, na resolução da controvérsia, o órgão judicante não está obrigado a apreciar todas as alegações opostas pelos litigantes e nem prender-se às proposições por eles sugeridas, devendo indicar os fundamentos que embasaram sua decisão a fim de cumprir o mandamento do art. 93, IX, da Constituição Federal.
>
> IV – *Inexiste contradição quando o voto condutor do acórdão acertadamente registra que os recorrentes não juntaram aos autos a cópia do conteúdo programático previsto no edital a fim de sustentarem sua pretensão judicial*. Com efeito, a contradição autorizadora dos aclaratórios é interna ao julgado, percebida em face de proposições inconciliáveis entre si, geralmente identificadas entre a fundamentação e o dispositivo. Não há falar em contradição fundada no art. 535, I, do CPC, em relação aos argumentos da parte e o resultado do julgamento.
>
> V – Não merece amparo judicial a alegação de cerceamento do direito de defesa em razão do julgamento antecipado da lide, sem a produção das provas pleiteadas na inicial, tendo presente que o julgamento antecipado não implica cerceamento de direito, se desnecessária a instrução probatória. Com efeito, 'O Supremo Tribunal tem decidido no sentido de que o indeferimento de diligência probatória, tida por desnecessária pelo juízo *a quo*, não viola os princípios do

> contraditório e da ampla defesa.' (STF - AI 786.434). Até porque, 'Ao juiz, na qualidade de destinatário da prova, compete decidir quais provas são relevantes à formação de sua convicção' (STF - ARE 694.689).
>
> VI – Embargos de declaração opostos pelos Autores rejeitados (fls. 212/213e).

Buscam os recorrentes, no presente feito, a anulação da *questão 22* – porquanto não apresentaria opção correta de resposta – e da *questão 23* – ao fundamento de que a questão não forneceria todas as informações necessárias à sua solução, além de que extravasaria o conteúdo programático do certame –, ambas as questões da prova de raciocínio lógico do concurso público para o provimento de cargo de Policial Rodoviário Federal, objeto do edital 1/2009, determinando-se que os autores prossigam no certame.

O acórdão recorrido manteve a sentença de improcedência do pedido.

Nas razões do Recurso Especial, interposto por ambas as alíneas do permissivo constitucional, apontam os autores violação ao art. 535 do CPC/1973, ao argumento de que o Tribunal de origem rejeitara os seus Embargos de Declaração, sem, contudo, sanar as contradições e omissões apontadas no acórdão embargado, e, ainda, malferimento aos arts. 126, 165 e 458 do CPC/1973, pois o Tribunal de origem, "sem a devida fundamentação técnica ou jurídica, entendeu por privilegiar o entendimento da banca examinadora, preterindo, sobremaneira, a garantia constitucional dos Recorrentes em terem pronunciamento jurisdicional, devidamente motivado (art. 93, IX, CR/1988)" (fl. 221e).

Sustentam violação ao art. 333 do CPC/1973, porquanto a Corte *a quo*, "em manifesto vício na valoração jurídica das provas colacionadas aos autos, concluiu pela regularidade das questões impugnadas na peça de ingresso, muito embora haver prova nos autos que, uma delas, o enunciado não fornecia elementos suficientes à solução, e outra, tinha como escopo matéria não prevista no edital, ferindo, visceralmente, o princípio de legalidade" (fl. 222e).

Apontam dissídio jurisprudencial, quanto à questão 22 da prova de raciocínio lógico do aludido concurso público para o cargo de Policial Rodoviário Federal, constante do edital 1/2009 (fls. 222/231e).

Por fim, requerem o provimento do Recurso Especial, para anular o acórdão dos Embargos de Declaração, por ofensa ao art. 535 do CPC/1973, ou, alternativamente, para que "seja dado *provimento* ao recurso especial, para que, reconhecendo-se a violação à legislação federal e a divergência jurisprudencial, seja o pedido vestibular julgado totalmente procedente, tal como postulado na peça de ingresso" (fl. 233e).

Contrarrazões a fls. 286/291e.

O Recurso Especial foi admitido, pelo Tribunal de origem (fls. 301/303e).

Autos distribuídos ao Ministro *Og Fernandes* (fl. 310e).

Na sessão de julgamento da Segunda Turma do STJ de 16.06.2015, em questão de ordem suscitada pelo Ministro *Herman Benjamin* e acolhida pelo Ministro Relator, a Turma remeteu o feito à Primeira Seção, nos termos do art. 14, II, do RISTJ (fl. 420e).

Em 02.12.2015 (fl. 443e), os autos foram conclusos à Ministra *Diva Malerbi* (Desembargadora Federal convocada do TRF/3ª Região).

Iniciado o julgamento em 13.04.2016, na Primeira Seção, após a sustentação oral pediu vista regimental a Ministra *Diva Malerbi*.

Em 27.04.2016, prosseguindo no julgamento, *após o voto-vista regimental da Ministra* ***Diva Malerbi****, conhecendo parcialmente do Recurso Especial, e, nessa parte, dando-lhe parcial provimento, para declarar nula a questão 22 do certame*, determinando, em consequência, o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que fosse analisada a suficiência de tal anulação, para continuidade ou não dos ora recorrentes no concurso em tela, no que foi acompanhada pelo voto do Ministro *Humberto Martins*, e o voto do Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, divergindo parcialmente da Ministra Relatora, para deferir o pedido inicial, em maior exensão, e, via de consequência, para também anular a questão 23, pediu vista dos autos o Ministro *Benedito Gonçalves*.

Prosseguindo no julgamento, o Ministro *Benedito Gonçalves* proferiu voto-vista, acompanhando a Ministra Relatora (fl. 456e).

Na sequência, pedi vista, para melhor compreensão da controvérsia.

Trata-se, na origem, de Ação Ordinária ajuizada em face da *União*, buscando a anulação das questões 22 e 23 da prova objetiva de raciocínio lógico do concurso público para o cargo de Policial Rodoviário Federal, regulado pelo edital 01/2009, sob o argumento de que, em relação à primeira questão (22), não constaria do caderno de provas a alternativa correta, e, quanto à segunda questão (23), seu enunciado não conteria informações necessárias à sua solução, e, ainda, porque cuidaria de matéria estranha ao programa editalício.

O Juízo de 1º Grau concedeu a antecipação dos efeitos da tutela, determinando a correção das provas de redação dos autores, e, acaso aprovados, o prosseguimento nas demais fases do certame.

Após regular processamento do feito, *sobreveio a sentença de improcedência dos pedidos formulados pelos autores, sob o fundamento de que, na forma da jurisprudência desta Corte, não pode o Poder Judiciário corrigir questões de provas de concursos públicos, sendo certo que o caso concreto "não diz respeito à legalidade do concurso, mas reflete o inconformismo dos candidatos com o poder discricionário conferido à banca examinadora na elaboração das questões e, também, nas respostas atribuídas"* (fl. 168e).

O Tribunal de origem, por sua vez, *manteve a improcedência dos pedidos*, firme na seguinte compreensão:

> *2. Sobre a questão de fundo dos autos, tenho que em matéria de concurso público, a atuação do Poder Judiciário limita-se à verificação da observância dos princípios da legalidade e da vinculação ao edital, tendo presente a discricionariedade da Administração Pública na fixação dos critérios e normas reguladoras do certame que deverão atender aos preceitos instituídos na Constituição Federal.*
>
> 3. A propósito do assunto, destaco o seguinte excerto da jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça:
>
> > **O controle do Poder Judiciário, em tema de concurso público, deve limitar-se à verificação da observância dos princípios da legalidade e da vinculação ao edital; em razão da discricionariedade da Administração Pública, que atua dentro do juízo de oportunidade e conveniência, na fixação dos critérios e normas editalícias, os quais deverão atender aos preceitos instituídos pela Constituição Federal de 1988, mormente o da vedação de adoção de critérios discriminatórios**.
> >
> > (Negritei). (RMS 28.751/SP, Rel. Ministra *Laurita Vaz*, *Quinta Turma*, julgado em 06.12.2011, DJe 19.12.2011).
>
> 4. Nesse passo, *a anulação judicial de questão objetiva de concurso público só é possível em caráter excepcional, 'quando o vício que a macula se manifesta de forma evidente e insofismável, ou seja, quando se apresente* primo ictu oculi.' *(RMS 28.204/MG, Rel. Ministra* ***Eliana Calmon***, ***Segunda Turma***, *julgado em 05.02.2009, DJe 18.02.2009).*
>
> 5. A propósito, o seguinte aresto:
>
> > Recurso em mandado de segurança. **Concurso público. Questão objetiva. Anulação. Impossibilidade. Ausência de erro grosseiro ou reconhecimento da banca examinadora**. Recurso desprovido.
> >
> > **Inexistindo erro material primo ictu oculi ou reconhecimento do vício por parte da banca examinadora, é inviável a anulação judicial de questão objetiva de concurso público**. Precedentes.

Recurso ordinário desprovido.

(Negritei). (RMS 20.610/RS, Rel. Ministro *Felix Fischer*, *Quinta Turma*, julgado em 04.05.2006, DJ 12.06.2006, p. 504)

6. *In casu*, a questão de n. 22 do caderno de prova objetiva que os Recorrentes querem ver anulada por alegada falta de alternativa dentre as opções apresentadas pela banca examinadora trata de 'álgebra básica (Teoria dos Conjuntos)', devidamente inscrita no conteúdo programático e que tem a seguinte redação (fl. 22):

Questão 22

Os motoristas que cometeram as infrações A, B e C foram contabilizados em sete conjuntos: X1, X2, X3, X4, Xr, X6, e X7. Os conjuntos X1, X2 e X3 são compostos pelos motoristas que cometeram, respectivamente, a infração A, B e C; os conjuntos X4, X5 e X6 são formados pelos que cometeram, respectivamente, as infrações A e B, A e C, E B e C. Finalmente, o conjunto X7 é composto pelos que cometeram as três infrações; seja N o número mínimo de motoristas que cometeram apenas uma infração. Sabendo que os números de motoristas desses sete conjuntos são todos diferentes e divisores de 30, o valor de N é:

A) 6

B) 14

C) 22

D) 18

E) 10

7. *A respeito dessa questão, o parecer da banca examinadora noticiado à fl. 73 arguiu que ela possui alternativa correta indicada na letra 'B'*, ao tempo em que registrou o seguinte resultado:

Os divisores de 30 são: 1, 2, 3, 5, 6, 10, 15, 30.

ABC = 1 motorista

AB = 2 motoristas

AC = 3 motoristas

CB = 5 motoristas

A = 6 motoristas

B = 10 motoristas

C = 15 motoristas

Construindo o diagrama Venn, vê-se que 14 motoristas cometem apenas uma infração.

8. Quanto ao precedente, do colendo TRF-5ª Região, AC 510.242/CE (2009.81.00.015667-9), citado às fls. 108/111, pelos Apelantes, hoje REsp 1.340.359/CE em trâmite no egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme 'espelho' que anexo ao voto, onde, por ora, foi apenas provido o agravo para subida do recurso, como o mérito não foi examinado, prefiro ficar com os julgados anteriormente referidos na sentença.

9. Ademais, na AP 0004370-15.2010.4.01.3813/MG, também em curso no meu gabinete, incluído, coincidentemente, na pauta de hoje, sobre a mesma questão 22 da prova guerreada, *há dois pareceres técnico, ainda que produzido unilateralmente pelo(s) candidato(s) autor(es), fls. 37 a 43 daqueles autos, dois especialistas concluem inexistir opção de resposta correta, pois o resultado seria 11, enquanto que no precedente da 5ª Região, a perícia judicial concluiu por haver duas opções que podem ser consideradas corretas, 14 (prevista nas opções) e 11 (não prevista nas opções) (fls. 110). Assim, apesar de não poder utilizar a prova emprestada da AP 0004370-15.2010.4.01.3813/MG, por não dada vista às partes, junto cópia ao voto, para tão somente demonstrar que as impugnações no aspecto técnico variam conforme os respectivos especialistas no tema. Razão porque, nos termos da sentença, prestigio o entendimento da banca examinadora.*

10. No tocante a questão 23 do caderno de prova, cuja anulação também é pretendida, têm-se o seguinte questionamento (fl. 22):

> *Questão 23*
>
> Duas tabelas, cada qual com 5 linhas e 3 colunas, apresentam os números de acidentes referentes a 5 rodovias federais em três meses. Na primeira tabela, os números foram obtidos sem o uso de radar, enquanto na segunda esses números foram levantados com o emprego de radar. Constatou-se que, na primeira tabela, o número registrado na i-ésima linha e j-ésima coluna é dado pelo quadrado da soma (i+j) e que, na segunda tabela, o número na posição correspondente é dado pelo quadrado da diferença (i+j). após esse levantamento, deseja-se diminuir a quantidade de acidentes nessas estradas com o emprego de apenas 2 radares, adotando a seguinte estratégia: primeiramente, colocar um dos radares na estrada em que se verificou a maior redução de acidentes e, em seguida, empregar o outro numa das demais estradas, escolhida aleatoriamente para cada um dos três meses. A redução média do número total de acidentes utilizando essa estratégia em relação à situação em que não se empregam radares é de
>
> *A)* 160
>
> *B)* 140
>
> *C)* 200
>
> *D)* 180
>
> *E)* 120

11. *Sobre essa questão, os Recorrentes argumentam que não foram fornecidas as informações necessárias para sua solução e que ela estaria além do conteúdo programático previsto no edital*. Todavia, *verifico que os Autores sequer juntaram cópia do programa à inicial para amparar a tese defendida*. No entanto, em consulta à rede mundial de computadores no endereço eletrônico: http://pub.funrioconcursos.org.br/publicacoes/PRF/Edital_01_PRF.pdf, *observo que a questão insere-se nos conhecimentos atinentes ao raciocínio lógico e noções de estatística, com bibliografia especificada e anotação expressa no anexo IV do edital n. 1/2009 – DPRF, de 12.08.2009*, *in verbis*:

> Raciocínio Lógico
>
> *Argumentação Lógica*: Estruturas lógicas; lógica da argumentação e diagramas lógicos. *Álgebra Básica*: Sucessões; Máximo Divisor Comum e Mínimo Múltiplo Comum; Teoria dos Conjuntos; Análise Combinatória; Razão e Proporção; Divisão Proporcional; Regra de Três: Simples e Composta; Porcentagem e Sistema Métrica Decimal.
>
> *Noções de Estatística*: Descrição e análise de dados; Leitura e Interpretação de tabelas e gráficos apresentados em diferentes linguagens e representações; Cálculo de Médias e Análise de Desvios de um conjunto de dados; Freqüência Relativa. *Noções de Geometria Plana*: Análise e Interpretação de diferentes representações de figuras planas, como desenhos, mapas e plantas; Utilização de Escalas; Métrica: Áreas e Volumes.
>
> Bibliografia utilizada
>
> IEZZI, G., DOLCE, O., MACHADO, A., Matemática e Realidade: Ensino Fundamental, 5ª Série, Editora Atual, 2005.
>
> SÉRATES, J. Raciocínio Lógico, Volumes I e II. Editora Jonofon Sérates, 11ª edição, 2004.
>
> IEZZI, G., MURAKAMI, C., Fundamentos de Matemática Elementar. Conjuntos e Funções, Volume 1, 8ª Edição, Atual Editora, 2008.
>
> HAZZAN, S., Fundamentos de Matemática Elementar. Combinatória e Probabilidade, Volume 5, 7ª Edição, Atual Editora, 2007.
>
> DOLCE, O., POMPEO, J. N., Fundamentos de Matemática Elementar: Geometria Plana, Volume 9, 8ª Edição. Atual Editora, 2005.
>
> ROCHA, E., Raciocínio Lógico: Teoria e Questões, Editora Campus, 2a Edição, 2006.
>
> RODRIGUES, L. R. F, Matemática e Raciocínio Lógico Matemático para Concursos, Editora Servanda, 1ª Edição, 2009.
>
> MORGADO, A. C., CESAR, B., Raciocínio Lógico-Quantitativo: Teoria e Mais de 850 Questões. Editora CAMPUS. 4ª Edição, 2009.

12. *Ademais, a banca examinadora do certame noticiou a resposta da questão à fl. 73, nestes termos*:

> Redução de acidentes na i-ésima estrada e j-ésimo mês é: 4ij. Ou seja, a maior redução de acidentes ocorre sempre na estrada i=5, independente do mês. Assim sendo, colocando o primeiro radar nesta estrada a redução média de acidentes é dada por 4*5*(1+2+3)=120. Restam, portanto, 4 estradas e três meses para empregar o segundo radar. No mês 'A' a redução média é de 4*(1+2+3+4)/4=10. no mês 'B' a redução média é de 8*(1+2+3+4)/4=20 e, no mês 'C', a redução medi a é de 12*(1+2+3+4)/4=30. assim sendo, a redução média total com o uso do 2º radar é de 60. portanto, a redução total de acidentes é igual a 180.

13. *Examinando perfunctoriamente os quesitos acima colacionados e as respostas sugeridas, e apoiado na orientação jurisprudencial das Cortes Superiores sobre o assunto, entendo que não merece prosperar a pretensão de anulação das questões 22 e 23 da prova objetiva para o cargo de Policial Rodoviário Federal, objeto do edital 1/2009 - DPRF. Isso porque demanda conhecimento regular do conteúdo explicitado no edital e também porque os comandos das questões não apresentam vícios evidentes e insofismáveis verificados à primeira vista a ensejar sua anulação.*

Pelo exposto, *não conheço do agravo retido interposto pela União e nego provimento à apelação dos Autores* (fls. 191/194e).

Da mesma forma, confira-se o voto condutor do acórdão que rejeitara os Embargos de Declaração, *in verbis*:

> 3. No caso 'sub examine' não há nenhuma omissão ou contradição no acórdão embargado. O voto condutor do acórdão deixou claro que 'a anulação judicial de questão objetiva de concurso público só é possível em caráter excepcional, 'quando o vício que a macula se manifesta de forma evidente e insofismável, ou seja, quando se apresente *primo ictu oculi*.' (RMS 28.204/MG, Rel. Ministra *Eliana Calmon*, *Segunda Turma*, julgado em 05.02.2009, DJe 18.02.2009).
>
> 4. Nesse passo, os fundamentos que nortearam o acolhimento do posicionamento da banca examinadora estão dispostos no seguinte excerto (fls. 164/165):
>
> > 6. ... a questão de n. 22 do caderno de prova objetiva que os Recorrentes querem ver anulada por alegada falta de alternativa dentre as opções apresentadas pela banca examinadora trata de 'álgebra básica (Teoria dos Conjuntos)', devidamente inscrita no conteúdo programático e que tem a seguinte redação (fl. 22):
> >
> > (...)

5. A alegação de que o acórdão não apreciou os argumentos expostos pelos embargantes em relação a questão n. 23 do caderno de prova não merece prevalecer. Isso porque, na resolução da controvérsia, o órgão judicante não está obrigado a apreciar todas as alegações opostas pelos litigantes e nem prender-se às proposições por eles sugeridas, devendo indicar os fundamentos que embasaram sua decisão a fim de cumprir o mandamento do art. 93, IX, da Constituição Federal.

6. Inexiste contradição quando o voto condutor do acórdão acertadamente registra que os recorrentes não juntaram aos autos a cópia do conteúdo programático previsto no edital a fim de sustentarem sua pretensão judicial. Com efeito, a contradição autorizadora dos aclaratórios é interna ao julgado, percebida em face de proposições inconciliáveis entre si, geralmente identificadas entre a fundamentação e o dispositivo. Não há falar em contradição fundada no art. 535, I, do CPC, em relação aos argumentos da parte e o resultado do julgamento.

7. Por fim, *não merece amparo judicial a alegação de cerceamento do direito de defesa em razão do julgamento antecipado da lide, sem a produção das provas pleiteadas na inicial, tendo presente que o julgamento antecipado não implica cerceamento de direito, se desnecessária a instrução probatória. Com efeito, 'O Supremo Tribunal tem decidido no sentido de que o indeferimento de diligência probatória, tida por desnecessária pelo juízo a quo, não viola os princípios do contraditório e da ampla defesa.' (AI 786.434 AgR, Relator: Min.* ***Ricardo Lewandowski****, 1ª Turma, julgado em 02.12.2010, DJe 1º.02.2011). Até porque, 'Ao juiz, na qualidade de destinatário da prova, compete decidir quais provas são relevantes à formação de sua convicção' (ARE 694.689 AgR, Relator: Min.* ***Luiz Fux****, 1ª Turma, julgado em 16.10.2012, DJe 08.11.2012).*

8. Desse modo, não existem omissões ou contradições a serem supridas, uma vez que a demanda posta para julgamento foi examinada de acordo com o ordenamento legal referente à matéria. Eventual inconformismo referente ao resultado do julgamento deve ser manifestado em recurso próprio e não por embargos de natureza eminentemente declaratória, que não tem condão de reexaminar a matéria já decidida pela Corte.

Pelo exposto, *rejeito os embargos de declaração opostos pelos Autores* (fls. 206/213e).

Posto isso, acompanho os votos que me antecederam, para afastar qualquer malferimento aos arts. 535, 126, 165 e 458, II, do CPC/1973.

Igualmente, em relação ao art. 333 do CPC/1973, apontado com violado, nas razões recursais, pela alínea **a** do permissivo constitucional, entendo que a tese dos recorrentes, a ele vinculada, esbarra, inarredavelmente, no óbice da Súmula 7/STJ.

Do mesmo modo, em relação ao conhecimento do recurso pela alínea **c** – especificamente sobre a possibilidade de o Poder Judiciário analisar as questões 22 e 23 do concurso em comento –, após detida leitura dos percucientes votos já lançados, entendo pela necessidade de uniformização da jurisprudência do STJ quanto ao tema, motivo pelo qual, pelos mesmos fundamentos já apresentados, flexibilizando as exigências de natureza formal, por ser a divergência notória, na forma da jurisprudência do STJ, conheço do apelo nobre, pela divergência.

Com relação à *questão 23*, diante da compreensão firmada pelas instâncias ordinárias, à luz do acervo fático da causa – no sentido de que a referida questão, ao contrário do que afirma a parte recorrente, está correta, inserta nos conhecimentos atinentes a raciocínio lógico e noções de estatística, conforme previsto no edital do certame (fls. 193/194e) –, concluir de forma contrária é pretensão inviável, nesta seara recursal, ante o óbice da Súmula 7/STJ, pelo que acompanho a Relatora, pela impossibilidade de anulação da questão 23.

A propósito, dentre vários, o seguinte aresto desta Corte:

> Agravo regimental no agravo de instrumento. Concurso público. Critérios de correção de prova discursiva. Inviabilidade de análise do conjunto fático-probatório. Súmula 7/STJ. Agravo regimental do particular a que se nega provimento.
>
> 1. No julgamento do tema em repercussão geral 485, o Supremo Tribunal Federal concluiu não competir ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas, salvo excepcional juízo de compatibilidade do conteúdo das questões com o previsto no edital do certame (RE 632.853/CE, Rel. Min. *Gilmar Mendes*, Tribunal Pleno, DJe de 29.6.2015).
>
> 2. *Na hipótese dos autos, as instâncias ordinárias, com base no conjunto fático-probatório dos autos, consignaram que os critérios de correção não se afastaram do disposto no edital e programa do concurso*.
>
> 3. *A inversão do que foi decidido pelo Tribunal de origem, tal como propugnado nas razões do apelo especial, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório dos autos, providência, todavia, que encontra óbice no enunciado 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça*.
>
> 4. Agravo Regimental do Particular a que se nega provimento" (STJ, AgRg no Ag 1.424.286/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 03.02.2017).

No que tange à *questão 22*, todavia, ouso divergir da Relatora.

Não se desconhece que inúmeras ações judiciais foram ajuizadas pelos candidatos do referido concurso, objetivando a anulação da questão 22 do aludido certame, *em razão de existirem pareceres de especialistas da área específica – tanto perito judicial, quanto auxiliar técnico da parte –, que, contrariamente ao que afirma a Banca Examinadora do presente concurso, ora afirmam inexistir resposta correta, dentre as alternativas apresentadas no quesito, ora asseveram existir mais de uma alternativa correta, quanto à referida questão 22 do certame em apreço.*

Como esclarecem as instâncias ordinárias, no presente caso, a inicial fundamenta-se em parecer técnico contratado pelos autores (fls. 25/41e) – que concluiu que não há resposta correta para a questão 22 (fl. 33e) –, contrariamente à posição técnica adotada pela Banca Examinadora do certame, que aponta, como correta, a alternativa *B* da aludida questão 22 (14).

Assim, em relação à questão 22, detive especial atenção aos precedentes desta Corte, citados nos votos anteriores e na sustentação oral – em sua maciça maioria, proferidos singularmente, pelo Relator –, além de outros que localizei, dentre inúmeros, os quais peço vênia para elencar, seguindo a ordem cronológica de publicação:

2012

- AgRg no *REsp 1.340.359/CE*, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques* – recorrente: União – *decisão*: negou provimento ao recurso – *Acórdão*: Agravo Regimental não conhecido – Súmula 182/STJ (DJe de 19.12.2012 - *transitado em julgado em 05.04.2013*);

2013

- AgRg no *REsp 1.379.226/RS*, Rel. Ministro *Castro Meira* – recorrente: candidato – *decisão*: reconsiderou decisão anterior, para, citando o REsp 1.340.359/CE, dar provimento ao recurso (DJe de 23.08.2013 - *transitado em julgado em 09.09.2013*);

2014

- *AREsp 502.875/RN*, Rel. Ministro *Sérgio Kukina* – recorrente: União – *decisão*: negou provimento ao Agravo, pela Súmula 7/STJ (DJe de 14.05.2014 *transitado em julgado em 27.05.2014*);

- AgRg no *AREsp 455.408/RN*, Rel. Ministro *Arnaldo Esteves Lima* – recorrente: União – *decisão*: reconsiderou a decisão anterior, para negar

seguimento ao recurso, acompanhando os julgados: AREsp 502.875/RN (Súmula 7) e REsp 1.379.226/RS (DJe de 1º.07.2014 - *transitado em julgado em 13.08.2014*);

- *AREsp 529.912/PB*, Rel. Ministro *Og Fernandes* – recorrente: União – *decisão*: conheceu do Agravo, para negar seguimento ao Recurso Especial – adotou precedente da Terceira Seção (MS 13.237/DF), que tratava de outro concurso (DJe de 07.08.2014 - *transitou em julgado em 22.08.2014*);

- AgRg no *AREsp 500.567/CE*, Rel. Ministro *Herman Benjamin* – recorrente: União – *Acórdão*: Segunda Turma manteve a decisão singular, que negara provimento ao Agravo em Recurso Especial, pela Súmula 7/STJ (DJe de 18.08.2014 - *transitou em julgado em 19.09.2014*: embora a inicial postulasse a anulação das questões 22 e 23, a sentença, que restou mantida, só anulou a questão 22);

- AgRg no *REsp 1.452.785/PR*, Rel. Ministro *Og Fernandes* – recorrente: União – *decisão*: negou seguimento ao recurso, pela Súmula 7/STJ – *Acórdão*: Agravo Regimental não conhecido – Súmula 182/STJ (DJe de 1º.09.2014 - *transitou em julgado em 03.10.2014*);

- *AREsp 557.782/PE*, Rel. Ministro *Herman Benjamin* – recorrente: União – *decisão*: negou provimento ao recurso, pela Súmula 7/STJ, (DJe de 06.10.2014 - *transitou em julgado em 20.10.2014*);

- *AREsp 577.114/RN*, Rel. Ministro *Herman Benjamin* – recorrente: União – *decisão*: não conheceu do Agravo, pela Súmula 182/STJ (DJe de 15.10.2014 - *transitou em julgado em 29.10.2014*);

- *REsp 1.480.711/CE*, Rel. Ministro *Herman Benjamin* – recorrente: União – *decisão*: negou seguimento, pela Súmula 7/STJ (DJe de 22.10.2014 - *transitou em julgado em 04.11.2014*: embora a inicial postulasse a anulação das questões 22 e 23, a sentença, que restou mantida, só anulou a questão 23);

- *AREsp 522.032/PE*, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves* – recorrente: candidato – *decisão*: conheceu do Agravo, para dar provimento ao Recurso Especial, adotando precedentes: AgRg no REsp 1.379.226/RS, AgRg no AREsp 455.408/RN, REsp 1.340.359/RN, AREsp 502.875/RN (Súmula 7) e REsp 1.480.711/CE, que anulou apenas a questão 23 (Súmula 7) (DJe de 03.11.2014 - *transitou em julgado em 28.11.2014*), ficando anuladas as questões 22 e 23, embora o Relator cite apenas três precedentes de mérito (dois deles monocráticos), relativos à questão 22, e não à questão 23, como destacado pela Relatora;

- *AREsp 604.260/AL*, Rel. Ministra *Regina Helena Costa* – recorrente: União – *decisão*: conheceu do Agravo, para negar seguimento ao Recurso Especial, por óbices sumulares (DJe de 03.12.2014 - *transitou em julgado em 16.12.2014*);

2015

- *AREsp 376.903/RN*, Rel. Ministro *Sérgio Kukina* – recorrente: União – *decisão*: negou provimento ao Agravo, por óbices sumulares, ficando mantida a anulação da questão 22 (DJe de 03.02.2015 - *transitou em julgado em 19.02.2015*);

- *AREsp 664.680/RN*, Rel. Ministro *Sérgio Kukina* – recorrente: União – *decisão*: negou provimento ao Agravo, por óbices sumulares (DJe de 06.03.2015 - *transitou em julgado em 20.03.2014*);

- *REsp 1.449.058/SE*, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves* – recorrente: União – *decisão*: negou provimento, seguindo os precedentes citados: AgRg no REsp 1.379.226/RS, AgRg no AREsp 455.408/RN, REsp 1.340.359/CE, AREsp 502.875/RN (Súmula 7) e REsp 1.480.711/CE, que anulou apenas a questão 23 (Súmula 7) (DJe de 17.03.2015 - *transitou em julgado em 31.03.2015*);

- *REsp 1.491.156/SE*, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves* – recorrente: candidato – *decisão*: deu provimento, seguindo os precedentes já citados: AgRg no REsp 1.379.226/RS, AgRg no AREsp 455.408/RN, REsp 1.340.359/CE, AREsp 502.875/RN (Súmula 7) e REsp 1.480.711/CE, que anulou apenas a questão 23 (Súmula 7) (DJe de 20.03.2015 - *transitou em julgado em 07.04.2015*);

- *AREsp 557.295/CE*, Rel. Ministra *Assusete Magalhães* – recorrente: União – *decisão*: conheceu do Agravo, para negar seguimento ao Recurso Especial, por óbices sumulares (DJe de 07.05.2015 - *transitou em julgado em 21.05.2015*);

- AgRg no *REsp 1.487.419/PE*, Rel. Ministro *Humberto Martins* – recorrente: candidato – *decisão* de 15.05.2015 (após o julgamento, em 23.04.2015, pelo STF, do RE 632.853/CE, em regime de repercussão geral, embora a ele não se refira): reconsiderou a decisão anterior, para dar parcial provimento ao recurso, para restabelecer a sentença, quanto à possibilidade de anulação das questões 22 e 29 (DJe de 21.05.2015 - *transitou em julgado em 05.06.2015*);

- *REsp 1.468.492/PR*, Rel. Ministro *Herman Benjamin* – recorrente: União – *decisão*: negou seguimento ao recurso, pela Súmula 7/STJ, (DJe de 27.08.2015 - *transitou em julgado em 10.09.2015*);

- *REsp 1.480.367/RS*, Rel. Ministra *Regina Helena Costa* – recorrente: União – *decisão*: negou seguimento ao recurso, pela Súmula 7/STJ, (DJe de 26.11.2015 - *transitou em julgado em 17.12.2015*);

2016

- *REsp 1.547.286/PR*, Rel. Ministra *Diva Malerbi* (Desembargadora Federal convocada do TRF/3ª Região) – recorrente: União – *decisão*: negou seguimento ao recurso, pela Súmula 284/STF (DJe de 15.02.2016 - *transitou em julgado em 03.03.2016*);

- *AREsp 503.669/RN*, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho* – recorrente: União – *decisão*: negou provimento ao Agravo, por óbices sumulares (DJe de 13.10.2016 - *transitou em julgado em 13.12.2016*);

2017

- *REsp 1.654.857/PR*, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques* – recorrente: União – *decisão*: não conheceu do recurso, pelas Súmulas 284/STF e 211/STJ (DJe de 08.03.2017 - *transitou em julgado em 08.05.2017*).

Analisando os citados julgados, observei que a tese defendida pelos ora recorrentes – no sentido de que *é possível ao Poder Judiciário, com espeque em laudo técnico pericial, apreciar o acerto ou não da alternativa atribuída como correta, pela banca examinadora* – restou vencedora no STJ, em duas situações distintas: *ou* pela aplicação de óbice sumular ao recurso da União, mantendo incólume a conclusão do acórdão de origem, favorável aos candidatos; *ou* simplesmente foram ratificados precedentes desta Corte, em hipóteses análogas, sem analisar, especificamente, o caso concreto.

Entendo que o caso em discussão – pedindo a mais respeitosa vênia aos que pensam em contrário – não cuida, especificamente, de exame da legalidade do certame, mas de inconformismo da parte autora com o poder discricionário da banca examinadora, quanto à elaboração das referidas questões.

Com efeito, há muito o STF apregoa que *os critérios de correção de questões de provas de concurso público e as notas atribuídas pela banca examinadora não são passíveis de apreciação, pela via judicial*. Nesse sentido, o seguinte julgado, dentre inúmeros:

> Agravo regimental em mandado de segurança. 2. Concurso público. MPU. 3. Colhe-se dos autos que o edital de abertura do certame publicado na imprensa oficial foi integralmente reproduzido no sítio eletrônico do CESPE. 4. Correção da prova discursiva por meio de tópicos. Não configurada violação ao princípio da vinculação ao edital. 5. *Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir a banca examinadora para avaliar as respostas dadas pelos candidatos e as notas a elas atribuídas*. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, AgRg no MS 30.433/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 13.09.2011).

E, a espancar dúvidas sobre o assunto, em 23.04.2015, no julgamento do RE 632.853/CE, o Plenário do STF, apreciando o Tema 485 da Repercussão Geral, nos termos do voto do Relator, Ministro *Gilmar Mendes*, firmou as premissas de que o Poder Judiciário não pode interferir nos critérios de correção de prova, ressalvada a excepcional hipótese de "juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame", em acórdão assim ementado:

> Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. *Concurso público. Correção de prova. Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas*. Precedentes. 3. *Excepcionalmente, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame. Precedentes*. 4. Recurso extraordinário provido (STF, RE 632.853/CE, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Pleno, DJe de 26.06.2015, sob o regime da repercussão geral).

Para melhor elucidação da tese adotada pelo STF, transcreve-se o seguinte excerto do voto condutor do RE 632.853/CE:

> Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Estado do Ceará, com fundamento no artigo 102, inciso III, alínea 'a', da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará ementado nos seguintes termos:
>
> > *Apelação cível ação ordinária* ***concurso público exame das questões objetivas do certame quesitos que admitem mais de uma resposta como correta nulidade*** *edital com indicação de literatura respostas que não se regem pelas regras editalícias impossibilidade apelações conhecidas e improvidas*. I - O concurso público, de provas e títulos, rege-se pelos princípios das legalidade, da moralidade e da razoabilidade. II - *Destarte, não se mostram razoáveis os quesitos da prova objetiva que apresentam mais de uma resposta como correta*. III - Neste sentir, tal situação malfere

> o princípio da moralidade pública. IV - Igualmente, com aplicação do princípio da legalidade, não pode o concurso público deixar de dar observância estrita ao Edital. V - Neste caso, muito embora o Edital do Certame indicasse literatura própria às matérias a serem submetidas aos certamistas, desconsiderou a doutrina indicada em prol de pesquisadores diversos, o que lhe é defeso. VI - Apelação desprovida. VII - Remessa oficial desacolhida. VIII - Sentença hostilizada inalterada. (Fls. 67-68).

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados.

Inicialmente, o presente recurso não foi admitido pelo Tribunal de origem. Dei provimento ao agravo de instrumento para convertê-lo neste recurso extraordinário.

Na espécie, o Tribunal de origem, por maioria, confirmou a sentença que anulou as questões objetivas 23, 25, 26, 27, 29, 39, 42, e 48 do ***1º Concurso Público Unificado de Base Local no Estado/Programa Saúde da Família de Provas e Títulos para o Cargo de Enfermeiro****, por dois motivos: primeiro, por entender que possuem mais de uma resposta*; segundo, por depreender que o examinador desconsiderou a literatura indicada no edital, optando por outros doutrinadores.

A controvérsia constitucional a ser analisada refere-se à possibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle jurisdicional sobre o ato administrativo que profere avaliação de questões em concurso público.

(...)

Discute-se nestes autos a possibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle jurisdicional sobre o ato administrativo que corrige questões de concurso público.

No caso dos autos, as recorridas ajuizaram ação ordinária com pedido de tutela antecipada com o objetivo de declarar a nulidade de dez questões do concurso público para provimento do cargo de enfermeiro da Secretaria da Saúde do Estado do Ceará, ao fundamento de que não houve respostas ao indeferimento dos recursos administrativos.

(...)

Ademais, *defendem que as questões impugnadas possuem mais de uma assertiva correta*, uma vez que o gabarito divulgado contraria leis federais, conceitos oficiais do Ministério da Saúde, da ANVISA, dos manuais técnicos de enfermagem e da própria doutrina recomendada pelo edital do concurso.

O acórdão recorrido confirmou a sentença que declarou nula as questões objetivas 23, 25, 26, 27, 29, 39, 42 e 48 do concurso, por entender que elas possuem mais de uma alternativa correta, conforme a doutrina indicada no edital do certame.

É antiga a jurisprudência desta Corte no sentido de que não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados, salvo ocorrência de ilegalidade e inconstitucionalidade.

Quando do julgamento do MS 21.176, ainda em 19.12.1990, o min. Aldir Passarinho assim se pronunciou sobre o tema:

> (...) *incabível que se possa pretender que o Judiciário* – mormente em tema de mandado de segurança – *possa substituir-se à Banca Examinadora para dizer se tal ou qual questão foi bem respondida, que tal ou qual questão poderia ter mais de uma resposta*. Os critérios adotados pela Banca Examinadora de um concurso não podem ser revistos pelo Judiciário, salvo se houver ilegalidade ou inconstitucionalidade, o que no caso não ocorre. E *nem se torna possível que a Justiça possa fazer revisões de provas para dizer do maior ou menos acerto das respostas aos quesitos formulados*.

Nessa mesma oportunidade, o min. Carlos Velloso teceu as seguintes considerações em seu voto:

> *Na verdade, não é possível ao Tribunal substituir-se à banca examinadora. O que se exige é que se dê tratamento igual a todos os candidatos*. Isso parece que foi dado, nenhum candidato argumentou em sentido contrário.
>
> *Em direito, nem sempre há uniformidade. De modo que, adotando a banca uma certa opção e exigindo de todos e a todos aplicando o mesmo tratamento, isto é o bastante*.

Nesse sentido, confira-se a ementa do MS 21.408, rel. Min. Moreira Alves, DJ 29.5.1992, julgado pelo Plenário desta Corte:

> Mandado de Segurança. Concurso para Procurador da Republica. - Estando o arredondamento de notas expressamente vedado no regulamento do concurso - e essa norma não foi sequer atacada na inicial -, não pode ele ser pleiteado com base em lei que não é federal, mas, ao que tudo indica estadual (a Lei n. 4.264/84 do Estado da Bahia), que é inaplicável a concurso para o ingresso no quadro do Ministério Público Federal. - No mandado de segurança 21.176, não só se teve como constitucional e legal o critério de penalização, com o cancelamento de respostas certas, nas provas de múltipla escolha, como *também se considerou não caber ao Poder Judiciário substituir-se a Banca Examinadora para decidir se a resposta dada a uma questão, foi, ou não, correta, ou se determinada questão teria, ou não, mais de uma resposta dentre as oferecidas a escolha do candidato. Mandado de segurança que se indefere*, cassando-se a liminar anteriormente concedida.

No mesmo sentido, também julgado em Plenário, o MS 27.260, redatora do acórdão Min. Cármen Lúcia, DJe 26.3.2010:

> *Concurso público. Procurador da República. Prova objetiva: modificação do gabarito preliminar. Reprovação de candidata decorrente da modificação*

> *do gabarito. Atribuições da banca examinadora. Mérito das questões: impossibilidade de revisão judicial. Princípios do contraditório e da ampla defesa. Recurso ao qual se nega provimento*. 1. A modificação de gabarito preliminar, anulando questões ou alterando a alternativa correta, em decorrência do julgamento de recursos apresentados por candidatos não importa em nulidade do concurso público se houver previsão no edital dessa modificação. 2. A ausência de previsão no edital do certame de interposição de novos recursos por candidatos prejudicados pela modificação do gabarito preliminar não contraria os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 3. *Não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, substituir-se à banca examinadora do concurso público para reexaminar os critérios de correção das provas e o conteúdo das questões formuladas* (RE 268.244, relator o Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 30.6.2000; MS 21.176, relator o Ministro Aldir Passarinho, Plenário, DJ 20.3.1992; RE 434.708, relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 9.9.2005).

Ainda, no mesmo sentido, confira-se a ementa da AO-ED 1.395, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 22.10.2010:

> *Embargos declaratórios em decisão monocrática. Conversão em agravo regimental. Matéria pacífica. Concurso público. Ausência de nulidade. Observância dos princípios da isonomia e da publicidade. Agravo regimental não provido*. 1. A jurisprudência desta Suprema Corte não admite embargos declaratórios contra decisão monocrática. Embargos recebidos como agravo regimental apresentados no prazo recursal desse. 2. Não há violação aos princípios da isonomia e da publicidade quando a divulgação das notas dos candidatos em concurso público ocorre em sessão pública, mesmo que em momento anterior ao previsto no edital, ainda mais quando, como no caso, todos forem informados de sua ocorrência. 3. A inobservância de regra procedimental de divulgação de notas não acarreta a nulidade de concurso público quando não demonstrado prejuízo aos concorrentes. 4. *Não cabe ao Poder Judiciário rever os critérios de correção das provas e as notas a elas atribuídas, a não ser quando seja exigido conhecimento de matéria não prevista no edital*. 5. Agravo regimental não provido.

Há, também, decisões de ambas as turmas desta Corte no mesmo sentido: AO-ED 1604, rel. min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 31.3.2014; MS 31.067, rel. min. Dias Tofolli, Primeira Turma, DJe 5.11.2013; MS 30.859, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 23.10.2012; AI-AgR 827.001, rel. min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 30.3.2011; AI-AgR 500.416, de minha relatoria, Segunda Turma, DJ 10.9.2004.

Na espécie, o acórdão recorrido divergiu desse entendimento ao entrar no mérito do ato administrativo e substituir a banca examinadora para renovar a correção de

questões de concurso público, violando o princípio da separação dos poderes e a própria reserva de administração (Verwaltungsvorbehalt).

Não se trata de controle de conteúdo das provas ante os limites expressos no edital, admitido pela jurisprudência do STF nas controvérsias judiciais sobre concurso público. Ao contrário, o acórdão recorrido, expressamente, substituiu a banca do certame, de forma a proceder à nova correção das questões.

Tanto a sentença quanto o aresto recorrido reavaliaram as respostas apresentadas pelos candidatos para determinar quais seriam os itens corretos e falsos de acordo com a doutrina e a literatura técnica em enfermagem. Com base nessa literatura especializada, o acórdão recorrido infirmou o entendimento da banca e identificou mais de um item correto em determinadas questões do certame, extrapolando o controle de legalidade e constitucionalidade, para realizar análise doutrinária das respostas.

Em outras palavras, os juízos ordinários não se limitaram a controlar a pertinência do exame aplicado ao conteúdo discriminado no edital, mas foram além para apreciar os critérios de avaliação e a própria correção técnica do gabarito oficial.

Assim, houve indevido ingresso do Poder Judiciário na correção de provas de concurso público, em flagrante violação à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, entre vários precedentes, confira-se a ementa do REAgR 440.335, rel. min. Eros Grau, Segunda Turma:

> *Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Concurso público. Anulação de questão*. 1. Anulação de questão não prevista no edital do concurso. 2. O Supremo Tribunal Federal entende admissível o controle jurisdicional em concurso público quando 'não se cuida de aferir da correção dos critérios da banca examinadora, na formulação das questões ou na avaliação das respostas, *mas apenas de verificar que as questões formuladas não se continham no programa do certame, dado que o edital - nele incluído o programa - é a lei do concurso*'. Precedente. Agravo regimental a que se nega provimento.

Logo, tendo em vista que o acordão recorrido conflita com firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, dou provimento ao recurso extraordinário para julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial, invertidos os ônus sucumbenciais.

E, adiante, prossegue:

Se amanhã aparecer uma questão que não consta do edital, mas, veja, aí o juiz não substitui o avaliador, nem a banca. Simplesmente, irá dizer: esta questão não estava colocada. Num concurso da Procuradoria da República se não tivesse a

> *matéria 'Direito Previdenciário' e lá aparecessem questões de 'Previdenciário' - não é? -, o juiz faria meramente essa avaliação: é um caso de matéria 'previdenciária' que não foi prevista no edital*.

Merecem relevo, igualmente, as palavras que se seguiram, proferidas pelo saudoso Ministro *Teori Zavascki*:

> Este caso concreto é bem pedagógico, porque se trata de um concurso para um cargo na área de enfermagem. *Num caso desses, o juiz necessariamente vai depender do auxílio de outras pessoas, especialistas na área. Não se pode dizer que o Judiciário seja um especialista na área de enfermagem. Ele vai depender necessariamente de outros especialistas. Em outras palavras, o juiz vai substituir a banca examinadora por uma pessoa da sua escolha, e isso deturpa o princípio do edital.*
>
> De modo que insisto nisto: em matéria de controle jurisdicional de concurso público, a intervenção do Judiciário deve ser minimalista, como colocou o Ministro-Relator Gilmar Mendes. Eu acompanho Sua Excelência.

Na mesma linha, as ponderações feitas pela Ministra *Carmen Lúcia*:

> Foi lembrado aqui, o grande Seabra Fagundes, que, desde a década de 60, quando participou da comissão que elaborou o que veio a se tornar a Lei n. 4.717, que é a Lei de Ação Popular, já fez constar expressamente, pela primeira vez, a possibilidade de o Poder Judiciário adentrar elementos do ato administrativo, mas não os discricionários. Isso veio se fortalecendo, e o caso do concurso é típico de uma mudança realmente do que vem a ser o Direito Administrativo no Estado Democrático de Direito. (...) *No que se refere, no entanto, à possibilidade de se sindicar judicialmente, não tenho dúvida, tal como foi dito desde o voto do eminente Relator, que os concursos públicos contam com alguns elementos que são sindicáveis, sim, pelo Poder Judiciário. Não, porém, aqueles dois, basicamente, que são inerentes ao núcleo do ato administrativo - chama-se mérito, na verdade, é o merecimento, é o núcleo central do ato -, que dizem respeito apenas a que ou vale a decisão da banca, ou se substitui por uma decisão que seria, no caso, do Poder Judiciário. Quer dizer, o que o Poder Judiciário não pode é substituir-se à banca; se disser que é essa a decisão correta e não outra, que aí foge à questão da legalidade formal, nós vamos ter, como bem apontou o Ministro Teori, um juiz que se vale de um perito que tem uma conclusão diferente daquela que foi tomada pelos especialistas que compõem a banca. Então, na verdade, isso não é controle, mas é substituição*. (...) Ressalva feita ao controle de legalidade quanto aos aspectos que são objetivos, e, por isso, sindicáveis, o que não se dá neste caso (...)

No mesmo sentido é a remansosa jurisprudência desta Corte, firmada no sentido de que ao Poder Judiciário, no tocante a questões relativas a concurso

público, em regra, cabe tão somente apreciar a legalidade do certame, sendo-lhe vedado substituir-se à banca examinadora para apreciar os critérios utilizados para a elaboração e correção das provas, sob pena de indevida interferência no mérito do ato administrativo. Ou seja, "o Poder Judiciário não pode atuar em substituição à banca examinadora, apreciando critérios na formulação de questões, reexaminado a correção de provas ou reavaliando notas atribuídas aos candidatos" (STJ, RMS 28.204/MG, Rel. Ministra *Eliana Calmon*, *Segunda Turma*, DJe de 18.02.2009).

No mesmo sentido:

> Agravo interno no recurso extraordinário. Concurso público. Correção de questão. Tema 485/STF.
>
> 1. *O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema em Repercussão Geral n. 485/STF, concluiu não caber ao 'Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas', salvo excepcional juízo de compatibilidade do conteúdo das questões com o previsto no edital do certame*.
>
> 2. Hipótese em que o acórdão da Segunda Turma desta Corte coaduna-se com a conclusão definitiva do Supremo Tribunal Federal.
>
> Agravo interno improvido (STJ, AgInt no RE nos EDcl no RMS 50.081/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, DJe de 21.02.2017).

> Administrativo. Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Prova subjetiva. Revisão. Não cabimento. Agravo interno improvido.
>
> I. *Consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cabível ao Poder Judiciário a apreciação da legalidade do concurso público, sendo-lhe vedado, todavia, substituir-se à banca examinadora do certame, para reexaminar questões de prova, sob pena de indevida incursão no mérito do ato administrativo.*
>
> II. Recurso improvido (STJ, AgInt no RMS 49.513/BA, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 20.10.2016).

> Administrativo. Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Prova subjetiva. Revisão. Não cabimento.
>
> *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça determina que é cabível ao Poder Judiciário a apreciação da legalidade do concurso público, sendo-lhe vedado, todavia, substituir-se à banca examinadora do certame, para reexaminar questões de prova, sob pena de indevida incursão no mérito do ato administrativo.*
>
> Agravo interno improvido (STJ, AgInt no RMS 48.382/BA, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 18.08.2016).

Administrativo. Processual Civil. Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. Enunciado Administrativo 2/STJ. *Concurso público. Prova objetiva. Pretensão de recorreção de questão. Revisão de critérios de avaliação. Impossibilidade pelo Poder Judiciário. Repercussão geral. RE 632.853/CE*.

1. *Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas. (...) Excepcionalmente, no entanto, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame. (RE 632.853, Relator(a): Min.* ***Gilmar Mendes****, Tribunal Pleno, julgado em 23.04.2015, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-125 divulg 26.06.2015 public 29.06.2015)*.

2. *O caso concreto não cuida da referida exceção, visto que a causa de pedir remete à interpretação de duas questões do caderno de prova objetiva em cotejo com a interpretação de diversos normativos do CPC de 1973, a fim de encontrar-se resposta condizente com a compreensão da candidata*.

3. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no RMS 48.252/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 08.06.2016).

Administrativo. Processual Civil. *Concurso público. Pretensão de revisão de prova objetiva. Impossibilidade. Tema fixado em repercussão geral pelo STF*. Conteúdo da prova. Aferição de pertinência. Dilação probatória. Laudo juntado. Necessidade de contraditório. Imprestabilidade na via mandamental.

1. Recurso ordinário interposto contra acórdão no qual se denegou a segurança à postulação de anulação de quatro questões de concurso público para o cargo de agente tributário; *a parte recorrente alega que as questões 11 e 30 conteriam erros grosseiros e que as questões 69 e 77 versariam, respectivamente, sobre matéria não prevista no edital e com erro grosseiros.*

2. *A jurisprudência está consolidada no sentido de que não é possível a revisão de questões de concurso público, mesmo de caráter jurídico, tendo o tema sido fixado em sede de repercussão geral pelo Pretório Excelso: '(...) não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas* (...)' (RE 632.853/CE, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Acórdão eletrônico de Repercussão Geral - Mérito publicado no DJe-125 em 29.6.2015.).

(...)

Recurso ordinário improvido (STJ, RMS 48.163/MS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 09.05.2016).

Processual Civil. Administrativo. (...) *Concurso público. Ministério Público Estadual. Correção de prova. Reavaliação dos critérios empregados pela banca examinadora. Impossibilidade. Precedentes do STJ e STF*. Ausência de ilegalidade

ou de incompatibilidade do conteúdo cobrado com o edital. Indeferimento motivado dos recursos apresentados pelo candidato. Direito líquido e certo não caracterizado.

I - *O acórdão recorrido adotou entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal e nesta Corte, segundo o qual não compete ao Poder Judiciário reavaliar os critérios empregados por banca examinadora na correção de prova de concurso público, ressalvado o exame da legalidade dos procedimentos e a análise da compatibilidade entre o conteúdo cobrado e o previsto no edital*.

II - Acervo probatório que não evidencia ilegalidades no exame das respostas da parte Impetrante, muito menos incongruência dos tópicos exigidos com o conteúdo programático.

III - Colhe-se dos autos que os recursos administrativos apresentados pelo candidato foram adequada e suficientemente motivados pelos examinadores.

(...) (STJ, AgRg no RMS 37.683/MS, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 29.10.2015).

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Serviços notariais e de registros públicos. *Reavaliação dos critérios utilizados na correção de prova discursiva. Incompetência do Poder Judiciário. Impossibilidade de substituição da banca examinadora*.

1. *O reexame dos critérios utilizados pela Banca Examinadora na formulação de questões, correção e atribuição de notas em provas de concursos públicos é vedado, como regra, ao Poder Judiciário, que deve se limitar à análise da legalidade e da observância às regras contidas no respectivo edital. Precedentes do STJ*.

2. Recurso Ordinário não provido (STJ, RMS 32.108/MA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 14.09.2010).

Processual Civil. Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público. Ingresso nos serviços notariais e de registros públicos. Prova preliminar (edital n. 02/2004 – CPCIRSNR). Critérios de correção e interpretação de questões.

1. *O Poder Judiciário não pode substituir a banca examinadora, tampouco se imiscuir nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas, porquanto sua atuação cinge-se ao controle jurisdicional da legalidade do concurso público*. Precedentes da Corte: RMS 26.735/MG, Segunda Turma, DJ 19.06.2008; RMS 21.617/ES, Sexta Turma, DJ 16.06.2008; AgRg no RMS 20.200/PA, Quinta Turma, DJ 17.12.2007; RMS 22.438/RS, Primeira Turma, DJ 25.10.2007 e RMS 21.781/RS, Primeira Turma, DJ 29.06.2007.

2. *In casu*, *a pretensão engendrada no mandado de segurança* ab origine, *qual seja, invalidação da questão n. 23 da prova de Conhecimentos Gerais de Direito, esbarra em óbice intransponível, consubstanciado na ausência de direito líquido e certo, uma vez que o Poder Judiciário não pode se imiscuir nos critérios de correção*

> *de provas, além do fato de que o desprovimento do recurso administrativo in foco decorreu da estrita observância dos critérios estabelecidos no edital que rege o certame, fato que, evidentemente, revela a ausência de ilegalidade e, a fortiori, afasta o controle judicial.*
>
> 3. Recurso ordinário desprovido (STJ, RMS 19.615/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 03.11.2008).

No presente caso, sustentam os recorrentes, baseados em parecer técnico-científico que trouxeram junto à inicial, que, após a 1ª fase do certame, referente à prova objetiva de múltipla escolha, recorreram administrativamente, em razão das questões 22 e 23 da prova de raciocínio lógico. A primeira (22) por não conter alternativa correta de resposta, e a segunda (23), por não fornecer as informações necessárias à sua solução, além do que a matéria transcenderia o conteúdo programático editalício, tal como consta do parecer técnico que instruiu a inicial.

Nesse contexto, para o deslinde da presente controvérsia, como pretendem os recorrentes, seria necessário levar em conta parecer técnico, elaborado de forma unilateral, pelo perito da parte – como no caso *sub judice* –, ou, em outras hipóteses trazidas à colação, com base em perícia judicial, em sentido contrário ao que restou decidido, pela Corte Maior, em regime de repercussão geral.

A corroborar tal posição, o próprio STF, em relação à mesma questão 22 do certame ora em análise, já aplicou a compreensão firmada por aquela Corte, no Tema 485, em regime de repercussão geral, ainda que monocraticamente, no julgamento do RE 975.980/PE, Relator Ministro *Roberto Barroso*, DJe de 22.06.2016 (*transitada em julgado em 28.09.2016*), e do AgRg no RE 904.737/RS, Relator Ministro *Roberto Barroso*, DJe de 21.09.2016 (*transitada em julgado em 26.11.2016*).

Como se colhe da decisão do Ministro *Roberto Barroso*, no RE 975.980/PE, interposto pela União, contra acórdão do TRF/5ª Região – que não exercera o juízo de retratação, diante do julgado do STF, em regime de repercussão geral, mantendo a anulação das questões 2 e 22 da prova do concurso público ora em discussão, uma, por não possuir alternativa correta, e outra, por possuir mais de uma solução possível –, deu-se provimento ao Extraordinário da União, porque, "no caso dos autos, o Tribunal *a quo* não se limitou a controlar a pertinência do exame aplicado ao conteúdo discriminado no edital, uma vez que apreciou os critérios de avaliação e a própria correção técnica do gabarito oficial. Desse modo, houve ingerência indevida no mérito administrativo", *in verbis*:

Decisão

Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado:

> *Administrativo. Constitucional. Retorno dos autos da Vice-Presidência. Concurso público. Policial Rodoviário Federal. Nulidade de questões. RE 632.853/CE. Ilegalidade das questões. Manutenção do julgado*. 1. Autos encaminhados a esta Relatoria pela Vice-Presidência desta Corte, sob o rito do art. 543-B, § 3º, do CPC, c/c o art. 223, § 2º, do Regimento Interno desta Corte Regional, *para apreciação do acórdão recorrido, em face do posicionamento adotado pelo colendo STF nos autos do RE n. 632.853/CE, quanto ao controle jurisdicional do ato administrativo que avalia questões em concurso público*. 2. *O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 632.853-CE, com repercussão geral reconhecida, assentou a tese de que os critérios adotados por banca examinadora de um concurso não podem ser revistos pelo Judiciário, salvo ocorrência de ilegalidade e inconstitucionalidade*. 3. *No que pertine à questão n. 02 da Prova de Língua Portuguesa, consoante parecer ofertado por professora doutora na área, não há resposta correta dentre as assertivas constantes da questão*. Ao analisar a questão, o egrégio STJ, firmou o entendimento de que a questão está eivada de vício de legalidade, estando passível, portanto, de controle de legalidade. Precedente: AgRg nos EDcl no AREsp 244.839/PE, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, *Primeira Turma*, julgado em 06.11.2014, DJe 11.11.2014. 4. *No tocante à questão n. 22 da Prova de Raciocínio Lógico, comprovada a inconsistência do motivo eleito pela banca examinadora para não anular a questão, seja por sua inexistência, incorreta qualificação ou falsidade, faz-se imperiosa a invalidação do ato viciado, por meio do controle jurisdicional, por se tratar de questão de ilegalidade*. 5. É lícito o controle efetuado pelo Poder Judiciário nos atos administrativos que avaliam questões de concurso, quando não há qualquer margem de discricionariedade da Administração, configurando, deste modo, um mero controle de legalidade, inexistindo qualquer interferência no mérito administrativo. 6. *Acórdão que negou provimento à apelação e à remessa oficial e deu provimento à apelação da parte autora mantido, pois está em conformidade com a decisão do Supremo Tribunal Federal (RE 635.853/CE)*. Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELREEX 28.901-PE, em que são partes as acima mencionadas, *acordam* os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, *em não exercer o juízo de retratação para manter o acórdão que negou provimento à apelação da União e à remessa oficial* e julgar prejudicado o recurso adesivo do particular, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

O recurso busca fundamento no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação aos arts. 2º; 5º, *caput*; e 37, I e II, da Constituição. Sustenta, em síntese, que todos os candidatos se submeteram a aferição de conhecimentos previstos no edital do concurso e o recorrido busca um tratamento diferenciado, em afronta ao princípio constitucional da isonomia. *O recurso deve ser provido, uma vez que o acórdão recorrido não se alinha à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Na hipótese, o Tribunal de origem entendeu que as questões discutidas estavam eivadas de ilegalidade – uma por não possuir assertiva correta dentre as disponíveis, e a outra por possuir mais de uma solução possível –, e, por isso, estariam suscetíveis a invalidação por meio do controle jurisdicional. O Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 632.853-RG, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, decidiu que, em regra, não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas, salvo quento ao* ***juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame***. Veja-se trecho do voto do relator:

> [...]
>
> Tanto a sentença quanto o aresto recorrido reavaliaram as respostas apresentadas pelos candidatos para determinar quais seriam os itens corretos e falsos de acordo com a doutrina e a literatura técnica em enfermagem. Com base nessa literatura especializada, o acórdão recorrido infirmou o entendimento da banca e identificou mais de um item correto em determinadas questões do certame, extrapolando o controle de legalidade e constitucionalidade, para realizar análise doutrinária das respostas.
>
> Em outras palavras, os juízos ordinários não se limitaram a controlar a pertinência do exame aplicado ao conteúdo discriminado no edital, mas foram além para apreciar os critérios de avaliação e a própria correção técnica do gabarito oficial.
>
> Assim, houve indevido ingresso do Poder Judiciário na correção de provas de concurso público, em flagrante violação à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.
>
> […].

No caso dos autos, o Tribunal a quo não se limitou a controlar a pertinência do exame aplicado ao conteúdo discriminado no edital, uma vez que apreciou os critérios de avaliação e a própria correção técnica do gabarito oficial. Desse modo, houve ingerência indevida no mérito administrativo.

Diante do exposto, com base no art. 21, § 2º, do RI/STF, dou provimento ao recurso extraordinário (STF, RE 975.980/PE, Rel. Ministro Roberto Barroso, DJe de 23.06.2016).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, ainda que tratando de outro concurso, cita-se a Rcl 26.300/RS (Rel. Ministro *Ricardo Lewandowski*, DJe de 23.02.2017).

Com efeito, não pode o Poder Judiciário, munido de um parecer técnico – no caso, colhido unilateralmente pelos autores – sobrepor-se à conclusão da banca examinadora. É fazer valer peso maior aos critérios do *expert* da parte ou do Juízo, em detrimento dos da banca examinadora.

Discordo, respeitosamente, da posição adotada pelos Ministros *Diva Malerbi* e *Benedito Gonçalves*, no sentido de que o caso ora em julgamento, relativamente à questão 22 – que, segundo o parecer técnico que instruiu a inicial, não teria alternativa correta, ou, noutros precedentes, segundo pareceres unilaterais, colhidos pelo candidato, ou mesmo segundo perícia judicial, teria duas alternativas corretas (11 e 14) – "se enquadra na exceção prevista pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em regime de repercussão geral, o RE n. 632.853/CE, no qual se estabeleceu que não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados em concurso público, salvo os casos em que for flagrante a ilegalidade ou a inconstitucionalidade".

Em primeiro lugar, porque *a alegada ilegalidade não é flagrante*, tanto que, no presente caso – como em outros precedentes, trazidos à colação –, a solução da controvérsia demandou parecer técnico especializado, pelo que concluiu o acórdão recorrido que "as impugnações no aspecto técnico variam conforme os respectivos especialistas no tema (...) razão porque, nos termos da sentença, prestigio o entendimento da banca examinadora" (fl. 193e) e que "os comandos das questões não apresentam vícios evidentes e insofismáveis verificados à primeira vista, a ensejar sua anulação" (fl. 194e).

Em segundo lugar, porque, como se colhe das transcrições anteriormente feitas, o STF, no julgamento do RE 632.853/CE, sob o regime da repercussão geral, examinou exatamente hipótese em que o acórdão recorrido anulara questões de concurso público, ao fundamento de que admitiam elas mais de uma resposta como correta, concluindo por dar provimento ao Recurso Extraordinário, interposto pelo Estado do Ceará, em face da tese firmada no sentido de que "não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a eles atribuídas", e que, "*excepcionalmente, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no*

edital do certame", hipótese na qual não se enquadra o fundamento da inicial, relativamente à questão 22, que não teria resposta correta, segundo o parecer técnico que a instruiu.

O presente Recurso Especial, protocolado em 04.12.2013 – antes, pois, do julgamento do RE 632.853/CE, pelo STF, sob o regime da repercussão geral, *em 23.04.2015* –, apresenta como paradigmas, para demonstrar o dissídio, quanto à questão 22, uma decisão monocrática no REsp 1.340.359/CE, Relator o Ministro *Mauro Campbell Marques*, que negou provimento ao recurso da União, no mérito, mantendo acórdão do TRF/5ª Região, que anulara a questão 22, por duplicidade de respostas (11 e 14), conforme apurado em perícia judicial, e, embora a inicial a tal não faça referência, tal decisão monocrática acabou por ser mantida, pela Segunda Turma, que não conheceu do Agravo Regimental contra ela interposto, em face da Súmula 182/STJ, transitando em julgado em 05.04.2013; dois acórdãos do TRF/5ª Região, que anularam a questão 22, por duplicidade de resposta (DJe de 17.10.2013 e DJe de 30.07.2013) (fls. 222/231e).

A Relatora, em seu voto, aponta dissídio do acórdão recorrido com quatro decisões *monocráticas*, relativamente à questão 22: AgRg no REsp 1.379.226/RS (Rel. Ministro *Castro Meira*, DJe de 23.08.2013, trânsito em julgado em 09.09.2013); AgRg no REsp 1.487.419/PE (Rel. Ministro *Humberto Martins*, DJe de 21.05.2015, trânsito em julgado em 05.06.2015); REsp 1.491.156/CE (Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, DJe de 20.03.2015, trânsito em julgado em 07.04.2015); AREsp 522.032/PE (Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, DJe de 03.11.2014, trânsito em julgado em 28.11.2014).

Entretanto, tanto os precedentes invocados, para demonstrar o dissídio, na inicial, quanto aqueles listados retro, mencionados pela Relatora, em seu voto, para concluir pela anulação da questão 22, são *anteriores ao julgamento da matéria, em regime de repercussão geral, pelo STF, em 23.04.2015*, exceto a decisão monocrática do Ministro *Humberto Martins*, no AgRg no REsp 1.487.419/PE, que foi proferida *em 28.04.2015*, transitando em julgado em 05.06.2015, sem, entretanto, a ela fazer referência, publicado que foi o acórdão da repercussão geral *em 26.06.2015*.

Com respeitosa vênia, entendo impossível prover o presente Recurso Especial, interposto pelos candidatos, para anular a questão 22, em face de uniformização de jurisprudência com precedentes do STJ *anteriores ao julgamento da matéria, sob o regime de repercussão geral, pelo STF*, e que, a meu

ver, adotaram entendimento conflitante com o fixado pela Corte Suprema, no aludido RE 632.853/CE.

Ante todo o exposto, renovando as vênias aos que pensam de modo contrário, entendo que a situação em apreço não discrepa do que restou decidido, em regime de repercussão geral, pelo STF, em 23.04.2015, motivo pelo qual acompanho a Relatora, a Ministra *Diva Malerbi*, para conhecer parcialmente do Recurso Especial, pela alínea **c** do permissivo constitucional, mas, nessa extensão, *dela divirjo*, para negar-lhe provimento.

É como voto.

VOTO-DESEMPATE

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Senhores Ministros, retomando o julgamento, posiciono-me, em desempate, acompanhando a segunda divergência inaugurada pela Ministra Assusete Magalhães.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região): Trata-se de recurso especial interposto por Gersino Durães Filho e Roberto Coelho de Matos, com fundamento nas alíneas "a" e "c", do inciso III, do art. 105 da CF/1988, contra acórdão proferido pelo TRF 1ª Região, assim ementado (e-STJ, fl. 191):

> Administrativo e Processual Civil. Agravo retido não conhecido. Concurso público para o provimento de cargo de Policial Rodoviário Federal. Impossibilidade de anulação de questões objetivas da prova porque os comandos dos quesitos não apresentam vícios configuradores de anulação.
>
> I – Para que o agravo retido seja conhecido faz-se necessário o conhecimento da apelação e a reiteração do Recorrente nas razões ou contrarrazões do recurso, manifestando seu interesse de vê-lo examinado pelo Tribunal, consoante regra do art. 523 do Código de Processo Civil. Assim, não deve ser conhecido o agravo retido quando não há reiteração do pedido de seu exame.
>
> II – Em matéria de concurso público, a atuação do Poder Judiciário limita-se à verificação da observância dos princípios da legalidade e da vinculação ao edital, tendo presente a discricionariedade da Administração Pública na fixação dos critérios e normas reguladoras do certame que deverão atender aos preceitos instituídos na Constituição Federal.

> III – A anulação judicial de questão objetiva de concurso público só é possível em caráter excepcional, "quando o vício que a macula se manifesta de forma evidente e insofismável, ou seja, quando se apresente *primo ictu oculi*." (STJ - RMS 28.204/MG).
>
> IV – Não merece prosperar a pretensão de anulação das questões 22 e 23 da prova objetiva do concurso para provimento de cargo de Policial Rodoviário Federal, objeto do edital n. 1/2009-DPRF na hipótese em que os quesitos demandam conhecimentos regulares do conteúdo explicitado no edital e que os comandos das questões não apresentam vícios evidentes e insofismáveis verificados à primeira vista a ensejar sua anulação. Precedentes do STJ.
>
> V – Precedente em sentido contrário, do colendo TRF-5ª Região, que se abandona, por sujeito ao crivo da Corte Superior, consoante REsp 1.340.359/CE, em tramitação perante o egrégio STJ.
>
> VI – Agravo retido da União não conhecido e recurso de apelação dos Autores a que se nega provimento.

Opostos embargos de declaração, foram estes rejeitados (e-STJ, fls. 206/213).

Alegam os recorrentes, nas razões do especial, violação dos arts. 126, 165, 333, 458 e 535 do CPC, além de dissídio jurisprudencial.

Defendem a anulação das questões 22 e 23 da prova objetiva do concurso para provimento de cargo de Policial Rodoviário Federal, regulado pelo edital n. 1/2009 do DPRF/MJ, ao argumento de que as questões padecem de vício de ilegalidade, porquanto não possuem elementos visíveis a sua solução, bem como encontram-se fora do conteúdo do referido edital.

Argumentam que a decisão hostilizada foi contraditória e omissa quanto à análise dos seguintes aspectos: (a) não teria apresentado motivos pelos quais privilegiou o entendimento externado pela banca examinadora; (b) ausência de pronúncia a respeito da questão n. 23 não fornecer as informações necessárias à sua solução; (c) contradição quando se asseverou que não foram juntados aos autos a cópia do conteúdo programático do certame; e (d) omissão acerca da alegação de cerceamento de defesa, uma vez que não teria sido oportunizada a realização de perícia técnica para aferição das apontadas ilegalidades nas questões do certame.

Aduzem que não houve fundamentação técnica ou jurídica na decisão do Tribunal de origem, que entendem ter privilegiado o entendimento da banca examinadora.

Sustentam vício de ilegalidade na valoração jurídica das provas colacionadas aos autos, tendo em vista que houve conclusão pela regularidade das questões do concurso, embora exista prova nos autos de que em uma delas não teriam sido fornecidos elementos suficientes para a solução e, na outra, haveria exigência de matéria não prevista no edital.

Apontam que o acórdão recorrido, ao não reconhecer a suposta ilegalidade cometida na questão de n. 22 da prova objetiva para provimento de cargos do DPRF/MJ, divergiu do entendimento dos acórdãos paradigmas proferidos por esta Corte Superior e pelo TRF 5ª Região.

Nesse sentido, pugnam seja provido o recurso para declarar a nulidade do acórdão recorrido e determinar que outra decisão seja proferida, enfrentando-se todas as questões suscitadas nos aclaratórios ou, ainda, seja julgado procedente o pedido constante da peça vestibular.

As contrarrazões foram apresentadas às e-STJ, fls. 286/291.

O recurso foi admitido na origem (e-STJ, fls. 301/303).

A egrégia Segunda Turma desta Corte, em sessão de julgamento realizada em 16.6.2015, por unanimidade, em questão de ordem suscitada pelo e. Ministro Herman Benjamin e acolhida pelo e. Ministro-Relator Og Fernandes, decidiu remeter o feito à esta egrégia Primeira Seção, nos termos do art. 14, II, do RISTJ, dispensada a lavratura de acórdão (e-STJ, fl. 420).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Diva Malerbi - Desembargadora Convocada TRF 3ª Região (Relatora): Registro, de logo, que não merece prosperar a tese de violação do art. 535 do CPC, porquanto o acórdão recorrido fundamentou, claramente, o posicionamento por ele assumido, de modo a prestar a jurisdição que lhe foi postulada, resolvendo todas as questões levantadas pelos agravantes. Nesse sentido, às e-STJ, fls. 190/198 e 206/213, a decisão hostilizada concluiu pela inexistência de qualquer vício nas questões do certame objeto de impugnação.

Sendo assim, não há que se falar em omissão do aresto. O fato de o Tribunal *a quo* haver decidido a lide de forma contrária à defendida pelos recorrentes, elegendo fundamentos diversos daqueles por eles propostos, não configura omissão ou qualquer outra causa passível de exame mediante a oposição de embargos de declaração.

No aspecto:

> Embargos de declaração. Alegada violação do artigo 535 do CPC. Contradição externa. Impossibilidade.
>
> 1. Os aclaratórios são cabíveis somente para sanar omissão, obscuridade, contradição ou, ainda, para a correção de eventual erro material, o que não ocorreu.
>
> 2. A questão trazida à esta Corte por meio do recurso especial foi dirimida de forma clara e em acórdão fundamentado na orientação do STJ firmada quando a Primeira Seção apreciou, sob o rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil, o REsp 1.110.578/SP.
>
> [...]
>
> 5. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg no AREsp 140.337/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 1º.7.2013)

> Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Ação de indenização por desapropriação indireta. Criação da Estação Ecológica do Chauás. Inexistência de violação dos arts. 458 e 535 do CPC. Eficácia do registro imobiliário. Ausência de prequestionamento. Súmula 211/STJ. Aspectos relacionados à exata localização do imóvel e à alegada ofensa à coisa julgada. Necessidade do reexame de provas. Súmula 7/STJ.
>
> 1. Não ocorre ofensa aos arts. 458 e 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.
>
> 2. Não se admite recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*. Súmula 211/STJ.
>
> 3. A conclusão adotada pelas instâncias ordinárias, de que o imóvel dos autores não foi atingido pela criação da Estação Ecológica do Chauás, resultou da análise de uma complexa prova pericial, cujo reexame é vedado na via do recurso especial, consoante o disposto na Súmula 7/STJ.
>
> 4. O mesmo óbice impede a aferição da alegada ofensa à coisa julgada formada em anterior ação discriminatória, na medida em que as instâncias de origem não delimitam os exatos termos do referido título.
>
> 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.
>
> (REsp 1.203.035/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 11.6.2013, DJe 19.6.2013)

> Administrativo e Processual Civil. Concurso público. Exame admissional. Inaptidão física. Exclusão. Proporcionalidade e razoabilidade. Violação ao art. 535 do CPC. Omissão e contradição. Inexistência. Fundamento do julgado regional

> inatacado. Súmula 283. Fundamento constitucional. Recurso extraordinário. Ausência de interposição. Incidência da Súmula 126/STJ
>
> 1. Verifica-se não ter sido demonstrada ofensa ao artigo 535 do CPC, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos. Não se pode confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.
>
> 2. Aplica-se a Súmula 283/STF, quando o recurso especial não impugna fundamento suficiente, por si só, para manter o acórdão recorrido.
>
> 3. O Tribunal de origem, ao decidir a controvérsia relativa à inaptidão do candidato, amparou-se em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer um deles apto a manter inalterado o acórdão recorrido. Portanto, a ausência de interposição de recurso extraordinário atrai a incidência da Súmula 126/STJ ("É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.").
>
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> (AgRg no AREsp 28.318/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 6.6.2013, DJe 12.6.2013)

Passo à análise do mérito.

Saliento, desde já, que não desconheço o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria em apreço, conforme recente decisão prolatada no RE 632.853/CE, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, publicada em 29.6.2015, julgada sob o regime de repercussão geral, na qual ficou consignado que os critérios adotados por banca examinadora de concurso público não podem ser revistos pelo Poder Judiciário.

No caso, estabeleceu-se que não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados, salvo os casos em que for flagrante a ilegalidade ou a inconstitucionalidade. Tal teratologia poderia ser constatada, por exemplo, quando a prova exigir conhecimentos que não se encontram previstos no edital, mas não para aferir a correção dos critérios da banca examinadora.

Encontra-se pacificada também nesta Corte de Justiça a orientação de que só é possível ao Poder Judiciário anular questões de concurso quando não abordam o conteúdo disposto no edital ou quando eivadas de flagrante ilegalidade.

Nesse sentido:

Administrativo e Processual Civil. Agravo regimental em recurso especial. Mandado de segurança. Concurso público. Não ocorrência de violação ao art. 535, II do CPC. A análise da possibilidade de anulação pelo Poder Judiciário de questão de concurso público em discordância com o conteúdo programático do edital se relaciona com o controle de legalidade e da vinculação ao edital. Litisconsórcio passivo necessário. Inexistência. Agravo regimental do Estado do Piauí desprovido.

1. O acórdão recorrido é expresso ao afirmar que não compete ao Poder Judiciário apreciar critérios de formulação e correção das provas, em respeito ao princípio da separação de poderes, tendo ressalvado os casos de flagrante ilegalidade de questão objetiva de concurso público e ausência de observância às regras do edital, em que se admite a anulação de questões por aquele Poder, como forma de controle da legalidade. Dessa forma, não ha que se falar em omissão do julgado.

2. A análise pelo Poder Judiciário da adequação de questão objetiva em concurso público ao conteúdo programático previsto no edital não se relaciona com o controle do mérito do ato administrativo mas com o controle da legalidade e da vinculação ao edital.

3. É firme o entendimento desta Corte de que é dispensável a formação de litisconsórcio passivo necessário entre os candidatos aprovados em concurso público, uma vez que possuem apenas expectativa de direito à nomeação.

4. Agravo Regimental do Estado do Piauí desprovido.

(AgRg no REsp 1.294.869/PI, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 16.6.2014, DJe 4.8.2014)

Administrativo e Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Cargo de Fiscal de Renda do Estado do Rio de Janeiro. A análise da possibilidade de anulação pelo Poder Judiciário de questão de concurso público se relaciona com o controle de legalidade. Questão com possibilidade de duas respostas corretas. Recurso ordinário provido.

1. Não compete ao Poder Judiciário apreciar critérios de formulação e correção das provas, em respeito ao princípio da separação de poderes, tendo ressalvado os casos de flagrante ilegalidade de questão objetiva de concurso público e ausência de observância às regras do edital, em que se admite a anulação de questões por aquele Poder, como forma de controle da legalidade.

2. A análise pelo Poder Judiciário da adequação de questão objetiva em concurso público não se relaciona com o controle do mérito do ato administrativo mas com o controle da legalidade e a incapacidade ou a impossibilidade de se aceitar que, em uma prova objetiva, figurem duas questões que são, ao mesmo tempo corretas, ou que seriam, ao mesmo tempo, erradas.

3. Recurso Ordinário provido para anular a Questão n. 90, atribuindo a pontuação que lhe corresponde, qualquer que seja, a todos os competidores,

> nesse certame, independentemente de virem a ser aprovados ou não e de virem a obter classificação melhor.
>
> (RMS 39.635/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 5.6.2014, DJe 15.10.2014)

> Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público para a magistratura. Princípio da vinculação ao edital. Direito Autoral. Matéria relacionada aos direitos da personalidade e da propriedade, ambos consagrados no Direito Civil. Segurança denegada.
>
> 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido de que o exame dos atos da banca examinadora e das normas do edital de concurso público pelo Judiciário restringe-se aos aspectos da legalidade e da vinculação ao edital (Precedentes).
>
> 2. Embora regulados em legislação específica (Lei n. 9.610/1998), os direitos autorais decorrem, em seus aspectos moral e patrimonial, respectivamente, dos direitos da personalidade e da propriedade, ambos consagrados no Direito Civil.
>
> 3. Se o edital prevê expressamente conhecimentos acerca dos direitos da personalidade e da propriedade, é possível ao examinador formular questões relacionadas a direito autoral.
>
> 4. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.
>
> (RMS 43.139/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 17.9.2013, DJe 24.9.2013)

Na espécie, verifica-se que o Tribunal *a quo*, mediante a análise de provas, entendeu não estar presente nenhuma das hipóteses que autorizam o controle jurisdicional de questões de concurso público, uma vez que não ficaram comprovados os vícios apontados pelos insurgentes.

No que pertine à questão n. 22, o Tribunal de origem, fundamentado em pareceres técnicos produzidos especificamente para a hipótese em apreço, entendeu não estar configurada a ilegalidade apontada, na medida em que seria possível indicar uma única resposta como sendo a correta. Não haveria, pois, dubiedade de respostas, conforme se extrai do seguinte excerto (e-STJ, fls. 192/194):

> *6.* In casu, *a questão de n. 22 do caderno de prova objetiva que os Recorrentes querem ver anulada por alegada falta de alternativa dentre as opções apresentadas pela banca examinadora trata de "álgebra básica (Teoria dos Conjuntos)", devidamente inscrita no conteúdo programático e que tem a seguinte redação (fl. 22):*

> *7. A respeito dessa questão, o parecer da banca examinadora noticiado à fl. 73 arguiu que ela possui alternativa correta indicada na letra "B", ao tempo em que registrou o seguinte resultado:*
>
> *[...]*
>
> *9. Ademais, na AP 0004370-15.2010.4.01.3813/MG, também em curso no meu gabinete, incluído, coincidentemente, na pauta de hoje, sobre a mesma questão 22 da prova guerreada, há dois pareceres técnicos, ainda que produzido unilateralmente pelo(s) candidato(s) autor(es), fls. 37 a 43 daqueles autos, dois especialistas concluem inexistir opção de resposta correta, pois o resultado seria 11, enquanto que no precedente da 5ª Região, a perícia judicial concluiu por haver duas opções que podem ser consideradas corretas, 14 (prevista nas opções) e 11 (não prevista nas opções) (fls. 110). Assim, apesar de não poder utilizar a prova emprestada da AP 0004370-15.2010.4.01.3813/MG, por não dada vista às partes, junto cópia ao voto, para tão somente demonstrar que as impugnações no aspecto técnico variam conforme os respectivos especialistas no tema. Razão porque, nos termos da sentença, prestigio o entendimento da banca examinadora.*

Afastar tal constatação feita pela Corte *a quo*, ensejaria, em tese, nítida incidência da Súmula 7/STJ, pois envolveria reexame do conjunto fático-probatório dos autos.

A esse respeito, esta Casa de Justiça já decidiu:

> Processual Civil. Concurso público. Violação ao art. 535 do CPC. Inovação recursal. Anulação de questão pela banca examinadora. Não comprovação. Reexame fático-probatório. Súmula 7/STJ.
>
> 1. A alegada violação ao art. 535 do CPC, sob a fundamentação de que o Tribunal a quo teria sido omisso, não merece acolhida. É que tal argumentação não foi expressa nas razões do especial, representando inovação recursal, vedada no âmbito do agravo regimental.
>
> *2. O Tribunal* a quo, *ao analisar o documento juntado pelo ora agravante, decidiu que seu conteúdo não comprova de maneira satisfatória, que a Banca Examinadora efetivamente anulou a questão n. 4 da prova dissertativa do certame em discussão. Ora, para concluir em sentido contrário - de que o documento apresentado comprova que a banca examinadora do concurso efetivamente anulou a questão n. 4 -, seria necessário o revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que é vedado em recurso especial.*
>
> *Incidência da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial."*
>
> 3. Agravo regimental não provido.
>
> (AgRg no AREsp 307.992/MT, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 7.5.2013, DJe 13.5.2013)

Contudo, a situação caracterizada nos autos merece uma análise e solução diferenciadas, em razão das peculiaridades do caso concreto, mormente quando se constata que há decisões advindas de outros Tribunais Regionais – em face de questionamentos provenientes do mesmo concurso público realizado em caráter nacional (Edital n. 1/2009 do DPRF/MJ) –, em especial do TRF 5ª Região, que, mediante a análise de provas carreadas aos autos, concluíram pela ilegalidade evidente, ante a existência de duplicidade de respostas para a solução da questão n. 22.

No ponto:

> [...] quando se trata de prova objetiva em que não há qualquer critério de subjetividade, é possível ao Judiciário apreciar o acerto da alternativa atribuída como correta pela banca examinadora, sendo imprescindível, neste caso, que o equívoco da proposição apontada como a única verdadeira mostre-se de todo evidenciado e, por conseguinte, perceptível prima facie. Sobre a Questão 22, referente à Prova de Raciocínio Lógico, a Segunda Turma deste Tribunal já teve a oportunidade de se manifestar nos autos do Processo n. 2009.81.00.015667-9 (AC 510.242-CE), de relatoria do Exmo. Sr. Desembargador Federal Francisco Barros Dias, que, com base em Laudo Pericial do Juízo, anulou a referida questão. Para reforçar a incorreção da questão, o próprio Doutrinador, cuja obra literária serviu de base para fundamentar o parecer revisional da Banca Examinadora, atestou que a questão não possui resposta certa (TRF 5ª Região, AR 6.867/AL, Pleno, Rel. Des. Federal Vladimir Carvalho Federal, DJE 15.08.2012) [...].

Na mesma linha, não se pode olvidar da existência de precedentes desta Corte de Justiça em que se analisou a questão n. 22 do mesmo concurso público de que ora se cuida, chegando-se à conclusão de que referida questão deveria ser anulada.

Assim foi feito no REsp 1.340.359/CE, Relator o Ministro Mauro Campbell, cuja decisão foi proferida em 17.12.2012, confirmando-se o acórdão proferido pelo TRF da 5ª Região, que havia entendido haver dubiedade de respostas para a questão.

Na mesma toada, no AgRg no AREsp 455.408/RN, de relatoria do Ministro Arnaldo Esteves, foi confirmado o entendimento do Tribunal de origem, o qual atestou que havia a duplicidade de respostas na questão referida.

Já no REsp 1.487.419/PE, o relator Ministro Humberto Martins, examinando a sentença proferida no caso concreto, que decidiu pela anulação da questão n. 22, entendeu que esta deveria prevalecer, dando provimento ao

recurso especial para reformar o acórdão, segundo o qual não caberia ao Poder Judiciário o exame dos critérios de formulação de questões e de correção de provas.

Seguindo a aludida orientação, houve também anulação da questão em tela nos REsp 1.379.226/RS, relator Ministro Castro Meira, e REsp 1.491.156/SE, relator Ministro Benedito Gonçalves.

Diante disso, e *considerando a competência do STJ de corte uniformizadora da jurisprudência federal, bem como verificada a similitude fática dos julgados, pertinente a conformação desta decisão com os referidos precedentes, com o fim de se evitar decisões conflitantes e prestigiar a segurança jurídica, deve ser anulada, na hipótese, a questão n. 22 do concurso em tela*.

De outro lado, não prospera a irresignação no que tange à questão de n. 23, a qual, segundo os recorrentes, não constaria do rol de matérias constantes do edital. Nesse ponto, o Tribunal local assim decidiu:

> 10. No tocante a questão 23 do caderno de prova, cuja anulação também é pretendida, têm-se o seguinte questionamento (fl. 22):
>
> [...]
>
> *11. Sobre essa questão, os Recorrentes argumentam que não foram fornecidas as informações necessárias para sua solução e que ela estaria além do conteúdo programático previsto no edital. Todavia, verifico que os Autores sequer juntaram cópia do programa à inicial para amparar a tese defendida. No entanto, em consulta à rede mundial de computadores no endereço eletrônico: http://pub.funrioconcursos.org.br/publicacoes/PRF/Edital_01_PRF.pdf, observo que a questão insere-se nos conhecimentos atinentes ao raciocínio lógico e noções de estatística, com bibliografia especificada e anotação expressa no anexo IV do edital n. 1/2009 – DPRF, de 12.08.2009*, in verbis: *[...]*

Verifica-se que o Tribunal federal afirmou que a referida questão n. 23 insere-se nos conhecimentos atinentes ao raciocínio lógico e noções de estatística, com bibliografia especificada e anotação expressa no anexo IV do edital n. 1/2009 – DPRF, de 12.8.2009. Assim, concluir de forma diversa quanto à ilegalidade da questão em apreço, esbarraria no óbice imposto pela Súmula 7 do STJ, pois envolveria necessariamente análise do conteúdo fático-probatório dos autos.

Não havendo nos autos elementos suficientes para identificar se o proveito obtido com a anulação da questão 22 será suficiente para garantir a participação dos candidatos nas demais etapas do concurso e, tampouco, para aferir sobre a

imediata nomeação no cargo, retornem os autos ao Tribunal de origem para que se verifique tal circunstância.

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, dou-lhe parcial provimento para declarar nula a questão n. 22 do certame em apreço. Determino, em consequência, o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que analise a suficiência de tal anulação para a continuidade, ou não, dos ora recorrentes no concurso em tela.

É como voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região): Trata-se de recurso especial interposto por Gersino Durães Filho e Roberto Coelho de Matos, com fundamento nas alíneas "a" e "c", do inciso III, do art. 105 da CF/1988, contra acórdão proferido pelo TRF 1ª Região.

Versa o recurso sobre a anulação das questões objetivas n. 22 e 23 da prova de raciocínio lógico aplicada no concurso público para provimento do cargo de Policial Rodoviário Federal, edital n. 1/2009.

O feito foi levado a julgamento, em 16.6.2015, perante a 2ª Turma desta Corte de Justiça que, por unanimidade, em questão de ordem suscitada pelo Sr. Ministro Herman Benjamin e acolhida pelo Sr. Ministro-Relator, decidiu remeter o feito à Primeira Seção, nos termos do art. 14, II, do RISTJ.

Submetido o recurso à apreciação da 1ª Seção, em 13 de abril último, após a sustentação oral da parte recorrente, proferi voto no sentido do conhecimento parcial do recurso especial para, nessa extensão, dar-lhe parcial provimento, declarando nula a questão n. 22 do certame em apreço.

Citando precedentes que se aplicariam ao caso em testilha, por se referirem a questão idêntica a dos autos, o eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho manifestou-se no sentido da anulação também da questão de n. 23 do concurso em tela. Em seguida, pedi vista regimental dos autos a fim de analisar detalhadamente os julgados referidos.

Inicialmente, no intuito de sanar eventuais dúvidas quanto à admissibilidade recursal, destaco que os recorrentes interpuseram o presente recurso especial com base no seguinte fundamento: violação ao art. 535 do CPC/1973, evidenciando quais pontos consideravam omissos pelo Tribunal federal (e-fl. 219), além

de indicar divergência jurisprudencial quanto a esse aspecto, procedendo ao confronto analítico ente os acórdãos impugnado e paradigma.

Nesse particular, entendo que não prospera a tese de violação do art. 535 do CPC, porquanto o acórdão recorrido fundamentou, claramente, o posicionamento por ele assumido, de modo a prestar a jurisdição que lhe foi postulada, resolvendo todas as questões levantadas pelos interessados. No mesmo sentido, às e-STJ, fls. 190/198 e 206/213, a decisão hostilizada concluiu pela inexistência de qualquer vício nas questões do certame objeto de impugnação.

Quanto ao mérito, os insurgentes apontam a ocorrência de violação aos arts. 126, 165 e 458 do CPC/1973, sob a alegação de que, quando o Tribunal local, sem a devida fundamentação técnica ou jurídica, entendeu por privilegiar o entendimento da banca examinadora, preteriu, sobremaneira, a garantia ao provimento jurisdicional motivado.

Indicam, ainda, violação ao disposto no art. 333 do CPC/1973, eis que, em manifesto vício na valoração jurídica das provas colacionadas aos autos, a Corte de origem concluiu pela regularidade das questões impugnadas na peça de ingresso, muito embora haver prova nos autos de que, em uma delas, o enunciado não fornecia elementos suficientes à solução, e em outra, tinha como escopo matéria não prevista no edital, ferindo, visceralmente, o princípio de legalidade (e-fls. 221/222).

Com base nos mesmos dispositivos, sustenta a divergência jurisprudencial, justificando a interposição do recurso também pela alínea "c" do permissivo constitucional.

Análise relativa à questão n. 22:

No que tange à questão n. 22 encontra-se configurado o dissídio jurisprudencial, apto a viabilizar o conhecimento do recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional, na medida em que existem precedentes desta Corte de Justiça e de outros Tribunais Regionais Federais que julgaram a mesma questão e chegaram a soluções diferentes da apresentada no acórdão recorrido.

Ressalte-se, no que pertine à interposição do recurso pela alínea "c" do art. 105, III, da CF/1988, que esta Corte de Justiça vem entendendo pela possibilidade de flexibilizar as exigências de natureza formal do recurso nos casos em que seja notória a divergência, conforme se verifica dos seguintes precedentes:

Agravo regimental. Recurso especial. Divergência jurisprudencial notória. Ação de busca e apreensão. Notificação. Cartório de títulos e documentos de Comarca diversa da do domicílio do devedor. Possibilidade.

1. A existência de divergência jurisprudencial notória autoriza a mitigação dos requisitos formais de admissibilidade para o conhecimento do recurso especial fundado na alínea "c" do permissivo constitucional.

2. É válida a notificação expedida por cartório de títulos e documentos situado em comarca diferente da do domicílio do devedor (Recurso Especial repetitivo n. 1.184.570/MG).

3. Agravo regimental provido para se conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento.

(AgRg no REsp 1.521.106/SC, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Terceira Turma, julgado em 08.03.2016, DJe 14.03.2016)

Processual Civil e Administrativo. Embargos de declaração no agravo regimental no recurso especial. Omissão. Existência. Dissídio notório. Concurso público. Exame psicotécnico. Anulação por decisão judicial. Submissão a novo exame.

1. A teor do art. 535, incs. I e II, do Código de Processo Civil os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado.

2. Com efeito, o aresto embargado foi omisso quanto à existência de dissídio notório entre o acórdão de origem e a jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal, no sentido de que, reconhecida a existência de vícios na realização do exame psicotécnico, deve o candidato submeter-se a novo exame, desta feita pautado por critérios constitucionais e legais.

3. Esta Corte autoriza, excepcionalmente, nos casos de divergência jurisprudencial notória, a mitigação dos requisitos exigidos para a interposição do recurso especial com base na alínea "c" do permissivo constitucional.

4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para dar provimento ao recurso especial, de modo a submeter o candidato a novo exame, desta feita pautado por critérios constitucionais e legais.

(EDcl no AgRg no REsp 1.330.229/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 17.12.2013, DJe 03.02.2014)

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Recurso especial parcialmente provido. Violação à lei. Dissídio notório. Demonstração. Requisitos. Mitigação. Artigo 526, parágrafo único, do CPC. Inaplicabilidade. Capitalização anual de juros. Comissão de permanência. Não provimento.

> 1. Não há que se falar em ausência de demonstração de violação à lei se os argumentos lançados no recurso especial são suficientes para depreender pela sua contrariedade.
>
> *2. Tratando-se de dissídio notório com a jurisprudência firmada no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça, mitiga-se os requisitos de admissibilidade para o conhecimento do recurso especial pela divergência.* [...]
>
> 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag n. 1.081.835/SP, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe de 14.5.2013.)

Não é outra a situação dos autos.

Com efeito, na hipótese em apreço, o TRF da 1ª Região externou o seguinte entendimento em relação à nulidade da questão n. 22 do concurso público aludido (e-fls. 192/193):

> *6.* In casu, *a questão de n. 22 do caderno de prova objetiva que os Recorrentes querem ver anulada por alegada falta de alternativa dentre as opções apresentadas pela banca examinadora trata de "álgebra básica (Teoria dos Conjuntos)", devidamente inscrita no conteúdo programático e que tem a seguinte redação (fl. 22):*
>
> Questão 22
>
> Os motoristas que cometeram as infrações A, B e C foram contabilizados em sete conjuntos: XI, X2, X3, X4, X5, X6, e X7. Os conjuntos X1, X2 e X3 são compostos pelos motoristas que cometeram, respectivamente, a infração A, B e C, 'os conjuntos X4, X5 e X6 são formados pelos que cometeram, respectivamente, as infrações A e B, A e C, E B e C. Finalmente, o conjunto X7 é composto pelos que cometeram as três infrações; seja N o número mínimo de motoristas que cometeram apenas uma infração. Sabendo que os números de motoristas desses sete conjuntos são todos diferentes e divisores de 30, o valor de N é:
>
> A) 6
>
> B) 14
>
> C) 22
>
> D) 18
>
> E) 10
>
> *7. A respeito dessa questão, o parecer da banca examinadora noticiado à fl. 73 arguiu que ela possui alternativa correta indicada na letra "B", ao tempo em que registrou o seguinte resultado:*
>
> Os divisores de 30 são: 1, 2, 3, 5, 6,10, 15, 30.

ABC = 1 motorista

AB = 2 motoristas

AC = 3 motoristas

CB = 5 motoristas

A = 6 motoristas

B = 10 motoristas

C = 15 motoristas

Construindo o diagrama Venn, vê-se que 14 motoristas cometem apenas uma infração.

8. Quanto ao precedente, do colendo TRF-5ª Região, AC 510.242/CE (2009.81.00.015667-9), citado às fls. 108/111, pelos Apelantes, hoje REsp 1.340.359/CE em trâmite no egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme "espelho" que anexo ao voto, onde, por ora foi apenas provido o agravo para subida do recurso, como o mérito não foi examinado, prefiro ficar com os julgados anteriormente referidos na sentença.

9. Ademais, na AP 0004370-15.2010.4.01.3813/MG, também em curso no meu gabinete, incluído, coincidentemente, na pauta de hoje, sobre a mesma questão 22 da prova guerreada, há dois pareceres técnicos, ainda que produzido unilateralmente pelo(s) candidato(s) autor(es), fls. 37 a 43 daqueles autos, dois especialistas concluem inexistir opção de resposta correta, pois o resultado seria 11, enquanto que no precedente da 5ª Região, a perícia judicial concluiu por haver duas opções que podem ser consideradas corretas, 14 (prevista nas opções) e 11 (não prevista nas opções) (fls. 110). Assim, apesar de não poder utilizar a prova emprestada da AP 0004370-15.2010.4.01.3813/MG, por não dada vista às partes, junto cópia ao voto, para tão somente demonstrar que as impugnações no aspecto técnico variam conforme os respectivos especialistas no tema. Razão porque, nos termos da sentença, prestigio o entendimento da banca examinadora.

Nota-se, pois, que o Tribunal de origem, considerando que as impugnações, no aspecto técnico, variavam de acordo com os respectivos especialistas que analisavam a questão, entendeu ser de rigor observar o parecer elaborado pela banca examinadora, de forma a não anular a questão n. 22.

Tal compreensão, porém, é oposta à adotada nesta Corte de Justiça por ocasião do julgamento dos seguintes recursos: *AgRg no REsp 1.379.226/RS*, Relator o Ministro Castro Meira, DJe de 20.8.2013; *AgRg no REsp 1.487.419/PE*, relator o Ministro Humberto Martins, DJe de 15.5.2014; *REsp 1.491.156/SE*, Relator o Ministro Benedito Gonçalves, DJe de 20.3.2015; e *AREsp 522.032/PE*, Relator o Ministro Benedito Gonçalves, DJe de 3.11.2014.

Em todas essas hipóteses os relatores reformaram o acórdão regional para, considerando a *ilegalidade flagrante* da questão n. 22, dar provimento ao recurso especial para anular a questão n. 22.

Para maior esclarecimento, confira-se trecho da decisão proferida pelo Em. Ministro Castro Meira, no AgRg no REsp 1.379.226/RS, o qual, conhecendo do recurso especial pela divergência jurisprudencial, a despeito de formalismos processuais, reconheceu a ilegalidade da questão n. 22 aludida:

> *São relevantes as alegações trazidas no regimental, especialmente a notoriedade do dissidio jurisprudencial, razão pela qual, com base no art. 259 do RISTJ, reconsidero a decisão agravada para novo exame da questão controvertida.*
>
> *O Superior Tribunal de Justiça "tem entendido que havendo divergência notória entre os arestos confrontados, dispensam-se as formalidades legais, tais como a omissão do dispositivo legal objeto da divergência"* (AgRg no AREsp 319.101/SE, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 24.5.2013). É o caso dos autos.
>
> Isso estabelecido, passo ao mérito da controvérsia.
>
> O recorrente apresentou ação ordinária com vistas à declaração de nulidade de questão de concurso público para provimento de cargo de Policial Rodoviário Federal.
>
> O Tribunal Regional Federal da 4ª Região manteve a sentença para negar provimento ao agravo em apelação cível, sob o entendimento de que cabe ao Poder Judiciário somente examinar a legalidade das normas instituídas no edital, sendo vedado o exame dos critérios de formulação de questões e de correção de provas. Segue a ementa do julgado: (...)
>
> Todavia, esta Corte firmou a compreensão de que, em situações excepcionais, com vício evidente, é possível a anulação pelo Judiciário para corrigir ofensa ao princípio da legalidade, conforme precedentes abaixo (...).
>
> *O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em vários precedentes, julgando a mesma questão 22 do Concurso Público para Policial Rodoviário Federal regido pelo Edital n. 1/2009, verificou a hipótese excepcional de vício flagrante e anulou a referida questão, conforme trechos de um dos julgados* (...).
>
> *Assim, verificado desrespeito ao princípio da legalidade e às regras do edital do certame, como no presente caso, pode o Poder Judiciário, excepcionalmente, examinar matéria relativa à questão do concurso público.*
>
> Ante o exposto, reconsidero a decisão de e-STJ fls. 1.225-1.227, para dar provimento ao recurso especial e julgar procedente a ação ordinária, fixando os honorários advocatícios em R$ 2.000,00.

Na mesma toada, no AgRg no Recurso Especial *1.487.419/PE*, o relator, eminente Ministro Humberto Martins, reconhecendo que a divergência

jurisprudencial, quando notória, dá azo ao conhecimento do recurso, prescindindo de formalismos processuais, analisou no mérito a controvérsia, concluindo pela ilegalidade da questão n. 22 do certame em apreço.

Confira-se o inteiro teor do julgado referido:

> Vistos.
>
> Cuida-se de agravo regimental interposto por *Luciano de Albuquerque Leal* contra decisão singular desta relatoria assim ementada (fl. 1.468, e-STJ):
>
> > *Processual Civil. Recurso especial fundamentado na alínea "c". Não indicação do dispositivo legal ao qual foi dada interpretação divergente. Fundamentação deficiente. Recurso especial não conhecido.*
>
> O acórdão de origem, em relação ao qual houve interposição de recurso especial, traz esta ementa (fl. 1.109, e-STJ):
>
> > Processual Civil e Administrativo. Concurso público. Impossibilidade jurídica do pedido. Inocorrência. Anulação de questões objetivas. Impossibilidade.
> >
> > *1. Hipótese em que o autor, ora apelado, pretende ver reconhecido o direito à anulação de duas questões da prova objetiva do concurso público para provimento de cargo de Policial Rodoviário Federal, ao fundamento de que nenhuma alternativa dela constante correspondia à resposta correta (questão n. 22)* e que envolveria matéria não prevista explícita ou implicitamente no programa do certame (questão n. 29);
> >
> > 2. O pedido é juridicamente impossível quando encontra vedação no ordenamento jurídico, o que não é a hipótese dos autos. Não é vedado ao candidato que se submete a concurso público requerer a revisão judicial da prova a que se submeteu. Se ele faz jus ao que pede, é questão distinta, de mérito, que não se confunde com a condição da ação reputada ausente;
> >
> > 3. É defeso ao Poder Judiciário se imiscuir no mérito de correção de prova, substituindo a banca examinadora nas funções que lhe são próprias, estando sua atuação adstrita à análise da legalidade do certame;
> >
> > *4. A opinião de profissionais estranhos à banca examinadora (em que se fundamenta a exordial), não pode ser sobreposta ao entendimento dessa última, que se manifestou pela inexistência de nulidade na questão, quando da apreciação dos recursos administrativos interpostos;*
> >
> > 5. Também no que respeita à interpretação do Edital, no aspecto em que cuida da amplitude dos temas elencados no programa, há que se respeitar a autonomia da banca, daí que a intervenção do Judiciário somente se legitima nos casos de erros grosseiros;
> >
> > 6. Apelação e remessa oficial providas. Agravo retido prejudicado.

No agravo regimental, o ora agravante pede que, em juízo de reconsideração, seja provido o recurso especial pela divergência, pois esta, quando notória, prescinde de formalismos processuais.

Reitera a suposta divergência jurisprudencial com arestos do STF, do STJ e de outros tribunais regionais, a qual, uma vez solucionada, restabelecerá a sentença de primeiro grau que reconheceu a ilegalidade das questões objetivas (em particular, as de número 22 e 29), atribuindo a pontuação correlata ao candidato e garantindo-lhe a reserva de vaga no concurso da Polícia Rodoviária Federal do ano de 2009.

Alega que o reconhecimento da ilegalidade de tais questões fará, por conseguinte, com que o candidato tenha direito à reserva de vaga tão logo as nomeações atinjam a nova colocação do recorrente.

É, no essencial, o relatório.

Assiste razão ao agravante.

Observa-se da sentença de primeiro grau, reformada quando o Tribunal de origem julgou a apelação da União, que a questão n. 22 da prova do concurso apresentava mais de uma alternativa correta, ao passo que a questão n. 29 versava sobre matéria não prevista no edital, *verbis*:

> Com os dados fornecidos, a questão n. 22 em comento comportaria mais de uma solução, sendo que uma delas se encontra prevista dentre as assertivas disponibilizadas (N=14), e a outra solução (N=11), não (fls. 64/66).
>
> A insuficiência no fornecimento de dados para a resolução confunde os candidatos, revelando circunstância apta a ensejar a anulação do quesito.
>
> (...).
>
> *O parecer elaborado pelo Professor Ricardo E. De Souza, Sub-Chefe do Departamento de Física da UFPE, curso de reconhecida excelência no ensino da Física no Brasil, afirma que a matéria abordada na questão n. 29 envolve os conceitos de momento de uma força ou torque de uma força, os quais não estão previstos explícita ou implicitamente dentre as matérias do programa do certame (fl. 87), ficando evidente, assim, a nulidade da questão por afrontar as disposições do certame* (fls. 1.048 e 1.051, e-STJ).

Assim, diante do parecer do expert, o magistrado de primeira instância, após esclarecer a possibilidade de ingerência do Judiciário para examinar as questões cuja impugnação esteja fundada na ilegalidade da avaliação, reconheceu, adequadamente, a nulidade das questões impugnadas, julgando procedente, quanto ao ponto, o pedido autoral.

Equivocou-se, logo, o Tribunal regional quanto, reformando a sentença de piso, entendeu que cabe ao Poder Judiciário apenas examinar a legalidade das normas instituídas no edital, não lhe competindo o exame dos critérios de formulação de questões e de correção de provas.

> *Com efeito, nos termos da jurisprudência do STJ, é possível, excepcionalmente, a anulação judicial de questão objetiva de concurso público, quando o vício que a atinge é nítido e irrefutável, contaminando a legalidade do concurso e a vinculação ao edital, o que dá ensejo a que o Judiciário exerça seu controle de modo pleno.*
>
> A propósito, confiram-se: (...)
>
> Como não há elementos suficientes para identificar se o proveito obtido com a anulação das questões 22 e 29 seria suficiente para garantir a participação do candidato nas demais etapas do concurso e, tampouco, sua imediata nomeação no cargo, retornem os autos ao Tribunal de origem para que, aferindo tal circunstância, proceda ao juízo de mérito sobre o ponto.
>
> *Ante o exposto, dou provimento ao agravo regimental para, em juízo de retratação, dar parcial provimento ao recurso especial do candidato, restabelecendo a sentença de primeiro grau quanto à possibilidade de anulação das questões 22 e 29 do certame. Retornem os autos ao Tribunal de origem para juízo de mérito sobre a suficiência de tal anulação para a continuidade, ou não, do candidato no concurso.*
>
> Publique-se. Intimem-se.

Em idêntico sentido, diga-se, decidindo pela ilegalidade da questão n. 22 do concurso da Polícia Rodoviária Federal, edital n. 1/2009, de forma a anulá-la, as duas decisões proferidas pelo Ministro Benedito Gonçalves no REsp 1.491.156/SE e no AREsp 522.032/PE.

Destarte, reconhecida a similitude-fática entre os casos assinalados, deve ser adotada, na presente hipótese, a mesma compreensão externada nos citados precedentes.

Mister ressaltar que o caso em comento se enquadra na exceção prevista pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em regime de repercussão geral, o RE n. 632.853/CE, no qual se estabeleceu que não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados em concurso público, *salvo os casos em que for flagrante a ilegalidade ou a inconstitucionalidade*.

Outro não é o entendimento há muito externado nesse Superior Tribunal de Justiça, o qual reconhece, excepcionalmente, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nos critérios de formulação e correção de avaliações de concurso público, nas situações em que se constate flagrante ilegalidade ou inobservância das regras do edital.

É o que se verifica dos recentes e numerosos precedentes, senão vejamos:

> Administrativo. Processual Civil. Agravo em recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Prova subjetiva. Questão. Falta. Correspondência.

Conteúdo programático. Edital. Pretensão. Anulação. Rejeição. Verificação. Abrangência. Matéria. Inviabilidade. Revisão. Critérios. Avaliação. Banca examinadora.

1. A jurisprudência desta Corte Superior não autoriza corriqueiramente a interferência do Poder Judiciário nos critérios de formulação e correção de avaliações de concurso público, a não ser em casos de ilegalidade flagrante e inobservância do edital que, no entanto, não são a situação da casuística.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no RMS 49.499/BA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17.03.2016, DJe 22.03.2016)

Processual Civil. Administrativo. Princípio da vinculação da Administração Pública ao edital do concurso. Enunciado de questão que veicula conteúdo não previsto. Atuação jurisdicional limitada à verificação de ilegalidade que, *in casu*, faz-se presente. Precedentes.

1. Firmou-se no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, havendo flagrante ilegalidade de questão objetiva de prova de concurso público, bem como ausência de observância às regras previstas no edital, tem-se admitido sua anulação pelo Judiciário por ofensa ao princípio da legalidade e da vinculação ao edital.

2. Não há que se falar em revisão de questão de prova, a análise promovida pelo Tribunal cuidou de examinar, tão somente, se o objeto perquirido pela banca estava contido na lei regente do concurso público.

3. *In casu*, o Tribunal de origem, ao analisar as questões objetivas impugnadas, entendeu ter havido ilegalidade na sua elaboração. De modo que, para realizar nova observação sobre a efetiva violação do edital, será imperioso o reexame do acervo fático-probatório.

Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 778.597/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 10.11.2015, DJe 19.11.2015)

Administrativo. Agravo regimental no recurso ordinário. Concurso público. Arredondamento de nota. Ausência de direito líquido e certo.

1. Esta Corte Superior assentou o entendimento de que a análise do Poder Judiciário, em matéria de concurso público, restringe-se ao exame da legalidade e vinculação às disposições editalícias, não podendo reexaminar critérios usados pelo examinador na formulação de questões, correção e atribuição das notas em provas de concurso público, ***salvo flagrante ilegalidade****.*

2. No que se refere à alegação de violação ao princípio da publicidade em razão da destruição dos envelopes contendo as notas individuais de cada candidato, após a divulgação destas pelo Secretário do concurso, o edital do

certame regulamentou o procedimento a ser observado para a divulgação dos resultados obtidos na Prova de Tribuna. Conforme jurisprudência desta Corte, o edital é a lei do concurso público e suas regras vinculam tanto a Administração quanto os candidatos.

3. O debate relativo à violação ao princípio da publicidade demanda dilação probatória, porquanto os elementos trazidos aos autos pelo demandante não fazem exsurgir de maneira evidente a efetiva ofensa ao mencionado princípio constitucional por ocasião da aplicação da Prova de Tribuna.

4. Concluir se o candidato enquadra-se em situação similar a de outros candidatos que obtiveram judicialmente o arredondamento de notas ou tiveram o mérito de suas provas discursivas revisto, logrando aprovação no concurso público, demandaria dilação probatória, tarefa inviável nesta sede.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no RMS 25.849/ES, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 17.09.2015, DJe 08.10.2015)

Recurso especial. Concurso público para provimento do cargo de Delegado de Polícia do Estado de Minas Gerais. Possibilidade de anulação pelo Poder Judiciário de questão objetiva maculada com vício de ilegalidade. Precedentes desta Corte Superior de Justiça. O Tribunal de origem, amparado no contexto fático e probatório dos autos, concluiu não haver ilegalidade na elaboração das questões objetivas. Agravo regimental desprovido.

1. Firmou-se no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, em regra, não compete ao Poder Judiciário apreciar critérios na formulação e correção das provas, tendo em vista que, em respeito ao princípio da separação de poderes consagrado na Constituição Federal, é da banca examinadora desses certames a responsabilidade pelo seu exame (EREsp 338.055/DF, Rel. Min. *José Arnaldo da Fonseca*, DJU 15.12.2003).

2. Excepcionalmente, contudo, havendo flagrante ilegalidade de questão objetiva de prova de concurso público, bem como ausência de observância às regras previstas no edital, tem-se admitido sua anulação pelo Judiciário por ofensa ao princípio da legalidade e da vinculação ao edital.

3. *In casu*, o Tribunal de origem, ao analisar as questões objetivas impugnadas, entendeu não ter havido ilegalidade na sua elaboração.

4. Da existência dos erros formais de digitação em algumas palavras não decorre necessariamente a nulidade das questões com a consequente atribuição dos pontos respectivos, uma vez que tais enganos de digitação são incapazes de dificultar a compreensão das questões, não tendo causado nenhum prejuízo ao candidato.

5. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.472.506/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 09.12.2014, DJe 19.12.2014)

Administrativo e Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Cargo de Fiscal de Renda do Estado do Rio de Janeiro. A análise da possibilidade de anulação pelo Poder Judiciário de questão de concurso público se relaciona com o controle de legalidade. Questão com possibilidade de duas respostas corretas. Recurso ordinário provido.

1. Não compete ao Poder Judiciário apreciar critérios de formulação e correção das provas, em respeito ao princípio da separação de poderes, tendo ressalvado os casos de flagrante ilegalidade de questão objetiva de concurso público e ausência de observância às regras do edital, em que se admite a anulação de questões por aquele Poder, como forma de controle da legalidade.

2. A análise pelo Poder Judiciário da adequação de questão objetiva em concurso público não se relaciona com o controle do mérito do ato administrativo mas com o controle da legalidade e a incapacidade ou a impossibilidade de se aceitar que, em uma prova objetiva, figurem duas questões que são, ao mesmo tempo corretas, ou que seriam, ao mesmo tempo, erradas.

3. Recurso Ordinário provido para anular a Questão n. 90, atribuindo a pontuação que lhe corresponde, qualquer que seja, a todos os competidores, nesse certame, independentemente de virem a ser aprovados ou não e de virem a obter classificação melhor.

(RMS 39.635/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 05.06.2014, DJe 15.10.2014)

Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público. Prova prática. Direito líquido e certo não demonstrado. Critérios de avaliação estabelecidos objetivamente no edital. Reprovação justificada do candidato. Observância da legalidade e isonomia. Ordem denegada.

1. Discutem-se no *mandamus* atos do Ministro Presidente do STJ e do Diretor do Centro de Seleção e Promoção de Eventos - CESPE, consistentes na avaliação da prova prática para o cargo de Técnico Judiciário, especialidade Telecomunicações e Eletricidades, no concurso promovido pelo Superior Tribunal de Justiça e regulado pelo Edital n. 01, de 8 de fevereiro de 2012.

2. Não contraria o princípio da isonomia a realização de prova prática previamente disciplinada no edital do certame, por meio de critérios objetivos de avaliação e pontuação.

3. Na espécie, a reprovação do candidato foi devidamente justificada pela banca examinadora, em razão de não terem sido preenchidos satisfatoriamente os requisitos exigidos pelo edital.

4. Salvo nos casos de flagrante ilegalidade ou de desatendimento das normas editalícias, é vedado ao Judiciário interferir nos critérios de correção de prova utilizados por banca examinadora de concurso público. Precedentes.

5. As alegativas de que o impetrante não teve acesso às gravações da prova e de que os candidatos foram avaliados por examinadores diferentes, com graus de exigência distintos, não foram comprovadas pelo impetrante, sendo vedada a dilação probatória no bojo da ação mandamental.

6. Segurança denegada.

(MS 19.068/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Corte Especial, julgado em 19.06.2013, DJe 01.07.2013)

Agravo regimental. Embargos de divergência. Violação do art. 535 do CPC. Ausência de similitude entre as teses confrontadas. Concurso público. Reexame de critérios utilizados pela banca examinadora. Inexistência de decisões conflitantes.

1.- A aferição da ocorrência ou não dos vícios elencados no artigo 535 do CPC depende da apreciação das premissas fáticas do caso concreto, o que impede a sua comparação com outros julgados.

2.- Segundo a jurisprudência deste Tribunal, em matéria de concurso público, o Poder Judiciário deve limitar-se ao exame de legalidade das normas do edital e dos atos praticados pela comissão examinadora, não analisando a formulação das questões objetivas, salvo quando existir flagrante ilegalidade ou inobservância das regras do certame.

3.- O precedente colacionado, ao invés de infirmar esse entendimento, o corrobora, na medida em que ressalta a excepcionalidade da intervenção judicial.

4.- Agravo Regimental improvido.

(AgRg nos EAREsp 130.247/MS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Corte Especial, julgado em 15.05.2013, DJe 29.05.2013)

Administrativo. Concurso público. Impugnação a questão objetiva. Violação do art. 535 do CPC. Não configuração. Homologação do resultado final do certame. Perda do objeto. Não ocorrência. Controle jurisdicional. Anulação de questão objetiva. Possibilidade na hipótese de vício evidente.

1. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal a quo julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada. Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando os pontos relevantes e imprescindíveis à sua resolução.

2. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a homologação do resultado final do concurso não conduz à perda do objeto do *mandamus* quando

> o remédio constitucional busca aferir suposta ilegalidade praticada em alguma das etapas do concurso.
>
> *3. Na hipótese de flagrante ilegalidade de questão objetiva de prova de concurso público ou ausência de observância às regras previstas no edital, tem-se admitido sua anulação pelo Judiciário por ofensa ao princípio da legalidade. Precedentes do STJ.*
>
> 4. Tendo a Corte de origem consignado pela anulação da matéria por comportar "erro manifesto e invencível", prejudicando assim o candidato, rever tal entendimento implica reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado em Recurso Especial ante o disposto na Súmula 7/STJ.
>
> 5. Agravo Regimental não provido.
>
> (AgRg no AREsp 165.843/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 07.08.2012, DJe 22.08.2012)

Ora, no caso aqui debatido, vislumbra-se com clareza a flagrante ilegalidade que inquina a questão de n. 22 do concurso público em referência, por apresentar mais de uma alternativa correta de resposta, razão pela qual veio a ser anulada em dezenas de ações ordinárias interpostas em diferentes Regiões do país, e, com a mesma motivação, teve sua ilegalidade reconhecida por vários Ministros desta Corte de Justiça, mencionados linhas acima, os quais concluíram pela sua anulação.

Dessa forma, fazendo coro à maciça jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e à compreensão firmada pelo Supremo Tribunal Federal em regime de repercussão geral, uma vez constatada a flagrante ilegalidade da questão n. 22, conheço, nesse ponto, do recurso especial e dou provimento ao reclamo para anular a referida questão da prova objetiva do Concurso Público para provimento do cargo de Policial Rodoviário Federal, edital n. 1/2009.

Análise relativa à questão n. 23:

Já em relação à questão n. 23 do aludido certame, o recurso não merece acolhida.

Segundo os recorrentes, tal questão seria nula por não constar do rol de matérias constantes do edital. Nesse ponto, o Tribunal local assim decidiu (e-fl. 193/194):

> 10. No tocante a questão 23 do caderno de prova, cuja anulação também é pretendida, têm-se o seguinte questionamento (fl. 22):
>
> [...]

> *11. Sobre essa questão, os Recorrentes argumentam que não foram fornecidas as informações necessárias para sua solução e que ela estaria além do conteúdo programático previsto no edital. Todavia, verifico que os Autores sequer juntaram cópia do programa à inicial para amparar a tese defendida. No entanto, em consulta à rede mundial de computadores no endereço eletrônico: http://pub.funrioconcursos.org.br/publicacoes/PRF/Edital_01_PRF.pdf, observo que a questão insere-se nos conhecimentos atinentes ao raciocínio lógico e noções de estatística, com bibliografia especificada e anotação expressa no anexo IV do edital n. 1/2009 – DPRF, de 12.08.2009*, in verbis: *[...]*

Verifica-se que o Tribunal federal afirmou que a referida questão n. 23 insere-se nos conhecimentos atinentes ao raciocínio lógico e noções de estatística, com bibliografia especificada e anotação expressa no anexo IV do edital n. 1/2009 – DPRF, de 12.8.2009. Assim, concluir de forma diversa quanto à ilegalidade da questão em apreço, esbarraria no óbice imposto pela Súmula 7 do STJ, pois envolveria necessariamente análise do conteúdo fático-probatório dos autos.

Ademais, ao contrário do suscitado pela procuradora dos recorrentes em sede de sustentação oral, quanto a essa questão específica (n. 23) não se observa jurisprudência firmada nesta Corte de Justiça no sentido de sua anulação, nem tampouco no Supremo Tribunal Federal.

Vejamos.

Nos precedentes do Supremo Tribunal Federal invocados pela parte (*RE 850.840/PE, RE 942.101/RS, RE 922.269 e RE 708.528*) não houve apreciação da questão de mérito, sendo que em todos eles se manteve o entendimento da Corte de origem (fosse pela anulação ou não anulação da questão referida), haja vista a aplicação de óbices processuais, notadamente a aplicação das Súmulas 279 e 454 do STF.

Já no âmbito desta Corte de Justiça, após analisar todos os julgados citados pela parte recorrente, destaco que o *único* precedente que adentra no mérito da matéria e trata da questão n. 23 do concurso em tela, dando provimento ao recurso especial para reformar o acórdão regional e anula-la é o *AREsp 522.032/PE*, de relatoria do Em. Ministro Benedito Gonçalves, DJe de 3.11.2014.

Na decisão proferida neste recurso, procedeu-se à anulação de ambas as questões objeto do presente recurso especial, quais sejam, a 22 e 23. No entanto, a justificativa utilizada para a anulação das questões foi a existência de precedentes desta Corte de Justiça, precedentes estes que somente abordaram o problema relativo à questão n. 22 do concurso em tela ou não adentraram

no mérito da controvérsia, não conhecendo da insurgência ante a aplicação de óbices processuais.

Com efeito, o ilustre relator, Ministro Benedito Gonçalves, cita os seguintes precedentes, adotando-os como razão de decidir: AgRg no REsp 1.379.226/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ 23.08.2013; AgRg no AREsp 455.408/RN, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 1º.07.2014; REsp 1.340.359/CE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 19.12.2012; AREsp 502.875/RN, Min. Sérgio Kukina, DJ 14.5.2014; REsp 1.480.711/CE, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 22.10.2014.

Ocorre que no AgRg no REsp 1.379.226/RS e no AgRg no AREsp 455.408/RN a única questão objeto dos recursos foi a de n. 22, não havendo qualquer impugnação quanto à questão de n. 23. Já no REsp 1.340.359/CE, o relator manteve o entendimento da Corte de origem que anulou apenas a questão n. 22. Por sua vez, o AREsp 502.875/RN não teve o mérito recursal apreciado, ante o óbice da Súmula 7/STJ, mantendo-se, assim, o entendimento da Corte de origem, que anulou a questão n. 22 e não anulou a questão n. 23. Por fim, no REsp 1.480.711/CE, também não se analisou o mérito recursal, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

Mister salientar que no REsp 1.491.156/SE, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, DJe de 20.3.2015, embora haja menção, nas razões de decidir, à questão n. 23, o certo é que o pedido da parte se refere apenas à anulação da questão n. 22, não servindo, assim, como precedente que favoreça a parte recorrente no quesito ora apreciado.

Logo, não há dissídio jurisprudencial em relação à questão de n. 23, sendo certo que a legalidade ou ilegalidade desta não foi examinada nesta Corte de Justiça, a qual se limitou a manter o entendimento das Cortes locais, fosse pela sua anulação, fosse pela sua legalidade.

Nesse aspecto específico, portanto, não prospera o presente recurso especial, mostrando-se imperativa a aplicação da Súmula 7/STJ, na medida em que o TRF da 1ª Região foi categórico ao afirmar que a questão referida insere-se nos conhecimentos atinentes ao raciocínio lógico e noções de estatística, com bibliografia especificada e anotação expressa no anexo IV do edital n. 1/2009 – DPRF, de 12.08.2009. Não se verifica, pois, no particular, flagrante ilegalidade relacionada à inobservância aos requisitos do edital, capaz de propiciar a interferência do Poder Judiciário.

Para que não pairem dúvidas, destaco, ainda, os seguintes julgados, cujos pedidos versam sobre a anulação das questões n. 22 e 23 do concurso público em testilha, mas cuja análise *não* ultrapassa o juízo de admissibilidade, ou seja,

não há incursão no mérito da controvérsia, seja pela aplicação da Súmula 7/STJ, seja por ausência de prequestionamento ou aplicação da Súmula 284/STF: AREsp 557.295/CE, Relatora Ministra Assussete Magalhães, DJe de 7.5.2015; AREsp 376.903/RN, Relator Ministro Sérgio Kukina, DJe de 3.2.2015; REsp 1.468.492/PR, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe de 3.7.2015; e REsp 1.480.711/CE, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe de 8.10.2014.

Por outro lado, os recursos a seguir versaram sobre a questão de n. 22, sem abranger impugnação relativa à questão de n. 23, e também *não* passaram do juízo de admissibilidade, senão vejamos: AREsp 502.875/RN, Relator Ministro Sérgio Kukina, DJe de 9.5.2014; AREsp 500.567/CE, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe de 21.5.2014; REsp 1.480.367/RS, Relatora Ministra Regina Helena Costa, DJe de 19.11.2015; AREsp 529.912/PE, Relator Ministro Og Fernandes, DJe de 1º.8.2014; AREsp 664.680/PE, Relator Ministro Sérgio Kukina, DJe de 3.3.2015; AREsp 557.782/PE, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe de 10.9.2014; e AREsp 577.114/RN, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe de 24.9.2014.

Diante dessas considerações, não há que se cogitar, na espécie, da anulação da questão n. 23, aplicando-se, nesse ponto, o óbice da Súmula 7/STJ.

Solução da controvérsia:

Conforme a fundamentação acima, entendo que, diante do dissídio jurisprudencial constatado, deve ser anulada a questão n. 22 do concurso em tela. Já em relação à questão n. 23, mostra-se insuperável, na espécie, o óbice da Súmula 7/STJ, não havendo jurisprudência sedimentada nesta Corte de Justiça que indique em sentido contrário.

Em conseqüência, não havendo nos autos elementos suficientes para identificar se o proveito obtido com a anulação da questão n. 22 será suficiente para garantir a participação dos candidatos, ora recorrentes, nas demais etapas do concurso em testilha e, tampouco, para aferir sobre a imediata nomeação no cargo, devem os autos retornar ao Tribunal de origem para que se verifique tal circunstância.

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, dou-lhe parcial provimento para declarar nula a questão n. 22 do certame em apreço. Determino, em consequência, o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que analise a suficiência de tal anulação para a continuidade, ou não, dos ora recorrentes no concurso em tela.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.643.873-SP (2016/0324383-2)

Relator: Ministro Og Fernandes
Recorrente: Fabio Cipriano de Siqueira
Advogado: Defensoria Pública do Estado de São Paulo
Recorrido: Estado de São Paulo
Procurador: Maria Cristina S M Toledo e outro(s) - SP071912
Recorrido: Selecta Comércio e Indústria S/A - Massa Falida
Advogado: Jorge Toshihiko Uwada - Administrador Judicial - SP059453
Recorrido: Município de São José dos Campos
Advogado: Sem representação nos autos - SE000000M

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Competência para julgamento de demandas cíveis ilíquidas contra massa falida em litisconsórcio com pessoa jurídica de direito público. Jurisprudência da Segunda Seção deste STJ quanto ao primeiro aspecto da discussão. Incidência do art. 6º, § 1º, da Lei n. 11.101/2005. Competência do Juízo Cível competente para o exame da ação de conhecimento. Exceção ao Juízo Universal da Falência. Constando do polo passivo de demanda ilíquida, além da massa falida, pessoa jurídica de direito público, deve ser fixada a competência em favor do Juízo da Fazenda Pública, segundo as normas locais de organização judiciária. Recurso conhecido e provido. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, c/c o art. 256-N e seguintes do Regimento Interno do STJ.

1. O fundamento essencial desta demanda diz respeito à competência para julgar demandas cíveis ilíquidas contra a massa falida quando no polo passivo se encontram, como litisconsortes passivos, pessoas de direito público, no caso, o Estado de São Paulo e o Município de São José dos Campos. Assim, este feito que, em tese, estaria na jurisdição da Segunda Seção deste STJ, caso o litígio fosse estabelecido apenas entre a massa falida e uma pessoa de direito privado, foi deslocado para esta Primeira Seção, em vista da presença

no polo passivo daquelas nominadas pessoas jurídicas de direito público.

2. A jurisprudência da Segunda Seção desta STJ é assente no que concerne à aplicação do art. 6º, § 1º, da Lei n. 11.101/2005 às ações cíveis ilíquidas – como no caso em exame –, fixando a competência em tais casos em favor do juízo cível competente, excluído o juízo universal falimentar. Precedentes: CC 122.869/GO, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 22.10.2014, DJe 2.12.2014; CC 119.949/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 12.9.2012, DJe 17.10.2012.

3. A Quarta Turma desta Corte Superior, por ocasião do julgamento do AgRg no REsp 1.471.615/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, julgado em 16.9.2014, DJe 24.9.2014, assentou que se fixa a competência do juízo cível competente, por exclusão do juízo universal falimentar, tenha sido, ou não, a demanda ilíquida interposta antes da decretação da quebra ou da recuperação judicial: "A decretação da falência, a despeito de instaurar o juízo universal falimentar, não acarreta a suspensão nem a atração das ações que demandam quantia ilíquida: se elas já tinham sido ajuizadas antes, continuam tramitando no juízo onde foram propostas; se forem ajuizadas depois, serão distribuídas normalmente segundo as regras gerais de competência. Em ambos os casos, as ações tramitarão no juízo respectivo até a eventual definição de crédito líquido."

4. Aplicada a jurisprudência da Segunda Seção desta Corte Superior, no que concerne à relação jurídica prévia – competência para resolver sobre demandas cíveis ilíquidas propostas contra massa falida –, a resolução da segunda parte da questão de direito se revela simples. É que, tratando-se de ação cível ilíquida na qual, além da massa falida, são requeridos o Estado de São Paulo e o Município de São José dos Campos, pessoas jurídicas de direito público, será competente para processar e julgar o feito o juízo cível competente para as ações contra a Fazenda Pública, segundo as normas locais de organização judiciária.

5. Tese jurídica firmada: *A competência para processar e julgar demandas cíveis com pedidos ilíquidos contra massa falida, quando em litisconsórcio passivo com pessoa jurídica de direito público, é do juízo cível no qual for proposta a ação de conhecimento, competente para julgar ações*

contra a Fazenda Pública, de acordo as respectivas normas de organização judiciária.

6. Recurso especial conhecido e provido.

7. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e art. 256-N e seguintes do Regimento Interno deste STJ.

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, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Francisco Falcão, Herman Benjamin e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Compareceu à sessão, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, pelo recorrente.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 19.12.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de recurso especial interposto por Fábio Cipriano de Siqueira, nos autos de demanda na qual contende com Selecta Comércio e Indústria S.A. – Massa Falida, Estado de São Paulo e Município de São José dos Campos/SP, em oposição a aresto proferido pelo e. TJ/SP, assim ementado (e-STJ, fl. 384):

> Agravo de instrumento. Responsabilidade civil. Falência da empresa Agravada decretada antes da propositura da ação indenizatória. "Vis atractiva". Competência do juízo falimentar para a apreciação da matéria. Decisão mantida.
>
> Agravo não provido.

Alega o recorrente, inicialmente, que o feito se reporta a demanda repetitiva, devendo ser encaminhado para afetação sob o rito dos recursos

especiais repetitivos, diante da multiplicidade de ações idênticas em trâmite na Justiça do Estado de São Paulo sobre a matéria.

No mérito, aduz, em síntese, que o aresto combatido deve ser reformado, porque o caso em análise se enquadra na exceção prevista nos arts. 6º, § 1º, e 76 da Lei n. 11.101/2005; c/c o art. 24, § 2º, II, do Decreto-Lei n. 7.661/1945, citando, destarte, vários julgados de outras Cortes estaduais em sentido contrário ao acórdão do e. TJ/SP.

Em síntese, requer a afetação do recurso sob o rito dos repetitivos e, no mérito, o seu provimento, para o fim de reformar o aresto recorrido.

A recorrida – Selecta Comércio e Indústria S.A. - Massa Falida – ofereceu contrarrazões (e-STJ, fls. 428-435), alegando que o acórdão recorrido deve ser mantido, porque bem aplicou o disposto pelo art. 7º, §§ 2º e 3º, c/c o art. 24, §§ 1º, 2º e 3º, todos do Decreto-Lei n. 7.661/1945. Destaca que a jurisprudência do STJ apenas ressalva a competência dos demais juízos, à exceção do juízo universal da falência, quando a ação tenha sido proposta antes da decretação da quebra da sociedade empresária, o que não é o caso destes autos.

Com base nessas considerações, espera seja o recurso especial inadmitido e, no mérito, improvido.

Admitido, o recurso especial foi indicado como representativo de controvérsia, por decisão proferida pelo e. TJ/SP (e-STJ, fls. 439-443).

Em seu parecer, o Ministério Público Federal opina pelo acolhimento da proposta de afetação deste recurso especial ao rito dos repetitivos (e-STJ, fls. 472-473).

A recorrida acosta petição, acompanhada de cópia de precedente, no qual sustenta que foi firmada a competência do juízo universal da falência, em caso similar ao da presente demanda (e-STJ, fls. 475-480).

O Ministro Presidente da Comissão Gestora de Precedentes assinalou a indicação deste feito como representativo de controvérsia (e-STJ, fls. 484-487).

O recurso foi afetado para julgamento sob a sistemática dos recursos repetitivos perante a Primeira Seção (e-STJ, fls. 509-517).

O Ministério Público Federal pugna pelo provimento do recurso (e-STJ, fls. 525-531).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): No caso em exame, por ocasião da afetação deste recurso à sistemática dos recursos repetitivos, a tese representativa da controvérsia ficou delimitada nos seguintes termos: Competência para processo e julgamento de demandas com pedidos ilíquidos contra massa falida – se é competente o juízo no qual se processa o feito falimentar ou o juízo cível em que proposta a ação de conhecimento respectiva.

No presente momento, cabe algumas considerações prévias, antes de adentrar ao exame do mérito.

Inicialmente, esclareço que o fulcro da demanda diz respeito à competência para julgar demandas cíveis ilíquidas contra a massa falida, quando no polo passivo se encontram, como litisconsortes passivos, pessoas de direito público, no caso, o Estado de São Paulo e o Município de São José dos Campos.

Assim, esta demanda que, em tese, estaria na jurisdição da Segunda Seção deste STJ, caso o litígio fosse estabelecido apenas entre a massa falida e uma pessoa de direito privado, foi deslocada para esta Primeira Seção, em vista da presença no polo passivo daquelas nominadas pessoas de direito público.

Dessa forma, a tese representativa desta controvérsia, para guardar fidedignidade ao quanto debatido nestes autos e para evitar qualquer usurpação de competência da eg. Segunda Seção, fica estabelecida nos seguintes termos:

Competência para processo e julgamento de demandas cíveis com pedidos ilíquidos contra massa falida em litisconsórcio passivo com pessoa jurídica de direito público: se é competente o juízo no qual se processa o feito falimentar ou o juízo cível em que proposta a ação de conhecimento respectiva.

Assim, serão alinhados os fundamentos relevantes postos no que pertine à questão jurídica debatida.

Fundamentos relevantes da questão jurídica discutida (art. 984, § 2º, c/c o art. 1.038 do CPC/2015 e art. 104-A, I, do RISTJ):

A parte recorrente afirma como fundamentos relevantes da questão debatida neste feito o fato de o caso se enquadrar na "exceção à regra da *vis atractiva* do juízo falimentar", conforme arts. 6º, § 1º, e 76 da Lei n. 11.101/2005, bem como art. 24, § 2º, inc. II, do Decreto-Lei n. 7.661/1945, o que afastaria, "no caso concreto, a competência do juízo falimentar".

Sustenta o recorrente que "a universalidade indica a previsão de um só juízo para todas as medidas judiciais, todos os atos relativos ao devedor empresário.

Todas as ações e processos estarão na competência do juízo da recuperação, *salvo as exceções previstas na própria lei*".

Argumenta que, dentre as exceções previstas na própria legislação de regência, estão as demandas trabalhistas e os processos da competência do juízo federal. No caso desses últimos, no que concerne aos créditos de natureza tributária, "afastados que estão tanto da habilitação na falência, quanto da competência do juízo universal". Cita, ainda, outra exceção, construída pela jurisprudência, no que se refere às demandas de usucapião especial propostas em face da massa falida, as quais devem ser julgadas no foro da situação do imóvel, e não no foro do juízo falimentar.

Esclarece que, tratando-se de obrigação ilíquida, quando "o seu objeto depende de prévia apuração", existe uma incerteza dessa obrigação, sendo que a "definição exata do valor dependerá de um futuro procedimento de liquidação da sentença, cujo início se dará após o término da fase de conhecimento".

A parte recorrente invoca, assim, a disciplina dos dispositivos legais acima citados, bem como julgados dos tribunais pátrios, especialmente desta Corte Superior.

De sua parte, os fundamentos relevantes debatidos pela recorrida dizem respeito ao fato de, no caso, a quebra ter ocorrido antes da vigência da novel Lei n. 11.101/2005, razão pela qual a "competência discutida como mérito do recurso especial se processa pela antiga Lei de Falências, qual seja o Dec.-Lei n. 7.661/1945".

Invoca, em favor da sua tese, a aplicação do art. 7º, §§ 2º e 3º, do Decreto-Lei n. 7.661/1945, em contraponto à arguição de suposta ofensa aos dispositivos do art. 24, §§ 1º e 2º, do mesmo Diploma legal.

Argumenta que o disposto no art. 24, § 2º, inc. II, do Decreto-Lei n. 7.661/1945 "não se aplica à espécie, na medida em que referido dispositivo é de clareza absoluta ao dispor que a exceção à universalidade do Juízo da Quebra ocorre em caso de ações ilíquidas que "***antes da falência, hajam iniciado***" (grifos no original).

Dessa forma, os fundamentos relevantes que deverão ser enfrentados no julgamento deste recurso dizem respeito aos seguintes pontos: a) se ao caso se aplica a exceção prevista pelo art. 6º, § 1º, da Lei n. 11.101/2005, ou a regra contida no art. 76 do mesmo Diploma legal; b) a incidência, ou não, ao caso dos arts. 7º, § 2º e 3º, e 24, § 2º, II, todos do Decreto-Lei n. 7.661/1945.

Fundamentos determinantes do julgado (art. 984, § 2º, c/c o art. 1.038, do CPC/2015 e art. 104-A, I, do RISTJ):

Os dispositivos legais cuja aplicação é questionada na presente demanda são os seguintes:

Decreto-Lei n. 7.661/1945:

> Art. 7º É competente para declarar a falência o juiz em cuja jurisdição o devedor tem o seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fora do Brasil.
>
> [...]
>
> 2º O juízo da falência é indivisível e competente para todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e negócios da massa falida, as quais serão processadas na forma determinada nesta lei.
>
> 3º Não prevalecerá o disposto no parágrafo anterior para as ações, não reguladas nesta lei, em que a massa falida seja autora ou litisconsorte.
>
> [...]
>
> Art. 24. As ações ou execuções individuais dos credores, sobre direitos e interesses relativos à massa falida, inclusive as dos credores particulares de sócio solidário da sociedade falida, ficam suspensas, desde que seja declarada a falência até o seu encerramento.
>
> [...]
>
> § 2º Não se compreendem nas disposições deste artigo, e terão prosseguimento com o síndico, as ações e execuções que, antes da falência, hajam iniciado:
>
> [...]
>
> II - os que demandarem quantia ilíquida, coisa certa, prestação ou abstenção de fato.

Lei n. 11.101/2005:

> Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.
>
> § 1º Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida.
>
> [...]
>
> Art. 76. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.

> Parágrafo único. Todas as ações, inclusive as excetuadas no *caput* deste artigo, terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida, sob pena de nulidade do processo.

No caso em exame, a falência da requerida Selecta Comércio e Indústria S.A. foi decretada no âmbito do Processo n. 0713297-16.1989.8.26.0100, ou seja, ainda no ano de 1989. Nessa época, vigente era o Decreto-Lei n. 7.661/1945.

Ocorre que a presente demanda de conhecimento, contendo pedido ilíquido, no bojo da qual é discutida a competência do juízo falimentar, foi proposta somente no ano de 2015.

Dessa forma, a primeira questão que deve ser resolvida é: aplica-se ao caso a Lei n. 11.101/2005 ou o Decreto-Lei n. 7.661/1945?

Pois bem.

No caso das demandas atinentes aos respectivos processos de falência, nenhuma dúvida subsiste porque o art. 192 da Lei n. 11.101/2005 dispõe que "esta Lei não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que serão concluídos nos termos do Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945".

Todavia, a interpretação - que deve ser restritiva - conduz à aplicação do estatuto jurídico anterior "aos processos de falência ou de concordata ajuizados" anteriormente à vigência da lei nova.

Mas, a incidência de tal regra diz somente com os processos de falência ou de concordata, não podendo abranger demandas correlatas, especialmente, como no caso, que se reporta a um processo cível na fase de conhecimento - demanda ilíquida - proposta em face da massa falida (com litisconsortes passivos pessoas de direito público) por fato ocorrido supervenientemente à decretação da quebra e já sob a vigência da novel lei.

Trata-se, pois, o art. 192 da Lei n. 11.101/2005 de norma de direito material, a abranger os processos de falência e de concordata ajuizados sob a vigência do Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, bem como questões ínsitas ao direito material falimentar, a exemplo dos critérios de classificação de créditos habilitandos.

Dessa forma, para o caso em exame, não há de se falar em aplicação do regramento contido no aludido Decreto-Lei n. 7.661/1945, desde quando se trata de saber da competência para processar e julgar demanda cível ilíquida

proposta já sob a vigência da Lei n. 11.101/2005 e que tem relação com fato ocorrido posteriormente à decretação da falência da empresa.

Sem dúvida que se deve aplicar o regramento contido no art. 6º da Lei n. 11.101/2005, o qual, inclusive, foi mais restritivo do que o vigente anteriormente, até porque o seu § 1º limita ainda mais as exceções à competência universal do juízo falimentar, quando se compara com a redação similar anterior do art. 24, *caput*, e § 2º, II, do Decreto-Lei n. 7.661/1945.

Não é outro o entendimento externado pela Segunda Seção desta Corte Superior, quando assim consigna:

> Conflito positivo de competência. Falência. Ação de rescisão contratual por inadimplemento cumulada com pedido de perdas e danos e multa. Juízos Cível Comum e Falimentar. Demanda relativa à quantia ilíquida. Competência do juízo em que estiver sendo processada a ação de conhecimento.
>
> 1. O art. 24, § 2º, II, do Decreto-Lei n. 7.661/1945 foi revogado com o advento da Lei n. 11.101/2005 (art. 6º, § 1º), acarretando redução das hipóteses que não se submetem aos efeitos da falência/recuperação. *Assim, as demandas relativas à quantias ilíquidas continuam tramitando no juízo em que estiverem sendo processadas*.
>
> [...]
>
> 4. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Curitiba/PR.
>
> (CC 122.869/GO, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 22.10.2014, DJe 2.12.2014) (grifos acrescidos)

> Conflito de competência. Recuperação judicial. Contrato de arrendamento rural. Ação de resolução contratual cumulada com despejo e cobrança. Preservação da empresa. Art. 47 da Lei n. 11.101/2005.
>
> 1. O art. 24, § 2º, II, do Decreto-Lei n. 7.661/1945 teve sua redação alterada com o advento da Lei n. 11.101/2005 (art. 6º, § 1º), acarretando redução das hipóteses que não se submetem aos efeitos da falência/recuperação. *Assim, apenas as demandas relativas à quantias ilíquidas continuam tramitando no juízo em que estiverem sendo processadas, excluídas aquelas relativas à coisa certa, prestação ou abstenção de fato.*
>
> [...]
>
> 5. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 8ª Vara Cível de São José do Rio Preto/SP.
>
> (CC 119.949/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 12.9.2012, DJe 17.10.2012) (grifos acrescidos)

No que concerne à aplicação do comando do § 1º do art. 6º da Lei n. 11.101/2005 às demandas ilíquidas propostas, antes ou depois da quebra, a jurisprudência da Segunda Seção desta Corte Superior é assente, como se observa dos julgados abaixo, oriundos da Quarta Turma, prolatados em feitos nos quais foi discutido o alcance do citado dispositivo legal:

> Agravo interno nos embargos de declaração no recurso especial. Ação de rescisão de contrato. Falência. Competência do juízo em que estiver sendo processada a ação de conhecimento. Agravo não provido.
>
> 1. Tratando-se de demandas cujos pedidos são ilíquidos, a ação de conhecimento deverá prosseguir, não havendo falar em competência absoluta do Juízo Falimentar para apreciar e julgar a demanda, nos termos do artigo 6º, § 1º, da Lei n. 11.101/2005. Precedentes.
>
> 2. Agravo interno não provido.
>
> (AgInt nos EDcl no REsp 1.617.538/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 1º.12.2016, DJe 7.12.2016)

> Recurso especial. Recuperação judicial. Violação ao art. 535 do CPC. Não ocorrência. Discussão sobre inclusão de crédito em plano de recuperação judicial. Ação de indenização por danos morais. "Demanda ilíquida". Aplicação do § 1º do art. 6º da Lei n. 11.101/2005. Crédito referente à ação indenizatória. Obrigação existente antes do pedido de soerguimento. Inclusão no plano de recuperação. Violação ao art. 59 da Lei n. 11.101/2005. Recurso provido.
>
> [...]
>
> 3. A ação na qual se busca indenização por danos morais - caso dos autos - é tida por "demanda ilíquida", pois cabe ao magistrado avaliar a existência do evento danoso, bem como determinar a extensão e o valor da reparação para o caso concreto.
>
> 4. Tratando-se, portanto, de demanda cujos pedidos são ilíquidos, a ação de conhecimento deverá prosseguir perante o juízo na qual foi proposta, após o qual, sendo determinado o valor do crédito, deverá ser habilitado no quadro geral de credores da sociedade em recuperação judicial. Interpretação do § 1º do art. 6º da Lei n. 11.101/2005.
>
> [...]
>
> 8. Recurso especial provido.
>
> (REsp 1.447.918/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 7.4.2016, DJe 16.5.2016)

> Agravo regimental no recurso especial. Agravo de instrumento interposto contra decisão que reconheceu a conexão. Ação que demanda quantia ilíquida.

> Afastamento da competência do Juízo Universal da Falência. Decisão que negou seguimento ao recurso especial. Insurgência do agravante/falido.
>
> 1. A decretação da falência, a despeito de instaurar o juízo universal falimentar, não acarreta a suspensão nem a atração das ações que demandam quantia ilíquida: se elas já tinham sido ajuizadas antes, continuam tramitando no juízo onde foram propostas; se forem ajuizadas depois, serão distribuídas normalmente segundo as regras gerais de competência. Em ambos os casos, as ações tramitarão no juízo respectivo até a eventual definição de crédito líquido.
>
> [...]
>
> 3. Agravo regimental desprovido.
>
> (AgRg no REsp 1.471.615/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 16.9.2014, DJe 24.9.2014)

No voto condutor proferido no julgamento do AgRg no REsp 1.471.615/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, cuja ementa acima foi transcrita, consta trecho significativo que bem resume a questão:

> Portanto, a decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial, a despeito de instaurarem o juízo universal (falimentar ou recuperacional, conforme o caso), não acarretam a suspensão nem a atração das ações que demandam quantia ilíquida: se elas já tinham sido ajuizadas antes, continuam tramitando no juízo onde foram propostas; se forem ajuizadas depois, serão distribuídas normalmente segundo as regras gerais de competência. Em ambos os casos, as ações tramitarão no juízo respectivo até a eventual definição de crédito líquido.
>
> Assim, como no caso em questão se está diante de ação de obrigação de fazer c/c ação indenizatória, é patente a iliquidez da quantia demandada, por se tratar de processo de conhecimento em trâmite sob o rito ordinário. Por conseguinte, a força atrativa do juízo universal falimentar não se opera.
>
> [...]
>
> Com efeito, pouco importa se a ação que demanda quantia ilíquida foi proposta antes ou depois da decretação da falência, pois em ambas as situações ela não sofrerá os efeitos da força atrativa do juízo universal falimentar. Conforme exposto na decisão agravada, se a ação foi ajuizada antes da quebra, continua tramitando no juízo onde foi proposta. Se, por outro lado, foi ajuizada depois da quebra, será distribuída normalmente segundo as regras gerais de competência. Em ambos os casos, frise-se, as ações tramitarão no juízo respectivo até a eventual definição de crédito líquido.

Assim, verifica-se que, no âmbito da Segunda Seção desta Corte Superior - competente para o exame primacial desta matéria -, inexiste dúvida acerca da aplicação do comando do art. 6º, § 1º, da Lei n. 11.101/2005 ao caso em exame.

Frise-se, mais uma vez, que o deslinde dessa controvérsia somente se encontra nesta Primeira Seção - competente para demandas de direito público -, em razão de o polo passivo da demanda constar pessoas jurídicas de direito público.

Dessa forma, aplicada a jurisprudência da Segunda Seção desta Corte Superior, no que concerne à relação jurídica prévia - competência para resolver sobre demandas ilíquidas propostas contra massa falida -, a resolução da segunda parte da questão de direito se revela simples.

É que, tratando-se de demanda cível ilíquida na qual, além da massa falida, são requeridos o Estado de São Paulo e o Município de São José dos Campos, pessoas jurídicas de direito público, será competente para processar e julgar o feito o juízo cível competente para as ações contra a Fazenda Pública, segundo as normas locais de organização judiciária.

Tese jurídica firmada (inciso III do art. 104-A do RISTJ):

Para efeito de cumprimento do requisito legal e regimental, firma-se a seguinte tese: *A competência para processar e julgar demandas cíveis com pedidos ilíquidos contra massa falida, quando em litisconsórcio passivo com pessoa jurídica de direito público, é do juízo cível no qual for proposta a ação de conhecimento, competente para julgar ações contra a Fazenda Pública, de acordo as respectivas normas de organização judiciária*.

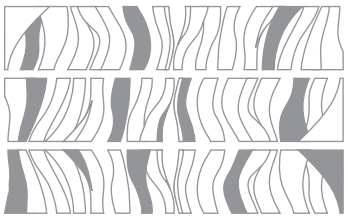
Solução dada ao caso concreto (inciso IV do art. 104-A do RISTJ):

No caso, o aresto prolatado pelo eg. TJ/SP concluiu que a competência seria do juízo falimentar, razão pela qual deve ser reformado para se adequar à tese firmada neste julgamento e fixar a competência do juízo onde proposta a demanda inicialmente.

Ante o exposto, conheço e dou provimento ao recurso especial.

Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e art. 256-N do Regimento Interno do STJ.

É como voto.



Primeira Turma

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 282.630-PI (2013/0006749-7)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Relator para o acórdão: Ministro Sérgio Kukina
Agravante: Jandira Freitas Lira Evristo Cardoso
Advogado: Marcos Antônio Cardoso de Souza e outro(s) - PI003387
Agravado: União
Agravado: Ministério Público Federal
Agravado: Fundação Nacional de Saúde - Funasa
Repr. por: Procuradoria-Geral Federal

EMENTA

Administrativo. Improbidade administrativa. Recusa deliberada do gestor público em cumprir o dever de prestar contas de verba repassada à Municipalidade por meio de convênio. Presença do dolo genérico assentada pelas instâncias de origem. Desnecessidade de comprovação da existência de dano ao erário. Ato ímprobo configurado.

1. Caso em que restou devidamente configurada a conduta ímproba praticada pela agravante, consistente na deliberada recusa ao cumprimento do dever de prestar contas de verba repassada à Municipalidade por meio de convênio, nos termos do art. 11, inc. VI, da Lei n. 8.429/1992, tipo que prescinde da ocorrência de dano ao erário e exige, tão somente, a presença do elemento subjetivo dolo genérico.

2. Agravo em recurso especial conhecido para negar provimento ao recurso especial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator e Benedito Gonçalves, conhecer do agravo para negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Sérgio Kukina, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Sérgio Kukina os Srs. Ministros Regina Helena Costa (Presidente) e Gurgel de Faria.

Brasília (DF), 30 de novembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 19.12.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Agrava-se de decisão que negou seguimento a Recurso Especial interposto por *Jandira Freitas Lira Evaristo Cardoso*, ex-Prefeita Municipal de São Miguel do Tapuio/PI, com fundamento no art. 105, III, alínea *c* da Constituição Federal, no qual se insurgiu contra acórdão proferido pelo egrégio TRF da 1a. Região, assim ementado:

> Processo Civil. Improbidade administrativa. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Ex-Prefeita Municipal. Inaplicabilidade do entendimento adotado no julgamento da Reclamação 2.138-6/DF. Art. 11, inciso VI, da Lei n. 8.429/1992. Ausência de prestação de contas. Comprovação.
>
> 1. Preclusão - Ré foi intimada da decisão que indeferiu a prova pericial e não recorreu, operando-se a preclusão quanto ao que foi decidido.
>
> 2. Em se tratando de ação civil pública por ato de improbidade administrativa dirigida contra o chefe do Poder Executivo municipal, é competente para o seu processamento e julgamento o órgão jurisdicional de primeiro grau de jurisdição, apresentando-se como inaplicável o precedente do egrégio Supremo Tribunal Federal consubstanciado na Reclamação 2.318/DF - Distrito Federal.
>
> 3. Merece ser mantida a sentença recorrida que entendeu estarem presentes os elementos de convicção ensejadores de decreto condenatório, uma vez que a conduta perpetrada pela apelante caracteriza o ato de improbidade administrativa descrito no art. 11, VI, da Lei n. 8.429/1992.
>
> 4. Na hipótese, não logrou a apelante desconstituir os fundamentos da sentença, devidamente embasada na prova produzida durante a instrução processual.
>
> 5. Apelação improvida (fls. 619).

2. Nas razões do seu Apelo Especial inadmitido, sustenta violação do art. 11, VI da Lei n. 8.429/1992, ao argumento de que há necessidade do elemento subjetivo na conduta do agente público para que reste configurado qualquer ato de improbidade administrativa. Aduz que *enquanto para o TRF o simples ato de cometimento da conduta já tipifica o enquadramento no caso e a responsabilização*

do agente, o STJ entende que necessariamente deve restar configurada no caso a subjetividade da conduta, ou seja, o dolo, algo que não se verifica nos autos (fls. 659).

3. Por parecer de fls. 752/756, a ilustre representante do Ministério Público Federal *Maria Caetana Cintra Santos* opinou pelo desprovimento do Recurso.

4. É o relatório.

VOTO VENCIDO

Ementa: Processual Civil e Administrativo. Imputação da prática de ato de improbidade administrativa. Ausência de prestação de contas em convênio firmado com a FUNASA, a época em que a parte ré era gestora municipal. Indispensabilidade de comprovação do dolo do agente, para configurar-se improbidade, nos casos do art. 11 da Lei n. 8.429/1992. Carência de demonstração probatória consistente quanto à imputação de conduta dolosa do agente. Agravo em recurso especial a que se dá provimento para afastar sua condenação por improbidade administrativa, em desconformidade com o parecer do MPF.

1. O Tribunal *a quo* não demonstrou a presença do indispensável elemento subjetivo do agente; pelo contrário, malgrado o acórdão recorrido mantivesse a condenação da recorrente por improbidade administrativa capitulada no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, tal como a sentença condenatória, assentou o elemento subjetivo do agente perpetrado no dolo genérico, por se entender que a ausência de prestação de contas, por si só, é suficiente para caracterizar a conduta dolosa.

2. Essa orientação que não tem o abono jurisprudencial do STJ, que exige a comprovação do dolo como elemento da conduta, para submeter legitimamente o infrator às iras do art. 11 da Lei n. 8.429/1992; precedentes: REsp 1.478.274/MT, Rel. Min. *Herman Benjamin*, DJe 31.3.2015; AgRg no REsp 1.191.261/RJ, Rel. Min. *Humberto Martins*, DJe 25.11.2011; o dolo deve ser verificado na conduta, na maquinação, na maldade, na malícia do agente, sendo isso o que deve ser demonstrado e o que não foi, no caso em apreço.

3. Agravo em Recurso Especial a que se dá provimento para afastar sua condenação por improbidade administrativa, em desconformidade com o parecer do MPF.

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. O MPF ajuizou, em abril de 2003, Ação de Improbidade Administrativa contra *Jandira Freitas Lira Evristo Cardoso*, ex-Prefeita, alegando, em apertada síntese, que a ré não prestou as devidas contas em convênios firmados pelo Município a época de sua gestão. Pediu a condenação dos acionados com esteio no art. 11 da Lei n. 8.429/1992 (ofensa a princípios reitores administrativos).

2. Em sentença, a pretensão foi acolhida, em ordem a condenar a demandada seguintes sanções: (a) ressarcimento integral do dano, no valor de R$ 10.000,00; (b) suspensão de seus direitos políticos por 3 anos; (c) pagamento de multa civil correspondente ao valor do vencimento mensal à época dos fatos; e (d) proibição de contratar com o Poder Público ou dele receber beneficios/ incentivos fiscais por 3 anos.

3. O TRF da 1ª Região manteve a condenação.

4. Pois bem. Cinge-se a controvérsia em analisar se a conduta imputada à demandada pode ser rotulada como ímproba.

5. Sobre o tema, esta Corte Superior tem o entendimento, já há muito sedimentado, de que é *indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei n. 8.429/1992, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10* (AIA 30/AM, Rel. Min. *Teori Albino Zavascki*, DJe 28.9.2011).

6. Note-se também o seguinte julgado:

> Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Improbidade administrativa. Demonstração do elemento subjetivo. Necessidade para a configuração do ato ímprobo. Incidência da Súmula n. 83/STJ. Agente público. Dolo ou má-fé na conduta. Não comprovação. Revisão. Impossibilidade. Súmula n. 7/STJ. Argumentos insuficientes para desconstituir a decisão atacada.
>
> 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 - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual, para a configuração do ato ímprobo, é necessária a análise do elemento subjetivo, qual seja, dolo nas condutas tipificadas nos arts. 9º e 11, ou ao menos culpa, quanto às condutas do art. 10 da Lei n. 8.429/1992.
>
> III - O recurso especial, interposto pela alínea a e/ou pela alínea c, do inciso III, do art. 105, da Constituição da República, não merece prosperar quando o

acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência dessa Corte, a teor da Súmula n. 83/STJ.

IV - *In casu*, rever o entendimento do Tribunal de origem, que consignou não restar comprovado o dolo ou má-fé na conduta do agente público, não caracterizando ato ímprobo, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 7/STJ.

V - O Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada.

VI - Agravo Interno improvido (AgInt no REsp 1.643.849/RJ, Rel. Min. Regina Helena Costa, DJe 22.05.2017).

Processual Civil. Improbidade administrativa. Ausência do elemento subjetivo e do dano ao erário. Matéria fático-probatória. Incidência da Súmula 7/STJ. Súmula 83/STJ. Recurso especial não conhecido. Histórico da demanda

(...).

5. O entendimento do STJ é de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10.

6. Ausente hipótese de evidente afastamento descuidado do elemento subjetivo pelo Tribunal *a quo*, modificar a conclusão a que chegou o acórdão recorrido demanda reexame do acervo fático-probatório dos autos, inviável em Recurso Especial, sob pena de violação da Súmula 7 do STJ. 7. Claro, não basta ao Tribunal *a quo* simplesmente afirmar a inexistência de dolo ou culpa, pois se impõe sempre que haja cabal e adequada fundamentação, com base nos elementos probatórios coligidos e no bom senso jurídico e ordinário. Inaceitável, assim, que, ao fazê-lo, viole-se a compreensão de verdades indiscutíveis, a ordem natural das coisas, ou despreze-se a razoabilidade que orienta e limita a compreensão de fatos e provas. Nenhum desses vícios, contudo, acha-se presente no acórdão recorrido.

8. Do repertório jurisprudencial do STJ se recolhe precedente que em bastante se assemelha à hipótese dos autos. Outra não foi a solução dada, senão a de afastar a aplicação da Lei n. 8.429/1992, de modo que a decisão recorrida estaria de acordo com o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido: AgRg no AREsp 329.609/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 9.10.2013; AgRg no REsp 1.368.125/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28.5.2013; AgRg no AREsp 383.775/GO, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 14.11.2014; AgRg no AREsp 206.256/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 20.3.2014; AgRg no AREsp

> 403.537/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 30.5.2014; REsp 1.298.417/RO, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22.11.2013, e REsp 1.383.649/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 17.9.2013.
>
> (...).
>
> 11. Recurso Especial não conhecido (REsp 1.655.359/GO, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 25.04.2017).

7. Nas palavras do Professor WALDO FAZZIO JUNIOR, em lição sobre dolo e culpa na temática da improbidade administrativa:

> (...) a figura do ato de improbidade culposo é simplesmente a equiparação de conduta culposa a ato de improbidade, por expresso desígnio legal. Ampliar uma inortodoxa figura de improbidade culposa, para os casos do art. 11, com todas as vênias, seria maximizar a infelicidade legislativa que a criou para o art. 10 e invadir seara que nem o legislador alvitrou invadir.
>
> Quando o legislador admite a conduta culposa, expressamente o declara, como o faz no art. 10. Se não a admite, no art. 11, é que não há, dado que não se pode querer pelo legislador, nem presumir que tenha se esquecido de expressá-lo e, menos ainda, dizer onde nada disse, punindo cidadãos por meras irregularidades sem dolo, à míngua de expressa previsão legal
>
> (...).
>
> Não há, pois, violação culposa dos princípios explicitados no art. 11. Ninguém é desonesto, desleal ou parcial por negligência. Ou o agente público labora movido pelo dolo (e pratica ato de improbidade) ou não se aperfeiçoa a figura do art. 11. Seja *in vigilando*, seja *in comittendo*, seja *in omittendo*, seja *in custodiendo*, a culpa não cabe na consideração dos atos de improbidade alocados no art. 11 (Improbidade Administrativa. São Paulo: Atlas, 2015, 305-306).

8. Na espécie, a ré foi acionada como incurso no art. 11 da LIA, que exige conduta dolosa. Não há registro no caderno processual, contudo, que a então Administradora Municipal tenha atuado com o *animus* de praticar ofensa aos elevados princípios que regem a Administração Pública, como o caráter malsão ou a desonestidade em prestar as contas, até mesmo para esconder algum outro ilícito, como por exemplo, um desvio de verba.

9. Note-se, pelo aresto, que o eixo axial da condenação está situada na mera ilegalidade da ausência de prestar contas, sem contudo, imputar a malícia necessária e inerente ao ato doloso.

10. Assim, repita-se, não tendo sido associado à conduta do agente o elemento subjetivo doloso, qual seja, o propósito desonesto, não há que se

falar em cometimento de ato de improbidade administrativa; mais uma vez, deixa-se assinalado que a constatação de ato ímprobo não dispensa a análise demonstrativa do seu elemento subjetivo (dolo, no caso do art. 11 da Lei n. 8.429/1992), pois se assim não fosse, terminaria a atividade sancionadora aplicando o mesmo tratamento repressivo aos atos apenasmente ilegais e aos que revestissem a qualidade de maliciosos, de má-fé ou mesmo eivados de culpa grave; essa uniformidade já foi rejeitada por este STJ:

> Processual Civil. Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Lei n. 8.429/1992. Ressarcimento de dano erário. Imprescritibilidade. Contratação de servidores sem concurso público. Ausência de dano ao erário e de má-fé (dolo). Aplicação das penalidades. Princípio da proporcionalidade. Divergência indemonstrada.
>
> 1. O caráter sancionador da Lei n. 8.429/1992 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.
>
> 2. A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve se realizada *cum granu salis*, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além de que o legislador pretendeu.
>
> 3. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.
>
> 4. À luz de abalizada doutrina: "A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, §4º). A probidade administrativa consiste no dever de o "funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer". O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem(...)." *in* José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 24a. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p-669.

> 5. O elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, *in casu*, inexistente, por isso que a ausência de dano ao patrimônio público e de enriquecimento ilícito dos demandados, tendo em vista a efetiva prestação dos serviços, consoante assentado pelo Tribunal local à luz do contexto fático encartado nos autos, revelam a desproporcionalidade da sanção imposta à parte, ora recorrente, máxime porque não restou assentada a má-fé do agente público, ora Recorrente, consoante se conclui do voto condutor do acórdão recorrido: "Baliza-se o presente recurso no exame da condenação do Apelante em primeiro grau por ato de improbidade, em razão da contração de servidores sem a realização de concurso público. Com efeito, a tese do Apelante está adstrita ao fato de que os atos praticados não o foram com dolo ou culpa grave, mas apenas decorreram da inabilidade do mesmo, além de não terem causado prejuízo ao erário (..)"
>
> 6. Consectariamente, o Tribunal local incidiu em *error in judicando* ao analisar o ilícito somente sob o ângulo objetivo.
>
> (...).
>
> 13. Recurso Especial provido (REsp 909.446/RN, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 22.04.2010).

11. Diante do exposto, dá-se provimento ao Agravo em Recurso Especial, regularmente interposto, em desconformidade com o parecer do MPF.

12. É como voto.

VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Com as mais respeitosas vênias, ouso discordar do eminente Relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Com efeito, entendo que restou devidamente configurada a conduta ímproba praticada pela agravante, consistente na deliberada recusa ao cumprimento do dever de prestar contas de verba repassada à Municipalidade por meio de convênio, nos termos do art. 11, inc.VI, da Lei n. 8.429/1992, ***tipo que prescinde da ocorrência de dano ao erário e exige, tão somente, a presença do elemento subjetivo dolo genérico***.

Confira-se a propósito, a seguinte ementa, na parte que interessa:

> Administrativo. Ação civil pública. [...] Improbidade administrativa. Violação de princípios. Moralidade, interesse público e legalidade. Ausência de prestação de contas. Possibilidade. Precedentes.

[...]

4. A conduta do agente se amolda ao disposto no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, pois atenta contra os princípios da administração pública, em especial interesse público, legalidade e da moralidade, bem como, da publicidade. As considerações feitas pelo Tribunal de origem *não* afastam a prática do ato de improbidade administrativa por violação de princípios da administração pública, uma vez que foi constatado o elemento subjetivo dolo na conduta do agente, mesmo na modalidade genérica, o que permite o reconhecimento de ato de improbidade administrativa.

5. Não se pode aceitar que prefeitos não saibam da ilicitude da não prestação de contas. Trata-se de conhecimento mínimo que todo e qualquer gestor público deve ter. Demonstrada a conduta típica por meio de dilação probatória nas instâncias ordinárias, não se pode rediscutir a ausência de dolo em sede de recurso excepcional, haja vista o impedimento da Súmula 7/STJ.

6. No tocante ao alegado de que houve prestação de contas, não é possível analisar sem afastar o óbice da Súmula 7 desta Corte, uma vez que o acórdão expressamente afirmou e determinou a condenação por improbidade administrativa, exatamente por sua ausência.

Agravo regimental improvido.

(*AgRg no REsp 1.411.699/SP*, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 12.02.2015, DJe 19.02.2015)

Com essas breves considerações, conheço do agravo em recurso especial para negar provimento ao recurso especial.

É como voto.

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.330.842-MG (2011/0109678-0)

Relatora: Ministra Regina Helena Costa
Relator para o acórdão: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Agravante: Ataíde Vilela e outros
Advogado: Aldo Gurian Junior e outro(s) - MG063488
Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

EMENTA

Direito sancionador. Agravo interno em REsp. ACP por improbidade administrativa. Contratação de escritório de advocacia pelo então Prefeito do Município de Passos/MG para auxílio jurídico em período de assunção de mandato. Pretensão julgada improcedente pela Corte de origem. Acórdão reformado nesta Corte Superior por decisão monocrática, para condenar os demandados às sanções da Lei n. 8.429/1992. Pretensão, neste agravo interno, se restabeleça o acórdão das Alterosas. De fato, o Tribunal de origem, com esteio no quadro empírico represado no caderno processual, atestou a notória especialização dos profissionais e a singularidade do serviço, razão pela qual a contratação se encarta em inexigibilidade de licitação. Conduta ímproba inexistente. Agravo interno das partes demandadas provido para desprover o apelo raro do autor da ação.

1. Cinge-se a controvérsia em saber se resulta em ato de improbidade administrativa a contratação, sem prévio procedimento de licitação, para assessoramento jurídico de Prefeito, que estava a assumir mandato.

2. De início, é de se registrar o art. 5º do Código de Ética da nobre profissão de Advogado (Resolução 2/2015, do Conselho Federal/OAB), segundo o qual *o exercício da Advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização*.

3. Efetivamente, submeter a contratação do serviço advocatício a procedimento licitatório é estabelecer a lógica de *preço* e de *técnica* a questões que, enxergadas sob a ótica do mercado, perdem o seu valor. Sobre esse tema, vale conferir a tese do Professor MICHAEL SANDEL na obra *O que o dinheiro não compra* (Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2012). Certas situações, quando encaradas sob a perspectiva de compra e venda, se subvertem, isto é, no caso do serviço advocatício, o elemento confiança, que integra o conceito de melhor técnica, se perde quando se busca um profissional pelo *menor preço* a partir da licitação. Consequentemente, não se alcança a chamada *proposta mais vantajosa* para a Administração Pública, que nem sempre é *a mais em conta*.

4. Por consequência, pode-se dizer que todas as vezes em que o Administrador Público convoca diretamente um Advogado para

um serviço específico, a singularidade está automaticamente vertida na relação, uma vez que a confiança, por ser elemento integrativo fundamental entre Parte e Advogado, torna, por si só, única a contratação.

5. Mesmo que não se adote essa linha interpretativa, esta Corte Superior tem a diretriz de que *a contratação direta de serviços de Advocacia deve estar vinculada à notória especialização do prestador do serviço e à singularidade do objeto contratado (hipóteses incomuns e anômalos), caracterizando a inviabilidade de competição (Lei n. 8.666/1993 – arts. 25, II e 13, V), avaliada por um juízo de razoabilidade* (AgRg no AgRg no REsp 1.288.585/RJ, Rel. Min. *Olindo Menezes*, DJe 09.03.2016).

6. Na presente demanda, o Tribunal de origem, ao analisar os elementos factuais e probatórios que se represaram no caderno processual, atestou que *os profissionais tinham notória especialização* (fls. 1.219) *e desempenharam serviço singular* (transição de governo), razão pela qual a contratação estava dentro das exigências previstas na Lei n. 8.666/1993.

7. Há, no acórdão das Alterosas, informações suficientes a que esta Corte Superior mantenha o decreto absolutório, pois, constatada a notória especialização do Advogado e a singularidade dos serviços, não se pode concluir que a declaração de inexigibilidade de processo licitatório seja causa material de ato ímprobo. A decisão agravada merece reproche.

8. Agravo Interno das partes implicadas provido para desprover o Apelo Raro do autor da ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relatora (Presidente) e Gurgel de Faria, dar provimento ao Agravo Interno para negar provimento ao Recurso Especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho os Srs. Ministros Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina.

Brasília (DF), 07 de novembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 19.12.2017

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Trata-se de Agravo Interno interposto por ***Ataíde Vilela*** e ***José Donizetti Gonçalves*** contra a decisão que, nos termos do art. 557, §1º e §1º-A, do Código de Processo Civil de 1973, revogou decisão proferida anteriormente, dando provimento ao Recurso Especial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, fundamentada na ausência de singularidade do serviço de advocacia, para efeito da inexigibilidade de licitação prevista no art. 25, II, da Lei n. 8.666/1993, no caso ora analisado.

Sustentam os Agravantes, em síntese, que: *i)* a decisão agravada seria nula por revogar julgado anterior sem, contudo, apresentar motivação adequada; *ii)* deveria ter sido mantida a aplicação do óbice processual previsto na Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça; *iii)* o caso descrito nos autos não teria similitude com os precedentes invocados, pois "cuidou-se de contratação episódica, para um momento específico, a saber, a transição governamental, momento em que muitos temas de alta complexidade surgem e se faz necessária a atuação de um especialista para que não haja prejuízo na continuidade da prestação dos serviços públicos" (fl. 1.411e); *iv)* o recurso não poderia ter sido decidido monocraticamente pois não haveria jurisprudência dominante sobre o tema no Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, requerem o provimento do recurso, a fim de que seja reformada a decisão impugnada ou, alternativamente, sua submissão ao pronunciamento do colegiado.

Impugnação às fls. 1.421/1.424e.

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 para o presente Agravo Interno, embora o Recurso Especial estivesse sujeito ao Código de Processo Civil de 1973.

Não assiste razão aos Agravantes.

A motivação exposta na decisão agravada foi suficiente para elucidar as razões pelas quais o julgado monocrático anterior foi equivocado. É cediço que a jurisprudência desta Corte supera o óbice processual previsto na Súmula n. 7/STJ nos casos de mera revaloração jurídica dos fatos sobre os quais não há controvérsia acerca de sua ocorrência, da forma como definidos pelos tribunais de origem.

No caso, para que se analise a violação ao art. 25, II, da Lei n. 8.666/1993, não é necessário o reexame de provas, porquanto o tribunal *a quo* definiu com clareza os fatos submetidos à sua apreciação, afirmando haver singularidade do serviço contratado em razão de possível urgência e da confiança que o prefeito precisa ter no advogado (fl. 1.219e).

Não se reexaminou nem se reformou as premissas fáticas estabelecidas pelo acórdão que julgou a apelação; apenas deu-se nova interpretação jurídica, considerando que a possível urgência e a confiança mencionadas não atestam a singularidade do serviço para efeito da inexigibilidade de licitação prevista no art. 25, II, da Lei n. 8.666/1993, porquanto esta exige conhecimento especializado e notório.

Ademais, os precedentes invocados demonstram o entendimento mais recente de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte em situações análogas à debatida nestes autos, razão pela qual foram mencionados na decisão agravada, autorizando o julgamento monocrático do recurso.

Assim, em que pesem as alegações trazidas, os argumentos apresentados são insuficientes para desconstituir a decisão impugnada.

Dessa forma, deve ser mantida a decisão agravada, porquanto o acórdão proferido pelo tribunal de origem está em confronto com orientação desta Corte, segundo a qual a prestação de serviços advocatícios, para se revestir da característica de singularidade prevista no art. 25, II, da Lei n. 8.666/1993, exige conhecimento especializado e notório, diverso da ordinária atuação de advogados e assessores jurídicos.

Nessa linha:

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Art. 535 do CPC. Ausência de violação. Improbidade administrativa. ***Contratação de serviço de advocacia com inexigibilidade de licitação. Ausência de singularidade da atividade desenvolvida****. Conduta que atenta contra os princípios da administração pública (art. 11, I, da LIA). Multa cível que deve ser reduzida. Ausência de prejuízo ao erário. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Recurso especial parcialmente provido, divergindo do Ministro Relator, Napoleão Nunes Maia Filho.*

(REsp 1.571.078/PB, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 03.05.2016, DJe 03.06.2016, destaque meu).

Administrativo e Processual Civil. Acórdão recorrido. Publicação anterior à vigência do novo CPC. Repercussão geral da matéria pelo Supremo Tribunal Federal. Sobrestamento. Desnecessidade. Divergência jurisprudencial demonstrada. Improbidade administrativa. Contratação direta de serviço de advocacia pelo Município. Ausência de prejuízo no caso concreto. Violação dos arts. 3º, 13 e 25 da Lei de 8.666/1993 e 11 da Lei de 8.429/1992. Execução dos serviços contratados. Aplicação de multa civil em patamar mínimo.

Publicação do acórdão recorrido anteriormente à vigência do novo CPC

1. No caso, o Recurso Especial impugna acórdão publicado na vigência do CPC de 1973, sendo exigidos, pois, os requisitos de admissibilidade na forma prevista naquele código de ritos, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do STJ, conforme o Enunciado Administrativo 2, aprovado pelo Plenário do Superior Tribunal de Justiça em 9.3.2016.

Desnecessidade de sobrestamento do feito apesar de reconhecida a existência de repercussão geral sobre a matéria

2. A repercussão geral da matéria versada no Recurso Especial em exame foi reconhecida, nos autos do Recurso Extraordinário 656.558, cuja origem é o Agravo de Instrumento 791.811/SP.

3. Contudo, o pedido de sobrestamento do processo em decorrência da admissão de Recurso Extraordinário sob o regime da Repercussão Geral não deve ser acolhido. Isso porque, até a presente data, o relator do referido Recurso Extraordinário não proferiu decisão determinando a suspensão de todos os processos que tratam do mesmo assunto, nos termos do art. 1.035, § 5º, do CPC/2015.

4. Portanto, deve ser observada a jurisprudência desta Corte Superior, segundo a qual o reconhecimento da repercussão geral pelo STF não impõe, em regra, o sobrestamento dos Recursos Especiais pertinentes. Nesse sentido: EDcl no AgRg no REsp 1.468.858/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 9.6.2016, DJe 17.6.2016, AgInt no AREsp 880.709/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 9.6.2016, DJe 17.6.2016 Síntese da demanda

5. Trata-se na origem de Ação de Improbidade Administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra Sociedade de Advogados, tendo em vista a contratação desta, sem licitação, para fazer o acompanhamento de defesas do Município perante os Tribunais de Justiça e de Contas, além de atividade consultiva nas áreas de licitação e finanças públicas, no período de 2001 a 2004 pela quantia total de R$ 136.723,84 (cento e trinta e seis mil, setecentos e vinte e quatro reais e oitenta e quatro centavos), válidos para o referido período.

6. Em primeiro e segundo graus o pedido foi julgado improcedente.

7. No Recurso Especial, o Ministério Público Mineiro alega violação dos arts. 13, V, e 25, II, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 e 11, I, da Lei n. 8.429/1992.

Condições legais para a inexigibilidade de licitação: possibilidade de contratação de serviços advocatícios sem licitação

8. Nos termos do art. 13, V c/c art. 25, II, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 é possível a contratação de serviços relativos ao patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas sem procedimento licitatório. Contudo, para tanto, deve haver a notória especialização do prestador de serviço e a singularidade deste. A inexigibilidade é medida de exceção que deve ser interpretada restritivamente.

9. A singularidade envolve casos incomuns e anômalos que demandam mais que a especialização, pois apresentam complexidades que impedem sua resolução por qualquer profissional, ainda que especializado.

Contratação direta de serviços não singulares - violação dos arts. 13 e 25 da Lei n. 8.666/1993 e 11 da Lei n. 8.429/1992 - improbidade administrativa caracterizada - afronta aos princípios administrativos

10. Na demanda em análise, a municipalidade, a pretexto da singularidade dos serviços de advocacia, terceirizou em bloco, entre os anos de 2001 e 2004, com dispêndio de cerca de R$ 136.723,84 (cento e trinta e seis mil, setecentos e vinte e quatro reais e oitenta e quatro centavos, válidos para o referido período), atividades que são próprias e bem poderiam ter sido executadas pelos advogados que integram, com vínculo público, a Prefeitura de Visconde do Rio Branco-MG.

11. A leitura dos autos indica que o objeto dos sucessivos contratos (ao todo foram 04) era absolutamente genérico, pois consistente na prestação de serviços técnico-especializado de assessoria e consultoria e patrocínio judicial e administrativo e congêneres.

12. Tais tarefas não podem ser consideradas como singulares no âmbito da atividade jurídica de um Município. Os procedimentos que correm nos respectivos Tribunais de Contas, de maneira geral, versam sobre assuntos cotidianos da esfera de interesse das municipalidades. *E mais, assuntos de licitação e de assessoria em temas financeiros não exigem conhecimentos demasiadamente aprofundados, tampouco envolvem dificuldades superiores às corriqueiramente enfrentadas por advogados e escritórios de advocacia atuantes na área da Administração Pública e pelo assessoria jurídica do município*. Ilegalidade. Serviços não singulares.

13. A contratação de serviços sem procedimento licitatório, quando não caracterizada situação de inexigibilidade, viola os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência e os deveres de legalidade e imparcialidade e configura improbidade administrativa. Ausente o prejuízo ao erário no caso concreto, a situação amolda-se ao conceito de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, *caput*, e inciso I, da Lei n. 8.429/1992. Nesse sentido: REsp 1.038.736/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 4.5.2010, DJe 28.04.2011; REsp 1.444.874/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 3.2.2015, DJe 31.3.2015, e REsp 1.210.756/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 2.12.2010, DJe 14.12.2010.

Art. 11 da Lei n. 8.429/1992 dolo genérico

14. A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que o art. 11 da Lei n. 8.429/1992 dispensa a comprovação de intenção específica de violar princípios administrativos, sendo suficiente o dolo genérico.

No caso, é indiscutível a intenção do ex-Prefeito de contratar sem licitação e a aceitação do encargo por parte da Sociedade de Advogados. Ou seja, indubitável a vontade livre e consciente das partes em efetivar a contratação direta.

Divergência jurisprudencial demonstrada

15. No julgamento do REsp 488.842/SP, esta Corte entendeu que, "Patente a ilegalidade da contratação, impõe-se a nulidade do contrato celebrado, e, em razão da ausência de dano ao erário com a efetiva prestação dos serviços de advocacia contratados, deve ser aplicada apenas a multa civil, reduzida a patamar mínimo (10% do valor do contrato, atualizado desde a assinatura)".

16. A apontada divergência jurisprudencial realmente ocorre, porque naquela oportunidade o STJ apreciou situação bastante assemelhada.

Os serviços eram de mesma natureza (primordialmente o acompanhamento de processos no TCE/SP).

17. A decisão neste Recurso Especial deve seguir as linhas adotadas no citado paradigma (REsp 488.842/SP), por conta da profundidade dos debates ali travados, com dois pedidos de vista e principalmente em razão da similitude entre os casos confrontados.

18. A multa civil, que não ostenta feição indenizatória, é perfeitamente compatível com os atos de improbidade listados nos autos e tipificados no art. 11 da Lei n. 8.429/1992.

19. Patente a ilegalidade da contratação, impõe-se a nulidade do contrato celebrado, e, em razão das circunstâncias específicas e peculiares dos fatos narrados nos autos, deve ser aplicada apenas a multa civil a cada um dos agentes envolvidos, em patamar mínimo (10% do valor total das contratações, atualizados desde a assinatura do primeiro pacto).

> 20. As conclusões acima são praticamente as mesmas a que chegou a Segunda Turma ao julgar o REsp 488.842/SP (Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Rel. p/ Acórdão Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 05.12.2008). Considerando a similitude fática e jurídica entre os casos, seguem-se aqui as orientações ali firmadas, a fim de resguardar a isonomia entre as situações.
>
> Conclusão
>
> 21. Recurso Especial parcialmente provido.
>
> (REsp 1.505.356/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 10.11.2016, DJe 30.11.2016, destaque meu).

No caso, segundo o acórdão recorrido, a singularidade do serviço de advocacia decorreria da necessidade de o Prefeito dispor de profissional de sua confiança e credibilidade reconhecida, durante o período de transição entre governos (fl. 1.219e).

Nesse contexto, não se vislumbra, na situação examinada, diante das especificidades acima delineadas, a presença dos requisitos legais para a inexigibilidade de licitação, nos moldes do art. 25, inciso II, da Lei n. 8.666/1993, razão pela qual não poderia ter havido a contratação direta pelo Município de Passos, na esteira dos precedentes anteriormente mencionados.

Por fim, observo que, não tendo ocorrido insurgência do Recorrido por ocasião da interposição do recurso de apelação, nem, tampouco, nas contrarrazões do recurso especial, quanto às sanções aplicadas, de rigor o restabelecimento da sentença em sua integralidade.

No que se refere à aplicação do art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, a orientação desta Corte é no sentido de que o mero inconformismo com a decisão agravada não enseja a imposição da multa, não se tratando de simples decorrência lógica do não provimento do recurso em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso.

Nesse sentido:

> Processual Civil. Agravo regimental nos embargos de divergência em recurso especial. Acórdão embargado. Juízo de admissibilidade. Acórdãos paradigmas. Juízo de mérito. Inadmissibilidade dos embargos de divergência. Negado seguimento aos embargos de divergência. Multa e honorários advocatícios recursais. Agravo regimental improvido.
>
> I. Trata-se de Agravo Regimental ou interno, interposto em 05.05.2016, contra decisão publicada em 13.04.2016.

II. De acordo com o art. 546, I, do CPC/1973, os Embargos de Divergência somente são admissíveis quando os acórdãos cotejados forem proferidos no mesmo grau de cognição, ou seja, ambos no juízo de admissibilidade ou no juízo de mérito, o que não ocorre, no caso. Incidência da Súmula 315/STJ.

III. Nos termos da jurisprudência desta Corte, "se o acórdão embargado decidiu com base na Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, falta aos embargos de divergência o pressuposto básico para a sua admissibilidade, é dizer, discrepância entre julgados a respeito da mesma questão jurídica. Se o acórdão embargado andou mal, qualificando como questão de fato uma questão de direito, o equívoco só poderia ser corrigido no âmbito de embargos de declaração pelo próprio órgão que julgou o recurso especial" (STJ, AgRg nos EREsp 1.439.639/RS, Rel. Ministro *Olindo Menezes* (Desembargador Convocado do TRF/1ª Região), *Primeira Seção*, DJe de 1º.12.2015). Em igual sentido: STJ, AgRg nos EAREsp 556.927/RS, Rel. Ministro *Og Fernandes*, *Primeira Seção*, DJe de 18.11.2015; STJ, AgRg nos EREsp 1.430.103/RS, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, *Primeira Seção*, DJe de 15.12.2015; EREsp 737.331/RS, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Primeira Seção*, DJe de 09.11.2015.

IV. *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*.

V. Agravo Regimental improvido.

(AgInt nos EREsp 1.311.383/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Primeira Seção, julgado em 14.09.2016, DJe 27.09.2016, destaque meu).

Agravo interno nos embargos de divergência em recurso especial. Processual Civil. Agravo conhecido apenas no capítulo impugnado da decisão agravada. Art. 1.021, § 1º, do CPC/2015. Embargos de divergência apreciados à luz do CPC/1973. Acórdão embargado que não conheceu do recurso especial. Aplicação da Súmula 7/STJ. Paradigmas que examinaram o mérito da demanda. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Requerimento da parte agravada de aplicação da multa prevista no § 4º do art. 1.021 do CPC/2015. Agravo interno parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido.

1. Nos termos do art. 1.021, § 1º, do CPC/2015, merece ser conhecido o agravo interno tão somente em relação aos capítulos impugnados da decisão agravada.

2. Não fica caracterizada a divergência jurisprudencial entre acórdão que aplica regra técnica de conhecimento e outro que decide o mérito da controvérsia.

3. *A aplicação da multa prevista no § 4º do art. 1.021 do CPC/2015 não é automática, não se tratando de mera decorrência lógica do não provimento do agravo interno em votação unânime. A condenação do agravante ao pagamento da aludida multa, a ser analisada em cada caso concreto, em decisão fundamentada, pressupõe que o agravo interno mostre-se manifestamente inadmissível ou que sua*

improcedência seja de tal forma evidente que a simples interposição do recurso possa ser tida, de plano, como abusiva ou protelatória, o que, contudo, não ocorreu na hipótese examinada.

4. Agravo interno parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido.

(AgInt nos EREsp 1.120.356/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 24.08.2016, DJe 29.08.2016, destaque meu).

Processual Civil. Agravo interno no recurso ordinário em mandado de segurança. Enunciado Administrativo 3/STJ. Impetração de mandado de segurança. Competência originária. Primeiro grau de jurisdição. Denegação. Interposição de apelação. Desprovimento. Impugnação por via de recurso ordinário. Descabimento manifesto. Hipótese inadequada. Recorribilidade. Recurso especial. Não conhecimento. Impossibilidade. De aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Jurisprudência sedimentada. Agravo interno. Caráter de manifesta improcedência. Cominação de multa.

1. A denegação do mandado de segurança mediante julgamento proferido originariamente por Tribunal de Justiça ou por Tribunal Regional Federal desafia recurso ordinário, na forma do art. 105, inciso II, alínea "b", da Constituição da República.

2. No entanto, quando impetrada a ação de mandado de segurança em primeiro grau de jurisdição e instada a competência do Tribunal local apenas por via de apelação, o acórdão respectivo desafia recurso especial, conforme o disposto no art. 105, inciso III, da Constituição da República.

3. Dessa forma, a interposição do recurso ordinário no lugar do recurso especial constitui erro grosseiro e descaracteriza a dúvida objetiva. Precedentes.

4. O agravo interno que se volta contra essa compreensão sedimentada na jurisprudência e que se esteia em pretensão deduzida contra texto expresso de lei enquadra-se como manifestamente improcedente, porque apresenta razões sem nenhuma chance de êxito.

5. *A multa aludida no art. 1.021, §§ 4º e 5º, do CPC/2015, não se aplica em qualquer hipótese de inadmissibilidade ou de improcedência, mas apenas em situações que se revelam qualificadas como de manifesta inviabilidade de conhecimento do agravo interno ou de impossibilidade de acolhimento das razões recursais porque inexoravelmente infundadas*.

6. Agravo interno não provido, com a condenação do agravante ao pagamento de multa de cinco por cento sobre o valor atualizado da causa, em razão do reconhecimento do caráter de manifesta improcedência, a interposição de qualquer outro recurso ficando condicionada ao depósito prévio do valor da multa.

(AgInt no RMS 51.042/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28.03.2017, DJe 03.04.2017, destaque meu).

Dessarte, não obstante o não provimento do Agravo Interno, não configurada a manifesta inadmissibilidade, razão pela qual deixo de impor a apontada multa.

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

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Agravo Interno interposto por *Ataíde Vilela e outros* contra decisão monocrática da eminente Ministra *Regina Helena Costa*, a quem foi distribuído o Recurso Especial, que deu provimento ao Apelo Raro do Órgão Acusador e, reformando o aresto do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, restabeleceu a sentença que havia condenado os agravantes, então Prefeito do Município de Passos/MG e Advogado, às iras da Lei n. 8.429/1992.

2. Nas razões da insurgência dirigida ao Colegiado, os acionados argumentam que os julgados precedentes que sustentaram a decisão agravada não se amoldariam à espécie, uma vez que, na espécie, a contratação de Advogado pelo Munícipio era episódica, momento em que temas de alta complexidade surgem e demandam a atuação de especialistas, para que não houvesse solução de continuidade na prestação de serviços públicos. Pedem a reforma da decisão unipessoal, em ordem a que seja restabelecido o acórdão absolutório do TJ/MG.

3. A parte agravada apresentou razões de contrariedade às fls. 1.421/1.424.

4. Em síntese, é o relatório.

5. Cinge-se a controvérsia em saber se resulta em ato de improbidade administrativa a contratação, sem prévio procedimento de licitação, para assessoramento jurídico de Prefeito, que estava a assumir mandato.

6. Prefacialmente, é crucial demarcar que a Lei n. 8.666/1993 – édito legal que estabeleceu os axiomas das licitações e dos contratos administrativos no País em sede da nova ordem constitucional de 1988 – destina-se a preservar o princípio da isonomia, por meio da escolha da proposta mais vantajosa à Administração.

7. Sem embargo da referida principiologia, a lei previu também hipóteses em que, por inviabilidade de competição, a licitação se torna inexigível, dispondo para tanto nos seguintes termos:

> Art. 25. - É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
>
> II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;
>
> § 1º - Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.
>
> Art. 13. - Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:
>
> III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

8. Regra geral, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados, conforme aduz o citado art. 13 da Lei de Licitações, deverão ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.

9. Ressalvam-se, no entanto, justamente os casos de inexigibilidade de licitação, efetiva conjugação dos arts. 13 e 25, II, da Lei em comento.

10. Exige-se, para os fins do reconhecimento de inviabilidade de competição, que o contratado tenha notória especialização na seara em que atua, de modo a evidenciar que o seu labor é o mais adequado para a satisfação do objeto contratado, além de se tratar de convocação do contratante para um trabalho com a característica da singularidade.

11. O eminente Professor MARÇAL JUSTEN FILHO apresenta o magistério segundo o qual a natureza singular se caracteriza como a situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por qualquer profissional especializado. *Envolve os casos em que demandam mais do que a especialização, pois apresentam complexidades que impedem obtenção de solução a partir da contratação de qualquer profissional (ainda que especializado)* (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, RT, 2014, p. 498).

12. Em se tratando de serviços advocatícios, o debate toma outra proporção.

13. Com efeito, diante da natureza intelectual e singular dos serviços de assessoria jurídica, fincados, principalmente, na relação de confiança, entende-se

ser lícito ao Administrador, desde que movido pelo interesse público, utilizar da discricionariedade que lhe foi conferida pela lei, para a escolha do melhor profissional.

14. Por isso é que estatui o art. 13, § 3º, da Lei de Licitações e Contratos que a empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico *ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato*, pois, em termos lógicos, referenda-se a qualificação pessoal e a confiança como fundamentos desse tipo de contratação.

15. Sobre o assunto, cumpre destacar as lições do ilustre Professor MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS:

> (...) O advogado desempenha um trabalho singular, onde a sua criação intelectual retira do administrador público a necessidade de promover o certame licitatório para, através do menor preço, escolher qual seria a melhor opção para o serviço público contratar: A singularidade dessa prestação de serviços está fincada nos conhecimentos individuais de cada profissional da advocacia, impedindo, portanto, que a aferição da competição seja plena, pois não se licitam coisas desiguais, só se licitam coisas homogêneas. (...) Vamos mais além por entender que a singularidade do advogado está obviamente interligada à sua capacitação profissional, o que de certa forma inviabiliza o certame licitatório pelo fato de não ser aferido o melhor serviço pelo preço ofertado. Ou, em outras palavras, os profissionais que se destacam nos vários ramos do direito geralmente não competem em processo licitatório por ser totalmente inviável a sua cotação de honorários em face de outras formalizadas por jovens advogados em início de carreira. Não vai nessa afirmação nenhum demérito aos jovens advogados, pois, como sabiamente afirmado por Calamandrei, a juventude nunca é melancólica porque tem o futuro diante dela.
>
> A singularidade (capacidade intelectual) da prestação do serviço do advogado, por si só, justifica a ausência de competição, bem como da pré-qualificação também, pois o preço da contratação não é fator crucial que direciona a melhor contratação para o ente público.
>
> Contratando diretamente o advogado, não estará a autoridade administrativa cometendo infrações e nem agindo no vácuo da lei, visto que a Lei n. 8.666/1993 não impede a aludida tomada de posição, devendo apenas o administrador justificar a escolha dentro de uma razoabilidade.
>
> (...).
>
> Por outra vertente, como já enaltecido, o art. 25 da Lei n. 8.666/1993, ao enumerar os casos de inexigibilidade, pela inviabilidade de competição, deixou assente que os trabalhos intelectuais, como o declinado no presente caso, ficam

> fora da regra geral de competição, sendo lícito ao administrador agir movido pela discricionariedade, visando, única e exclusivamente, ao interesse público (O Limite da Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 91/92).

16. Este egrégio Superior Tribunal de Justiça já se manifestou em sufrágio à referida compreensão:

> Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Art. 535, II, do CPC. Alegações genéricas. Súmula 284/STF. Contratação de escritório de advocacia. Licitação. Inexigibilidade. Expressa previsão legal. Serviço singular e notória especialização. Reexame de cláusulas contratuais e de provas. Impossibilidade. Súmulas 5 e 7 do STJ.
>
> 1. Alegações genéricas quanto à violação do artigo 535 do CPC não bastam à abertura da via especial, com base no art. 105, inciso III, alínea a, da CF. Incidência da Súmula 284/STF.
>
> 2. A contratação de serviços de advogado por inexigibilidade de licitação está expressamente prevista na Lei n. 8.666/1993, art. 25, II c/c o art. 13, V.
>
> 3. A conclusão firmada pelo acórdão objurgado decorreu da análise de cláusulas contratuais e do conjunto fático-probatório dos autos. Dessarte, o acolhimento da pretensão recursal, no sentido da ausência dos requisitos exigidos para a contratação de escritório de advocacia por meio da inexigibilidade de licitação, esbarra no óbice das Súmulas 5 e 7/STJ. Precedentes.
>
> 4. Recurso especial não conhecido (REsp 1.285.378/MG, Rel. Min. Castro Meira, DJe 28.3.2012).

17. Ademais, é de se registrar o art. 5º do Código de Ética da nobre profissão de Advogado (Resolução 2/2015, do Conselho Federal/OAB), segundo o qual *o exercício da Advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização*.

18. Efetivamente, submeter a contratação do serviço advocatício a procedimento licitatório é estabelecer a lógica de *preço* e de *técnica* a questões que, enxergadas sob a ótica do mercado, perdem o seu valor. Sobre esse tema, vale conferir a tese do Professor MICHAEL SANDEL na obra *O que o dinheiro não compra* (Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2012). Certas situações, quando encaradas sob a perspectiva de compra e venda, se subvertem, isto é, no caso do serviço advocatício, o elemento confiança, que integra o conceito de melhor técnica, se perde quando se busca um profissional pelo *menor preço* a partir da licitação. Consequentemente, não se alcança a chamada *proposta mais vantajosa* para a Administração, que nem sempre é *a mais em conta*.

19. Por consequência, pode-se dizer que todas as vezes em que o Administrador Público convoca diretamente um Advogado para um serviço específico, a singularidade está automaticamente vertida na relação, uma vez que a confiança, por ser elemento integrativo fundamental entre Parte e Advogado, torna, por si só, única a contratação.

20. Na situação vertida nos autos, os demandados, então Prefeito e Advogado, foram condenados às sanções da Lei n. 8.429/1992, por terem entabulado, sem prévia licitação, a contratação de Escritório de Advocacia que viria a assessorar o Alcaide do Município de Passos/MG, que estava a assumir o mandato em 2005.

21. Como se sabe, a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência dominante desta Corte Superior considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei n. 8.429/1992, ou pelo menos culposa, nas do artigo 10.

22. Essas limitações servem à finalidade de escoimar da prática administrativa a banalização das imputações vazias e para revelar a gravidade dessas mesmas imputações, que devem ser combatidas e intoleradas.

23. Se assim não fosse, terminaria a atividade sancionadora aplicando o mesmo tratamento repressivo aos atos tão somente ilegais e aos que revestissem a qualidade de maliciosos, de má-fé ou mesmo eivados de culpa grave; essa uniformidade já foi rejeitada por este STJ:

> Processual Civil. Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Lei n. 8.429/1992. Ressarcimento de dano erário. Imprescritibilidade. Contratação de servidores sem concurso público. Ausência de dano ao erário e de má-fé (dolo). Aplicação das penalidades. Princípio da proporcionalidade. Divergência indemonstrada.
>
> 1. O caráter sancionador da Lei n. 8.429/1992 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.
>
> 2. A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve se realizada *cum granu salis*, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá

acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além de que o legislador pretendeu.

3. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.

4. À luz de abalizada doutrina: "A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, §4º). A probidade administrativa consiste no dever de o funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem(...). *in* José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 24a. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p-669.

5. O elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, *in casu*, inexistente, por isso que a ausência de dano ao patrimônio público e de enriquecimento ilícito dos demandados, tendo em vista a efetiva prestação dos serviços, consoante assentado pelo Tribunal local à luz do contexto fático encartado nos autos, revelam a desproporcionalidade da sanção imposta à parte, ora recorrente, máxime porque não restou assentada a má-fé do agente público, ora Recorrente, consoante se conclui do voto condutor do acórdão recorrido: Baliza-se o presente recurso no exame da condenação do Apelante em primeiro grau por ato de improbidade, em razão da contração de servidores sem a realização de concurso público. Com efeito, a tese do Apelante está adstrita ao fato de que os atos praticados não o foram com dolo ou culpa grave, mas apenas decorreram da inabilidade do mesmo, além de não terem causado prejuízo ao erário (..).

6. Consectariamente, o Tribunal local incidiu em *error in judicando* ao analisar o ilícito somente sob o ângulo objetivo.

(...).

13. Recurso Especial provido. (REsp 909.446/RN, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 22.4.2010).

24. A partir desse exercício teórico e em que pesem os louváveis alicerces da decisão monocrática agravada que restabeleceu a sentença condenatória, entende-se que a solução do caso concreto deve seguir outro caminho. Eis os motivos.

25. Primeiramente, como já adiantado, a declaração de inexigibilidade de licitação para a contratação administrativa de Sociedades de Advogados tem assento legal. Não é preciso maiores elucubrações jurídicas para se dessumir que a singularidade do Advogado está interligada à sua capacitação profissional e ao aspecto confiança, o que inviabiliza o certame licitatório, ante o fato de não ser aferível o melhor serviço pelo preço ofertado.

26. Mesmo que assim não se entenda, note-se que o Tribunal de origem, ao analisar os elementos factuais e probatórios que se represaram no caderno processual, atestou que *os profissionais tinham notória especialização e desempenharam serviço singular*, razão pela qual a contratação estava dentro das exigências previstas na Lei n. 8.666/1993, inexistindo causa material para as alegadas improbidades:

> Com relação aos requisitos legais para a inexigibilidade da licitação, entendo que não deixam margem a dúvidas, tendo em vista os documentos de f. 413/463, a atestarem a participação do advogado José Donizetti Gonçalves, especialista em Direito Publico, em inúmeros seminários, palestras, encontros, congressos e simpósios de Direito Administrativo e Direito Municipal, seja na condição de participante, seja na de conferencista, o que lhe basta a ostentar a notória especialização exigida por lei.
>
> Quanto à singularidade exigida pelo art. 25, inc. II da Lei 8.666/1993, cabe apenas consignar que, em se tratando de ação por improbidade administrativa, não se pode olvidar da confiança e credibilidade depositadas no profissional contratado pelo administrador público, mormente na hipótese de transição entre governos, quadra em que são comuns as "surpresas" deixadas pela administração anterior (fls. 1.219).

27. Efetivamente, *transição governamental* é serviço singular, sem dúvida alguma, contrariamente ao que entendeu a decisão unipessoal condenatória. Ademais, o Poder Judiciário não pode aquilatar se era necessária, ou não, a contratação de Advogado nesse momento político, porque seria intervenção indevida nas escolhas dos Administradores Públicos.

28. Ademais, não tem lógica alguma que, durante um período transicional da passagem do cetro de Prefeito, momento específico, fugidio, rapidamente transcorrido, se exigisse ao novo Prefeito a realização de procedimento licitatório para contratação de Advogado.

29. Portanto, o Tribunal das Alterosas, com esteio nos fatos e provas dos autos, chegou a solução que está bem sintonizada ao estado da arte da

compreensão científica acerca da improbidade administrativa, ao verificar a legalidade da conduta da contratação naquele momento de passagem política.

30. Por consequência, nota-se que há, no acórdão, informações suficientes a que esta Corte Superior mantenha o decreto absolutório, pois, constatada a notória especialização do Advogado e a singularidade dos serviços, não se pode concluir que a declaração de inexigibilidade de processo licitatório seja causa material de ato ímprobo. A decisão agravada merece reproche.

31. Ante o exposto, conhece-se do Agravo Interno das partes acionadas e a ele se dá provimento, em ordem a desprover o Recurso Especial do MP/MG, mantendo incólume o aresto absolutório do Tribunal Mineiro.

32. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.238.344-MG (2011/0032494-0)

Relator: Ministro Sérgio Kukina
Recorrente: Márcio Barra Lima
Advogado: Luís Carlos Parreiras Abritta e outro(s) - MG058400
Recorrido: Estado de Minas Gerais
Procurador: Bruno Resende Rabello e outro(s) - MG065644

EMENTA

Administrativo. Concurso para ingresso na carreira do Ministério Público de Minas Gerais. Nomeação tardia. Erro reconhecido pela própria Administração. Indenização. Remuneração retroativa. Impossibilidade.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou a compreensão de que candidatos aprovados em concurso público, que tiveram suas nomeações tardiamente efetivadas, não têm direito à indenização.

2. Cumpre destacar que esse entendimento foi pacificado no Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, no julgamento do *Recurso Extraordinário 724.347/DF*, Rel. p/ acórdão Ministro

Roberto Barroso, julgado em 26.02.2015, DJe 13.05.2015, restando consolidada a tese de que, "na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial, o servidor não faz jus a indenização, sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante."

3. A circunstância de que, na hipótese dos autos, o erro pela demora na nomeação do autor foi reconhecido pela própria Administração (MP/MG), e não por decisão judicial, *não* afasta a aplicação da mencionada e firme orientação jurisprudencial, pois a *ratio decidendi* constante dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal consagra a compreensão de que o pagamento de remuneração e a percepção de demais vantagens por servidor público pressupõe o efetivo exercício no cargo (situação inocorrente na espécie), sob pena de enriquecimento sem causa.

4. Por fim, cumpre salientar que a dinâmica historiada na presente lide não evidencia tenha a Administração agido de forma arbitrária.

5. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 30 de novembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 19.12.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Trata-se de recurso especial manejado com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado (fl. 223):

Administrativo. Concurso público. Aprovação. Fato que gera mera expectativa de direito. Indenização. Descabimento.

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

A parte recorrente aponta, preliminarmente, ofensa ao artigo 535 do CPC, sustentando que o Tribunal de origem, mesmo provocado em sede de embargos declaratórios, foi omisso quanto ao exame de questões relevantes para o deslinde da controvérsia.

Em relação ao mérito, indica, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos artigos 43, 186 e 927 do Código Civil, sustentando que "é devida a indenização por dano patrimonial a concorrente de certamente público aprovado mas que, por erro da Administração Pública, deixa de tomar posse na data em que deveria, vindo a fazê-lo tardiamente", bem assim que "mencionada indenização, por seu turno, deve consistir no somatório de todos os vencimentos e vantagens decorrentes do exercício do cargo, os quais, destarte, o indivíduo deixou de perceber em razão do equívoco perpetrado pela Administração Pública" (fl. 254)

Enfatiza que "o equívoco da Administração Pública no cálculo da média final dos candidatos, afetando a ordem classificatória do concurso em questão, trouxe graves danos ao recorrente que merecem ser reparados, sendo certo ainda que a negativa da Administração Pública ao pagamento do valor por ela devido, em razão de erro por ela mesmo cometido e reconhecido, fere princípios constitucionalmente consagrados".

Houve contra-razões (fls. 289/297).

Admitido o recurso na origem (fls. 309/310), os autos subiram a esta Corte.

Neste Superior Tribunal de Justiça, o relator originário do feito, Ministro Teori Zavascki, proferiu 3 (três) decisões: pela primeira (fls. 323/324), deu provimento ao recurso especial para condenar o Estado de Minas Gerais a indenizar o autor em valor a ser calculado em liquidação de sentença; na segunda (fls. 340/341), apreciando agravo regimental manejado pelo ente público, reconsiderou a decisão anterior para negar seguimento ao recurso especial, enquanto que na terceira, julgando novo agravo regimental interposto pelo autor, tornou sem efeito a decisão de fls. 340/341, "para que o recurso seja, oportunamente, colocado em pauta de julgamento da Turma".

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*).

Feito esse registro, verifica-se, inicialmente, não ter ocorrido ofensa ao art. 535 do CPC, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

Quanto ao mérito, para melhor da compreensão da controvérsia, destaque-se o seguinte relato constante da sentença de fls. 179/182, *verbis*:

> *Márcio Barra Lima* qualificado e devidamente representado nos autos, propôs a presente ação ordinária em face do *Estado de Minas Gerais*, aduzindo ter sido aprovado em 53º lugar no XL Concurso para Ingresso na Carreira do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, com média final de 6,30 pontos.
>
> Alega que recorreu ao Conselho Superior do Ministério Público, tempestivamente, requerendo sua reclassificação para a 46ª posição na relação dos aprovados, posto que a Comissão de Concurso não havia computado, na sua média final, 0,5 ponto relativo a titulo oportunamente apresentado, o que alteraria substancialmente a sua posição final.
>
> Sustenta que questionou em seu recurso o critério utilizado pela referida Comissão, para finalização das notas, que consistia no arredondamento destas, o que prejudicou sua classificação.
>
> Em 28.12.2000 o Conselho Superior do Ministério Público negou provimento ao recurso, alegando que o título apontado pelo requerente havia sido efetivamente computado e que os critérios utilizados pela comissão, para o cálculo da nota dos candidatos, foram genéricos e uniformes.
>
> Informa que 10.10.2001, já na condição de Promotor de Justiça Substituto, dirigiu novo requerimento ao Conselho Superior do Ministério Público, alegando que verificou existência de manifesto erro material na apuração de sua média final, posto que 50,8 dividido por 8 corresponde a 6,35 e não 6,30, sendo que aquele resultado reclassificaria o autor da posição 161º para a 154º posição

na lista de antiguidade. Requereu também indenização pecuniária referente à soma dos vencimentos que deixou de auferir no período compreendido entre a data que deveria ter tomado posse e a data em que efetivamente tomou posse do cargo e ao 13º salário proporcional que deixou de receber, de forma ilegal, requerendo ainda o cômputo do mesmo período para férias, aposentadoria e acréscimo de vantagens pessoais.

Aduz que os autos foram encaminhados às Corregedoria-Geral do MP e o laudo pericial indicou a existência de erro material nos cálculos da média final dos candidatos.

Noticia que na primeira sessão realizada pelo Conselho Superior do Ministério Público, em 07.02.2002, o relator desacolheu o pedido do requerente e, colocada a matéria em votação, houve unanimidade acompanhando o voto do relator, decidindo-se a favor da retificação do erro material, o que levou à alteração da lista de antiguidade relativamente aos Promotores de Justiça alcançados pela decisão. Tal decisão de reclassificação reposicionou o autor para 46º posição.

Informa que em 17.02.2002 foi exonerado, a pedido, para tomar posse no cargo de Procurador da República.

Frisa que em razão do equivoco, deixou de tomar posse na data de 09.02.2001 como Promotor de Justiça, só vindo a fazê-lo em 04.06.2001.

Acrescente-se que o pedido foi julgado improcedente pelo juízo primevo, restando o apelo manejado pelo autor improvido, por unanimidade, pelo Tribunal de origem.

Nas razões do presente apelo especial, reitera o autor a narrativa de que "restou certo que, por conta de erro material da Administração na feitura da classificação final do referido Concurso Público, conforme exaustivamente demonstrado acima (inclusive através de perícia técnica determinada pelo CSMP), houve a reclassificação na lista de antiguidade dos Promotores de Justiça de 1ª Entrância", por isso que "deixou o recorrente de tomar posse na data de 09.02.2001, como Promotor de Justiça, só o fazendo em 04.06.2001, única e exclusivamente em razão da colocação equivocada e involuntária a que foi submetido no aludido concurso público" (fls. 248/249).

A controvérsia, portanto, diz com a possibilidade de pagamento de indenização correspondente aos vencimentos e vantagens não auferidas pelo autor em razão de ter tomado posse tardiamente no cargo de Promotor de Justiça, em virtude de erro reconhecido pela própria administração.

Segundo a atual e pacífica orientação jurisprudencial desta Corte Superior, os candidatos aprovados em concurso público, que tiveram suas nomeações tardiamente efetivadas, não têm direito à indenização.

Nesse sentido, dentre outros, os seguintes precedentes:

> Administrativo e Processual Civil. Reclamação. Concurso público. Aprovação no rol de vagas previstas. Direito à nomeação. Efetivado. Alegação de descumprimento parcial. Pagamento de verbas salariais desde a data da impetração. Tema não examinado. Concurso público. Candidato nomeado por força de tutela judicial. Indevida à indenização dos vencimentos e demais vantagens no período anterior ao exercício do cargo. Matéria pacificada no STJ e no STF. Reclamação improcedente.
>
> 1. Cuida-se de reclamação ajuizada sob a alegação de descumprimento parcial de decisão monocrática havida no RMS 38.377/SP, ao argumento de que foi determinada a sua nomeação ao cargo público sem que, contudo, fossem pagos os salários - que considera devidos - desde a data da impetração do *mandamus* até a efetivação da deliberação judicial pela Administração.
>
> 2. Ao contrário do que alega o reclamante a decisão exarada no Recurso Ordinário reconheceu, tão somente, o direito de posse do candidato, não há na decisão qualquer determinação acerca do pagamento dos vencimentos retroativos à data da propositura da ação; não sendo possível entender que houve descumprimento do comando judicial.
>
> 3. É firme a orientação desta Corte de que os candidatos que têm seu direito à posse reconhecido judicialmente não fazem jus aos vencimentos e demais vantagens referentes ao período compreendido entre a data em que deveriam ter sido nomeados e a efetiva investidura no serviço público, ainda que a título de indenização, mesmo que a situação seja reconhecida judicialmente, em face da imprescindibilidade do efetivo exercício do cargo
>
> 4. Reclamação improcedente.
>
> (*Rcl 12.428/SP*, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 27.09.2017, DJe 17.10.2017)

> Administrativo. Concurso público. Nomeação de candidato por força de decisão judicial. Indenização. Descabimento. Orientação sufragada pela Suprema Corte em repercussão geral.
>
> 1. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que os candidatos não fazem jus aos vencimentos e demais vantagens referentes ao período compreendido entre a data em que deveriam ter sido nomeados e a efetiva investidura no serviço público, ainda que a título de indenização, mesmo que a situação seja reconhecida judicialmente, em face da imprescindibilidade do efetivo exercício do cargo.
>
> 2. Ressalta-se ainda que essa tese foi fixada em repercussão geral pelo STF, segundo a qual, na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão

judicial, o servidor não faz jus à indenização, sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante.

Precedente: RE 724.347/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, DJe 13.5.2015.

3. Recurso Especial não provido.

(*REsp 795.161/DF*, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 09.05.2017, DJe 17.05.2017)

Administrativo. Concurso público. Candidato. Convocação. Meio utilizado. Longo lapso temporal. Princípio da razoabilidade. Violação. Nomeação tardia fruto de decisão judicial. Retroação dos efeitos. Descabimento. Remoção para Capital. Direito. Inexistência.

1. É desarrazoada a convocação de candidato apenas por meio de publicação na imprensa oficial ou na página oficial do órgão na internet, quando transcorrido lapso temporal considerável entre a publicação da homologação do certame e a nomeação do aprovado.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em consonância com as orientações emanadas do STF, é firme no sentido de que os candidatos aprovados em concurso público, que tiveram suas nomeações tardiamente efetivadas por força de decisão judicial, não têm direito a efeitos funcionais, porquanto estes pressupõem o efetivo exercício do cargo.

3. O provimento originário em concurso público "elide a invocação do instituto da remoção para reintegração da unidade familiar, em razão do prévio conhecimento das normas expressas no edital do certame, as quais vinculam candidatos e Administração, cuja atuação reflete a observância da preservação do interesse público, mediante critérios de conveniência e oportunidade".

4. Agravos regimentais desprovidos.

(*AgRg no RMS 33.369/MS*, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 15.12.2016, DJe 17.02.2017)

Administrativo. Concurso público. Nomeação tardia. Indenização. Remuneração retroativa. Impossibilidade. Honorários advocatícios. Sucumbência recíproca. Compensação. Cabimento.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou a compreensão de que os candidatos aprovados em concurso público, que tiveram suas nomeações tardiamente efetivadas, não têm direito à indenização, tampouco à retroação dos efeitos funcionais.

2. Cumpre destacar que esse entendimento restou pacificado no Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, no julgamento do Recurso Extraordinário 724.347/DF, Rel. p/ acórdão Ministro Roberto Barroso, julgado em 26.02.2015, DJe 13.05.2015.

3. A Corte Especial deste Tribunal, mediante a sistemática instituída pelo art. 543-C do CPC, concluiu que "a Lei n. 8.906/1994 assegura ao advogado a titularidade da verba honorária incluída na condenação, sendo certo que a previsão, contida no Código de Processo Civil, de compensação dos honorários na hipótese de sucumbência recíproca, não colide com a referida norma do Estatuto da Advocacia. É a *ratio essendi* da Súmula 306 do STJ" (REsp 963.528/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 2.12.2009, DJe 4.2.2010).

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(*AgInt no AREsp 870.960/MS*, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 02.06.2016, DJe 08.06.2016)

Administrativo. Concurso público. Nomeação tardia por força de decisão judicial. Impossibilidade de indenização por danos materiais e morais ou remunerações retroativas.

1. Nos termos da jurisprudência do STF, o pagamento de remuneração a servidor público e o reconhecimento de efeitos funcionais pressupõem o efetivo exercício do cargo, sob pena de enriquecimento sem causa.

2. O STJ, acompanhando o entendimento do STF, mudou anterior posicionamento para pacificar sua jurisprudência no sentido de que o candidato, cuja nomeação tardia decorreu por força de decisão judicial, não tem direito à indenização pelo tempo que aguardou a solução definitiva pelo Judiciário, uma vez que esse retardamento não configura preterição ou ato ilegítimo da administração pública a justificar contrapartida indenizatória. Precedentes.

Agravo regimental improvido.

(*AgRg no REsp 1.457.197/DF*, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 02.10.2014, DJe 13.10.2014)

Administrativo e Processual Civil. Concurso público. Nulidade de exigência do edital. Nomeação decorrente de decisão judicial. Pagamento de diferenças remuneratórias retroativamente à data da violação do direito da parte, anteriormente ao início do exercício do cargo. Descabimento. Necessidade da contraprestação do serviço, para recebimento da remuneração. Precedentes do STJ. Agravo regimental provido.

I. A jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça, em consonância com a orientação emanada do Supremo Tribunal Federal, entende que, "se a nomeação foi decorrente de sentença judicial, o retardamento não configura preterição ou ato ilegítimo da Administração a justificar um contrapartida indenizatória" (STJ, EREsp 1.117.974/RS, Rel. p/ acórdão Ministro *Teori Albino Zavascki*, *Corte Especial*, DJe de 19.12.2011).

II. Nessa linha de raciocínio, a nomeação dos recorridos, por força de decisão judicial, que reconheceu a nulidade de exigência do edital do certame para

> provimento do cargo de Analista Judiciário e condenou a União a proceder à posse dos autores, não autoriza o pagamento das diferenças de remuneração entre o cargo de Técnico Judiciário - antes ocupado pelos recorridos - e o de Analista Judiciário, bem como de eventuais progressões e enquadramentos, uma vez que a retribuição pecuniária exige a contrapartida da prestação do serviço, em consonância com o disposto no art. 40, *caput*, da Lei n. 8.112/1990.
>
> III. Na forma da jurisprudência deste Tribunal "a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal, acordou não ser devida indenização ao candidato cuja nomeação tardia decorre de decisão judicial (EREsp 1.117.974/RS, Rel. Ministra *Eliana Calmon*, Rel. para o acórdão Ministro *Teori Zavascki*, *Corte Especial*, j. 21.9.2011, DJe 19.12.2011). Os candidatos preteridos na ordem de classificação em certame público não fazem jus aos vencimentos referentes ao período compreendido entre a data em que deveriam ter sido nomeados e a efetiva investidura no serviço público, na medida em que a percepção da retribuição pecuniária não prescinde do efetivo exercício do cargo. Precedentes" (STJ, AgRg nos EDcl nos EDcl no RMS 30.054/SP, Rel. Ministro *Og Fernandes*, *Sexta Turma*, DJe de 1º.03.2013).
>
> IV. Agravo Regimental provido.
>
> (*AgRg nos EDcl no REsp 1.057.219/RS*, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, julgado em 27.08.2013, DJe 06.05.2014)

Ademais, como cediço, a temática relativa à responsabilidade civil do Estado na hipótese em que o servidor, nomeado tardiamente, pleiteia indenização, foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, nos autos do *RE 724.347/DF*, Rel. p/ acórdão Ministro *Roberto Barroso*, julgado em 26.02.2015, DJe 13.05.2015, cuja ementa guarda o seguinte teor:

> Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Investidura em cargo público por força de decisão judicial.
>
> 1. Tese afirmada em repercussão geral: na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial, o servidor não faz jus a indenização, sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante.
>
> 2. Recurso extraordinário provido.

Conforme defendido pelo ora recorrente no anterior agravo regimental interposto contra a decisão proferida pelo saudoso Ministro Teori Zavascki, que havia negado o pedido de indenização (fls. 340/341), a hipótese em mesa guarda uma peculiaridade: no caso dos presentes autos, o reconhecimento de que a posse do autor deveria ter se dado em momento anterior se deu pela

própria *Administração* (Conselho Superior do Ministério Público mineiro), enquanto que os precedentes já mencionados, em sua maioria, (inclusive aquele firmado no julgamento do aludido recurso extraordinário representativo da controvérsia), afastam o direito à indenização nas hipóteses em que a ilegalidade da nomeação tardia tenha sido reconhecida por decisão *judicial*.

Contudo, mesmo essa circunstância, a meu ver, não afasta a aplicação da firme orientação jurisprudencial, pois a *ratio decidendi* constante dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal consagra a compreensão de que o pagamento de remuneração e a percepção de demais vantagens por servidor público pressupõe o *efetivo exercício no cargo*, sob pena de enriquecimento sem causa.

Ora, se mesmo quando a ilegalidade da nomeação tardia é declarada por provimento jurisdicional o direito à indenização é *afastado* pela jurisprudência (salvo situação de arbitrariedade flagrante), razão não há para, reconhecido o erro pela própria Administração, determinar-se o pagamento de valores retroativos, sob pena, aliás, de se desencorajar o exercício do poder-dever da administração pública para corrigir seus próprios equívocos, estimulando-se, na mão inversa, a indesejada judicialização de demandas desse feitio. Por fim, cumpre salientar que a dinâmica historiada na presente lide não evidencia tenha a Administração agido de forma arbitrária.

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

É como voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Senhora Presidente, eminente Doutor Procurador *Joel de Almeida Belo*, o Doutor *Márcio Barra Lima* teve o seu direito à nomeação para um cargo público, que conquistou em concurso, protelado injustamente pela própria Administração, sem culpa nenhuma dele. A Administração atrasou sua nomeação em meses e reconheceu o seu erro.

2. O recorrente, então, ajuizou ação pleiteando indenização pelo tempo que deixou de ser nomeado, de receber salário, de contar tempo de serviço para promoções, etc., além da satisfação e do orgulho pessoal de ser um Procurador da República.

3. A Administração, em sua contestação, alegou que a parte não tinha direito à indenização por não ter trabalhado no período informado. Entendo que o fato de ter trabalhado, ou não, é apenas uma questão para se fixar a quantia da indenização. Entende-se que ele não está aqui cobrando salário, porque ele não trabalhou, porque não foi nomeado. Na verdade, ele teria direito a uma indenização por dano moral, por ter tido sua chance de ser nomeado protelada, injustamente, ilegalmente, inconstitucionalmente, acintosamente, pela Administração. Pergunto, então: dar-se-á à Administração essa carta branca para nomear quando quiser, sem nenhuma consequência em favor do concursado preterido?

4. Essa questão do valor da remuneração, que o Supremo Tribunal Federal afirmou, do meu ponto de vista, Senhora Presidente, é usado apenas como um critério - não é o único e pode não ser o melhor -, mas é um critério para quantificar a indenização devida, que corresponde, ao menos, ao salário que se deixou de perceber. É apenas um critério, conhecido pelo recorrente, para fixar o *quantum* indenizatório, por não ter sido nomeado pela Administração.

5. Peço vênia para divergir do Ministro Relator, por entender que *Márcio Barra Lima* foi prejudicado, severamente, no seu direito de tomar posse no cargo que conquistou no concurso, e que seja indenizado por algum critério.

6. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.410.057-RN (2013/0342505-2)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social
Advogado: Procuradoria-Geral Federal - PGF - PR000000F
Recorrido: Francisco de Assis da Silva
Advogado: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte

EMENTA

Previdenciário. Recurso especial. Atividade especial. Vigilante. Supressão pelo Decreto n. 2.172/1997. Arts. 57 e 58 da Lei n. 8.213/1991.

Rol de atividades e agentes nocivos. Caráter exemplificativo. Agentes prejudiciais não previstos. Requisitos para caracterização. Exposição permanente, não ocasional nem intermitente (art. 57, § 3º, da Lei n. 8.213/1991). Entendimento em harmonia com a orientação fixada na TNU. Recurso especial do INSS a que se nega provimento.

1. Não se desconhece que a periculosidade não está expressamente prevista nos Decretos n. 2.172/1997 e 3.048/1999, o que à primeira vista, levaria ao entendimento de que está excluída da legislação a aposentadoria especial pela via da periculosidade.

2. Contudo, o art. 57 da Lei n. 8.213/1991 assegura expressamente o direito à aposentadoria especial ao Segurado que exerça sua atividade em condições que coloquem em risco *a sua saúde* ou *a sua integridade física*, nos termos dos arts. 201, § 1º e 202, II da Constituição Federal.

3. Assim, o fato de os decretos não mais contemplarem os agentes perigosos não significa que não seja mais possível o reconhecimento da especialidade da atividade, já que todo o ordenamento jurídico, hierarquicamente superior, traz a garantia de proteção à integridade física do trabalhador.

4. Corroborando tal assertiva, a Primeira Seção desta Corte, no julgamento do 1.306.113/SC, fixou a orientação de que a despeito da supressão do agente eletricidade pelo Decreto n. 2.172/1997, é possível o reconhecimento da especialidade da atividade submetida a tal agente perigoso, desde que comprovada a exposição do trabalhador de forma permanente, não ocasional, nem intermitente.

5. Seguindo essa mesma orientação, é possível reconhecer a possibilidade de caracterização da atividade de vigilante como especial, com ou sem o uso de arma de fogo, mesmo após 5.3.1997, desde que comprovada a exposição do trabalhador à atividade nociva, de forma permanente, não ocasional, nem intermitente.

6. No caso dos autos, as instâncias ordinárias, soberanas na análise fático-probatória dos autos, concluíram que as provas carreadas aos autos, especialmente o PPP, comprovam a permanente exposição à atividade nociva, o que garante o reconhecimento da atividade especial.

7. Recurso Especial do INSS a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, 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 Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa (Presidente) e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 30 de novembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 11.12.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Recurso Especial interposto com base na alínea *a* do art. 105, III da Carta Magna, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5a. Região assim ementado:

> Previdenciário. Aposentadoria proporcional por tempo de serviço/contribuição. Reconhecimento da especialidade das atividades de motorista de carro forte e vigilante. Com utilização habitual e permanente de arma de fogo. Periculosidade presumida. Exposição a risco de vida constante. Concessão do benefício.
>
> - No tocante às atividades desempenhadas pelo autor no ramo de vigilância e transporte de valores, nos interregnos de 1º.10.1988 a 15.02.1996, 04.01.1998 a 15.08.1999 e 16.08.1999 a 23.10.2004, como motorista de carro forte e vigilante, portando arma de fogo, de modo habitual e permanente, conforme informam os PPPs e laudos técnico acostados, tem-se que esta Quarta Turma já formou entendimento no sentido de que, a periculosidade das referidas atividades se presume pelo porte de arma de fogo, visto que a exposição ao risco de vida constante torna incontestável o perigo da função desempenhada, cuja especialidade há que ser reconhecida independentemente de sua catalogação nos decretos que regulamentam o benefício da aposentadoria especial. Precedentes do STJ.
>
> - A conversão em tempo de serviço comum do período trabalhado em condições especiais somente era possível relativamente à atividade exercida até 28.05.1998, em face do disposto no art. 28 da Lei n. 9.711/1998. Contudo, à vista que o STJ tem firmado posicionamento diverso, há que ser considerado especial o período pleiteado pelo recorrente até 23.10.2004.

- Contando-se o tempo de atividade do postulante, com a conversão do tempo especial em comum, nos termos da tabela constante do art. 70 do Decreto n. 3.048/1999 (pelo fator 1,4), computa-se: 32 anos, 7 meses e um dia.

- Logo, considerando que o autor à data da publicação da EC 20/98, encontrava-se filiado ao RGPS, resta-lhe assegurado o direito à aposentadoria proporcional, desde que reúna 53 anos de idade e 30 anos de contribuição mais um período adicional de contribuição equivalente a 40% do tempo que, em 16.12.1998, faltaria para atingir o limite dos 30 anos para a aposentadoria proporcional, no presente caso, um período de 2 anos e 3 meses, posto que na referida data faltavam apenas 5 anos, 7 meses e 16 dias para completar os 30 anos exigidos. Assim, logrou o demandante comprovar que, à data do pedido administrativo, possuía tempo de contribuição suficiente para a aposentadoria pleiteada, visto que contava 32 anos 7 meses e 1 dia de tempo de serviço.

- Quanto ao requisito etário, este se cumpriu em 04.09.1999, uma vez que nasceu em 04.09.1946, de modo que, à data do requerimento administrativo apresentado em 28.10.2004, o autor já reunia os requisitos necessários à concessão da aposentadoria proporcional por tempo de contribuição.

- Apelação e remessa oficial providas para assegurar ao autor o direito à concessão de aposentadoria proporcional ao tempo de serviço/contribuição, à base de 32 (trinta e dois) anos, 7 (sete) meses e 1 (um) dia, a contar do pedido administrativo (28.10.2004), bem como ao pagamento das prestações vencidas, acrescidas de juros de mora à razão de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação válida (Súmula 204-STJ), e correção monetária, nos moldes da Lei n. 6.899/1981, até o advento da Lei n. 11.960/2009, quando ambos deverão ser calculados de acordo com os critérios estabelecidos no art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com a redação dada pela nova lei, além de honorários advocatícios que, em face da singeleza da questão e da norma do parágrafo 4º do artigo 20 do CPC, fixo no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil Reais).

2. Sustenta a Autarquia, inicialmente, omissão quanto a questão referente à impossibilidade de reconhecimento de atividade perigosa de vigilante armado a partir de 5.3.1997. No mérito, defende que a exposição à atividade perigosa não é mais fator de contagem especial para fins de aposentadoria, não sendo possível a contagem como especial do período trabalhado como vigilante armado.

3. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. A aposentadoria especial foi instituída pelo art. 31, da Lei n. 3.807/1960 (Lei Orgânica da

Previdência Social), com a previsão de contagem diferenciada de tempo de serviço prestado em condições sujeitas à exposição de agentes físicos, químicos e biológicos, visando compensar os prejuízos causados à saúde e à integridade física do trabalhador.

2. A comprovação da insalubridade da atividade laboral encontrava-se disciplinada pelos Decretos 53.831/1964 e 83.080/1979, que elencavam as categorias profissionais sujeitas a condições nocivas de trabalho por presunção legal, fazendo jus à contagem majorada do tempo de serviço. Convém ressaltar que a jurisprudência desta Corte já pacificou o entendimento de que o rol de atividades previsto nos citados Decretos é exemplificativo, sendo possível que outras atividades não enquadradas sejam comprovadamente reconhecidas como insalubres, perigosas ou penosas.

3. Posteriormente, a aposentadoria especial passou a ser regulada pela Lei n. 8.213/1991 da seguinte forma:

> Art. 57 - A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta lei, ao segurado que tiver trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme a atividade profissional, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.
>
> § 1º - A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício. (Redação dada pela Lei 9.032, de 1995)
>
> § 2º - A data de início do benefício será fixada da mesma forma que a da aposentadoria por idade, conforme o disposto no art. 49.
>
> § 3º - O tempo de serviço exercido alternadamente em atividade comum e em atividade profissional sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão, segundo critérios de equivalência estabelecidos pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, para efeito de qualquer benefício.
>
> § 4º - O período em que o trabalhador integrante de categoria profissional enquadrada neste artigo permanecer licenciado do emprego, para exercer cargo de administração ou de representação sindical, será contado para aposentadoria especial.

4. Por sua vez, a Lei n. 9.032/1995 alterou, dentre outros, a redação do § 3º do art. 57 da Lei n. 8.213/1991, passando a exigir a comprovação da efetiva nocividade da atividade realizada de forma permanente, *in verbis*:

> Art. 57 - § 3º - 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.

5. Ficando estabelecido no *§ 1º do* art. 58 da Lei n. 8.213/1991 que a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho nos termos da legislação trabalhista.

6. Depreende-se, assim, *que até 28.4.1995 é admissível o reconhecimento da especialidade por categoria profissional ou por sujeição a agentes nocivos, aceitando-se qualquer meio de prova (exceto para ruído)*; a partir de 29.4.1995 não mais é possível o enquadramento por categoria profissional, devendo existir comprovação da sujeição a agentes nocivos por qualquer meio de prova até 5.3.1997 e, a partir de então e até 28.5.1998, por meio de formulário embasado em laudo técnico, ou por meio de perícia técnica.

7. No caso dos autos, busca-se o reconhecimento da especialidade dos períodos de 1º.10.1988 a 15.2.1996, 4.1.1998 a 15.8.1999 e 16.8.1999 a 23.10.2004 em que o Segurado trabalhou como motorista de carro forte e vigilante.

8. Não se desconhece que a periculosidade não está mais expressamente prevista nos Decretos n. 2.172/1997 e 3.048/1999, o que à primeira vista levaria ao entendimento de que está excluída da legislação a aposentadoria especial pela via da periculosidade.

9. Contudo, o art. 57 da Lei n. 8.213/1991 assegura expressamente o direito à aposentadoria especial ao Segurado que exerça sua atividade em condições que coloquem em risco *a sua saúde* ou *a sua integridade física*, em harmonia com o texto dos arts. 201, § 1º e 202, II da Constituição Federal.

10. Assim, o fato de os decretos não mais contemplarem os agentes perigosos não significa que não seja mais possível o reconhecimento da especialidade da atividade, já que todo o ordenamento jurídico, hierarquicamente superior, traz a garantia de proteção à integridade física do trabalhador.

11. Corroborando tal assertiva, a Primeira Seção desta Corte, no julgamento do 1.306.113/SC, fixou a orientação de que a despeito da supressão do agente eletricidade pelo Decreto n. 2.172/1997, é possível o reconhecimento

da especialidade da atividade submetida a tal agente perigoso, desde que comprovada a exposição do trabalhador de forma permanente, não ocasional, nem intermitente. Eis a ementa desse julgado:

> Recurso especial. Matéria repetitiva. Art. 543-C do CPC e Resolução STJ 8/2008. Recurso representativo de controvérsia. Atividade especial. Agente eletricidade. Supressão pelo Decreto n. 2.172/1997 (Anexo IV). Arts. 57 e 58 da Lei n. 8.213/1991. Rol de atividades e agentes nocivos. Caráter exemplificativo. Agentes prejudiciais não previstos. Requisitos para caracterização. Suporte técnico médico e jurídico. Exposição permanente, não ocasional nem intermitente (art. 57, § 3º, da Lei n. 8.213/1991).
>
> 1. Trata-se de Recurso Especial interposto pela autarquia previdenciária com o escopo de prevalecer a tese de que a supressão do agente eletricidade do rol de agentes nocivos pelo Decreto n. 2.172/1997 (Anexo IV) culmina na impossibilidade de configuração como tempo especial (arts. 57 e 58 da Lei n. 8.213/1991) de tal hipótese a partir da vigência do citado ato normativo.
>
> 2. À luz da interpretação sistemática, as normas regulamentadoras que estabelecem os casos de agentes e atividades nocivos à saúde do trabalhador são exemplificativas, podendo ser tido como distinto o labor que a técnica médica e a legislação correlata considerarem como prejudiciais ao obreiro, desde que o trabalho seja permanente, não ocasional, nem intermitente, em condições especiais (art. 57, § 3º, da Lei n. 8.213/1991). Precedentes do STJ.
>
> 3. No caso concreto, o Tribunal de origem embasou-se em elementos técnicos (laudo pericial) e na legislação trabalhista para reputar como especial o trabalho exercido pelo recorrido, por consequência da exposição habitual à eletricidade, o que está de acordo com o entendimento fixado pelo STJ.
>
> 4. Recurso Especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ (REsp 1.306.113/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 7.3.2013).

12. É certo que a partir da edição do Decreto n. 2.172/1997 não cabe mais o reconhecimento de condição especial de trabalho por presunção de periculosidade decorrente do enquadramento na categoria profissional de vigilante, contudo, tal reconhecimento é possível desde que apresentadas provas da permanente exposição do trabalhador à atividade nociva, independentemente do uso de arma de fogo ou não.

13. Analisando o tema semelhante ao discutido nos presentes autos, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais - TNU já enfrentou o tema, consolidando a orientação de que é possível o reconhecimento de tempo

especial prestado com exposição a agente nocivo periculosidade, na atividade vigilante, em data posterior a 5.3.1997, desde que laudo técnico (ou elemento probatório equivalente) comprove a permanente exposição à atividade nociva. Confira-se:

> *Pedido de uniformização representativo de controvérsia. Previdenciário. Tempo especial. Atividade de vigilante armado exercida após o Decreto n. 2.172/1997. Reconhecimento cabível. Recurso repetitivo do STJ. Questões de Ordem n. 18 e 20/TNU. Incidente parcialmente conhecido e, neste ponto, parcialmente provido. Incidente parcialmente conhecido e, neste ponto, parcialmente provido*, fixando-se a tese de que é possível o reconhecimento de tempo especial prestado com exposição a agente nocivo periculosidade, na atividade de vigilante, em data posterior a 05.03.1997, desde que laudo técnico (ou elemento material equivalente) comprove a permanente exposição à atividade nociva (PEDILEF 0502013-34.2015.4.05.8302, Rel. Juiz Federal Frederico Augusto Leopoldino Koehler, DJe 29.7.2016).

14. Como bem alerta a Professor ADRIANE BRAMANTE, em sua obra Aposentadoria Especial: teoria e prática, *é inegável que há exposição ao risco iminente e possibilidade de um acidente/acontecimento súbito que pode ocasionar prejuízo à integridade física do trabalhador, principalmente no que tange às atividade de segurança pessoal e patrimonial que, como todos sabemos, atualmente é bastante precária* (LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. Aposentadoria Especial: teoria e prática. Curitiba: Juruá, 3a. edição, 2016, p. 107).

15. Na hipótese dos autos, a Corte de origem, soberana na análise fático-probatória da demanda, consignou que os PPPs comprovam que o trabalhador estava submetido de maneira permanente ao exercício de atividade nociva. A propósito, o seguinte trecho do acórdão recorrido:

> Quanto às atividades desempenhadas pelo autor no ramo de vigilância e transporte de valores, nos interregnos de 01/10/1988 a 15/02/19961, 04/01/1998 a 15/08/119992 e 16/08/1999 a 23/1012004 3, como motorista de carro forte e vigilante, portando arma de fogo, de modo habitual e permanente, consoante informam os perfis profissiográficos previdenciários (PPPs) e os laudos técnico acostados aos autos, tem-se que esta Quarta Turma já formou entendimento no sentido de que, a periculosidade das referidas atividades se presume pelo porte de arma de fogo, visto que a exposição ao risco de vida constante torna incontestável o perigo da função desempenhada, cuja especialidade há que ser reconhecida independentemente de sua catalogação nos decretos que regulamentam o beneficio da aposentadoria especial (fls. 140).

16. Assim, reconhecendo-se a possibilidade de caracterização da atividade de vigilante como especial, mesmo após 5.3.1997, desde que comprovada a exposição do trabalhador à atividade nociva e tendo a Corte de origem reconhecido a comprovação de tal exposição, não há como acolher a pretensão da Autarquia.

17. Ante o exposto, nega-se provimento ao Recurso Especial do INSS.

18. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.442.440-AC (2014/0058286-4)

Relator: Ministro Gurgel de Faria
Recorrente: Eloysa Levy de Barbosa - Espólio
Repr. por: Jimmy Barbosa Levy - Inventariante
Advogados: Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch e outro(s) - DF026966
Rodrigo Aiache Cordeiro - AC002780
Recorrente: Município de Rio Branco
Procurador: James Antunes Ribeiro Aguiar e outro(s) - AC002546
Recorrente: Estado do Acre
Procurador: Maylco Figale Maia e outro(s)
Recorrido: Os Mesmos

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Reintegração de posse. Caso concreto. Impossibilidade. Invasão do imóvel por milhares de famílias de baixa renda. Omissão do Estado em fornecer força policial para o cumprimento do mandado judicial. Apossamento administrativo e ocupação consolidada. Ação reintegratória. Conversão em indenizatória. Posterior exame como desapropriação judicial. Supremacia do interesse público e social sobre o particular. Indenização. Responsabilidade do Estado e do Município. Julgamento *extra petita* e *reformatio in pejus*. Não ocorrência. Legitimidade *ad causam*. Justo

preço. Parâmetros para a avaliação. Supressão de instância. Cálculo do valor. Liquidação de sentença.

1. 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).

2. Hipótese em que a parte autora, a despeito de ter conseguido ordem judicial de reintegração de posse desde 1991, encontra-se privada de suas terras até hoje, ou seja, há mais de 2 (duas) décadas, sem que tenha sido adotada qualquer medida concreta para obstar a constante invasão do seu imóvel, seja por ausência de força policial para o cumprimento do mandado reintegratório, seja em decorrência dos inúmeros incidentes processuais ocorridos nos autos ou em face da constante ocupação coletiva ocorrida na área, por milhares de famílias de baixa renda.

3. Constatada, no caso concreto, a impossibilidade de devolução da posse à proprietária, o Juiz de primeiro grau converteu, de ofício, a ação reintegratória em indenizatória (desapropriação indireta), determinando a emenda da inicial, a fim de promover a citação do Estado e do Município para apresentar contestação e, em consequência, incluí-los no polo passivo da demanda.

4. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido da possibilidade de conversão da ação possessória em indenizatória, em respeito aos princípios da celeridade e economia processuais, a fim de assegurar ao particular a obtenção de resultado prático correspondente à restituição do bem, quando situação fática consolidada no curso da ação exigir a devida proteção jurisdicional, com fulcro nos arts. 461, § 1º, do CPC/1973.

5. A conversão operada na espécie não configura julgamento *ultra petita* ou *extra petita*, ainda que não haja pedido explícito nesse sentido, diante da impossibilidade de devolução da posse à autora, sendo descabido o ajuizamento de outra ação quando uma parte do imóvel já foi afetada ao domínio público, mediante apossamento administrativo, sendo a outra restante ocupada de forma precária por

inúmeras famílias de baixa renda com a intervenção do Município e do Estado, que implantaram toda a infraestrutura básica no local, tornando-se a área bairros urbanos.

6. Não há se falar em violação ao princípio da congruência, devendo ser aplicada à espécie a teoria da substanciação, segundo a qual apenas os fatos vinculam o julgador, que poderá atribuir-lhes a qualificação jurídica que entender adequada ao acolhimento ou à rejeição do pedido, como fulcro nos brocardos *iura novit curia* e *mihi factum dabo tibi ius* e no art. 462 do CPC/1973.

7. Caso em que, ao tempo do julgamento do primeiro grau, a lide foi analisada à luz do disposto no art. 1.228, §§ 4º e 5º, do CC/2002, que trata da desapropriação judicial, chamada também por alguns doutrinadores de desapropriação por posse-trabalho ou de desapropriação judicial indireta, cujo instituto autoriza o magistrado, sem intervenção prévia de outros Poderes, a declarar a perda do imóvel reivindicado pelo particular em favor de considerável número de pessoas que, na posse ininterrupta de extensa área, por mais de cinco anos, houverem realizado obras e serviços de interesse social e econômico relevante.

8. Os conceitos abertos existentes no art. 1.228 do CC/2002 propiciam ao magistrado uma margem considerável de discricionariedade ao analisar os requisitos para a aplicação do referido instituto, de modo que a inversão do julgado, no ponto, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, providência vedada no âmbito do recurso especial, em face do óbice da Súmula 7 do STJ.

9. Não se olvida a existência de julgados desta Corte de Justiça no sentido de que "inexiste desapossamento por parte do ente público ao realizar obras de infraestrutura em imóvel cuja invasão já se consolidara, pois a simples invasão de propriedade urbana por terceiros, mesmo sem ser repelida pelo Poder Público, não constitui desapropriação indireta" (AgRg no REsp 1.367.002/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 20.06.2013, DJe 28.06.2013).

10. Situação em que tal orientação não se aplica ao caso estudado, pois, diante dos fatos delineados no acórdão recorrido, não há dúvida de que os danos causados à proprietária do imóvel

decorreram de atos omissivos e comissivos da administração pública, tendo em conta que deixou de fornecer a força policial necessária para o cumprimento do mandado reintegratório, ainda na fase inicial da invasão, permanecendo omissa quanto ao surgimento de novas habitações irregulares, além de ter realizado obras de infraestrutura no local, com o objetivo de garantir a função social da propriedade, circunstâncias que ocasionaram o desenvolvimento urbano da área e a desapropriação direta de parte do bem.

11. O Município de Rio Branco, juntamente com o Estado do Acre, constituem sujeitos passivos legítimos da indenização prevista no art. 1.228, § 5º, do CC/2002, visto que os possuidores, por serem hipossuficientes, não podem arcar com o ressarcimento dos prejuízos sofridos pelo proprietário do imóvel (*ex vi* do Enunciado 308 Conselho da Justiça Federal).

12. Diante da procedência parcial da ação indenizatória contra a Fazenda Pública municipal, tem-se aplicável, além do recurso voluntário, o reexame necessário, razão pela qual não se vislumbra a alegada ofensa aos arts. 475 e 515 do CPC/1973, em face da reinclusão do Estado do Acre no polo passivo da demanda, por constituir a legitimidade *ad causam* matéria de ordem pública, passível de reconhecimento de ofício, diante do efeito translativo.

13. A solução da controvérsia exige que sejam levados em consideração os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da segurança jurídica, em face das situações jurídicas já consolidadas no tempo, de modo a não piorar uma situação em relação à qual se busca a pacificação social, visto que "é fato público e notório que a área sob julgamento, atualmente, corresponde a pelo menos quatro bairros dessa cidade (Rio Branco), onde vivem milhares de famílias, as quais concedem função social às terras em litígio, exercendo seu direito fundamental social à moradia".

14. Os critérios para a apuração do valor da justa indenização serão analisados na fase de liquidação de sentença, não tendo sido examinados pelo juízo da primeira instância, de modo que não podem ser apreciados pelo Tribunal de origem, tampouco por esta Corte Superior, sob pena de supressão de instância.

15. Recursos especiais parcialmente conhecidos e, nessa extensão, desprovidos.

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 parcialmente dos recursos especiais e, nessa extensão, negar-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de dezembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Gurgel de Faria, Relator

DJe 15.2.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Tratam os autos de recursos especiais interpostos por *Eloysa Levy de Barbosa – Espólio*, pelo *Município de Rio Branco* e pelo *Estado do Acre*, com fundamento nas alíneas "a" e "c", do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Acre, assim ementado:

> Civil. Apelação. Ação de reintegração de posse convertida em desapropriação indireta. Preliminares rejeitadas. Invasão consolidada. Intervenção. Entes públicos. Estadual e municipal. Desapropriação judicial indireta. Configuração: art. 1.228, § 4º, do Código Civil. Condenação. Estado do Acre. Inclusão no polo passivo. Apelo do Município de Rio Branco: improvimento. Apelação do espólio: provimento em parte. Honorários. Majoração adequada. Valor ínfimo. Reexame necessário. Procedência parcial. Inclusão do Estado do Acre no polo passivo da lide.
>
> 1. *1ª Preliminar*: Ausência de interesse recursal pela perda do objeto. Desapropriada pelo Poder Público parte diminuta da área objeto da demanda e continuando o litígio no restante do imóvel, não há falar em perda do objeto.
>
> 2. *2ª Preliminar*: Nulidade processual por violação ao princípio da inércia da jurisdição e da estabilização da demanda. Decorre do princípio da cooperação a providência de conversão de ação de reintegração de posse em desapropriação indireta porque consolidada a invasão a ponto de impossibilitar a reintegração, a exigir conduta proativa do magistrado na resolução da lide. Por sua vez, elidida a indicada afronta ao princípio da estabilidade da demanda de vez que implementada a conversão antecedendo o despacho saneador, em que admitida a alteração objetiva da lide, desde que consentida pelo Réu, notadamente à ausência de prejuízo pela exclusão dos invasores do polo passivo da lide.

3. *3ª Preliminar*: Nulidade processual por violação ao princípio do devido processo legal e cerceamento de defesa. Descaracterizado o cerceamento de defesa pela devida citação do Município de Rio Branco para contestar a ação de desapropriação indireta, com oportunidade de deduzir toda a matéria de defesa, incluindo a alegada impossibilidade de conversão do pedido objeto da ação de reintegração em desapropriação indireta.

4. *4ª Preliminar*: Nulidade processual por violação ao princípio da congruência e julgamento 'extra petita'. A teoria da substanciação, adotada pelo nosso ordenamento jurídico considera unicamente os fatos compondo a causa de pedir a vincular o julgador, a teor do princípio 'iura novit curia'. Assim, atendido o pedido constante da inicial considerando os mesmos fatos ali relatados e ocorridos durante o curso processual, nada obsta a decisão calcada em fundamento diverso daquele deduzido pelo Autor.

5. *5ª Preliminar*: Nulidade por ausência de fundamentação (art. 93, IX, da CF). Revestida de motivação a sentença embora com fundamento diverso daquele deduzido na inicial, não há razão para abordagem à tese defendida na inicial.

6. *6ª Preliminar*: Nulidade da sentença atribuída à iliquidez: Carece de interesse processual o Réu para argüir nulidade de sentença ilíquida, a teor da Súmula 318, do Superior Tribunal de Justiça.

7. *Mérito*. Evidenciados os pressupostos inerentes, adequado o instituto da desapropriação judicial fundado no art. 1.228, § 4º, do Código Civil.

8. Ante a lacuna legislativa quanto ao responsável pelo pagamento da indenização decorrente da desapropriação judicial indireta, a matéria tornou-se alvo de discussão doutrinária bem como pelo Conselho da Justiça Federal.

9. Converge parte da doutrina quanto à possibilidade de inclusão do ente público no polo passivo da desapropriação judicial indireta, seja pela hipossuficiência dos posseiros, em geral de baixa renda, bem como diante de sua responsabilidade como provedor dos direitos sociais (art. 6º, da Constituição Federal).

10. Impende estabelecer a responsabilidade comum entre o Estado do Acre e o Município de Rio Branco caso de imóvel urbano tendo em vista o dever constitucional de natureza comum relacionado a programas de moradia (art. 23, IX, da Constituição da República) bem assim reprovável a conduta do governo estadual à época, incentivando a invasão e colaborando para frustrar a reintegração de posse, além da intervenção na área litigiosa implementando diversos serviços públicos.

11. A Constituição Federal preconiza exceções à regra fixada pelo art. 100 relacionada ao pagamento mediante sistema de precatório estabelecendo no art. 5º, XXIV, a necessidade de justa e prévia indenização em dinheiro, aplicável a qualquer espécie de desapropriação, exceto à desapropriação-confisco e à desapropriação-sanção.

> 12. Deve a verba honorária traduzir valor de modo a não ocasionar afronta à lógica do razoável que, pelas peculiaridades da espécie, deve guardar correspondência ao valor do benefício patrimonial objeto do debate, pois em nome da equidade não é dado baratear a sucumbência nem elevá-la a patamares pinaculares. Todavia, exacerbada a fixação dos honorários advocatícios no limite de 10% a 20%, tendo em vista a análise dos demais critérios objetivos, adequada a fixação dos honorários advocatícios em 20.000,00 (vinte mil reais).
>
> 13. Apelações voluntárias do Município de Rio Branco improvida e do Espólio de Eloysa Levy Barbosa: provimento parcial. Reexame necessário julgado procedente em parte para incluir o Estado do Acre no polo passivo da ação, em responsabilidade comum com o Município de Rio Branco.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (e-STJ fls. 1.521/1.527, 1.543/1.550 e 1.581/1.592).

Nas razões do especial, o espólio de Eloysa Levy de Barbosa aponta violação do art. 1.228, § 5º, do Código Civil, além de divergência jurisprudencial, ao argumento de que a justa indenização deve refletir o valor atual de mercado do imóvel desapropriado, em sua totalidade, apurado na data do efetivo pagamento ou da avaliação pericial.

Aduz que os prejuízos da parte recorrente não se restringiram ao momento em que houve a invasão das terras (convalidada pelo Poder Público), estendendo-se, pois, ao longo de mais 20 (vinte) anos e perdurando até hoje, visto que jamais recebeu qualquer quantia a título de indenização.

Acrescenta que a adoção do valor de mercado não revela um enriquecimento sem causa do expropriado, diante da aplicação da Súmula 345 do STF, que limita a incidência dos juros compensatórios a partir da data do laudo, acentuando que a r. sentença estipulou a liquidação por arbitramento.

O Município de Rio Branco, por sua vez, alega contrariedade aos arts. 2º, 128, 262, 264, 293, 459, 460 e 535, II, todos do Código de Processo Civil de 1973, bem como ao art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil, sustentando, preliminarmente, que o Tribunal de origem não se manifestou sobre a alegada ofensa aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, decorrente da indevida conversão da ação indenizatória em desapropriação judicial indireta, a despeito de ter sido instado a se manifestar sobre o tema em embargos de declaração.

Ressalta, no ponto, que a instância *a quo* limitou-se à análise da "conversão da ação reintegratória em indenizatória por desapropriação contra a Fazenda

Pública, porém, não se manifestara quanto a última conversão de ação indenizatória em (...) desapropriação judicial – novel instituto de perda da propriedade entre particulares (art. 1.228, §§ 4º e 5º, do CC) –, efetivada na ocasião da sentença" (e-STJ fl. 1.716).

Quanto ao mérito, defende a impossibilidade de conversão da ação possessória em indenizatória, sem que haja pedido expresso do autor da demanda, em face do princípio da congruência e da vedação do julgamento *extra petita*, acentuando, ainda, que não estão presentes os requisitos autorizadores da desapropriação judicial indireta, além de apontar a ocorrência de dissídio jurisprudencial com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos dos REsps 1.060.748 e 439.062.

Ao final, sustenta a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, visto que a ação possessória foi movida pela proprietária em desfavor dos posseiros, não podendo fazer parte o Poder Público, sem que haja a devida arguição como matéria de defesa ou mediante ação autônoma.

Em seu recurso especial, o Estado do Acre aponta negativa de vigência aos arts. 131, 475, 515 e 535, II, do CPC/1973, 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil e 10 da Lei n. 10.257/2001. Inicialmente, afirma que o Tribunal de origem, apesar de ter sido provocado por meio dos declaratórios, permaneceu omisso em relação à tese de ausência de interesse de agir superveniente da parte autora quanto ao pedido de reintegração de posse do imóvel.

Sustenta, ainda, a ocorrência de *reformatio in pejus*, visto que "o espólio de Eloysa Levy Barbosa (parte adversa ao Estado do Acre) apelou somente quanto à fixação das verbas honorárias em RS 2.000.00 (dois mil reais), e o Município de Rio Branco, por sua vez, não pugnou em seu apelo pela eventual responsabilização do Estado do Acre em conjunto com a Municipalidade" (e-STJ fl. 1.805).

Assim, tendo sido excluído da lide e não havendo recurso das partes nesse ponto, entende que o Tribunal *a quo*, ainda que em reexame necessário, não o poderia ter condenado, agravando a sua situação, em desconformidade com o disposto na Súmula 45 do STJ.

Afirma que, na desapropriação judicial por posse-trabalho, os possuidores devem participar do processo, o que não ocorreu na espécie. Defende, ainda, a inexistência de provas a respeito dos requisitos elencados no art. 1.228 do CC, bem como a impossibilidade de o Poder Público indenizar o espólio, porquanto nenhum ente federativo se apossou do imóvel particular, devendo o pagamento,

no caso, ser realizado pelos futuros proprietários.

Por fim, sustenta que, "se houve grande lapso temporal da data da propositura da demanda até a prolação da sentença, ao ponto de haver uma conversão judicial para uma ação indenizatória por desapropriação indireta e, ao final, com a prolação da sentença, uma nova conversão para 'desapropriação judicial indireta', não haveria óbice para que fosse aplicado ao caso concreto o art. 10 da Lei Federal n. 10.257/2001" e, por conseguinte, "reconhecido o usucapião coletivo urbano das áreas invadidas" (e-STJ fl. 1.813).

Contrarrazões às e-STJ fls. 1.636/1.652, 1.737/1.751 e 1.818/1.833.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo parcial conhecimento dos recursos e, nessa extensão, pelo desprovimento dos mesmos, em parecer assim resumido (e-STJ fls. 1.880/1.900):

> Recurso especial. Administrativo. Ação de desapropriação judicial indireta. Art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil. Ação de reintegração de posse convertida em ação indenizatória. Cabimento. Longo trâmite processual.
>
> - Art. 535, II, do CPC. Inexistentes omissão, obscuridade ou omissão no aresto embargado, não há que se falar em ofensa ao art. 535, II, do CPC.
>
> - Divergência jurisprudencial. Art. 105, III, "c", da CF. Não conhecimento. Deixaram os recorrentes de indicar o dispositivo de lei violado e/ou realizar o devido cotejo analítico da situação fática. Parágrafo único do art. 541 do CPC.
>
> - A pretensão acerca de suposta violação ao art. 1.228, §§ 4º e 5º, do CC, no tocante ao preenchimento dos requisitos autorizadores da aplicação de referido dispositivo, esbarra na vedação contida no enunciado da Súmula 7/STJ, pois demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos.
>
> - A análise acerca da violação ao art. 1.228, §§ 4º e 5º, do CC, em relação ao parâmetro da indenização, deve ter como melhor orientação o Enunciado n. 240 do CJF, segundo o qual "a justa indenização a que alude o § 5º do art. 1.228 não tem como critério valorativo, necessariamente, a avaliação técnica lastreada no mercado imobiliário, sendo indevidos os juros compensatórios".
>
> - Violação aos arts. 2º, 128, 262, 264, 293, 459 e 460 do CPC. Em face dos princípios da economia e da celeridade processual, não mais sendo possível a devolução do bem imóvel ao proprietário, em razão da quantidade de famílias assentadas no imóvel e do longo trâmite processual, a conversão da ação de reintegração de posse em ação de desapropriação indireta não ofende os dispositivos invocados pelo recorrente.
>
> - Não há se falar em violação ao art. 10 da Lei n. 10.257/2001, pois inaplicável na hipótese dos autos.

> - Parecer pelo parcial conhecimento e, nessa extensão, pelo não provimento dos recursos especiais.

Às e-STJ fls. 1.930/1.958, Jerry Levy Barbosa e Miguel Rudy Barbosa Levy requereram sua habilitação como partes no presente processo. Por sua vez, Jimmy Barbosa Levy, às e-STJ fls. 1.930/1.958, impugnou o referido pedido, ao fundamento que incumbe exclusivamente ao inventariante a representação judicial do espólio de Eloysa Barbosa Levy.

Instado a se manifestar, o Ministério Público emitiu parecer às e -STJ fls. 1.965/1.968.

Às e-STJ fls. 1.971/1.973, indeferi o pedido de habilitação dos herdeiros.

É o relatório.

VOTO

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

Feita tal anotação, impõe-se afastar, desde logo, a indigitada ofensa ao art. 535 do CPC/1973, visto que a Corte *a quo*, no acórdão impugnado, apreciou fundamentadamente a controvérsia, apontando as razões de seu convencimento, não se vislumbrando, na espécie, nenhuma contrariedade à norma invocada.

Com efeito, pelas simples leitura do acórdão recorrido, observa-se que o Tribunal de origem rechaçou a tese de perda superveniente do objeto da demanda, alegada pelo Estado de Acre, bem como a alegada ofensa aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, decorrente da conversão da ação de reintegração de posse em indenizatória por desapropriação, arguida pelo ente municipal.

Por oportuno, transcrevo os fundamentos expendidos pela Corte *a quo*, em relação às aludidas preliminares (e-STJ fls. 1.486/1.489):

> *Alega o ente Apelante que a desapropriação da área objeto da ação de reintegração de posse, configura a perda do objeto da demanda, a ensejar a extinção da ação sem resolução de mérito.*

Todavia, no caso em exame, implementada a invasão em uma vasta extensão de terra localizada na "Fazenda Nemaia" e no "Seringal Belo Jardim", áreas contíguas de propriedade da Autora, somente desapropriada pelo Estado do Acre uma parte da Fazenda Nemaia (50 hectares), tal possibilitou o assentamento de aproximadamente 800 (oitocentas) famílias, originando o hoje denominado "Bairro Santa Inês", a teor do Decreto Governamental (fls. 292 e 293 dos autos), permanecendo em litígio parte da "Fazenda Nemaia" bem como do antigo "Seringal Belo Jardim", razão disso, afasto a preliminar de perda superveniente do objeto.

(...)

No que tange à preliminar propriamente dita, assegurando o Município de Rio Branco inadequada a conversão da ação reintegratória de oficio em ação de indenização por desapropriação indireta, penso que não assiste razão ao ente público Apelante. Senão vejamos:

Consabido que o nascedouro da ação originária deste recurso decorreu de ação de reintegração de posse, todavia, durante o curso processual, sem que, de fato implementada a pretendida reintegração. A propósito, durante o trâmite, consolidada a invasão de tal monta que impossibilitou a reintegração, motivo pelo qual convertida a ação em indenização por desapropriação indireta pelo magistrado condutor do feito à época, adstrito à intervenção dos entes públicos na área com obras de infraestrutura.

Em verdade, a meu pensar, adstrito o magistrado ao princípio da cooperação, cada vez mais observado no direito moderno, mais difundido em países europeus - Alemanha e Portugal - ante a dinâmica exigida dos procedimentos processuais no alcance e busca da adequada tutela jurisdicional, a exigir do magistrado conduta proativa.

(...)

Deve o magistrado, pois, atuar em conjunto com as partes na busca da resolução da lide, não significando qualquer afronta ao princípio da inércia da jurisdição, sobretudo na espécie em exame, dado que o juiz condutor do feito transformou a ação durante o seu curso e determinou à Autora readequar a petição inicial - não readaptando por conta própria - atento ao princípio da eficiência e celeridade processual. Razão disso, não há falar em violação aos arts. 2º, 128 e 262, todos do Código de Processo Civil, até porque, da decisão que converteu a ação em indenização por desapropriação indireta cabível recurso pela parte Autora, que também vislumbrou na conversão a melhor solução ao litígio, assentindo.

(...)

Também suscita o ente público a preliminar de nulidade processual por violação ao principio do devido processo legal e do cerceamento de defesa do Recorrente.

> Decorre dos autos que o Estado do Acre e o Município de Rio Branco não figuravam no polo passivo da ação originária - reintegração de posse - razão porque não intimados da decisão que converteu em ação de indenização por desapropriação indireta.
>
> Todavia, iniciada outra espécie de ação em desfavor dos entes públicos, restaram devidamente citados para apresentar contestação, momento adequado para deduzir toda a matéria de defesa, como de fato ocorreu, refutando, inclusive, a possibilidade de conversão, de ofício, da ação pelo magistrado condutor do feito à época, objeto de aferição na sentença ora recorrida, razão porque, não há falar em violação ao art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal.

Registre-se que, consoante entendimento jurisprudencial pacífico, o órgão julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os argumentos levantados pelas partes para expressar a sua convicção, notadamente quando encontrar motivação suficiente ao deslinde da causa.

Nesse sentido: AgRg no AREsp 750.650/RJ, relator Ministro *Humberto Martins*, Órgão Julgador T2 – *Segunda Turma*, DJe 30.09.2015 e AgRg no AREsp 493.652/RJ, relator Ministro *Sérgio Kukina*, Órgão Julgador T1 – *Primeira Turma*, DJe 20.06.2014.

No que diz respeito aos arts. 262, 264, 293 e 459 do Código de Processo Civil/1973, observa-se que o Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre o disposto nos aludidos dispositivos, tampouco foram objeto dos embargos de declaração de e-STJ fls. 1.530/1.537, circunstância que atrai a aplicação da Súmula 211 do STJ.

Outrossim, o Município de Rio Branco não desenvolveu, nas razões do recurso especial, argumento suficiente para demonstrar de que modo esses comandos normativos teriam sido violados, circunstância que também atrai o óbice da Súmula 284 do STF.

Quanto à suposta ofensa aos arts. 128 e 460 do CPC/1973, sustenta o ente municipal a impossibilidade de transformar uma ação reivindicatória em ação de indenização por meio de inovação do pleito inicial e de prolação de sentença, em favor do autor, de natureza diversa da pleiteada.

Analisando tal argumento, extrai-se dos autos que *Eloysa Levy Barbosa*, já falecida, propôs ação de reintegração de posse, em abril de 1991, em face do esbulho praticado por várias pessoas nos imóveis denominados "Fazenda Nemaia" e "Seringal Belo Jardim".

Nesse mesmo ano, o Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Rio Branco grau deferiu o pedido de liminar, ordenando a expedição de mandado reintegratório (e-STJ fls. 65/66). Em 1997, diante da impossibilidade prática para cumprimento da ordem judicial, visto que a parte autora não mais detinha a posse do imóvel, o Magistrado *a quo* converteu a ação em ordinária de indenização (desapropriação indireta), determinando, na oportunidade, que a autora emendasse a inicial para providenciar a citação do Estado do Acre e do Município de Rio Branco (e-STJ fls. 599/606).

A parte autora, cumprindo o comando judicial, adaptou a petição inicial e pleiteou a citação dos entes públicos para, querendo, contestarem, tendo os réus apresentado as respectivas impugnações.

Posteriormente, os autos foram redistribuídos à 1ª Vara da da Fazenda Pública de Rio Branco, que, ao sanear o feito, assim decidiu (e-STJ fls. 804/805):

> Os novos réus admitidos no processo ofereceram resposta às fls. 481/509 e 511/534, tendo o Município de Rio Branco contestado a decisão que converteu a ação possessória em ordinária de indenização, afirmando a nulidade do novo feito, iniciado de ofício, tendo como peça deflagradora uma inicial de cujo teor não consta o pedido de indenização.
>
> Ao apreciar a alegação de nulidade, anoto que o princípio da estabilização do processo (CPC, art. 264) veda a modificação do pedido, da causa de pedir e das partes, salvo com o consentimento do réu e antes do saneamento do processo.
>
> No caso concreto, não houve violação ao mencionado princípio, pois os autos evidenciam que os primitivos réus (Pedro Nogueira e outros) concordaram com as referidas modificações, o que ocorreu antes da decisão de saneamento.
>
> Com efeito, publicada a decisão que converteu a ação, fluiu livremente o prazo recursal. Para os autores e os primitivos réus, a partir da publicação no Diário da Justiça. Para o Estado do Acre c Município de Rio Branco, a partir da citação.

O Juiz de primeiro grau, ao sentenciar, entendeu que os fatos narrados nos autos se amoldam ao tipo normativo previsto no art. 1.228, § 4º, do Código Civil e, em consequência, condenou o Município de Rio Branco a indenizar a autora "*Eloysa Levy de Barbosa*, em virtude desapropriação judicial da Fazenda Nemaia e parte do Seringal Belo Jardim (...), excluída (*sic)* as frações de terras vendidas pela autora ou desapropriadas pelo Poder Público, a serem mensurados e valorados em sede de liquidação de sentença por arbitramento", *julgando extinto o feito*, sem resolução do mérito, "em relação ao *Estado do Acre*, Pedro

Nogueira e outros, todos qualificados na prefacial desta demanda" (e-STJ fl. 1.218).

Por oportuno, cumpre ressaltar que a demora na tramitação do processo, alçando mais de 20 décadas, deveu-se à existência de uma infinidade de atos processuais praticados nos autos e de vários fatos ocorridos no período, os quais se encontram bem delineados no acórdão recorrido, *in verbis* (e-STJ fls. 1.483/1.485):

> Decorre dos autos que, em abril de 1991, Eloysa Levy Barbosa manejou Ação de Reintegração de Posse alegando esbulho de suas propriedades Fazenda Nemaia e Seringal Belo Jardim em desfavor dos invasores e, no mesmo mês deferida a liminar reintegratória (fls. 64/65), todavia, suspenso o cumprimento tendo em vista a avocação do processo pela e. Senhora Desembargadora Miracele Lopes Borges, então Presidente do Tribunal de Justiça, sob a justificativa de necessidade de conhecimento dos fatos, notadamente em face de suposta violência quando do cumprimento do mandado (confundido o processo com outro em curso na mesma unidade judiciária quanto ao mesmo tema), por diversas vezes postulou a Autora a continuidade da diligência objetivando a reintegração de posse, sem êxito, apesar do deferimento da liminar.
>
> Também segundo os autos, após a audiência de justificação, o magistrado condutor do feito asseriu a existência dos requisitos e determinou nova expedição de mandado reintegratório, sem cumprimento, tendo em vista a ausência de força policial necessária (informações de fl. 236). No inicio do ano de 1993, decorre dos autos, ainda sem cumprimento o mandado judicial reintegratório, então consolidada e intensificada, loteada a área pelos invasores e postas unidades à venda, inclusive, anunciadas em classificados de jornais locais (fls. 247, 331, 336, 338, 340 e 342).
>
> Ocorre que, em 07 de junho de 1993, o Estado do Acre desapropriou parte da Fazenda "Nemaia", totalizando aproximadamente 800 lotes para abrigar os invasores - local posteriormente denominado Bairro "Santa Ines". Não obstante, o processo permaneceu aguardando despacho de mero expediente durante mais de um ano (fl. 297), ensejando a continuidade da invasão nos entornos da área desapropriada, ressurgindo a antiga problemática, notadamente em face de notícias ao tempo veiculadas de que o governador Romildo Magalhães teria comprado toda a área do seringal Belo Jardim objetivando regularizar a situação dos invasores (periódico de fl. 632).
>
> Em novo despacho, desta feita proferido somente em 22.02.1996, que concedeu vista' dos autos à Autora, esta reiterou o pedido reintegratório, entretanto, somente em julho de 1996 obteve deferimento ao pedido proibitório em seu favor (fls. 487/488) e, o respectivo mandado judicial adimplido em 16.01.1997, em afronta ao Acórdão n. 737 desta Câmara Cível, que determinara a

renovação do mandado de reintegração de posse (fls. 570/576).

Redistribuídos os autos à 1ª Vara Cível (1997) após declínio de competência pelo Juízo de Registros Públicos, adveio a conversão do pedido de ação possessória em desapropriação indireta, considerando a existência de serviços públicos no local bem como a impossibilidade de cumprimento da reintegração de posse, ante o avançado estado da invasão (fls. 598/605), sendo à Autora possibilitado readequar a petição inicial, excluindo os invasores do polo passivo da ação, desta feita com a inclusão do Estado do Acre e do Município de Rio Branco.

Na seqüência (1997), o Município de Rio Branco ajuizou ação de desapropriação de parte da área, que originou o atual bairro "Mauri Sérgio" (fls. 701 e seguintes) e, somente em 2001 realizada perícia no local, dando conta da implantação de todos os serviços público essenciais na área, alguns pelo Estado do Acre, outros pelo Município de Rio Branco, com avaliação do imóvel objeto da ação em R$ 63.618.969,66 (sessenta e três milhões, seiscentos e dezoito mil, novecentos e sessenta e nove reais e sessenta e seis centavos). Entretanto, em 2004, esta Câmara Cível declarou a suspeição do perito - servidor do Município de Rio Branco - a teor do Acórdão n. 2.788 (fls. 1.008 a 1.023).

Devolvidos os autos à primeira instância, somente em agosto de 2007 - três anos depois - determinada a nomeação de um novo expert, seguiu-se posterior extinção do processo sem resolução de mérito pela magistrada condutora do feito atendo-se à folha de recolhimento pela Autora do valor integral dos honorários do perito (fls. 1.103/1.104), alterada tal decisão nesta instância, em decisão monocrática de minha relatoria, asserindo que a conduta da Autora não ensejaria a extinção processual, mas, unicamente a desconsideração da prova pericial (fls. 1.165/1.166) e, determinado o prosseguimento do feito, adveio a sentença ora recorrida.

Assim, em resumo: (a) a invasão da área ocorreu no ano 1990; (b) a liminar de reintegração de posse pleiteada na exordial foi deferida em 17.04.1991, mas o mandado não foi cumprido, em virtude da avocação do processo, por equívoco, do então Presidente do Tribunal de origem; c) após a audiência de justificação, expediu-se novo mandado reinvidicatório, sem cumprimento, ante a ausência de força policial para acompanhar a diligência, d) em 7 de junho de 1993, o Estado do Acre desapropriou parte da Fazenda "Nemaia" e delimitou aproximadamente 800 lotes para abrigar os invasores; e) o processo permaneceu aguardando despacho de mero expediente por mais de 1(um) ano, o que ensejou a continuidade da invasão nos entornos da área desapropriada; f) reiterado o pedido de reintegração da posse, a medida foi deferida somente em julho de 1996, sendo o respectivo mandado judicial cumprido em 16.01.1997, em

afronta ao Acórdão n. 737 da Corte de origem; g) após um série de declinações de competência, em 30 de junho de 1997, o Juiz de primeiro grau converteu o pedido de ação possessória em desapropriação indireta, determinando que a autora emendasse a inicial; h) posteriormente, o Município de Rio Branco ajuizou ação de desapropriação de parte da área, que originou o atual bairro "Mauri Sérgio". i) realizada a perícia, no ano de 2001, constatou-se a implementação de vários serviços públicos na localidade; g) anulado o laudo pericial, por suspeição do *expert*, em agosto de 2007, o magistrado *a quo* proferiu decisão em que extinguiu o processo, sem julgamento de mérito. Tal *decisum* foi reformado pelo Tribunal de origem, advindo dele a sentença ora atacada.

O histórico dos fatos acima mencionados demostra a particularidade destes autos, de modo a justificar a decisão interlocutória do julgador monocrático, que converteu, de ofício, a ação de reintegração de posse em ação de indenização (desapropriação indireta).

Ora, não se pode penalizar a parte autora, que, a despeito de ter conseguido a ordem judicial de reintegração desde 1991, encontra-se privada de suas terras até hoje, ou seja, há mais de 2 (duas) décadas, aguardando todo o andamento do processo sem que tenha sido adotada qualquer medida concreta para obstar a constante invasão do seu imóvel, seja por falta de força policial, seja pelos inúmeros incidentes processuais ocorridos nos autos e em decorrência da ocupação coletiva consolidada na área.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido da possibilidade de conversão da ação possessória em indenizatória (desapropriação indireta), em respeito aos princípios da celeridade e economia processuais, a fim de assegurar ao particular tutela alternativa equivalente (no caso, perdas e danos) à pleiteada inicialmente (restituição do bem).

Nesse sentido:

> Administrativo, Civil e Processual Civil. Desapropriação indireta. Conversão de ação possessória em ação indenizatória. Possibilidade. Precedentes do STJ. Juros compensatórios. Percentual. Súmula 618/STF. MP 1.577/1997. Art. 543-C, do CPC. Recurso submetido ao regime de repetitivos. Juros moratórios. Decreto-Lei n. 3.365/1941. Art. 15-B. Ausência de prequestionamento. Súmulas n. 282 e 356/STJ.
>
> 1. *A ação possessória pode ser convertida em indenizatória em decorrência dos princípios da celeridade e economia processual. (Precedentes: REsp 983.721/RN, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 04.02.2009; REsp 439.062/GO, Rel. Min. José Delgado, DJ 03.02.2003)*.

2. O sistema processual é informado pelo princípio da instrumentalidade das formas, de modo que somente a nulidade que sacrifica os fins de justiça do processo deve ser declarada (*pas des nullités sans grief*).

3. In casu, *o juízo de primeira instância, aplicando os princípios da economia e celeridade processual, converteu a ação de reintegração de posse em desapropriação indireta ao constatar a impossibilidade da execução da medida liminar de reintegração - em razão da quantidade de famílias assentadas no imóvel - intimando o réu acerca da medida interlocutória, para apresentar nova contestação*.

4. O Recurso Especial não é servil ao exame de questões que demandam o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, em face do óbice erigido pela Súmula 07/STJ.

5. *In casu*, o Tribunal local analisou a questão *sub examine* - esbulho pelo Município na propriedade dos autores - à luz do contexto fático-probatório engendrado nos autos, consoante se infere do voto condutor do acórdão hostilizado, *litteris*: "Quanto ao mérito, convém assegurar que a prova dos autos afirma uma invasão do Município de Fortaleza ao terreno em disputa e, por consequência, outra invasão de inúmeras famílias aconteceu, caracterizando a desapropriação indireta, que certamente deve ser indenizada. A perícia de fls. 116 esclarece que o imóvel foi ocupado em toda a sua extensão, o que é confirmado pela certidão dos oficiais de justiça de fls. 31/v. Registre-se que o Município de Fortaleza não realizou defesa de mérito, limitando-se a impugnar supostos defeitos processuais". (fl. 315)

(...)

13. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido, tão-somente para fixar os juros compensatórios e moratórios nos termos acima delineados. (REsp 1.075.856/CE, Relator Ministro Luiz Fux, Órgão Julgador T1 - Primeira Turma, DJe 05.08.2009). (Grifos acrescidos).

Processo Civil e Administrativo. Violação ao art. 535 do CPC. Não ocorrência. Ação de reintegração de posse. Inviabilidade. Bem afetado ao serviço público. Desapropriação indireta. Conversão.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente.

2. Trata-se de ação reintegratória ajuizada contra a Comlurb/RJ com a finalidade de recuperar a posse de imóveis contratualmente cedidos ao ente da administração indireta por tempo determinado.

3. A instância ordinária atestou que os imóveis estão afetados ao serviço público - servindo de aterro sanitário -, sendo, portanto, inviável a pretensão reintegratória.

> 4. Com a ocupação e a destinação do bem ao serviço público fica caracterizada a desapropriação indireta, remanescendo ao autor a buscar da indenização por danos, que no caso envolve responsabilidade de cunho contratual e extracontratual.
>
> 5. A *jurisprudência desta Eg. Corte e do STF, com fundamento nos princípios da economia e celeridade além da tutela das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa certa distinta de dinheiro, consagrou a orientação de que é possível que a ação reintegratória seja convertida em ação de indenização por desapropriação indireta*.
>
> 6. Na espécie, havendo pedido, é possível que a ação reintegratória seja convertida em ação de indenização em respeito aos princípios da celeridade e economia processuais.
>
> 7. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1.060.924/RJ, Relator Ministro Castro Meira, T2 - Segunda Turma, DJe 11.11.2009) (Grifos acrescidos).

Com efeito, as obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa certa fundadas em título judicial ensejam a aplicação de tutela específica, na forma do art. 461, § 1º, do CPC/1973, sendo totalmente cabível a conversão em perdas e danos para a obtenção de resultado prático correspondente, quando situação fática consolidada no curso da ação exigir a devida proteção jurisdicional.

Em reforço, veja-se:

> Processual Civil e Civil. Recurso especial. Ação de reintegração de posse. Conversão em perdas e danos. Impossibilidade de cumprimento da tutela específica. Arts. Analisados: 461, 461-A e 931 do CPC.
>
> 1. Ação de reintegração de posse ajuizada em 9.10.2007. Recurso especial concluso ao Gabinete em 4.6.2012. 2. Demanda em que se pretende a retomada de bem objeto de arrendamento mercantil, em razão do inadimplemento contratual.
>
> 2. Após a reforma operada pela Lei n. 10.444/2002, o sistema processual deve ser relido e interpretado à luz da efetividade da tutela jurisdicional.
>
> 3. Nos termos do art. 461, § 1º, do CPC, verificada a impossibilidade de cumprimento da obrigação específica, objeto da ação, é possível a conversão em perdas e danos, independentemente de pedido explícito e mesmo em fase de cumprimento de sentença.
>
> 4. Na hipótese dos autos, a alegação de perda do bem, suscitada em contestação, abre o contraditório, de forma que deve o juiz apreciar a real impossibilidade prática de cumprimento da tutela específica, bem como as eventuais excludentes de responsabilidade quanto às perdas e danos.
>
> 5. Negado provimento ao recurso especial. (REsp 1.358.726/RJ, Relator Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador T3 - Terceira Turma, DJe 20.05.2014)

Nesse passo, a conversão operada na espécie não configura julgamento *ultra petita* ou *extra petita*, ainda que não tenha havido pedido explícito nesse sentido, diante da impossibilidade prática de devolução da posse à autora, sendo descabido o ajuizamento de outra ação quando uma parte do imóvel já foi afetada ao domínio público, mediante apossamento administrativo e a outra restante foi ocupada de forma precária por inúmeras famílias com a intervenção do Município e do Estado, que implementaram toda a infraestrutura básica na área *sub judice*.

Outrossim, também não há falar em violação ao princípio da congruência, devendo ser aplicada, no caso, a teoria da substanciação, segundo a qual apenas os fatos vinculam o julgador, que poderá atribuir-lhes a qualificação jurídica que entender adequada ao acolhimento ou à rejeição do pedido, como fruto dos brocardos *iura novit curia* e *mihi factum dabo tibi ius*.

Aliás, é o que preceitua o art. 462 do CPC/1973: "Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença."

Conclui-se, portanto, que a conversão em comento é consequência lógica da impossibilidade de devolução do imóvel à autora, sendo desimportante o fato de não ter havido pedido sucessivo/cumulado na exordial ou arguição pelos possuidores (réus na ação reivindicatória), em sede de contestação, quanto à possibilidade de indenização pela perda da posse.

> *Mutatis mutandis*, colho, ainda, o seguinte julgado:
>
> Conversão da obrigação em perdas e danos. Condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Decisão *extra petita*. Não ocorrência.
>
> 1. Conforme esclareceu a nobre julgadora na decisão que julgou parcialmente procedente a ação concedendo ao recorrente indenização moral, ficou devidamente evidenciado no pedido do autor que na sua pretensão encontra-se incluída a condenação da ré em perdas e danos.
>
> 2. Comentando acerca do sentido de perdas e danos ensina Rizzatto Nunes que a expressão há de ser entendida como danos materiais (emergentes e lucros cessantes) e morais (Curso de Direito do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2008, fls. 259).
>
> 3. Com efeito, cumpre ressaltar que a obrigatória adstrição do julgador ao pedido expressamente formulado pelo autor pode ser mitigada em observância dos brocardos da *mihi factum dabo tibi ius* (dá-me os fatos que te darei o direito) e *iura novit curia* (o juiz é quem conhece o direito).

> 4. Ademais, o entendimento do STJ é firme no sentido de que os pedidos formulados pelas partes devem ser analisados por uma interpretação lógico-sistemática, não podendo o magistrado se esquivar da análise ampla e detida da relação jurídica posta em exame.
>
> 5. Recurso Especial provido. (REsp 1.645.223/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, Órgão Julgador T2 - Segunda Turma, DJe 18.04.2017)
>
> Agravo interno no recurso especial. Direito Civil e Processual Civil. Ação indenizatória. Desídia de advogado que resultou no não conhecimento de recurso. Cerceamento de defesa. Denunciação da lide. Julgamento *extra petita*. Legitimidade passiva. Nexo casual. Dano moral da pessoa jurídica. Valor da indenização. Teoria da perda da chance. Agravo não provido.
>
> (...)
>
> 6. Não há julgamento *extra petita* quando o julgador, atendo-se aos fatos narrados (causa de pedir próxima) empresta-lhes qualificação jurídica não indicada expressamente pela parte (causa de pedir remota). Vige, nesses casos, a máxima segundo a qual o juiz, conhecendo a causa, deve aplicar o direito à espécie, consagrada na Súmula n. 456 do STF, no art. 257 do RISTJ e também nos brocardos *iura novit curia* e da *mihi factum dabo tibi jus*.
>
> (...)
>
> 8. Agravo Interno não provido. (AgInt no REsp 1.364.494/SP, Relator Ministro Moura Ribeiro, Órgão Julgador T3 - Terceira Turma, DJe 17.04.2017)

Impõe-se anotar, por fim, que não houve nenhum prejuízo aos entes públicos, visto que, após a autora emendar a peça vestibular, o magistrado *a quo* oportunizou aos réus o direito de impugnar a decisão de conversão da ação, ou seja, do dever de indenizar o valor do imóvel.

Diante desse contexto, a solução da controvérsia exige que sejam levados em consideração os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da segurança jurídica, em face das situações jurídicas já consolidadas no tempo, de modo a não piorar uma situação em relação à qual se busca a pacificação social, visto que "é fato público e notório que a área sob julgamento, atualmente, corresponde a pelo menos quatro bairros dessa cidade (Rio Branco), onde vivem milhares de famílias, as quais concedem função social às terras em litígio, exercendo seu direito fundamental social à moradia" (cf. sentença – e-STJ fl. 1.200).

No que tange à alínea "c" do permissivo constitucional, observa-se que o dissídio jurisprudencial não foi analiticamente demonstrado de acordo com os arts. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ e 541, parágrafo único, do CPC/1973, visto que não se comprovou a identidade ou a similitude fática entre os acórdãos

paradigmas (REsps 1.060.748 e 439.062) e o recorrido, bem como as teses jurídicas contrastantes, de modo a demonstrar a alegada interpretação oposta.

Ademais, quando do julgamento do feito na 1ª instância, já estava em vigor o Código Civil de 2002, sendo o tema analisado à luz do disposto no art. 1.228, §§ 4º e 5º, do CC/2002, que trata da desapropriação judicial, também chamada por alguns doutrinadores de desapropriação por posse-trabalho ou desapropriação judicial indireta, cujo instituto autoriza o magistrado a declarar a perda do imóvel reivindicado pelo particular em favor de considerável número de pessoas que, na posse ininterrupta de extensa área, por mais de cinco anos, houverem realizado obras e serviços de interesse social e econômico relevante.

O art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil de 2002, possui a seguinte redação:

> Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente o possua ou detenha.
>
> (...)
>
> § 4º. O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nelas houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.
>
> § 5º. No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Como se vê, o § 4º do art. 1.228 do CC/2002 contém conceitos abertos que propiciam ao magistrado uma margem considerável de discricionariedade ao analisar os requisitos para a aplicação do referido instituto, como, por exemplo, os termos "considerável número de pessoas", "extensa área", "obras e serviços de interesse social", de modo que o seu reexame demandaria a incursão no conjunto fático-probatório, providência vedada no âmbito do recurso especial, em face do óbice da Súmula 7 do STJ.

Noutro giro, quanto à alegada ilegitimidade do Estado e do Município para figurar no polo passivo da demanda, melhor sorte não tem os recorrentes.

Não se olvida que a existência de julgados desta Corte de Justiça no sentido de que "inexiste desapossamento por parte do ente público ao realizar

obras de infraestrutura em imóvel cuja invasão já se consolidara, pois a simples invasão de propriedade urbana por terceiros, mesmo sem ser repelida pelo Poder Público, não constitui desapropriação indireta. Precedentes: REsp 1.041.693/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 3.11.2009, DJe 2.2.2010; AgRg no AREsp 18.092/MA, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 20.3.2012, DJe 28.3.2012" (AgRg no REsp 1.367.002/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 20.06.2013, DJe 28.06.2013).

Tal orientação, contudo, não se aplica à hipótese dos autos.

Ora, não há como negar, diante dos fatos delineados no acórdão recorrido, que os danos causados à proprietária do imóvel decorreram de atos omissivos e comissivos da administração pública, tanto na esfera estadual quanto na municipal, respeitadas as atribuições específicas de cada ente da federação, tendo em conta que deixou de fornecer a força policial necessária para o cumprimento do mandado reintegratório, permanecendo omissa quanto ao surgimento de novas habitações irregulares, além de ter realizado obras de infraestrutura no local, com o objetivo de garantir a função social da propriedade, circunstâncias que ocasionaram o desenvolvimento urbano da área e a desapropriação direta de parte do imóvel.

Assim, rejeito a preliminar suscitada, uma vez que o Município de Rio Branco, juntamente com o Estado do Acre constituem sujeitos passivos legítimos da indenização prevista no art. 1.228, § 5º, do CC/2002, visto que os possuidores, por serem pessoas hipossuficientes, não podem arcar com o ressarcimento dos prejuízos sofridos pelo proprietário do imóvel.

Sobre o tema, o Conselho da Justiça Federal editou o Enunciado 308, reconhecendo a possibilidade de pagamento da indenização pela Administração, com o seguinte conteúdo: "A justa indenização devida ao proprietário em caso de desapropriação judicial (art. 1.228, § 5º) somente deverá ser suportada pela Administração Pública no contexto das políticas públicas de reforma urbana ou agrária, em se tratando de possuidores de baixa renda e desde que tenha havido intervenção daquela nos termos da lei processual. Não sendo os possuidores de baixa renda, aplica-se a orientação do Enunciado 84 da I Jornada de Direito Civil", circunstância registrada pelo Tribunal de origem (cf. e-STJ fl. 1.499).

No que diz respeito à suposta *reformatio in pejus*, o Estado do Acre alega que o Tribunal de origem, ao reincluí-lo no polo passivo da demanda, agravou a sua situação, visto que "o espólio de Eloysa Levy Barbosa (parte adversa ao

Estado do Acre) apelou somente quanto à fixação das verbas honorárias em RS 2.000.00 (dois mil reais), e o Município de Rio Branco, por sua vez, não pugnou em seu apelo pela eventual responsabilização do Estado do Acre em conjunto com a Municipalidade" (e-STJ fl. 1.805).

No ponto, o Tribunal de origem afastou a aludia preliminar, pelos seguintes fundamentos (e-STJ fls. 1.501/1.503):

> *Indaga-se: e o Estado, não teria qualquer possibilidade de figurar no polo passivo destas demandas? Embora poucos doutrinadores discorram acerca do tema, entendo possível a responsabilidade conjunta com a municipalidade ou a União, a depender da localização do imóvel - urbano ou rural - tendo em vista o dever constitucional imposto de forma comum aos três entes federativos quanto aos programas de moradia, a teor do art. 23, IX, da Constituição Federal*.
>
> (...)
>
> *Destarte, o Município de Rio Branco deve figurar no polo passivo da demanda, entretanto, a indenização deve ser efetivada em rateio com o Estado do Acre, notadamente pelas circunstâncias do caso em exame, cujas práticas políticas ao tempo vivenciadas pelo Poder Executivo Estadual consistiram em incentivo à permanência dos invasores na propriedade e colaboraram com a frustração das medidas de reintegração de posse em favor da Autora*.
>
> Sobreleva, na espécie, que a exclusão do Estado do Acre do polo passivo da demanda pelo magistrado sentenciante restou calcada unicamente na isenção de responsabilidade indenizatória pelos atos dos representantes do Poder Judiciário no retardo do cumprimento de suas decisões, inexistindo na sentença qualquer manifestação quanto a conduta administrativa do Poder Executivo, razão pela qual voto pela reinclusão do Estado do Acre no polo passivo da demanda para efeito de custeio, na forma de rateio, da indenização com o Município de Rio Branco, pelos motivos delineados.
>
> *Ademais, não somente o Município de Rio Branco realizou intervenções e serviços públicos na área da invasão, consoante resposta aos quesitos pelo perito do juízo - afirmando a existência no local de praticamente todos os serviços necessários ao bem estar de uma sociedade, listando: energia elétrica - fornecida pela Eletroacre; abastecimento de água - antes pela concessionária Estadual (SANACRE) e hoje pela municipal (SAERB); coleta de lixo urbano, afeta ao Município de Rio Branco; abertura e pavimentação de ruas, pela Empresa Municipal de Urbanização de Rio Branco - EMURB; escolas e postos de saúde estaduais e municipais, além de postos da secretaria da fazenda (estadual) e policiamento ostensivo prestado pelo Estado do Acre. (fl. 834)*
>
> Todavia, extraio dos autos, notadamente da bem lançada sentença ora recorrida que, fundada a condenação na desapropriação judicial indireta, prevista no art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil de 2002, resultou desconsiderada a

> hipótese de desapropriação indireta relatada na inicial, embora institutos com pressupostos e contornos legais diversos, razão porque desnecessário a aferição dos requisitos do apossamento administrativo quando calcada a sentença na desapropriação judicial indireta, razão porque afasto o mencionado arrazoado que tenho por prejudicado.
>
> Mas, somente *ad argumentandum*, anoto que o Município de Rio Branco assegura que sua intervenção na área ocorreu somente em meados de 1997, após consolidada a invasão. Não obstante, tal assertiva não guarda sintonia com algumas das provas dos autos, a exemplo do texto da Lei Municipal datada de 23.09.1993, que denomina de Bairro Areial a área localizada nas imediações da BR 317, ou seja, nomeia bairro localizado nos lindes da propriedade invadida (fl. 642).
>
> (...)
>
> Assim, no ponto, voto pela inclusão do Estado do Acre no polo passivo da ação com o objetivo de rateio do valor da indenização com o ente municipal, de forma a elidir metade da obrigação inicial, razão disso, tenho como insuficiente o arrazoado para a reforma da sentença. (Grifos acrescidos).

Primeiramente, observa-se que o entendimento adotado no acórdão hostilizado coaduna-se com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual não há falar em *reformatio in pejus* nas questões de ordem pública, passíveis de reconhecimento de ofício, diante do efeito translativo da remessa necessária.

Ilustrativamente:

> Processual Civil. Tributário. Interesse processual. Matéria de ordem pública. Reexame necessário. Devido enfrentamento da tese. Necessidade. Omissão configurada. Retorno dos autos.
>
> 1. O acórdão recorrido incorreu em efetiva violação ao art. 535, inciso II, do Código de Processo Civil, pois o ente estadual suscitou omissão atinente à ausência de interesse de agir do contribuinte, visto que este teria aderido a programa de parcelamento.
>
> 2. O Tribunal deixou de analisar o tema suscitado por entender que a matéria estaria preclusa, pois configuraria inovação recursal vedada pelo princípio do *tantum devolutum quantum apelatum*.
>
> 3. Contudo, a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a matéria relativa às condições da ação - legitimidade, interesse processual (interesse de agir) e possibilidade jurídica do pedido -, por configurarem matéria de ordem pública, comportam apreciação a qualquer tempo e grau de jurisdição, não estando, portanto, sujeitas à preclusão.
>
> 4. Outrossim, o amplo efeito devolutivo da remessa necessária mitiga o princípio *tantum devolutum quantum appelatum*, uma vez que não limita o

> conhecimento do Tribunal a quo à matéria efetivamente impugnada no recurso de apelação pelo ente público. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1.444.360/SE, Relator Ministro Humberto Martins, T2 - Segunda Turma, DJe 22.05.2014)
>
> Recurso especial. Processual Civil. Administrativo. Permissão de transporte coletivo. Revogação de ato que concedia a exploração de linha de ônibus no período diurno. Recurso parcialmente conhecido e parcialmente provido.
>
> (...)
>
> 2. Não se configura julgamento fora do pedido se o Tribunal, em sede de reexame necessário, manifesta-se acerca de questão abordada na sentença e esta não extrapola os limites em que a lide foi proposta. Por outro lado, a remessa oficial faz com que o Tribunal possa apreciar todas as questões suscitadas pelas partes, pelo Ministério Público e pelos demais interessados. Isso ocorre porque, além da devolutividade das questões decididas pelo juiz singular, no reexame necessário, há ocorrência também do efeito translativo, segundo o qual as matérias de ordem pública e as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro, devem ser objeto de análise no duplo grau de jurisdição. (...)
>
> 8. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para afastar a condenação ao pagamento de honorários advocatícios. (REsp 808.381/RJ, Relator Ministra Denise Arruda, Órgão Julgador T1 - Primeira Turma, DJe 11.02.2009)

Ainda que assim não fosse, como bem ressaltou a Corte *a quo*, a sentença foi submetida a reexame necessário em virtude da sucumbência do Município de Rio Branco, condenado sozinho ao pagamento da indenização à parte autora, decorrente da desapropriação judicial indireta (e-STJ fls. 1.590).

No ponto, consignou que, "quando do reexame por este órgão colegiado, entendeu que a responsabilidade pelo pagamento da indenização deveria ser objeto de rateio entre o Município de Rio Branco e o Estado do Acre, de modo que não ocorreu o agravamento da situação da Fazenda Pública como um todo, mas adequação no polo passivo da demanda, questão de ordem pública em se tratando de legitimidade *ad causam*, decorrente do efeito translativo do reexame necessário" (e-STJ fl. 1.591).

Assim, havendo procedência parcial da ação contra a Fazenda Pública municipal, tem-se aplicável, além do recurso voluntário, o reexame necessário, razão pela qual não se vislumbra a alegada ofensa aos arts. 475 e 515 do CPC/1973, em face da reinclusão do Estado do Acre no polo passivo da demanda, por constituir a legitimidade *ad causam* matéria de ordem pública.

Relativamente ao art. 10 da Lei n. 10.257/2001, dessume-se claramente das razões do recurso especial do Estado que o recorrente não se insurgiu contra todos os fundamentos do acórdão hostilizado, deixando incólume fundamentos aptos e suficientes, por si sós, para manter o julgado, especificamente os contidos na ocasião do julgamento dos declaratórios (e-STJ fl. 1.590). Nesse contexto, incidem na espécie as Súmulas 283 e 284 do STF.

Ademais, verifica-se que o Tribunal de origem decidiu a questão ora ventilada com base na realidade que se delineou à luz do suporte fático-probatório constante nos autos, cuja revisão é inviável no âmbito do recurso especial, ante o óbice estampado na Súmula 7 do STJ.

Por fim, passo a analisar o recurso do particular, que se insurge tão somente quanto aos critérios de avaliação do imóvel, objetivando que a justa indenização seja calculada sobre o valor atual de mercado do bem desapropriado, em sua totalidade, apurado na data do efetivo pagamento ou da avaliação pericial.

Consoante o disposto no art. 1.228, § 5º, do CC/2002, o magistrado deverá fixar o valor da justa indenização que será devida ao proprietário e, uma vez tendo este recebido a indenização (justo preço), valerá a sentença como título para o competente registro do imóvel em nome dos possuidores.

De notar, ainda, que o art. 228, *caput*, do CC preceitua que o "proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha". Por sua vez, o § 1º do aludido diploma legal dispõe que "o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas".

Por fim, o § 3º estabelece que "o proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente".

Ressalte-se que a Carta Magna, de um lado, assegura o direito de propriedade (art. 5º, XXII) e, de outro, determina que o bem deverá atender "a sua função social" (art. 5º, XXIII). Como se vê, o proprietário tem obrigações sociais, podendo perder a propriedade se não usá-la em benefício da comunidade.

Sob esses primas, as instâncias ordinárias excluíram do cálculo da indenização as benfeitorias realizadas pelos posseiros no imóvel, bem como as melhorias urbanas efetivadas pelo Poder Público, a fim de evitar o

enriquecimento ilícito do proprietário, que não cumpriu com a função social da propriedade.

Quanto aos parâmetros para o cálculo da indenização, o Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre o tema, limitando-se a citar o Enunciado 240 do Conselho da Justiça Federal, editado na III Jornada de Direito Civil ("A justa indenização a que alude o parágrafo 5º do art. 1.228 não tem como critério valorativo, necessariamente, a avaliação técnica lastreada no mercado imobiliário, sendo indevidos os juros compensatórios"), sob o fundamento de que a quantia devida ainda será objeto de liquidação de sentença. Veja-se (e-STJ fls. 1.524/1.525):

> Alega o Embargante a hipótese de omissão de vez que o acórdão ter-se-ia reportado aos termos da sentença, sem que esta tenha especificado qualquer parâmetro para a arbitragem do valor indenizatório, a teor do excerto do acórdão ora Embargado, *in verbis*:
>
> > ...Todavia, o cálculo do valor justo indenizatório na espécie deve ser implementado em observância às restrições impostas na sentença com a supressão de todas as benfeitorias realizadas no bem pela coletividade, inclusive os gastos do Poder Público com melhorias urbanas, afastando o arbitramento pelo valor de mercado, pois, diversamente, ocasionaria enriquecimento ilícito ao proprietário, que aproveitar-se-ia do trabalho alheio na propriedade que anteriormente não atendia sua função social.
>
> *Ocorre que a deliberação relativa ao valor indenizatório consignou a devida observância às restrições constantes da sentença, portanto, adstrita à exclusão da área já desapropriada pelo Estado do Acre e aquelas comercializadas pelo proprietário, que devem ser excluídas da avaliação*.
>
> *Ademais, embora não tenha o magistrado sentenciante fixado parâmetros acerca do cálculo do valor indenizatório, o Acórdão ora Embargado o fez no que tange à exclusão das benfeitorias realizadas pelos posseiros bem como pelo poder público relacionadas às obras de infraestrutura urbana na área objeto do litígio, possibilitada a inclusão de tal critério tendo em vista a sujeição da sentença ao duplo grau de jurisdição, inclusive, aderindo o Embargante à mencionada conclusão, consoante afirmou nas razões dos Embargos*.
>
> Tocante à suposta contradição entre o Acórdão embargado e Súmulas dos Tribunais Superiores, concernente à incidência de juros compensatórios sobre o valor a ser arbitrado em sede de liquidação de sentença, realço que tal contradição refoge àquela prevista no art. 535, do Código de Processo Civil como ensejadora dos Embargos de Declaração, qual seja contradição interna, entre os fundamentos e a conclusão do próprio julgado.

> Na verdade, pretende o Embargante o reexame da matéria, em face de alegado *error in judicando*, inadequado em sede de Embargos Declaratórios.
>
> Ademais, neste aspecto, adequado esclarecer que o acórdão objeto dos declaratórios não deliberou quanto á exclusão de juros compensatórios quando do cálculo da indenização, até porque tal matéria refoge ao objeto da discussão nos autos de vez que o magistrado sentenciante optou por remeter a sentença à fase de liquidação para a fixação do valor indenizatório.
>
> *A propósito, nesta instância, quando enfrentado o argumento do Município de Rio Branco acerca do impacto financeiro a ser gerado no orçamento municipal pela condenação, restou ponderado que esta espécie de expropriação, diferente das demais, não necessariamente seria indenizada pelo atual valor de mercado do imóvel, reportando ao Enunciado n. 240, da III Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual a justa indenização não tem como critério valorativo, necessariamente, a avaliação técnica lastreada em mercado imobiliário, ainda assinalando indevidos os juros compensatórios*.
>
> *Todavia, o Acórdão ora embargado não fixou parâmetros para o cálculo do valor indenizatório, que será fixado pelo magistrado de primeiro grau em sede de liquidação quando do arbitramento da quantia indenizatória, momento em que adequado deduzir eventuais insurgências pelas partes mediante interposição de Agravo de Instrumento*. (Grifos acrescidos).

Assim, não tendo sido analisado ordinariamente os critérios para a apuração do valor da indenização, a questão não pode ser apreciada por esta Corte Superior, sob pena de supressão de instância.

Diante do exposto, *conheço*, *em parte*, dos recursos especiais e, nessa extensão, *nego-lhes provimento*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.586.950-RS (2016/0049204-1)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Relator para o acórdão: Ministro Gurgel de Faria
Recorrente: Companhia Zaffari Comércio e Indústria
Advogados: Fábio Canazaro - RS046621
Renata Bernaud - RS081118
Recorrido: Fazenda Nacional

EMENTA

Tributário. PIS e COFINS. Receitas financeiras. Incidência. Alíquotas. Redução e majoração por ato do Executivo. Lei n. 10.865/2004. Possibilidade.

1. A controvérsia a respeito da incidência das contribuições sociais PIS e COFINS sobre as receitas financeiras está superada desde o advento da EC n. 20/1998, que deu nova redação ao art. 195, II, "b", da CF/1988.

2. Em face da referida modificação, foram editadas as Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, as quais definiram como base de cálculo o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

3. As contribuições ao PIS e à COFINS, de acordo com as Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, incidem sobre todas as receitas auferidas por pessoa jurídica, com alíquotas de 1,65% e 7,6%, respectivamente.

4. No ano de 2004, entrou em vigor a Lei n. 10.865/2004, que autorizou o Poder Executivo a reduzir ou restabelecer as alíquotas sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime não cumulativo, de modo que a redução ou o restabelecimento poderiam ocorrer até os percentuais especificados no art. 8º da referida Lei.

5. O Decreto n. 5.164/2004 reduziu a zero as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de incidência não cumulativa das referidas contribuições.

6. O Decreto n. 5.442/2005 manteve a redução das alíquotas a zero, inclusive as operações realizadas para fins de *hedge*, tendo sido revogado pelo Decreto n. 8.426/2015, com vigência a partir de 1º.07.2015, que passou a fixá-las em 0,65% e 4%, respectivamente.

7. Hipótese em que se discute a legalidade da revogação da alíquota zero, prevista no art. 1° do Decreto n. 5.442/2005, do PIS e da COFINS sobre receitas financeiras pelo art. 1º do Decreto n. 8.426/2015.

8. Considerada a constitucionalidade da Lei n. 10.865/2004, permite-se ao Poder Executivo tanto reduzir quanto restabelecer alíquotas do PIS/COFINS sobre as receitas financeiras das pessoas jurídicas, sendo certo que tanto os decretos que reduziram a alíquota para zero quanto o Decreto n. 8.426/2015, que as restabeleceu em patamar inferior ao permitido pelas Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, agiram dentro do limite previsto na legislação, não havendo que se falar em ilegalidade.

9. O art. 27, § 2º, da Lei n. 10.865/2004 autoriza o Poder Executivo a reduzir ou restabelecer as alíquotas nos percentuais delimitados na própria Lei, da forma que, considerada legal a permissão dada ao administrador para reduzir tributos, também deve ser admitido o seu restabelecimento, pois não se pode compartimentar o próprio dispositivo legal para fins de manter a tributação com base em redução indevida.

10. 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 Relator e Regina Helena Costa (voto-vista), negar provimento ao recurso especial nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Gurgel de Faria, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Gurgel de Faria (voto-vista) os Srs. Ministros Benedito Gonçalves (voto-vista) e Sérgio Kukina.

Brasília (DF), 19 de setembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Gurgel de Faria, Relator

DJe 9.10.2017

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Após o bem lançado voto do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, resolvi pedir vista dos autos para melhor exame da controvérsia.

Os autos dão conta que a *Companhia Zaffari Comércio e Indústria* impetrou mandado de segurança contra ato do *Delegado da Receita Federal do Brasil de Porto Alegre*, requerendo a concessão da segurança para não recolher as contribuições ao PIS e à COFINS sobre receitas financeiras, com o reconhecimento de ilegalidade e inconstitucionalidade das disposições do Decreto n. 8.426/2015, que restabeleceu as alíquotas daquelas exações.

O MM. Juiz Federal denegou a ordem (e-STJ fls. 58/62).

Interposta apelação, o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso nos termos do acórdão assim ementado (e-STJ fl. 137):

> Tributário. PIS e COFINS. EC n. 20/98. Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. Base de cálculo. Totalidade das receitas auferidas. Decreto n. 8.426/2015. Princípio da legalidade. Ausência de violação. Regime não cumulativo. Regramento legal.
>
> 1. A base de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS é o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil - conceito que se encontra plenamente válido, tendo em vista que amparado pela redação do art. 195, I, da CF, conferida pela EC n. 20/98. Assim, as receitas financeiras estão incluídas na base de cálculo das referidas contribuições.
>
> 2. O Decreto n. 8.426/2015 não se mostra ofensivo ao princípio da legalidade, eis que não se trata de instituição ou majoração de tributo, e sim de redução e posterior restabelecimento, dentro dos limites indicados na própria lei (art. 27, § 2º, da Lei n. 10.865/2004), das alíquotas de contribuição para o PIS e COFINS sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime não cumulativo.
>
> 3. O regime não cumulativo do PIS e da COFINS foi relegado à disciplina infraconstitucional, sendo de observância facultativa. Logo, a lei pode estabelecer as despesas que serão passíveis de gerar créditos, bem como modificar o regime, introduzindo novas hipóteses de creditamento ou revogando outras, pois não existe direito adquirido a determinado regime legal.

Seguiu-se, então, recurso especial, no qual a recorrente defende que houve violação aos seguintes dispositivos legais: arts. 1º, § 1º e 3º, V, das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, 12 do Decreto-Lei n. 1.598/1977 e 97 e 7º do CTN. Sustenta que o objetivo do apelo extremo é ver "reconhecida a ilegalidade do art. 1º do Decreto n. 8.426/2015, o qual autoriza que a Administração Tributária da União exija as contribuições sociais PIS e COFINS sobre as receitas financeiras" (e-STJ fl. 153).

Alega que o legislador quis tributar, na verdade, com as referidas contribuições, as receitas brutas, ou seja, aquelas auferidas no exercício da atividade empresarial e não as receitas de cunho financeiro. Sustenta que é

impossível, com base nas Leis n. 10.637/2002, 10.833/2003 e no art. 12 do Decreto-Lei n. 1.598/1977, a exigência do PIS e da COFINS sobre as receitas financeiras, realizada pelo Decreto n. 8.426/2015, uma vez que o Executivo, ao editar tal ato normativo, ultrapassou os limites definidos pela legislação ordinária que regula tais contribuições, tributando acima da base de cálculo permitida, qual seja, a receita bruta.

Além disso, a recorrente aponta que o art. 1º do Decreto n. 8.426/2015 é ilegal frente ao disposto no art. 97 do CTN, ao fundamento de que somente a lei pode majorar tributo, definir o seu fato gerador, fixar a alíquota e a sua base de cálculo, bem como tornar o tributo mais oneroso. Defende que as Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003 não definem a obtenção de receita financeira como fato gerador. Argumenta, ainda, que "não é apenas o Decreto n. 8.426/2015, que é inválido sob o ponto de vista da legislação federal – o § 2º do art. 27 da Lei n. 10.865/2004 – incorre no mesmo vício: é ilegal, por outorgar espécie de 'competência' para a definição de alíquotas das contribuições PIS e COFINS ao Executivo, sem respaldo legal – sem regra no Código Tributário Nacional que autorizasse o legislador da União a assim proceder" (e-STJ fl. 157).

Derradeiramente, alega violação ao art. 7º do CTN em razão de a competência tributária ser indelegável e, portanto, não poderia ter sido passada ao Executivo através do art. 27, § 2º, da Lei n. 10.865/2004, para a fixação de alíquotas do PIS e da COFINS.

Requer o provimento do recurso especial para que seja reconhecida a ilegalidade do art. 1º do Decreto n. 8.426/2015 em relação à exigência das contribuições ao PIS e a COFINS sobre as receitas financeiras.

Em contrarrazões, a União (Fazenda Nacional) requer o desprovimento do recurso. Assevera que a base de cálculo do PIS e da COFINS é o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil, conceito que se encontra válido, pois amparado pelo art. 195, I, da CF/1988. Defende que as receitas financeiras estão incluídas na base de cálculo das referidas contribuições.

Sustenta, ainda, que o Decreto n. 8.426/2015 não viola o princípio da legalidade, uma vez que não se trata de instituição ou majoração de tributos, mas de redução e posterior restabelecimento, dentro dos limites fixados pelo art. 27, § 2º, da Lei n. 10.865/2004.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso especial (e-STJ fls. 229/234).

Pois bem.

Examino a possibilidade de conhecimento do recurso.

O voto condutor do acórdão proferido pelo Tribunal *a quo* consignou que (e-STJ fls. 131/133):

> *Autorização constitucional e legal para exigência das contribuições sobre receitas financeiras*. Ao contrário do que afirma a apelante, a exigência das contribuições sobre receitas financeiras encontra sustentação na Constituição Federal e na legislação de regência.
>
> *Certo é que os argumentos expostos nas razões de apelo se encontram superados a partir do advento da Emenda Constitucional n. 20/98, a qual deu nova redação ao art. 195, inciso I, da Constituição Federal, trazendo a previsão de incidência da contribuição social sobre a receita ou o faturamento das empresas, ou seja, estabeleceu-se uma nova base jurídico-tributária constitucional, mais abrangente que a anterior*, para que as normas infralegais regulamentassem a base de cálculo dos tributos em comento.
>
> Já com amparo nessa nova previsão, foram editadas as Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, que definiram como fato gerador do PIS e da COFINS "o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil", salvo as hipóteses previstas pelas próprias leis.
>
> Nesse sentido:
>
> Tributário. Contribuições sociais destinadas ao custeio da seguridade social. 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.
>
> 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 10.8333/2003, editadas sob a égide da Emenda Constitucional n. 20/98).
>
> (...) 6. 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. 20/98, 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).
>
> (STJ, AgRg no Ag 1.239.175/RJ, Rel. Ministro *Luiz Fux*, *Primeira Turma*, julgado em 11.05.2010, DJe 25.05.2010).

Assim, não havendo dispositivo legal excepcionando as despesas financeiras, elas estão validamente incluídas na base de cálculo do tributo, já que configuram modalidade de receita auferida pela pessoa jurídica.

Redução e restabelecimento das alíquotas por decreto.

No ponto, o julgador singular afastou as teses da impetrante de maneira bem acertada e fundamentada, razão pela qual transcrevo trecho da decisão, adotando seus argumentos como razões de decidir:

Com base na autorização conferida pelo § 2º do art. 27 da Lei n. 10.865/2004, o Poder Executivo, através do Decreto n. 5.164/2004, reduziu para zero as alíquotas do PIS/COFINS sobre as receitas financeiras. Essa redução para zero foi mantida pelo Decreto n. 5.442/2005.

A partir de 01 de julho de 2015, o Decreto n. 5.442/2005 foi revogado pelo Decreto n. 8.426/2015, cujo art. 1º dispôs:

Art. 1º Ficam restabelecidas para 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento) e 4% (quatro por cento), respectivamente, as alíquotas da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS incidentes sobre receitas financeiras, inclusive decorrentes de operações realizadas para fins de *hedge*, auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração não-cumulativa das referidas contribuições.

Ou seja, a partir de 01 de julho de 2015 as receitas financeiras tornaram a ficar sujeitas às alíquotas de PIS/COFINS, porém com percentuais diferenciados - e reduzidos - em relação às demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

O art. 150, I, da Constituição Federal, veda "exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça", e com detalhamento no art. 97 do CTN, esse princípio exige que a lei, formalmente considerada, defina todos os aspectos substanciais dos tributos, suas hipóteses material, espacial e temporal, sujeição passiva e a quantificação do dever tributário (alíquota e base de cálculo) - defina, portanto, todos os elementos capazes de fazer nascer uma obrigação tributária válida. "A legalidade tributária não se conforma com a mera autorização de lei para cobrança de tributos; requer-se que a própria lei defina todos os aspectos pertinentes ao fato gerador, necessários à quantificação do tributo devido em cada situação concreta que venha a espelhar a situação hipotética descrita na lei" (Direito Tributário Brasileiro, Luciano Amaro, Saraiva, 16ª ed., p. 134).

O princípio da legalidade - e respectiva tipicidade, que exige uma definição taxativa e completa dos elementos essenciais da obrigação tributária - foi atendido na medida em que as contribuições tinham as suas alíquotas e respectivas bases de cálculos definidas em lei (Leis 10.637/2002 e 10.833/2003).

[...]

Se por força do princípio da legalidade, apenas para argumentar, o Decreto não pudesse restabelecer as alíquotas, também deve-se concluir que o mesmo instrumento normativo não poderia reduzi-las para zero. Com isto, as

> contribuições sempre deveriam ter sido recolhidas sobre as receitas financeiras e com as alíquotas previstas na lei, ou seja, de 1,65% para o PIS e 7,6% da COFINS. Em outras palavras, o acolhimento da pretensão não autorizaria a apuração das contribuições com a alíquota zero, porque também fixada em Decreto, mas sim com as alíquotas previstas nas respectivas leis.
>
> Não havendo, portanto, alíquotas definidas por ato infralegal, é legítima a fixação, pelo art. 1º do Decreto n. 8.426/2015, das alíquotas previstas em lei.
>
> *Com efeito, o Decreto n. 8.426/2015 não se mostra ofensivo ao princípio da legalidade, eis que este não instituiu ou majorou tributo, mas apenas restabeleceu, dentro dos limites indicados na própria lei (art. 27, § 2º, da Lei n. 10.865/2004), as alíquotas de contribuição para PIS e COFINS sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime não cumulativo*. Trata-se de situação diversa e plenamente válida de ser operada mediante decreto, tanto é que, em momento anterior, a redução da alíquota a zero havia sido efetivada também mediante ato infralegal.

Como se vê dos excertos transcritos, a Corte de origem decidiu que as receitas financeiras estão incluídas nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, realizando interpretação do conceito de faturamento previsto no art. 195, I, "b", da CF, e que o restabelecimento da alíquota por meio de Decreto não viola o princípio da legalidade, disposto no art. 150, I, da CF.

Realizado o exame da matéria sob enfoque eminentemente constitucional, não cabe ao Superior Tribunal de Justiça o exame da controvérsia, já que incorreria em usurpação de competência do STF.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

> Tributário. Agravo regimental no agravo em recurso especial. IPTU. Isenção. Área desapropriada. Matéria decidida pelo Tribunal de origem sob o enfoque eminentemente constitucional. Impossibilidade de análise.
>
> 1. Na hipótese, o Tribunal de origem decidiu a controvérsia com base em fundamentos eminentemente constitucionais, escapando sua revisão, assim, à competência desta Corte em sede de recurso especial.
>
> 2. Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> (AgRg no AREsp 537.171/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 09.09.2014, DJe 16.09.2014).
>
> Processual Civil e Administrativo. Servidor público federal. Legitimidade ativa. Ente sindical. Ilegitimidade do sindicato com base nos princípios da unicidade sindical e especificidade. Fundamentação exclusivamente constitucional. Dispositivos legais genéricos. Deficiência de fundamentação. Súmula 284/STF. Violação dos arts. 458, II, e 535, II, do CPC. Inexistência. Honorários advocatícios. Revisão. Impossibilidade. Súmula 7 do STJ.

> [...]
>
> 2. O Tribunal de origem, ao decidir a controvérsia, ao entendimento de que o recorrente careceria de legitimidade ativa para representar os substituídos em juízo, tendo em vista os princípios da unicidade sindical e da especificidade, uma vez que os servidores em questão já seriam representados naquela base territorial por sindicato "mais específico", adotou fundamentação exclusivamente constitucional, não cabendo seu exame em sede de recurso especial, uma vez que se admite apenas a apreciação de questões referentes à interpretação de normas infraconstitucionais. [...]
>
> Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1.562.749/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17.03.2016, DJe 22.03.2016).

Além disso, quanto à alegada infringência ao art. 97 do CTN, a jurisprudência do STJ é uníssona no sentido de que a violação a tal dispositivo legal não pode ser examinada por esta Corte Superior, uma vez que apenas replica preceito constitucional disposto no art. 150, I, da CF/1988.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

> *Processual Civil. Tributário. Contribuição para financiamento de benefícios previdenciários. Município. Ausência de omissão. Art. 535 do CPC. Reexame de provas. Súmula 7 do STJ. Falta de prequestionamento. Art. 97 do CTN. Reprodução de dispositivo constitucional. Competência do STF. Alteração. Alíquota. SAT. Fator Acidentário de Prevenção - FAP*. 1. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal *a quo* julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada. 2. É inviável ao STJ apreciar ofensa aos artigos da Carta Magna, uma vez que compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal o exame de violação a dispositivo da Constituição da República, nos termos do seu art. 102, III, "a". 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que a análise da alteração de alíquota da contribuição ao SAT, em função do Fator Acidentário de Prevenção (FAP), por norma constante de ato infralegal, é estritamente de natureza constitucional. Precedentes: AgRg no REsp 1.484.761/BA, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 18.12.2014, AgRg no REsp 1.290.475/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 10.3.2015 e AgRg no REsp 1.330.220/SC, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 10.3.2015. 4. *O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que não cabe Recurso Especial fundado em violação a dispositivo infraconstitucional que repete preceito constitucional. No caso, o art. 97 do CTN é reprodução do princípio da legalidade, expresso no art. 150, I, da Constituição Federal*. 5. A indicada afronta dos arts. 165 e 458 do CPC não pode ser analisada, pois o Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre esses dispositivos legais. O Superior Tribunal de Justiça entende ser inviável o conhecimento do Recurso Especial quando os artigos tidos por violados

não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, a despeito da oposição de Embargos de Declaração, haja vista a ausência do requisito do prequestionamento. Incide, na espécie, a Súmula 211/STJ. 6. O Tribunal de origem consignou que houve a correta divulgação dos dados utilizados para fins do cálculo do SAT. A revisão desse entendimento implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ. AgRg no REsp 1.497.300/PE, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 10.06.2015, AgRg no AgRg no REsp 1.494.653/PE, Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Segunda Turma*, DJe 19.5.2015, AgRg no REsp 1.460.694/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 10.10.2014, AgRg no REsp 1.422.783/PB, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 27.2.2014 e AgRg no Ag 1.405.275/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 1º.9.2011. 7. Recurso Especial não conhecido (REsp 1.593.992/RS Recurso Especial 2016/0089709-7 Relator(a) Ministro Herman Benjamin (1132) Órgão Julgador T2 - Segunda Turma Data do Julgamento 14.06.2016 Data da Publicação/Fonte DJe 05.09.2016).

Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Contribuição previdenciária. Riscos Ambientais do Trabalho - RAT. Fixação de alíquota por regulamentação da autoridade administrativa. Violação do princípio da legalidade. Art. 97 do CTN. Fundamentação eminentemente constitucional. Apreciação pelo STJ. Impossibilidade. 1. *O acórdão* a quo, *ao decidir controvérsia relativa à graduação da alíquota do RAT (Riscos Ambientais do Trabalho) realizada por meio de ato infralegal, assentou-se especificamente com base no art. 97 do CTN, o qual, segundo jurisprudência do STJ, reproduz norma encartada no art. 150, I, Constituição Federal, de modo que o recurso especial é inviável, sob pena de usurpar-se a competência do STF*. 2. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 691.842/PE Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2015/0068025-0 Relator(a) Ministro Benedito Gonçalves (1142) Órgão Julgador T1 - Primeira Turma Data do Julgamento 23.06.2015 Data da Publicação/Fonte DJe 04.08.2015), (Grifos acrescidos).

Portanto, a meu sentir, considero que devemos nos ater ao que foi decidido pelo Tribunal *a quo* e, pelo que pude verificar, toda a discussão restringiu-se ao enfoque constitucional, não cabendo ao STJ, portanto, debruçar-se sobre a matéria.

Só poderíamos partir para a discussão levantada pelos eminentes Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Regina Helena Costa – os quais entendem que a discussão se restringe a aferir se o Decreto está de acordo com o disposto na Lei n. 10.865/2004 – se ultrapassássemos o óbice de que a matéria foi decidida unicamente sob fundamento constitucional, o que, a meu ver, não pode ser realizado.

Ante o exposto, voto, preliminarmente, pelo *não conhecimento* do recurso especial.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Recurso Especial interposto pela *Companhia Zaffari Comércio e Indústria*, com fundamento na alínea *a* do art. 105, III da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4a. Região, assim resumido:

> Tributário. PIS e COFINS. EC 20/98. Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. Base de cálculo. Totalidade das receitas auferidas. Decreto n. 8.426/2015. Princípio da legalidade. Ausência de violação. Regime não cumulativo. Regramento legal.
>
> 1. A base de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS é o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil - conceito que se encontra plenamente válido, tendo em vista que amparado pela redação do art. 195, I, da CF, conferida pela EC 20/98. Assim, as receitas financeiras estão incluídas na base de cálculo das referidas contribuições.
>
> 2. O Decreto n. 8.426/2015 não se mostra ofensivo ao princípio da legalidade, eis que não se trata de instituição ou majoração de tributo, e sim de redução e posterior restabelecimento, dentro dos limites indicados na própria lei (art. 27, § 2º, da Lei n. 10.865/2004), das alíquotas de contribuição para o PIS e COFINS sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime não cumulativo.
>
> 3. O regime não cumulativo do PIS e da COFINS foi relegado à disciplina infraconstitucional, sendo de observância facultativa. Logo, a lei pode estabelecer as despesas que serão passíveis de gerar créditos, bem como modificar o regime, introduzindo novas hipóteses de creditamento ou revogando outras, pois não existe direito adquirido a determinado regime legal.

2. Originariamente, a Recorrente impetrou Mandado de Segurança que buscava reconhecer a invalidade da cobrança do PIS e COFINS sobre as receitas financeiras, instituída pelo Decreto n. 8.426/2015, sob o argumento de violação a dispositivos da Constituição, bem como, em face disso, determinar à Autoridade Coatora que deixasse de exigir as Contribuições sobre aquela espécie de receita.

3. O Juízo de 1º grau denegou a segurança pleiteada. Este, entendeu que, em decorrência do art. 1º do Decreto n. 8.426/2015, apenas, se aumentou

as alíquotas das contribuições sobre as receitas financeiras. Ademais, restou compreendido que o princípio da legalidade teria sido devidamente atendido, uma vez que as contribuições tinham as suas alíquotas (gerais) e respectivas bases de cálculos definidas em Lei (Leis 10.637/2002 e 10.833/2003). Assim, ressaltou, a decisão, que os Decretos anteriores não interferiram nos elementos essenciais do tributo, pois não inovaram na ordem jurídica. Por fim, o Magistrado concluiu que não houve violação à regra da não cumulatividade.

4. A sentença foi objeto de Apelação; contudo, o egrégio TRF da 4a. Região negou provimento ao recurso.

5. Nas razões do seu Apelo Nobre, a Recorrente alega violação dos arts. 1º, §§ 1º e 3º, V das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, 12 do Decreto-Lei n. 1.598/1977, 97 e 7º do CTN, aduzindo que *o PIS e a COFINS cuja regra de competência consta dos artigos 239 e 195, I, b, da CF/1988, não incidem sobre receita financeira; incidem sobre receita bruta, conceito definido, como fazem referência as Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, no art. 12 do Decreto-Lei n. 1.598/1977* (fls. 155); e *o art. 1º do Decreto n. 8.426/2015 viola, também, o art. 97 do CTN, já que exige tributo (e o aumenta, de zero para 4,65%), por ato do Executivo* (fls.156).

6. Contrarrazões da *União* apresentadas às fls. 188/195. O recurso foi admitido na origem (fls. 211).

7. O Ministério Público Federal, em parecer subscrito pela ilustre Subprocuradora-Geral da República *Darcy Santana Vitobello*, manifestou-se nos termos da seguinte ementa:

> *PIS e COFINS. Bases de cálculo. Inclusão das receitas financeiras e alteração da alíquota por decreto Art. 97 do CTN. Reprodução do princípio da legalidade tributária. Acórdão com fundamentos eminentemente constitucionais. Competência do STF. Pelo não conhecimento do recurso.*

8. É o relatório.

VOTO VENCIDO

Tributário. PIS/COFINS não cumulativo sobre receitas financeiras. Comando constitucional que restringe ou limita o poder normativo do legislador tributário. Impossibilidade de incidência. Parecer do MPF pelo desprovimento do recurso. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido, autorizada a compensação do indébito.

1. A Lei n. 9.718/1998 dispunha, outrora, ser o faturamento a base de cálculo do PIS/COFINS, sendo este equiparado à receita bruta da pessoa jurídica, *ex vi* dos seus arts. 2º e 3º Este último estava acompanhado do § 1º, segundo o qual se entende por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

2. O STF declarou ser inconstitucional o alargamento do conceito de faturamento empreendido pelo art. 3º, § 1º da Lei n. 9.718/1998 (RREE 346.084/PR, 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG), uma vez que o faturamento (ou receita bruta) envolve somente a venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços, não alcançando as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica. Essa é a definição ou o conceito de faturamento, segundo a superior orientação do STF.

3. A EC 20/98 inseriu, porém, no texto constitucional nova base de cálculo para o PIS/COFINS, que, assim, nos termos do art. 195, I, b da CF, passou a contar com duas hipóteses, a saber: (i) a receita ou (ii) o faturamento, expressando uma circunstância alternativa e não, como se vê, uma circunstância aditiva, sendo esse aspecto essencial para a correta apreensão da consistência da questão; não é lícito ao legislador infraconstitucional tomar o conceito de receita pelo de faturamento, ou vice-versa dada a proibição constante do art. 110 do CTN.

4. Em que pese a referida Emenda, a incidência do PIS/COFINS sobre receitas financeiras continuou impossibilitada, pois o legislador ordinário pretendeu tributá-los com fundamento na mesma sistemática utilizada pela Lei n. 9.718/1998, qual seja, a partir da extensão do conceito de faturamento, equiparando-o à totalidade das receitas, quaisquer que sejam, ou embutindo esta naquele, o que não é possível, tendo em vista a interpretação conferida pelo STF ao conceito de faturamento (ou receita bruta), o qual abrange, apenas, a venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços.

5. Ao editar as Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, o legislador ordinário deixou de observar a dicção utilizada no art. 195, I, b da CF, que, além do faturamento, passou a admitir, também, como base de cálculo, a receita, mas alternativamente, como dito, não havendo confusão ou qualquer equiparação entre eles, nem cumulatividade.

6. A alternatividade positivada pela EC 20/98 (receita ou faturamento) criou a necessidade de opção (eleição ou escolha) do legislador infraconstitucional por uma das alternativas de bases de cálculo, não lhe sendo lícito, porém, a cumulação ou a apreensão de uma como sendo a outra, ou vice versa, tal como ocorreu nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

7. O advento da Lei n. 10.865/2004, que em tese, permite ao Executivo reduzir e restabelecer a fixação de alíquotas do PIS e da COFINS sobre a receita financeira, vai além do previsto na norma constitucional, que apenas prevê a autorização para incidência do PIS/COFINS sobre a receita bruta ou faturamento, e não sobre receita financeira, que não integra nenhum desses conceitos

8. O aumento da alíquota de tributos não regulatórios pela via expedita e administrativa de Decretos Executivos ofende acintosamente a regra áurea da estrita legalidade tributária, entendida, como sempre foi, como princípio tutelar dos direitos do contribuinte; assim, a aceitação de redução de alíquota de tributo por ato administrativo não autoriza que esse mesmo instrumento (ato administrativo) possa ser utilizado para realizar movimento inverso, porque, em tal hipótese, se está onerando o patrimônio particular.

9. A lógica jurídica, segundo a qual, quem pode o mais pode o menos não tem qualquer aplicabilidade na província do Direito Tributário onde as competências e os procedimentos são gizados de maneira inviolável; a autoridade fiscal, portanto, bem como o Ente Estatal Tributante não têm a competência que desejam ou que declaram, mas somente aquela que o sistema jurídico lhes confere; cabe à jurisdição fazer como que a atividade tributante se comporte rigorosamente dentro dos limites sistêmicos e sobretudo, das garantias que protegem os patrimônios individuais contra as pretensões fiscais.

10. Portanto, como o conceito de faturamento (ou receita bruta) definido pelo STF, que não abrange a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, é necessária interpretação restritiva para adequar-se à norma constitucional, retirando-se da base de cálculo do PIS/COFINS toda e qualquer receita que não seja resultado da venda de mercadorias, de serviços, ou de mercadorias e serviços, ressalvada a possibilidade de opção pela receita, considerada em sua totalidade,

como base de cálculo da exação, desde que de forma desvinculada do faturamento.

11. Parecer do MPF pelo desprovimento do recurso.

12. Recurso Especial conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido, para declarar a não incidência do PIS/COFINS sobre as receitas financeiras.

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. A controvérsia se resume na incidência (ou não) do PIS/COFINS sobre as receitas financeiras. E muito embora o tema também tenha reflexo constitucional, não se pode negar que há matéria infraconstitucional a ser analisada; e é, sob este prisma, que deve ser examinado o presente recurso.

2. A Lei n. 9.718/1998 dispunha ser o *faturamento* a base de cálculo do PIS/COFINS, sendo este equiparado à receita bruta da pessoa jurídica, tal como apregoaram os arts. 2º e 3º Este último preceito normativo estava acompanhado do § 1º, que dizia: *entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.*

3. Muito embora a Emenda Constitucional 20/98 tenha possibilitado a incidência da COFINS e da contribuição ao PIS sobre a receita, o fato é que as Leis que instituíram as referidas contribuições (10.637/2002 e 10.833/2003) elegeram, como base de cálculo, apenas o *faturamento*, conforme se depreende dos arts. 1º de ambas as leis, a seguir transcritos respectivamente:

> Art. 1º - A contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

> Art. 1º - A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil. (Produção de efeito) (Vide Medida Provisória n. 627, de 2013).

4. Da redação original dos artigos transcritos, tem-se que, novamente, o legislador ordinário pretendeu equiparar o conceito de faturamento ao de receita bruta, nos moldes da sistemática anteriormente adotada pela Lei n. 9.718/1998,

a qual foi rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento dos REs 346.084/PR, 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG.

5. A ementa do RE 346.084/PR (julgado conjuntamente com os RREE 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG) restou assim redigida:

> *Constitucionalidade superveniente. Artigo 3º, § 1º da Lei n. 9.718, de 27 de novembro de 1998. Emenda Constitucional 20, de 15 de dezembro de 1998*. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. *Tributário. Institutos. Expressões e vocábulos. Sentido*. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários. *Contribuição social. PIS. Receita bruta. Noção. Inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei n. 9.718/1998*. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei n. 9.718/1998, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada (Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1º.9.2006).

6. Vê-se, portanto, que, segundo o STF, a definição constitucional do conceito de *faturamento* (ou receita bruta) *envolve somente a venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços*, nestes termos; ficam de fora, assim, as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica, as quais pretendeu-se tributar com a Lei n. 9.718/1998, que previa a inclusão da totalidade das receitas no conceito de faturamento. Somente após a alteração constitucional é que se possibilitou a inclusão delas na base de cálculo do PIS/COFINS, até porque, nos termos do art. 110 do CTN, *a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.*

7. Todavia, há que se observar que, no afã de solucionar o erro em que incidiu o legislador ordinário e, assim, possibilitar o aumento da arrecadação pelo Fisco, a EC 20/98 inseriu no texto constitucional *nova* base de cálculo para o PIS/COFINS, que, assim, nos termos do art. 195, I, *b* da CF, passou a contar com duas bases de cálculo, *de forma alternativa: faturamento ou receita bruta*.

8. Em que pese a referida Emenda, a incidência do PIS/COFINS sobre *receita financeira continuou impossibilitada*, pois o legislador ordinário pretendeu tributá-los com fundamento na mesma sistemática utilizada pela Lei n. 9.718/1998, qual seja, a partir da *extensão do conceito de faturamento,* equiparando-o à totalidade das receitas, ou embutindo esta naquele, o que não é possível, tendo em vista a interpretação conferida pelo STF ao conceito de faturamento (ou receita bruta), o qual abrange, apenas, a venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços.

9. Com o advento da Lei n. 10.865/2004, passou o Poder Executivo a *reduzir ou restabelecer* alíquotas sobre o PIS/COFINS sobre as *receitas financeiras* de pessoas jurídicas sujeitas ao regime não cumulativo. A redução e o restabelecimento poderiam ocorrer até os percentuais referidos nos incisos I e II do *caput* do art. 8º da mesma Lei (art. 27, § 2º):

> Art. 27. - O Poder Executivo poderá autorizar o desconto de crédito nos percentuais que estabelecer e para os fins referidos no art. 3º das Leis nos. 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, relativamente às despesas financeiras decorrentes de empréstimos e financiamentos, inclusive pagos ou creditados a residentes ou domiciliados no exterior.
>
> (...) § 2º - O Poder Executivo poderá, também, reduzir e restabelecer, até os percentuais de que tratam os incisos I e II do *caput* do art. 8º desta Lei, as alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de não-cumulatividade das referidas contribuições, nas hipóteses que fixar.

10. Por força dessa autorização foi publicado o Dec. n. 5.164/2004 *reduzindo a zero* as alíquotas do PIS e COFINS incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de incidência não cumulativo a partir de 2.8.2004. Posteriormente o Dec. 5.442/2005, *manteve a alíquota zero* incidente sobre as receitas financeiras. No dia 1º.4.2015 foi publicado o Dec. 8.426, revogando expressamente no seu art. 3º, a partir de 1º de julho de 2015, o Dec. 5.442/2005 majorando a incidência do PIS e da COFINS as alíquotas de 0,65% para o PIS e 4% para a COFINS.

11. E em que pese ao advento da Lei n. 10.865/2004, que em tese, permite ao Executivo *reduzir e restabelecer* a fixação de alíquotas do PIS e da COFINS sobre a receita financeira, entende-se que a norma constitucional apenas prevê a autorização para incidência do PIS/COFINS sobre a receita bruta ou faturamento, e *não sobre receita financeira*, que não integra nenhum desses conceitos.

12. Isso se deve à própria interpretação que se dá à amplitude da norma, pois o conceito de receita está intimamente ligado ao acréscimo positivo patrimonial, a entrada de riqueza nova no patrimônio da pessoas jurídica. Esse, aliás, é o pensamento de diversos doutrinadores da área, como citado na obra do Professor SOLON SEHN, a saber:

> A necessidade de repercussão patrimonial também é ressaltada por Gerlado Ataliba e Clèber Giardino, quando ensinam que receita constitui acréscimo patrimonial que adere definitivamente ao patrimônio do alienante. A ele, portanto, não se podem considerar integradas importâncias que apenas transitam em mãos do alienante, sem que em verdade, lhes pertençam em caráter definitivo. Nesse mesmo raciocínio, aliás, tem-se colocado praticamente toda a doutrina dedicada ao estudo do tema, considerando receita apenas a entrada que, sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, se integra ao patrimônio da empresa, acrescendo-o, incrementando-o (AIRES F. BARRETO); um plus jurídico (acréscimo de direito), de qualquer natureza e de qualquer origem, que se agrega ao patrimônio como um elemento positivo, e que não acarreta para o seu adquirente qualquer nova obrigação (RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA); o incremento do patrimônio (ALIOMAR BALLEIRO); o elemento positivo do acréscimo patrimonial (GISELE LEMKE); a entrada de riqueza nova ao patrimônio da pessoa jurídica (HUGO DE BRITO MACHADO e HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO); as quantias que a empresa recebe não para si (HAMILTON DIAS DE SOUZA, LUIZ MÉLEGA e RUY BARBOSA NOGUEIRA), que possam alterar o patrimônio líquido (JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO); a entrada de cunho patrimonial (MARCO AURÉLIO GRECO); que tem o condão de incrementar o patrimônio (ALEXANDRE BARROS DE CASTRO) (PIS-COFINS: Não Cumulatividade e Regimes de Incidência. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 152-153).

13. Ressalte-se que a alternatividade positivada pela EC 20/98 (receita ou faturamento) criou a necessidade de opção (ou escolha) do legislador infraconstitucional por uma das bases de cálculo, não lhe sendo lícito a cumulação ou a apreensão de uma como sendo a outra, tal como ocorreu nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

14. Portanto, tendo em vista o conceito de faturamento (ou receita bruta) definido pelo STF, que não abrange a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, é necessária interpretação restritiva para adequar-se à norma constitucional, retirando-se da base de cálculo do PIS/COFINS *toda e qualquer receita que não seja resultado da venda de mercadorias, de serviços, ou de mercadorias e serviços*, ressalvada a possibilidade de opção pela receita, considerada em sua totalidade, como base de cálculo da exação, desde que de forma desvinculada do faturamento.

15. Por outro lado, o aumento da alíquota de tributos não regulatórios pela via expedita e administrativa de Decretos Executivos ofende acintosamente a regra áurea da estrita legalidade tributária, entendida, como sempre foi, como princípio tutelar dos direitos do contribuinte; assim, a aceitação de redução de alíquota de tributo por ato administrativo não autoriza que esse mesmo instrumento (ato administrativo) possa ser utilizado para realizar movimento inverso, porque, em tal hipótese, se está onerando o patrimônio particular.

16. A lógica jurídica, segundo a qual, quem pode o mais pode o menos não tem qualquer aplicabilidade na província do Direito Tributário onde as competências e os procedimentos gizados de maneira inviolável; a autoridade fiscal, portanto, bem como o Ente Estatal Tributante não têm a competência que desejam ou que declaram, mas somente aquela que o sistema jurídico lhes confere; cabe à jurisdição fazer como que a atividade tributante se comporte rigorosamente dentro dos limites sistêmicos e sobretudo, das garantias que protegem os patrimônios individuais contra as pretensões fiscais.

17. Deve-se avaliar se pode o Poder Executivo, por meio de Decreto (8.426/2005), aumentar a alíquota que antes estava reduzida à zero (Dec. 5.164/2004 e Dec. 5.442/2005)? Entende-se que não.

18. Isto porque, somente a Lei, em sentido formal, pode criar ou majorar tributos. Este, aliás, é o pensamento do grande jurista ALIOMAR BALEEIRO que defende a inconstitucionalidade do tributo instituído ou majorado por meio de Decreto (Direito Tributário Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 64).

19. Corroborando com tal entendimento, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou que o Princípio da Estrita Legalidade em matéria tributária é garantia constitucional *em prol do contribuinte* e não do Estado; se presta, justamente para evitar que se faça a exigência ou o aumento, e não a redução ou desoneração do tributo. Confira-se parte do julgado:

> Temos, pois, que o princípio da reserva legal e da prévia autorização orçamentária em matéria de tributos existe, única e exclusivamente, *em defesa do contribuinte e não no interesse do Poder tributante*. O próprio enunciado constitucional, de resto, torna patente essa verdade elementar: a limitação só existe para as *leis que instituem ou aumentem tributos*; portanto, não para as que os suprimam ou reduzam a sua incidência (ADI 712 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19.2.1993).

20. Dessa forma, ao aumentar a alíquota do PIS/COFINS por meio de Decreto, acabou o Poder Executivo por violar o princípio da legalidade tributária.

21. Desejo, finalmente, ressalvar que reconheço que não se pode esconder a veneração que se tem pelas leis escritas, em caso como este, mas anoto que foi essa veneração que permitiu a implantação da *ditadura do legalismo positivista (ou a idolatria da norma legal escrita)*, no plano jurídico e no plano político, abrindo espaço e campo para as *ordens jurídicas autoritárias,* que firmaram a preponderância do poder estatal sobre os indivíduos e garantiram o êxito dos ordenamentos antidemocráticos ou radicais, sob a tutela direta e eficiente do poder estatal, inclusive o recente movimento em favor do *direito penal ou sancionador do inimigo,* que a cada dia ganha mais e mais adeptos.

22. Devo frisar, ainda, que foi à sombra do gigantismo normativista e ultrapositivista (e também estatista e estadólatra) que floresceu a Ciência Jurídica, *como ciência da legalidade ou do próprio legalismo:* CARL SCHMITT (1888-1985), por exemplo, jurista alemão famoso e controverso, pensava assim e desenvolveu esse ponto de vista, com grande insistência; para ele, *todos os conceitos significativos da doutrina do Estado moderna são conceitos teológicos secularizados* (Teologia Política. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 43); o celebrado jurista austríaco HANS KELSEN (1881-1973) também acolhia essa orientação, afirmando enfaticamente que *uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo (...), mas porque é criada por uma forma determinada (...). Por isso, todo e qualquer conteúdo* (da norma jurídica) *pode ser Direito* (Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 221).

23. A afirmação kelseniana que *todo e qualquer conteúdo* (da regra jurídica) *pode ser Direito* é possivelmente a mais notável declaração do formalismo juspositivista e serve de base para enaltecer o dogma da *indiferença axiológica* das regras jurídicas, eis que, nessa linha de raciocínio explicativo, o seu conteúdo (das regras jurídicas) não é o elemento definidor da sua essência; o elemento de definição da essência das regras jurídicas seria, *segundo tal concepção formalista,* a sua origem, associada à sua forma, o que leva ao insolúvel paradoxo de afirmar que *a essência das regras jurídicas é a sua forma externa, derivada do seu processo de elaboração estatal, identificadora da sua origem;* tal afirmação, apesar de notavelmente surpreendente, conta, no entanto, com o entusiástico abono de inumeráveis autores positivistas.

24. Talvez o legalismo seja uma forma explicativa e compreensiva do Direito que *jamais desaparecerá das cogitações dos juristas,* porque se trata de uma concepção que se esteia nas *razões e no poder do Estado*, nas suas tarefas mais

complexas, conspícuas e graves e, portanto, para eliminá-la seria preciso eliminar o próprio aparato estatal – *não um determinado aparato estatal, o aparato do Estado capitalista ou do Estado de classe, por exemplo* – mas a ideia que lhe dá suporte e ao imenso cortejo de instituições, práticas, processos e mecanismos variados que o sustentam e protegem, fazendo dele (do Estado) e da sua decantada neutralidade política um mito histórico insistente.

25. O mito da neutralidade estatal é hipervisível sobretudo na atuação punitiva dos seus agentes especializados, absorvidos no *ideário punitivista* e na fúria arrecadadora dos seus fiscais; uns e outros crêem encarnar o *bem absoluto,* enquanto os resistentes às suas investidas são de logo *demonizados* e quem se atrever a apontar essas rudes distorções deve estar disposto a ser acoimado de *conivente com as práticas ilícitas ou abonador da impunidade;* os controles que a teoria juspublicística moderna imaginou são tidos e havidos como *empecilhos* ao trabalho desses agentes estatais, os que brandem a alegada e incrível superioridade ética dos seus próprios motivos.

26. O Professor AUGUSTÍN GORDILLO expediu uma crítica ácida ao predomínio do legalismo estatal, dizendo que *neste aspecto pode encontrar-se amiúde – livros, decisões, acórdãos – variados reflexos de certa insensibilidade humana e certa insensibilidade em relação à justiça, aditando que, quando quem analisa a controvérsia concreta entre o indivíduo e o Estado se deixa levar pela comodidade da solução negativa para o primeiro; quando na dúvida condena, resolvendo contra o particular ou administrado; quando na dificuldade de problema jurídico se abstém de abordá-lo e o resolve favoravelmente ao poder público, certo de que essa simples circunstância lhe dará alguma cor de legalidade; quando cria, propaga e desenvolve supostas teorias que, sem fundamento nem análise, dão estes e aqueles poderes ao Estado; quando desconfia, evita e nega os argumentos que em certo caso parecem reconhecer um âmbito de liberdade; quando, como os débeis, se inclina para o sol dos poderosos – no caso o Estado – então, está sendo destruída uma das mais belas e essenciais tarefas do Direito Público: a proteção da liberdade humana.*

27. E arremata o seu pensamento, sobre esse ponto, o tratadista portenho com esta advertência tão oportuna e precisa de que *mais lamentável ainda é que essas atitudes não costumam ser defendidas; ninguém diz abertamente que o Estado é tudo e o indivíduo nada; ninguém pensa assim, seriamente; inclusive é possível que se expresse com veemência sobre os abusos dos poderes públicos e o respeito às garantias individuais; porém de que vale essa eloquência, se quando se trata de dar uma solução a um problema concreto – a uma pequena questão que não decide a vida e a morte do*

indivíduo, mas que representa um verdadeiro conflito entre a autoridade e o indivíduo – são esquecidas as declarações e se resolve facilmente que esses indivíduos, nesse caso, não têm razão? De que valem aqueles princípios se a seguir, em cada matéria e questão de pormenor, se esquece, contradiz e destrói? Este é um dos principais problemas políticos que afetam o Direito Público (Princípios Gerais de Direito Público. Tradução de Marco Aurélio Greco e Reilda Meira. São Paulo: RT, 1977, p. 50).

28. Ante o exposto, pedindo vênias aos que possam discordar desse ponto de vista, o meu voto é pelo conhecimento parcial do Recurso Especial e, nessa medida, pelo provimento em parte, para que não incida a contribuição para o PIS/COFINS sobre as receitas financeiras auferidas pela empresa contribuinte; fica autorizada, ainda, a compensação do indébito que se apurará em procedimento regular, *prejudicadas as demais alegações.* É como voto.

VOTO-VISTA

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

Companhia Zaffari Comércio e Indústria interpôs recurso especial contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em julgamento de apelação, por unanimidade, assim ementado (fl. 137e):

> Tributário. PIS e COFINS. EC n. 20/98. Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. Base de cálculo. Totalidade das receitas auferidas. Decreto n. 8.426/2015. Princípio da legalidade. Ausência de violação. Regime não cumulativo. Regramento legal.
>
> 1. A base de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS é o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil – conceito que se encontra plenamente válido, tendo em vista que amparado pela redação do art. 195, I, da CF, conferida pela EC n. 20/98. Assim, as receitas financeiras estão incluídas na base de cálculo das referidas contribuições.
>
> 2. O Decreto n. 8.426/2015 não se mostra ofensivo ao princípio da legalidade, eis que não se trata de instituição ou majoração de tributo, e sim de redução e posterior restabelecimento, dentro dos limites indicados na própria lei (art. 27, § 2º, da Lei n. 10.865/2004), das alíquotas de contribuição para o PIS e COFINS sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime não cumulativo.
>
> 3. O regime não cumulativo do PIS e da COFINS foi relegado à disciplina infraconstitucional, sendo de observância facultativa. Logo, a lei pode estabelecer

> as despesas que serão passíveis de gerar créditos, bem como modificar o regime, introduzindo novas hipóteses de creditamento ou revogando outras, pois não existe direito adquirido a determinado regime legal.

Na origem, a Impetrante assim se manifestou na petição inicial do mandado de segurança (fls. 04/05e):

> Ocorre que, em data de 1º de abril de 2015 foi publicado o Decreto n. 8.426/2015, o qual "restabeleceu para 0,65% e 4%, respectivamente, as alíquotas da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS incidentes sobre receitas financeiras, inclusive decorrentes de operações realizadas para fins de *hedge*, auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração não-cumulativa das referidas contribuições.'
>
> Logo, com a publicação da mencionada norma infralegal, a partir de 1º de julho de 2015 a Autoridade Coatora sentir-se-á legitimada para exigir da Impetrante o recolhimento do PIS e da COFINS sobre as ditas receitas financeiras. Tal postura, todavia, representa lesão a direito líquido e certo do contribuinte, face a violação frontal e direta dos artigos 195, I, b, e § 4º, 239, 150, I, e 48, I, todos da CF/1988, dos artigos 1ºs, § 1ºs e 3ºs, V, das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, do art. 97 do CTN, e, finalmente, do art. 12 do Decreto- Lei n. 1.598/1977.
>
> Assim, em síntese, discordando da postura que virá a ser adotada pela Autoridade Coatora – a qual julga contrária à Constituição Federal e às próprias Leis de Regência das Contribuições –, pretende a Impetrante (i) seja reconhecida a invalidade da cobrança do PIS e da COFINS sobre as receitas financeiras, bem como, em face disso, (ii) seja determinado à Autoridade Coatora que deixe de exigir as Contribuições sobre as receitas de cunho financeiro auferidas pela Impetrante.

A sentença denegou a ordem (fls. 58/62e), tendo sido mantida pelo Tribunal *a quo*, consoante apontado.

No presente recurso especial, interposto com amparo no art. 105, III, *a*, da Constituição da República, aponta-se ofensa aos dispositivos a seguir relacionados, nos seguintes termos:

I. Arts. 1º, § 1º, da Lei n. 10.637/2002, 1º, § 1º, da Lei n. 10.833/2003, e 12 do Decreto-Lei n. 1.598/1977 – "[...] a questão gira em torno do exercício da competência constitucional para a instituição das contribuições. No caso, diferentemente do que entendeu o acórdão recorrido, é de se enfatizar que as leis relativas a sistemática não cumulativa do PIS e da COFINS fixaram como base

de cálculo a 'receita bruta', e não 'qualquer tipo de receita'; e por quê? Porque a grandeza receita (bruta) equivale ao faturamento, conceito que permanece previsto na Constituição como um signo de ingresso ligado à atividade da empresa. Logo, o que quis o legislador tributar com as Contribuições foram as receitas auferidas no exercício da atividade empresarial; aquelas auferidas por conta da realização do objeto social; nunca as receitas de cunho financeiro. Ainda, não bastasse isso, é relevante lembrar que as leis de regência do PIS e da COFINS não estabelecem como base de cálculo, as receitas financeiras – logo, de nada adianta um Decreto 'restabelecer' alíquotas. Repetindo-se, as leis estabelecem, como base de cálculo – §s 1ºs dos artigos 1ºs –, a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica com os respectivos valores decorrentes do ajuste a valor presente de que trata o inciso VIII do *caput* do art. 183 da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Em outras palavras, duas são as receitas atingidas pelas Contribuições: (i) a bruta, e (ii) aquelas auferidas por conta de ajuste a valor presente dos elementos do Ativo das sociedades" (fls. 154/155e); e

II. Arts. 7º e 97 do CTN – "[...] o CTN é claro: primeiro, definindo que a majoração de tributo exige lei; segundo, que a definição do fato gerador exige lei – e aqui lembra-se que nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 não está definido como fato gerador a obtenção de receita financeira; terceiro, que a fixação da alíquota e da base de cálculo também exige lei; e, finalmente, quarto, o CTN define, ainda, que tornar o tributo mais oneroso, através da modificação de sua base de cálculo, como aqui ocorreu, também exige ato emanado do Poder Legislativo – Lei. Logo, como se vê, não é apenas o Decreto n. 8.426/2015, que é inválido sob o ponto de vista da legislação federal – o § 2º do art. 27 da Lei n. 10.865/2004 incorre no mesmo vício: é ilegal, por outorgar espécie de 'competência' para a definição de alíquotas das contribuições PIS e COFINS ao Executivo, sem respaldo legal – sem regra no Código Tributário Nacional que autorizasse o legislador da União a assim proceder" (fl. 157e).

Postula, ao final, o provimento do recurso especial para que "[...] seja reconhecida a ilegalidade do art. 1º do Decreto n. 8.426/2015, em relação a exigência das contribuições sociais PIS e COFINS sobre as receitas financeiras; tudo isso, para determinar à Autoridade Coatora que deixe de exigir as referidas contribuições sobre as receitas auferidas pela Recorrente a tal título" (fl. 160e).

Com contrarrazões (fls. 188/195e), o recurso especial foi admitido (fls. 211e).

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 229/234e, pelo não conhecimento do recurso.

Distribuídos os autos ao Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Sua Excelência, na assentada do dia 23.08.2016, proferiu voto "[...] pelo conhecimento parcial do Recurso Especial e, nessa medida, pelo provimento em parte, para que não incida a contribuição para o PIS/COFINS sobre as receitas financeiras auferidas pela empresa contribuinte", deferindo, ainda, "[...] a compensação do indébito que se apurará em procedimento regular, prejudicadas as demais alegações".

Na mesma oportunidade, instaurou-se debate no colegiado quanto ao conhecimento do recurso especial, porquanto a questão controvertida teria sido dirimida pelo acórdão recorrido sob o ângulo constitucional, o que motivou pedido de vista antecipada do Ministro Gurgel de Faria.

Em 25.10.2016, Sua Excelência apresentou voto-vista pelo não conhecimento do recurso, porquanto, segundo seu entendimento, "[...] toda a discussão restringiu-se ao enfoque constitucional, não cabendo ao STJ, portanto, debruçar-se sobre a matéria".

No entanto, a 1ª Turma, por maioria, vencidos os Ministros Gurgel de Faria e Sérgio Kukina, deliberou pelo conhecimento do recurso especial, ocasião em que solicitei vista antecipada dos autos.

Registro, por fim, a juntada de petição em 28.09.2016 para "subsidiar o julgamento da questão" (fls. 242/247e) subscrita, todavia, por advogada sem instrumento de mandato, conforme certidão de fl. 248e.

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.

Embora já assentada a índole infraconstitucional da discussão, vale registrar que, em 17.08.2016, a Ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática, negou seguimento a recurso extraordinário veiculando alegada afronta ao princípio da legalidade pelo Decreto n. 8.426/2015, que restabelece as alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas à incidência não cumulativa, nos seguintes termos:

> Nesse sentir, não merece seguimento o recurso extraordinário, consoante também se denota dos fundamentos da decisão que desafiou o recurso, aos quais

> me reporto e cuja detida análise conduz à conclusão pela ausência de ofensa a preceito da Constituição da República. (RE n. 981.760/RS, DJe 22.08.2016)

No mérito, controverte-se acerca de três questões, a saber: *i)* possibilidade de incidência da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS sobre receitas financeiras; *ii)* compatibilidade do disposto no art. 27, § 2º, da Lei n. 10.865/2004, com o Código Tributário Nacional; e *iii)* legalidade do Decreto n. 8.426/2015, que restabeleceu as alíquotas dessas exações, conforme limites previstos no art. 27, § 2º, da Lei n. 10.865/2004.

*I - **Moldura Normativa***

Impõe-se, primeiramente, análise, ainda que breve, da disciplina normativa dessas contribuições voltadas ao financiamento da seguridade social.

A redação original do art. 195, I, da Constituição da República, estabelecia a incidência da contribuição para o PIS/PASEP e do FINSOCIAL – substituído pela COFINS com a edição da LC n. 70/1991 –, apenas sobre o faturamento.

Mencionada lei complementar considerou faturamento "a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza".

Posteriormente, para efeito de incidência da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, a Lei n. 9.718/1998, em seu art. 3º, § 1º, manteve como base de cálculo a receita bruta, porém considerando-a como "a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica".

Com o advento da Emenda Constitucional n. 20/98, incluiu-se a alínea *b* ao art. 195, I, da Constituição, resultando no alargamento da base de cálculo dessas exações para *receita ou faturamento*.

Contudo, a expansão conceitual antecipada da base de cálculo promovida pela Lei n 9.718/1998, ainda sob a égide da redação original do art. 195, não foi convalidada pela EC n. 20/98, tendo sido o seu art. 3º, § 1º, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 346.084/PR, em 09.11.2005, "[...] no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvidas e da classificação contábil adotada".

Coube então às Leis ns. 10.637/2002 e 10.833/2003, respectivamente, instituírem, no plano infraconstitucional, o regime não-cumulativo para o

PIS/PASEP e para a COFINS, conforme autorizado pelo art. 195, § 12, da Constituição, dispondo, quanto à materialidade da regra-matriz de incidência, o seguinte:

> *Lei n. 10.637/2002*
>
> Art. 1º. A contribuição para o PIS/PASEP tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido *o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil*.
>
> *Lei n. 10.833/2003*
>
> Art. 1º. A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, *tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil* (destaques meus).

Posteriormente, o art. 27, § 2º, da Lei n. 10.865/2004, autorizou o Poder Executivo a reduzir ou restabelecer alíquotas da contribuição ao PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de não-cumulatividade, nos termos que seguem:

> Art. 27. O Poder Executivo poderá autorizar o desconto de crédito nos percentuais que estabelecer e para os fins referidos no art. 3º das Leis nos 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, relativamente às despesas financeiras decorrentes de empréstimos e financiamentos, inclusive pagos ou creditados a residentes ou domiciliados no exterior.
>
> § 1º. Poderão ser estabelecidos percentuais diferenciados no caso de pagamentos ou créditos a residentes ou domiciliados em país com tributação favorecida ou com sigilo societário.
>
> *§ 2º. O Poder Executivo poderá, também, reduzir e restabelecer, até os percentuais de que tratam os incisos I e II do* caput *do art. 8º desta Lei, as alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de não-cumulatividade das referidas contribuições, nas hipóteses que fixar* (destaque meu).

Esse diploma embasou a edição dos Decretos ns. 5.164/2004 e 5.442/2005, os quais, por sua vez, reduziram a zero as alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS sobre receitas financeiras das pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração não-cumulativo.

A partir de 1º.07.2015, a matéria recebeu nova disciplina normativa pelo Decreto n. 8.426/2015, que, ao revogar o Decreto n. 5.442/2005, o qual, por sua

vez, já houvera revogado o Decreto n. 5.164/2004, restabeleceu os percentuais das alíquotas sobre as receitas financeiras, assim prescrevendo:

> *Art. 1º. Ficam **restabelecidas** para 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento) e 4% (quatro por cento), respectivamente, as alíquotas da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS incidentes sobre **receitas financeiras**, inclusive decorrentes de operações realizadas para fins de hedge, auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração não-cumulativa das referidas contribuições*.
>
> § 1º. Aplica-se o disposto no *caput* inclusive às pessoas jurídicas que tenham apenas parte de suas receitas submetidas ao regime de apuração não-cumulativa da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS.
>
> § 2º. Ficam mantidas em 1,65% (um inteiro e sessenta e cinco centésimos por cento) e 7,6% (sete inteiros e seis décimos por cento), respectivamente, as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS aplicáveis aos juros sobre o capital próprio.
>
> § 3º. Ficam mantidas em zero as alíquotas das contribuições de que trata o *caput* incidentes sobre receitas financeiras decorrentes de variações monetárias, em função da taxa de câmbio, de: (Incluído pelo Decreto n. 8.451, de 2015) (Produção de efeito)
>
> I - operações de exportação de bens e serviços para o exterior; e (Incluído pelo Decreto n. 8.451, de 2015) (Produção de efeito)
>
> II - obrigações contraídas pela pessoa jurídica, inclusive empréstimos e financiamentos. (Incluído pelo Decreto n. 8.451, de 2015) (Produção de efeito)
>
> § 4º. Ficam mantidas em zero as alíquotas das contribuições de que trata o *caput* incidentes sobre receitas financeiras decorrentes de operações de cobertura (*hedge*) realizadas em bolsa de valores, de mercadorias e de futuros ou no mercado de balcão organizado destinadas exclusivamente à proteção contra riscos inerentes às oscilações de preço ou de taxas quando, cumulativamente, o objeto do contrato negociado: (Incluído pelo Decreto n. 8.451, de 2015) (Produção de efeito)
>
> a) estiver relacionado com as atividades operacionais da pessoa jurídica; e (Incluído pelo Decreto n. 8.451, de 2015) (Produção de efeito)
>
> b) destinar-se à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica. (Incluído pelo Decreto n. 8.451, de 2015) (Produção de efeito)
>
> Art. 2º. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1º de julho de 2015.
>
> Art. 3º Fica revogado, a partir de 1º de julho de 2015, o Decreto n. 5.442, de 9 de maio de 2005 (destaque meu).

II - ***Incidência da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS sobre receitas financeiras e a jurisprudência desta Corte***

Nota-se, portanto, que o panorama normativo atual admite, com previsão constitucional *e infraconstitucional*, a incidência da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS sobre receitas financeiras obtidas pela empresa submetida ao regime da não-cumulatividade.

Isso porque as Leis ns. 10.637/2002 e 10.833/2003, claramente e em simetria com a Lei Maior, dispõem acerca da incidência dessas contribuições sobre "o *total* das receitas auferidas pela pessoa jurídica, *independentemente de sua denominação ou classificação contábil*".

Ao dissertar sobre o tema, pontua Leandro Paulsen:

> Mas, embora faturamento e receita bruta sejam grandezas distintas, *a EC n. 20/98 ampliou a base econômica para permitir a instituição de seguridade social sobre a "receita ou faturamento", de modo que a diferenciação de tais conceitos é desnecessária no que diz respeito às leis supervenientes, que regem o PIS e a COFINS*, tanto no regime não cumulativo, como a Lei n. 10.833/2003, como no regime cumulativo, como a Lei n. 12.973/2014 ao alterar a Lei n. 9.718/1998.
>
> *Após a EC n. 20/98, quaisquer receitas do contribuinte, reveladoras de capacidade contributiva podem ser colocadas, por lei, como integrantes da base de cálculo da COFINS*. Assim, não apenas as receitas provenientes da venda de mercadorias e serviços, mas também as *receitas financeiras*, as receitas com royalties etc.
>
> ***A Lei n. 10.833/2003 instituiu o regime não cumulativo da COFINS quando já vigente a nova redação do art. 195, I, a, dada pela EC n. 20/98, de modo que não estava condicionada pelo conceito estrito de faturamento***, *sendo válida a determinação nela constante de incidência sobre "o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica".*
>
> (PAULSEN, Leandro; VELLOSO; Andrei Pitten. *Contribuições*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 203, destaques meus).

Esse cenário não destoa do entendimento jurisprudencial esposado por esta Corte, *inclusive em sede de recurso especial repetitivo*.

Com efeito, ao julgar o REsp n. 1.200.492/PR, em 14.10.2015, a 1ª Seção assentou a incidência da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS pertinente aos juros sobre o capital próprio (JCP), por reputá-los enquadráveis como receita financeira.

Observo que a divergência por mim manifestada em voto-vista naquele julgamento limitou-se ao fato de não vislumbrar, nos juros sobre o capital

próprio, a natureza de receita financeira, e não quanto à possibilidade de tais contribuições incidirem sobre receita financeira, quando assim qualificada.

Ademais, esta Corte, apreciando outras hipóteses, já concluiu pela legitimidade da incidência dessas exações, desde que o signo examinado insira-se na esfera conceitual de receita financeira.

Nesse sentido:

> Processual Civil e Tributário. Agravo regimental no recurso especial. Violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência. IRPJ e CSLL. Lucro presumido. Forma de tributação das variações cambiais. Receitas financeiras compreendidas no art. 25, II, da Lei n. 9.430/1996.
>
> 1. Constatado que a Corte a quo empregou fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, é de se afastar a alegada violação do art. 535 do CPC.
>
> 2. "A 'receita bruta' considerada pelo art. 25, I, da Lei n. 9.430/1996, para efeito da determinação do lucro presumido como base de cálculo do IRPJ e da CSLL é somente aquela definida pelo art. 31, da Lei n. 8.981/1995, que, por sua vez, não compreende as variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte, em função da taxa de câmbio (variações cambiais), posto que definidas como receitas ou despesas financeiras pelo art. 9º, da Lei n. 9.718/1998. *Consoante o art. 25, II, da Lei n. 9.430/1996, os resultados positivos decorrentes de receitas não abrangidas pelo art. 25, I, dentre elas a variação cambial positiva como receita financeira, devem ser somados ao valor apurado na forma do art. 25, I, para compor o lucro presumido*" (REsp 1.274.038/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 23.04.2013).
>
> 3. "Não é possível para a empresa alegar em juízo que é optante pelo lucro presumido para em seguida exigir as benesses a que teria direito no regime de lucro real, mesclando os regimes de apuração" (AgRg nos EDcl no AgRg no Ag 1.105.816/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 15.12.2010). No mesmo sentido: AgRg no REsp 1.372.737/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28.06.2013.
>
> 4. Agravo regimental não provido.
>
> (AgRg no REsp 1.232.768/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 15.10.2013, DJe 22.10.2013 - destaque meu).

> Tributário. PIS. COFINS. Agravo regimental no recurso especial. Ação declaratória. *Receitas decorrentes de exportação. Variação cambial positiva. Não incidência de tributação*. Violação do princípio de reserva de plenário. Não ocorrência. Matéria constitucional. Competência do STF. Precedentes. Decisão recorrida em harmonia com a jurisprudência do STJ.

1. *Hipótese que se restringe ao recolhimento de contribuições sociais incidentes sobre receitas financeiras oriundas de variações cambiais positivas ocasionadas pela desvalorização da moeda nacional diante de moedas estrangeiras*.

2. As Turmas que compõe a Primeira Seção do STJ já manifestaram entendimento de que não incide tributação de PIS e COFINS sobre variações cambiais positivas, decorrentes das receitas de exportação de mercadorias, em face de a hipótese estar também atingida pela imunidade do artigo 149, § 2º, I, da CF/1988, consistindo, da mesma forma, em incentivo às exportações.

3. Não se justifica a suposta violação do princípio de reserva de plenário (artigo 97, CF/1988), *verbis*: "Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público", porquanto inexistiu declaração de inconstitucionalidade de lei a ensejar a aplicação do referido dispositivo constitucional.

4. Não compete ao STJ analisar em sede especial, ainda que para fins prequestionamento, eventual violação de preceito constitucional, função da alçada do Supremo Tribunal Federal. Precedente: AgRg nos EAg 1.069.198/PR, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 18.02.2010; EDcl no AgRg no Ag 1.073.337/SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 14.12.2009.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.104.269/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 09.03.2010, DJe 17.03.2010 - destaques meus).

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, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 16.09.2014, DJe 23.09.2014 - destaques meus).

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.

[...]

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, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 25.02.2014, DJe 11.03.2014 - destaques meus).

III - A invalidade do art. 27, § 2º, da Lei n. 10.865/2004 perante o Código Tributário Nacional

Sustenta a Recorrente a invalidade do art. 27, § 2º, da Lei n. 10.865/2004, que deixou ao arbítrio do Poder Executivo as tarefas de reduzir e restabelecer alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, em relação a dispositivos do Código Tributário Nacional.

Inicialmente, é decisivo para a adequada compreensão desse aspecto superar a perspectiva segundo a qual a controvérsia revelaria conflito entre e apontada lei ordinária e o Código Tributário Nacional, que ostenta natureza de lei complementar, apto a afastar a jurisdição desta Corte.

Com efeito, a questão em exame não se subsome à orientação alcançada no RE n. 377.457/PR, julgado em 17.09.2008, sob o regime da repercussão geral, segundo a qual a análise de eventual antagonismo entre lei complementar e lei ordinária constitui matéria de índole constitucional. Isso porque, ao assentar o Supremo Tribunal Federal a sua competência para dirimir conflito entre lei complementar e lei ordinária, fê-lo com foco exclusivo no aspecto da *materialidade* dessas espécies normativas.

No caso em tela, há diferença ontológica relevante, que atrai a jurisdição desta Corte, porquanto a Lei n. 10.865/2004 *deixa* de fixar as alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, delegando esse papel ao Decreto n. 8.426/2015, sem dispor, todavia, em sentido diverso ao Código Tributário Nacional, é dizer, *sem invadir o seu campo de disciplina material*.

Aliás, conforme já expressei, embora não haja, usualmente, hierarquia necessária entre a lei complementar e a lei ordinária, ela verifica-se quando esta última encontra seu fundamento de validade também na primeira, extraindo a lei ordinária seu substrato de existência mediatamente da Constituição e, imediatamente, da lei complementar (*Curso de Direito Tributário - Constituição e Código Tributário Nacional*, 6ª ed, São Paulo, Saraiva, 2016. p. 46).

Tal é o que ocorre exatamente com a Lei n. 10.865/2004: encontra seu fundamento de validade mediatamente na Constituição da República e imediatamente no Código Tributário Nacional, submetida que está à observância dos preceitos contidos nas normas gerais de direito tributário nele veiculadas.

E, no que toca à pretensão sob exame, é o que ocorre em especial ao mencionado art. 97, IV, do CTN, que, secundando o texto constitucional, aponta o necessário veículo legislativo para a fixação de todos os aspectos da hipótese de incidência tributária.

Posto isso, recorde-se caber *à lei ordinária* estabelecer *todos* os aspectos da hipótese de incidência tributária – material, espacial, temporal, pessoal e quantitativo – por força do princípio da legalidade tributária (art. 150, I, CR) e de norma expressa do Código Tributário Nacional (art. 97, IV), ao qual compete ditar as normas gerais em matéria de legislação tributária (art. 146, III, da Constituição da República).

Ensina Geraldo Ataliba que "na lei devem conter-se os critérios para determinação dos fatos que fazem nascer obrigações (h.i.), sua realização genérica e específica, momento, identificação do sujeito passivo e quantia devida" (*Hipótese de Incidência Tributária*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2016. p. 117).

Disso decorre que a alíquota, enquanto grandeza essencial do aspecto quantitativo da hipótese de incidência, deve ser, como regra, prévia e exclusivamente fixada em lei em sentido estrito, não se admitindo, por conseguinte, a delegação desse mister a ato infralegal.

Convém realçar que as hipóteses de mitigação da legalidade para a fixação de alíquota foram taxativamente traçadas pelo legislador constituinte originário, abrangendo, originalmente, os impostos federais extrafiscais, quais sejam, o Imposto de Importação, o Imposto de Exportação, o Imposto sobre Produtos Industrializados e o Imposto sobre Operações Financeiras, em relação aos quais se facultou, ao Poder Executivo, a tarefa de alterar-lhes as alíquotas, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei (art. 153, § 1º, CR).

Tanto assim é que a ampliação do rol de tributos submetidos a esse regime excepcional de fixação de alíquotas pelo Poder Executivo exigiu autorização constitucional. Assim o demonstra a edição da Emenda Constitucional n. 33/01, que acrescentou o § 4º ao art. 177 para disciplinar a instituição da contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou

comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível – CIDE-combustíveis – estatuindo que sua alíquota "poderá ser reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, *b*" (inciso I, *b*).

No que tange à Lei n. 10.865/2004 e nos limites da cognição do recurso especial, cabe assinalar, todavia, que tal autorização para redução e restabelecimento de alíquotas mediante ato do Poder Executivo não existe nas normas gerais estampadas no Código Tributário Nacional, às quais, como salientado, sua disciplina deve encontrar fundamento de validade.

Nesse contexto, à falta de autorização imediata da lei complementar desobrigando a lei ordinária da fixação prévia das alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas à não-cumulatividade dessas contribuições e a atribuição de tal missão, indevidamente, ao Poder Executivo, é de rigor reconhecer-se a invalidade do § 2º do art. 27, da Lei n. 10.865/2004 perante o Código Tributário Nacional, por ser com este incompatível (art. 97, IV).

IV - Da consequente ilegalidade do art. 1º, caput, *do Decreto n. 8.426/2015 perante o art. 27, § 2º, da Lei n. 10.865/2004*

Demonstrada a inviabilidade jurídica da norma remissiva contida no art. 27, § 2º, da Lei n. 10.865/2004, carece de validade, em consequência, o art. 1º, *caput*, do Decreto n. 8.426/2015, ao restabelecer, para 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento) e 4% (quatro por cento), respectivamente, as alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre receitas financeiras das pessoas jurídicas sujeitas ao regime de não-cumulatividade das contribuições apontadas, porquanto somente à lei caberia fazê-lo.

Desse modo, à falta de outra disciplina normativa, fica mantido o regime anterior (Decretos ns. 5.164/04 e 5.442/05) que reduziu a zero as alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas à não-cumulatividade dessas exações.

Ante o exposto, com a devida licença do Senhor Relator, *dou parcial provimento ao recurso especial* tão somente para, reconhecendo a legalidade da incidência da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS sobre receitas financeiras das pessoas jurídicas sujeitas ao regime de não-cumulatividade dessas contribuições, afastar a aplicação do art. 1º, *caput*, do Decreto n. 8.426/2015,

restabelecendo-se o regime anterior de alíquotas até que outro, mediante lei, lhe sobrevenha, nos termos da fundamentação apontada.

É o voto.

VOTO-MÉRITO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Vencido quanto ao conhecimento do recurso, passo à análise dos dispositivos considerados violados pela recorrente.

1) *Arts. 1º, §§ 1º e 3º, V, das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003 e 12 do Decreto-Lei n. 1.598/1977.*

Quanto à primeira alegação do recorrente de que é impossível a incidência das contribuições sociais PIS e COFINS sobre as receitas financeiras, tal argumento está superado desde o advento da EC n. 20/1998, que deu nova redação ao art. 195, II, "b", da CF/1988.

Anteriormente, tal dispositivo constitucional estabelecia que as contribuições sociais incindiriam sobre o faturamento das empresas, o qual era entendido apenas como a receita devida da venda de mercadorias e/ou prestação de serviços relacionados ao objeto social do contribuinte. Contudo, o art. 1º da EC n. 20, de 1998, trouxe a previsão da incidência das referidas contribuições sobre a receita ou faturamento. Diante dessa modificação no dispositivo constitucional tributário, foram editadas as Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, as quais definiram como base de cálculo o faturamento mensal, ***assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil***.

Seguem os citados dispositivos legais:

> ***Lei n. 10.637/2002***
>
> Art. 1º A Contribuição para o PIS/Pasep, com a incidência não cumulativa, *incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil*. (Redação dada pela Lei n. 12.973, de 2014) (Vigência) (Grifos acrescidos).
>
> § 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica com os respectivos valores decorrentes do ajuste a valor presente de que trata o inciso VIII do *caput* do art. 183 da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. (Redação dada pela Lei n. 12.973, de 2014) (Vigência) (Grifos acrescidos).

Lei n. 10.833/2003

Art. 1º *A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil*. (Redação dada pela Lei n. 12.973, de 2014) (Vigência) (Grifos acrescidos).

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica com os seus respectivos valores decorrentes do ajuste a valor presente de que trata o inciso VIII do *caput* do art. 183 da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. (Redação dada pela Lei n. 12.973, de 2014) (Vigência) (Grifos acrescidos).

§ 2º A base de cálculo da Cofins é o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, conforme definido no *caput* e no § 1º.

Portanto, existe autorização legal e constitucional para a incidência das contribuições ao PIS e à COFINS sobre as receitas financeiras.

2) *Legalidade do Decreto n. 8.426/2015 em face da Lei n. 10.865/2004.*

Antes de entrar no mérito da questão, precisamos fazer um breve histórico. As contribuições ao PIS e à COFINS, de acordo com as Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, incidem sobre todas as receitas auferidas por pessoa jurídica com alíquotas de 1,65% e 7,6%, respectivamente.

No ano de 2004, entrou em vigência a Lei n. 10.865/2004, que autorizou o Poder Executivo a reduzir ou restabelecer as alíquotas sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime não cumulativo. A redução ou o restabelecimento poderiam ocorrer até os percentuais especificados no art. 8º da referida Lei.

Assim dispôs o art. 27, § 2º, da norma legal em apreço:

Art. 27. O Poder Executivo poderá autorizar o desconto de crédito nos percentuais que estabelecer e para os fins referidos no art. 3º das Leis n. 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, relativamente às despesas financeiras decorrentes de empréstimos e financiamentos, inclusive pagos ou creditados a residentes ou domiciliados no exterior.

§ 1º Poderão ser estabelecidos percentuais diferenciados no caso de pagamentos ou créditos a residentes ou domiciliados em país com tributação favorecida ou com sigilo societário.

§ 2º *O Poder Executivo poderá, também, reduzir e restabelecer, até os percentuais de que tratam os incisos I e II do* caput *do art. 8º desta Lei, as alíquotas da contribuição*

> *para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre as receitas financeiras* auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de não-cumulatividade das referidas contribuições, nas hipóteses que fixar. (Grifos acrescidos).

E assim dispõe o art. 8º:

> Art. 8º As contribuições serão calculadas mediante aplicação, sobre a base de cálculo de que trata o art. 7º desta Lei, das alíquotas: (Redação dada pela Lei n. 13.137, de 2015)
>
> I - na hipótese do inciso I do *caput* do art. 3º, de: (Redação dada pela Lei n. 13.137, de 2015)
>
> a) 2,1% (dois inteiros e um décimo por cento), para a Contribuição para o PIS/Pasep-Importação; e (Incluído pela Lei n. 13.137, de 2015)
>
> b) 9,65% (nove inteiros e sessenta e cinco centésimos por cento), para a Cofins-Importação; e (Incluído pela Lei n. 13.137, de 2015)
>
> II - na hipótese do inciso II do *caput* do art. 3º de: (Redação dada pela Lei n. 13.137, de 2015)
>
> a) 1,65% (um inteiro e sessenta e cinco centésimos por cento), para a Contribuição para o PIS/Pasep-Importação; e (Incluído pela Lei n. 13.137, de 2015)
>
> b) 7,6% (sete inteiros e seis décimos por cento), para a Cofins-Importação.

Com base nessa Lei, o Decreto n. 5.164/2004 reduziu a zero as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de incidência não cumulativa das referidas contribuições.

Em seguida, veio o Decreto n. 5.442/2005 – que manteve a redução da alíquota a zero, incluindo aqui as operações realizadas para fins de *hedge* –, o qual foi revogado pelo Decreto n. 8.426/2015, com vigência a partir de 1º.07.2015, cujo art. 1º dispõe:

> Art. 1º Ficam restabelecidas para 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento) e 4% (quatro por cento), respectivamente, as alíquotas da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS incidentes sobre receitas financeiras, inclusive decorrentes de operações realizadas para fins de *hedge*, auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração não-cumulativa das referidas contribuições.

Portanto, do breve histórico aqui traçado, observa-se que, a partir de julho de 2015, as receitas financeiras submeteram-se novamente às alíquotas do PIS/COFINS, porém com percentuais reduzidos em relação às demais receitas do contribuinte.

Diante da submissão das receitas financeiras à alíquota do PIS/COFINS, vem o requerente aduzir que é ilegal tal restabelecimento. Sustenta que, na verdade, isso é uma majoração de tributos, o que não pode ocorrer devido ao princípio da legalidade. Afirma que o Decreto só pode reduzir tributos, mas nunca majorá-los, como ocorreu na espécie.

Pois bem, vamos à análise do intricado caso.

Primeiramente, é importante delinear que o princípio da legalidade, previsto no art. 150, I, da CF/1988, estabelece que é vedado exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça, e o art. 97 do CTN, complementando esse dispositivo constitucional, afirma que somente a lei pode estabelecer a instituição de tributos, ou a sua extinção, a majoração de tributos, ou sua redução, a definição do fato gerador da obrigação tributária e a fixação da alíquota do tributo e da sua base de cálculo.

Em razão de vigorar no nosso sistema jurídico o princípio da legalidade e, mais especificamente, o da estrita legalidade no Direito Tributário, somente em hipóteses previstas na própria Constituição Federal, é possível excepcionar tal regra. Ou seja, somente em hipóteses previamente delineadas, é que pode haver a mitigação do princípio da legalidade. E o constituinte o fez, quando possibilitou, por exemplo – utilizando-se do tributo como instrumento de intervenção no domínio econômico –, nos impostos de importação, de exportação, de produtos industrializados e de operações de crédito, a alteração de alíquotas pelo Poder Executivo, nos termos do disposto no art. 153, § 1º, da CF/1988.

Por outro lado, o art. 27 da Lei n. 10.865/2004 autorizou o Poder Executivo a reduzir ou restabelecer as alíquotas do PIS/COFINS sobre as receitas financeiras e este o fez através do Decreto n. 5.164/2004, mantido pelo Decreto n. 5.442/2005, que, em 2015, foi revogado pelo Decreto n. 8.426/2015.

Pergunto: estava autorizada essa norma legal a dispor sobre tal matéria? Em princípio, poder-se-ia dizer que não, uma vez que as exceções previstas na Constituição Federal não contemplaram as contribuições do PIS/COFINS. Logo, não tendo sido observado o princípio da legalidade, a conclusão a que chegaríamos seria que a referida lei é inconstitucional, até porque, por tal princípio, previsto tanto na Constituição Federal quanto no Código Tributário

Nacional, o administrador também está impedido de reduzir tributos. Nesse sentido, o art.150, § 6º, da CF/1988, o qual estabelece que:

> § 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, "g".

E o art. 97, II, do CTN, o qual dispõe que:

> Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:
>
> ...
>
> II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos arts. 21, 26, 39, 57 e 65.

Porém, em razão da peculiaridade do caso, se fizéssemos isso (declarar a lei inconstitucional), haveria um prejuízo enorme ao contribuinte, pois passariam a vigorar as alíquotas cheias previstas nas Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003. Além disso, o magistrado, no ato de julgar, está adstrito ao pedido e, aqui, este se resumiu ao reconhecimento da impossibilidade de incidência das contribuições PIS/COFINS sobre as receitas financeiras.

Ora, não se declarando a inconstitucionalidade da Lei n. 10.865/2004, o que só poderia ocorrer através do rito previsto no art. 97 da CF/1988, o qual dispõe que "somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público", partimos do pressuposto de que a Lei é válida, devendo o debate passar para o âmbito infraconstitucional (não sendo demais relembrar que fiquei vencido quanto ao enfoque tão só constitucional realizado na decisão impugnada), visto que agora examinaremos a legalidade do Decreto n. 8.426/2015 frente à referida lei.

O art. 27, § 2º, da Lei n. 10.865/2004 assim dispôs:

> O Poder Executivo poderá, também, reduzir e restabelecer, até os percentuais de que tratam os incisos I e II do *caput* do art. 8º desta Lei, as alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de não-cumulatividade das referidas contribuições, nas hipóteses que fixar.

O art. 1º do Decreto n. 8.426/2015, com vigência a partir de 1º.07.2015, estabeleceu:

> Art. 1º Ficam restabelecidas para 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento) e 4% (quatro por cento), respectivamente, as alíquotas da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS incidentes sobre receitas financeiras, inclusive decorrentes de operações realizadas para fins de *hedge*, auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração não-cumulativa das referidas contribuições.

Salvo melhor juízo, o Decreto não ultrapassou o que a Lei estabeleceu.

Embora entenda que esta não é a melhor técnica, como já expressei anteriormente – pois a alteração de alíquotas através de Decreto deveria ficar restrita às hipóteses previstas na Carta Política –, uma vez considerada constitucional a Lei, permite-se ao Poder Executivo tanto reduzir quando restabelecer alíquotas do PIS/COFINS sobre as receitas financeiras das pessoas jurídicas. Então, tanto os Decretos que reduziram a alíquota para zero quanto o Decreto n. 8.426/2015, que as restabeleceu em patamar inferior ao permitido pelas Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, agiram dentro do limite previsto na legislação, não havendo que se falar em ilegalidade.

Outro raciocínio seria incongruente, pois o art. 27, § 2º, da Lei n. 10.865/2004 autoriza o Poder Executivo a reduzir ou restabelecer as alíquotas nos percentuais delimitados na própria Lei. Ora, se considerarmos legal a permissão dada ao administrador para reduzir tributos, também devemos considerar legal o seu restabelecimento, pois não se pode compartimentar o próprio dispositivo legal para fins de manter a tributação com base em redução indevida.

Assim, considerada a norma constitucional, deverá ser julgado válido o artigo como um todo, não apenas a parte em que interessa, até porque os Decretos que alteraram as alíquotas do PIS/COFINS não ultrapassaram os limites previstos na Lei. Eles apenas executaram o que lhes foi permitido.

Em meu sentir, eventual interpretação no sentido da "invalidade do § 2º do art. 27, da Lei n. 10.865/2004 perante o Código Tributário Nacional, por ser com este incompatível (art. 97, IV)" somente poderia ser adotada pela Corte Especial, sob pena de violação à cláusula de reserva do Plenário, nos termos da Súmula Vinculante n. 10: "Viola a cláusula de reserva de plenário

(CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte."

A argumentação da recorrente de que o Decreto n. 8.426/2015 não poderia restabelecer alíquotas em razão do princípio da legalidade não se sustenta, pois, se adotado tal raciocínio, os Decretos n. 5.164/2004 e 5.442/2005 também não poderiam ter reduzido as alíquotas a zero e, com isso, deveriam ser aplicadas as alíquotas de 1,65% e 7,6% para o PIS e a COFINS respectivamente.

Também não procede o aduzido pela recorrente de que o restabelecimento de alíquotas seria um aumento de tributos por via transversa, já que, conforme dito anteriormente, as alíquotas estão estabelecidas em lei e o decreto apenas trabalhou dentro do que a lei permitiu. Se tivesse ultrapassado isso, aí sim teríamos ilegalidade, mas não foi o que ocorreu na espécie.

Concluindo, não é demais renovar: embora entenda que o legislador não utilizou da melhor técnica – pois a alteração de alíquotas através de decreto deveria ficar restrita às hipóteses previstas na Carta Política –, uma vez considerada constitucional a Lei, permite-se ao Poder Executivo tanto reduzir quanto restabelecer alíquotas do PIS/COFINS sobre as receitas financeiras das pessoas jurídicas.

Ante o exposto, rogando vênia ao em. relator, *nego provimento* ao recurso.

É como voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Tributário. Recurso especial. Contribuição social. PIS/PASEP. COFINS. Incidência sobre as receitas financeiras. Conceito de faturamento. Legitimidade da incidência. Art. 195, II, 'b', da CF/1988. Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. Regime não cumulativo. Alargamento da materialidade constitucional. Emenda Constitucional n. 20/1998. Previsão legal das alíquotas do PIS/PASEP e da COFINS. Artigo 27, § 2º, da Lei n. 10.865/2004. Restabelecimento de alíquotas pelo Decreto n. 8.426/2015. Respeito à alíquota "teto" prevista em lei. Inexistência de ilegalidade. Recurso especial não provido, acompanhando a divergência inaugurada pelo Ministro Gurgel de Faria.

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Na origem, trata-se de Mandado de Segurança em que a impetrante requereu a declaração judicial para o não recolhimento das contribuições ao PIS/COFINS sobre receitas financeiras, sobre o fundamento de ilegalidade e inconstitucionalidade do Decreto n. 8.426/2015.

Em breve síntese, a impetrante fundamentou seu pedido na alegação de que o Decreto n. 8.426/2015 incorre em inconstitucionalidade e ilegalidade ao majorar as alíquotas das contribuições ao PIS e à COFINS, infringindo os arts. 150, I, e 153, § 1º, da Constituição Federal e o art. 97 do CTN, entre outros.

Sobreveio sentença de denegação da segurança, ao fundamento de que (Fl. 60):

> O princípio da legalidade - e respectiva tipicidade, que exige uma definição taxativa e completa dos elementos essenciais da obrigação tributária - foi atendido na medida em que as contribuições tinham as suas alíquotas e respectivas bases de cálculos definidas em lei (Leis 10.637/2002 e 10.833/2003).
>
> Os Decretos não interferiram nos elementos essenciais do tributo. Não inovaram na ordem jurídica porque as alíquotas, repita-se, já estavam fixadas na lei.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou provimento à apelação, ao fundamento de que (Fl. 133 – trecho do voto condutor do acórdão):

> Com efeito, o Decreto n. 8.426/2015 não se mostra ofensivo ao princípio da legalidade, eis que este não instituiu ou majorou tributo, mas apenas restabeleceu, dentro dos limites indicados na própria lei (art. 27, § 2º, da Lei n. 10.865/2004), as alíquotas de contribuição para PIS e COFINS sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime não cumulativo. Trata-se de situação diversa e plenamente válida de ser operada mediante decreto, tanto é que, em momento anterior, a redução da alíquota a zero havia sido efetivada também mediante ato infralegal.

No Tribunal *a quo* foi lavrado o seguinte acórdão (Fl. 137):

> Tributário. PIS e COFINS. EC n. 20/98. Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. Base de cálculo. Totalidade das receitas auferidas. Decreto n. 8.426/2015. Princípio da legalidade. Ausência de violação. Regime não cumulativo. Regramento legal.
>
> 1. A base de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS é o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil - conceito que se encontra

plenamente válido, tendo em vista que amparado pela redação do art. 195, I, da CF, conferida pela EC n. 20/98. Assim, as receitas financeiras estão incluídas na base de cálculo das referidas contribuições.

2. O Decreto n. 8.426/2015 não se mostra ofensivo ao princípio da legalidade, eis que não se trata de instituição ou majoração de tributo, e sim de redução e posterior restabelecimento, dentro dos limites indicados na própria lei (art. 27, § 2º, da Lei n. 10.865/2004), das alíquotas de contribuição para o PIS e COFINS sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime não cumulativo.

3. O regime não cumulativo do PIS e da COFINS foi relegado à disciplina infraconstitucional, sendo de observância facultativa. Logo, a lei pode estabelecer as despesas que serão passíveis de gerar créditos, bem como modificar o regime, introduzindo novas hipóteses de creditamento ou revogando outras, pois não existe direito adquirido a determinado regime legal.

Em seu recurso especial, a recorrente sustenta violação dos artigos 1º, §º e §3º, V, das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, 12 do Decreto-Lei n. 1.598/1977, 7º e 97, do CTN, 27, §2º, da Lei n. 10.865/2004, ao argumento de que: (a) em verdade, o legislador quis tributar, a título de PIS/COFINS, as receitas brutas, vale dizer, as receitas auferidas no exercício da atividade empresarial – e não as receitas de cunho financeiro; (b) sustenta ser impossível a exigência do PIS/COFINS sobre as receitas financeiras, uma vez que o Executivo, por meio do Decreto n. 8.426/2015, ultrapassou os limites definidos pela legislação ordinária – Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 – tributando acima da base de cálculo (receita bruta); (c) sustentando violação do artigo 97 do CTN defende a recorrente ser ilegal o artigo 1º, do Decreto n. 8.426/2015, ao argumento de que somente a lei pode majorar tributo, definir seu fato gerador, fixar alíquota e a sua base de cálculo; (d) quanto ao §2º da Lei n. 10.865/2004, aduz que é "ilegal, por outorgar espécie de 'competência' para a definição de alíquotas das contribuições PIS e COFINS ao Executivo, sem respaldo legal – sem regra no Código Tributário Nacional que autorizasse o legislador da União a assim proceder" (fl. 157); (e) ainda sobre o §2º da Lei n. 10.865/2004, sustenta conclusivamente que, "por ausência de regra de competência que autorize que a lei faculte ao Executivo a alteração de alíquotas -, bem como ante a ausência da fixação de critérios de motivação para a adoção da conduta excepcional por parte do Poder ao qual vincula-se a Autoridade Coatora, é ilegal frente o disposto no art. 97 do CTN, o art. 1º do Decreto n. 8.426/2015" (fl. 159); (f) quanto à violação do artigo 7º do CTN, sustenta que a competência tributária é indelegável e, por esse motivo, não poderia ter sido transferida ao Poder

Executivo através do §2º, art. 27, da Lei n. 10.865/2004 a fixação das alíquotas dos tributos PIS/COFINS.

Ao fim, a recorrente faz o seguinte pedido, em seu recurso especial: *seja reconhecida a ilegalidade do art. 1º do Decreto n. 8.426/2015, em relação a exigência das contribuições sociais PIS e COFINS sobre as receitas financeiras; tudo isso, para determinar a Autoridade Coatora que deixe de exigir as referidas contribuições sobre as receitas auferidas pela Recorrente a tal título* (fl. 160).

A Fazenda Nacional, recorrida, sustenta em contrarrazões que (fl. 189): (a) [a] *base de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS é o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil – conceito que se encontra plenamente válido, tendo em vista que amparado pela redação do art. 195, I, da CF, conferida pela EC n. 20/98. Assim, as receitas financeiras estão incluídas na base de cálculo das referidas contribuições*; (b) [o] *Decreto n. 8.426/2015 não se mostra ofensivo ao princípio da legalidade, eis que não se trata de instituição ou majoração de tributo, e sim de redução e posterior restabelecimento, dentro dos limites indicados na própria lei (art. 27, § 2º, da Lei n. 10.865/2004), das alíquotas de contribuição para o PIS e COFINS sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime não cumulativo*.

Decisão de admissibilidade fl. 211.

O MPF opinou pelo não conhecimento do recurso especial (fls. 229/234).

Distribuídos aos autos *ao* ***relator***, ***Ministro Napoleão Nunes Maia Filho***, *Sua Excelência, na sessão de 23.8.2016, proferiu voto pelo parcial conhecimento do recurso especial e, nessa medida*, ***pelo provimento em parte***, para que *não incida a contribuição para o PIS/COFINS sobre as receitas financeiras auferidas pela empresa contribuinte*, deferindo também a *compensação regular do indébito*.

O relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, apresentou, em síntese, os seguintes fundamentos: (a) em que pese o advento da EC 20/1998, a incidência do PIS/COFINS continuou impossibilitada, pois o legislador ordinário pretendeu tributá-los com fundamento na mesma sistemática outrora adotada pela Lei n. 9.718/1998, o que não se revela possível; (b) a alternatividade positivada pela EC 20/1998 (receita ou faturamento) criou a necessidade de opção do legislador infraconstitucional por uma das alternativas de bases de cálculo, não lhe sendo lícito, porém, a cumulação ou a apreensão de uma como sendo a outra, ou vice versa; (c) o aumento da alíquota de tributos não regulatórios pela via expedita e administrativa de decretos executivos ofende acintosamente a regra áurea da estrita legalidade tributária, entendida como princípio tutelar dos direitos do contribuinte.

Na mesma sessão de 23.8.2016, instaurou-se debate quanto ao conhecimento do recurso especial, quanto à constitucionalidade dos argumentos utilizados pelo acórdão recorrido, pedindo vista antecipada o Ministro Gurgel de Faria para análise dessa questão.

Em 25.10.2016, Sua Excelência, Ministro Gurgel de Faria, apresentou voto-vista pelo não conhecimento do recurso, por entender que *a discussão restringiu-se ao enforque constitucional, não cabendo ao STJ, portanto, debruçar-se sobre a matéria*.

Entretanto, a Primeira Turma, por maioria, vencidos os Ministros Gurgel de Faria e Sérgio Kukina, deliberou pelo conhecimento do recurso. Nessa ocasião, pediu vista dos autos a Ministra Regina Helena Costa.

Na sessão de 07.2.2017, Sua Excelência Ministra Regina Helena Costa apresentou voto-vista dando parcial provimento ao recurso especial tão somente para, em reconhecendo a legalidade da incidência da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS sobre receitas financeiras das pessoas jurídicas sujeitas ao regime de não cumulatividade dessas contribuições, afastar a aplicação do art. 1º, *caput*, do Decreto n. 8.426/2015, restabelecendo-se o regime anterior de alíquotas. A Ministra Regina Helena Costa fundamentou seu voto, em síntese, nos seguintes argumentos: (a) o panorama normativo atual admite a incidência da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS sobre receitas financeiras obtidas pela empresa submetida ao regime da não-cumulatividade; (b) à falta de autorização imediata da lei complementar desobrigando a lei ordinária da fixação prévia das alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre receitas financeiras e a atribuição de tal missão, indevidamente, ao Poder Executivo, é de rigor o reconhecimento da invalidade do §2º do art. 27 da Lei n. 10.865/2004 perante o Código Tributário Nacional, por ser com este incompatível (art. 97, IV).

Na mesma sessão de 7.2.2017, pediu vista dos autos o Ministro Gurgel de Faria.

Na sessão de 18.4.2017, Sua Excelência ***o Ministro Gurgel de Faria*** *apresentou seu voto-vista* ***negando provimento ao recurso especial***, *aos seguintes fundamentos*: (a) quanto à alegada impossibilidade de incidência do PIS/COFINS sobre as receitas financeiras, Sua Excelência entendeu que o argumento encontra-se superado desde o advento da EC n. 20/1988, que deu nova redação ao art. 195, II, 'b', da CF/1988; (b) quanto ao reestabelecimento de alíquotas pelo Decreto n. 8.426/2015, entendeu Sua Excelência que, *embora pessoalmente entenda que*

o legislador não utilizou da melhor técnica, pois a alteração de alíquotas através de Decreto deveria ficar restrita às hipóteses previstas na Carta Política, mas, uma vez considerada constitucional a Lei, permite-se ao Poder Executivo tanto reduzir quanto reestabelecer alíquotas do PIS/COFINS sobre as receitas financeiras das pessoas jurídicas.

Após o voto-vista do Ministro Gurgel de Faria, pedi vista dos autos.

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

1) Da incidência do PIS/PASEP e da COFINS, no regime não cumulativo, sobre as receitas financeiras

Primeiramente, o recorrente sustenta ser impossível a tributação das receitas financeiras pelo PIS/COFINS, ao argumento de que, *em verdade, o legislador quis tributar, a título de PIS/COFINS, as receitas brutas, vale dizer, as receitas auferidas no exercício da atividade empresarial – e não as receitas de cunho financeiro.*

Contudo, entendo que a tese encontra-se superada desde o advento das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, editadas sob a égide da nova redação do art. 195, II, 'b', da CF/1988 (redação dada pela EC n. 20/1998), e que estabelecem a incidência do tributo sobre *o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil*.

A Ministra Regina Helena Costa, em seu voto-vista, muito bem assevera:

> Com efeito, ao julgar o REsp n. 1.200.492/PR, em 14.10.2015, a 1ª Seção assentou a incidência da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS pertinente aos juros sobre o capital próprio (JCP), por reputá-los enquandráveis como receita financeira.

Portanto, pedindo vênia ao eminente Relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, entendo que existe autorização legal para a exigência das contribuições do PIS/PASEP e da COFINS sobre as receitas financeiras, com respaldo na CF/1988.

2) Legalidade do Decreto n. 8.426/2015

Quanto a este ponto, suscita o recorrente que há vício de legalidade no restabelecimento das alíquotas do PIS/PASEP e da COFINS, pelo artigo 1º do Decreto n. 8.426/2015. Eis o teor do ato *infralegal*:

> Art. 1º Ficam restabelecidas para 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento) e 4% (quatro por cento), respectivamente, as alíquotas da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS incidentes sobre receitas financeiras, inclusive decorrentes de operações realizadas para fins de hedge, auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração não-cumulativa das referidas contribuições.

As contribuições para o PIS/PASEP e da COFINS, nos termos das Lei n. 10.637/2002 e 10.833/2003, incidem sobre todas as receitas auferidas por pessoa jurídica, com alíquotas de 1,65% e 7,6%, respectivamente.

Com a vigência da Lei 10.865/2004, o legislador autorizou o Poder Executivo a reduzir ou restabelecer as alíquotas sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas submetidas ao regime não cumulativo, dentro dos limites especificados no art. 8º da referida Lei. Nesse sentido, transcrevo o art. 27, §2º, da Lei n. 10.865/2004 (grifei):

> Art. 27. O Poder Executivo poderá autorizar o desconto de crédito nos percentuais que estabelecer e para os fins referidos no art. 3º das Leis nos 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, relativamente às despesas financeiras decorrentes de empréstimos e financiamentos, inclusive pagos ou creditados a residentes ou domiciliados no exterior.
>
> [...]
>
> § 2º ***O Poder Executivo poderá, também, reduzir e restabelecer, até os percentuais de que tratam os incisos I e II do caput do art. 8o desta Lei, as alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de não-cumulatividade das referidas contribuições, nas hipóteses que fixar***.

Inicialmente, com base no dispositivo acima, o Decreto n. 5.164/2004 reduziu a zero as alíquotas das contribuições para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre as receitas financeiras. Em seguida, o Decreto n. 5.442/2005 manteve as *alíquotas zero*, incluindo as operações realizadas para fins de *hedge*, sendo revogado pelo citado Decreto n. 8.426/2015, que restabeleceu as alíquotas para 0,65% e 4%, respectivamente para o PIS/PASEP e para a COFINS.

Do breve relato histórico, observa-se que, com a vigência do Decreto n. 8.426/2015, a partir de julho de 2015, as receitas financeiras se submeteram novamente às alíquotas do PIS/PASEP e da COFINS (0,65% e 4%, respectivamente), porém com percentual inferior ao teto legal de 1,65% e 7,6%, respectivamente.

De início, para a compreensão da incidência do PIS/COFINS sobre as receitas financeiras, analiso a estrutura da respectiva hipótese de incidência tributária, especificamente quanto ao aspecto dimensível do mandamento (ou *consequente*) normativo.

Para Geraldo Ataliba, a Hipótese de Incidência é apresentada como sendo a descrição de um fato, *a formulação hipotética, prévia e genérica, contida na lei, de um fato (é o espelho do fato, a imagem conceitual de um fato, é seu desenho)* (ATALIBA, Geraldo, *Hipótese de incidência tributária*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 58).

De acordo com a doutrina de Paulo de Barros Carvalho, o elemento dimensível é, ao lado do aspecto pessoal, um critério de identificação do aparecimento de uma relação jurídica tributária. Para o doutrinador (grifamos):

> Ao preceituar a conduta, fazendo irromper direitos subjetivos e deveres jurídicos correlatos, o consequente normativo desenha a previsão de uma relação jurídica, que se instala, automática e infalivelmente, assim que se concretize o fato.
>
> E quais são os critérios para identificarmos o aparecimento de uma relação jurídica? São apenas dois: critério pessoal e ***critério quantitativo***. O critério pessoal é o conjunto de elementos, colhidos no *prescritor* da norma, e que nos aponta quem são os sujeitos da relação jurídica - sujeito ativo, credor ou pretensor, de um lado, e sujeito passivo ou devedor, do outro. Enquanto isso, ***o critério quantitativo nos fala do objeto da prestação que, no caso da regra-matriz de incidência tributária, se consubstancia na base de cálculo e na alíquota. É no critério quantitativo que encontraremos referências às grandezas mediante as quais o legislador pretendeu dimensionar o fato jurídico tributário, para efeito de definir a quantia a ser paga pelo sujeito passivo, a título de tributo***. Em síntese, investigar os critérios do consequente da regra-matriz significa descobrir o perfil da relação jurídica imputada ao fato, no enlace normativo.
>
> (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário. 2*8 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 304).

Para os tributos com dualidade no aspecto dimensível (ou quantitativo), há os elementos *base de cálculo* e *alíquota*. A base de cálculo fornece dimensão ao aspecto material da hipótese de incidência, associando-a a elementos de grandeza. Por sua vez, alíquota é elemento aritmético, que determina a quantia exata devida a título de exação.

Por imposição do princípio basilar da legalidade tributária, a alíquota deve ser prevista mediante manifestação dos representantes eleitos pelos

contribuintes. Desse modo, consagra-se a ideia de que *o contribuinte paga apenas os tributos que aceitou pagar*. Nesse sentido, cito a doutrina de Sacha Calmon Navarro Coêlho (grifei):

> A legalidade da tributação, dizia Pontes de Miranda, significa o povo se tributando a si próprio. ***Traduz-se como o povo autorizando a tributação através de seus representantes eleitos para fazer leis***, ficando o príncipe, o chefe do Poder Executivo – que cobra os tributos -, a depender do Parlamento.
>
> (COÊLHO. Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro.* 14 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015. p. 181)

Para o deslinde da presente controvérsia, portanto, fundamental perquirir se a alíquota da respectiva hipótese de incidência passou pelo crivo da representatividade popular, mediante previsão expressa em Lei.

Pela leitura do artigo 8º da Lei n. 10.865/2004, observo que as alíquotas do tributo estão legitimamente previstas, nos percentuais de 1,65% e 7,6% (grifei):

> *Capítulo V*
>
> ***Das alíquotas***
>
> Art. 8º As contribuições serão calculadas mediante aplicação, sobre a base de cálculo de que trata o art. 7º desta Lei, das alíquotas:
>
> I - na hipótese do inciso I do *caput* do art. 3º, de:
>
> a) ***2,1% (dois inteiros e um décimo por cento)***, para a Contribuição para o PIS/Pasep-Importação; e
>
> b) ***9,65% (nove inteiros e sessenta e cinco centésimos por cento)***, para a Cofins-Importação; e
>
> II - na hipótese do inciso II do *caput* do art. 3º, de:
>
> a) ***1,65% (um inteiro e sessenta e cinco centésimos por cento)***, para a Contribuição para o PIS/Pasep-Importação; e
>
> b) ***7,6% (sete inteiros e seis décimos por cento)***, para a Cofins-Importação.

Pela descrição normativa típica, e tendo em conta o princípio da legalidade tributária, a tributação, mediante operação matemática que se utilize de alíquotas nos percentuais de 1,65% e 7,6% sobre as receitas financeiras, passou pelo crivo da representatividade popular, de modo que o legislador assentiu com a exação neste montante.

Desse modo, não visualizo nenhuma mácula na formatação da Hipótese de Incidência do tributo, completa em todos os seus elementos normativos.

Em outras palavras, ***compreendo que a instituição em lei de uma alíquota teto e a edição de decretos que alteram as alíquotas dentro do limite legal, não constitui em ilegalidade*** – entendimento já manifestado pelo voto do eminente Ministro Gurgel de Faria, cujo trecho transcrevo *in verbis*:

> Então, tanto os Decretos que reduziram a alíquota para zero, quanto o Decreto n. 8.426/2016, que as reestabeleceu em patamar inferior ao permitido pelas Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, agiram dentro do limite previsto na legislação, não havendo que se falar em ilegalidade.

Por outro lado, a legalidade tributária não serve apenas para referendar os tributos que o contribuinte aceita serem instituídos, mediante obra do legislador, mas também para legitimar as desonerações tributárias. Quanto a estas, a observância da legalidade não objetiva resguardar o patrimônio de um sujeito passivo específico, mas (potencialmente) de todos os contribuintes brasileiros, os quais sofrem com a desoneração – seja pela diminuição da capacidade de o Estado prestar serviços públicos, por redução de recursos, seja pela consequente necessidade de se elevar outros tributos, em compensação.

Assim, no meu modo de ver, a intricada questão normativa que envolve o §2º do art. 27 da Lei n. 10.850/2003 não é a previsão da alíquota na lei, mas a possibilidade de instituição de medida *desonerativa* por delegação legislativa.

Contudo, esse não é o enfoque da presente demanda. Considerando os limites do recurso, a análise da impossibilidade de *manobra desonerativa* do legislador imporia o restabelecimento das alíquotas originariamente previstas, as quais, como dito acima, atendem plenamente ao princípio da legalidade. Tendo o recorrente pedido o reconhecimento da impossibilidade de incidência das contribuições PIS/COFINS sobre as receitas financeiras, o magistrado estará adstrito a estes termos.

A conclusão quanto à ilegalidade do §2º do art. 27 da Lei n. 10.865/2004, no meu modo de ver, salvo melhor juízo, não é compatível com a sobrevivência jurídica dos Decretos n. 5.164/2004 e 5.442/2005. É que a Lei instituiu, em sua completude, a hipótese de incidência tributária, estando em debate a delegação para redução e restabelecimento da alíquota – uma medida, portanto, *de desoneração*, e não *de oneração* de tributo.

Por esse motivo, assim como fez o Ministro Gurgel de Faria em seu voto-vista, entendo que a adoção do raciocínio da ilegalidade perante o CTN da delegação estabelecida pelo §2º do art. 27 da Lei n. 10.865/2004 impõe a aplicação da incidência

típica fundamental, tal como estabelecida na própria Lei, com aplicação das alíquotas de 1,65% e 7,6%.

De outro lado, a questão específica quanto à legitimidade da previsão legal do §2º do art. 27 da Lei n. 10.865/2004 à luz do princípio da legalidade, será enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, na Repercussão Geral no RE 986.296/PR:

> Ementa Recurso extraordinário. Repercussão geral. PIS e COFINS. Lei n. 10.865/2004. Princípio da legalidade. Decreto n. 8.426/2015. Redução e restabelecimento de alíquotas.
>
> Ementa da Repercussão Geral, publicada em 21.03.2017 - Tema 939 - *Possibilidade de as alíquotas da contribuição ao PIS e da COFINS serem reduzidas e restabelecidas por regulamento infralegal, nos termos do art. 27, § 2º, da Lei n. 10.865/2004.*

Portanto, o Supremo Tribunal Federal enfrentará o mesmo tema tratado nestes autos, a respeito da constitucionalidade art. 27, § 2º, da Lei n. 10.865/2004.

Por oportuno, destaco que, nas ADI 4.697 e ADI 4.762, enfrentando temática análoga envolvendo contribuições sociais *coorporativas* – de interesse das categorias profissionais ou econômicas, art. 149, CF/1988 –, o Supremo Tribunal Federal adotou o seguinte entendimento (acórdão publicado em 30.3.2017):

> Ementa
>
> *Ações diretas de inconstitucionalidade. Julgamento conjunto. Direito Tributário. Conselhos profissionais. Autarquias federais. Contribuição social de interesse profissional. Anuidades. Art. 149 da Constituição da República. Lei complementar. Pertinência temática. Capacidade contributiva. Legalidade tributária. Praticabilidade. Parafiscalidade. Lei federal n. 12.514/2011.* (...) 7. Não ocorre violação ao princípio da reserva legal, uma vez que o diploma impugnado é justamente a lei em sentido formal que disciplina a matéria referente à instituição das contribuições sociais de interesse profissional para aqueles conselhos previstos no art. 3º da Lei n. 12.514/2011. ***8. No tocante à legalidade tributária estrita, reputa-se ser adequada e suficiente a determinação do mandamento tributário no bojo da lei impugnada, por meio da fixação de tetos aos critérios materiais das hipóteses de incidência das contribuições profissionais, à luz da chave analítica formada pelas categorias da praticabilidade e da parafiscalidade. Doutrina***. 9. Ações Diretas de Inconstitucionalidade improcedentes. (grifei)

No relatório do voto condutor do acórdão, da lavra do eminente Ministro Edson Fachin, a questão está assim resumida:

> Sustenta, ainda, que o artigo 5º, §2º, do diploma impugnado viola ao princípio da legalidade tributária, uma vez que delega ao âmbito infraconstitucional a fixação do valor exato de anuidades, descontos, critérios de isenção, regras de recuperação de créditos, parcelamentos e descontos.

Quanto à fundamentação, transcrevo os seguintes trechos do voto condutor do Ministro Edson Fachin, prolatado nas Ações Diretas 4.697 e 4.762:

> Resta, ainda, dirimir a controvérsia referente à violação ao princípio da legalidade tributária, em razão da atribuição aos conselhos profissionais da fixação do valor exato das anuidades, desde que respeitadas as balizas quantitativas do diploma legal atacado. Transcreve-se, novamente, os §§1º e 2º do art. 6º da Lei n. 12.514/2011:
>
> > §1º Os valores das anuidades serão reajustados de acordo com a variação integral do Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, calculado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, ou pelo índice oficial que venha a substituí-lo.
> >
> > §2º O valor exato da anuidade, o desconto para profissionais recém-inscritos, os critérios de isenção para profissionais, as regras de recuperação de créditos, as regras de parcelamento, garantido o mínimo de 5 (cinco) vezes, e a concessão de descontos para pagamento antecipado ou à vista, serão estabelecidos pelos respectivos conselhos federais.
>
> [...]
>
> Por sua vez, em relação à imputação de responsabilidade aos conselhos profissionais fixarem o valor exato da anuidade, a questão controvertida se complexifica, porquanto demanda a densificação, em concreto, do princípio da legalidade tributária. Em razão de expressa previsão constitucional, às contribuições sociais de interesse profissional incide o princípio da legalidade tributária, nos termos do art. 150, I, da Constituição da República, *in verbis*: "Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça".
>
> [...]
>
> Por outro lado, o princípio da estrita legalidade tributária exige lei em sentidos material e formal para as hipóteses de instituição e majoração de tributos, nos termos do art. 150, I, da Constituição da República.

> Em relação à majoração, entende-se que a finalidade da referida limitação constitucional ao poder de tributar encontra-se satisfeita, uma vez que o *quantum debeatur* da obrigação tributária encontra-se limitado a um montante previamente estabelecido, por força de lei.
>
> Assim, o requisito da autotributação da sociedade e o instrumento protetivo previsto no Estatuto Constitucional dos Contribuintes restam observados, ou seja, a partir da interpretação teleológica do art. 6º da lei atacada, infere-se que a *mens legis* é agasalhar a pretensão de resistência do Contribuinte à intervenção estatal desproporcional, não desbordando, portanto, do figurino constitucional.
>
> [...]
>
> Nesses termos, reputa-se suficientemente determinado o mandamento tributário, para fins de observância da legalidade tributária, na hipótese das contribuições profissionais previstas no diploma impugnado, tendo em conta as categorias jurídicas da praticabilidade e da parafiscalidade, como próprias dessa espécie tributária.
>
> [...]
>
> Em conclusão ao tópico da legalidade, repise-se ser adequada e suficiente a determinação do mandamento tributário no bojo da lei impugnada, por meio da fixação de tetos aos critérios materiais das hipóteses de incidências das contribuições profissionais, à luz da chave analítica formada pelas categorias da praticabilidade e da parafiscalidade.

Da leitura do voto transcrito, compreendo que sua Excelência o Ministro Edson Fachin adota fundamentação em favor da praticidade tributária, destacando especificamente o fenômeno da parafiscalidade – próprio da Contribuição Social coorporativa que estava em análise.

A respeito do conceito de praticidade, são as seguintes lições de Misabel Derzi:

> Praticabilidade é o nome que se dá a todos os meios e técnicas utilizáveis com o objetivo de tornar simples e viável a execução das leis. Como princípio geral de economicidade e exequibilidade inspira o Direito de forma global. Toda lei nasce para ser aplicada e imposta, por isso não falta quem erija a praticabilidade a imperativo constitucional implícito. (…) A praticabilidade afeta, em primeiro lugar, ao Poder Legislativo. A norma legal se utiliza, já o notamos, de abstrações generalizantes, esquemas e conceitos. Ela usa tipos e conceitos não só por razões de segurança mas, em muitos casos, para viabilizar a execução de seus comandos. (…) As presunções, ficções legais e quantificações estabelecem em lei, através de tetos e somatórios numericamente definidos, são meios a que recorre o legislador com vistas à praticabilidade. (DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no Direito Tributário. In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 30/31, pp. 213-260, 1987/1988, pp. 251-252).

Ressalto novamente que, embora do mesmo gênero (*contribuições*), o precedente acima tratou de tributo diverso do PIS/COFINS, de feição parafiscal e corporativa: Contribuição Social Corporativa.

Contudo, entendo de extremo relevo a leitura trazida pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao tema, que envolve os conceitos de segurança jurídica e a legalidade tributária, nos casos em que a lei estabelece balizas para que o Poder Executivo, mediante decreto, e respeitados os limites legais, possa fixar a alíquota.

Nesse sentido, ainda quanto ao julgamento das Ações Diretas 4.697 e 4.762, cito trecho do voto proferido pelo eminente Ministro Luis Roberto Barroso:

> A questão verdadeiramente complexa aqui, como todos já terão intuído, é a questão de que a lei não fixa o valor específico da anuidade a ser cobrada. [...] Existe essa possibilidade, por exemplo, em relação ao IPI, ao Imposto sobre Produtos Industrializados, mas, no caso do IPI, a previsão de exceção ao princípio da legalidade é Constitucional, portanto, o problema já estaria resolvido. De modo que, em verdade, a discussão central, aqui, é sobre o princípio da legalidade, e este ponto que foi enfrentado pelo Relator é a chamada tipicidade cerrada ou de legalidade estrita, como um conceito que vai além da mera reserva legal. Eu devo dizer que essa ideia de tipicidade cerrada que, como observou o Ministro Luiz Edson Fachin, é defendida na doutrina brasileira, embora ele seja português, pelo eminente professor Alberto Xavier, eu acho que essa é uma visão que vem sendo flexibilizada, quando não superada. E invoco, aqui, embora não tenha a fonte concreta, os estudos do professor Ricardo Lobo Torres, professor de Direito Financeiro da Universidade do Estado Rio de Janeiro, que sempre foi um opositor dessa ideia de tipicidade cerrada, e agora secundado, como percebi no voto do Ministro Fachin, pelo eminente Professor da Universidade de São Paulo, Professor Luís Eduardo Shoueri. [...] Mas eu acho que uma visão pragmática da vida, que nós precisamos um pouco no Brasil. Eu devo dizer que o princípio da legalidade não existe apenas para proteger o contribuinte, ele também tem o papel de atribuir à lei a escolha sobre como se faz, numa sociedade, a distribuição de ônus, inclusive dos ônus tributários. Contudo, aqui há uma interpretação pragmática razoável que foi perfilhada pelo eminente Relator e que também eu adoto para concluir que a fixação de um valor máximo e a previsão de parâmetros para a variação desse valor em função de determinados fatores objetivos é razoável e admissível. Por esta razão - certamente haverá polêmica nessa matéria -, mas eu estou me alinhando à posição do eminente Relator e igualmente julgando improcedente o pedido.

Também da recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, destaco os Recursos Extraordinários n. 704.292/PR e 838.284/SC. No caso do RE n.

704.292/PR, o Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese de repercussão geral:

> É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, ***sem parâmetro legal***, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos. (Grifei).

Por outro lado, no RE 838.284/SC, foi firmada a seguinte tese de repercussão geral:

> Não viola a legalidade tributária a lei que, ***prescrevendo o teto***, possibilita o ato normativo infralegal fixar o valor de taxa em proporção razoável com os custos da atuação estatal, valor esse que não pode ser atualizado por ato do próprio conselho de fiscalização em percentual superior aos índices de correção monetária legalmente previstos. (Grifei).

Ao julgar o RE 838.284/SC, o voto condutor do relator, Ministro Dias Toffoli, concluiu pela legitimidade da fixação da exação (da espécie 'Taxa') por ato infralegal dentro do teto legal. Nesse sentido, transcrevo trecho relatado do voto do relator, divulgado no Informativo n. 832 do Supremo Tribunal Federal:

> Em suma, a norma em comento estabelece diálogo com o regulamento em termos de subordinação, ao prescrever o teto legal da taxa referente à ART; de desenvolvimento da justiça comutativa; e de complementariedade, ao deixar valoroso espaço para o regulamento complementar o aspecto quantitativo da regra matriz da taxa cobrada em razão do exercício do poder de polícia. O Legislativo não abdica de sua competência acerca de matéria tributária. A qualquer momento, pode o parlamento deliberar de maneira diversa, firmando novos critérios políticos ou outros paradigmas a serem observados pelo regulamento.
>
> [...]
>
> RE 704.292/PR, rel. Min. Dias Toffoli, 30.6.2016. (RE-704.292)
>
> RE 838.284/SC, rel. Min. Dias Toffoli, 30.6.2016. (RE-838.284)

Portanto, a questão quanto à delegação legislativa para a fixação do aspecto quantitativo ou dimensível da hipótese de incidência tributária, em relação à Contribuição Social corporativa e a Taxa de Polícia, foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, nos julgamentos acima destacados. Ressalto,

mais uma vez, que os precedentes citados envolveram tributos diversos, cujas peculiaridades foram ressaltadas como fundamento para a solução jurídica a que chegou a Corte Suprema.

Contudo, percebo que a presença de teto legal para a exação, estabelecido em Lei, foi um critério diferencial para a solução que o Supremo Tribunal Federal emprestou aos referidos julgados. Nesse sentido, destaco que, na tese de repercussão geral no RE 704.292/PR, foi dado destaque à ausência de "*parâmetro legal*".

Não é incabível citar, ainda a propósito do tema das "*normas tributárias em branco*" – como sendo aquelas que descrevem os elementos integrantes de uma relação jurídica obrigacional de direito tributário, mas a própria Lei delega ao Poder Executivo a complementação de tais elementos -, o precedente do Supremo Tribunal Federal no RE 343.446/SC, rel. Min. Carlos Velloso, julgado pelo Pleno em 20.3.2003.

Naquela assentada, o Supremo Tribunal Federal entendeu que (trecho da ementa; grifei):

> III. - As Leis 7.787/1989, art. 3º, II, e 8.212/1991, art. 22, II, definem, satisfatoriamente, todos os elementos capazes de fazer nascer a obrigação tributária válida. *O fato de a lei deixar para o regulamento a complementação dos conceitos de "atividade preponderante" e "grau de risco leve, médio e grave", não implica ofensa ao princípio da legalidade genérica, C.F., art. 5º, II, e da legalidade tributária, C.F., art. 150, I.*
>
> IV. - ***Se o regulamento vai além do conteúdo da lei, a questão não é de inconstitucionalidade, mas de ilegalidade, matéria que não integra o contencioso constitucional***.

Observo que a identificação da alíquota da contribuição a ser aplicada a um contribuinte específico decorrerá de norma do Poder Executivo que defina "*atividade preponderante*" e quais atividades implicam "*risco leve*", "*risco médio*" ou "*risco grave*" de acidentes do trabalho. A contribuição devida será menor ou maior (1%, 2% ou 3%) em função da regra que será estabelecida pelo Poder Executivo, em virtude da delegação legal.

Aqui um bom exemplo do que vem a ser uma delegação legislativa em matéria tributária. No caso da contribuição para o custeio do Seguro de Acidente do Trabalho (SAT), o Poder Executivo, ao fim e ao cabo, termina por complementar o próprio elemento (ou aspecto) material da Hipótese de

Incidência Tributária. Essa complementação por meio de Decreto por sua vez, irá determinar a quantidade do tributo devido em cada situação específica.

Entendo, a partir do julgamento do RE 343.446/SC, que a conclusão lá assentada de que ***se o regulamento vai além do conteúdo da lei, a questão não é de inconstitucionalidade, mas de ilegalidade, matéria que não integra o contencioso constitucional***, deve ser diretriz interpretativa para a solução deste presente recurso especial.

Aqui, na análise de eventual crise de legalidade, importante verificar, portanto, se o Decreto n. 8.426/2015 ultrapassou as alíquotas *teto* (de 1.65% e 7,6%), fixadas na Lei n. 10.865/2004. Como asseverei acima, na linha do voto do eminente Ministro Gurgel de Faria, o ato infralegal não transbordou dos limites da delegação legislativa para a fixação das alíquotas, de modo que o *regulamento não foi além do conteúdo da lei.*

Diante de todo o exposto, pedindo vênia aos entendimentos divergentes, o Decreto não ultrapassou o que a Lei determinou. Há um teto legal de alíquotas, a respaldar o critério da *autotributação*.

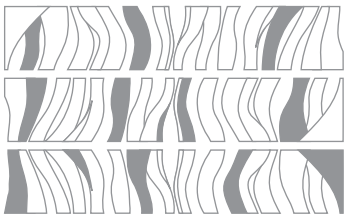
O trânsito de alteração de alíquotas dentro da margem estabelecida pela Lei não implica majoração de tributos. Como já citado, a previsão das *alíquotas tetos* já atende ao requisito da legitimidade democrática do tributo, pois proveniente de Lei.

O contribuinte foi democraticamente informado que a exação tinha aquele limite monetário, a partir das alíquotas expressamente previstas em Lei.

Caso o Decreto tivesse ultrapassado os limites que o Parlamento fixou para as alíquotas, solução diversa seria imposta, pois poderia se falar em aumento da exação, sem respaldo democrático ou representativo. Contudo, estando presentes na Lei as alíquotas de 1,65% e 7,6%, entendo que o tributo, a partir da manifestação dos representantes eleitos pelos contribuintes, pode ser legitimamente cobrado.

Para concluir, pedindo vênia aos Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Regina Helena Costa, acompanho o voto divergente inaugurado pelo Ministro Gurgel de Faria, para *negar provimento ao recurso especial* da Companhia Zaffari Comércio e Indústria, por considerar inexistente qualquer crise de legalidade no estabelecimento de alíquotas por Decreto do Poder Executivo, dentro das margens previstas em Lei.

É como voto.



Segunda Turma

RECURSO ESPECIAL N. 1.519.034-RS (2015/0005673-0)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques
Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul
Procurador: Natália de Azevedo Morsch Jou e outro(s) - RS039367
Recorrido: Associação dos Distribuidores de Medicamentos do Estado do Rio Grande do Sul - ADIMERS
Recorrido: Gauchafarma Medicamentos Ltda
Recorrido: Cervosul Distribuidora de Medicamentos Ltda
Recorrido: AL Distribuidora de Medicamentos Ltda
Recorrido: Sulfarma Ltda
Recorrido: Walter Schick e Companhia Limitada
Recorrido: Montreal Farmacêutica Ltda
Recorrido: Union Pharm Distribuicao Farmaceutica Ltda
Recorrido: Medpharma Distribuidora de Medicamentos Ltda
Recorrido: Cifarma Sul Medicamentos Ltda
Recorrido: Distribuidora de Medicamentos Santa Clara Ltda
Recorrido: Difremel Distribuidora de Medicamentos Ltda
Recorrido: Wartur Comércio e Representações Ltda
Recorrido: Comércio de Medicamentos Brair Ltda
Recorrido: RS Distribuidora de Medicamentos Ltda
Advogados: Ney Silveira Gomes Filho - RS026839
Ricardo Bernardes Machado e outro(s) - RS044811
Floriano Dutra Neto e outro(s) - DF020499
Advogada: Noélle Regina de Oliveira Guerino e outro(s) - DF027017
Advogados: Adriana Barbosa Felix e outro(s) - DF032396
Adilson Vieira Macabu e outro(s) - DF047808

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Submissão à regra prevista no Enunciado Administrativo n. 02/STJ. Suposta ofensa ao art. 535 do CPC/1973. Inexistência de vício no acórdão recorrido. Tributário. ICMS. Substituição tributária. Fixação da base de cálculo com base

nos preços divulgados pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos. Presunção de legalidade relativa. Possibilidade de comprovação de que o preço praticado pelo comércio varejista é inferior à base de cálculo presumida.

1. Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC/1973.

2. Na linha dos precedentes deste Tribunal: (a) para fins de substituição tributária do ICMS, é legítima a imposição de que a base de cálculo do imposto corresponda ao preço final a consumidor, fixado por órgão público competente; (b) O art. 8º da LC n. 87/1996, para fins de substituição tributária progressiva do ICMS, deve levar em consideração os dados concretos de cada caso, para fins de fixação da base de cálculo do ICMS.

3. Assim, em princípio: "Estabelecendo a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED os critérios para obtenção dos valores correspondentes ao Preço Máximo ao Consumidor, esse valores correspondem à base de cálculo do ICMS, para fins de substituição tributária." (RMS 20.381/SE, Rel. Ministro *Teori Albino Zavascki*, *Primeira Turma*, julgado em 29.06.2006, DJ 03.08.2006, p. 203).

4. Todavia, conforme constou do acórdão recorrido, no caso concreto a parte autora comprovou que a base de cálculo do ICMS (fixada com base no Preço Máximo ao Consumidor) é "muito superior" ao preço efetivamente praticado no comércio varejista. Nesse contexto, o Tribunal de origem excepcionou, de modo adequado, os precedentes deste Tribunal — que autorizam a utilização do Preço Máximo ao Consumidor para fins de fixação da base de cálculo do ICMS no regime de substituição tributária, no que concerne ao comércio de medicamentos —, especialmente ao afirmar que "a base de cálculo estimada deve se aproximar ao máximo da realidade do mercado, de forma a se evitar a excessiva onerosidade ao contribuinte do imposto e, consequentemente, ao consumidor final".

5. Ressalte-se que tal entendimento é reforçado, em razão da recente mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal que, nos autos do RE 593.849/MG, firmou a seguinte tese jurídica em sede de 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".

6. Na linha desse entendimento, se a base de cálculo efetiva é inferior à presumida, é devida a restituição do ICMS pago a maior no regime de substituição tributária. Nesse contexto, não pode o Estado-membro determinar a utilização de critério que implique seja a base de cálculo do ICMS, fixada para fins de substituição tributária, superior ao preço praticado (base de cálculo efetiva), sob pena de ser obrigado a devolver o ICMS pago a maior. Constitui ônus do contribuinte comprovar a discrepância entre o base de cálculo "presumida" e a efetiva. Todavia, havendo comprovação específica, impõe-se reconhecer a ilegalidade do critério utilizado pela entidade tributante (como ocorre no caso dos autos), pois, "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".

7. É oportuno ressaltar que o caso concreto refere-se ao comércio de medicamentos, itens de primeira necessidade. Conforme informações extraídas do endereço eletrônico "http://www.brasil.gov.br/saude" a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (Cmed) atua no sentido de regular os preços, obstando que as empresas do ramo pratiquem preços superiores aos que autorizados pelo Governo. Em análise relativa aos "preços máximos estabelecidos pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (Cmed) entre março de 2004 e dezembro de 2011", verificou-se que "a regulação econômica permitiu que os medicamentos chegassem às mãos dos brasileiros com preços, em média, 35% mais baratos do que os pleiteados pelas indústrias farmacêuticas". Nesse contexto — seja em consequência da política da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (Cmed), seja em razão da própria política de mercado —, se os preços praticados pelos varejistas são inferiores aos preços divulgados pela CMED, não é dado ao Estado-membro impor a observância dos preços divulgados, fomentando, dessa forma, a indevida majoração dos preços dos medicamentos no mercado varejista. Ressalte-se que "a regulação do mercado de medicamentos é baseada em um modelo de 'Teto de Preços'".

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), 15 de agosto de 2017 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 16.11.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, cuja ementa é a seguinte:

> Embargos infringentes. Direito Tributário. Ação declaratória. ICMS. Medicamentos. Adoção dos preços definidos pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED. Caracterização de pauta fiscal. Descabimento. Aplicação da Súmula n. 431 do STJ.
>
> Os preços definidos pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED objetivam apenas estabelecer critérios para fixação e ajuste de preços dos fármacos, orientando as empresas produtoras de medicamentos, não podendo ser empregados na fixação da base de cálculo do ICMS, sob pena de caracterizar a adoção de pauta fiscal na tributação.
>
> Inteligência da Súmula n. 431 do STJ. Precedentes do TJRGS e STJ.
>
> Embargos infringentes desacolhidos.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

No recurso especial, interposto com base na alínea *a* do permissivo constitucional, o recorrente aponta ofensa aos arts. 165, 458 e 535 do CPC/1973, bem como aos arts. 8º, II, § 2º e 4º, da LC n. 87/1996, ao art. 97, IV, do CTN

e aos arts. 5º e 6º da Lei n. 10.742/2003, alegando, em síntese, que: (a) o acórdão recorrido manteve-se omisso, mesmo após a oposição de embargos de declaração; (b) é possível arbitrar o valor da base de cálculo das operações em tela com base nos preços fixados pela CMED, não sendo a presente situação pauta fiscal.

Em suas contrarrazões, os recorridos pugnam pela manutenção do acórdão atacado.

O recurso foi inadmitido pela decisão de fls. 1.551/1.568.

A decisão de fls. 1.711/1.712, proferida em sede de agravo, determinou a reautuação do feito como recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Inicialmente, cumpre esclarecer que o presente recurso submete-se à regra prevista no Enunciado Administrativo n. 2, *in verbis*: "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".

A pretensão recursal não merece acolhimento.

Depreende-se dos autos que o Tribunal de origem, de modo fundamentado, tratou das questões suscitadas, resolvendo de modo integral a controvérsia posta.

Na linha da jurisprudência desta Corte, não há falar em negativa de prestação jurisdicional nem em vício quando o acórdão impugnado aplica tese jurídica devidamente fundamentada, promovendo a integral solução da controvérsia, ainda que de forma contrária aos interesses da parte.

Assim, não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC/1973.

Por outro lado, destaco o disposto no art. 8º, II, §§ 2º e 4º, da LC n. 87/1996:

> Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:
>
> II - em relação às operações ou prestações subsequentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

> a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;
>
> b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;
>
> c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes.
>
> § 2º Tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido.
>
> § 4º A margem a que se refere a alínea c do inciso II do caput será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, devendo os critérios para sua fixação ser previstos em lei.

O Estado do Rio Grande do Sul alega que o § 2º do art. 8º da LC n. 87/1996 "possui normatividade suficiente para amparar a conduta da Fazenda gaúcha de arbitrar o valor da base de cálculo das operações em tela com base nos preços fixados pela CMED, porquanto se trata de órgão público regulador do setor econômico ao qual pertence o mercado de medicamentos, responsável, pois, pelo estabelecimento dos respectivos preços de fábrica e preços máximos de venda ao consumidor, nos termos da Lei n. 10.742/2003, cujos dispositivos foram também afrontados pela decisão recorrida". Sustenta que, nessa hipótese, não há falar em pauta fiscal, motivo pelo qual não incide o disposto na Súmula 431/STJ.

Em princípio, verifica-se que a tese sustentada pela Fazenda Pública encontra amparo na jurisprudência deste Tribunal:

> Direito Tributário. Recurso ordinário em mandado de segurança. Substituição tributária. ICMS incidente sobre medicamentos. Base de cálculo. Preço máximo ao consumidor.
>
> 1. "O Supremo Tribunal Federal, pelo seu Plenário, julgando os RREE 213.396-SP e 194.382-SP, deu pela legitimidade constitucional, em tema de ICMS, da denominada substituição tributária para frente" (SS-AgR 1.307/PE, Tribunal Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 11.10.2001).
>
> 2. Dispõe o art. 8º, § 2º, da LC n. 87/1996 que tratando-se "de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão

público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido".

3. Estabelecendo a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED os critérios para obtenção dos valores correspondentes ao Preço Máximo ao Consumidor, esse valores correspondem à base de cálculo do ICMS, para fins de substituição tributária.

4. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(RMS 20.381/SE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 29.06.2006, DJ 03.08.2006, p. 203)

Agravo regimental. Decisão que, em sede de agravo regimental no agravo em recurso especial, reconsiderou decisão anterior. Tributário. ICMS. Medicamentos. Não se confundem a pauta fiscal e o regime de valor agregado estabelecido no art. 8º da LC n. 87/1996, que consubstancia técnica adotada pelo Fisco, a partir de dados concretos, para a fixação da base de cálculo do imposto na sistemática de substituição tributária para frente, sendo possível, ademais, o uso do preço máximo ao consumidor estabelecido pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos CMED. Precedentes. Agravo regimental desprovido.

1. É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal. Súmula 431/STJ. No caso dos autos, todavia, a base de cálculo do ICMS adotada pelo Fisco são os preços definidos pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), órgão público do Conselho do Governo da Presidência da República que foi criado pela Lei n. 10.742/2003.

2. O STJ entende que não há que se confundir a pauta fiscal - valor fixado prévia e aleatoriamente para a apuração da base de cálculo do tributo - com o arbitramento de valores previsto no art. 148 do CTN, que é modalidade de lançamento, da mesma forma como também não se pode confundi-la com o regime de valor agregado estabelecido no art. 8º da LC n. 87/1996, que é técnica adotada para a fixação da base de cálculo do ICMS na sistemática de substituição tributária para frente, levando em consideração dados concretos de cada caso. Precedente: RMS 18.677/MT, Rel. Min. *Castro Meira*, DJ 20.06.2005, p. 175.

3. Dispõe o art. 8º, § 2º da LC n. 87/1996 que, tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido.

4. Nesse sentido, os arts. 4º, § 1º e 6º, II da Lei n. 10.742/2003, bem como os arts. 6º, 7º, e 8º da Resolução CMED 04/2004 (vigente à época) autorizam a CMED a fixar, ano a ano, o Preço Máximo ao Consumidor (PMC) dos medicamentos, que deverá ser observado pelo comércio varejista, valendo-se este, inclusive, de publicação específica para o mercado do produto, que possibilite dar publicidade aos preços praticados pelos produtores, como a revista ABCFARMA, permitindo,

assim, que o Fisco, amparado pelo art. 8º, § 2º da LC n. 87/1996, lance mão desses preços na apuração do ICMS devido na substituição tributária progressiva. Precedentes: RMS 20.381/SE, Rel. Min. *Teori Albino Zavascki*, DJU 03.08.2006, p. 203, e RMS 21.844/SE, Rel. Min. *Francisco Falcão*, DJU 1º.02.2007, p. 392.

5. Agravo Regimental do contribuinte desprovido.

(AgRg no AgRg no AREsp 350.678/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 11.03.2014, DJe 19.03.2014)

Registro que, na condição de Ministro Relator, já adotei essa orientação:

Tributário. Processo Civil. ICMS. Base de cálculo. Utilização de publicação reconhecida e idônea. Revista ABC FARMA. Possibilidade. Precedentes.

1. Discute-se nos autos a possibilidade de lei local determinar como base de cálculo presumida de ICMS em regime de substituição tributária valores constantes da Revista ABCFARMA.

2. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de reconhecer a ilegalidade de cobrança do ICMS com base em regime de pauta fiscal, mormente pelo fato de que "o art. 148 do CTN somente pode ser invocado para a determinação da base de cálculo do tributo quando, certa a ocorrência do fato imponível, o valor ou preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos registrados pelo contribuinte não mereçam fé, ficando a Fazenda Pública, nesse caso, autorizada a proceder ao arbitramento mediante processo administrativo-fiscal regular, assegurados o contraditório e a ampla defesa" (RMS n. 18.677-MT, relator Ministro *Castro Meira*, DJ de 20.6.2005).

3. No presente caso, a conduta da Administração não se trata de pauta fiscal, mas de técnica para a fixação da base de cálculo na sistemática de substituição tributária progressiva, na qual se leva em consideração dados concretos, tudo em consonância com o disposto do art. 8º, §§ 2º e 3º, da Lei Complementar n. 87/1996.

4. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de admitir a utilização dos preços indicados na Revista ABC FARMA na composição da base de cálculo presumida do ICMS na circulação de medicamentos em regime de substituição tributária progressiva. Precedentes: REsp 1.192.409/SE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 22.6.2010, DJe 1º.7.2010; RMS 21.844/SE, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 5.12.2006, DJ 1º.2.2007; RMS 20.381/SE, Rel. Ministro *Teori Albino Zavascki*, *Primeira Turma*, julgado em 29.06.2006, DJ 03.08.2006.

5. Quanto à alínea "c", aplicável o disposto na Súmula 83 do STJ, segundo a qual: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida".

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp 1.248.963/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07.06.2011, DJe 14.06.2011)

Ressalto que no acórdão proferido no acórdão proferido no RMS 18.677/MT (*Segunda Turma*, julgado em 19.04.2005, DJ 20.06.2005, p. 175) — que é citado por vários precedentes deste Tribunal —, o Ministro Castro Meira (Relator) efetuou a distinção entre "pauta fiscal" e "Margem de Valor Agregado" (MVA), consignando que o disposto no art. 8º da LC n. 87/1996 "é técnica adotada para a fixação da base de cálculo do ICMS na sistemática de substituição tributária progressiva, levando em consideração dados concretos de cada caso", enquanto "a pauta fiscal é valor fixado prévia e aleatoriamente para a apuração da base de cálculo do tributo".

Consignou-se, ainda, que:

> O art. 8º da LC n. 87/1996 estabelece o regime de valor agregado para a determinação da base de cálculo do ICMS no caso de substituição tributária progressiva. Na hipótese, como não há o valor real da mercadoria ou serviço, já que o fato gerador é antecipado e apenas presumido, o dispositivo em tela determina o procedimento a ser adotado, assim resumido: quando o produto possuir preço máximo de venda no varejo, fixado pela autoridade competente ou pelo fabricante, a base de cálculo do ICMS antecipado será esse preço, sem nenhum outro acréscimo (IPI, frete etc); quando o produto não for tabelado ou não possuir preço máximo de venda no varejo, a base de cálculo do ICMS antecipado é determinada por meio de valor agregado. Sobre uma determinada base de partida, geralmente o valor da operação anterior, é aplicado um percentual de agregação, previsto na legislação tributária, para se encontrar a base de cálculo do ICMS antecipado.

Em suma, a análise dos precedentes citados autoriza as seguintes conclusões:

> *Para fins de substituição tributária do ICMS, é legítima a imposição de que a base de cálculo do imposto corresponda ao preço final a consumidor, fixado por órgão público competente.*
>
> *O art. 8º da LC n. 87/1996, para fins de substituição tributária progressiva do ICMS, deve levar em consideração dos dados concretos de cada caso, para fins de fixação da base de cálculo do ICMS.*

Registro que, em sentido contrário aos precedentes citados — entendendo que a utilização dos preços máximos para venda de medicamentos fixação pela Câmara de Regulação de Medicamentos (CMED) constitui "verdadeira pauta fiscal" — destaco o seguinte precedente deste Tribunal:

> Tributário. ICMS. Pauta fiscal. Súmula 431/STJ.
>
> 1. Hipótese em que o Estado adotou os preços máximos para venda de medicamentos fixados pela Câmara de Regulação de Medicamentos (CMED) para estabelecer a base de cálculo do ICMS na sistemática de substituição tributária.
>
> 2. Não se trata, portanto, de adoção dos valores de mercado, baseada nos preços compilados por revistas especializadas, o que é admitido pela jurisprudência do STJ, mas sim de verdadeira pauta fiscal, vedada nos termos da Súmula 431/STJ.
>
> 3. Agravo Regimental não provido.
>
> (AgRg no AgRg no Ag 1.359.721/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 05.04.2011, DJe 19.04.2011)

No âmbito doutrinário, Roque Antonio Carraza observa que:

> (...) Finalmente, o art. 8º da Lei Complementar n. 87/1996, ao cuidar da base de cálculo do ICMS, também vergasta o princípio da segurança jurídica, na medida em que permite que o Governo, dentre outras coisas, estime a margem de lucro do contribuinte substituído, em "operações ou prestações subsequentes".
>
> (ICMS. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, pág. 335).

No que se refere ao primeiro precedente citado (RMS 20.381/SE), destaco que no voto do saudoso Ministro Teori Zavascki foi consignado que:

> Nesse contexto, a simples alegação da impetrante no sentido de que o Fisco Estadual vem se utilizando ilegalmente de preços publicados pela revista ABCFARMA e outras para a definição da base de cálculo do ICMS incidente sobre os medicamentos não demonstra a existência de qualquer ilegalidade na forma de cobrança do tributo. Assim, não existe direito líquido e certo a ser amparado por mandado de segurança.

É importante ressaltar que o presente recurso origina-se de "Ação Declaratória com pedido liminar de tutela antecipada", por meio da qual a autora pede seja reconhecida a ilegalidade da legislação estadual que "estabelece como critério para determinação da base de cálculo do ICMS de responsabilidade por substituição tributária a utilização do Preço Máximo ao Consumidor sugerido pelo fabricante, considerando-se que este valor é muito superior ao preço efetivamente praticado pelos estabelecimentos varejistas".

No linha de entendimento do Ministro Teori Zavascki, a "simples alegação" de ilegalidade da utilização do Preço Máximo ao Consumidor não é suficiente

para afastar a utilização de tal critério para fins de fixação da base de cálculo do ICMS no regime de substituição tributária.

Não obstante, indago:

A comprovação específica no sentido de que o preço presumido é superior ao preço efetivamente praticado autoriza o reconhecimento de ilegalidade na adoção de tal critério?

No caso concreto, constou expressamente do voto condutor do acórdão recorrido (proferido em sede de embargos infringentes) que:

> Como se vê, o critério adotado pelo Fisco Estadual na hipótese em apreço importa em tributação mediante aplicação de pauta fiscal, medida extraordinária, que é admitida somente quando houver dificuldade na apuração do real valor da operação ou quando exista justo receio de que as informações prestadas pelo contribuinte não gozem de verossimilhança, situações, no entanto, que não restaram configuradas no caso, em que foi comprovado pela parte autora que a base de cálculo do ICMS sobre os medicamentos comercializados ocorreu em patamar muito superior ao valor total dos produtos, destacando-se, no ponto, trecho da fundamentação expendida no acórdão embargado pelo Relator, o em. Des. Francisco José Moesch, em que faz a análise da prova carreada aos autos (grifo):
>
> > Pela larga documentação acostada aos autos, verifica-se que tal situação não ocorre. Através do exame dos documentos, *conclui-se que existe expressiva diferença entre os valores utilizados como base de cálculo e a média dos valores de venda praticada no mercado*.
> >
> > Esta conclusão pode ser confirmada pela pesquisa de preços realizada pelo Instituto de Pesquisa Nielsen (fls. 935/970), que demonstra o fato de que as farmácias regularmente praticam descontos, vendendo os medicamentos ao consumidor a valores muito aquém do que consta no PMC. A pesquisa demonstra que os fármacos são vendidos com um desconto médio de 45,61% em relação ao PMC.
> >
> > Corroborando com o levantamento efetuado pelo Instituto, as alterações legislativas produzidas pelo Estado também são no sentido de que há real distorção provocada pela adoção do PMC como critério. Os Decretos Estaduais n. 45.437, 45.733 e 45.780 de 2008, por exemplo, instituíram redutores da base de cálculo - que variam de 41,176% a 90% - incidentes sobre o PMC, para determinados fármacos similares e genéricos considerados de alto consumo pela população (fls. 1.119/1.121).

Desta forma, estando os valores utilizados pelo fisco em patamar superior ao do praticado, não merece reparo o julgado embargado ao julgar procedente

> a ação porque, conforme anteriormente exposto, é inadmissível a adoção dos preços definidos pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, não havendo prova de má-fé do contribuinte, fraude ou omissão no preço atribuído aos produtos, restando inviável a tributação nos termos do art. 148 do CTN e a cobrança do ICMS em "pauta fiscal", aplicando-se a Súmula n. 431 pelo STJ:
>
> > É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal. (Súmula 431, Primeira Secção do STJ, julgado em 24.03.2010, DJe 13.05.2010)

Destaco, ainda, o seguinte excerto extraído de voto vogal:

> Como salientei quando do julgamento do recurso de apelação, é possível considerar o PMC (preço máximo de venda ao consumidor) como base de cálculo do tributo. Todavia, a base de cálculo estimada deve se aproximar ao máximo da realidade do mercado, de forma a se evitar a excessiva onerosidade ao contribuinte do imposto e, consequentemente, ao consumidor final.
>
> Através do exame dos documentos, conclui-se que existe expressiva diferença entre os valores utilizados como base de cálculo e a média dos valores de venda praticada no mercado.

Como se verifica, no caso concreto, a parte autora comprovou que a base de cálculo do ICMS (fixada com base no Preço Máximo ao Consumidor) é "muito superior" ao preço efetivamente praticado no comércio varejista.

Nesse contexto, entendo que o Tribunal de origem excepcionou, de modo adequado, os precedentes deste Tribunal — que autorizam a utilização do Preço Máximo ao Consumidor para fins de fixação da base de cálculo do ICMS no regime de substituição tributária, no que concerne ao comércio de medicamentos —, especialmente ao afirmar que "a base de cálculo estimada deve se aproximar ao máximo da realidade do mercado, de forma a se evitar a excessiva onerosidade ao contribuinte do imposto e, consequentemente, ao consumidor final".

Ressalto que tal entendimento é reforçado, em razão da recente mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal que, nos autos do RE 593.849/MG (abaixo referido), firmou a seguinte tese jurídica em sede de 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.

Conforme observado pelo Ministro Edson Fachin, "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".

O precedente foi assim ementado:

> 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. (RE 593.849, Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 19.10.2016, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-065 divulg 30.03.2017 public 31.03.2017 republicação: DJe-068 divulg 04.04.2017 public 05.04.2017)

Na linha desse entendimento, se a base de cálculo efetiva é inferior à presumida, é devida a restituição do ICMS pago a maior no regime de substituição tributária.

Nesse contexto, não pode o Estado-membro determinar a utilização de critério que implique seja a base de cálculo do ICMS, fixada para fins de substituição tributária, superior ao preço praticado (base de cálculo efetiva), sob pena de ser obrigado a devolver o ICMS pago a maior.

Constitui ônus do contribuinte comprovar a discrepância entre o base de cálculo "presumida" e a efetiva.

Todavia, havendo comprovação específica, impõe-se reconhecer a ilegalidade do critério utilizado pela entidade tributante (como ocorre no caso dos autos), pois, repita-se, "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".

Por fim, entendo oportuno ressaltar que o caso concreto refere-se ao comércio de medicamentos, itens de primeira necessidade. Conforme informações extraídas do endereço eletrônico "http://www.brasil.gov.br/saude" a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (Cmed) atua no sentido de regular os preços, obstando que as empresas do ramo pratiquem preços superiores aos que autorizados pelo Governo. Em análise relativa aos "preços máximos estabelecidos pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (Cmed) entre março de 2004 e dezembro de 2011", verificou-se que "a regulação econômica permitiu que os medicamentos chegassem às mãos dos brasileiros com preços, em média, 35% mais baratos do que os pleiteados pelas indústrias farmacêuticas".

Nesse contexto — seja em consequência da política da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (Cmed), seja em razão da própria política de mercado —, se os preços praticados pelos varejistas são *inferiores* aos preços divulgados pela CMED, não é dado ao Estado-membro impor a observância dos preços divulgados, fomentando, dessa forma, a indevida majoração dos preços dos medicamentos no mercado varejista. Ressalte-se que "a regulação do mercado de medicamentos é baseada em um modelo de 'Teto de Preços'" (afirmativa extraída do site acima referido).

Diante do exposto, *nego provimento* ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.605.572-MG (2016/0148176-1)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Recorrido: Cesar Reinaldo Borges
Advogados: Alaor Ribeiro - MG035051
Heloisa Helena Valladares Ribeiro e outro(s) - MG049799N
Interes.: Município de Pirajuba
Advogado: Claudio da Silva Santos - MG034369

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Ação civil pública por improbidade administrativa. Reexame necessário. Cabimento. Aplicação, por analogia, do art. 19 da Lei n. 4.717/1965. Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil à Lei de Improbidade Administrativa. Art. 475 do Código de Processo Civil de 1973. Precedentes.

I - Petição inicial que não traz, expressamente, a nominação da ação como civil pública por ato de improbidade administrativa, mas que contém menção clara à pretensão de aplicabilidade de sanções previstas na Lei n. 8.429/1992, além do ressarcimento do dano causado ao erário. Independentemente do nome que lhe foi conferida, há se reconhecer que se trata, portanto, de ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

II - Tese recursal que se restringe à aplicabilidade do art. 19 da Lei da Ação Popular — que sujeita ao duplo grau de jurisdição sentenças que concluírem pela carência da ação ou improcedência dos pedidos — nos casos de ações civis públicas por ato de improbidade administrativa.

III - Jurisprudência do STJ firme no sentido de que o Código de Processo Civil deve ser aplicado subsidiariamente à Lei de Improbidade Administrativa. Precedentes: REsp 1.217.554/SP, Rel. Ministra *Eliana Calmon*, Segunda Turma, DJe 22.08.2013; EREsp 1.098.669/GO, Rel. Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, Primeira Turma, DJe 12.11.2010.

IV - Admite-se, também, a aplicação analógica do art. 19 da Lei n. 4.717/1965 em relação às ações civil públicas por ato de improbidade administrativa. Precedentes: REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro *Castro Meira*, DJe 29.5.2009; AgRg no REsp 1.219.033/RJ, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Segunda Turma, DJe 25.04.2011; Embargos de Divergência em REsp n. 1.220.667/MG, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, DJe 30.06.2017.

V - As sentenças de improcedência de pedidos formulados em ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário, seja por aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (art. 475 do CPC/1973), seja pela aplicação analógica do Lei da Ação Popular (art. 19 da Lei n. 4.717/1965).

VI - Recurso especial conhecido e provido para determinar a devolução dos autos ao Tribunal de origem, a fim de proceder ao reexame necessário da sentença.

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, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 16 de novembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe 22.11.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Cuida-se, na origem, de ação de ressarcimento de recursos ao erário proposta pelo *Município de Pirajuba - MG* em desfavor do ex-Prefeito *César Reinaldo Borges*, que teria desviado de sua finalidade recursos recebidos pela municipalidade do Fundo Nacional de

Desenvolvimento da Educação no importe de R$ 45.333,70 (quarenta e cinco mil, trezento e trinta e três reais). À causa foi atribuído o valor de R$ 100,00 (cem reais).

O juízo de primeiro grau julgou improcedente a pretensão deduzida na inicial (fls. 259/260), por entender que o autor não se desincumbiu do ônus probatório a seu cargo, tendo o magistrado anotado que "não há nos autos qualquer prova que aponte no sentido de que houve lesão material ao erário municipal no sentido de inaplicação ou desvio dos valores para os fins a que se destinavam." (fls. 258)

Em razão da sucumbência, o juízo condenou o autor a arcar com honorários advocatícios fixados em R$ 2.000,00 (dois mil reais) e, considerado o valor atualizado da pretensão, submeteu sua decisão ao duplo grau obrigatório, na forma do art. 475, I, do CPC de 1973.

O Desembargador Barros Levenhagen do Tribunal de Justiça de Minas Gerais proferiu decisão monocrática assim resumida (fls. 294):

> [...]
>
> No caso específico dos autos, requer o autor o ressarcimento da quantia de R$ 45.333,70. Destarte, inequívoco ser o valor requerido inferior ao patamar fixado no art. 475, § 2º, do CPC, considerando que o salário mínimo equivale a R$ 788,00, não sendo o caso, portanto, de se proceder ao reexame necessário da sentença.
>
> Ao exposto, *não conheço da remessa oficial*. [...]

Inconformado, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpôs agravo fundamentado no art. 557, § 1º, do CPC de 1973 (fls. 299/303) sob o argumento de que, apesar de ter sido a ação nominada de "ressarcimento ao erário", trata-se, na verdade, de ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Assim, tendo sido a sentença de primeiro grau desfavorável ao município autor, o reexame necessário se impõe, nos termos do art. 19 da Lei n. 4.717/1965.

O Tribunal de origem não deu provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

> Processo Civil. Agravo do art. 557, § 1º, do CPC. Decisão que não conheceu do reexame necessário. Improbidade administrativa. Ressarcimento ao erário. Improcedência. Remessa necessária. Não conhecimento. Confirmação. Analogia à Lei de Ação Popular. Impossibilidade. Desprovimento.

> - "A Ação de Improbidade Administrativa segue um rito próprio e tem objeto específico, disciplinado na Lei n. 8.429/1992, e não contempla a aplicação do reexame necessário de sentenças de rejeição a sua inicial ou de sua improcedência, não cabendo, neste caso, analogia, paralelismo ou outra forma de interpretação, para importar instituto criado em lei diversa." (REsp 1.220.667/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 04.09.2014, DJe 20.10.2014).

Contra essa decisão, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpõe recurso especial (fls. 319/327), fundamentado no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal e alega, em síntese, que o acórdão recorrido contraria a norma insculpida no art. 19 da Lei n. 4.717/1965 e destoa da orientação jurisprudencial do STJ, uma vez que, por se tratar de sentença desfavorável em ação civil pública, na qual se busca a proteção do erário, o reexame necessário é obrigatório. Assevera o MP (fls. 326):

> [...] Em conclusão: em ação civil pública na qual se busca a proteção de direito difuso, como o patrimônio público, em sendo desfavorável a decisão ao ente público, em sede conhecimento ou ou de execução, o reexame necessário é cabível, por força de aplicação, por analogia, do artigo 19 da Lei da Ação Popular. [...]

Contrarrazões às fls. 331/334.

O recurso especial foi admitido, consoante decisão de fls. 336/338.

Aberta vista, em sede de parecer emitido pelo Subprocurador da República, ..., o Ministério Público opinou pelo conhecimento e provimento do recurso especial, nos termos da seguinte ementa:

> 1. Processual Civil e Administrativo. Recurso Especial. Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Reexame Necessário. Cabimento. Aplicação, por analogia, do art. 19 da Lei n. 4.717/1965.
>
> 2. Parecer do MPF pelo conhecimento e provimento do Recurso Especial para reformar o acórdão recorrido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Trata-se, na origem, de ação ajuizada pelo Município de Pirajuba - MG que foi assim nominada pelo

procurador municipal (fls. 22): "*Ação de Ressarcimento de Recursos ao Erário do Município para Repasse ao Estado de Minas Gerais, através de sua Secretaria de Educação*" (fl. 1).

Em que pese a designação que lhe foi dada, a petição inicial cuida de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, como bem salientado pelo *Parquet* Estadual, tanto no agravo (fls. 299/303) como no recurso especial (fls. 319/327) interpostos.

Extrai-se da leitura da inicial, de maneira inequívoca, que a pretensão do Município autor é, além do ressarcimento por danos causados ao erário, a aplicação de sanções diversas ao réu — suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o poder público —, o que fez de forma expressa em seus requerimentos, estes precedidos pelo seguinte parágrafo:

> [...] Por seu turno, o art. 21, da Lei Federal n. 8.429/1992, que trata especificamente dos atos de improbidade administrativa, assevera que a aplicação das sanções ali previstas *independem da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público*. (fls. 3)

Em trecho diverso de sua petição, o autor afirma, textualmente, que o ato praticado pelo ex-prefeito importou em "improbidade administrativa do Requerido" (fls. 2).

Há se reconhecer, dessa forma, que o objeto dos presentes autos é, à toda evidência, uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

Definido o objeto da demanda, verifica-se que a tese recursal se restringe à questão relacionada à aplicabilidade do art. 19 da Lei da Ação Popular que, com redação dada pela Lei n. 6.014/1973, dispõe:

> Art. 19. A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente caberá apelação, com efeito suspensivo.

Destaca-se, inicialmente, que a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a lei adjetiva civil deve ser aplicada subsidiariamente à Lei n. 8.429/1992. Nesse sentido:

> Processual Civil e Administrativo. Ação de ressarcimento de danos. Improbidade administrativa. Acordo entre as partes. Vedação. Art. 17, § 1º, da Lei n. 8.429/1992. Microssistema de tutela coletiva. Aplicação subsidiária do Código

de Processo Civil. Inviabilidade de extinção com base no art. 267, VIII, do CPC. Nomenclatura da ação. Fundamentação.

1. Tratando-se de ação de improbidade administrativa, cujo interesse público tutelado é de natureza indisponível, o acordo entre a municipalidade (autor) e os particulares (réus) não tem o condão de conduzir à extinção do feito, porque aplicável as disposições da Lei n. 8.429/1992, normal especial que veda expressamente a possibilidade de transação, acordo ou conciliação nos processos que tramitam sob a sua égide (art. 17, § 1º, da LIA).

2. O Código de Processo Civil deve ser aplicado somente de forma subsidiária à Lei de Improbidade Administrativa. Microssistema de tutela coletiva. Precedente do STJ.

3. Não é a nomenclatura utilizada na exordial que define a natureza da demanda, que é irrelevante, mas sim o exame da causa de pedir e do pedido.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1.217.554/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22.08.2013)

Administrativo. Recurso especial. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Juntada de documentos. Ausência de manifestação da parte contrária. Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. Microssistema de tutela coletiva. Arts. 19 da Lei da Ação Civil Pública. Art. 90 do CDC. Violação dos arts. 326 e 398 do CPC. *Dies a quo* do prazo prescricional. Data em que o fato se torna conhecido para a Administração Pública. Art. 23, II, da Lei n. 8.429/90. Fato ilícito. Prazo. 5 anos. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido.

1. Não há conhecer de matéria não analisada pelas instâncias ordinárias, em face da ausência do necessário prequestionamento da questão suscitada. Incidência das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal.

2. 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.

3. Aplica-se subsidiariamente o Código de Processo Civil nas ações de improbidade administrativa, apesar da ausência de norma expressa na Lei n. 8.429/1992, nos termos dos arts. 19 da Lei n. 7.347/1985 e 90 da Lei n. 8.078/1990.

4. O reconhecimento da prescrição sem a prévia oitiva do autor da ação civil pública implica ofensa aos arts. 326 e 398 do CPC.

5. Cumpre ao magistrado, em observância ao devido processo legal, assegurar às partes paridade no exercício do contraditório, é dizer, no conhecimento das questões e provas levadas aos autos e na participação visando influir na decisão judicial.

> 6. O *dies a quo*, nos termos do art. 142, § 1º, da Lei n. 8.112/1990 é a data em que a Administração Pública tomou ciência do fato.
>
> 7. O art. 23, II, da Lei n. 8.429/1992 estabelece o "prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego".
>
> 8. "...havendo ação penal e ação de improbidade administrativa ajuizadas simultaneamente, impossível considerar que a aferição do total lapso prescricional nesta última venha a depender do resultado final da primeira demanda (quantificação final da pena aplicada em concreto), inclusive com possibilidade de inserção, no âmbito cível-administração, do reconhecimento de prescrição retroativa" (REsp 1.106.657/SC).
>
> 9. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido para, afastando a prescrição, determinar o regular curso do processo.
>
> (EREsp 1.098.669/GO, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 12.11.2010)

Cabível, portanto, o reexame necessário da sentença, no termos do art. 475 do CPC de 1973, pois, como já mencionado, o objeto do presente recurso é, reconhecidamente, uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

Em relação, especificamente, à aplicação analógica do art. 19 da Lei n. 4.717/1965 nos casos relacionados às ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, destaca-se o recente precedente da Primeira Seção do STJ, assim ementado:

> Processual Civil. Embargos de divergência. Ação de improbidade administrativa. Reexame necessário. Cabimento. Aplicação, por analogia, do art. 19 da Lei n. 4.717/1965. É firme o entendimento no STJ de que o Código de Processo Civil deve ser aplicado subsidiariamente à Lei de Improbidade Administrativa. Precedentes. Embargos de divergência providos.
>
> 1. Verifica-se que, no acórdão embargado, a Primeira Turma decidiu que não há falar em aplicação subsidiária do art. 19 da Lei n. 4.717/1965, mormente por ser o reexame necessário instrumento de exceção no sistema processual.
>
> 2. Já o v. acórdão paradigma da Segunda Turma decidiu admitir o reexame necessário na Ação de Improbidade.
>
> 3. A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que o Código de Processo Civil deve ser aplicado subsidiariamente à Lei de Improbidade Administrativa. Nesse sentido: REsp 1.217.554/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22.8.2013, e REsp 1.098.669/GO, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 12.11.2010.

> 4. Portanto, é cabível o reexame necessário na Ação de Improbidade Administrativa, nos termos do artigo 475 do CPC/1973. Nessa linha: REsp 1.556.576/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 31.5.2016.
>
> 5. *Ademais, por "aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei n. 4.717/1965, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário"* (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, j. 19.5.2009, DJe 29.5.2009). Nesse sentido: AgRg no REsp 1.219.033/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 25.04.2011. (sem grifo no original)
>
> 6. Ressalta-se, que não se desconhece que há decisões em sentido contrário. A propósito: REsp 1.115.586/DF, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 22.08.2016, e REsp 1.220.667/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 20.10.2014.
>
> 7. Diante do exposto, dou provimento aos Embargos de Divergência para que prevaleça a tese do v. acórdão paradigma de que é cabível o reexame necessário na Ação de Improbidade Administrativa, nos termos do artigo 475 do CPC/1973, e determino o retorno dos autos para o Tribunal de origem a fim de prosseguir no julgamento.
>
> (Embargos de Divergência em REsp n. 1.220.667-MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 30.06.2017)

Verfica-se, assim, que, seja pela aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (art. 475 do CPC/1973), seja pela aplicação analógica da Lei da Ação Popular (art. 19 da Lei n. 4.717/1965), as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário.

Ante o exposto, conheço e dou provimento ao recurso especial para anular o acórdão recorrido e determinar a devolução dos autos ao Tribunal de origem, a fim de prosseguir no julgamento para proceder ao reexame necessário da sentença.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.642.249-SP (2016/0306201-5)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques
Recorrente: Symantec Brasil Comercio de Software Ltda

Advogados: Fábio Rosas - SP131524
Cristina Cézar Bastianello - SP132233
Tatiana Del Giudice Cappa Chiaradia e outro(s) - SP220781
Recorrido: Fazenda Nacional

EMENTA

Recurso interposto na vigência do CPC/1973. Enunciado Administrativo n. 2. Constitucional. Processual Civil. Violação ao art. 535, do CPC/1973. Alegações genéricas. Súmula n. 284/STF. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 282/STF. Tributário. Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico. CIDE - Remessas. Art. 2º, *caput* e § 1º, da Lei n. 10.168/2000 e art. 10, I, do Decreto n. 4.195/2002. Incidência sobre o pagamento a beneficiário no exterior pela exploração de direitos autorais relativos a programas de computador (*software*) ainda que desacompanhados da "transferência da *correspondente* tecnologia". Isenção apenas para os fatos geradores posteriores a 31.12.2005. Art. 20, da Lei n. 11.452/2007. Significados das expressões: "transferência de tecnologia", "transferência da *correspondente* tecnologia", "fornecimento de tecnologia" e "absorção de tecnologia".

1. Não merece conhecimento o recurso especial que aponta violação ao art. 535, do CPC, sem, na própria peça, individualizar o erro, a obscuridade, a contradição ou a omissão ocorridas no acórdão proferido pela Corte de Origem, bem como sua relevância para a solução da controvérsia apresentada nos autos. Incidência da Súmula n. 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

2. Ausente o prequestionamento dos seguintes dispositivos legais: arts. 6º e 10, da Lei n. 9.279/1996. Incidência da Súmula n. 282/STF quanto ao ponto: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada".

3. Também afastado o conhecimento do especial com relação aos temas constitucionais, a saber: a inexistência do fundo respectivo consoante o procedimento previsto no ADCT da CF/1988, a

caracterização da CIDE como imposto e demais inconstitucionalidades apontadas daí derivadas. Nesse sentido, os precedentes: AgRg no REsp 1.496.436/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 28.04.2015; AgRg no Ag 1.294.641/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 19.10.2010; REsp 1.121.302/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 20.04.2010.

4. O fato gerador da CIDE - Remessas é haver pagamento a residente ou domiciliado no exterior a fim de remunerar (art. 2º, *caput* e §§ 2º e 3º, da Lei n. 10.168/2000):

a) a ***detenção da licença*** de uso de conhecimentos tecnológicos (art. 2º, *caput*, da Lei n. 10.168/2000);

b) a ***aquisição de conhecimentos*** tecnológicos (art. 2º, *caput*, da Lei n. 10.168/2000);

c) a "***transferência de tecnologia***" (art. 2º, *caput*, da Lei n. 10.168/2000) que, para este exclusivo fim, compreende *c.1)* a exploração de patentes (art. 2º, §1º, primeira parte, da Lei n. 10.168/2000); ou *c.2)* o uso de marcas (art. 2º, §1º, primeira parte, da Lei n. 10.168/2000); ou *c.3) o "**fornecimento de tecnologia**" (art. 2º, § 1º, segunda parte, da Lei n. 10.168/2000);* ou *c.4)* a prestação de assistência técnica (art. 2º, § 1º, terceira parte, da Lei n. 10.168/2000);

d) a prestação de ***serviços técnicos*** e de assistência administrativa e semelhantes (art. 2º, § 2º, da Lei n. 10.168/2000); ou

e) ***royalties, a qualquer título*** (art. 2º, § 2º, da Lei n. 10.168/2000).

5. Por especialidade (expressão "para fins desta Lei" contida no art. 2º, § 1º, da Lei n. 10.168/2000 - Lei da CIDE - Remessas), o conceito de "*transferência de tecnologia*" previsto no art. 2º, *caput*, da Lei n. 10.168/2000 não coincide com aquele adotado pelo art. 11 e parágrafo único, da Lei n. 9.609/1998 ("Lei do *software*"). O primeiro não exige a "absorção da tecnologia", já o segundo, sim.

6. Desse modo, *exclusivamente para os fins da incidência da CIDE - Remessas, o art. 2º, § 1º, da Lei n. 10.168/2000 expressamente* ***não*** *exigiu a entrega dos dados técnicos necessários à "**absorção da tecnologia**" para caracterizar o fato gerador da exação*, contentando-se com a existência do mero "*fornecimento de tecnologia*" em suas mais variadas formas.

7. Nessa linha, o "*fornecimento de tecnologia*" de que fala o art. 2º, § 1º, da Lei n. 10.168/2000 também engloba a aquisição dos direitos de comercialização ou distribuição de programa de computador, isto porque para ser comercializada a tecnologia precisa primeiramente ser de algum modo fornecida a quem a comercializará. Não há aqui, por especialidade, a necessidade de "*absorção da tecnologia*" (exigência apenas do art. 11 e parágrafo único, da Lei n. 9.609/1998).

8. Consoante o art. 2º, § 5º, da Lei n. 9.609/1998, os direitos de autor abrangem qualquer forma de transferência da cópia do programa (*software*). O que há, portanto, nos contratos de distribuição de *software* proveniente do estrangeiro, é uma remuneração pela exploração de direitos autorais, seja diretamente ao autor, seja a terceiro a título de *royalties*, o que se enquadra no conceito de "*fornecimento de tecnologia*" previsto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 10.168/2000, ***pois há o fornecimento a adquirente no Brasil da cópia do programa pelo autor ou por terceiro que explora os direitos autorais no estrangeiro. Em suma: o fornecimento de cópia do programa (software) é "fornecimento de tecnologia", ainda que não haja a "absorção da tecnologia" (acesso ao código fonte) por quem a recebe***.

9. A isenção para a remessa ao exterior da remuneração pela licença de uso ou de direitos de comercialização ou distribuição de programa de computador (*software*) desacompanhada da "transferência da *correspondente* tecnologia" ("absorção da tecnologia") somente adveio a partir de 1º de janeiro de 2006, com o art. 20, da Lei n. 11.452/2007, ao adicionar o § 1º-A ao art. 2º, da Lei n. 10.168/2000.

10. Não há qualquer contradição deste raciocínio com as finalidades da Lei n. 10.168/2000 de incentivar o desenvolvimento tecnológico nacional, visto que a contribuição CIDE - Remessas onera a importação da tecnologia estrangeira nas mais variadas formas. O objetivo então é fazer com que a tecnologia (nas várias vertentes: licença, conhecimento/comercialização, transferência) seja adquirida no mercado nacional e não no exterior, evitando-se as remessas de remuneração ou *royalties*. Tal a intervenção no domínio econômico. Precedente: REsp 1.186.160-SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 26.08.2010.

11. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, 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, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, 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), 15 de agosto de 2017 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 23.10.2017

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 incidência da contribuição de intervenção no domínio econômico, instituída pelas Leis n. 10.168/2000 e n. 10.332/2001 (CIDE - Remessas), sobre valores pagos pela contribuinte para empresa coligada no exterior, em decorrência de prestação de serviço de assistência técnica e *royalties* remetidos ao exterior, havendo que ser afastada a exação apenas a partir de 1º.01.2006 (vigência do art. 20, da Lei n. 11.452/2007), consoante a seguinte ementa (e-STJ fls. 389/445):

> Direito Constitucional e Tributário. Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico-CIDE. Programa de estímulo à interação universidade-empresa para apoio à inovação. "Royalties". Remessa de valores a coligada no exterior. Remuneração de licença por uso de obra intelectual (Programa de computador - "Software"). Assistência técnica. Leis n. 10.168/2000 e 10.332/2001. Lei Complementar. Referibilidade. Princípio da irretroatividade. Preliminares.
>
> 1. Não se volta a impetração contra lei em tese. Sem o provimento jurisdicional pleiteado, estaria a contribuinte sujeita às sanções que lhe adviriam do não cumprimento da norma legal editada. A sua natureza é preventiva e visa preserva-la das sanções futuras que certamente ser-lhe-iam impostas pela autoridade

administrativa, até por dever de ofício, em decorrência do não cumprimento do comando legal vigente. O *mandamus* de índole preventiva é via adequada para a veiculação e o exame da pretensão da impetrante. Preliminares rejeitadas.

2. A instituição da CIDE prescinde de Lei Complementar. Inteligência dos arts. 149 e 146, *caput* e inciso III, da Constituição Federal.

3. A exação tem natureza de intervenção do Estado no domínio econômico, que por sua própria natureza incide, igualmente, no desenvolvimento social.

4. A atividade desenvolvida pela contribuinte, objeto do contrato firmado com a empresa estrangeira, configura a hipótese de incidência tributária. Com efeito, *a Lei n. 10.168/2000, com a redação que lhe deu a Lei n. 10.332/2001, não se refere exclusivamente ao pagamento de "royalties", mas também à simples prestação de assistência técnica, conforme decidido em reiterados julgados.* O fato gerador da exação nasce não com a assinatura do contrato, mas no momento do pagamento a residente ou domiciliado no exterior. Outrossim, *ainda que se configurem remuneração de licença por uso de obra intelectual, os valores remetidos pela contribuinte à sua coligada no exterior, ainda assim, estará sujeita ao recolhimento da exação, tendo em vista que, conforme emerge do seu contrato social (cláusula 2ª - fl. 39) e também do contrato de distribuição firmado com a empresa coligada (cláusula 9, item 9.1 - fl. 68), presta assistência técnica aos adquirentes do produto, o que configura hipótese de incidência do tributo, tal como previsto na legislação de regência.* Precedentes: Processo AG 200203000430542 - AG - *Agravo de Instrumento* - 164.954 - Relatora: Des. Fed. *Consuelo Yoshida* - Sigla do órgão: TRF3 - Órgão julgador - *Sexta Turma* - Fonte: DJU data: 06.05.2005, p. 366 e; Decisão na Apelação Cível sob n. 0025981-74.2002.4.6100/SP (2002.61.00.025981-9/SP), publicada no D.J. de 1º.04.2011 - Rel. a Des. Fed. *Marli Ferreira*.

5. No que respeita à referibilidade, equivoca-se a recorrente quando alega não se beneficiar da intervenção estatal no setor econômico em que opera e, mesmo que não se beneficiasse diretamente, ainda assim, estaria sujeita ao recolhimento da exação. Precedentes: REsp n. 1.121.302, Rel. Min. *Benedito Gonçalves* - STJ - DJe data: 03.05.2010; AC 200571000321293 - AC - Apelação cível, Rel: Des. Fed. *Vânia Hack de Almeida* - TRF4 - D.E. 10.09.2008.

6. A Lei n. 10.168/2000, com a redação dada pela Lei n. 10.332/2001, em estrita obediência aos ditames constitucionais do art. 149, dispõe sobre as finalidades e a destinação dos recursos da CIDE, e define o fato gerador da contribuição.

7. A contribuição de intervenção no domínio econômico não tem a natureza jurídica de imposto, não se aplicando, portanto, o disposto no art. 154, I, da CF/1988.

8. Improcede a assertiva de não se aplicar referida lei aos contratos firmados anteriormente à sua vigência, porquanto o momento a ser considerado para a apuração da contribuição é aquele em que se dá o pagamento, ficando afastada a alegação de ofensa ao princípio da irretroatividade.

Os aclaratórios foram rejeitados (e-STJ fls. 464/473).

Alega a recorrente que houve violação aos arts. 535, II, do CPC/1973; arts. 16, 106, I e 110, do CTN; arts. 6º e 10, da Lei n. 9.279/1996; arts. 2º, 9º, 10 e 11, da Lei n. 9.609/1998; art. 7º, XII, da Lei n. 9.610/1998; arts. 2º *caput*, § 1º-A, § 2º e art. 4º, da Lei n. 10.168/2000; art. 22, "d", da Lei n. 4.506/1964 e art. 462 do CPC/1973.

Sustenta ter havido omissão por parte da Corte de Origem quando do exame dos temas levantados em sede de embargos de declaração, o que prejudicou o prequestionamento necessário da matéria. Alega inconstitucionalidade da CIDE - Remessas tendo em vista que, uma vez não observado o prazo determinado pelo artigo 36 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), o Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT), para onde vertem os recursos arrecadados com a CIDE - Remessas, somente poderia ter sido recriado mediante legislação complementar, nos termos do artigo 165, § 9º, I, da Constituição Federal de 1988. Uma vez que não houve a edição da referida lei complementar, reputa inexistente o FNDCT e, por conseguinte, a própria CIDE - Remessas, já que, sem finalidade, assumiria a feição de imposto.

Sustenta que a CIDE - Remessas não é exigível sobre pagamentos relativos à concessão de licença de uso e/ou comercialização de *software* (programas de computador), pela ausência de previsão legal e pelo fato de a CF/1988 impor a necessidade de haver transferência de tecnologia para viabilizar a incidência da exação. Afirma que a pretensão da Receita Federal de cobrar a CIDE - Remessas sobre quaisquer valores remetidos ao exterior, relativos a contratos de prestação de serviços "com ou sem transferência de tecnologia", padece de ilegalidade. Pede a aplicação retroativa do art. 2º, § 1º-A, da Lei n. 10.168/2000 (incluído pela Lei n. 11.452/2007) por se tratar, a seu ver, de lei interpretativa, aplicando-se o art. 106, I, do CTN (e-STJ fls. 475/499).

Contrarrazões nas e-STJ fls. 603/613.

Recurso regularmente admitido na origem (e-STJ fls. 623/624).

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".

Dada à extensão do recurso, examino por tópicos.

1 - Da alegada violação ao art. 535, do CPC/1973.

Preliminarmente, afasto o conhecimento do recurso especial quanto à violação ao art. 535, do CPC/1973, visto que fundada a insurgência sobre alegações genéricas, incapazes de individualizar o erro, a obscuridade, a contradição ou a omissão ocorridas no acórdão proferido pela Corte de Origem, bem como sua relevância para a solução da controvérsia apresentada nos autos. A alegação de violação ao art. 535, do CPC/1973, deve ser suficientemente abordada na petição do recurso especial, não bastando a mera remissão à petição de embargos de declaração interpostos na origem. O provimento do recurso especial por contrariedade ao art. 535, II, do CPC/1973 pressupõe seja demonstrado, fundamentadamente, entre outros, os seguintes motivos: *(a)* a questão supostamente omitida foi tratada na apelação, no agravo ou nas contrarrazões a estes recursos, ou, ainda, que se cuida de matéria de ordem pública a ser examinada de ofício, a qualquer tempo, pelas instâncias ordinárias; *(b)* houve interposição de aclaratórios para indicar à Corte local a necessidade de sanear a omissão; *(c)* a tese omitida é fundamental à conclusão do julgado e, se examinada, poderia levar à sua anulação ou reforma; e *(d)* não há outro fundamento autônomo, suficiente para manter o acórdão. Esses requisitos são cumulativos e devem ser abordados de maneira fundamentada na petição recursal, sob pena de não se conhecer da alegativa por deficiência de fundamentação, dada a generalidade dos argumentos apresentados.

De ver que no recurso especial pela violação ao art. 535, do CPC/1973 a parte se limitou a afirmar que: "No caso em questão, o v. acórdão de fls. proferido em 1º.12.2011 pelo Egrégio Tribunal *a quo* deixou de se pronunciar expressamente sobre questões essenciais e imprescindíveis para o julgamento da lide, referentes à aplicação dos artigos 16, 106, inciso I, 110, do Código Tributário Nacional, artigo 462 do Código de Processo Civil, 2º da Lei n. 9.609/1998, 22, alínea d, da Lei n. 4.506/1964, 5º, *caput*, 150, inciso II, e 167, inciso IV, da Constituição Federal, motivo pelo qual se impõe o reconhecimento

da nulidade do v. aresto de fls. proferido em 26.07.2012 pelo Egrégio Tribunal *a quo*, uma vez que, instado a se manifestar, não se pronunciou adequadamente sobre a questão, mesmo diante da oposição de Embargos de Declaração pela Recorrente" (e-STJ fls. 483).

Incide na espécie, por analogia, o enunciado n. 284, da Súmula do STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

2 - Da impossibilidade de exame de temas constitucionais.

Outrossim, afasto o conhecimento do especial com relação aos temas constitucionais, a saber: desvio de finalidade da exação e a inexistência do fundo respectivo consoante o procedimento previsto no ADCT da CF/1988, a caracterização da CIDE - Remessas como imposto e demais inconstitucionalidades apontadas daí derivadas. Nesse sentido, os precedentes: AgRg no REsp 1.496.436/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 28.04.2015; AgRg no Ag 1.294.641/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 19.10.2010; REsp 1.121.302/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 20.04.2010. Do último precedente citado, transcrevo:

> 6. Não é possível conhecer das alegações relativas à inconstitucionalidade da exação, sustentada pelos fundamentos de que: (a) a instituição da contribuição em comento exige lei complementar (art. 146, III, da CF) e (b) a exação, em verdade, seria um imposto disfarçado com vinculação da receita (art. 167, IV, da CF), na medida em que não cabe ao STJ, em sede de recurso especial, analisar eventual contrariedade a dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes específicos quanto à contribuição em comento: REsp 1.120.553/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 8.2.2010; AgRg no REsp 755.116/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 18.2.2009 (REsp n. 1.121.302/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 20.04.2010).

De observar que no bojo dos temas constitucionais se encontram as alegadas violações ao art. 4º, da Lei n. 10.168/2000 e ao art. 16, do CTN, já que relacionadas ao argumento de ter havido desvio de finalidade constitucional da CIDE - Remessas, tendo em vista a ausência de instituição do fundo ali previsto já que o Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT), criado pelo Decreto-Lei n. 719/1969 e restabelecido pela Lei n. 8.172/1991, não teria sido ratificado pelo Congresso Nacional no prazo de

dois anos estabelecido pelo artigo 36 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), posto que a referida Lei n. 8.172/1991, que o restabeleceu, é datada de 18 de janeiro de 1991, em que pese o seu artigo 2º fazer remissão à produção de efeitos a partir da data de 05.10.1990.

Na linha dessa tese, o FNDCT somente poderia ter sido recriado mediante legislação complementar, nos termos do artigo 165, § 9º, I, da Constituição Federal de 1988, de modo que a Lei n. 8.172/1991 seria inconstitucional e, por consequência, também o FNDCT, o que transformaria a CIDE - Remessas em imposto de renda (art. 16, do CTN, c/c art. 154, I, da CF/1988), já que sem finalidade específica. À toda evidência, a argumentação é completamente permeada de temas de ordem constitucional, não podendo sofrer qualquer apreciação no âmbito do recurso especial, pelo que não merece conhecimento o recurso pela alegada violação aos artigos de lei federal suso citados.

Outrossim, *não merece conhecimento a arguição de inconstitucionalidade* da lei da CIDE - remessas porque, como se verá adiante neste voto, além de não haver a necessidade de enfrentamento incidental de temas constitucionais para se fixar a real natureza do art. 20, da Lei n. 11.452/2007, que adicionou o § 1º-A ao art. 2º, da Lei n. 10.168/2000, existe nos autos recurso extraordinário dirigido ao STF onde os temas constitucionais relativos à lei criadora da CIDE o foram todos levantados.

Já em atenção ao argumento levantado da tribuna em sustentação oral no sentido de haver violação ao GATT quanto à cláusula de Obrigação de Tratamento Nacional, registro que esse tema não foi objeto do recurso especial, de modo que está fora dos autos e não deve ser conhecido. Contudo, em *obiter dictum*, adiciono que a cláusula de Obrigação de Tratamento Nacional do GATT somente tem aplicação para exigir o tratamento idêntico entre um tributo incidente internamente e o mesmo tributo incidente na importação (ou o tributo equivalente incidente na importação). No caso, não existe essa incidência da CIDE internamente, justamente pelas próprias finalidades extrafiscais da CIDE. Assim, no extremo, haveria um confronto hipotético entre o GATT e a CF/1988 que estabelece as finalidades extrafiscais da CIDE, coisa que não poderíamos de todo modo examinar aqui dentro dos limites do recurso especial. Aliás, admitindo-se a violação ao GATT no caso concreto, teríamos que admitir que toda a legislação da CIDE - Remessas violaria o GATT ao proteger a produção tecnológica no mercado nacional, posto que estabelece apenas a tributação na importação de tecnologia e não na circulação interna da mesma. Tal o absurdo da tese.

3 - Dos dispositivos de lei federal não prequestionados.

Na sequência, compreendo estar ausente o prequestionamento dos seguintes dispositivos de lei federal: arts. 6º e 10, da Lei n. 9.279/1996; arts. 106, I e 110, do CTN; e art. 462 do CPC/1973. Incidência da Súmula n. 282/STF quanto ao ponto: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada".

Conheço do especial em relação à alegada violação aos seguintes dispositivos legais já que prequestionadas as teses que gravitam a sua volta: arts. 9º, 10 e 11, da Lei n. 9.609/1998; art. 7º, XII, da Lei n. 9.610/1998; arts. 2º *caput*, § 1º-A, § 2º, da Lei n. 10.168/2000 e art. 22, "d", da Lei n. 4.506/1964.

4 - Do mérito.

Narra a *contribuinte* que realiza remessas mensais de valores feitas para a empresa coligada Veritas Software Global Corporation ("Veritas EUA") a titulo de remuneração decorrente de Contrato de Distribuição de programa de computador (*software*) firmado em 10.02.2000. Informa que a empresa Veritas Software Global Corporation ("Veritas EUA") é a proprietária do *software* e respectivo código fonte. Sustenta que tais valores não se submetem à CIDE - Remessas visto que em seus contratos não há a previsão de "transferência de tecnologia", pois não há acesso ao código fonte do *software*, e que não há a previsão legal para a incidência da exação sobre pagamentos relativos à concessão de licença de uso e/ou comercialização de *software* quando não se trata de *royalties*, caso em questão. Afirma também que o fato de se comprometer a dar suporte aos seus clientes brasileiros não configura a hipótese descrita no artigo 2º, § 2º, da Lei n. 10.168/2000, pois este exige que haja a remessa ao exterior pela prestação de assistência técnica por residentes ou domiciliados no exterior.

Data vênia, sem razão a recorrente. Muito embora não haja a remessa ao exterior pela prestação de assistência técnica por residentes ou domiciliados no exterior (enquadramento no disposto no art. 2º, § 1º, terceira parte, da Lei n. 10.168/2000 e no art. 10, II, do Decreto n. 4.195/2002), mas sim pela própria contribuinte a seus clientes no Brasil, a exação deve incidir já que o julgado subsiste por fundamentos diversos. Explico.

Com efeito, o fato gerador da CIDE - Remessas é haver pagamento a residente ou domiciliado no exterior a fim de remunerar (art. 2º, *caput* e §§ 2º e 3º, da Lei n. 10.168/2000):

a) A ***detenção da licença*** de uso de conhecimentos tecnológicos (art. 2º, *caput*, da Lei n. 10.168/2000);

b) A ***aquisição de conhecimentos*** tecnológicos (art. 2º, *caput*, da Lei n. 10.168/2000);

c) A "***transferência de tecnologia***" (art. 2º, *caput* e § 1º, da Lei n. 10.168/2000) que, para este exclusivo fim, compreende: *c.1)* a exploração de patentes (art. 2º, §1º, primeira parte, da Lei n. 10.168/2000); ou *c.2)* o uso de marcas (art. 2º, § 1º, primeira parte, da Lei n. 10.168/2000); ou *c.3)* o "*fornecimento de tecnologia*" (art. 2º, § 1º, segunda parte, da Lei n. 10.168/2000); ou *c.4)* a prestação de assistência técnica (art. 2º, § 1º, terceira parte, da Lei n. 10.168/2000);

d) A prestação, por residentes ou domiciliados *no exterior*, de ***serviços técnicos*** e de assistência administrativa e semelhantes (art. 2º, § 2º, primeira parte, da Lei n. 10.168/2000);

e) a remessa de ***royalties, a qualquer título***, derivados das situações anteriores, onde a remuneração corresponde à paga pela exploração de direitos autorais percebida por terceiro que não o autor ou criador do bem ou obra (art. 2º, § 2º, segunda parte, da Lei n. 10.168/2000 c/c art. 22, "d", da Lei n. 4.506/1964).

Ou seja, a CIDE - Remessas abrange os pagamentos efetuados a residente ou domiciliado no exterior, seja a título de *remuneração* (art. 2º, § 3º, da Lei n. 10.168/2000), seja a título de ***royalties*** (art. 2º, § 2º, segunda parte, da Lei n. 10.168/2000), desde que todos o sejam derivados das situações contratuais descritas na norma legal. Assim, *desimporta qualquer distinção acerca do que é pago a título de remuneração e do que é pago a título de* royalties, pois *se tributa toda a paga pela exploração de* ***direitos autorais*** *percebida tanto pelo autor (remuneração) quanto por terceiro que não o autor ou criador do bem ou obra* (royalties). Seguem os textos:

> *Lei n. 10.168/2000*
>
> Art. 2º Para fins de atendimento ao Programa de que trata o artigo anterior, fica instituída contribuição de intervenção no domínio econômico, devida pela pessoa jurídica ***detentora de licença*** de uso ou ***adquirente de conhecimentos tecnológicos***, bem como aquela signatária de contratos que impliquem ***transferência de tecnologia***, firmados com residentes ou domiciliados no exterior. (Vide Decreto n. 6.233, de 2007) (Vide Medida Provisória n. 510, de 2010)
>
> § 1º ***Consideram-se, para fins desta Lei, contratos de transferência de tecnologia os relativos à exploração de patentes ou de uso de marcas e os de fornecimento de tecnologia e prestação de assistência técnica.***

> § 1º-A. A contribuição de que trata este artigo não incide sobre a remuneração pela licença de uso ou de direitos de comercialização ou distribuição de programa de computador, salvo quando envolverem a transferência da correspondente tecnologia. (Incluído pela Lei n. 11.452, de 2007)
>
> § 2º A partir de 1º de janeiro de 2002, a contribuição de que trata o *caput* deste artigo passa a ser devida também pelas pessoas jurídicas signatárias de contratos que tenham por objeto ***serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes*** a serem prestados por residentes ou domiciliados no exterior, bem assim pelas pessoas jurídicas que pagarem, creditarem, entregarem, empregarem ou remeterem ***royalties, a qualquer título***, a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior. (Redação da pela Lei n. 10.332, de 2001)
>
> § 3º A contribuição incidirá sobre os valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, a cada mês, a residentes ou domiciliados no exterior, ***a título de remuneração*** decorrente das obrigações indicadas no caput e no § 2º deste artigo. (Redação da pela Lei n. 10.332, de 2001)
>
> [...]
>
> Lei n. 4.506/1964
>
> Art. 22. *Serão classificados como "royalties" os rendimentos de qualquer espécie decorrentes do uso, fruição, exploração de direitos, tais como:* (Vide Decreto-Lei n. 2.287, de 1986)
>
> [...]
>
> *d) exploração de direitos autorais, salvo quando percebidos pelo autor ou criador do bem ou obra.*
>
> Parágrafo único. Os juros de mora e quaisquer outras compensações pelo atraso no pagamento dos "royalties" acompanharão a classificação dêstes.

De observar que ao signo "***transferência de tecnologia***" (fatos geradores previstos nas alíneas "c", "c.1", "c.2", "c.3" e "c.4", acima) o art. 2º, § 1º, da Lei n. 10.168/2000 dá significado específico a abranger os contratos "relativos à exploração de patentes ou de uso de marcas e os de *fornecimento de tecnologia* e *prestação de assistência técnica*". Segue novamente a letra da lei:

> *Lei n. 10.168/2000*
>
> Art. 2º [...]
>
> § 1º Consideram-se, ***para fins desta Lei***, contratos de transferência de tecnologia os relativos à exploração de patentes ou de uso de marcas e os de *fornecimento de tecnologia* e *prestação de assistência técnica*.
>
> [...]

Conforme resta claro, este significado de "transferência de tecnologia" é específico para os fins da CIDE - Remessas (consoante a expressão: "para fins desta Lei") e, à toda evidência, vem em oposição e é em todo diverso daquele que fora anteriormente previsto no art. 11 e parágrafo único, da Lei n. 9.609/1998 (vulgarmente denominada "Lei do *software*") que entende haver "transferência de tecnologia" apenas nas situações onde ocorre "a entrega, por parte do fornecedor ao receptor de tecnologia, da documentação completa, em especial do código-fonte comentado, memorial descritivo, especificações funcionais internas, diagramas, fluxogramas e outros *dados técnicos necessários à* ***absorção da tecnologia***". Ou seja, a "Lei do *software*", ao trabalhar com um conceito diverso de "transferência de tecnologia", exige e insere o conceito de "***absorção da tecnologia***" que não foi o utilizado pela lei da CIDE - Remessas especificamente para fins de incidência e apuração da contribuição. A saber:

> *Lei n. 9.609/1998 ("Lei do* software*")*
>
> Art. 11. Nos casos de *transferência de tecnologia* de programa de computador, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial fará o registro dos respectivos contratos, para que produzam efeitos em relação a terceiros.
>
> Parágrafo único. Para o registro de que trata este artigo, *é obrigatória a entrega, por parte do fornecedor ao receptor de tecnologia, da documentação completa, em especial do código-fonte comentado, memorial descritivo, especificações funcionais internas, diagramas, fluxogramas e outros dados técnicos necessários à* ***absorção da tecnologia***.

Dito de outra forma, *exclusivamente para os fins da incidência da CIDE - Remessas, o art. 2º, § 1º, da Lei n. 10.168/2000 expressamente* ***não*** *exigiu a entrega dos dados técnicos necessários à "****absorção da tecnologia****" para caracterizar o fato gerador da exação*, contentando-se com a existência do mero "fornecimento de tecnologia" em suas mais variadas formas.

Assim, o "fornecimento de tecnologia" de que fala o art. 2º, § 1º, da Lei n. 10.168/2000 também engloba a aquisição dos direitos de comercialização ou distribuição de programa de computador, isto porque para ser comercializada a tecnologia precisa primeiramente ser de algum modo fornecida a quem a comercializará. Não há aqui, por especialidade, a necessidade de "absorção da tecnologia" (exigência apenas do art. 11 e parágrafo único, da Lei n. 9.609/1998). Veja-se que, consoante o art. 2º, § 5º, da Lei n. 9.609/1998, os direitos de autor abrangem qualquer forma de transferência da cópia do programa (*software*). O que há, portanto, nos contratos de distribuição de *software* proveniente

do estrangeiro, é uma remuneração pela exploração de direitos autorais, seja diretamente ao autor, seja a terceiro a título de *royalties*, o que se enquadra no conceito de "fornecimento de tecnologia", ***pois há o fornecimento da cópia do programa pelo autor ou por terceiro que explora os direitos autorais, ambos no estrangeiro, a adquirente no Brasil. Em suma: o fornecimento de cópia do programa (software) é "fornecimento de tecnologia", ainda que não haja a "absorção da tecnologia" (acesso ao código fonte) por quem a recebe.***

Não por outro motivo que o art. 10 do Decreto n. 4.195/2002, ao suceder o art. 8º do Decreto n. 3.949/2001 na regulamentação da Lei n. 10.168/2000, para promover a adequação do regulamento às alterações introduzidas pela Lei n 10.332/2001, reescreveu o que já constava no Decreto n. 3.949/2001, suprimindo-lhe o parágrafo único do art. 8º, para deixar de exigir o registro dos contratos no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) para fins de incidência da CIDE - Remessas, deixando clara a diferença de conceituação da expressão "*transferência de tecnologia*" utilizada na Lei n 10.332/2001 em relação àquela utilizada na Lei n. 9.609/1998 pois, houvesse "absorção da tecnologia" seria necessário o registro, na forma do *caput* do art. 11, da Lei n. 9.609/1998 (já transcrito acima).

Tal não poderia ser diferente pois, em verdade, o objetivo da CIDE - Remessas é justamente fomentar o desenvolvimento da tecnologia dentro do território brasileiro, finalidade para a qual mais bem concorre a "absorção da tecnologia" estrangeira que o simples "fornecimento da tecnologia" estrangeira sem qualquer absorção pelas empresas brasileiras. Ou seja, é mais consentâneo com os objetivos da CIDE - Remessas tributar justamente os casos onde não ocorre a "absorção de tecnologia" (a tecnologia permanece no exterior, de domínio estrangeiro) e não ao contrário (a tecnologia é nacionalmente absorvida e apropriada), como defende a empresa contribuinte. *Assim, em sintonia com as finalidades da CIDE - Remessas, nem o legislador, nem o intérprete são obrigados a exigir a possibilidade de absorção da tecnologia estrangeira para fazer incidir o tributo*. Segue o texto do art. 1º, da Lei n. 10.168/2000, que bem define as finalidades da CIDE - Remessas:

> Lei n. 10.168/2000
>
> Art. 1º Fica instituído o Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa para o Apoio à Inovação, ***cujo objetivo principal é estimular o desenvolvimento tecnológico brasileiro***, mediante programas de pesquisa científica e tecnológica cooperativa entre universidades, centros de pesquisa e o setor produtivo.

Desse modo, se o objetivo principal da norma é estimular o desenvolvimento tecnológico brasileiro, à toda evidência, o tributo deve penalizar a utilização interna (em todas as suas vertentes) da tecnologia desenvolvida no exterior. Nessa ótica é que deve ser interpretado o art. 2º e os demais dispositivos da mesma lei.

A este respeito, registro que, estranhamente e contra as finalidades da própria exação em comento, a exigência de "absorção da tecnologia" estrangeira para a incidência da CIDE - Remessas adveio posteriormente com a inclusão do § 1º-A no art. 2º da Lei n. 10.168/2000, que foi realizada pelo art. 20, da Lei n. 11.452, de 2007. Transcrevo novamente:

> *Lei n. 10.168/2000*
>
> Art. 2º [...]
>
> [...]
>
> § 1º-A. A contribuição de que trata este artigo não incide sobre a remuneração pela licença de uso ou de direitos de comercialização ou distribuição de programa de computador, *salvo quando envolverem a transferência da* ***correspondente*** *tecnologia.* (Incluído pela Lei n. 11.452, de 2007)

De notar que este parágrafo 1º-A, muito embora esteja no bojo da lei da CIDE - Remessas, quando menciona a "***correspondente***" tecnologia, faz uso do conceito de "*transferência de tecnologia*" contido no art. 11 e parágrafo único, da Lei n. 9.609/1998 ("Lei do *software*"), a exigir a "*absorção da tecnologia*", e não do conceito previsto na própria lei da CIDE - Remessas (art. 2º, § 1º, da Lei n. 10.168/2000). Isto porque a inserção específica deste dispositivo legal o foi feita posteriormente e de modo isolado, inicialmente pelo Senado Federal e confirmada pela Câmara dos Deputados, quando da conversão da Medida Provisória n. 328/2006, com o intuito de conceder benefício fiscal para afastar aí a tributação pela CIDE - Remessas. Esse fato corrobora a compreensão de que antes do advento da alteração legal a contribuição efetivamente incidia nas situações que tais. Sendo assim, *não se trata, portanto, de dispositivo de interpretação autêntica*, caindo por terra a tese usualmente levantada pelos contribuintes.

Nesse sentido, transcrevo trechos dos respectivos pareceres do Senado Federal e da Câmara dos Deputados que deixam clara a intenção de se criar novo benefício fiscal (isenção) que outrora inexistia, *in litteris*:

> *Parecer n. 1.309, de 2006–PLEN*

O *Sr. Ney Suassuna* (PMDB – PB. Para proferir parecer:) – Sr. Presidente, Srªs e Srs. Senadores, essa é uma das medidas que se pode chamar de "medida provisória do bem". Ela não só determina que sejam devolvidos aos Estados cerca de R$ 1,9 bilhão, como consegue fazer com que a dedução do Imposto de Renda para os anos de 2007 e 2008 seja acrescentada em 50%. Eram 3% e passam a ser 4,5%, ou seja, ela reduz a carga tributária. Mais que isso, também *cuida da área de processamento de dados, principalmente no que se refere aos softwares. Atualmente, os softwares pagam 10% de Cide. Ela desonera os softwares nacionais desse custo de 10% de impostos como o Cide* (sic.).

Além disso, Sr. Presidente, ela traz outras medidas para diminuir a carga tributária, melhorando a qualidade das empresas do País.

Por essa razão, meu parecer é favorável com duas emendas, de acordo com as Lideranças. *Uma emenda foi apresentada pelo Deputado Pauderney Avelino e desonera em 10% os softwares nacionais, tirando, portanto, a cobrança do Cide* (sic.).

[...]

(Parecer n. 1.309, de 2006–PLEN, Relator Senador Ney Suassuna. Disponível em: http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=21.12.2006&paginaDireta=39446. Acesso em: 15.06.2017).

Parecer proferido em Plenário às Emendas doSenado Federal ao Projeto de Lei de Conversao n. 28, de 2006, da Medida Provisória n. 328, de 2006.

Relator: Deputado *Neucimar Fraga*

[...]

Em relação à segunda emenda, como vimos, *a matéria ali exposta trata de mais um* ***benefício fiscal*** *concedido ao setor de informática, associado ã CIDE incidente sobre aquelas operações.* Em princípio, a Emenda atende aos requisitos de constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa, bem como aos de adequação financeira e orçamentária. Em relação ao último ponto, ***ainda que haja no caso uma renúncia de receita***, esta dá-se de forma parcial, conforme observamos no texto da proposição, com repercussões pouco expressivas para os cofres públicos, que, em última análise, não colocam em risco o equilíbrio das contas públicas.

Quanto ao mérito, não poderíamos deixar de acatar a Emenda, tendo em vista a sua contribuição para tomar o setor de informática ainda mais competitivo em relação aos concorrentes internacionais.

Diante de todo o exposto, fica preservado o texto do Projeto de Lei de Conversão n. 28/06 da Medida Provisória n. 328, de 1º de novembro de 2006, originalmente aprovado na Câmara dos Deputados, acrescido do texto da Emenda n. 2 oferecida no Senado Federal (Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=434120&filename=PSS+1+%3D%3E+MPV+328/2006. Acesso em: 15.06.2017).

Quanto aos atos infralegais, a regulamentação da Lei n. 10.168/2000 que trata da CIDE - Remessas foi feita pelo Decreto n. 4.195/2002, em simetria com as alíneas "a", "b", "c", "c.1", "c.2", "c.3", "c.4", "d" e "e", acima. Transcrevo:

> *Decreto n. 4.195/2002*
>
> Art. 10. A contribuição de que trata o art. 2º da Lei n. 10.168, de 2000, incidirá sobre as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas, a cada mês, a residentes ou domiciliados no exterior, ***a título de royalties ou remuneração***, previstos nos respectivos contratos, que tenham por objeto:
>
> ***I - fornecimento de tecnologia***;
>
> II - prestação de assistência técnica:
>
> a) serviços de assistência técnica;
>
> b) serviços técnicos especializados;
>
> III - serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes;
>
> IV - cessão e licença de uso de marcas; e
>
> V - cessão e licença de exploração de patentes.

Na compreensão do art. 10, I, do Decreto n. 4.195/2002, os contratos que têm por objeto o "*fornecimento de tecnologia*", dada a amplitude semântica da expressão, abrangem todas as demais situações legais não previstas nos demais incisos do mesmo art. 10 onde há pagamento por *royalties* ou outro tipo de remuneração correspondente ao uso, comercialização ou transferência de tecnologia estrangeira, *com ou sem* "*absorção de tecnologia*". Por isso o art. 10, I, do Decreto n. 4.195/2002 abarca também a incidência da exação sobre pagamentos relativos à concessão de licença de uso e/ou comercialização de *software*, até porque o decreto não pode criar qualquer isenção, excepcionando onde a lei não excepcionou, e não pode tributar onde a lei não tributou.

A interpretação da lei dada pela contribuinte equivoca-se logo de partida já que compreende que a expressão "*aquisição de conhecimentos tecnológicos*", contida no art. 2º, *caput*, da Lei n. 10.168/2000 e a expressão "*fornecimento de tecnologia*", contida no art. 10, I, do Decreto n. 4.195/2002, implicam, necessariamente, a "*transferência de tecnologia*" e que esta remeteria, também necessariamente, à entrega dos dados técnicos necessários à "***absorção da tecnologia***". Assim, ignora o conceito específico de "transferência de tecnologia" previsto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 10.168/2000, para abraçar aquele genérico previsto no art. 11 e parágrafo único, da Lei n. 9.609/1998 e interpreta, literal e restritivamente, as palavras "*aquisição*" e "*fornecimento*" para restringir o campo de incidência da

CIDE-Remessas apenas para as situações onde efetivamente há a "***absorção*** da tecnologia".

Como visto, tal não é correto, posto que a "*transferência de tecnologia*", além de estar prevista de forma autônoma em outra passagem do mesmo art. 2º, *caput*, da Lei n. 10.168/2000, prescinde, para os efeitos da CIDE-Remessas, de haver a "absorção da tecnologia".

De outra visada, a interpretação das hipóteses de incidência previstas na Lei n. 10.168/2000 para a CIDE-Remessas deve guardar perfeita congruência com a legislação que lhe foi anterior que versa sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador e sua comercialização no País - Lei n. 9.609/1998 (Lei do *software)*, que previu as seguintes modalidades de atos e contratos a permitir o uso de programa de computador no País mediante a remessa de pagamentos (remuneração ou *royalties*) ao titular dos direitos de programa de computador residente ou domiciliado no exterior:

a) Atos e ***contratos de licença*** referentes a programas de computador (art. 9º e art. 10, da Lei n. 9.609/1998, 1ª parte);

b) Atos e ***contratos de direitos de comercialização*** referentes a programas de computador (art. 10, da Lei n. 9.609/1998, 2ª parte); e

c) Atos e ***contratos de "transferência de tecnologia"*** de programa de computador (aqui com o significado próprio que lhe dá o art. 11, da Lei n. 9.609/1998, a exigir a absorção da tecnologia).

Segue a letra da Lei n. 9.609/1998:

> *Dos Contratos de **Licença** de Uso, de **Comercialização** e de **Transferência** de Tecnologia*
>
> Art. 9º O uso de programa de computador no País será objeto de *contrato de licença.*
>
> Parágrafo único. Na hipótese de eventual inexistência do contrato referido no *caput* deste artigo, o documento fiscal relativo à aquisição ou licenciamento de cópia servirá para comprovação da regularidade do seu uso.
>
> Art. 10. Os atos e contratos de ***licença*** de ***direitos de comercialização*** referentes a programas de computador de origem externa deverão fixar, quanto aos tributos e encargos exigíveis, a responsabilidade pelos respectivos pagamentos e estabelecerão a remuneração do titular dos direitos de programa de computador residente ou domiciliado no exterior.
>
> § 1º Serão nulas as cláusulas que:

> I - limitem a produção, a distribuição ou a comercialização, em violação às disposições normativas em vigor;
>
> II - eximam qualquer dos contratantes das responsabilidades por eventuais ações de terceiros, decorrentes de vícios, defeitos ou violação de direitos de autor.
>
> § 2º O remetente do correspondente valor em moeda estrangeira, em pagamento da remuneração de que se trata, conservará em seu poder, pelo prazo de cinco anos, todos os documentos necessários à comprovação da licitude das remessas e da sua conformidade ao *caput* deste artigo.
>
> Art. 11. Nos casos de ***transferência de tecnologia*** de programa de computador, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial fará o registro dos respectivos contratos, para que produzam efeitos em relação a terceiros.
>
> Parágrafo único. Para o registro de que trata este artigo, é obrigatória a entrega, por parte do fornecedor ao receptor de tecnologia, da documentação completa, em especial do código-fonte comentado, memorial descritivo, especificações funcionais internas, diagramas, fluxogramas e outros dados técnicos necessários à absorção da tecnologia.

Com efeito, não faz sentido algum imaginar que, diante da vigência da Lei n. 9.609/1998 (Lei do *software*), que estabelece os casos de remessas ao exterior para a remuneração da utilização de tecnologia a qualquer título, a Lei n. 10.168/2000 (CIDE - Remessas), cuja finalidade é justamente desestimular essas remessas, direcionando-as ao mercado interno, excepcionaria implicitamente alguma dessas três hipóteses.

Assim, a existência de "transferência de tecnologia", com o fornecimento de dados técnicos necessários à "***absorção*** da tecnologia", é somente uma das hipóteses de incidência previstas dentre as outras modalidades de atos e contratos que implicam as remessas ao exterior tributadas pela CIDE, caracterizando-se os atos e ***contratos de direitos de comercialização*** referentes a programas de computador (art. 10, da Lei n. 9.609/1998, 2ª parte) como sendo o "fornecimento de tecnologia" previsto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 10.168/2000 e no art. 10, I, do Decreto n. 4.195/2002, como já dimensionado.

Outrossim, reforço, não há qualquer contradição deste raciocínio com as finalidades da lei de incentivar o desenvolvimento tecnológico nacional, visto que a contribuição onera a importação da tecnologia estrangeira nas mais variadas formas. O objetivo então é fazer com que a tecnologia (nas várias vertentes: licença, conhecimento/comercialização, transferência) seja adquirida no mercado nacional e não no exterior, evitando-se as remessas de remuneração ou *royalties*. Tal a intervenção no domínio econômico. A este respeito já nos manifestamos:

> Tributário. CIDE. *Royalties*. Exploração de patentes e de uso de marcas. Crédito. Art. 4º da MP n. 2.159-70. Surgimento com o efetivo pagamento do tributo.
>
> 1. O cerne da controvérsia consiste em definir se o crédito estabelecido na MP n. 2.159-70, incidente sobre a Cide instituída pela Lei n. 10.168/2000, tem origem a partir do surgimento do dever de pagar essa contribuição ou apenas quando há o seu efetivo pagamento.
>
> *2. A Cide da Lei n. 10.168/2000 tem nítido intuito de fomentar o desenvolvimento tecnológico nacional por meio da intervenção em determinado setor da economia, a partir da tributação da remessa de divisas ao exterior, propiciando o fortalecimento do mercado interno de produção e consumo dos referidos serviços, bens e tecnologia.*
>
> 3. Não obstante, o legislador entendeu por bem reduzir temporariamente o montante da carga tributária devida, por meio da instituição de um crédito incidente sobre a referida Cide (art. 4º da MP n. 2.159-70).
>
> 4. A referida sistemática ameniza os efeitos da tributação, reduzindo o ônus da carga tributária temporariamente, por meio da técnica do creditamento. Não se almejou com isso criar incentivo, pela criação de créditos desvinculados do efetivo pagamento do tributo, mas apenas amenizar o ônus por período determinado.
>
> 5. Daí conclui-se que o crédito surge apenas com o efetivo recolhimento da exação paga no mês, aproveitando-se nos períodos subsequentes.
>
> 6. Recurso especial não provido (REsp 1.186.160-SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 26.08.2010).

Desse modo, o que o art. 20, da Lei n. 11.452/2007 fez ao adicionar o § 1º-A ao art. 2º, da Lei n. 10.168/2000, foi restringir o critério material da hipótese de incidência da CIDE anteriormente prevista para abranger, a partir de 1º de janeiro de 2006, apenas a remuneração pela licença de uso ou de direitos de comercialização ou distribuição de programa de computador quando envolverem a transferência da ***correspondente*** tecnologia (aqui no sentido dado pelo art. 11, parágrafo único, da Lei n. 9.609/1998: "absorção de tecnologia"), ou seja, foi criada uma isenção específica para o caso a partir de 1º de janeiro de 2006, incidindo normalmente o tributo até 31.12.2005. Não se trata, portanto, de lei interpretativa (art. 106, I, do CTN), desejo do contribuinte.

No caso concreto, a *contribuinte* realiza remessas mensais de valores feitas para a empresa coligada Veritas Software Global Corporation ("Veritas EUA") a titulo de remuneração decorrente de Contrato de Distribuição de programa de computador (*software*) firmado em 10.02.2000. A situação se enquadra perfeitamente no disposto no art. 2º, § 1º, segunda parte, da Lei n. 10.168/2000 e no art. 10, I, do Decreto n. 4.195/2002, pois há a remessa ao

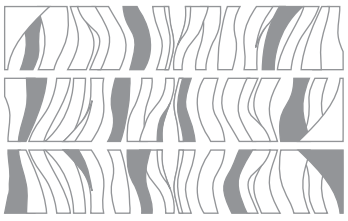
exterior pelo "fornecimento de tecnologia". Desse modo, muito embora não haja o enquadramento no disposto no art. 2º, § 1º, terceira parte, da Lei n. 10.168/2000 e no art. 10, II, do Decreto n. 4.195/2002, pois não há a remessa ao exterior pela prestação de assistência técnica por residentes ou domiciliados no exterior, mas sim pela própria contribuinte a seus clientes no Brasil, deve incidir a exação. Subsiste o julgado por fundamentos diversos.

Ante o exposto, *conheço parcialmente* e, nessa parte, *nego provimento* ao presente recurso especial.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Como no julgamento anterior, acompanho o Relator, cumprimentando os ilustres advogados. Acompanho Sua Excelência também quando não conhece da questão relativa ao GAT e quando rejeita a arguição de inconstitucionalidade da norma isentiva, consubstanciada no art. 20 da Lei n. 11.452, de 2007. No mérito, acompanho Sua Excelência.



Segunda Seção

RECURSO ESPECIAL N. 1.527.232-SP (2015/0053558-7)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão
Recorrente: SS Industrial Sa
Recorrente: SS Comércio de Cosméticos e Produtos de Higiene Pessoal Ltda
Advogados: Eliane Yachouh Abrão - SP028250
Pedro Pereira de Alvarenga Neto e outro(s) - SP275935
Recorrente: Natura Cosméticos S/A
Recorrente: Industria e Comercio de Cosmeticos Natura Ltda
Advogados: Antonio Ferro Ricci e outro(s) - SP067143
Teresa Celina de Arruda Alvim e outro(s) - DF045472
Recorrido: Os Mesmos
Interes.: Freedom Cosmeticos Ltda
Interes.: ABPI - Associação Brasileira da Propriedade Intelectual - "Amicus Curiae"
Advogado: Luiz Edgard Montaury Pimenta e outro(s) - RJ046214
Interes.: Confederacao Nacional da Industria - "Amicus Curiae"
Advogado: Cassio Augusto Muniz Borges e outro(s) - DF020016A
Interes.: Instituto Nacional da Propriedade Industrial - "Amicus Curiae"
Advogado: Procuradoria-Geral Federal - PGF - PR000000F

EMENTA

Recurso especial representativo de controvérsia. Concorrência desleal. Competência da Justiça Estadual. *Trade dress*. Conjunto-imagem. Elementos distintivos. Proteção legal conferida pela teoria da concorrência desleal. Registro de marca. Tema de propriedade industrial, de atribuição administrativa de autarquia federal. Determinação de abstenção, por parte do próprio titular, do uso de sua marca registrada. Consectário lógico da infirmação da higidez do ato administrativo. Competência privativa da Justiça Federal.

1. A tese a ser firmada, para efeito do art. 1.036 do CPC/2015 (art. 543-C do CPC/1973), é a seguinte:

As questões acerca do *trade dress* (conjunto-imagem) dos produtos, concorrência desleal e outras demandas afins, por não envolver registro no INPI e cuidando de ação judicial entre particulares, é inequivocamente de competência da justiça estadual, já que não afeta interesse institucional da autarquia federal. No entanto, compete à Justiça Federal, em ação de nulidade de registro de marca, com a participação do INPI, impor ao titular a abstenção do uso, inclusive no tocante à tutela provisória.

2. No caso concreto, dá-se parcial provimento ao recurso interposto por SS Industrial S.A. e SS Comércio de Cosméticos e Produtos de Higiene Pessoal Ltda., remetendo à Quarta Turma do STJ, para prosseguir-se no julgamento do recurso manejado por Indústria e Comércio de Cosméticos Natura Ltda. e Natura Cosméticos S.A.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso interposto pelas recorrentes SS Industrial S.A. e SS Comércio de Cosméticos e Produtos de Higiene Pessoal Ltda, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os fins do art. 1.036, do CPC/2015, foi fixada a seguinte tese repetitiva: "As questões acerca do *trade dress* (conjunto-imagem) dos produtos, concorrência desleal, e outras demandas afins, por não envolverem registro no INPI, e cuidando de demanda entre particulares, são inequivocamente de competência da justiça estadual, já que não afetam interesse institucional da autarquia federal. No entanto, compete à Justiça Federal, em ação de nulidade de registro de marca, com a participação do INPI, impor ao titular a abstenção do uso, inclusive no tocante à tutela provisória.

Quanto ao recurso interposto pelas recorrentes Indústria e Comércio de Cosméticos Natura Ltda e Natura Cosméticos S.A., a Seção, por unanimidade, decidiu pela remessa dos autos à Quarta Turma (Juízo Natural), por não haver matéria afetada ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze,

Moura Ribeiro, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Sustentaram oralmente a Dra. Teresa Arruda Alvim, pelas recorrentes Natura Cosméticos S.A. e Outra, e a Advogada da União, Dra. Indira Ernesto Silva, pelo interessado Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 18.12.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: *1*. Indústria e Comércio de Cosméticos Natura Ltda. e Natura Cosméticos S.A. ajuizaram ação em face de Freedom Cosméticos Ltda., SS Industrial S.A. e SS Comércio de Cosméticos e Produtos de Higiene Pessoal Ltda., pretendendo a cessação de alegada prática de concorrência desleal perpetrada pelas rés, assim como a cesssação da violação de suas marcas, identificadoras de suas principais linhas de produtos.

Expõem que a Freedom Cosméticos fabrica os produtos comercializados pelas corrés SS Industrial S.A. e SS Comércio de Cosméticos e Produtos de Higiene Pessoal Ltda, sendo a primeira titular da maioria dos processos marcários do Grupo Jequiti, em especial das marcas Jequiti Fresco de Erva Doce e Jequiti Erva Doce +. A SS Comércio de Cosméticos e Produtos de Higiene Pessoal Ltda., além de ser titular de algumas marcas do Grupo Jequiti (Jequiti Erva Doce mais, Jequiti Oro e Jequiti Revela), comercializa os produtos do grupo, sendo a principal anunciante do *website* www.jequiti.com.br.

Ponderam que o Grupo Natura tornou-se uma das cem maiores empresas nacionais, líder de mercado no segmento de cosméticos, obtendo o reconhecimento de marca de alto renome, e foram surpreendidas pela utilização indevida de logomarca pelas rés, apresentando, no âmbito do INPI, oposição ao processo de registro das marcas Jequiti Frescor Erva Doce, Jequiti Erva Doce e Jequiti Erva Doce Mais.

Obtemperam que, além da reprodução indevida das marcas requeridas na forma nominativa, as rés vêm se utilizando da identificação de uma linha

completa de produtos, em "grafia/roupagem (*trade dress*) extremamente semelhante àquela aposta" (fl. 9) nos seus produtos.

O Juízo da 31ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial (fls. 1.166/1.169).

Interpuseram as autoras apelação para o Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu parcial provimento ao recurso, por maioria, para o fim de determinar a abstenção das rés de fabricar e comercializar produtos com marcas e embalagens semelhantes às das autoras, sob pena de incidência de multa diária (fls. 1.379/1.414).

A decisão tem a seguinte ementa:

> *Propriedade Industrial*. Similitude entre os cosméticos produzidos pelas partes. Uso das marcas "Jequiti Erva Doce" e "Jequiti Oro" pelas rés constitui comércio parasitário, em usurpação ao prestígio alheio, eis que há notória semelhança ortográfica e fonética com as marcas "Natura Erva Doce" e "Horus", registradas previamente pelas autoras. Inegáveis semelhanças também entre as embalagens dos produtos (*trade dress*). Concorrência desleal a ser apreciada por dois ângulos distintos, o da potencialidade de levar o consumidor a erro e do parasitismo e apropriação do prestígio da marca concorrente. Ausência, porém, de danos materiais ou morais indenizáveis. Recurso provido em parte, para o fim de determinar a abstenção das rés de fabricar e comercializar produtos com marcas e embalagens semelhantes às das autoras, sob pena de incidência de multa diária.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 1.434/1.440).

Manejaram as rés SS Industrial S.A. e SS Comércio de Cosméticos e Produtos de Higiene Pessoal Ltda. embargos infringentes, que também foram rejeitados, em decisão assim ementada (fls. 1.551/1.560):

> *Ação de abstenção de ato ilícito c/c pedido indenizatório e de liminar de tutela específica.* Uso de marcas semelhantes. Embalagens. *Trade Dress*. Concorrência desleal. Indenização por perdas e danos. Tutela inibitória. Autoras afirmam que as rés comercializam indevidamente produtos com marcas e embalagens semelhantes às suas. Indução do consumidor a erro. Exploração de prestígio alheio. Parasitismo. Sentença de improcedência. Sentença parcialmente reformada por maioria de votos. Embargos infringentes rejeitados.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 1.575/1.581).

Sobrevieram dois recursos especiais, um deles interposto por Indústria e Comércio de Cosméticos Natura Ltda. e Natura Cosméticos S.A. e outro por

SS Industrial S.A. e SS Comércio de Cosméticos e Produtos de Higiene Pessoal Ltda.

No recurso especial interposto por SS Industrial S.A. e SS Comércio de Cosméticos e Produtos de Higiene Pessoal Ltda. (fls. 1.658-1.680), com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, sustentam as recorrentes obscuridade, omissão e violação aos arts. 129, 175, 195 e 209 da Lei n. 9.279/1996; 265, 462 e 535 do CPC/1973.

Afirmam as recorrentes que: a) as autoras ajuizaram, antes mesmo do julgamento dos embargos infringentes, na 13ª vara Federal, da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, autos n. 0114693-71.2013.4.02.5101, ação pleiteando a declaração de nulidade dos registro das marcas Jequiti Frescor de Erva Doce, Jequiti Erva Doce + e Jequiti Oro, de n. 828.655.650, 901.374.911 e 901.405.906; b) "se os registros de marca supracitados garantem o uso havido pelas Recorrentes, por certo, a eventual procedência dos pedidos de abstenção desta demanda somente seria possível com as respectivas declarações de nulidade"; c) suspende-se o processo quando a sentença depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente; d) é inegável que o acórdão proferido no recurso de apelação lhes determinou a abstenção de uso de suas marcas registradas; e) a fundamentação que embasa a decisão recorrida não permite extrair a possibilidade de confusão e/ou desvio de clientela, que são as únicas hipóteses que caracterizariam a violação de *trade dress*, com base nos arts. 195, III, e 209 da Lei n. 9.279/1996; f) a propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido; g) são proprietárias e legítimas titulares dos registros de marca, devidamente concedidos pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial; h) os registros de marca são válidos e vigentes e, conforme decidido pela Terceira Turma em caso análogo, REsp 1.262.118/SP, relator Ministro Massami Uyeda, o registro de marca confere uso exclusivo em todo o território nacional, sob pena de negativa de vigência ao art. 129 da Lei n. 9.279/1996; i) extrapola a competência da Justiça Estadual a determinação de abstenção de uso de marcas registradas, pois implicaria uma declaração de nulidade, de competência exclusiva da Justiça Federal, conforme precedente do STJ e o disposto no art. 129 da Lei n. 9.279/1996; j) a Corte local reconhece que os elementos de similitude das embalagens objetos da lide são pontuais e que ambas as partes litigantes utilizam a mesma estratégia comercial; k) o desenvolvimento de estratégia comercial, em nenhum sistema econômico do mundo, é considerado exclusivo de quem quer que seja;

l) as partes litigantes utilizam equipe própria de consultoras especializadas no segmento de cosméticos, que atendem os consumidores "porta a porta".

Em contrarrazões, afirmam as recorridas Indústria e Comércio de Cosméticos Natura Ltda. e Natura Cosméticos S.A. que: a) o debate, na instância ordinária, envolveu a violação da marca Hórus das recorridas, em vista do uso da marca Oro pelas recorrentes; b) houve violação ao *trade dress* do produto Hórus - considerando as embalagens do produto Oro -, e da marca e logomarca Natura Erva Doce, em vista do uso do sinal Erva Doce como marca dos produtos das recorrentes; c) as embalagens usadas no produto Erva Doce das recorrentes violam o *trade dress* do produto Natura Erva Doce; d) em nenhum momento, foram analisadas as questões relacionadas a registros de marcas, a despeito destes terem sido concedidos em setembro e outubro de 2011, e o recurso de apelação julgado em março de 2013; e) as recorrentes não impugnaram, nos embargos infrigentes, diversos fundamentos autônomos, especialmente os apurados: risco de associação entre as marcas, os produtos e as embalagens; risco de diluição das marcas registradas e famosas das recorridas; e a prática de atos de concorrência desleal; f) o uso, como marca, do sinal Erva Doce pelas recorrentes viola seus direitos sobre a marca Natura Erva Doce; g) o *trade dress* do produto Erva doce das recorrentes viola o do produto natura Erva Doce; h) o uso da marca Oro pelas recorrentes viola seus direitos sobre a marca Hórus; i) o *trade dress* do produto Oro das recorrentes viola o do produto Hórus; j) para infirmar as conclusões obtidas pelos arestos recorridos, seria indispensável o reexame do acervo probatório, obstado no âmbito cognitivo dos recursos excepcionais; k) o risco de confusão e desvio de clientela, consoante os fundamentos dos acórdãos, são substancialmente diferentes daqueles impugnados e mais amplos do que os abordados; l) o art. 209 da Lei n. 9.279/1996 é inaplicável ao deslinde da controvérsia sob a ótica da pretensão recursal das recorrentes, pois versa sobre os requisitos e as circunstâncias aptas a ensejar o dever de indenizar; m) a regra do art. 462 do CPC/1973 dirige-se às instâncias ordinárias; n) a prejudicialidade externa só poderá ter lugar antes de proferida a sentença; o) a existência de registros de marca e demanda no âmbito da Justiça Federal em nada influencia o julgamento da presente causa, pois se busca a abstenção, pelo infrator, do uso indevido de marca; p) na hipótese de existência de prévio registro no INPI, é facultado ao titular da marca violada cumular o pedido de nulidade com o pedido de abstenção do uso da marca específica protegida pelo registro; q) poderá o prejudicado demandar isoladamente as pretensões de nulidade do registro e de abstenção de uso da marca, pois a última é de

competência da Justiça Estadual; r) o real objeto da lide é a violação de marca e *trade dress*, pois "ORO é flagrante imitação da marca registrada HÓRUS, que identifica um dos produtos mais antigos e bem conceituados da linha fabricada e comercializada pelas Recorridas", também para perfumes e colônias; s) a pronúncia da marca registrada das recorridas e pronúncia da marca usada pela recorrente é praticamente idêntica e, também nos aspectos visual e gráfico, há nítida e inequívoca semelhança, aptas a provocar confusão, associação e diluição; t) Erva Doce é parte essencial ou característica da marca, exercendo função marcária, e também houve indisfarçável cópia servil do conjunto-imagem do produto Erva Doce.

No recurso especial interposto por Indústria e Comércio de Cosméticos Natura Ltda. e Natura Cosméticos S.A. (fls. 1.584-1.618), com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, sustentam as recorrentes divergência jurisprudencial e violação aos arts. 209 e 210 da Lei n. 9.279/1996; e 884 do CC.

Afirmam as recorrentes que: a) ajuizaram ação vindicando provimento jurisdicional que condenasse as recorridas a reparar os danos patrimoniais e extrapatrimoniais em função da violação de seus direitos de propriedade industrial, e que impusesse a abstenção da prática de atos de concorrência desleal, uso dos sinais Ervas Doce e Oro como marcas de produtos, além de violação do *trade dress* dos produtos identificados pelas marcas natura Erva Doce e Hórus; b) houve expresso reconhecimento da existência de dolosa violação das marcas natura Erva Doce e Hórus e do *trade dress* dos produtos; c) o acórdão recorrido reconhece que se tratou de proposital estratégia das recorridas, com vistas a concorrer deslealmente com a líder de mercado, com nítido intuito de provocar a associação indevida e gerar diluição dos sinais distintivos, aproveitando-se de seu bom nome e prestígio; d) há reconhecimento da má-fé e do enriquecimento ilícito, e o art. 209 da Lei n. 9.279/1996 consagra o dever de reparar os danos e prejuízos causados pela violação da propriedade industrial e pela concorrência desleal, que sejam tendentes a abalar a reputação ou os negócios alheios, ou tendentes a criar confusão entre produtos postos no comércio; e) o art. 210 da Lei n. 9.279/1996 determina que os lucros cessantes serão determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, apontando, como critério de reparação, os benefícios auferidos pelo autor da violação; f) o acórdão recorrido reconhece expressamente a violação do direito marcário e a prática de concorrência desleal; g) reconhecendo a ilicitude, a ofensa à capacidade de discernimento do consumidor e que os atos prejudiciais ao desenvolvimento

do mercado foram os expedientes encontrados pelas recorridas para crescer no mercado de cosméticos brasileiro, o aresto vergastado sintetiza a indução dos consumidores ao erro, o injusto desvio de mercado, o parasitismo e o proveito do prestígio alheio; h) o dimensionamento, a extensão e a quantificação do dano apenas poderá ser apurado em liquidação de sentença.

Em contrarrazões, afirmam as recorridas SS Industrial S.A. e SS Comércio de Cosméticos e Produtos de Higiene Pessoal Ltda. que: a) para negar o pleito indenizatório, a Corte local considerou as provas constantes nos autos, incindindo o óbice imposto pela Súmula 7/STJ ao conhecimento do recurso; b) embora o acórdão recorrido tenha reconhecido a violação de direito de marca, a concorrência de marca e a concorrência desleal, foi expresso ao aduzir que não houve a comprovação dos danos; c) caberia às recorrentes o ônus da prova quanto ao fato constitutivo de direito; d) a comprovação do dano, necessariamente, deveria ser feita na fase instrutória, pois, na liquidação de sentença, não é necessária a exibição de documentos, que nem sequer foram pleiteados como prova antecipada; e) em consonância com o art. 210, I e III, da Lei n. 9.279/1996, as recorrentes deveriam ter juntado documentação apta a demonstrar queda no faturamento dos produtos objeto da lide, ou a juntada de valores recebidos com as outorgas de licenças para que terceiros explorassem as marcas e o *trade dress* objetos da ação; f) a Corte local apurou não existir provas da possibilidade de confusão, hábil a ensejar o desvio de clientela; g) o art. 209 da LPI não contempla indenizações extrapatrimoniais; h) as recorrentes jamais descreveram os abalos sofridos, "e, conhecedoras da excelente qualidade dos produtos das Recorridas, bem como a alta divulgação publicitária das linhas '*Jequiti*', na verdade, lamentam não pertencer a um conglomerado semelhante"; i) não foi demonstrada divergência jurisprudencial.

Os recursos não foram admitidos na origem.

No entanto, dei provimento aos agravos em recurso especial n. 678.760, para determinar a conversão nos presentes recursos especiais, verificando a multiplicidade de recursos a versarem sobre as mesmas controvérsias presentes no recurso especial manejado por SS Industrial S.A e SS Comércio de Cosméticos e Produtos de Higiene Pessoal Ltda.:

a) *saber se é possível à justiça estadual impor abstenção de uso de marca registrada pelo INPI;*

b) saber se é cabível, em reconhecimento de concorrência desleal, que a justiça estadual determine a abstenção de uso de elementos que não são registrados no INPI, caracterizados pelo "conjunto-imagem" ("trade dress") *de produtos e/ou serviços.*

Submeti, então, o presente feito à apreciação da egrégia Segunda Seção, na forma do que preceitua o artigo 543-C do CPC/1973. Com isso, facultei a manifestação da Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo - CNC, da Confederação Nacional da Indústria - CNI, do Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI e da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual - ABPI.

A Confederação Nacional da Indústria - CNI, como *amicus curiae*, opina no seguinte sentido, *in verbis*:

> *I. Abstenção de uso de marca*
>
> 2. A primeira pergunta indaga acerca da possibilidade de imposição, pela Justiça Estadual, de abstenção de uso de marca que já se encontre registrada junto ao INPI - Instituto Nacional da Propriedade Industrial, questão bastante recorrente.
>
> 3. Contextualizando a questão, cabe destacar que o problema surge em vista do sistema bifurcado adotado pelo Brasil – assim como por outros países – em relação às lides que envolvam Propriedade Industrial. Assim, se o litígio discutir ato administrativo do INPI (validade do ato, decorrente do pedido de nulidade), deve ser decidido pela Justiça Federal, na forma do art. 109, I, da CF, e do art. 175, da Lei n. 9.279/1996 (Lei da Propriedade Industrial – LPI); caso se examine apenas uma questão concorrencial (infração da marca ou da patente, com os pedidos de abstenção de uso e/ou indenizatório), a competência será da Justiça Estadual, por se tratar de embate entre duas pessoas jurídicas de direito privado.
>
> *I.A. Quando apenas o autor tem marca registrada (registro x uso)*
>
> 4. Revela-se adequado iniciar a análise a partir da hipótese que mais se encontra na prática, consistente na ação em que apenas o autor detém marca registrada e pretende a abstenção de uso por parte do usuário da marca colidente.
>
> Em casos tais, parece indene de dúvidas a competência de Justiça Estadual para determinar a abstenção de uso da marca. Sem o ato administrativo emanado pelo INPI, não há que se falar em competência da Justiça Federal em causa que verse sobre direito de uso de marca. Assim, livre está a Justiça Estadual para julgar a ação de abstenção de uso, conforme sua convicção.
>
> 5. Caso, entretanto, o réu levante a questão, como matéria de defesa, sobre a nulidade do registro concedido ao autor, o Juiz Estadual tem sim competência para apreciar a questão, não a fim de anular o registro, mas sim como fundamento de sua decisão, no sentido de definir que, não tendo sido corretamente concedido, o registro do autor não serve para impedir que o réu use sua marca.
>
> *I.B. Quando ambas as partes têm marca registrada (registro x registro)*
>
> [...]

7. A questão muda, porém, de figura, pois está-se falando de confronto entre duas marcas registradas – o que levaria a Justiça Estadual a impedir o uso de um direito de propriedade com título legitimamente concedido –, e muda mais ainda se o réu, ao se defender, levantar a alegação de nulidade do registro do autor – o que conduziria a Justiça Estadual a ter de decidir sobre a validade de uma marca registrada.

8. Começando pela questão da cumulação de pedidos perante a Justiça Federal, os dispositivos constitucional e legal retro mencionados (item 2) indicam caso de competência funcional e, portanto, absoluta da Justiça Federal para declarar a nulidade do registro, o que não lhe retira, todavia, a competência para impor a abstenção de uso e a indenização, por ser a nulidade uma questão prejudicial à decisão acerca do direito de uso da marca e do dever de indenizar.

Ensina Cândido Rangel Dinamarco que a relação de prejudicialidade ocorre quando o julgamento de uma causa influi no julgamento de outra: "A primeira diz-se prejudicial à segunda e esta, prejudicada. A prejudicialidade é, em um primeiro momento, uma relação lógica entre duas ou mais demandas: em si mesma, constitui expressão da necessária coerência entre dois julgamentos". Ou seja, uma vez que do registro decorre o direito de uso da marca (art. 129 da Lei n. 9.279/1996), a imposição da abstenção de uso seria um consectário lógico da nulidade e, portanto, também o dever de indenizar pelo período de uso indevido.

[...]

10. No caso de as duas marcas em confronto serem registradas, a determinação de abstenção de uso pelo Juízo Estadual geraria a esdrúxula situação de uma das partes – seja ela o autor ou o réu – ser titular de um título de propriedade concedido pelo Estado, título este válido e legítimo, visto que não foi anulado por juiz competente, mas não poder usá-lo devidamente. Assim, a própria lógica do sistema conduz à conclusão que, na hipótese de ambas as marcas terem registro, a ação deve ser decidida pela Justiça Federal, a fim de que seja previamente apreciada a validade de ambos os registros, como questão prejudicial ao pedido de abstenção de uso.

11. Já com relação à questão da nulidade como matéria de defesa, quando as duas partes são proprietárias de marca registrada, a declaração de nulidade, ainda que incidentalmente, pela Justiça Estadual, esbarraria em óbice evidente, haja vista a indicação pelo réu de fato impeditivo ao direito do autor, cuja competência para apreciar e julgar não cabe ao Juízo perante o qual a ação foi proposta. Assim, uma vez que o direito de uso da marca pelo réu depende da nulidade do registro concedido ao autor, ao Juízo incompetente para declarar sua invalidade igualmente faltaria competência para impedir o uso da marca. A propósito, fundamentando-se no art. 5º, LIII, da Constituição Federal, Cândido Rangel Dinamarco afirma que "o princípio do juiz constitucionalmente competente vem integrar as garantias do devido processo legal, podendo considerar-se inexistente o processo conduzido pelo juiz desprovido de competência constitucional".

12. Ainda outro raciocínio tem fundamentado as recentes decisões do STJ no sentido de que a competência para declarar a nulidade e, portanto, impor a abstenção de uso de marca já registrada é atribuída pela Lei n. 9.279/1996 apenas à Justiça Federal. Este assenta-se na contradição que resultaria de uma interpretação da lei que concebesse "que o reconhecimento incidental da invalidade de registro pudesse ser obtido sem nenhum requisito especial, enquanto essa mesma declaração, pela via principal, conta com regra específica de competência e exige a participação obrigatória do INPI".

II. Abstenção de uso de "conjunto imagem" ("trade dress")

13. No que toca à competência da Justiça Estadual para determinar a abstenção de uso de elementos que não são registrados no INPI, caracterizados pelo "conjunto imagem" ("trade dress") de produtos e/ou serviços, a questão é significativamente mais simples. Tendo em vista que esses elementos não são passíveis de registro, sua proteção não envolve ato administrativo, nomeadamente, emanado pelo INPI. Dessa maneira, a abstenção de uso de *trade dress* não tem como questão prejudicial a nulidade de ato do INPI e nem se submete a regra como a do art. 175 da Lei n. 9.279/1996. Portanto, definitivamente é competente a Justiça Estadual para impor tal ordem.

14. Quanto à pertinência da ordem de abstenção de uso do conjunto-imagem à vedação à concorrência desleal, cabe, inicialmente, esclarecer que a expressão *trade dress* tem acepção ampla, consistindo num conjunto de características que incluem, entre diversas outras, "uma cor ou esquema de cores, forma, embalagem, configuração do produto, sinais, frases, disposição, estilização e tamanho de letras, gráficos, desenhos", sendo capazes de identificar determinado produto e diferenciá-lo dos demais. Não se confunde, entretanto, com a marca registrada, também aposta ao produto.

15. Neste contexto, como dito, o conjunto de elementos integrantes do *trade dress* não é registrável perante o INPI, não havendo, além disso, no ordenamento jurídico brasileiro, expressa proteção ao instituto. Tal papel vem sendo realizado, principalmente, pelas normas de repressão aos atos de concorrência desleal.

16. Certo é que a LPI, além de tipificar, no art. 195, uma série de atos como crimes de concorrência desleal, ainda prevê genericamente, no art. 209, a possibilidade de a vítima de quaisquer atos de concorrência desleal, ainda que não previstos em lei, buscar a reparação civil dos danos sofridos. Esta alternativa, consistente na propositura de ação de indenização por perdas e danos, é festejada pela doutrina, merecendo destaque a posição de João da Gama Cerqueira, para quem a norma atinge dois objetivos importantes:

[...]

17. O que se deseja deixar assente é que, apesar de alguns dos elementos do *trade dress* serem passíveis de registro, como, por exemplo, a marca e o desenho industrial, o conjunto em si, por não ser expressamente previsto, não pode, ele

mesmo, ser registrado. Sua proteção, através do combate à concorrência desleal, depende, portanto, de outros requisitos, reunidos pela doutrina especializada em, primeiramente, a capacidade de o *trade dress* distinguir o produto ou serviço dos demais e, em segundo lugar, a possibilidade de sua apropriação pelo concorrente gerar, no consumidor, confusão ou associação indevida: "na falta de registro, a imitação ou reprodução do invólucro ou recipiente pode constituir fundamento de ação por concorrência desleal tendente a criar confusão entre os produtos".

[...]

20. Caso ainda não tenha ficado claro, o objetivo no ordenamento, na proteção do conjunto-imagem não é tutelar uma criação intelectual, pois, fosse este o caso, seria ele objeto de registro. Quer-se evitar apenas a confusão por parte dos consumidores ou que um produto, serviço ou estabelecimento seja denegrido.

21. Vale lembrar que se está no âmbito do direito empresarial, onde se preza sobejamente a previsibilidade. Previsíveis são os comportamentos quando o agir dos agentes do mercado são governados por regras e, assim, através da regularidade de certos comportamentos, é possível realizar um cálculo sobre o futuro. A reiteração dos comportamentos os dotam de uniformidade, de modo que se tornam razoavelmente previsíveis pelas partes e vai se formando o mercado, o qual é "uma ordem. Ordem no sentido de regularidade e previsibilidade de agir".

[...]

23. A concorrência desleal portanto, descrita pela doutrina como "comportamento imprevisível", traduzindo-se em atos "contrários à prática e aos costumes usualmente observados nas relações dos agentes econômicos entre si, bem como destes com os consumidores", merece firme combate, pois viola as expectativas dos agentes econômicos e, consequentemente, causa danos aos negócios entabulados no âmbito de uma comunidade. Esta conclusão, pela promoção da lealdade nas relações de concorrência, implica, entre outras consequências, em que os tribunais cuidem da proteção do conjunto-imagem ou t*rade dress*.

III. Conclusão

24. Consoante exposto nesta sede, a resposta à primeira pergunta apontada por V. Exa. no presente recurso especial de natureza repetitiva é no sentido da incompetência da Justiça Estadual para impor abstenção de uso de marca, quando esta seja registrada.

25. Quanto à questão acerca do cabimento, em reconhecimento de concorrência desleal, de a Justiça Estadual determinar a abstenção de uso de elementos não registrados no INPI, caracterizados pelo conjunto-imagem, a resposta, diante dos fundamentos acima desenvolvidos, é positiva.

A Associação Brasileira de Propriedade Intelectual - ABPI, como *amicus curiae*, opina no seguinte sentido, *in verbis*:

Entre os diferentes atos desleais tratados no acordão recorrido há o reconhecimento da violação a "trade dress" (conjunto-imagem) e imitação de marca mista, no tocante a violação da marca "*Natura Erva Doce*" pela apresentação visual nos produtos da marca mista "*Jequiti Erva Doce*".

[...]

9. Apenas a fim de delimitar corretamente o âmbito da consulta a ser respondida, considera a ABPI que a questão sobre a qual o i. Ministro solicita um posicionamento não se refere a situação mais usual, que ocorre costumeiramente, onde o titular detém o registro de marca junto ao INPI e o suposto infrator não detém qualquer título de propriedade concedido pelo INPI. Nessa hipótese mais comum, dúvida não há que a competência é da Justiça Comum, na medida em que não se questiona a validade de qualquer direito concedido pelo INPI e não atraindo, assim, a competência da Justiça Federal.

[...]

11. Nesta específica hipótese, na medida em que ambas as partes detém registros concedidos pelo INPI para suas respectivas marcas em choque, surge a questão da competência da Justiça Estadual para ignorar a existência do registro do réu e impor abstenção do uso de marca registrada no INPI.

12. A Lei n. 9.279/1996 ("Lei da Propriedade Industrial") estabelece em seu artigo 129 que o titular de um registro de marca validamente expedido terá assegurado o seu uso exclusivo, em todo o território nacional:

[...]

13. Portanto, a Lei da Propriedade Industrial assegura ao titular de uma marca o direito de uso exclusivo do referido sinal distintivo, em todo o território nacional. Além de decorrer da redação literal do artigo 129 da Lei da Propriedade Industrial, o direito de uso de uma marca conferido pelo registro é amplamente reconhecido pela jurisprudência.

14. Importa notar que a concessão do registro da marca por ato administrativo exarado pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI, autarquia federal competente para tanto, como todo ato administrativo, é imbuído de presunção de legitimidade e veracidade, de modo que apenas poderá ser contestada após análise de mérito pelo Poder Judiciário.

[...]

16. A ação de nulidade do registro de marca está prevista no artigo 173 e seguintes da Lei da Propriedade Industrial, devendo ser proposta no foro da justiça federal e deve contar com a participação do INPI.

[...]

17. Importante ressaltar que a Lei da Propriedade Industrial ressalva a possibilidade de o Juiz responsável pela ação de nulidade determinar a suspensão

liminar dos efeitos do registro e do uso da marca, caso atendidos os requisitos processuais próprios.

[...]

18. A sistemática da Lei da Propriedade Industrial leva à insofismável conclusão que: (i) a concessão do registro da marca, por meio de ato administrativo que goza de presunção de legitimidade e veracidade, confere ao seu titular o direito de uso do referido sinal; (ii) a abstenção do uso da marca apenas seria legitimamente fundamentada por meio de nulidade do próprio registro, e (iii) a nulidade do registro de marca deve ser objeto de ação a ser proposta no foro da justiça federal e deve contar com a participação do INPI, sendo facultado ao Juiz federal suspender liminarmente os efeitos do registro.

19. Esse Egrégio Superior Tribunal de Justiça tem precedentes reconhecendo a impossibilidade de um Juiz Estadual, nos autos de uma ação de abstenção de uso indevido de marca, reconhecer incidentalmente a nulidade do registro, sendo necessária a propositura, perante a Justiça Federal, de uma ação de nulidade do referido registro, com a participação do INPI.

[...]

20. A ABPI entende que o mesmo raciocínio se aplica para a hipótese de abstenção de uso de marca registrada pelo INPI. Isso porque a ordem de abstenção pressupõe que o Juiz tenha suspendido os efeitos do registro da marca, haja vista que esta confere ao seu titular o direito de uso da marca com exclusividade, e, ato contínuo, tenha determinado a abstenção do uso do sinal distintivo haja vista a existência de uma marca anterior colidente.

21. Como a suspensão liminar ou definitiva dos efeitos do registro de marca somente pode ser realizada no âmbito de uma ação de nulidade de marca (artigos 173 e 175 da Lei da Propriedade Industrial) a ABPI entende que não é possível à Justiça Estadual impor a abstenção de uso de marca registrada pelo INPI, mormente porque a ordem de abstenção tem por premissa a suspensão dos efeitos do registro atacado, o que só pode ser realizado no curso de uma ação de nulidade de registro, a ser proposta perante a Justiça Federal.

22. Nesse caso, o ofendido deve propor uma ação de nulidade de marca, com pedido de liminar para a imediata suspensão dos efeitos do registro. Na hipótese de a ação de abstenção já ter sido proposta, deve o Juiz Estadual reconhecer a relação de prejudicialidade externa entre as demandas e determinar a suspensão da ação até que haja o julgamento definitivo da ação de nulidade, com fundamento no artigo 313, inciso V, alínea "a" do CPC.

23. Tais ponderações são realizadas no plano teórico, sem qualquer análise de mérito com relação à efetiva colidência entre as marcas, à existência de apostilamento com relação a elementos de uso comum das respectivas marcas ou qualquer outro elemento de mérito que poderia justificar a coexistência de duas marcas semelhantes registradas.

[...]

25. O *trade dress* é o conjunto de elementos que compõem a identidade visual de determinado produto ou serviço, distinguindo-o e individualizando-o dos seus congêneres mercado, de maneira a exercer tamanho poder de atração perante o consumidor que pode ser determinante no ato da escolha de determinado produto ou serviços.

26. O *trade dress* configura importante elemento distintivo nos negócios das empresas, podendo caracterizar imensurável vantagem competitiva adotada por determinada sociedade para se sobressair em relação aos concorrentes, o que se nota cada vez mais necessário atualmente.

27. No Brasil, a Constituição Federal garante, em seu artigo 5º, XXIX, proteção ao *trade dress*, sendo este considerado para todos os efeitos legais como um signo distintivo:

> XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como *proteção às criações industriais*, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a *outros signos distintivos*, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

28. Já com relação às normas infraconstitucionais, a proteção ao *trade dress* decorre da necessidade de repressão aos atos de concorrência desleal, tutelada pela Convenção da União de Paris, a cujo artigo 10 bis o Brasil estendeu sua adesão por meio do Decreto n. 635/1992, a saber:

[...]

29. O *trade dress* é tutelado no Brasil pelo instituto da concorrência desleal, previsto na Lei da Propriedade Industrial por meio do artigo 195, que prevê uma séria de condutas tipificadas como crimes de concorrência desleal.

30. Todo e qualquer direito deve cingir-se aos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, de modo que, embora seja assegurada ao concorrente a livre disposição de seus meios de produção, deve-se sempre observar a lealdade e lisura no mercado, sendo defesa qualquer modalidade de concorrência desleal e parasitária, cuja repressão está intrinsicamente relacionada à proteção da propriedade industrial, senão confira-se:

[...]

31. Sendo assim, o registro do *trade dress* não é condição indispensável para que se coíba a prática da concorrência desleal. Na realidade, o conjunto-imagem é, por si só, um mecanismo que auxilia no combate à concorrência desleal. Para se verificar a ocorrência desse instituto, fundamental a verificação de elementos que tendem a criar confusão entre os produtos e serviços postos à disposição do consumidor, de modo a fraudulentamente desviar clientela de outro estabelecimento.

> [...]
>
> 32. Dessa forma, diferentemente do que acontece com o registro de marca, a *proteção à concorrência desleal e, consequentemente, ao* trade dress *independe de qualquer registro perante o INPI, tratando-se de discussão travada apenas entre particulares*.
>
> Consequentemente, o Juiz Estadual tem competência irrestrita para julgar ação de abstenção que tenha por objeto a violação de *trade dress*.
>
> [...]
>
> 33. Na prática, supondo um produto cuja marca registrada viole marca de terceiro, bem como o *trade dress* do produto viole o *trade dress* do mesmo terceiro, pode o Juiz Estadual determinar que o Réu se abstenha de violar o *trade dress* do terceiro, mas não pode determinar a abstenção do uso da marca enquanto os efeitos do registro não forem suspensos por um Juiz Federal, nos autos de uma ação de nulidade de marca.

O Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI, como *amicus curiae*, opina no seguinte sentido, *in verbis*:

> *A questão tratada no REsp n. 1.527.232/SP assume caráter deveras importante para o INPI*, de sorte que se afigura inarredável uma manifestação substancial da Autarquia, mormente por força da submissão do recurso ao sistema de julgamento de demandas repetitivas.
>
> O Recurso Especial afetado como representativo da controvérsia traz, em essência, 2 temas que, muito embora estejam relacionados, merecem tratamentos distintos pelo INPI.
>
> [...]
>
> *Sem embargo, depara-se com um caso em que marcas concedidas regularmente pelo INPI (registros n. 828655650; 901374911 e 901405906) restaram expressamente invalidadas por órgão da Justiça Estadual, em descompasso com o que dispõe o art. 175 da Lei n. 9.279/1996. Não se pode olvidar, ademais, que, tratando-se de ato praticado por Autarquia Federal, a competência para revisão da concessão efetuada pelo INPI é da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I da CRFB/1988.*
>
> Com efeito, cuida observar como restou ementado o acórdão do Eg. TJ/SP, por ocasião do julgamento da apelação das autoras:
>
> [...]
>
> *Fica muita evidente, destarte, que, para além da violação ao sistema de propriedade industrial inserido pela Lei n. 9.279/1996, a decisão objeto do REsp em referência representa burla ao próprio sistema de competência judicial delineado pela CRFB/1988, notadamente por ofender a previsão de competência descrita no art. 109, I da Carta Magna.*

Outrossim, oportuno apontar que as mesmas autoras da ação n. 583.00.2009.191861-0, que tramitou perante o Juízo da 31ª Vara Cível de São Paulo/SP, e originou o REsp em tela, também ajuizaram ação de nulidade de marca na Justiça Federal do Rio de Janeiro com o fito de invalidar os atos concessórios das mesmas marcas ora examinadas.

Trata-se da ação de nulidade n. 01l4693-71.2013.4.02.5101, em trâmite perante o Juízo da 13ª Vara Federal do Rio de Janeiro, na qual o INPI também integra o pólo passivo, como, aliás, não poderia deixar de ser, nos moldes do art. 175 da LPI c/c art. 109, I da CRFB/1988. Relevante informar que o Juízo da 13ª VF/RJ proferiu sentença de improcedência do pedido, mantendo incólumes os atos praticados pelo INPI.

Ainda que a sentença proferida no processo acima referido esteja no Eg. TRF-2ª Região para exame do recurso de apelação das autoras, fato é que, atualmente, têm-se 2 decisões conflitantes a respeito das mesmas marcas: o acórdão do Eg. TJIRJ que determina a abstenção do uso, o que é objeto do REsp em apreço; e a sentença da 13ª Vara Federal do Rio de Janeiro que, de forma diversa, manteve a validade das marcas.

Ora, à luz do sistema de repartição de competência jurisdicional estabelecido pela Constituição de 1988, não há espaço para sobreposição de competência desta natureza, justamente porque muito clara a definição do que seja atribuição da Justiça Federal e, por sua vez, daquilo que concerne à Justiça Estadual, o que só faz sobressair a transgressão constitucional constatada na espécie.

[...]

Nesta toada, forçoso reconhecer que a controvérsia travada no REsp em comento, conquanto seja de especial importância para o INPI pela inequívoca ofensa ao art. 175 da LPI e art. 109, I da CRFB/1988, não traz em seu bojo questão jurídica que represente novidade em sede jurisprudencial, justamente porque, em hipóteses análogas, o Colendo STJ tem sido uníssono em afirmar a competência da Justiça Federal, tal como pontuou o Parquet.

Basta conferir, neste sentido, os acórdãos prolatados nos REsps 1.189.022/SP; 1.188.105/RJ; 1.281.448/SP e no AgRg no REsp 254.141/SP para se concluir que o Colendo STJ vem reconhecendo a incompetência da Justiça Estadual para, nos autos de ação de abstenção de uso indevido de marca, julgar inválido o registro efetuado pelo INPI, afirmando, outrossim, a competência da Justiça Federal por força da necessária participação da Autarquia Federal.

A solução a ser empregada no REsp sub examine, *portanto, parece de lege lata, não se imaginando outro desfecho além da reafirmação da competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I da CRFB/1988, ao menos no que tange à parte em que determinação para abstenção do uso de marca concedida regularmente pelo INPI.*

Contudo, o que realmente vem sendo objeto de preocupação sistemática, por parte do INPI, é a recorrência de decisões de órgãos da Justiça Estadual que, em ações

de abstenção de uso, impõem alguma forma de mitigação ao direito decorrente do registro marcário, em geral relativizando o atributo da exclusividade previsto no art. 129 da Lei n. 9.279/1996.

A mitigação dos atributos inerentes ao registro marcário, estabelecida por órgãos da Justiça Estadual, consubstancia, a rigor, questão de direito hábil a despertar a incidência da norma prevista no art. 1.036 do NCPC. Até porque, em casos tais, diversamente do que se observa no REsp em tela, a invalidação do registro efetuado pelo INPI se faz de forma velada e não explícita, induzindo um abalo imperceptível, mas importante no sistema.

[...]

Não é demais lembrar que, enquanto signatário de diversos Acordos Internacionais a respeito de propriedade industrial, o Estado Brasileiro se comprometeu a resguardar os direitos daí decorrentes, sendo certa, portanto, a absoluta necessidade de respeito e prestígio ao sistema de propriedade industrial engendrado pela Lei n. 9.279/1996.

Afinal, as formas de proteção à propriedade industrial previstas na Lei n. 9.279/1996 estão essencialmente de acordo com a CUP - Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial e com o acordo TRIPS (*Trade Related Aspects of Intelectual Property Rights* - Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio), os dois mais importantes Acordos Internacionais em matéria de propriedade industrial.

Assim é que, para além de se conferir respeito ao princípio da legalidade, manter hígido o sistema de propriedade industrial delineado pela Lei n. 9.279/1996 consubstancia, em essência, o adimplemento de um compromisso internacional firmado pelo Brasil, revelando-se nocivo ao interesse nacional eventual transgressão ao referido sistema.

Resta, agora, apurar se decisões da Justiça Estadual que impõem alguma forma de mitigação no uso de marca registrada pelo INPI causam algum abalo no sistema de propriedade industrial brasileiro, e em que medida.

Dentre as formas de proteção da propriedade industrial viabilizadas pela Lei n. 9.279/1996, interessa à presente análise aquela prevista no seu art. 2º, III, qual seja, a concessão de registro de marca.

[...]

Ocorre, todavia, que, não raro, o INPI é surpreendido com relato de titulares de marcas registradas a respeito de decisões judiciais proferidas por órgãos da Justiça Estadual que procedem, mesmo que veladamente, à revisão do ato concessório, daí porque especialmente profícua a oportunidade ora franqueada à Autarquia de se manifestar sobre esta questão.

De fato, na maioria dos casos que chega à Justiça Estadual, a controvérsia gira em torno da colidência entre uma marca registrada junto ao INPI e um

nome comercial ou mesmo título de estabelecimento, todos sinais distintivos igualmente tutelados pelo art. 5º, XXIX da CRFB/1988, sendo a marca amparada pela Lei n. 9.279/1996 e os demais signos distintivos abrigados pelo Código Civil.

Em essência, o que importa para o INPI, enquanto responsável pela execução das normas do sistema de propriedade industrial, são as ações cujo desfecho seja uma determinação que acarrete, de algum modo, a mitigação do uso da marca regularmente registrada, porque, neste caso, o próprio sistema de propriedade industrial restaria abalado.

Neste passo, curial asseverar que não se verifica qualquer problema em órgãos da Justiça Estadual procederem à análise de questões ligadas à propriedade industrial, ao revés, o INPI é entusiasta da disseminação do sistema, até para que ele se consolide, e, com isso, o Brasil se apresente como um ambiente seguro de negócios, alavancando os investimentos necessários ao seu esperado desenvolvimento.

Faz-se deveras alvissareira a assimilação de que a Lei n. 9.279/1996 estabeleceu um marco importante de inserção do Brasil, de forma definitiva, no cenário do comércio mundial, contribuindo sobremaneira para o incremento de sua credibilidade ao instituir ferramentas de proteção da propriedade industrial, com o que propiciou a segurança necessária aos investimentos projetados no país e, em última análise, impulsiona seu próprio desenvolvimento.

Logo, não se discute a possibilidade de que disputas em torno da propriedade industrial sejam encetadas perante órgãos da Justiça Estadual, desde que respeitado o sistema instituído pela Lei n. 9.279/1996.

Nesta senda, revela-se, no mínimo, inconveniente decisão judicial que, de algum modo, mitigue o direito decorrente do registro marcário, mormente quando tal ocorre de forma discrepante dos preceitos estabelecidos na Lei n. 9.279/1996. Desguarnecer a exclusividade inerente ao registro significa, à evidência, desnaturar o próprio direito daí advindo, porquanto esvaziado o seu principal atributo, de acordo com o art. 129 da LPI.

É o sistema de propriedade industrial, afinal, que resta fragilizado com decisões deste quilate, o que em nada contribui para a consolidação de um ambiente favorável de negócios, condição sine qua non *para os investimentos de que tanto necessita o Brasil.*

Há, com efeito, decisões da Justiça Estadual que simplesmente esvaziam o atributo da exclusividade inerente ao registro marcário, perpassando pelo próprio exame efetuado pelo INPI. A propósito, existem diversos precedentes em Tribunais Locais, valendo conferir, por todos, o seguinte julgado do Eg. TJ/SP:

[...]

Insta observar no julgado que, em verdade, procedeu-se à análise dos requisitos do registro marcário, relegando ao oblívio o exame efetuado pelo INPI. Data vênia,

atribuir a pecha de evocativa ou fraca à marca concedida pelo INPI equivale à revisão do respectivo ato administrativo, feita em descompasso com a forma estabelecida pela Lei n. 9.279/1996 e, em última análise, pela própria CRFB/1988.

De certo, todo e qualquer ato administrativo pode ser revisto judicialmente, por força da garantia estampada no art. 5º, XXXV, da CRFB/1988, mas repisa-se que, em se tratando de Autarquia Federal, não se pode descurar do fato de que a revisão judicial do ato praticado pelo INPI deve tramitar perante a Justiça Federal, à luz do art. 109, I da CRFB/1988.

Nada impede que a Justiça Estadual aprecie ações nas quais se busque tutela para o uso da marca, afastando eventuais violações a tal direito, notadamente em razão do caráter privado desta propriedade. À evidência, o que não se deve admitir é a revisão velada do ato do INPI, feita pela Justiça Estadual, à mingua de competência para tanto.

Tal como já exposto linhas acima, a própria LPI prevê ação de nulidade do registro, de sorte que, caso se entenda equivocado o ato de concessão de uma marca, deve-se buscar nos art. 173/175 da Lei n. 9.279/1996 o amparo para veicular a pretensão daí decorrente. A Justiça Estadual não pode servir como via transversa para anulação do registro marcário, sob pena de malsinar não apenas o sistema de propriedade industrial, mas principalmente a repartição de competência feita pela Constituição de 1988.

Aliás, neste particular, cabe mais uma ressalva. É que, não raro, veicula-se determinada pretensão de abstenção de uso de marca perante a Justiça Estadual, mesmo estando a parte ciente de que ultrapassado o prazo de prescrição assinalado no art. 174 da Lei n. 9.279/1996, o que, por afrontar a segurança jurídica, revela a real ameaça que vem sendo impingida ao sistema de propriedade industrial.

Em suma, decisões judiciais, proferidas por órgãos da Justiça Estadual, que impõem alguma forma de mitigação a marcas concedidas pelo INPI causam inequívoco abalo no sistema de propriedade industrial, na medida em que, em boa medida, comprometem a segurança que deve cercar o sistema, gerando no usuário a sensação de fragilidade, o que pode sobremaneira arrefecer a procura pela proteção.

[...]

Não é o caso, repisa-se, de se cogitar a imposição da competência da Justiça Federal para todo e qualquer caso em que haja discussão quanto ao uso de uma marca.

Há, por certo, hipóteses em que a controvérsia é eminentemente privada, sem qualquer reflexo para o INPI.

O problema reside naqueles casos em que o ato de concessão de uma propriedade industrial é, de qualquer forma, aviltado por decisão de órgão da Justiça Estadual. A ponderação ora deduzida tem por foco justamente esses casos em que se procede a um juízo de valor sobre o ato praticado pelo INPI, sem que a Autarquia tenha tido

chance de se manifestar a respeito de eventuais novos elementos anexados nos autos judiciais.

[...]

O interesse do INPI, outrossim, é de garantir a higidez do sistema de propriedade industrial, de modo que fornecerá sua contribuição sempre com esse objetivo, sendo certo que, caso se depare com hipótese de erro na concessão de marca e não tenha transcorrido o lapso prescricional previsto no art. 174 da LPI, não se furtará em reconhecer.

Não se pode olvidar, afinal, que o INPI também tem por mister a repressão à concorrência desleal, à luz do art. 20, V da Lei n. 9.279/1996, justamente porque a regulamentação da propriedade industrial se insere no contexto mais amplo do direito da concorrência, o que legitimaria ainda mais sua participação como *amicus curiae*.

Noutro giro, no que toca à proteção do "conjunto-imagem" ou "trade dess", *segunda questão jurídica afetada como repetitiva, forçoso reconhecer que, muito embora também reflita uma propriedade intelectual, não se situa no escopo de atuação do INPI, porquanto não contemplado na Lei n. 9.279/1996, daí porque, nesta parte, não se vislumbra qualquer interesse da Autarquia.*

O Ministério Público Federal assim se manifestou:

10. Quanto ao *primeiro tema*, o certo é que esse Col. Superior Tribunal de Justiça possui precedentes em que reconhece a *incompetência da Justiça Estadual, nos autos de ação de abstenção de uso indevido de marca, para julgar inválido o registro perante o INPI* (art. 122 e segs. da Lei n. 9.279/1996), sendo necessária, para tanto, a propositura de ação própria perante a Justiça Federal, com a participação do INPI.

11. E tal entendimento coincide com a leitura dos arts. 56, § 1º, e 175, ambos da Lei n. 9.279/1996, os quais preveem, respectivamente, a possibilidade de alegação de nulidade do registro como matéria de defesa, bem como que a ação de nulidade do registro será ajuizada no foro da justiça federal, devendo o INPI, quando não for autor, intervir no feito.

12. Nesse sentido, são os acórdão prolatados nos REsp's n. 1.189.022-SP (Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 02.04.2014) e 1.188.105-RJ (Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 12.04.2013, no REsp 1.281.448-SP (Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 08.09.2014) e no AgRg no REsp 254.141/SP (Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe de 28.06.2012), assim ementados:

[...]

13. Como ressaltou a *Associação Brasileira Da Propriedade Intelectual – ABPI*, em sua manifestação de fls. 2.156/2.169, o raciocínio empregado por esse Col. STJ

para os casos de invalidação de marca registrada pelo INPI, deve ser aplicado à hipótese de abstenção do uso de marca registrada no INPI, visto que a ordem de abstenção pressupõe que o juiz tenha suspendido os efeitos do registro da marca (o qual confere ao seu titular o direito de uso da marca com exclusividade – art. 129 da Lei n. 9.279/1996).

14. E esse entendimento, significa a estrita observância ao disposto no art. 109, inciso I, da Constituição Federal, que estabelece ser a Justiça Federal competente para o processamento e julgamento das causas em que a União, entidade autárquica (*in casu*, o INPI) 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.

[...]

17. No que tange à proteção do conjunto-imagem ou *trade dress*, verifica-se que, embora ele não seja passível de registro perante o INPI (diferentemente do que ocorre com marca ou patente), conforme se verifica da leitura do art. 124 da Lei n. 9.279/1996 (Dos sinais não registráveis como marca), o certo é que essa mesma lei prevê os crimes contra a concorrência desleal (art. 195 da Lei n. 9.279/1996). E é exatamente nesse art. 195 que está cristalizada a proteção ao *trade dress* ou conjunto-imagem, independentemente de qualquer registro no INPI.

18. E é justamente por não haver previsão de registro do conjunto-imagem ou *trade dress* perante o INPI que não se trata de matéria de competência da Justiça Federal (art. 109, inciso I, da Constituição Federal), sendo, portanto, plenamente possível que, em ação de reconhecimento de concorrência desleal, a Justiça Estadual determine a abstenção de uso de tais elementos, por se tratar de lide que envolve exclusivamente interesses privados.

19. Esse Col. STJ possui jurisprudência de ser competente a Justiça Estadual para apreciar possível indenização devida entre particulares decorrente da prática de concorrência desleal (REsp n. 1.189.022-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma , DJe de 02.04.2014), bem como que compete à Justiça dos Estados processar e julgar ação em que o titular do registro da marca junto ao INPI pretende impedir o seu uso por terceiro (REsp n. 341.583-SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, DJ de 09.09.2002), assim ementados:

[...]

21. Pelo exposto, o Ministério Público Federal se manifesta pelo não conhecimento do agravo interno e, quanto aos temas afetos ao presente recurso repetitivo, pelo seu parcial provimento, nos termos acima delineados.

Indústria e Comércio de Cosméticos Natura Ltda. e Natura Cosméticos S.A. interpuseram "pedido de reconsideração ou agravo interno" em face do despacho de afetação (fls. 2.127-2.155), aduzindo que: a) o tema afetado não

consiste em questão de direito; b) carece de multiplicidade de recursos a ensejar o exame de se saber se é possível à justiça estadual impor a abstenção de uso de marca registrada pelo INPI; c) segundo o CPC/2015, a decisão proferida pelo Juízo incompetente deve ser conservada; d) no âmbito dos tribunais estaduais "se tem reiteradamente impedido que os titulares de marcas concedidas pelo INPI, inclusive sob a apresentação nominativa, oponham esse direito de propriedade e de exclusividade em relação a terceiros" (fls. 2.146-2.147); e) "há, sim, um infindável número de acórdãos proferidos nas instâncias ordinárias, especialmente no âmbito da Justiça Estadual, que desprezam o registro já concedido pelo INPI e negam a proteção e a exclusividade conferida pelo registro, anulando-o incidentalmente, tornando-o inválido ou ineficaz, sob o fundamento de que se trataria de expressão irregistrável" (fl. 2.147); f) a questão da determinação de abstenção de uso de marca registrada no INPI "surgiu envolvida em um contexto de deslealdade concorrencial que contaminou, integralmente, o uso das expressões pelas Agravadas" (fl. 2.150).

Anoto, ainda, que o *amicus curiae* INPI se manifestou, às fls. 2.259-2.271, oferecendo substancioso arrazoado, asseverando que, ao contrário de sua primeira manifestação, há interesse institucional em prestar subsídios ao julgamento do presente recurso repetitivo. Na mesma linha da manifestação do Ministério Público Federal (fl. 2.275), deferi o pedido formulado, admitindo o arrazoado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): *2.* Para logo, acolho o parecer do Ministério Público Federal, não conhecendo do agravo interno, visto que o despacho de afetação - prolatado na vigência do CPC/1973 - não possui caráter decisório, não havendo, pois, interesse recursal.

Na vigência do CPC/1973, esta é a remansosa jurisprudência do STF no tocante a despacho de afetação ao rito da repercussão geral, entendimento aplicável, por analogia, ao recurso repetitivo:

> Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Violação ao sigilo bancário por instituição financeira. *Aplicação do disposto no art. 543-B do CPC. Irrecorribilidade da decisão que aplica a sistemática da repercussão geral. Precedentes.* 3. Afronta à vedação constitucional de prisão civil por dívida.

> Condutas incriminadas na Lei n. 8.137/1990. Tutela da ordem tributária. Caráter criminal inconfundível com a prisão por dívida. Precedente. 4. Interpretação prejudicial do silêncio do réu. Inocorrência. Pleito que demanda revolvimento do acervo probatório. Incidência do Enunciado 279 da Súmula do STF. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 820.993 AgR, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 19.08.2014, Processo Eletrônico DJe-172 divulg 04.09.2014 public 05.09.2014)

3. No tocante à impugnação ao arrazoado do Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI, não houve nenhuma mudança de posicionamento - a autarquia havia deixado de se manifestar acerca das teses afetadas -, e a participação do *amicus curiae* "no processo ocorre e se justifica, não como defensor de interesses próprios, mas como agente habilitado a agregar subsídios que possam contribuir para a qualificação da decisão a ser tomada pelo Tribunal. A presença de *amicus curiae* no processo se dá, portanto, em benefício da jurisdição". (ADI 3.460 ED, Relator(a): Min. *Teori Zavascki*, Tribunal Pleno, julgado em 12.2.2015, Acórdão Eletrônico DJe-047 divulg 11.3.2015 public 12.3.2015)

Com efeito, como a manifestação do INPI foi oportuna, antes mesmo da inclusão do feito em pauta, e a relevância de sua participação reconhecida desde o despacho que o convidou - juntamente com outras entidades - a trazer subsídios ao presente julgamento, conforme antecipado na decisão de fls. 2.286-2.287, ratifico a admissão do arrazoado.

4. Aprecio o recurso especial interposto por SS Industrial S.A. e SS Comércio de Cosméticos e Produtos de Higiene Pessoal Ltda. (fls. 1.658-1.680), pela sua possível prejudicialidade ao exame do outro recurso e por ser o que contém as teses afetadas.

4.1. Assinalo, de início, que a conveniência da afetação, procedida na vigência do CPC/1973, foi constatada pela relevância do tema e pela verificação de multiplicidade de recursos a versarem sobre as mesmas controvérsias presentes nos autos, sendo certo que, como será demonstrado adiante, são numerosos os precedentes examinando acórdãos da justiça estadual, em que fora determinada ao titular a abstenção de uso de marca registrada no INPI.

Aliás, todos os *amicus curiae* e o Ministério Público Federal opinaram pela definição de tese na mesma linha da remansosa e antiga jurisprudência do STJ, e, como visto, a CNI, o INPI e as próprias recorridas admitem que "há,

sim, um infindável número de acórdãos proferidos nas instâncias ordinárias, especialmente no âmbito da Justiça Estadual, que desprezam o registro já concedido pelo INPI e negam a proteção e a exclusividade conferida pelo registro, anulando-o incidentalmente, tornando-o inválido ou ineficaz" (fl. 2.147).

Nesse sentido, menciona-se a manifestação do INPI, *in verbis*:

> *Contudo, o que realmente vem sendo objeto de preocupação sistemática, por parte do INPI, é a recorrência de decisões de órgãos da Justiça Estadual que, em ações de abstenção de uso, impõem alguma forma de mitigação ao direito decorrente do registro marcário, em geral relativizando o atributo da exclusividade previsto no art. 129 da Lei n. 9.279/1996.*
>
> *A mitigação dos atributos inerentes ao registro marcário, estabelecida por órgãos da Justiça Estadual, consubstancia, a rigor, questão de direito hábil a despertar a incidência da norma prevista no art. 1.036 do NCPC. Até porque, em casos tais, diversamente do que observa no RESP em tela, a invalidação do registro efetuado pelo INPI se faz de forma velada e não explícita, induzindo um abalo imperceptível, mas importante no sistema.*
>
> *[...]*
>
> *Não é demais lembrar que, enquanto signatário de diversos Acordos Internacionais a respeito de propriedade industrial, o Estado Brasileiro se comprometeu a resguardar os direitos daí decorrentes, sendo certa, portanto, a absoluta necessidade de respeito e prestígio ao sistema de propriedade industrial engendrado pela Lei n. 9.279/1996. (fls. 2.263-2.264)*

4.2. Outrossim, como é sabido, não se caracteriza, por si só, omissão, contradição ou obscuridade, quando o tribunal adota outro fundamento que não aquele defendido pela parte.

Dessarte, não há falar em violação ao art. 535 do CPC/1973, pois o Tribunal de origem dirimiu as questões pertinentes ao litígio, não cabendo confundir omissão, obscuridade e contradição com entendimento diverso do perfilhado pela parte.

4.3. A questão controvertida principal - *único objeto da afetação ao rito dos recursos repetitivos* - consiste em delimitar a competência da justiça estadual em causa envolvendo suscitada violação de *trade dress* e marca, para definir se é possível impor, à proprietária, a abstenção de uso de marca registrada pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI.

O acórdão da apelação, no Tribunal de Justiça de São Paulo, anotou:

A meu ver, o recurso deve ser provido, para que seja determinada às rés a abstenção de fabricação e comercialização de produtos com as marcas "*Jequiti Erva Doce*" e "*Jequiti Oro*", e o uso de embalagens similares às dos produtos das requerentes indicados na inicial.

As autoras ingressaram com a presente ação buscando tutela inibitória e condenatória em face das rés, basicamente sob a alegação de que as últimas estavam praticando atos de concorrência desleal, materializados na fabricação e comercialização de cosméticos com marcas e embalagens praticamente idênticas ás das demandantes.

Segundo alegado na inicial, as requerentes são detentoras da marca mista "Natura Erva Doce" desde 1990, e da marca nominativa "*Horus*" desde 1996, ambas utilizadas no ramo de cosméticos. Não obstante, as rés passaram a fabricar e comercializar produtos de beleza com as marcas "Jequiti Erva Doce" e "jequiti oro", e em embalagens muto semelhantes às das mercadorias fornecidas pelas demandantes, em evidente violação conjunto de imagem ("trade dress") de que são titulares.

[...]

Resta evidente a violação do direito marcário e a prática de concorrência desleal, pois as provas trazidas aos autos revelam exploração de prestígio alheio pelas rés.

[...]

É notório que haveria uma associação entre os produtos, decorrente da similitude das marcas, da disposição das cores e imagens entre ambos, e estou convencido de que essa parecença foi deliberadamente desejada pelas rés.

[...]

Parece razoável, portanto, que sejam as rés coibidas de empregar em seus produtos marcas e embalagens que não só deixem margem à suspeita de injusto proveito do bom nome alheio como provoquem risco de diluição das marcas das demandantes.

[...]

15. Assim, a ação deve ser julgada parcialmente procedente, apenas para que as rés se abstenham de produzir e comercializar os produtos indicados na inicial com marcas e embalagens semelhantes às das autoras, sob pena de incidência de multa diária de R$ 20.000,00.

Deverão as rés ser intimadas pessoalmente a, no prazo de noventa dias, cumprir o preceito de não fazer. O tempo é suficiente para que elaborem novas embalagens e criem nova marca, se o caso, sem prejuízo às suas atividades empresariais. (fls. 1.381, 1.382, 1.392 e 1.393)

O acórdão dos embargos de declaração nos embargos infringentes, confirmando o acórdão da apelação, dispôs:

> *Assim, pedem que haja manifestação sobre o uso das marcas "Jequiti Frescor de Erva Doce", "Jequiti Erva Doce +" e "Jequiti Oro", que já foram devidamente registradas no INPI, pois a única forma de obstar o uso de marcas registradas é declará-las nulas, o que só pode ser feito no âmbito da Justiça Federal.*
>
> [...]
>
> O Julgado não mencionou expressamente a contrafação marcária e o artigo 129 da Lei n. 9.279/1996, pois não foi considerado necessário abordar tais teses para o deslinde da demanda.
>
> [...]
>
> É de se ressaltar que *não aceitar as teses levantadas pelas partes* não configura omissão, pois estas poderão ser *afastadas implicitamente*. Os embargos de declaração são recurso de caráter integrativo-recuperador, assim é inviável a reapreciação do Acórdão para que se adeque às expectativas das partes, como pretende a embargante. (fls. 1.579-1.580)

No ponto, a teor do art. 10 bis da Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial - Decreto n. 635/1992 -, os países da União obrigam-se a assegurar aos nacionais proteção efetiva contra a concorrência desleal, *devendo-se, particularmente, proibir-se todos os atos suscetíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou as atividades industrial ou comercial de um concorrente*.

A repressão à concorrência desleal não visa tutelar o monopólio sobre o aviamento ou a clientela, mas sim garantir a concorrência salutar, leal e os resultados econômicos.

A partir da definição da Convenção da União de Paris de concorrência desleal, prevista na alínea 2 do seu artigo 10 *bis*, a doutrina observa que a noção de concorrência pode variar de um país para outro, pois a noção de "usos honestos", em matéria industrial e comercial, é flexível, estabelecida de modo a se amoldar aos usos internos dos países e ao tempo, constituindo, em linhas gerais, práticas moralmente aceitas, sendo necessário recorrer aos valores e dados da realidade social e ao conjunto de princípios do regime jurídico aplicável.

Como constitui tipo aberto às transformações das práticas sociais e econômicas, sem definição precisa na lei, a jurisprudência, com auxílio da doutrina, deve definir a materialidade da concorrência desleal, caracterizada não pelos seus fins - o desvio de clientela, por si só, não é ilícito, constituindo o próprio objeto da concorrência -, mas pelos meios, isto é, a idoneidade dos atos e expedientes utilizados. (OLIVEIRA NETO, Geraldo Honório. *Manual de direito das marcas*. São Paulo: Pilares, 2007, p. 171-173)

Em recente precedente, a Terceira Turma perfilhou os seguintes entendimentos relacionados ao *trade dress* (conjunto-imagem): a) constitui a soma de elementos visuais e sensitivos que traduzem uma forma peculiar e suficientemente distintiva, vinculando-se à sua identidade visual, de apresentação do produto ou serviço no mercado consumidor; b) não se confunde com a patente, o desenho industrial ou a marca, apesar de poder ser constituído por elementos passíveis de registro, a exemplo da composição de embalagens por marca e desenho industrial; c) *o conjunto-imagem de bens e produtos é passível de proteção judicial quando a utilização de conjunto similar resulte em ato de concorrência desleal, em razão de confusão ou associação com bens e produtos concorrentes* (art. 209 da LPI); d) por não ser sujeito a registro - ato atributivo do direito de exploração exclusiva -, sua proteção não pode servir para ampliar direito que seria devido mediante registro, de modo que não será suficiente o confronto de marca para caracterizar a similaridade notória e presumir o risco de confusão. (REsp 1.353.451/MG, Rel. Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, *Terceira Turma*, julgado em 19.9.2017, DJe 28.9.2017)

A proteção ao *trade dress* decorre de expresso mandamento constitucional, que se constata na leitura do art. 5º, XXIX, da Lei Maior, ao estabelecer que a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a *outros signos distintivos*.

No ordenamento jurídico pátrio, está prevista a proteção de apenas algumas partes da mencionada "aparência visual", a qual se efetiva por meio do registro de marcas, desenhos industriais, patentes de modelo, direitos autorais, dentre outros.

O sistema brasileiro não reconhece a proteção exclusiva do "trade dress" ou "conjunto-imagem" integral, com todos os seus elementos característicos. Em regra, uma embalagem é constituída não só da marca aposta ao invólucro, mas também de diversos outros elementos distintivos e identificadores do próprio produto no mercado, como a combinação e a disposição das cores, grafias e estilizações, dos tipos de letras, e, até mesmo, o formato/tamanho da embalagem. Essa diferenciada configuração visual é capaz de identificar o produto e atrair o consumidor, pois o impulso aquisitivo é muito mais forte quando há o chamado "apelo visual" (MANARA, Cecília. ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo (Coords.). *Propriedade intelectual em perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 10-11).

Com efeito, a decisão recorrida reconhece que o *trade dress,* constituído - ao contrário das marcas das recorrentes - apenas por elementos que não são registrados no INPI, é hábil a levar à confusão, induzindo o consumidor a adquirir um produto pelo outro, e impõe às corrés, ora recorrentes, que se abstenham de utilizar esses elementos que têm função "para-marcárias".

De fato, normalmente o que se efetiva é o registro da marca perante o INPI em sua apresentação nominativa (ou seja, somente o nome do produto, sem qualquer estilização), inexistindo especial atenção no sentido de se proteger os demais elementos do "trade dress", a saber: o registro da embalagem como *marca mista* (seus logotipos, desenhos e demais caracteres gráficos), ou, ainda, como *desenho industrial*, nas hipóteses previstas na Lei de Propriedade Industrial. A LPI apresenta certos parâmetros e proibições para o registro de tais elementos, que, em muitas ocasiões, não atendem à necessidade de proteção dos diversos caracteres que compõem o "trade dress" ou "conjunto-imagem".

Dessarte, cumpre observar que as questões acerca do *trade dress* (conjunto-imagem) dos produtos das recorrentes, por não envolver registro no INPI e se tratar de demanda entre particulares, é inequivocamente de competência da justiça estadual, já que não afeta interesse institucional da autarquia federal.

É que "[...] no Brasil, a proteção jurídica do 'trade dress' situa-se no âmbito da Repressão à Concorrência Desleal, e insurge-se contra a prática de atos de natureza fraudulenta que venham a desviar clientela de outrem, notadamente pela reprodução e/ou imitação desautorizada de características distintivas de produtos, serviços e estabelecimentos comerciais" (MANARA, Cecília. ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo. *Propriedade intelectual em perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 10-11).

Ademais, como bem leciona Denis Borges Barbosa, não cabe ao INPI (não há interesse institucional/atribuição) reprimir diretamente a concorrência desleal, visto que sua constatação demanda procedimento a ser realizado no âmbito do Judiciário, com ampla possibilidade de produção de provas, inclusive pericial:

> Em nenhuma disposição do Código de Propriedade Industrial, nem de qualquer outra lei ou tratado em vigor, se dá poderes ao INPI para atuar diretamente em matéria de Concorrência Desleal. Sem dúvida, ao denegar registro para marcas já anteriormente registradas por outrem, ou ao fazê-lo no tocante a *indicações de procedência notória*, o efeito indireto da ação do INPI é a tutela da concorrência leal. Mas, note-se bem, nestes casos, o Instituto aplica a norma legal específica

> para a qual a lei lhe dá competência e não a regra genérica de concorrência desleal, para a qual a lei deferiu competência ao Poder Judiciário.
>
> Com efeito, ao contrário do que ocorre com as questões técnicas para as quais o INPI foi constituído, para a apuração da concorrência desleal são necessárias provas e exames de mercado, perícias contábeis, análises de concorrência, só apuráveis na instância judicial ou - talvez - em órgãos como o CADE. Desaparelhado para a análise, sem atribuições legais para fazê-la, impossível ao INPI decidir diretamente com base no dispositivo em tela.
>
> Não se diga que, sendo a concorrência desleal parte da Propriedade Industrial, caberia naturalmente ao INPI administrá-la. Também compõe a Propriedade Industrial a proteção dos nomes empresariais, que incumbe às Juntas Comerciais.
>
> Em suma, não há competência para o INPI aplicar diretamente a regra de concorrência desleal. Sempre tal competência recaiu no Poder Judiciário. Como ocorre nos Estados Unidos, na França, na Alemanha, e em todos os países em que a Propriedade Industrial é matéria de primeiríssima importância.
>
> [...]
>
> Num detalhismo minucioso, o art. 124 da Lei 9.279/1998 elenca todos os casos em que se pode recusar o registro; não existe, em nenhum destes casos, poder administrativo para recusar registro no caso de "concorrência desleal". Mais ainda, não existe nem na Lei, nem em qualquer procedimento a ela subsidiário, nenhuma regra de *devido processo legal* para apurar a existência de uma alegada "concorrência desleal" como fundamento para denegação de registro.
>
> [...]
>
> Não existe "concorrência desleal potencial", como não existe propriedade, ou seja, exclusividade da marca não registrada.
>
> Por isso, a apuração da concorrência desleal se faz num procedimento judicial plenamente sujeito ao devido processo legal, com apuração de fatos, ampla perícia, avaliação dilatada, tudo que inexiste no restrito, inespecífico e (no que toca à concorrência desleal) incompetente procedimento registral do INPI. (BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 516-518)

Nesse mesmo diapasão, por ocasião do julgamento do REsp 1.237.752/PR, Relator para o acórdão Ministro Marco Buzzi, a Quarta Turma perfilhou o entendimento de que o cenário fático-jurídico de concorrência desleal reclama o desenho de um comportamento - patrocinado por um operador econômico e diagnosticado no terreno negocial de certo produto ou serviço - que contrarie a conduta-dever que necessita ser observada no duelo pela clientela, via expedientes que desafiem sua idoneidade no mercado e, efetivamente, ou em

potência, causem danos ao concorrente, devendo ser avaliada diante de cada caso concreto.

Consoante pontuado em artigo pela Desembargadora Federal Liliane Roriz de Almeida, com a autoridade de quem tem longa experiência nas turmas especializadas em propriedade industrial do TRF da 2ª Região, e na mesma linha do escólio de Gama Cerqueira, a solução desses casos a envolver exame de higidez de registro de marca, "via de regra, não envolve matéria fática que dependa de conhecimentos científicos ou técnicos especializados". "A pouca matéria fática útil e necessária, nesses casos - como, por exemplo, a prova do registro das marcas em confronto ou de seu uso efetivo - normalmente pode ser feita por meio de documentos juntados aos autos. Todo o resto, como a possível colidência ou a possibilidade de convivência pacífica, é matéria predominantemente de direito". (ALMEIDA, Liliane do Espírito Santo Roriz de. *A necessidade de prova pericial em ações de nulidade de patente ou registro de marca*. Revista da ABPI, v. 133, nov/dez. de 2014, p. 63).

Em suma, a matéria acerca do reconhecimento da violação ao *trade dress* e determinação de abstenção de uso de elementos "para-marcários" é de competência da justiça estadual e foi devidamente apreciada pelo enfoque da concorrência desleal, exaustivamente abordado pelas instâncias ordinárias, a patentear que, quanto ao ponto, andou bem a Corte local.

Antes da CF/1988, esse já era o antigo entendimento do STF:

> *Conflito negativo de competência.* ***1) Não cabe confundir a ação de nulidade de privilegio de invenção ou marca de industria e comercio com a ação cominatoria tendente a coibir o uso de nome fantasioso, não registrado, passivel de induzir a equivoco. Se, na primeira hipótese, se admite, ainda que em meio a certa controversia, a competência da Justiça Federal, na segunda não paira duvida quanto a competência da Justiça dos Estados****. 2) Conflito conhecido e declarada a competência do egregio Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.* (CJ 6.066, Relator(a): Min. Leitao de Abreu, Tribunal Pleno, julgado em 10.03.1977, DJ 29.04.1977 pp-02739 Ement vol-01056-01 pp-00070 RTJ vol-00081-02 pp-00353)

Assim, dentro dessa linha de raciocínio, penso que é de competência da justiça estadual a apreciação de pedidos para determinação de ***abstenção de uso indevido de marca, desenho industrial e patente***; perdas e danos; concorrência desleal, em vista da utilização indevida de sinais distintivos, que venham a ensejar desvio desleal de clientela; busca e apreensão de produtos sujeitos à

ação cível e à ação penal. E também as ações para anular ou retificar registros de empresas procedidos pela Junta Comercial. Igualmente, não se descarta a possibilidade de ser dirimido, pela própria justiça estadual, eventual conflito contratual acerca de licenciamento ou cessão de marca.

A questão ora examinada, bastante recorrente, diz respeito a litígio referente à concorrência desleal, em que os litigantes são efetivamente proprietários das marcas que utilizam, registradas no INPI, embora a das rés, ora recorrentes, sejam reputadas, pelas autoras, juntamente com o *trade dress*, como expediente para ocasionar confusão/associação entre produtos e o consequente desvio ilícito de clientela.

De outra parte, em relação à competência da Justiça Federal para impor ao titular do registro marcário a abstenção do uso do signo, o art. 5º, XXIX, da CF/1988 - no que não destoa das constituições anteriores desde 1891 - confere a natureza de direito de propriedade à marca, ao estabelecer que a lei assegurará proteção à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos. E os incisos LII e LIV do mesmo dispositivo enunciam que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, ou privado de seus bens sem o devido processo legal.

Dessarte, em observância ao mandamento constitucional, o art. 129 da LPI (Lei n. 9.279/1996) dispõe que a propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido (pela autarquia federal INPI), conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional.

Nessa toada, no abalizado escólio de Denis Borges Barbosa, com remissão à doutrina de Pontes de Miranda, na verdade, há direito constitucional público subjetivo de pedir a proteção, tal como assegurado na lei ordinária, postulando-se ao INPI o registro da marca, no exercício formativo gerador. Esse direito, até que ocorra o registro, não é, ainda, direito real, mas uma pretensão a que se constitua a propriedade ao fim do processo administrativo pertinente (BARBOSA, Denis Borges. *Sinais distintivos e tutela judicial e administrativa*: o direito constitucional dos signos distintivos. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 10-11).

Com efeito, o sistema jurídico pátrio adota o sistema atributivo para obtenção do registro de propriedade de marca. Prevê, também, num sistema de contrapesos, situações que originam direito de preferência à obtenção do registro, lastreadas na repressão à concorrência desleal e ao aproveitamento parasitário.

João da Gama Cerqueira assim discorreu sobre os efeitos do registro marcário (CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*. Vol. 2. Tomo 2. Parte 3. Rio de Janeiro: Revista Forense,1956, p. 76-77):

> O registro torna certa a data da apropriação da marca e fixa os seus elementos, além de fazer público o ato da apropriação. *Mas o seu efeito principal, como declara a lei, é assegurar ao seu titular o direito ao uso* exclusivo *da marca* e, como consequencia, o direito de impedir que outros a empreguem para o mesmo fim.
>
> [...]
>
> *Assegurando ao proprietário da marca o direito ao seu uso* exclusivo, o registro fixa, ao mesmo tempo, a extensão desse direito. *A lei protege tudo o que se acha compreendido no registro no que respeita à composição da marca como no que se refere às suas aplicações*.

Destarte, a própria Lei da Propriedade Industrial veda a concessão, pelo INPI, de registros como marcas de: a) nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios (art. 124, V, e 195, V); b) sinais que reproduzem marcas que o requerente evidentemente não poderia desconhecer em razão de sua atividade, cujo titular seja sediado em país com o qual o Brasil mantenha acordo, se a marca se destinar a distinguir produto idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com aquela marca alheia (art. 124, XXIII); c) marca notoriamente conhecida em seu ramo de atividade, nos termos do art. 6º *bis (I)* da Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial.

As recorrentes sustentam que os registros de marca deferidos pela autarquia federal (INPI) conferem uso exclusivo em todo o território nacional e que, sob pena de negativa de vigência aos arts. 129 e 175 da Lei n. 9.279/1996, extrapola a competência da Justiça Estadual a determinação de abstenção de uso, pois implicaria declaração de nulidade, de competência exclusiva da Justiça Federal.

Nesse passo, a Lei de Propriedade Industrial prevê, em seu artigo 175, que a ação de nulidade de registro será ajuizada no foro da Justiça Federal, dispondo que o INPI, quando não for autor, intervirá no feito.

É cediço que a competência da Justiça Federal é estabelecida diretamente no texto constitucional e é de cursivo conhecimento que tal competência é absoluta, taxativa e, quando cível, estabelecida *ratione personae*.

Esta é a jurisprudência do STJ:

> *Processo Civil. Competência*. O interesse da União, de suas autarquias e empresas públicas não basta para que a causa seja da competência da Justiça Federal; para

> isso é necessário que pelo menos uma dessas pessoas participe do processo na condição de autora, ré, assistente ou opoente. Conflito conhecido para declarar competente o MM. Juiz de Direito da 3ª Vara de Falências e Concordatas da Comarca do Rio de Janeiro. (CC 30.917/DF, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Seção, julgado em 28.03.2001, DJ 23.04.2001, p. 115)

Cumpre anotar, por oportuno, em que pese as ácidas ponderações minoritárias da doutrina acerca do art. 175 da LPI, no sentido de que a lei infraconstitucional não pode conduzir ao estabelecimento de competência da Justiça Federal. Na verdade, segundo entendo, esse ponto prevaleceria se constituísse providência desarmônica com a Constituição Federal.

No entanto, respeitado entendimento contrário, o art. 175 da LPI não cria competência nova para a Justiça Federal.

A previsão legal infraconstitucional, inequivocamente, como consignado por *amici curiae* e pelo Ministério Público Federal, também se extrai da própria exegese do artigo 109, I, da Constituição Federal, ao prever que compete aos juízes federais processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou opoentes, exceto as de falência, de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e do Trabalho.

Embora não seja a situação dos autos, *mutatis mutandis*, o Supremo Tribunal Federal já enfrentou a questão do pretenso afastamento das regras de definição de competência da Justiça Federal pelo art. 2º da LACP. A conclusão da Suprema Corte foi a de que a Justiça Federal também tem competência funcional e territorial sobre o local de qualquer dano, circunstância que torna as regras constitucionais de definição de sua competência rigorosamente compatíveis e harmônicas com aquelas previstas na disposição infraconstitucional.

A ementa do acórdão do STF é a seguinte:

> *Ementa: Ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal. Competência da Justiça Federal. Art. 109, I e § 3º, da Constituição. Art. 2º da Lei n. 7.347/1985*. O dispositivo contido na parte final do § 3º do art. 109 da Constituição é dirigido ao legislador ordinário, autorizando-o a atribuir competência (*rectius* jurisdição) ao Juízo Estadual do foro do domicílio da outra parte ou do lugar do ato ou fato que deu origem à demanda, desde que não seja sede de Varas da Justiça Federal, para causas específicas dentre as previstas no inciso I do referido artigo 109. No caso em tela, a permissão não foi utilizada pelo legislador que, ao revés, *se limitou, no art. 2º da Lei n. 7.347/1985, a estabelecer que as ações nele previstas "serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo*

> *terá competência funcional para processar e julgar a causa"*. Considerando que o Juiz Federal também tem competência territorial e funcional sobre o local de qualquer dano, impõe-se a conclusão de que *o afastamento da jurisdição federal, no caso, somente poderia dar-se por meio de referência expressa à Justiça Estadual, como a que fez o constituinte na primeira parte do mencionado § 3º em relação às causas de natureza previdenciária, o que no caso não ocorreu*. Recurso conhecido e provido. (RE 228.955, Relator(a): Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 10.02.2000, DJ 24.03.2001 pp-00070 Ement vol-01984-04 pp-00842 republicação: DJ 14.04.2000 pp-00056 RTJ vol-00172-03 pp-00992)

De fato, quanto ao pedido de abstenção (inibição) do uso da marca, dúvida não há quanto à competência da Justiça Federal, até por decorrência expressa do artigo 173 da LPI, sendo a abstenção de uso uma decorrência lógica da desconstituição do registro sob o fundamento de violação do direito de terceiros. *Cumpre ao juízo Federal "analisar o pedido de abstenção de uso tão somente nos estritos limites daquilo que compõe o registro marcário anulando, relegando para a Justiça Comum todo e qualquer aspecto relacionado ao conjunto-imagem* (trade dress)*"*. (Instituto Danemann Siemsen de Estudos Jurídicos e Técnicos. *Comentários à lei da propriedade industrial*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 392-393)

Nesse passo, convém, ainda, sublinhar que os arts. 292, § 1º, inc. II, do CPC/1973 e o art. 327, § 1º, II, do CPC/2015 estabelecem que é requisito de admissibilidade da cumulação de pedidos, em único processo, a competência do mesmo juízo para deles conhecer.

Ademais, a conexão não determina a reunião de causas quando implicar alteração de competência absoluta (CC 118.533/SP, Rel. Ministra *Nancy Andrighi*, *Segunda Seção*, julgado em 28.11.2012; AgRg no CC 117.259/SC, Rel. Ministro *Cesar Asfor Rocha*, *Primeira Seção*, julgado em 27.06.2012).

Ora, como foi determinado à própria titular (proprietária) das marcas que se abstivesse do uso, como bem pontuado pela CNI, uma vez que do registro efetuado pela autarquia federal (INPI) decorre o direito de uso da marca, a imposição de tal abstenção é consectário lógico da nulidade, *data maxima venia*, gerando "a esdrúxula situação de uma das partes - seja ela o autor ou o réu - ser titular de um título de propriedade concedido pelo Estado, título este válido e legítimo, visto que não foi anulado por juiz competente, mas não poder usá-lo devidamente" (fl. 2.180).

O exame da questão esbarra em óbice de competência, pois, na verdade, estar-se-ia definindo a higidez do ato administrativo da autarquia federal, e o

princípio do juiz constitucionalmente competente vem integrar as garantias do devido processo legal.

Assim, a meu juízo, fica nítido que avançou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo determinando a abstenção do uso de marca registrada no INPI pelo seu próprio titular, no caso, as recorrentes.

Nessa linha de raciocínio, observo que consta, nos autos, e, como visto, no próprio acórdão recorrido, ter a recorrente obtido os registros das marcas, concedidos pelo INPI.

Data maxima venia, equivocou-se o Tribunal *a quo*, portanto, ao suprimir a competência da Justiça Federal e impor à titular a abstenção do uso de suas próprias marcas "Jequiti Frescor de Erva Doce", "Jequiti Erva Doce +" e "Jequiti Oro", que já foram devidamente registradas no INPI pelas recorrentes.

Ademais, a título de oportuno registro, há notícia, nos autos, de que a questão já está sendo discutida no âmbito da justiça federal, havendo sentença reconhecendo a higidez dos registros marcários, a caracterizar a litispendência e a existência de decisões judiciais inconciliáveis, patenteando a manifesta inconveniência do exame de tema afeto ao interesse institucional do INPI pelo Juízo estadual.

Dessarte, conforme a remansosa jurisprudência desta Corte, a Justiça Federal, e não a Justiça estadual, tem competência para, em ação de nulidade de registro de marca, com a participação do INPI, impor ao titular a abstenção do uso, inclusive no tocante à tutela provisória.

Com efeito, o que se verifica é que a decisão do Tribunal estadual ultrapassou os limites de sua competência quando extrapolou a discussão a respeito da ocorrência de concorrência desleal, concluindo pela colidência de marcas em face de imitação, no caso concreto, e determinando a abstenção do uso de marca registrada pelo próprio titular.

Esse litígio só pode ser solucionado no âmbito administrativo federal ou pela Justiça Federal, a fim de que seja previamente apreciada a validade de ambos os registros, como questão prejudicial ao pedido de abstenção de uso.

"A discussão sobre a validade de um registro de marca, patente ou desenho industrial, nos termos da LPI, tem de ser travada administrativamente ou, caso a parte opte por recorrer ao judiciário, deve ser empreendida em ação proposta perante a Justiça Federal, com a participação do INPI na causa. Sem essa discussão, os registros emitidos por esse órgão devem ser reputados válidos e

produtores de todos os efeitos de direito". (REsp 1.281.448/SP, Rel. Ministra *Nancy Andrighi*, *Terceira Turma*, julgado em 5.6.2014, DJe 8.9.2014)

Note-se:

> Havendo colidências escritas e fonéticas entre as marcas que não são possíveis de coexistência no mesmo ramo de atividade, sendo motivos para a anulação do registro na via administrativa ou na via judicial, ficando claro que na via administrativa a competência é do INPI e na via judicial é competente a Justiça Federal.
>
> *É da competência da Justiça Estadual*: julgar os processos que visem a abstenção de uso de marcas, sobre o uso indevido de marcas e de patentes, perdas e danos, indenização por uso indevido ou abusivo de marcas ou de patentes, concorrência desleal, quando da utilização indevida de sinais distintivos os quais venham a ensejar desvio desleal de clientela, busca e apreensão de produtos sujeitos à ação cível e penal. As ações para anular ou retificar registro de empresas, perante a Junta Comercial é também da competência da Justiça Comum. (VIEIRA, Marcos Antonio. *Propriedade industrial*: marcas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 188-191)
>
> *É da competência da Justiça Federal*: julgar as ações que versem sobre nulidade de registros de marca e de patentes, nos casos de nulidade de registro, o INPI - Instituto Nacional da Propriedade Industrial, obrigatoriamente, ocupa uma posição processual de litisconsorte passivo necessário, como sendo a de co-réu, pois foi ele quem concedeu indevidamente o registro da marca ou o privilégio da patente. A ação de nulidade judicial deve ser proposta contra o titular do registro [...]. A posição processual correta do INPI em tais ações é de litisconsorte passivo necessário-unitário, e não de assistente.
>
> [...]
>
> É comum o INPI comparecer nas ações de nulidade de registros como assistente ou simplesmente fiscal da lei, entretanto, a jurisprudência já pacificou a questão atribuindo à Autarquia a posição processual de litisconsorte passivo necessário-unitário. (VIEIRA, Marcos Antonio. *Propriedade industrial*: marcas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 188-191)

No mesmo sentido, mencionam-se precedentes das duas turmas de direito privado:

> Processo Civil e Comercial. Marca. Nulidade. Declaração. Competência. Contrafação. Danos materiais e morais. Prova.
>
> *1. A alegação de que é inválido o registro, obtido pela titular de marca perante o INPI, deve ser formulada em ação própria, para a qual é competente a Justiça Federal. Ao Juiz estadual não é possível, incidentalmente, considerar inválido um registro vigente perante o INPI.*

2. Na hipótese de contrafação de marca, a procedência do pedido de condenação do falsificador em danos materiais e morais deriva diretamente da prova que revele a existência de contrafação. Precedentes.

3. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1.322.718/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19.06.2012, DJe 11.12.2012)

Recurso especial. Propriedade industrial. Nome comercial. Marcas mistas. Princípios da territorialidade e especificidade/especialidade. Convenção da União de Paris - CUP.

[...]

2. Não há ilegitimidade passiva do Instituto Nacional de Propriedade Industrial-INPI em ação ordinária que busca invalidar decisão administrativa proferida pela autarquia federal no exercício de sua competência de análise de pedidos de registro marcário, sua concessão e declaração administrativa de nulidade.

3. A tutela ao nome comercial se circunscreve à unidade federativa de competência da junta comercial em que registrados os atos constitutivos da empresa, podendo ser estendida a todo o território nacional desde que seja feito pedido complementar de arquivamento nas demais juntas comerciais. Por sua vez, a proteção à marca obedece ao sistema atributivo, sendo adquirida pelo registro validamente expedido pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI, que assegura ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, nos termos do art. 129, *caput*, e § 1º da Lei n. 9.279/1996. (REsp 1.190.341/RJ, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 05.12.2013, DJe 28.02.2014 e REsp 899.839/RJ, Rel. Ministro *Massami Uyeda*, *Terceira Turma*, julgado em 17.08.2010, DJe 1º.10.2010).

[...]

9. A desconstituição do registro por ação própria é necessária para que possa ser afastada a garantia da exclusividade em todo o território nacional. (REsp 325.158/SP, Rel. Ministra *Nancy Andrighi*, Rel. p/ Acórdão Ministro *Carlos Alberto Menezes Direito*, *Terceira Turma*, julgado em 10.08.2006, DJ 09.10.2006, p. 284 e REsp 1.189.022/SP, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 25.02.2014, DJe 02.04.2014).

[...]

11. Recurso especial provido.

(REsp 1.184.867/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15.05.2014, DJe 06.06.2014)

Agravo regimental no recurso especial. INPI. Marca. Nulidade incidental. Não cabimento. Precedentes.

1. Esta Corte Superior firmou entendimento de que, embora a Lei n. 9.279/1996 preveja, em seu art. 56, § 1º, a possibilidade de alegação de nulidade do registro como matéria de defesa, a melhor interpretação desse dispositivo indica que ele deve estar inserido numa ação própria, na qual que discuta, na Justiça Federal, a nulidade do registro.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 254.141/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 21.06.2012, DJe 28.06.2012)

Propriedade industrial. Marca comercial. Registro. Proteção. Ação cominatória.

Enquanto não for desconstituído o registro da marca no INPI, não é lícito vedar-lhe o uso pela respectiva titular.

(REsp 136.812/SP, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 05.09.2006, DJ 02.04.2007, p. 262)

Propriedade industrial. Marca. Recurso especial. Ação de reparação por danos materiais e compensação por danos morais. Abstenção de uso de marca. Nulidade de registro. Matéria de defesa. Declaração incidental. Impossibilidade. Necessária ação autônoma. Competência da Justiça Federal e participação do INPI. Artigos analisados: arts. 56, § 1º; 57; 175 e 205, da Lei n. 9.279/1996.

1. Ação de reparação por danos materiais, compensação por danos morais e abstenção de uso de marca, ajuizada em 15.12.1999. Recurso especial concluso ao Gabinete em 11.10.2011.

2. Discussão relativa à possibilidade de reconhecimento incidental de nulidade ou ineficácia de registro de marca, alegada como matéria de defesa.

3. Não obstante exista a previsão legal expressa de que o ajuizamento da ação de nulidade de registro de marca se dará "no foro da justiça federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito" (art. 175), não há qualquer disposição acerca da possibilidade de arguição da nulidade como matéria de defesa, como se dá na hipótese de ação cujo objeto seja a nulidade de patente.

4. Ainda que a lei preveja, em seu art. 56, § 1º, a possibilidade de alegação de nulidade da patente como matéria de defesa, a melhor interpretação de tal dispositivo aponta no sentido de que ele deve estar inserido no contexto de uma ação autônoma, em que se discuta, na Justiça Federal, o próprio registro.

5. Não faria sentido exigir que, para o reconhecimento da nulidade pela via principal, seja prevista uma regra especial de competência e a indispensável participação do INPI, mas para o mero reconhecimento incidental da invalidade do registro não se exija cautela alguma. Interpretar a lei deste modo equivaleria a conferir ao registro perante o INPI uma eficácia meramente formal e administrativa.

6. A discussão sobre a validade de um registro de marca, patente ou desenho industrial, nos termos da LPI, tem de ser travada administrativamente ou, caso a parte opte por recorrer ao judiciário, deve ser empreendida em ação proposta perante a Justiça Federal, com a participação do INPI na causa. Sem essa discussão, os registros emitidos por esse órgão devem ser reputados válidos e produtores de todos os efeitos de direito.

7. Recurso especial provido.

(REsp 1.281.448/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05.06.2014, DJe 08.09.2014)

Processual Civil. Competência. Domínio da *internet*. Utilização por quem não tem o registro da marca no INPI.

A Justiça Estadual é competente para processar e julgar ação em que o titular, junto ao INPI, do registro da marca tantofaz.com, sob a especificação de portal da internet, pretende impedir o seu uso por outrem.

Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp 341.583/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 06.06.2002, DJ 09.09.2002, p. 231)

Recurso especial. Propriedade industrial. Concorrência desleal. Justiça Estadual. Abstenção de uso de marca registrada pelo próprio titular. Justiça Federal. Competência. Necessária participação do INPI. Violação ao art. 129 da Lei da Propriedade Industrial.

1. Inexiste violação do art. 535 do Código de Processo Civil se todas as questões jurídicas relevantes para a solução da controvérsia são apreciadas, de forma fundamentada, sobrevindo, porém, conclusão em sentido contrário ao almejado pela parte.

2. A apreciação quanto à possível indenização devida entre particulares decorrente da prática de concorrência desleal é competência da Justiça estadual. Precedente.

3. Compete ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial- INPI avaliar uma marca como notoriamente conhecida. Precedente.

4. A desconstituição do registro por ação própria é necessária para que possa ser afastada a garantia da exclusividade em todo o território nacional. (REsp 325.158/SP, Rel. Ministra ***Nancy Andrighi****, Rel. p/ Acórdão Ministro* ***Carlos Alberto Menezes Direito****,* ***Terceira Turma****, julgado em 10.08.2006, DJ 09.10.2006, p. 284). Não há previsão legal para autorizar a retirada da eficácia de ato administrativo de concessão de registro marcário sem a participação do INPI e sem o ajuizamento de prévia ação de nulidade na Justiça Federal.*

5. Recurso especial provido.

(REsp 1.189.022/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25.02.2014, DJe 02.04.2014)

Propriedade industrial Marca - ***Não se pode impedir o uso da marca, e a exclusividade, a quem e titular de registro no orgão proprio***. *Violação do disposto no artigo 59 do Codigo da Propriedade Industrial. Nome comercial - O registro na Junta Comercial produz eficacia em todo o territorio nacional. O ulterior registro por terceiro, como marca, de expressão de fantasia que nele figura não impede que continue a ser utilizado*.

(REsp 11.767/SP, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 29.06.1992, DJ 24.08.1992, p. 12.997)

Nome comercial Proteção decorrente do disposto no artigo 8. da Convenção da União de Paris. Desnecessidade de que haja sido feito o registro no Brasil. ***Marca - Registro não se pode vedar o uso a quem e titular do registro. A anulação desse havera de ser pleiteada em ação direta***.

(REsp 36.898/SP, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 1º.03.1994, DJ 28.03.1994, p. 6.316)

Processo Civil e Comercial. Desenho industrial. Ação declaratória de inexistência de violação de registro. Competência.

1. A discussão sobre a validade de um registro de desenho industrial, nos termos da Lei, deve ser travada administrativamente ou, caso a parte opte por recorrer ao Poder Judiciário, deve ser empreendida em ação proposta frente à Justiça Federal, com a participação do INPI. Sem essa discussão, os registros emitidos por esse órgão devem ser reputados válidos e produtores de todos os efeitos de direito.

2. Recurso especial provido.

(REsp 1.251.646/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11.12.2012, DJe 04.02.2013)

Comercial e Processual Civil. Marca. Registro. Carencia da ação.

I - *A marca regularmente registrada no INPI, sem que contra a mesma se tenha levantado impugnações, confere a seu titular a propriedade e uso, eis que tem validade* erga omnes. *Assim, enquanto persistir o seu registro, tem-se como carente de ação, a ajuizada contra o seu legitimo detentor*.

II - *Recurso não conhecido*.

(REsp 9.415/SP, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 04.06.1991, DJ 1º.07.1991, p. 9.193)

5. A tese, portanto, do recurso repetitivo, é a seguinte:

As questões acerca do *trade dress* (conjunto-imagem) dos produtos, concorrência desleal e outras demandas afins, por não envolver registro no INPI e

cuidando de ação judicial entre particulares, é inequivocamente de competência da justiça estadual, já que não afeta interesse institucional da autarquia federal. No entanto, compete à Justiça Federal, em ação de nulidade de registro de marca, com a participação do INPI, impor ao titular a abstenção do uso, inclusive no tocante à tutela provisória.

6. No tocante ao recurso interposto por Indústria e Comércio de Cosméticos Natura Ltda. e Natura Cosméticos S.A. (fls. 1.584-1.618), *não há matéria afetada ao rito dos recursos repetitivos, devendo ser julgado pelo Juízo natural (Quarta Turma).*

7. No caso concreto, dou parcial provimento ao recurso especial interposto por SS Industrial S.A. e SS Comércio de Cosméticos e Produtos de Higiene Pessoal Ltda., para, em reconhecimento da incompetência da justiça estadual, afastar a determinação de abstenção de uso de suas próprias marcas registradas.

Após o trânsito em julgado da presente decisão, voto pelo retorno dos autos à Quarta Turma, para o julgamento do outro recurso especial, interposto por Indústria e Comércio de Cosméticos Natura Ltda. e Natura Cosméticos S.A. (fls. 1.584-1.618), cabendo àquele órgão julgador apreciar também a questão relacionada aos ônus da sucumbência.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.602.106-PR (2016/0137679-4)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva
Recorrente: Momentive Química do Brasil Ltda
Advogados: Maria Lucia Lins Conceição e outro(s) - PR015348
Evaristo Aragão Ferreira dos Santos e outro(s) - PR024498
Advogados: Teresa Celina de Arruda Alvim e outro(s) - PR022129
Priscila Kei Sato e outro(s) - PR042074
Recorrente: Arauco do Brasil S.A
Advogado: Francisco Ribeiro Todorov - DF012869
Recorrido: Simone Martins
Advogado: Luiz Carlos da Rocha e outro(s) - PR013832

Interes.: GPC Química S/A
Advogado: Fernando Baum Salomon - RS028856
Interes.: Methanex Chile S/A - "Amicus Curiae"
Interes.: Naviera Ultranav Ltda - "Amicus Curiae"
Advogado: Luiz Roberto Leven Siano e outro(s) - RJ094122

EMENTA

Recursos especiais repetitivos. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Responsabilidade civil ambiental. Ação indenizatória. Danos extrapatrimoniais. Acidente ambiental. Explosão do Navio Vicuña. Porto de Paranaguá. Pescadores profissionais. Proibição temporária de pesca. Empresas adquirentes da carga transportada. Ausência de responsabilidade. Nexo de causalidade não configurado.

1. Ação indenizatória ajuizada por pescadora em desfavor apenas das empresas adquirentes (destinatárias) da carga que era transportada pelo navio tanque Vicuña no momento de sua explosão, em 15.11.2004, no Porto de Paranaguá. Pretensão da autora de se ver compensada por danos morais decorrentes da proibição temporária da pesca (2 meses) determinada em virtude da contaminação ambiental provocada pelo acidente.

2. Acórdão recorrido que concluiu pela procedência do pedido ao fundamento de se tratar de hipótese de responsabilidade objetiva, com aplicação da teoria do risco integral, na qual o simples risco da atividade desenvolvida pelas demandadas configuraria o nexo de causalidade ensejador do dever de indenizar. Indenização fixada no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

3. Consoante a jurisprudência pacífica desta Corte, sedimentada inclusive no julgamento de recursos submetidos à sistemática dos processos representativos de controvérsia (arts. 543-C do CPC/1973 e 1.036 e 1.037 do CPC/2015), "a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato" (REsp n. 1.374.284/MG).

4. Em que pese a responsabilidade por dano ambiental seja objetiva (e lastreada pela teoria do risco integral), faz-se imprescindível, para a

configuração do dever de indenizar, a demonstração da existência de nexo de causalidade apto a vincular o resultado lesivo efetivamente verificado ao comportamento (comissivo ou omissivo) daquele a quem se repute a condição de agente causador.

5. No caso, inexiste nexo de causalidade entre os danos ambientais (e morais a eles correlatos) resultantes da explosão do navio Vicuña e a conduta das empresas adquirentes da carga transportada pela referida embarcação.

6. Não sendo as adquirentes da carga responsáveis diretas pelo acidente ocorrido, só haveria falar em sua responsabilização - na condição de poluidora indireta - acaso fosse demonstrado: (i) o comportamento omissivo de sua parte; (ii) que o risco de explosão na realização do transporte marítimo de produtos químicos adquiridos fosse ínsito às atividades por elas desempenhadas ou (iii) que estava ao encargo delas, e não da empresa vendedora, a contratação do transporte da carga que lhes seria destinada.

7. Para os fins do art. 1.040 do CPC/2015, fixa-se a seguinte TESE: As empresas adquirentes da carga transportada pelo navio Vicunã no momento de sua explosão, no Porto de Paranaguá/PR, em 15.11.2004, não respondem pela reparação dos danos alegadamente suportados por pescadores da região atingida, haja vista a ausência de nexo causal a ligar tais prejuízos (decorrentes da proibição temporária da pesca) à conduta por elas perpetrada (mera aquisição pretérita do metanol transportado).

8. Recursos especiais providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão acompanhando o Sr. Ministro Relator, com acréscimo de fundamentação, decide a Segunda Seção, por unanimidade, dar provimento aos recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os efeitos do artigo 1.040 do CPC/2015, foi fixada a seguinte tese: *As empresas adquirentes da carga transportada pelo navio Vicuña no momento de sua explosão, no Porto de Paranaguá/PR, em 15.11.2004, não respondem pela*

reparação dos danos alegadamente suportados por pescadores da região atingida, haja vista a ausência de nexo causal a ligar tais prejuízos (decorrentes da proibição temporária da pesca) à conduta por elas perpetrada (mera aquisição pretérita do metanol transportado).

Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Nancy Andrighi, Luis Felipe Salomão (voto-vista), Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

DJe 22.11.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de dois recursos especiais interpostos, respectivamente, por *Arauco do Brasil S.A.* (e-STJ fls. 1.886/1.935) e *Momentive Química do Brasil Ltda.* (e-STJ fls. 1.974/2.000), com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Noticiam os autos que a ora recorrida - *Simone Martins* - ajuizou ação indenizatória em desfavor de *Borden Química Indústria e Comércio Ltda.* (atualmente denominada *Momentive Química do Brasil Ltda.*), *Dynea Brasil S.A.* (atualmente incorporada por *Arauco do Brasil S.A.*) e *Synteko Produtos Químicos S.A.* (atualmente denominada *GPC Química S.A.*), objetivando ser compensada por *danos morais* que teria suportado por ter sido *temporariamente impedida de exercer sua profissão de pescadora* em virtude do acidente ambiental relativo à explosão do *navio* ***Vicuña***, de bandeira chilena, em 15 de novembro de 2004, no Porto de Paranaguá.

Em sua petição inicial, sustentou a autora que as empresas requeridas seriam destinatárias (proprietárias) da carga transportada pelo navio *Vicuña* no momento de sua explosão e que por isso seriam também solidariamente responsáveis pelos danos decorrentes do referido acidente, do qual resultou a contaminação ambiental (por oléo e metanol) e, consequentemente, a

proibição da pesca nas Baías de Paranaguá, Antonina e Guaraqueçaba, no litoral paranaense.

O juízo de primeiro grau julgou *improcedente* o pedido autoral sob o fundamento de que (i) o dano moral, no caso em apreço, não teria sido comprovado e (ii) não haveria nexo causal entre a conduta das rés e o dano moral alegadamente suportado pela autora da demanda. A respeito da ausência de nexo de causalidade, o magistrado sentenciante teceu as seguintes considerações:

> (...) Outrossim, mesmo que houvesse o dano, melhor sorte não assiste ao autor haja vista o rompimento do nexo causal entre a conduta (ser proprietária da carga) e o dano (abalo moral perpetrado).
>
> O nexo de causalidade em razão da Teoria da causalidade direta e imediata (art. 403 CC) exige que aquele que deu causa, direta e imediatamente, suporte o ônus que a sua conduta perpetrou.
>
> É inegável que a responsabilidade ambiental em relação ao fato em comento é objetiva. Todavia, sem nexo de causalidade não se pode atribuir como causadora do dano as rés.
>
> Do acórdão citado abaixo, extraio e reproduzo o seguinte: Na hipótese, as empresas rés-apeladas não são poluidoras, nem mesmo por equiparação, pois somente adquiriram a carga que não chegou a lhes ser entregue, uma vez que a explosão do navio ocorreu ainda no terminal marítimo, antes da tradição da coisa. O ato de adquirir determinado produto, por si, não caracteriza o nexo de causalidade com o dano reclamado, uma vez que, a mera aquisição, sem a tradição da coisa, não é a causa dos prejuízos. Os prejuízos foram causados pela explosão do navio, sem guardar relação com a compra do produto por ele transportado.
>
> Já decidiu o egrégio Tribunal de Justiça, em demandas iguais provenientes da Comarca de Paranaguá o seguinte:
>
> > Rés que apenas adquiriram a carga. Ausência de tradição da coisa. Falta de nexo causal entre a compra da carga e os danos causados. Responsabilidade do proprietário do navio e do terminal marítimo. Improcedência (Ap. Cív. 939.434-9).
>
> Neste caso, mesmo sendo dano ambiental, as rés não concorreram para a ocorrência da explosão do navio, não podendo ser responsabilizadas por algo que não estava ao seu alcance.
>
> Não comprovado o ilícito, não há que se falar em reparação do dano causado, como preceitua o art. 927 do CC (e-STJ fls. 1.520/1.521).

Irresignada, a demandante interpôs recurso de apelação (e-STJ fls. 1.526/1.537).

A Oitava Câmara Cível do TJ/PR, por unanimidade de votos dos seus integrantes, *deu provimento ao apelo* para o fim de condenar as requeridas, solidariamente, ao pagamento de *indenização à autora, por danos morais, no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais)*. Eis a ementa do aresto naquela oportunidade exarado:

> Apelação cível. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos morais. Acidente ambiental. Explosão do Navio Vicuña. Vazamento de metanol e óleos combustíveis e lubrificantes nas Baías de Paranaguá, Antonina e Guaraqueçaba. Pretensão de responsabilização das empresas proprietárias da carga. Sentença de improcedência. Preliminares levantadas pelas requeridas em sede de contrarrazões. Ilegitimidade ativa e ausência de interesse processual. Questões devidamente afastadas na sentença. Ausência de recurso competente. Não conhecimento. Mérito. Reforma da sentença que se impõe. Teoria do risco integral. Responsabilidade objetiva e solidária entre todos aqueles que, direta ou indiretamente, se aproveitam da atividade poluidora. Artigo 3º, inciso IV, da Lei n. 6.938/1981. Ação civil pública perante a Justiça Federal decorrente do mesmo fato. Manutenção dos compradores da mercadoria/carga no polo passivo da ação. Nexo causal verificado. Dano moral patente. Proibição da pesca por 60 dias. Angústia e aflição presentes. Impossibilidade do desempenho das atividades de pescador profissisonal. Sentença reformada. Inversão do ônus da sucumbência. Recurso provido por unanimidade.
>
> 1. "Art. 3º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental; (Lei n. 6.938/1981)".
>
> 2. "Assim sendo, surgem como responsáveis solidários pela reparação do dano ambiental todos aqueles que, direta ou indiretamente, se aproveitam da atividade poluidora. Portanto, não há como afastar da cadeia causal, geradora do prejuízo ao meio ambiente, a participação dos compradores e vendedora da mercadoria, já que a presença da substância tóxica no território, pressupõe o negócio jurídico firmado entre as partes. (TRF Região - AG 2006.04.00.003071-7-PR - 3ª Turma - Rel. Des. Vânia Hack de Almeida - DOU 09.5.2007)".
>
> 3. "Configuração de dano moral.- Patente o sofrimento intenso de pescador profissional artesanal, causado pela privação das condições de trabalho, em conseqüência do dano ambiental, é também devida a indenização por dano moral, fixada, por equidade, em valor equivalente a um salário-mínimo. e) termo inicial de incidência dos juros moratórios na data do evento danoso.- Nos termos da Súmula 54/STJ, os juros moratórios incidem a partir da data do fato, no tocante

> aos valores devidos a título de dano material e moral; (REsp n. 1.114.398/PR, Rel. Ministro *Sidnei Beneti*, *Segunda Seção*, julgado em 08.02.2012, DJe 16.02.2012)".
>
> 4. "Sopesadas as nuances da espécie em litígio, aliadas as condições econômicas das partes litigantes - pescador profissional e empresas de grande porte -, bem ainda as próprias condições que envolveram o evento danoso e objetivando uma valoração razoável e proporcional ao dano moral ocorrido, deve ser provido o recurso, para o fim de condenar os requeridos/apelados, solidariamente, ao pagamento de indenização a título de dano moral no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), pois suficiente para compensar o abalo sofrido pela apelante, sem lhe causar enriquecimento ilícito, e para alcançar o caráter pedagógico do dano moral. Justifica-se, ainda, a fixação do dano moral neste patamar, tendo em vista o período de incidência dos juros moratórios (desde 15.11.2004)" (e-STJ fls. 1.826/1.829).

Vislumbrando a existência de omissões no acórdão, *Momentive Química do Brasil Ltda.* opôs embargos de declaração (e-STJ fls. 1.848/1.861) que foram rejeitados (e-STJ fls. 1.868/1.881).

Nas razões de seu recurso especial (e-STJ fls. 1.886/1.935), a primeira recorrente - *Arauco do Brasil S.A.* - aponta, além da existência de dissídio jurisprudencial, violação dos seguintes dispositivos legais com as respectivas teses:

(i) art. 458 do Código de Processo Civil de 1973 - por não ter havido, no acórdão recorrido, emissão de juízo de valor a respeito do "pedido de produção de provas (art. 333, II, do Código de Processo Civil), bem como das questões atinentes ao: a) nexo causal sob o prisma do artigo 2º da Lei n. 9.605/1998; b) quantificação dos danos morais (artigo 944 do Código Civil); c) enriquecimento ilícito (artigo 884 do Código Civil) e d) juros de mora (artigo 407 do Código Civil)" (e-STJ fls. 1.896/1.897);

(ii) arts. 128 e 515 do CPC/1973 - porque não teriam sido apreciadas as alegações relativas à ilegitimidade ativa da recorrida à luz do disposto nos arts. 3º, 267, inciso VI, 295, inciso II, e 301, inciso XI, do CPC/1973;

(iii) arts. 3º, 267, 283, 295, inciso II, 301 e 396 do CPC/1973 - porque a autora da demanda não teria comprovado sua condição de pescadora profissional artesanal e o exercício dessa atividade no período do acidente, além de seu nome não constar no rol de beneficiários do seguro-defeso no período da interdição das baías de Paranaguá, Antonina e Guaraqueçaba, a despeito das Resoluções n. 411/2004 e 417/2004 do Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalho terem assegurado referido benefício aos pescadores profissionais daquelas regiões durante o período de proibição da atividade pesqueira;

(iv) art. 2º da Lei n. 9.605/1998 - porque seria patente a ausência de responsabilidade da recorrente pelos prejuízos alegadamente suportados pela autora da demanda, visto que não tinha nenhuma autoridade sobre o navio que transportava o metanol que havia adquirido e também não era responsável pela manutenção da embarcação, não possuindo, assim, capacidade de impedir o evento danoso (já que o laudo técnico acostado aos autos apontou a ausência de manutenção do navio como causa de sua explosão). Desse modo, inexistindo ação ou omissão de sua parte, não haveria falar na existência de nexo causal, sendo desarrazoado atribuir-lhe responsabilidade pelo acidente em virtude do simples fato de ser adquirente de parte da carga que, por causa da explosão (que não causou nem poderia evitar), terminou sendo lançada ao mar;

(v) art. 3º, inciso IV, da Lei n. 6.938/1981 - porque não há nada na legislação vigente que "torne solidariamente responsáveis pelos danos ambientais eventuais proprietários de uma carga que em nenhum momento contribuíram para o dano ambiental" (e-STJ fl. 1.916) e porque, além disso, "a solidariedade não se presume, nem pode ser deduzida quando a lei assim não se manifesta expressamente" (e-STJ fl. 1.916);

(vi) art. 944 do Código Civil - porque a Corte de origem não teria levado em consideração a extensão do dano, a conduta do ofensor, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para justificar a condenação das requeridas no desarrazoado montante de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), e

(vii) art. 407 do Código Civil - pois a incidência de juros de mora sobre a indenização por danos morais só deveria ocorrer a partir do arbitramento da referida verba.

A segunda recorrente - *Momentive Química do Brasil Ltda.* (e-STJ fls. 1.974/2.000), -, por sua vez, aponta violação dos seguintes dispositivos legais com as respectivas teses:

(i) art. 535, inciso II, do CPC/1973 - porque a Corte de origem, ao rejeitar seus embargos de declaração, teria deixado de "se manifestar acerca da aplicação equivocada do inciso IV do art. 3º da Lei n. 6.938/1981" bem como deixado "de corrigir a omissão quanto ao fato de que a ora recorrente estava impedida de evitar o evento danoso" (e-STJ fl. 1.984) e, além disso, não teria se pronunciado quanto "à necessidade de dilação probatória", "aos critérios para quantificação do dano moral" e ao "termo inicial para fixação dos juros moratórios" (e-STJ fls. 1.985);

(ii) art. 2º da Lei n. 9.605/1998 - porque seria impossível para a recorrente impedir o evento danoso ocorrido, sendo, por isso, patente a existência de nexo causal ligando ação ou omissão sua ao incidente em questão;

(iii) art. 3º, inciso IV, da Lei n. 6.938/1981 - porque, no caso, não haveria responsabilidade sua à luz do direito ambiental;

(iv) arts. 333, inciso II, do CPC/1973, 927, parágrafo único, do Código Civil e 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981 - pois a prova dos autos indicaria que o metanol adquirido pela recorrente, que acabou sendo lançado ao mar na explosão do navio antes mesmo de sua efetiva sua tradição, não foi a substância realmente responsável pela contaminação ambiental ocorrida;

(v) art. 944 do Código Civil - por não terem sido devidamente observados os parâmetros para quantificação da indenização por danos morais;

(vi) art. 884 do Código Civil - por ser vedado o enriquecimento ilícito, e

(vii) art. 407 do Código Civil - pois a incidência de juros de mora sobre a indenização por danos morais só deveria ocorrer a partir do arbitramento da referida verba.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 2.012/2.028), ambos os recursos foram admitidos na origem, tendo sido ali indicados como representativos de controvérsia (fls. 2.030/2.031) juntamente com o recurso especial que, nesta Corte, foi autuado como REsp n. 1.596.081/PR.

Diante da multiplicidade de recursos versando a respeito de uma mesma questão controvertida (*eventual* ***responsabilidade das empresas adquirentes da carga do Navio Vicuña pelo dano ambiental decorrente da explosão dessa embarcação na baía de Paranaguá em 15.11.2004***), o julgamento dos presentes recursos especiais foi submetido à Segunda Seção desta Corte, conforme o rito dos arts. 1.036 e 1.037 do Código de Processo Civil de 2015 (fls. 561/562).

Foram expedidos ofícios aos Presidentes dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais e foi concedida vista dos autos ao Ministério Público Federal para manifestação.

O Ministério Público Federal, em parecer subscrito pelo Subprocurador-Geral da República Pedro Henrique Távora Niess, opinou pelo não conhecimento ou, alternativamente, não provimento dos recursos especiais, afirmando, ainda, que, para os efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973 (art. 1.040 do CPC/2015), deve

> (...) prevalecer a tese, já consolidada nesse Sodalício, de que "tratando de ação indenizatória por dano ambiental, a responsabilidade pelos danos causados é objetiva, pois fundada na teoria do risco integral", e deve ser imputada a todos aqueles que obtiveram proveito da atividade que resultou no dano ambiental, configurando-se, assim, a responsabilidade das empresas adquirentes da carga do Navio Vicuña pelo dano ambiental decorrente da explosão na baía de Paranaguá (e-STJ fls. 2.261/2.262).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): A irresignação merece prosperar.

Estando prequestionados, ainda que implicitamente, os dispositivos legais apontados pelas ora recorrentes como malferidos e preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade recursal, impõe-se o conhecimento do apelo nobre.

O cerne da presente controvérsia é definir se as *empresas adquirentes* da carga do navio Vicuña podem ser consideradas responsáveis pelo dano ambiental e, consequentemente, por danos extrapatrimoniais alegadamente suportados por terceiros (pescadores profissionais que se viram impedidos temporariamente de exercer seu labor), em decorrência da explosão da referida embarcação na baía de Paranaguá em 15.11.2004.

1 - Breve resumo do cenário fático-processual da demanda

É fato notório e incontroverso que na noite de 15 de novembro de 2004, por volta das 19h45, durante operação de descarga, no terminal privado da empresa ***Cattalini Terminais Marítimos***, localizado em Paranaguá/PR, o navio tanque *Vicuña*, de bandeira chilena, de propriedade da ***Sociedad Naviera Ultragaz***, explodiu, causando - além da morte de 4 (quatro) de seus tripulantes, de avarias ao cais, às instalações do terminal e a pequenas embarcações próximas - a contaminação do ambiente pelo óleo combustível da embarcação (oléo bunker, óleo diesel e óleos lubrificantes) e por parte de sua carga (metanol).

O navio chegou ao Porto de Paranaguá transportando 11.226,521 toneladas de metanol, produto que tinha as três empresas que figuram como rés na presente ação indenizatória como destinatárias na seguinte proporção:

5.546,521 toneladas destinadas a *Borden Química Indústria e Comércio Ltda.* (atualmente denominada *Momentive Química do Brasil Ltda.*), 3.670 toneladas destinadas a *Dynea Brasil S.A.* (atualmente incorporada por *Arauco do Brasil S.A.*) e 2.010 toneladas destinadas a *Synteko Produtos Químicos S.A.* (atualmente denominada *GPC Química S.A.*).

No momento exato da explosão já haviam sido descarregadas, no terminal portuário, 7.147,288 toneladas do metanol transportado, restando, dessa forma, a bordo da embarcação 4.079,233 toneladas do produto que, em sua totalidade "queimou-se, volatilizou-se ou ainda diluiu-se na água do mar nas primeiras horas, ou nos primeiros dias, após o acidente" (e-STJ fl. 118).

A contaminação causou severos danos ambientais e comprometeu a pesca nas baías de Paranaguá, Antonina e Guaraqueçaba por cerca de 60 (sessenta) dias.

Oportuno ressaltar também que as recorrentes adquiriram o metanol transportado pelo navio *Vicuña* da empresa ***Methanex Chile Limited***, responsável tanto pela contratação quanto pelo pagamento do frete marítimo, em que foi adotada *a modalidade de frete denominada CIF - Cost, insurence and freight* -, na qual *a tradição da mercadoria se dá no momento de sua efetiva entrega ao comprador*, e não no ato de embarque do produto, que é característica própria da modalidadade FOB - *free on board*.

A autora da demanda, ora recorrida, ajuizou a ação indenizatória em tela no dia 5 de setembro de 2007, afirmando-se *pescadora profissional* e, por isso, objetivando compensação por danos morais que alega ter suportado em virtude de ter sido impedida de exercer sua profissão pelo período de 60 (sessenta) dias.

No polo passivo da demanda, a autora optou por incluir apenas as ora recorrentes e a empresa *Synteko Produtos Químicos S.A.* (atualmente denominada *GPC Química S.A.*), todas *adquirentes* da carga que era transportada no momento da explosão da embarcação, sob o entendimento de que seriam elas, a teor do que dispõem os arts. 3º, inciso IV, 4º, inciso VII e 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981, solidariamente responsáveis pela reparação dos danos extrapatrimoniais que afirma ter suportado, haja vista *terem contribuído* ***indiretamente*** *para a degradação ambiental* resultante da mencionada explosão.

O pedido inicial foi julgado improcedente pelo juízo de primeiro grau (e-STJ fls. 1.517/1.521), sendo a respectiva sentença reformada, por unanimidade de votos dos integrantes da Oitava Câmara Cível do TJ/PR que, dando provimento ao recurso de apelação intentado pela autora, concluíram

que a hipótese seria de *responsabilidade objetiva* com adoção da *teoria do risco integral* e que, ao contrário do que decidido pelo magistrado sentenciante, estaria, sim, configurado o *nexo de causalidade*, pois este consistiria na própria "atividade de risco indiretamente assumida pelas ***proprietárias*** da carga poluente transportada" (e-STJ fl. 1.838).

A ação foi, assim, julgada procedente, sendo as recorrentes condenadas ao pagamento, em prol da autora, de indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Daí a interposição dos recursos especiais ora em apreço, nos quais as recorrentes veiculam alegações de ofensa tanto a dispositivos da lei processual (arts. 3º, 128, 267, 283, 295, II, 333, II, 458 e 535, inciso II, do CPC/1973) quanto aos arts. 2º da Lei n. 9.605/1998; 3º, inciso IV, da Lei n. 6.938/1981 e 407, 884, 927, parágrafo único, e 944 do Código Civil.

2 - Da necessidade de submissão do feito ao rito dos arts. 1.036 e 1.037 do Código de Processo Civil de 2015

Centenas de demandas idênticas a esta aportaram na Justiça Comum do Estado do Paraná, onde têm recebido, conforme informações apresentadas pelo próprio Tribunal de Justiça daquele ente da Federação, soluções díspares.

Com efeito, diante de um mesmo cenário fático, *ora se tem concluído pela existência do dever das recorridas de indenizar, ora se tem afastado tal responsabilidade em virtude da inexistência de* ***nexo causal*** *a vincular qualquer ação ou omissão destas ao dano ambiental suscitado* e, consequentemente, ao dano extrapatrimonial alegadamente suportado por pescadores da região atingida.

A não uniformização do entendimento jurídico aplicável a questionamento relativo à responsabilidade por um mesmo fato concreto - no caso, o acidente ambiental resultante da explosão do navio Vicunã na baía do Paranaguá - não tem se restringido ao primeiro grau de jurisdição, tanto que, ao indicar o presente feito como representativo da controvérsia, a Primeira Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná destacou que *as centenas de ações idênticas à presente em curso também ali estariam recebendo tratamento distinto*, haja vista a discrepância das orientações esposadas pelas Oitava e Nona Câmaras Cíveis daquela Corte (e-STJ fls. 2.030/2.031).

Nesse particular, foi registrado na mencionada decisão de fls. 2.030/2.031 (e-STJ) que:

> (...) a oitava Câmara Cível desta Corte entende que *se aplica ao caso a teoria do risco integral, de modo que, sendo objetiva a responsabilidade das empresas proprietárias da carga e exercendo atividade que acarrete risco ao meio ambiente, devem responder pelos danos decorrentes independente da perquirição de culpa*. Sustenta, ainda, que, com base no artigo 3º, inciso IV, da Lei n. 6.938/1981, *presente o nexo de causalidade diante da aplicação do princípio do poluidor pagador* (Apelação Cível n. 1.289.464-9/02).
>
> Por sua vez, *a Nona Câmara Cível deste mesmo Tribunal, em idêntica situação, concluiu que a adição da teoria do risco integral não afasta a necessidade de comprovar a existência do nexo de causalidade*, como pressuposto necessário para caracterizar a responsabilidade civil. E entende que, *no caso, "não há como estabelecer nexo de causalidade entre o simples fato de a carga transportada pelo navio ter sido adquirida pelas rés e os danos reclamados na inicial"*, concluindo que "não se revela razoável imputar às rés a responsabilidade pelos prejuízos causados pela explosão do navio, já que *o evento danoso ocorreu antes da tradição*" (Apelação Cível n. 1.335.427-7) (grifou-se).

A matéria não é nova neste Tribunal, já tendo sido monocraticamente apreciada por quase todos os ministros integrantes da Segunda Seção. Nesses casos, *todos envolvendo a mesma situação fática ora descrita*, concluiu-se pela impossibilidade de êxito de recursos especiais interpostos contra acórdãos nos quais havia prevalecido a orientação oposta a que restou esposada pelo aresto ora recorrido (que julgavam improcedente o pleito indenizatório autoral por ausência de nexo de causalidade) em virtude da suposta incidência do óbice da Súmula n. 7/STJ.

Vale mencionar, a título de exemplo, os seguintes julgados: *AREsp n. 894.585/PR*, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, decisão publicada em 16.6.2016; *AREsp n. 894.736/PR*, Relator o Ministro Marco Buzzi, decisão publicada em 3.6.2016; *AREsp n. 895.031/PR*, Relator o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, decisão publicada em 2.6.2016, e *AREsp n. 931.188/PR*, Relator o Ministro Marco Aurélio Bellizze, decisão publicada em 1º.7.2016.

Cumpre registrar também que, após a publicação da decisão de submissão do do recurso ao rito dos arts. 1.036 e 1.037 do CPC/2015 (e-STJ fls. 1.888/1.890), decidiu-se, em *dezenas* de outros feitos que aqui pendiam de julgamento, determinar o retorno dos autos à Corte de origem para que lá o recurso aguardasse suspenso até o pronunciamento definitivo da Segunda Seção a respeito do *Tema 957*. Dentre eles, cumpre mencionar os seguintes: *AgInt no AREsp n. 872.680/PR*, Relator o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, decisão publicada em 5.10.2016; *AREsp n. 894.503/PR*, Relatora a Ministra Nancy

Andrighi, decisão publicada em 10.4.2017; *AREsp n. 931.021/PR*, Relator o Ministro Moura Ribeiro, decisão publicada em 24.11.2016; *AREsp n. 931.097/PR*, Relator o Ministro Antonio Carlos Ferreira, decisão publicada em 6.4.2017; *AREsp n. 933.553/PR*, Relator o Ministro Raul Araújo, decisão publicada em 17.4.2017; *AREsp n. 967.012/PR*, Relator o Ministro Marco Buzzi, decisão publicada em 1º.2.2017, e *REsp n. 1.602.689/PR*, Relator o Ministro Marco Aurélio Bellizze, decisão publicada em 22.2.2017.

Desse modo, evidenciado o caráter multitudinário da demanda e sendo certa a existência de pronunciamentos judiciais discrepantes a respeito de um mesmo fato jurídico, revela-se salutar a atuação desta Corte Superior para impedir a manutenção de dissonantes interpretações da legislação federal relacionadas à *questão ora controvertida que, como se pode facilmente inferir dos autos*, *é* ***eminentemente de direito***, não demandando reapreciação de nenhuma das provas ali produzidas.

Impende salientar que essa postura uniformizadora tem sido assumida pela Segunda Seção em casos semelhantes. Foi o que ocorreu, por exemplo, no julgamento dos recursos repetitivos referentes aos danos sofridos por pescadores em virtude da contaminação do rio Sergipe por vazamento de amônia (REsp n. 1.354.536/SE, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 5.5.2014) e de outro importante acidente ambiental havido no Porto de Paranaguá, relativo à colisão do navio N-T Norma (REsp n. 1.114.398/PR, Relator o Ministro Sidnei Beneti, DJe de 8.12.2012).

Em síntese, cumpre a esta Corte Superior definir se, diante do cenário fático delineado no item 1 deste voto, as empresas adquirentes da carga que era transportada pelo navio Vicuña no momento de sua explosão, em 15 de novembro de 2004, no Porto de Paranaguá, são ou não responsáveis pelos danos ambientais causados na região e, consequentemente, pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais suportados por pescadores profissionais que se viram, por conta disso, temporariamente proibidos de ali exercer sua profissão.

3 - Da não ocorrência da aludida violação dos arts. 458 e 535 do CPC/1973

De início, inviável o acolhimento das teses recursais relativas à suposta ofensa aos arts. 458 e 535 do Código de Processo Civil de 1973.

Com efeito, o que se infere dos autos é que o Tribunal de origem não incorreu em negativa de prestação jurisdicional e agiu corretamente ao rejeitar

os declaratórios opostos pela segunda recorrente (*Momentive Química do Brasil Ltda.*), não subsistindo nenhuma omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado, ficando patente, em verdade, o intuito infringente da irresignação, visto que a única pretensão da embargante era convencer a Corte local de que, ao contrário do que ali decidido, não estaria configurado o nexo causal e, consequentemente, o dano moral indenizável aludido na petição inicial.

Como consabido, a estreita via dos embargos de declaração não se presta à reforma do julgado impugnado.

A propósito:

> Processo Civil. Agravo. Exceção de pré-executividade. Negativa de prestação jurisdicional. Inexistência de omissão ou contradição.
>
> 1. O artigo 535 do Código de Processo Civil dispõe sobre omissões, obscuridades ou contradições existentes nos julgados. Trata-se, pois, de recurso de fundamentação vinculada, restrito a situações em que se verifica a existência dos vícios na lei indicados.
>
> 2. Afasta-se a violação do art. 535 do CPC quando o decisório está claro e suficientemente fundamentado, decidindo integralmente a controvérsia. (...).
>
> (AgRg no Ag n. 1.176.665/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 10.5.2011, DJe 19.5.2011).

> Recurso especial. Negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência (...)
>
> 1. Os embargos de declaração consubstanciam-se no instrumento processual destinado à eliminação, do julgado embargado, de contradição, obscuridade ou omissão sobre tema cujo pronunciamento se impunha pelo Tribunal, não se prestando para promover a reapreciação do julgado. (...).
>
> (REsp n. 1.134.690/PR, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 15.2.2011).

Registra-se, ainda, que o órgão julgador não está obrigado a se pronunciar acerca de todo e qualquer ponto suscitado pelas partes, mas apenas sobre aqueles considerados suficientes para fundamentar sua decisão.

A motivação contrária ao interesse da parte ou mesmo omissa quanto aos pontos considerados irrelevantes pelo julgador não autoriza o acolhimento dos embargos declaratórios.

Daí porque, sob nenhum prisma, revelam-se malferidos os arts. 458 e 535 do CPC/1973.

4 - Da responsabilidade objetiva por dano ambiental (teoria do risco integral)

Rechaçada a alegação de ocorrência de negativa de prestação jurisdicional pela Corte de origem, impõe-se logo a apreciação do cerne da irresignação recursal, que se restringe a definir se, diante da realidade fática incontroversa dos autos e à luz do que dispõem os 2º da Lei n. 9.605/1998, 3º, inciso IV, da Lei n. 6.938/1981 e 884, 927 e 944 do Código Civil, são as empresas ora recorrentes solidariamente responsáveis pela reparação dos danos extrapatrimoniais alegadamente suportados pela autora da demanda, pescadora profissional, que se viu temporariamente impedida de exercer sua profissão em virtude da contaminação ambiental provocada pelo derramamento de óleo combustível e metanol na explosão do navio Vicuña.

A discussão, diga-se de pronto, não se refere a ser ou não aplicável ao caso em apreço a teoria do risco integral, mesmo porque, à luz da jurisprudência hoje pacífica desta Corte, a aplicação da referida teoria a casos como o ora em exame é inequívoca.

Afinal, o Superior Tribunal de Justiça tem orientação firme, consolidada inclusive no julgamento de outros dois apelos nobres também submetidos à sistemática dos recursos representativos da controvérsia (art. 543-C do CPC/1973 - arts. 1.036 e 1.037 do CPC/2015), no sentido de que

> (...) *a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato*, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar (REsp n. 1.374.284/MG, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Segunda Seção*, julgado em 27.8.2014, DJe de 5.9.2014 e REsp n. 1.354.536/SE, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Segunda Seção*, julgado em 26.3.2014, DJe de 5.5.2014).

Na mesma linha:

> Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Responsabilidade civil. Dano ambiental. Baía de Guanabara. Legitimidade ativa e prova suplementar Ausência de prequestionamento. Incidência das Súmulas n. 282 e 356 do STF. Ônus probatório. Inversão. Precedente. Desconstituição da prova emprestada e necessidade de produção de prova suplementar. Análise. Óbice da Súmula n. 7/STJ. Decisão mantida.
>
> 1. A simples indicação dos dispositivos legais tidos por violados, sem que o tema tenha sido enfrentado pelo acórdão recorrido, obsta o conhecimento do

recurso especial, por falta de prequestionamento, a teor das Súmulas n. 282 e 356 do STF.

2. *Tratando-se de ação indenizatória por dano ambiental, a responsabilidade pelos danos causados é objetiva, pois fundada na teoria do risco integral*. Assim, cabível a inversão do ônus da prova. Precedente.

3. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7 do STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp n. 533.786/RJ, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 22.9.2015, DJe de 29.9.2015 - grifou-se).

Recurso especial. Responsabilidade civil. Dano ambiental privado. Resíduo industrial. Queimaduras em adolescente. Reparação dos danos materiais e morais.

1 - Demanda indenizatória movida por jovem que sofreu graves queimaduras nas pernas ao manter contato com resíduo industrial depositado em área rural.

2 - A responsabilidade civil por danos ambientais, seja por lesão ao meio ambiente propriamente dito (dano ambiental público), seja por ofensa a direitos individuais (dano ambiental privado), é objetiva, fundada na teoria do risco integral, em face do disposto no art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981.

3 - A colocação de placas no local indicando a presença de material orgânico não é suficiente para excluir a responsabilidade civil.

4 - Irrelevância da eventual culpa exclusiva ou concorrente da vítima.

5 - Quantum indenizatório arbitrado com razoabilidade pelas instâncias de origem. Súmula 07/STJ.

6 - Alteração do termo inicial da correção monetária (Súmula 362/STJ).

7 - *Recurso especial parcialmente provido*.

(REsp n. 1.373.788/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 6.5.2014, DJe de 20.5.2014 - grifou-se).

De todo o modo, como bem reconhecido pela Corte local, *a aplicação da teoria do risco integral a casos de responsabilidade civil por danos ambientais não exime os autores de demandas reparatórias do dever de demonstrar a existência de nexo de causalidade* entre os efeitos danosos que afirmam ter suportado e o comportamento comissivo ou omissivo daqueles a quem imputam a condição de causadores, direta ou indiretamente, de tais danos.

Nessa esteira, cumpre destacar a remansosa jurisprudência desta Corte a respeito do tema, que é firme ao consignar que, *em que pese a responsabilidade*

por dano ambiental ser objetiva (e lastreada pela teoria do risco integral), faz-se imprescindível, para a configuração do dever de indenizar, a demonstração do nexo causal a vincular o resultado lesivo à conduta efetivamente perpetrada por seu suposto causador.

A propósito:

> Administrativo. Processual Civil. Ausência de omissão. Art. 535, II, do CPC. Divergência jurisprudencial não comprovada. Falta de prequestionamento. Súmula 211/STJ. Contexto fático diferente. Culpa da Veplan pela rescisão do contrato administrativo.
>
> 1. Trata o presente feito de litígio entre a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária e a Veplan Hotéis e Serviços S/A sobre a responsabilidade pela rescisão de contrato administrativo entabulado entre as partes para a construção de um hotel no Aeroporto Internacional de São Paulo/Guarulhos. O Tribunal de origem entendeu que a culpa da rescisão foi da Veplan, apesar da Infraero ter omitido do edital do certame o estudo da viabilidade ambiental da obra.
>
> (...) 9. *A responsabilidade ambiental é objetiva*, ***bastando a comprovação do nexo causal***. Em outras palavras, o dever de reparação independe de culpa do agente e se aplica a todos que direta ou indiretamente teriam responsabilidade pela atividade causadora de degradação ambiental.
>
> (...) 13. Recurso Especial da Veplan não provido e Recurso Especial da Infraero parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.
>
> (REsp n. 1.449.765/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 2.8.2016, DJe de 10.10.2016 - grifou-se)

> Administrativo. Ação civil pública. Danos ambientais. Pesca predatória de arrasto dentro das três milhas marítimas. Responsabilidade objetiva independente de culpa. Imprescindível, entretanto, a demonstração do nexo de causalidade. Fundamentos insuficientes para a reforma da decisão. Agravo regimental desprovido.
>
> *1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que, apesar da responsabilidade por dano ambiental ser objetiva,* ***deve ser demonstrado o nexo de causalidade*** *entre a conduta e o resultado*. Precedentes.
>
> 2. A aplicação desse entendimento através de decisão monocrática está de acordo com o art. 557 do CPC e, portanto, não configura nulidade a ser sanada.
>
> 3. Os argumentos postos no Agravo Regimental não são suficientes para modificar o entendimento trazido na decisão recorrida, que se mantém pelos próprios fundamentos.
>
> 4. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.210.071/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 5.5.2015, DJe de 13.5.2015 - grifou-se).

Direito Civil. Recurso especial. Responsabilidade civil. Dano ambiental. Responsabilidade objetiva pela emissão de flúor na atmosfera. Teoria do risco integral. Possibilidade de ocorrer danos individuais e à coletividade. Nexo de causalidade. Súmula n. 7/STJ. Dano moral *in re ipsa*.

1. Inexiste violação do art. 535 do Código de Processo Civil se todas as questões jurídicas relevantes para a solução da controvérsia são apreciadas, de forma fundamentada, sobrevindo, porém, conclusão em sentido contrário ao almejado pela parte.

2. É firme a jurisprudência do STJ no sentido de que, *nos danos ambientais, incide a teoria do risco integral, advindo daí o caráter objetivo da responsabilidade, com expressa previsão constitucional (art. 225, § 3º, da CF) e legal (art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981), sendo, por conseguinte, descabida a alegação de excludentes de responsabilidade*, ***bastando, para tanto, a ocorrência de resultado prejudicial ao homem e ao ambiente advindo de uma ação ou omissão do responsável***.

3. A premissa firmada pela Corte de origem, de existência de relação de causa e efeito entre a emissão do flúor na atmosfera e o resultado danoso na produção rural dos recorridos, é inafastável sem o reexame da matéria fática, procedimento vedado em recurso especial. Aplicação da Súmula 7/STJ.

(...) 7. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp n. 1.175.907/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19.8.2014, DJe de 25.9.2014 - grifou-se).

É justamente nesse ponto específico - referente à configuração ou não do nexo de causalidade - que reside a controvérsia a ser dirimida e que, pelo que se infere dos autos, não restou bem decida pelos integrantes da Oitava Câmara Cível do TJ/PR.

Com efeito, de modo distinto do que concluiu a Corte local no caso em apreço, a improcedência do pedido autoral é, de fato, medida que se impõe, pois, como bem compreendido pelo juízo de primeiro grau, *não está configurado o nexo de causalidade* apto a vincular o resultado danoso alegadamente suportado pela ora recorrida (danos morais resultantes do empecilho temporário ao desempenho de sua atividade profissional) à conduta efetivamente perpetrada pelas ora recorrentes, consistente na simples aquisição pretérita da carga que era transportada pelo navio tanque Vicuña no momento de sua explosão e que, por isso, acabou contribuindo para a contaminação ambiental.

Nesse aspecto, vale anotar que as conclusões do inquérito instaurado para investigar as causas do acidente, apesar de não apontarem com precisão qual teria sido a causa determinante da explosão do navio, foram categóricas (a partir do exame das quatro hipóteses levantadas pelos peritos como sendo potenciais causadoras do evento) ao afirmar que "*são possíveis responsáveis diretos pelo acidente a* ***Sociedade Naviera Ultragas*** *e o* ***Terminal Catallini***" (e-STJ fl. 306 - grifou-se).

Faz-se oportuna a transcrição do que restou expressamente consignado na parte conclusiva do mencionado inquérito:

> (...) De tudo quanto contém os presentes autos, conclui-se:
>
> I) fatores que contribuíram para o acidente:
>
> (a) fator humano - Não foi observada a influência do fator humano no seu aspecto bio-psicológico.
>
> (b) fator material - *Tanto o terminal da Catallini quanto o* ***NM Vicuña*** *apresentavam irregularidades conforme citado nos itens "Fatores considerados de risco atribuíveis a Catallini e Fatores de risco atribuíveis ao navio" acima citados, consideradas sérias e capazes de provocar um acidente de vulto. Não foi possível estabelecer com certeza o responsável pela explosão seguida de incêndio do* ***NT Vicuña****, mas ressalta-se a responsabilidade pelo risco que gerou, conforme o item 15, alínea 'e' da Lei n. 2.180/1954.*
>
> (c) fator operacional - Não foi observada a influência do fator operacional.
>
> II) que, em consequência, houve o acidente que resultou, conforme as folhas 4.201 e 4.202 (folha 30 e 31 do relatório da perícia da CPPR), na morte dos Senhores José Manzo Obreque, Ronald Rios Peña, Adriasola Juan Carlos Sepúlveda, Alfredo Omar Vidal; perda total do navio, após explosão, não restando outra alternativa senão o seu terminal à operação; também foram registradas avarias leves em embarcações fundeadas na parte interna do terminal e em edificações na cidade de Paranaguá; *poluição pelo metanol por ser um composto inflamável, altamente volátil e explosivo, todo o produto existente no navio queimou-se, volatilizou-se ou ainda diluiu-se na água do mar nas primeiras horas, ou nos primeiros dias, após o acidente. Sendo assim,* ***nenhuma quantidade desse material foi recuperada durante os trabalhos de desmonte do navio***; poluição pelo óleo combustível e diesel porque o navio carregava aproximadamente 1.416 toneladas de óleo, equivalentes a 1.467.000 litros, sendo cerca de 80% desse total representado pelo óleo 'bunker', e de acordo com o relatório da Transpetro/Petrobras, de 13.04.2005, foram recuperados 1.176.074 litros de óleo e 2.996.039 litros de água oleosa, depositados no tanque de separação do terminal da empresa em Paranaguá (PR), estima-se, portanto, que cerca de 291.000 litros de óleo não foram recuperados e, portanto, vazaram para o ambiente. Considerando a predominância de óleo

> combustível do tipo 'bunker' (densidade = 0,98), pode-se estimar que essa quantidade seja equivalente a cerca de 285 toneladas.
>
> *III) são possíveis responsáveis diretos pelo acidente a* ***Sociedade Naviera Ultragas*** *e o* ***Terminal Catallini*** (e-STJ fls. 304/306 - grifou-se).

Além disso, a perícia apontou que *a proibição da pesca na região afetada resultou do derramamento do óleo da embarcação* e não de eventual contaminação pela conteúdo da carga transportada (e-STJ fl. 199).

Não se revela razoável afirmar também que a responsabilização das recorrentes seria resultado lógico de eventual comportamento omissivo de sua parte, pois este, como consabido, só se verifica nas hipóteses em que o agente (suposto poluidor), tendo o dever de impedir a degradação, deixa mesmo assim de fazê-lo, beneficiando-se, ainda que de forma indireta, do comportamento de terceiro diretamente responsável pelo dano causado ao meio ambiente.

Também não se pode dizer que os riscos inerentes ao transporte marítimo estão relacionados com as atividades desenvolvidas pelas ora recorrentes.

Tais riscos - justificadores da aplicação ao caso da teoria do risco integral - eram próprios das atividades econômicas da ***Sociedad Naviera Ultragaz*** (a proprietária da embarcação envolvida no incidente objeto da lide) e da empresa ***Cattalini Terminais Marítimos*** (responsável pela exploração do terminal portuário onde se deu o evento danoso).

Quando muito, seria razoável estender a responsabilidade proveniente da assunção desse risco à empresa vendedora da carga (***Methanex Chile Limited***), haja vista ter sido ela, na espécie, a contratante do serviço de transporte.

A autora, porém, optou por não incluir no polo passivo da demanda as potenciais responsáveis pelo dano ambiental ocorrido. Dirigiu, desse modo, sua pretensão reparatória, de forma inusitada, apenas contra as ora recorrentes, *meras destinatárias da carga que era transportada pelo navio Vicuña no momento em que se deu sua explosão*, a quem, a despeito de todo o esforço argumentativo expendido desde a inicial, não se pode atribuir nenhuma parcela de contribuição para o acidente ambiental ocorrido.

Cumpre salientar, por fim, que esta Corte Superior já teve oportunidade de fazer consignar que "para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem" (REsp n. 650.728), mas *as recorrentes não se enquadram em nenhuma dessas situações*.

Pode-se concluir, assim, em apertada síntese, que as ora recorrentes, porquanto *meras adquirentes do metanol transportado pelo navio Vicuña*, não respondem pela reparação de prejuízos (de ordem material e moral) alegadamente suportados por pescadores profissionais em virtude da proibição temporária da pesca na região atingida pela contaminação ambiental decorrente da explosão, em 15.11.2004, da referida embarcação.

Isso porque, não sendo as adquirentes da carga do referido navio responsáveis diretas pelo acidente ocorrido, só haveria falar em sua responsabilização - na condição de indiretamente responsável pelo dano ambiental - caso restasse demonstrada (i) a existência de comportamento omissivo de sua parte; (ii) que o risco de acidentes no transporte marítimo fosse ínsito à sua atividade ou (iii) que estivesse a seu encargo, e não a encargo da empresa vendedora, a contratação do transporte da carga que lhe seria destinada.

Sendo certo que nenhuma das mencionadas situações se verificou, afasta-se o dever de indenizar, por ausência do nexo causal imprescindível à sua configuração.

5. Da tese jurídica para os efeitos do art. 1.040 do CPC/2015

Diante do explanado, fixa-se a seguinte tese para efeitos do art. 1.040 do CPC/2015:

> As empresas adquirentes da carga transportada pelo navio Vicunã no momento de sua explosão, no Porto de Paranaguá/PR, em 15.11.2004, não respondem pela reparação dos danos alegadamente suportados por pescadores da região atingida, haja vista a ausência de nexo causal a ligar tais prejuízos (decorrentes da proibição temporária da pesca) à conduta por elas perpetrada (mera aquisição pretérita do metanol transportado).

6. Da resolução do caso concreto

Na hipótese, o acórdão recorrido concluiu pela reforma integral da sentença primeva de improcedência do pedido indenizatório autoral, valendo-se para tanto do fundamento de que o risco inerente às atividades desempenhadas pelas ora recorrentes constituiria por si só o nexo de causalidade justificador da condenação destas à compensação dos prejuízos extrapatrimoniais alegadamente suportados pela autora da demanda.

Com isso, a Corte local, dando provimento ao apelo da autora, julgou procedente seu pedido inicial, condenando as ora recorrentes, juntamente com

a litisconsorte passiva (*GPC Química S.A.*), ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00.

Nessa esteira, prospera, a alegação recursal de ofensa aos arts. 3º, inciso IV, da Lei n. 6.938/1981 e 927, parágrafo único, e 944 do Código Civil, consoante os fundamentos no presente voto já externados.

Impõe-se, assim, reconhecer *a improcedência do pedido autoral*. Solução nesse sentido torna prejudicada a análise das demais questões articuladas nas razões de ambos os recursos especiais e implica na condenação da autora da presente demanda, porquanto vencida, ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios sucumbenciais, estes últimos em prol dos patronos das requeridas, que ora são fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, em obediência ao que estabelece o art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015.

Oportuno ressaltar que, no caso em apreço, o prévio deferimento dos benefícios da gratuidade da justiça impõe o reconhecimento de que as obrigações decorrentes da sucumbência (pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios supra fixados) têm sua exigibilidade suspensa por força do art. 98, § 3º, do CPC/2015.

Ante o exposto, dou provimento aos recursos especiais para, reformando o acórdão recorrido, (i) julgar improcedente o pedido inicial e (ii) condenar a autora da demanda, ora recorrida, ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios sucumbenciais, estes últimos correspondentes a 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, observando-se, em todo o caso, a condição suspensiva da exigibilidade de tais obrigações (art. 98, § 3º, do CPC/2015).

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: *1.* Simone Martins ajuizou "ação de indenização" em face de Borden Química Indústria e Comércio Ltda, Dynea Brasil S.A. e Synteko Produtos Químicos S.A. Afirma ser pescadora e que as rés são responsáveis pelo acidente envolvendo navio que causou derramamento de óleo e metanol, resultando na proibição da pesca por 60 (sessenta) dias nas baías de Paranaguá, Antonina e Guaraqueçaba. Pondera que as indústrias usufruem de bônus pelo fato de serem as donas do metanol importado, devendo responder de forma objetiva e solidária.

Diz que a atividade de risco não consiste apenas no transporte de metanol, mas também na sua importação e exportação, na contratação de frete do navio para transporte do líquido e na sua descarga.

Expõe que o navio só atracou no porto de Paranaguá tendo em vista a compra e venda do metanol, devendo responder pelos danos ocasionados

Assevera que as rés devem responder solidariamente pelos danos, e que a pesca é seu único ofício, causando-lhe o ócio enorme consternamento e dano moral.

O Juízo da Vara Cível da Comarca de Antonina julgou improcedente o pedido formulado na inicial.

Interpôs a autora apelação para o Tribunal de Justiça do Paraná, que deu parcial provimento ao recurso, em decisão assim ementada:

> Apelação cível. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos morais. Acidente ambiental. Explosão do Navio Vicuña. Vazamento de metanol e óleos combustíveis e lubrificantes nas Baias de Paranaguá, Antonina e Guaraqueçaba. Pretensão de responsabilização das empresas proprietárias da carga. Sentença de improcedência. Preliminares levantadas pelas requeridas em sede de contrarrazões. Ilegitimidade ativa e ausência de interesse processual. Questões devidamente afastadas na sentença. Ausência de recurso competente. Não conhecimento. Mérito. Reforma da sentença que se impõe. Teoria do risco integral. Responsabilidade objetiva e solidária entre todos aqueles que, direta ou indiretamente, se aproveitam da atividade poluidora. Artigo 3º, inciso IV da Lei n. 6.938/1981. Ação civil pública perante a Justiça Federal decorrente do mesmo fato. Manutenção dos compradores da mercadoria/carga no polo passivo da ação. Nexo causal verificado. Dano moral patente. Proibição da pesca por 60 dias. Angústia e aflição presentes. Impossibilidade do desempenho das atividades de pescador profissisonal. Sentença reformada. Inversão do ônus da sucumbência. Recurso provido por unanimidade.
>
> 1. "Art. 3º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental; (Lei n. 6.938/1981)".
>
> 2. "Assim sendo, surgem como responsáveis solidários pela reparação do dano ambiental todos aqueles que, direta ou indiretamente, se aproveitam da atividade poluidora. Portanto, não há como afastar da cadeia causal, geradora do prejuízo ao meio ambiente, a participação dos compradores e vendedora da mercadoria, já que a presença da substância tóxica no território, pressupõe o negócio jurídico firmado entre as partes. (TRF 4ª Região - AG 2006.04.00.003071-7-PR - 3ª Turma - Rel. Des. Vânia Hack de Almeida - DOU 09.5.2007)".

> 3. "Configuração de dano moral.- Patente o sofrimento intenso de pescador profissional artesanal, causado pela privação das condições de trabalho, em consequência do dano ambiental, é também devida a indenização por dano moral, fixada, por equidade, em valor equivalente a um salário-mínimo. e) termo inicial de incidência dos juros moratórios na data do evento danoso.- Nos termos da Súmula 54/STJ, os juros moratórios incidem a partir da data do fato, no tocante aos valores devidos a título de dano material e moral; (REsp 1.114.398/PR, Rel. Ministro *Sidnei Beneti*, *Segunda Seção*, julgado em 08.02.2012, DJe 16.02.2012)".
>
> 4. "Sopesadas as nuances da espécie em litígio, aliadas as condições econômicas das partes litigantes - pescador profissional e empresas de grande porte -, bem ainda as próprias condições que envolveram o evento danoso e objetivando uma valoração razoável e proporcional ao dano moral ocorrido, deve ser provido o recurso, para o fim de condenar os requeridos/apelados, solidariamente, ao pagamento de indenização a título de dano moral no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), pois suficiente para compensar o abalo sofrido pela apelante, sem lhe causar enriquecimento ilícito, e para alcançar o caráter pedagógico do dano moral. Justifica-se, ainda, a fixação do dano moral neste patamar, tendo em vista o período de incidência dos juros moratórios (desde 15.11.2004)".

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Sobrevieram recursos especiais interpostos pelas rés Arauco do Brasil S.A. e Momentive Química do Brasil Ltda.

No recurso especial interposto por Arauco do Brasil S.A., com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, sustenta a recorrente divergência jurisprudencial, omissão e violação aos arts. 3º, 128, 267, 283, 295, 301, 333, 396, 515 e 535 do CPC/1973; 2º da Lei n. 9.605/1998; 407, 884, 927 e 944 do CC; 3º e 14 da Lei n. 6.938/1981, alegando que: a) caso não se considere cumprido o requisito do prequestionamento, deve ser reconhecida a nulidade do acórdão recorrido; b) a decisão recorrida reformou sentença que não reconheceu a existência do nexo de causalidade no acidente a envolver o Navio Vicuña; c) não há prova de que a autora tenha sofrido danos morais; d) é equivocado o entendimento de que, pelo fato de ser adquirente do metanol, é responsável solidariamente pelo dano; e) houve cerceamento de defesa, pois pretendeu produzir provas para demonstrar a ausência de nexo causal; f) não tinha interesse recursal para apelar da sentença, pois só a sucumbência justificaria o manejo do recurso; g) a questão da ilegitimidade passiva é matéria de ordem pública, que impunha seu exame, até mesmo de ofício; h) consoante precedente da Terceira Turma, REsp 1.203.776/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi,

quando o pedido é julgado improcedente, havendo apelação da parte vencida, não está o vencedor obrigado a suscitar, em sede de contrarrazões, as questões já arguidas na contestação; i) não existe nenhuma prova nos autos de que a autora fosse pescadora, não tendo sido juntada nem sequer a carteira de pescadora profissional, que é documento exigido pela legislação para a comprovação do ofício; j) a autora não consta como beneficiária do seguro-desemprego no período da interdição das baías de Paranaguá, Antonina e Guaraqueçaba; k) foi amplamente divulgado na mídia "que advogados angariaram clientela para promover ação como a dos autos, junto a pessoa que não exerciam" a atividade; l) ao atribuir, ainda que indiretamente, responsabilidade à empresa compradora da carga de metanol, em razão da poluição causada pela explosão do navio, o acórdão recorrido viola o art. 2º da Lei n. 9.605/1998, pois não tinha nenhuma autoridade sobre o navio, tampouco era responsável por sua manutenção; m) não procede o entendimento de que, por ser adquirente do metanol, deve ser responsabilizada em vista da atividade de risco indiretamente assumida, pois não contribuiu para o evento, e a própria contenção do oléo nocivo ao meio ambiente, se demonstrou falha; n) o entendimento perfilhado pela Corte local é temerário, resultando situação em que o próprio produtor da cana-de-açúcar utilizada para a fabricação do metanol também devesse ser responsabilizado; o) conforme o laudo técnico, o metanol não foi o causador do dano, mas sim os óleos combustíveis e lubrificantes do próprio navio; p) não pode ser imputada responsabilidade pelo simples fato negocial, referente à importação de matéria-prima; q) a tese do denominado "risco do desenvolvimento" configura hipótese extrema, cuja assunção tornar-se-ia insuportável para o setor produtivo, "chegando-se até o desencorajamento do setor e podendo-se até vir a eliminar determinados produtos"; r) é necessário verificar se houve violação de algum dever jurídico preexistente relacionado ao evento danoso; s) a sentença apura que a explosão do navio ocorreu ainda no terminal marítimo, antes da tradição; t) a admissão de que deveria haver uma equivalência de todas as condições equipara-se a determinar um número infinito de agentes; u) mesmo em se tratando de responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco integral, exige-se a presença do dano mais nexo de causalidade e uma conduta lesiva imputável ao agente causador; v) os danos morais arbitrados são excessivos, e só cabe incidência de juros de mora após o arbitramento.

No recurso especial interposto por Momentive Química do Brasil Ltda., com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, sustenta a recorrente omissão e violação aos arts 3º e 14 da Lei n.

6.938/1981; 2º da Lei n. 9.605/1998; 333 e 535 do CPC/1973; 407, 884 e 944 do CC, alegando que: a) a decisão recorrida aplicou indevidamente a teoria da causalidade direta e imediata; b) o art. 3º, IV, da Lei n. 6.938/1981 conceitua poluidor como a pessoa física ou jurídica, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental; c) seu objeto social não contempla atividades como fornecimento de óleo, transporte de materiais, carga e descarga de produtos na baía de Paranaguá, não havendo falar em atividade de risco indiretamente assumida pelas rés; d) o metanol não foi o causador do dano ambiental à baía de Paranaguá, conforme laudo técnico ignorado pela Corte local; e) o metanol não lhe foi entregue, sendo nítida a afronta ao art. 2º da Lei n. 9.605/1998, pois não poderia evitar o evento danoso; f) não tinha nenhuma autoridade sobre o navio que explodiu, pois adquiriu, da empresa Methanex Chile Limited, 5.546.521 toneladas de metanol, enviado pela vendedora - que contratou o transporte marítimo - com outros produtos que se encontravam a bordo da embarcação; g) o acórdão recorrido imputa a responsabilidade pelos danos pelo simples fato negocial, relativo à importação de matéria-prima; h) é inadmissível o entendimento perfilhado, pois toma o "perigoso caminho de lançar responsabilidade objetiva sobre toda a cadeia produtiva que se utiliza metanol" para uso na manufatura de produtos utilizados pela indústria movelereira; i) o raciocínio é obtuso, pois levaria à responsabilização até do marceneiro e do proprietário de um automóvel por explosão de seu veículo, no exato momento em que estivesse sendo abastecido; j) de acordo com o laudo técnico, o metanol, que ainda se encontrava no navio por ocasião da explosão, foi espalhado pelo raio de aproximadamente 3.000 metros a partir do navio, incediando-se e evaporando-se com a queima, sem causar dano à baía; k) sem o nexo de causalidade e tradição da carga, não se pode atribuir responsabilidade pelas causas do acidente; l) a simples condição de importador é insuficiente para a responsabilização pelos danos; m) jamais colocou ou colocará metanol em circulação, pois utiliza-se deste produto como matéria-prima em sua atividade industrial; n) houve cerceamento de defesa; o) os danos morais, arbitrados em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), são excessivos e caracterizam enriquecimento sem causa; p) só cabe a incidência de juros de mora após o arbitramento dos danos morais.

Em contrarrazões, afirma a recorrida que: a) as recorrentes pretendem o reexame de provas; b) não há similitude fática entre o acórdão recorrido e o paradigma invocado pela recorrente Arauco; c) o Tribunal local, por ocasião do exame das questões preliminares, fez o exame acerca da legitimidade das

recorrentes; d) não houve violação ao art. 535 do CPC/1973; e) o Juízo de primeira instância entendeu que a mera declaração é idônea para a comprovação da atividade como pescador artesanal, e as recorrentes não interpuseram recurso de apelação; f) as recorrentes eram proprietárias da carga trazida pelo navio Vicuña e concorrem solidariamente, independentemente de culpa, em vista da teoria do risco integral; g) as rés fazem parte de uma cadeia produtiva, que aufere lucro com atividade que, em determinado momento, causou dano ambiental e a terceiros, não cabendo afastar a responsabilidade objetiva; h) o art. 4º, III, da Lei n. 6.938/1981 instituiu, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio do poluidor-pagador, e o art. 14 do mesmo Diploma estabelece que o poluidor é obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade; i) aqueles que manuseiam, utilizam ou transportam produtos potencialmente poluidores, na hipótese de causarem degradação ambiental, são responsáveis pelos danos provocados pelos seus produtos e atividades; j) o Tribunal local tomou em consideração vários critérios para o arbitramento dos danos morais, abordando seu caráter pedagógico; k) os juros moratórios fluem a partir do evento danoso.

O recurso especial foi admitido como representativo de controvérsia, por decisão do 1º Vice-Presidente da Corte local.

Na sessão de julgamento anterior, o eminente relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, apresentou voto, aduzindo que: a) estando prequestionados, ainda que implicitamente, os dispositivos legais apontados pelas recorrentes como malferidos, e preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade, impõe-se o conhecimento do recurso; b) o cerne da controvérsia consiste em definir se as sociedades empresárias, adquirentes da carga transportada pelo navio Vicuña, podem ser consideradas responsáveis pelo dano ambiental; c) é fato notório e incontroverso que, na data de 15 de novembro de 2004, durante a operação de descarga do navio, no terminal marítimo privado, localizado em Paranaguá, o navio explodiu, causando mortes, danos e contaminação do meio ambiente pelo óleo combustível da embarcação; d) as rés eram as destinatárias da carga; e) a contaminação comprometeu a pesca nas baías de Paranaguá, Antonina e Guaraqueçaba por cerca de 60 (sessenta) dias; f) a autora optou por incluir no polo passivo apenas as adquirentes da carga do navio, ao argumento de terem contribuído indiretamente para a degradação ambiental; g) a Corte local reformou a sentença, perfilhando o entendimento de estar configurado o nexo de causalidade, pois consiste na própria atividade de risco

indiretamente assumida pelas proprietárias da carga poluente transportada; h) no tocante ao acidente, no âmbito das instâncias ordinárias, ora se tem afastado a responsabilidade das adquirentes da carga, em virtude da inexistência de nexo causal, ora tem se concluído pela obrigação de indenizar; i) no âmbito do STJ, a questão - que é eminentemente de direito - tem sido apreciada em decisões monocráticas; j) o Tribunal de origem não incorreu em negativa de prestação jurisdicional e agiu corretamente ao rejeitar os aclaratórios; k) a discussão devolvida limita-se ao nexo de causalidade, e não se refere a ser ou não aplicável ao caso a teoria do risco integral, pois é pacífico, na jurisprudência do STJ, a sua aplicabilidade a danos ambientais; l) a improcedência do pedido se impõe, pois não está configurado o nexo de causalidade, apto a vincular o resultado danoso, alegadamente suportado pela autora, à conduta perpetrada pelas recorrentes; m) a simples aquisição pretérita da carga que era transportada pelo navio tanque Vicuña não contribuiu para a contaminação ambiental; n) as conclusões do inquérito instaurado para investigar as causas do acidente, apesar de não apontarem a causa determinante da explosão, foram categóricas ao afirmar que são os possíveis responsáveis diretos pelo acidente a Sociedade Naveira Ultragas e o Terminal Catallini; o) a proibição da pesca na região afetada é proveniente do derramamento de óleo da própria embarcação, e não da carga transportada; p) não se revela razoável afirmar que a responsabilização das recorrentes seria resultado lógico de eventual comportamento omissivo, pois, como sabido, isso só se verifica nas hipóteses em que "o agente (suposto poluidor), tendo o dever de impedir a degradação, deixa mesmo assim de fazê-lo, beneficiando-se, ainda que de forma indireta, do comportamento de terceiro diretamente responsável pelo dano causado ao meio ambiente"; q) não se pode dizer que os riscos inerentes ao transporte marítimo estão relacionados com as atividades desenvolvidas pelas ora recorrentes; r) a autora optou por não incluir no polo passivo da demanda as potenciais responsáveis pelo dano ambiental ocorrido, dirigindo, de forma inusitada, a pretensão reparatória contra as recorrentes, que são meras destinatárias da carga que era transportada pelo navio; s) só haveria falar em responsabilização das rés, caso fosse demonstrada a existência de comportamento omissivo, risco ínsito à sua atividade, ou se estivesse a seu encargo a contratação do transporte da carga que lhe seria destinada; t) o acórdão deve ser reformado para julgar improcedente o pedido inicial.

Pedi vista para exame mais detalhado do caso.

É o relatório, além daquele apresentado pelo ilustre relator.

2. Pela identidade das teses recursais, aprecio conjuntamente os recursos manejados pelas recorrentes.

3. Como é sabido, não se caracteriza, por si só, omissão, contradição ou obscuridade, quando o tribunal adota outro fundamento que não aquele defendido pela parte.

Logo, não há falar em violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil de 1973, pois o Tribunal de origem dirimiu as questões pertinentes ao litígio, não cabendo confundir omissão e contradição com entendimento diverso do perfilhado pela parte.

Note-se:

> Processual Civil. Recurso especial. Art. 535 do CPC. Violação. Inocorrência. Prequestionamento implícito. Fato novo. Matéria fática. Súmula 7 do STJ.
>
> 1. "Tendo o Acórdão recorrido decidido as questões debatidas no recurso especial, ainda que não tenham sido apontados expressamente os dispositivos nos quais se fundamentou o aresto, reconhece-se o prequestionamento implícito da matéria, conforme admitido pela jurisprudência desta Corte" (AgRg no REsp 1.039.457/RS, 3ª Turma, Min. Sindei Beneti, DJe de 23.09.2008).
>
> 2. O Tribunal de origem manifestou-se expressamente sobre o tema, entendendo, no entanto, não haver qualquer fato novo a ensejar a modificação do julgado. Não se deve confundir, portanto, omissão com decisão contrária aos interesses da parte.
>
> [...]
>
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 1.047.725/SP, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), Quarta Turma, julgado em 28.10.2008, DJe 10.11.2008)

4. A principal questão controvertida consiste em saber se, em se tratando de responsabilidade civil por dano ambiental, é possível reconhecer o liame de causalidade entre a aquisição da carga e a explosão do navio que a transportava.

Anoto que a responsabilidade civil objetiva, fundada na teoria do risco, foi desenvolvida a partir da constatação - inicialmente no campo dos acidentes de trabalho, paulatinamente estendendo-se para contemplar atividades perigosas, como transporte, exploração de minas, produção de gás e energia nuclear - de que a responsabilidade civil fundada na culpa e na ilicitude do ato por vezes gerava iniquidades, mostrando-se insuficiente para propiciar a reparação de prejuízos verificados e demonstrar que o agente responsável pela atividade foi

o causador do dano. Outrossim, a teoria induz que aqueles que desenvolvem atividades potencialmente perigosas devem acautelar-se para que a atividade não venha a causar danos a outrem, porquanto se ocorrerem, não poderão se escusar do dever indenizatório, argumentando a inexistência de culpa, pois sua responsabilidade será objetiva. "A obrigação de reparar o dano surge tão somente do simples exercício da atividade que, em vindo causar danos a terceiros, fará surgir, *para o agente que detenha o controle da atividade, o dever de indenizar*" (MELO, Nehemias Domingos de. *Da culpa e do risco como fundamentos da responsabilidade civil*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 29-30).

Nesse sentido, mencionam-se o Decreto n. 2.681, de 7 de dezembro de 1912, a Lei de Acidentes do Trabalho (Decreto n. 3.724, de 15 de janeiro de 1919), o art. 37, § 6º, da CF, os arts. 12 e 14 do CDC e os art. 927 e 931 do CC/2002.

Com relação aos danos ambientais, incide a teoria do risco integral, advindo daí o caráter objetivo da responsabilidade, conforme o art. 225, § 3º, da CF e a expressa previsão legal contida no art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981, que, por ser a mais rigorosa, não admite a alegação de excludentes de responsabilidade, bastando, para tanto, a ocorrência de resultado prejudicial ao homem e ao ambiente, advinda de uma ação ou omissão *do responsável*.

Dessarte, consoante tese fixada por este Colegiado em recurso representativo de controvérsia, "a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa *responsável pelo dano ambiental*, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar". (REsp 1.374.284/MG, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Segunda Seção*, julgado em 27.8.2014, DJe 05.9.2014)

Verifica-se, então, que está consolidada, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a aplicação da teoria do risco integral aos casos de dano ambiental, vindo daí o caráter objetivo da responsabilidade.

5. Em seguida, assim posta a questão, penso que merece análise, com profundidade, a cláusula de *incoterms* (termos ou condições do comércio internacional) utilizada.

Nesse passo, conforme apurado na moldura fática, é a CFR (*cost and freigth*), e não a CIF (*cost, insurence and freigth*) aquela contratada pelas partes. O metanol foi adquirido de empresa chilena, em negócio jurídico em que as

partes se valeram de cláusula de *incoterms*, editada pela International Chamber of Commerce (ICC) - de grande prestígio no âmbito do direito internacional privado e precisão para a regulação de custos da mercadoria e riscos quanto ao seu perecimento -, propiciando o necessário dinamismo ao comércio internacional e a padronização no tocante à distribuição de despesas e riscos entre exportador e importador.

Os *incoterms* integram o que se convencionou denominar *lex mercatoria*, em que, apesar de acesas controvérsias acerca do tema no âmbito doutrinário, no que interessa ao julgamento do presente feito, o entendimento amplamente majoritário é de que compreende princípios gerais do direito em matéria obrigacional - similares aos da maior parte dos países -, usos, costumes, cláusulas e contratos típicos do comércio internacional. (BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos internacionais*. São Paulo: Lex Editora, 2010, p. 64)

No ponto, cumpre relembrar que a Câmara de Comércio Exterior - CAMEX, da Presidência da República, tem por objetivo a formulação, a adoção, a implementação e a coordenação de políticas e de atividades relativas ao comércio exterior de bens e serviços, com vistas a promover o comércio exterior, os investimentos e a competitividade internacional do País.

Dessarte, conforme o art. 2º do Decreto n. 4.732/2003, compete à CAMEX, entre outros atos necessários à consecução dos objetivos da política de comércio exterior: I - definir diretrizes e procedimentos relativos à implementação da política de comércio exterior, visando à inserção competitiva do Brasil na economia internacional; II - coordenar e orientar as ações dos órgãos que possuem competências na área de comércio exterior; III - *definir, no âmbito das atividades de exportação e importação, diretrizes e orientações sobre normas e procedimentos, para os seguintes temas, observada a reserva legal: a) racionalização e simplificação de procedimentos, exigências e controles administrativos incidentes sobre importações e exportações.*

Com efeito, a Resolução da CAMEX n. 21, de 7 de abril de 2011 expressamente prestigia os *Incoterms*, prevendo o art. 1º que, nas exportações e importações brasileiras, serão aceitas quaisquer condições de venda praticadas no comércio internacional, desde que compatíveis com o ordenamento jurídico nacional.

E o art. 2º estabelece que, para fins de identificação da condição de venda praticada, nos documentos e registros de controle dos órgãos da Administração Federal, quais os termos e códigos deverão ser adotados:

I – Termos Internacionais de Comércio (Incoterms) discriminados pela International Chamber of Commerce (ICC) em sua Publicação n. 715E, de 2010:

FOB

Free On Board (*named port of shipment*)

Livre A Bordo (porto de embarque nomeado)

O vendedor encerra suas obrigações e responsabilidades quando a mercadoria, desembaraçada para a exportação, é entregue, arrumada, a bordo do navio no porto de embarque, ambos indicados pelo comprador, na data ou dentro do período acordado.

Utilizável exclusivamente no transporte aquaviário (marítimo ou hidroviário interior).

CFR

Cost And Freight (*named port of destination*)

Custo e Frete (porto de destino nomeado)

Além de arcar com obrigações e riscos previstos para o termo FOB, o vendedor contrata e paga frete e custos necessários para levar a mercadoria até o porto de destino combinado.

Utilizável exclusivamente no transporte aquaviário (marítimo ou hidroviário interior).

CIF

Cost, Insurance And Freight (*named port of destination*)

Custo, Seguro e Frete (porto de destino nomeado)

Além de arcar com obrigações e riscos previstos para o termo FOB, o vendedor contrata e paga frete, custos e seguro relativos ao transporte da mercadoria até o porto de destino combinado.

Utilizável exclusivamente no transporte aquaviário (marítimo ou hidroviário interior).

É dizer, pois, o código CFR implica que o vendedor se responsabilize por embalar, identificar a mercadoria, desembaraçar a mercadoria na alfândega do seu país, contratar e pagar o frete e desembarcar a mercadoria no porto de destino.

O código *incoterm* é harmônico com o disposto no art. 234 do Código Civil, pois permite que os contratantes, em obrigação de dar, estabeleçam regras diversas quanto à distribuição dos riscos - que se limitam à perda da coisa

(FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: obrigações. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 180-183).

Aliás, o Código Civil de 2002 promoveu a unificação contratual, regulando contratos internos e internacionais.

Mutatis mutandis, o art. 502 do CC esclarece que o vendedor, salvo convenção em contrário, responde por todos os débitos que gravem a coisa até o momento da tradição.

Por um lado, dispõe o art. 237 do CC que até a tradição pertence ao devedor a coisa. E o art. 1.226 estabelece que os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição.

Por outro lado, "deve-se lembrar que, em nossa legislação, os contratos, isoladamente, não transferem propriedade. No intervalo que separa a contratação da *tradição - disponibilização da coisa ao comprador -*, *o negócio jurídico opera efeitos de ordem meramente obrigacionais e os riscos da coisa serão imputados ao alienante pelo fato de ainda manter a condição de proprietário, aplicando-se o brocardo* res perito domino. *Já o comprador suportará os riscos do preço* em relação ao bem alienado" (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: obrigações. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 180-183).

Dessarte, como houve explosão por ocasião do desembarque (de responsabilidade do vendedor) e utilização do *incoterm* CFR, é fora de dúvida que a tradição da mercadoria não tinha ocorrido, havendo, naquele momento, tão somente uma obrigação de dar, pois, como incontroverso, a mercadoria estava sob responsabilidade do vendedor, aos cuidados da transportadora (proprietária do navio).

"A obrigação de dar não se confunde com o direito real que daí surgirá, na eventualidade da transmissão de propriedade. Enquanto a relação obrigacional tem por objeto o comportamento consistente na entrega da prestação, *o direito real que poderá formar-se pela tradição* ou registro do bem imóvel tem como objeto a própria coisa, sobre a qual o titular exercerá poder direto e imediato, *não mais necessitando da colaboração de um terceiro (devedor)*". Como leciona Clóvis do Couto e Silva, aplica-se, no direito brasileiro, o princípio da separação relativa dos planos obrigacional e real. Há um discrime entre os momentos do nascimento das obrigações de dar e sua fase de adimplemento, ou de direito das coisas, quando se trata da transferência de propriedade, apesar de, no plano psicológico, ser única a vontade que cria obrigações e deseja adimplir o

prometido (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: obrigações. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 177-178).

6. É oportuno consignar, ainda, que a Organização Mundial do Comércio (OMC) tem papel relevante na disciplina e resolução de conflitos relativos ao comércio internacional. O acordo multilateral de Marrakesh, que criou a Organização Mundial do Comércio (OMC), incentiva a busca dos meios adequados para a proteção do meio ambiente de acordo com as necessidades de desenvolvimento de cada país, refletindo a tendência - que ganhou força após a Conferência Rio/92 - de inserção do conceito de sustentabilidade, em escala global (QUEIROZ, Fábio Albergaria de. *Meio ambiente e comércio internacional*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 96).

Nesse diapasão, o mencionado acordo multilateral estabelece o princípio do tratamento nacional: *toda vez que medidas ambientais forem impostas a produtos importados, elas não podem ser mais exigentes que as aplicadas aos produtos nacionais*. E fixou, também, exceções gerais que determinam quando as regras gerais do GATT podem deixar de ser aplicadas, todavia, essas medidas não podem ser aplicadas, em nenhuma hipótese, de modo a constituir uma forma de discriminação arbitrária ou injustificada entre países, ou restrição disfarçada ao comércio internacional.

A declaração de princípios da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (Conferência de Estocolmo) - relevantíssimo e multicitado Diploma internacional -, realizada em junho de 1972, proclama que, nos países em desenvolvimento, a maioria dos problemas ambientais estão motivados pelo subdesenvolvimento. Assim, os países em desenvolvimento devem dirigir seus esforços para o desenvolvimento, tendo presente suas prioridades e a necessidade de salvaguardar e melhorar o meio ambiente.

O princípio 11 estabelece que as políticas ambientais de todos os Estados devem ser encaminhadas para aumentar o potencial de crescimento atual ou futuro dos países em desenvolvimento, sem restringir esse potencial nem colocar obstáculos à conquista de melhores condições de vida para todos. O princípio 12 informa que os recursos, para proteger e melhorar o meio ambiente, devem tomar em consideração as circunstâncias e as necessidades especiais dos países em desenvolvimento e quaisquer despesas que possam acarretar a esses países a incorporação de medidas de proteção ambiental em seus planos de desenvolvimento.

Dessarte, em regra, apenas no caso de problemas ambientais de caráter global, como as mudanças climáticas, o processo de desertificação ou o comércio de pesticidas e herbicidas perigosos, há tendência à adoção de padrões ambientais comuns estabelecidos a partir de parâmetros negociados multilateralmente no âmbito dos acordos ambientais internacionais. (QUEIROZ, Fábio Albergaria de. *Meio ambiente e comércio na agenda internacional*. Revista Ambiente & Sociedade. *Campinas*: ANPPAS, vol. VIII, p. 17).

Com efeito, enquanto no âmbito da OMC e da União Europeia, os esforços convergem rumo ao maior grau de harmonização possível para se tratar de meio ambiente e questões sobre comércio, no âmbito do Nafta e do Mercosul, prevalece o diálogo como forma de solucionar as divergências que surgem quanto à aplicação das legislações ambientais domésticas, observadas as peculiaridades e a realidade de cada país. No caso dos Estados do Mercosul, prevalece a busca da harmonização das legislações ambientais, mas entendendo-se que harmonizar não implica o estabelecimento de uma legislação única (Resolução GMC 10/94), conforme consta no anexo, *in verbis*:

> 1 - Assegurar a harmonização da legislação ambiental entre os Estados Partes do Tratado de Assunção, entendendo-se que harmonizar não implica o estabelecimento de uma legislação única. Para fins de análise comparativa de legislações serão consideradas tanto as normas vigentes como sua real aplicação. Em caso de lacunas nas legislações ambientais, será promovida a adoção de normas que considerem adequadamente os aspectos ambientais implicados e assegurem condições equânimes de competitividade no *Mercosul*.
>
> 2 - Assegurar condições equânimes de competitividade entre os Estados Partes pela inclusão do custo ambiental na análise da estrutura de custo total qualquer processo produtivo.
>
> [...]
>
> 7 - Assegurar o menor grau de deterioração ambiental nos processos produtivos e nos produtos de intercâmbio, tendo em vista a integração regional no âmbito do *Mercosul*.
>
> 8 - Assegurar a concertação da ações objetivando a harmonização de procedimentos legais e/ou institucionais para o licenciamento/habilitação ambiental, e a realização dos respectivos monitoramentos das atividades que possam gerar impactos ambientais em ecossistemas campartilhados.
>
> 9 - Estimular a coordenação de critérios ambientais comuns para a negociação implementação de atos internacionais de incidência prioritária no processo integração.

De outro giro, o art. 225 da CF estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; e controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

No uso das atribuições conferidas pelo art. 48 do Decreto n. 88.351/1983 - que regulamenta as leis n. 6.938/1981 e 6.902/1981 -, a Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) n. 1, de 23.1.1986 estabelece, no art. 1º, que impacto ambiental é qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam: I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população; II - as atividades sociais e econômicas; III - a biota; IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; V - a qualidade dos recursos ambientais.

O art. 2º da mencionada Resolução do Conama fixa que dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental - RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e do IBAMA em caráter supletivo, *o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como: portos e terminais de* minério, *petróleo e produtos químicos*; oleodutos, gasodutos, minerodutos, troncos coletores e emissários de esgotos sanitários.

O art. 6º, II e III, do mesmo Diploma estabelece que o estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas: II - Análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, *previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes*, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais; III - *definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas os equipamentos de controle e sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas*.

Outrossim, o art. 9º, IV, V, VI, VII e VIII, da mencionada Resolução n. 1/1986 do Conama, dispõe que o relatório de impacto ambiental - RIMA

refletirá as conclusões do estudo de impacto ambiental e conterá, no mínimo: IV - a descrição dos prováveis impactos ambientais da implantação e operação da atividade, considerando o projeto, suas alternativas, os horizontes de tempo de incidência dos impactos e indicando os métodos, técnicas e critérios adotados para sua identificação, quantificação e interpretação; V - A caracterização da qualidade ambiental futura da área de influência, comparando as diferentes situações da adoção do projeto e suas alternativas, bem como a hipótese de sua não realização; VI - A descrição do efeito esperado das medidas mitigadoras previstas em relação aos impactos negativos, mencionando aquele que não puderam ser evitados, e o grau de alteração esperado; VII - O programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos; VIII - Recomendação quanto à alternativa mais favorável (conclusões e comentários de ordem geral).

No tocante à degradação ambiental, na mesma linha dos princípios enunciados pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, a doutrina esclarece que "[a]lguns países atravessaram este processo e o superaram, os denominados países desenvolvidos; outros ainda não o superaram, são" os subdesenvolvidos. Essa disparidade tem de influenciar "de maneira concreta a abordagem dos problemas ambientais pelos países desenvolvidos e subdesenvolvidos", pois o primeiros "já gozam de meios de produção modernizados", e a "emergente preocupação com os danos causados ao meio ambiente, resultante do objetivo de elevação da qualidade de vida dos países industrializados não podem ser transferidos diretamente para os países subdesenvolvidos" - que possuem preocupação também "voltada para a obtenção de um urgente aceleramento em seu desenvolvimento socioeconômico" (MONTEIRO, Egle dos Santos; SANTOS, Márcia Walquiria Batista. MILLARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito ambiental internacional e temas atuais*. Vol. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.057-1.058).

Consoante o art. 3º, IV, da Lei n. 6.938/1981, poluidor é a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental. E o art. 4º, I e VII, estabelece que *a Política Nacional do Meio Ambiente visará à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico*; e à imposição, ao poluidor e ao predador**,** da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

Nessa toada, em denso e profícuo trabalho de doutorado apresentado na USP, pela livre-docente daquela faculdade de Direito, Cristiane Derani, sustentou-se, com propriedade, que "este princípio envolve, por excelência, o relacionamento entre as normas de direito econômico e de direito ambiental". "[A]s leis que dispõem sobre a internalização dos custos ambientais concentram-se geralmente até o limite em que não se sobrecarrega o valor dos custos da produção, evidentemente porque, levando a aplicação do princípio do poluidor-pagador até os seus limites, chegar-se-ia à paralisação dinâmica do mercado, por uma elevação de preços impossível de ser absorvida nas relações de troca" (DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 144).

Com efeito, a "questão ambiental, como está diretamente vinculada ao texto Constitucional, traz à decisão muitos valores constitucionais e que, ao menos em princípio, são antagônicos, tais como a dignidade da pessoa humana, o direito ao meio ambiente equilibrado, a propriedade privada, a função social da propriedade e a livre iniciativa. Por isso, o juiz deverá levar em consideração todos esses valores, tendo em vista que na questão ambiental é muito provável que haja colisão de direitos fundamentais" (MOREIRA, Nelson Camatta; NEVES, Rodrigo Santos; BESSA, Silvana Mara de Queiroz; RUDIO, Alexsandro Broeto. *Política de proteção do meio ambiente, expansão da exploração do petróleo e atuação do poder judiciário (ou ativismo judicial?).* Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 65, p. 66).

O que se busca é a minimização dos danos ambientais, devendo o direito ambiental ser visto com uma visão abrangente, tomando-se em consideração todo o ordenamento jurídico e a compreensão de que, na base das relações em sociedade está a forma com que essa mesma sociedade se relaciona com o meio natural, de modo a se evitar o também grave equívoco de se examinar preceitos jurídicos voltados à conservação dos recursos naturais, desconsiderando os reais efeitos sobre a dinâmica das relações econômicas e sociais, "por desprezar o fato de que qualquer regulamentação do uso dos recursos naturais é uma regulamentação das relações sociais no seu sentido mais amplo" (DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 154-155).

À luz das advertências feitas pela doutrina, consigne-se que a atividade empresarial exige três pilares fundamentais: a rapidez, a segurança e o crédito. Exige-se um reforço ao crédito, uma disciplina mais célere dos negócios, a

tutela da boa-fé e a simplificação da movimentação de valores, tendo em vista a realização de negócios em massa. (TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*: títulos de crédito. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1)

O Direito Comercial caracteriza-se pela *simplicidade* de suas fórmulas, pela *internacionalidade* de suas regras e institutos, pela *rapidez* de sua aplicação, pela *elasticidade* dos seus princípios e também pela *onerosidade* de suas operações - distanciando-se grandemente o Direito Comercial do Civil, em regra formalístico, nacional, lento, restrito. (MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 9-10).

Assim, por esse ângulo de regras e princípios internacionais, não há como, a meu juízo, vislumbrar presente o nexo de causalidade na hipótese presente.

7. De fato, no caso em exame, como incontroverso, a autora pretende imputar o dano às recorrentes, pelo fato de terem adquirido carga de metanol, para utilização como insumo para produção industrial, mesmo o acidente tendo ocorrido antes da tradição.

Sergio Cavalieri Filho, com remissão ao escólio de Anderson Schreiber, pondera argutamente que o advento da responsabilidade objetiva veio exigir redobrada atenção no exame do nexo causal, cuja interrupção consiste no único meio para excluir o dever de indenizar; toda a discussão, nas ações de responsabilidade objetiva, passou a gravitar em torno da noção jurídica do nexo causal. Chega-se, hoje, a afirmar que o juízo de responsabilidade, nos casos de responsabilidade objetiva, acaba por traduzir-se no juízo sobre a existência de nexo de causalidade entre o fato e o dano (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 69-73).

O art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981, ao estabelecer a responsabilidade objetiva pela reparação dos danos ambientais, prevê que é o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental, que sujeitará, independentemente da existência de culpa, os transgressores às sanções.

É dizer, a lei é coerente com o direito comparado e com o escólio doutrinário acerca de que "[a] obrigação de reparar o dano surge tão somente do simples exercício da atividade que, em vindo causar danos a terceiros, fará surgir, *para o agente que detenha o controle da atividade*, o dever de indenizar" (MELO, Nehemias Domingos de. *Da culpa e do risco como fundamentos da responsabilidade civil*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 30).

A teoria da equivalência das condições (teoria da *conditio sine qua non*) atribui a toda e qualquer circunstância, que haja concorrido para produzir o dano, a qualidade de uma causa. Assim, qualquer das causas pode ser considerada capaz para gerar o dano.

A abalizada doutrina especializada em responsabilidade civil é uníssona ao afirmar que, na seara da responsabilidade civil, inclusive no tocante ao risco integral, para aferir se um dano pode ser imputado a outrem em razão de sua conduta, não há falar em invocação da teoria da equivalência das condições, de índole generalizadora, admitida apenas no âmbito penal.

A teoria da causalidade adequada revela-se a mais adequada para justificar o nexo de causalidade no plano jurídico. Isso tanto pelo exame do direito positivo, mas também pela concepção de que a causalidade adequada "constitui o retrato mais próximo do modelo nomológico científico da explicação causal". (CARPES, Artur Thompsen. *A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 53-55)

Com efeito, na aferição do nexo de causalidade, "a doutrina majoritária de Direito Civil adota a teoria da causalidade adequada ou do dano direto e imediato, de maneira que somente se considera existente o nexo causal quando o dano é efeito necessário e adequado de uma causa (ação ou omissão). Essa teoria foi acolhida pelo Código Civil de 1916 (art. 1.060) e pelo Código Civil de 2002 (art. 403)". (REsp 1.307.032/PR, Rel. Ministro *Raul Araújo*, *Quarta Turma*, julgado em 18.06.2013, DJe 1º.8.2013)

Evidentemente, adquirir regularmente mercadoria para servir de insumo para produção industrial não é sancionado ou mesmo desestimulado pela lei, não havendo como conceber, a meu juízo, nenhum desvalor jurídico no tocante à conduta das recorrentes**,** tampouco dano indenizável decorrente desse ato isolado de vincular-se obrigacionalmente para aquisição de matéria-prima.

Assim, deve-se ponderar se a ação ou omissão do presumivelmente responsável era, por si mesma, capaz de normalmente causar o dano. Para ser considerado causa, o antecedente terá que ser não só necessário, mas também *adequado* à produção do resultado, atentando-se para a realidade fática, com bom-senso e ponderação. (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 69-73)

A ideia fundamental da doutrina é a de que só há uma relação de *causalidade* adequada entre *fato* e *dano* quando o ato praticado pelo agente seja de molde a provocar o dano sofrido pela vítima, segundo o curso normal das coisas e a experiência comum da vida.

No ponto, menciona-se recente precedente acerca de responsabilidade civil por dano ambiental da Terceira Turma, REsp 1.615.971/DF, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, em que aquele órgão fracionário expressamente adota a teoria da causalidade adequada para o exame do nexo causal, assim ementado:

> 1. Recurso especial de Brazuca Auto Posto Ltda. - EPP e Jayro Francisco Machado Lessa. Civil. Responsabilidade civil. Vazamento de gasolina em posto de combustível. Danos materiais e ambientais de grandes proporções. Nexo de causalidade. Teoria da causalidade adequada. Concorrência de causas. Reconhecimento de responsabilidade recíproca dos litigantes pela eclosão do evento danoso. Indenização dividida proporcionalmente entre as partes. Negado provimento ao recurso especial. 2. Recurso especial da Petrobrás Distribuidora S.A. Processual Civil. Apelação única. Interposição contra duas sentenças. Processos distintos. Alegada ofensa ao instituto da preclusão. Julgamento do REsp 1.496.906/DF. Reconhecimento da perda de objeto. Apelo especial não conhecido.
>
> 1. *Para a caracterização da responsabilidade civil, antes de tudo, há de existir e estar comprovado o nexo causal entre o dano e a conduta comissiva ou omissiva do agente e afastada qualquer das causas excludentes do nexo de causalidade.*
>
> 2. *A doutrina endossada pela jurisprudência desta Corte é a de que o nexo de causalidade deve ser aferido com base na teoria da causalidade adequada, adotada explicitamente pela legislação civil brasileira (CC/1916, art. 1.060 e CC/2002, art. 403), segundo a qual somente se considera existente o nexo causal quando a ação ou omissão do agente for determinante e diretamente ligada ao prejuízo.*
>
> 3. A adoção da aludida teoria da causalidade adequada pode ensejar que, na aferição do nexo de causalidade, chegue-se à conclusão de que várias ações ou omissões perpetradas por um ou diversos agentes sejam causas necessárias e determinantes à ocorrência do dano. Verificada, assim, a concorrência de culpas entre autor e réu a consequência jurídica será atenuar a carga indenizatória, mediante a análise da extensão do dano e do grau de cooperação de cada uma das partes à sua eclosão.
>
> 4. No caso em exame, adotando-se a interpretação das cláusulas dos contratos celebrados entre os litigantes e as premissas fáticas e probatórias, tal como delineadas na instância de origem, conclui-se que as condutas comissivas e omissas de todas as partes, cada qual em sua esfera de responsabilidade assumida contratualmente e, extracontratualmente, pela teoria do risco da atividade (CC/2002, art. 927, parágrafo único), foram determinantes para que o vazamento da gasolina gerasse os danos materiais e ambientais verificados e, inclusive, chegasse a ter grandes proporções. Está, assim, configurada a concorrência de culpas para eclosão do evento danoso, sendo certo que cada litigante deve responder na proporção de sua contribuição para a ocorrência do dano.

5. Considerando o decidido REsp 1.496.906/DF, no sentido da viabilidade do conhecimento da apelação tanto na ação cominatória (processo n. 2004.01.1.012049-2) como na reparatória (processo n. 2003.01.1.096301-5) e em suas respectivas reconvenções, perdeu objeto o recurso especial interposto por Petrobrás Distribuidora S.A., o qual tinha por finalidade, em última análise, a declaração de nulidade do acórdão proferido na apelação em relação ao processo (processo n. 2003.01.1.096301-5).

6. Recurso especial de Brazuca Auto Posto Ltda. - EPP e Jayro Francisco Machado Lessa improvido. Recurso especial de Petrobrás Distribuidora S.A. não conhecido.

(REsp 1.615.971/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 27.09.2016, DJe 07.10.2016)

Nesse mencionado precedente, Sua Excelência dispôs:

O ponto central da responsabilidade civil está situado no nexo de causalidade. Não interessa se a responsabilidade civil é de natureza contratual ou extracontratual, de ordem objetiva ou subjetiva, sendo neste último caso despicienda a aferição de culpa do agente se antes não for encontrado o nexo causal entre o dano e a conduta do agente. Com efeito, para a caracterização da responsabilidade civil, antes de tudo, há de existir e estar comprovado o nexo de causalidade entre o evento danoso e a conduta comissiva ou omissiva do agente e afastada qualquer das causas excludentes do nexo causal, tais como a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, o caso fortuito ou a força maior, por exemplo.

A doutrina endossada pela jurisprudência desta Corte é a de que o nexo de causalidade deve ser aferido com base na teoria da causalidade adequada, adotada explicitamente pela legislação civil brasileira (CC/1916, art. 1.060 e CC/2002, art. 403). Assim, somente se considera existente o nexo causal quando a ação ou omissão do agente for determinante e diretamente ligada ao dano. Devem, pois, ser considerados os fatos e condições que concorreram para o evento danoso, selecionando aqueles que contribuíram de forma necessária e determinante para a ocorrência do prejuízo.

A adoção da aludida teoria da causalidade adequada pode ensejar que, na aferição do nexo de causalidade, chegue-se à conclusão de que várias ações ou omissões perpetradas por um ou diversos agentes sejam causas necessárias e determinantes à ocorrência do dano. Há hipóteses, portanto, em que a responsabilidade civil pode-se estender a mais de um agente, gerando concorrência de causas ou de culpas.

Verificada a concorrência de culpas entre autor e réu, a consequência jurídica será atenuar a carga indenizatória mediante a análise da extensão do dano e do grau de cooperação de cada uma das partes à sua eclosão. Assim, do montante total da indenização deve ser abatida a parcela que proporcionalmente reflita a culpa da própria vítima.

Feitas essas considerações, passo à análise do caso concreto.

Para concluir pela concorrência de responsabilidade de todos os litigantes – Brazuca Auto Posto Ltda., Jayro Francisco Machado Lessa e Petrobrás Distribuidora S.A. – a Corte *a quo* fez longa digressão nas provas contidas nos autos, mormente documentais e periciais, e nos contratos celebrados entre as partes, tais como o Contrato Particular de Comissão Mercantil com Cláusula *Del Credere* e seus Aditivos, o Contrato de Promessa de Compra e Venda Mercantil e os outros pactos entre eles firmados.

Da análise minuciosa do contido nos autos, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios inferiu, em suma:

(I) "a empresa Brazuca praticou ato ilícito ao descumprir norma contratual e deixar de comunicar a Petrobrás, oficialmente, sobre a suspeita de vazamento nos tanques do posto, bem como ao não observar o dever de cuidado objetivo inerente à atividade exercida, o comércio de combustível, condutas que violaram as normas inscritas nos artigos 389 e 927, parágrafo único, do Código Civil"; e

(II) a Petrobrás praticou ato ilícito, ao omitir-se tanto no dever geral de cuidado inerente à atividade de risco desenvolvida, como no cumprimento de cláusulas contratuais que lhe atribuíam o encargo de instalação e manutenção dos tanques de combustíveis no posto.

O Tribunal *a quo* ressaltou que, "além do agir negligente ao deparar-se com o vazamento, a conduta omissiva foi qualificada pelo longo período em que a Petrobrás permaneceu sem iniciar as medidas de saneamento, o que contribuiu decisivamente para a ocorrência do resultado, conforme demonstra o laudo pericial no quesito 17 (...). Mais de dois meses para iniciar as medidas de reparação do problema é tempo demasiado longo quando se está diante da evolução dos danos e prejuízos advindos do derramamento de combustível no meio ambiente, especialmente quando considerado que a velocidade da contaminação chegava a '50 cm por dia no segmento entre a área de tancagem e o limite do antigo condomínio e de 1,4 metros por dia na faixa entre o limite do condomínio até a primeira cisterna em que foi constatada a contaminação' (Quesito 44, fl. 1.773). Além disso, deve ser ressaltada a ineficácia do primeiro reparo realizado pela Petrobrás no tanque 4, pois o teste de estanqueidade realizado em 16.08.2002 verificou que o vazamento constatado em 08.03.2002 persistia, conforme se infere da folha 1.712 do laudo pericial".

Arrematou, assim, a Corte local:

> Logo, acaso o posto de combustível tivesse comunicado formal e imediatamente acerca da suspeita de vazamento e se a Petrobrás tivesse adotado medidas rápidas e eficazes para conter o problema, a quantidade de combustível vazada para o solo poderia ser insuficiente para contaminá-lo, o que impediria o resultado, porque não seria necessário demolir o estabelecimento, fixar um canteiro de obras no local, investir na recuperação

> dos equipamentos, contratar mão de obra, além de tantos outros prejuízos suportados, todos evitados acaso houvesse uma atuação positiva dos contratantes, o que também descaracterizaria o nexo de causalidade entre a omissão e os danos correlatos.
>
> Todavia, ao contrário do que esperado, as partes permitiram que o evento danoso se estendesse, o que é tão grave quanto provocá-lo, tendo em vista que, "não impedir o resultado significa permitir que a causa opere. O omitente coopera na realização do evento com uma condição negativa, ou deixando de movimentar-se, ou não impedindo que o resultado se concretize" (Cavalieri, 2006:48).
>
> Portanto, demonstrado o vínculo existente entre os atos ilícitos praticados. pelas partes e os resultados danosos, está evidenciado o nexo de causalidade enquanto elemento necessário para caracterização da responsabilidade civil.
>
> (...)
>
> Portanto, pela violação à norma convencional e pela omissão adotada, a Petrobrás, assim como a empresa Brazuca, também deverá ser responsabilizada contratual e extracontratual mente, com fundamento nos preceitos contidos nos artigos 389 e 927, parágrafo único, do Código Civil, tendo em vista que a culpa concorrente da distribuidora pelos danos descritos nos autos restou caracterizada.

É importante salientar que não há como afastar as premissas fáticas e probatórias estabelecidas pelas instâncias ordinárias, soberanas em sua análise, tampouco a interpretação dada às cláusulas dos contratos celebrados entre os litigantes, pois, na via estreita do recurso especial, a incursão em tais elementos esbarraria nos óbices dos enunciados 5 e 7 da Súmula do STJ.

Assim, uma vez adotadas as premissas já fixadas na instância *a quo*, tenho que não há como afastar a conclusão de que está configurada, na hipótese em exame, a concorrência de causas para a eclosão do evento danoso.

No caso em apreço, conforme bem delineado pelo TJDFT, as condutas comissivas e omissas de todos os litigantes, cada qual em sua esfera de responsabilidade assumida contratualmente e, extracontratualmente, pela teoria do risco da atividade (CC/2002, art. 927, parágrafo único), foram determinantes para que o vazamento da gasolina gerasse os danos materiais e ambientais verificados e, inclusive, chegasse a ter grandes proporções.

Destarte, o nexo de causalidade é encontrado tanto nos atos e omissões da Petrobrás Distribuidora S.A. como naqueles da sociedade empresária e de seu sócio, de modo que há nítida concorrência de culpas, sendo certo que cada qual deve responder nos limites de sua responsabilidade, a qual foi, no caso, devidamente e proporcionalmente distribuída entre os litigantes pela metade.

> É imperioso ressaltar que, no presente recurso especial, não se impugna o dimensionamento ou a proporção da responsabilidade dos litigantes para a ocorrência do evento danoso, estando, pois, preclusa a discussão acerca da repartição dos danos pela metade entre as partes, tal como fixada pelo Tribunal de Justiça.

Mencionam-se, ainda, os seguintes precedentes das duas turmas de direito privado:

> Recurso especial. Civil. Responsabilidade civil. Prescrição. Não configuração. Fuga de paciente menor de estabelecimento hospitalar. Agravamento da doença. Morte subsequente. Nexo de causalidade. Concorrência de culpas. Reconhecimento. Redução da condenação. Recurso parcialmente provido.
>
> 1. Não incidem as normas do Código de Defesa do Consumidor, porquanto o evento danoso ocorreu em data anterior à sua vigência. Ficam, assim, afastadas a responsabilidade objetiva (CDC, art. 14) e a prescrição quinquenal (CDC, art. 27), devendo ser a controvérsia dirimida à luz do Código Civil de 1916.
>
> 2. Aplica-se o prazo prescricional de natureza pessoal de que trata o art. 177 do Código Civil de 1916 (vinte anos), em harmonia com o disposto no art. 2.028 do Código Civil de 2002, ficando afastada a regra trienal do art. 206, § 3º, V, do CC/2002.
>
> 3. *Na aferição do nexo de causalidade, a doutrina majoritária de Direito Civil adota a teoria da causalidade adequada ou do dano direto e imediato, de maneira que somente se considera existente o nexo causal quando o dano é efeito necessário e adequado de uma causa (ação ou omissão). Essa teoria foi acolhida pelo Código Civil de 1916 (art. 1.060) e pelo Código Civil de 2002 (art. 403).*
>
> 4. As circunstâncias invocadas pelas instâncias ordinárias levaram a que concluíssem que a causa direta e determinante do falecimento do menor fora a omissão do hospital em impedir a evasão do paciente menor, enquanto se encontrava sob sua guarda para tratamento de doença que poderia levar à morte.
>
> 5. Contudo, não se pode perder de vista sobretudo a atitude negligente dos pais após a fuga do menor, contribuindo como causa direta e também determinante para o trágico evento danoso. Está-se, assim, diante da concorrência de causas, atualmente prevista expressamente no art. 945 do Código Civil de 2002, mas, há muito, levada em conta pela doutrina e jurisprudência pátrias.
>
> 6. *A culpa concorrente é fator determinante para a redução do valor da indenização, mediante a análise do grau de culpa de cada um dos litigantes, e, sobretudo, das colaborações individuais para confirmação do resultado danoso, considerando a relevância da conduta de cada qual. O evento danoso resulta da conduta culposa das partes nele envolvidas, devendo a indenização medir-se conforme a extensão do dano e o grau de cooperação de cada uma das partes à sua eclosão.*

7. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1.307.032/PR, Quarta Turma, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 18.6.2013, DJe de 1º.8.2013)

Embargos de declaração no agravo regimental no agravo em recurso especial. Responsabilidade civil. Roubo em estacionamento gratuito de *shopping*. Omissão. Inexistência. Rompimento do nexo de causalidade, acórdão omisso no ponto. Embargos acolhidos em parte, sem efeitos infringentes.

1. No tocante à responsabilidade do estabelecimento comercial por roubo ocorrido em estacionamento gratuito fornecido aos seus clientes, não há nenhuma omissão, contradição ou obscuridade capaz de ensejar o acolhimento dos aclaratórios.

2. Quanto ao rompimento do nexo de causalidade, o acórdão embargado deixou de analisar a questão, devendo ser sanado o vício.

3. A doutrina majoritária entende que, na responsabilidade civil, o ordenamento pátrio adotou a teoria da causalidade adequada, segundo a qual devem ser considerados os fatos e condições que concorreram para o evento danoso, selecionando aqueles que contribuíram de forma necessária e determinante para a ocorrência do prejuízo. No caso, a conduta do shopping foi determinante para provocação do dano, pois falhou na sua obrigação de guarda e vigilância, e a conduta posterior dos criminosos não foi capaz de romper com o nexo de causalidade. Precedentes.

4. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem efeitos infringentes.

(EDcl no AgRg no AREsp 790.643/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 23.06.2016, DJe 1º.07.2016)

Não há, portanto, no caso ora examinado, como considerar a conduta das rés causa específica e determinante para o evento danoso. Ainda que se possa até cogitar de ilegitimidade passiva das rés, a verdade é que a questão foi decidida pelo mérito, e é este o ponto a ser dirimido.

8. Ademais, no tocante à ação civil pública mencionada no acórdão recorrido, em que foi reconhecida a legitimidade passiva das compradoras do metanol - assentando o acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região não haver como afastá-las "da cadeia causal geradora do prejuízo ao meio ambiente, a participação dos compradores e vendedora da mercadoria, já que a presença da substância tóxica no território pressupõe o negócio jurídico firmado entre as partes" -, registra-se que se cuida de esfera de responsabilização distinta.

De todo modo, na esfera do direito administrativo, analisando o mesmo dano ambiental, acórdão da segunda instância foi cassado pela Segunda Turma,

por ocasião do julgamento do REsp 1.401.500/PR, relator Ministro Herman Benjamin, ao fundamento de que o STJ possui jurisprudência no sentido de que "[...] tratando-se de responsabilidade administrativa ambiental, o terceiro, proprietário da carga, por não ser o efetivo causador do dano ambiental" só responde se tivesse agido com culpa, *in verbis*:

> Processual Civil. Ambiental. Explosão de navio na Baía de Paranaguá (Navio "Vicuna"). Vazamento de metanol e óleos combustíveis. Ocorrência de graves danos ambientais. Autuação pelo Instituto Ambiental do Paraná (IAP) da empresa que importou o produto "metanol". Art. 535 do CPC. Violação. Ocorrência. Embargos de declaração. Ausência de manifestação pelo Tribunal *a quo*. Questão relevante para a solução da lide.
>
> 1. Tratam os presentes autos de: a) em 2004 a empresa ora recorrente celebrou contrato internacional de importação de certa quantidade da substância química metanol com a empresa Methanexchile Limited. O produto foi transportado pelo navio Vicuna até o Porto de Paranaguá, e o desembarque começou a ser feito no píer da Cattalini Terminais Marítimos Ltda., quando ocorreram duas explosões no interior da embarcação, as quais provocaram incêndio de grandes proporções e resultaram em danos ambientais ocasionados pelo derrame de óleos e metanol nas águas da Baía de Paranaguá; b) em razão do acidente, o Instituto recorrido autuou e multa a empresa recorrente no valor de R$ 12.351.500,00 (doze milhões, trezentos e cinquenta e um mil e quinhentos reais) por meio do Auto de Infração 55.908; c) o Tribunal de origem consignou que "a responsabilidade do poluidor por danos ao meio ambiente é objetiva e decorre do risco gerado pela atividade potencialmente nociva ao bem ambiental. Nesses termos, tal responsabilidade independe de culpa, admitindo-se como responsável mesmo aquele que aufere indiretamente lucro com o risco criado" e que "o artigo 25, § 1º, VI, da Lei n. 9.966/2000 estabelece expressamente a responsabilidade do 'proprietário da carga' quanto ao derramamento de efluentes no transporte marítimo", mantendo a Sentença e desprovendo o recurso de Apelação.
>
> 2. A insurgente opôs Embargos de Declaração com intuito de provocar a manifestação sobre o fato de que os presentes autos não tratam de responsabilidade ambiental civil, que seria objetiva, mas sim de responsabilidade ambiental administrativa, que exige a demonstração de culpa ante sua natureza subjetiva. Entretanto, não houve manifestação expressa quanto ao pedido da recorrente.
>
> [...]
>
> 5. Sendo assim, o STJ possui jurisprudência no sentido de que, "tratando-se de responsabilidade administrativa ambiental, o terceiro, proprietário da carga, por não ser o efetivo causador do dano ambiental, responde subjetivamente pela degradação ambiental causada pelo transportador" (AgRg no AREsp 62.584/RJ,

Rel. Ministro Sérgio Kukina, Rel. p/ acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 7.10.2015).

6. "Isso porque a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano". (REsp 1.251.697/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 17.4.2012).

7. Caracteriza-se ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil quando o Tribunal de origem deixa de se pronunciar acerca de matéria veiculada pela parte e sobre a qual era imprescindível manifestação expressa.

8. Determinação de retorno dos autos para que se profira nova decisão nos Embargos de Declaração.

9. Recurso Especial provido.

(REsp 1.401.500/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16.08.2016, DJe 13.09.2016)

9. Diante do exposto, com o acréscimo desses fundamentos, adiro aos bem lançados voto e tese apresentados pelo eminente relator.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Senhor Presidente, acompanho o eminente Relator, frisando que, no caso em exame, o acidente não foi causado pela carga adquirida pela ré, como seria o caso, por exemplo, se tivesse havido a combustão espontânea da carga. Não foi isso que causou o acidente. E também não foi o produto adquirido pela ré que poluiu o oceano, uma vez que ficou claro que a poluição decorreu de óleo.

Diante dessas circunstâncias, também não verifico nexo de causalidade, que seria necessário até mesmo para responsabilidade objetiva em matéria ambiental.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Senhores Ministros, o resumo fático constante do item 1 do voto que proferi na sessão de 27.9.2017 contém uma pequena imprecisão que merece ser retificada.

Com efeito, na página 7 do referido voto, mais precisamente em seu segundo parágrafo, restou consignada a informação de que, no caso em apreço, a contratação do frete marítimo esposou a modalidade denominada CIF - *Cost Insurence and Freight* -, quando, *em verdade, a modalidade adotada foi a CFR - **Cost and Freight***.

Além disso, restou afirmado, no mesmo parágrafo do voto, que, na modalidade de transporte contratada, "a tradição da mercadoria se dá no momento de seu efetiva entrega ao comprador, e não no ato de embarque do produto". Referida premissa, embora não se possa afirmar equivocada, recomenda que sejam feitos alguns esclarecimentos.

Isso porque, a teor do que dispunham as regras oficiais da Câmara de Comércio Internacional para interpretação de termos comerciais aplicáveis na espécie (as chamadas Incoterms 2000), tanto na modalidade CIF (originalmente mencionada no voto) quanto na CFR (que foi a efetivamente adotada no caso) considera-se realizada a entrega (ficta) das mercadorias quando elas transpõem a amurada do navio no porto de embarque. *Essa entrega, porém, não implica a tradição real da mercadoria*, pois tem o efeito de transferir ao comprador apenas os riscos relativos a perdas ou danos que pudessem a ela ser ocasionados no trajeto do transporte, e não as prerrogativas inerentes ao pleno exercício de seu direito de propriedade.

Desse modo, revela-se mais apropriado que o segundo parágrafo da sétima página do voto proferido por este relator no presente feito passe a ostentar a seguinte redação:

> (...) Oportuno ressaltar também que as recorridas adquiriram o metanol transportado pelo navio *Vicuña* da empresa *Methanex Chile Limited*, ***responsável tanto pela contratação quanto pelo pagamento do frete marítimo***, *em que foi adotada a modalidade de frete denominada CFR - Cost and freight -, na qual a tradição da mercadoria se dá no momento de sua efetiva entrega ao comprador no porto de destino*, em que pese seja ela considerada entregue, para fins de transferência dos riscos relativos a perdas ou danos eventualmente sofridos no trajeto do transporte, no ato de transposição da amurada do navio no porto de embarque (cf. Regras oficiais da CCI para a interpretação de termos comerciais - Incoterms 2000).

Oportuno ressaltar que, mesmo que se pudesse considerar ocorrida a tradição da carga transportada pelo navio Vicuña no porto de embarque, ou seja, ainda que se pudesse afirmar que as empresas destinatárias da referida carga já

possuíam, antes da efetiva entrega desta, a condição de proprietárias, tal situação não revelaria, no caso em análise, a existência de nexo causal apto a ensejar sua responsabilização pelos danos alegadamente suportados pelos pescadores da região afetada pela explosão da embarcação.

Afinal, o fato de ter ou não se operado a tradição da mercadoria transportada não serviu de fator determinante para fundamentar nenhuma das conclusões lançadas no voto proferido por este relator, sendo relevante, isso sim, para o desfecho da controvérsia o fato de ter ficado a cargo da empresa *Methanex Chile Limited* (a vendedora da mercadoria) a responsabilidade tanto pela contratação quanto pelo pagamento do frete marítimo, o que se mantém inalterado mesmo com o reconhecimento de que a modalidade de transporte verdadeiramente pactuada na hipótese vertente foi a denominada CFR - *Cost and Freight*.

A próposito, vale reiterar a parte final da fundamentação do voto ora retificado, que se mantém inalterada:

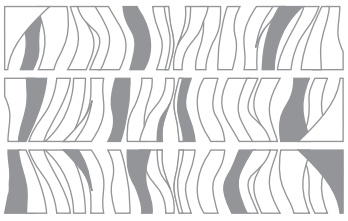
> (...) Pode-se concluir, assim, em apertada síntese, que as ora recorridas, porquanto meras adquirentes do metanol transportado pelo navio Vicuña, não respondem pela reparação de prejuízos (de ordem material e moral) alegadamente suportados por pescadores profissionais em virtude da proibição temporária da pesca na região atingida pela contaminação ambiental decorrente da explosão, em 15.11.2004, da referida embarcação.
>
> Isso porque, *não sendo as adquirentes da carga do referido navio responsáveis diretas pelo acidente ocorrido, só haveria falar em sua responsabilização - na condição de indiretamente responsável pelo dano ambiental - caso restasse demonstrada (i) a existência de comportamento omissivo de sua parte; (ii) que o risco de acidentes no transporte marítimo fosse ínsito à sua atividade ou (iii) que estivesse a seu encargo, e não da empresa vendedora, a contratação do transporte da carga que lhe seria destinada.*
>
> Sendo certo que nenhuma das mencionadas situações se verificou, afasta-se o pretendido dever de indenizar, diante ausência do nexo causal imprescindível à sua configuração (grifou-se).

Cumpre observar, por fim, que o pequeno ajuste ora promovido nos termos do item 1 do voto anteriormente exarado tem por finalidade única evitar a perpetuação de erro material em que incorreu o acórdão recorrido objeto do REsp n. 1.596.081/PR, reproduzido no voto ora retificado, cuja existência só foi possível aferir a partir das informações trazidas aos autos, somente agora, pela própria *Methanex Chile Limited*, que, a requerimento seu – formulado apenas

após a sessão de julgamento de 27.9.2017 – foi admitida no feito na condição de *amicus curiae* (e-STJ fls. 2.792/2.793).

Feitas essas breves considerações, reitero integralmente as conclusões anteriormente esposadas para o fim de (i) dar provimento aos recursos especiais em tela (interpostos por por *Arauco do Brasil S.A.* e *Momentive Química do Brasil Ltda.*) e (ii) fixar, para efeitos do art. 1.040 do CPC/2015, a seguinte tese:

> As empresas adquirentes da carga transportada pelo navio Vicunã no momento de sua explosão, no Porto de Paranaguá/PR, em 15.11.2004, não respondem pela reparação dos danos alegadamente suportados por pescadores da região atingida, haja vista a ausência de nexo causal a ligar tais prejuízos (decorrentes da proibição temporária da pesca) à conduta por elas perpetrada (mera aquisição pretérita do metanol transportado).



Terceira Turma

HABEAS CORPUS N. 416.886-SP (2017/0240131-0)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi
Impetrante: Caio Marcelo Dal Castel Veronezzi Lazzari Prestes
Advogados: Benedito Santana Prestes - SP041813
Caio Marcelo D C V Lazzari Prestes - SP0117427
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: F N DA C C
Advogado: Caio Marcelo D C V Lazzari Prestes - SP0117427
Paciente: S B C

EMENTA

Civil. Processual Civil. *Habeas corpus*. Prisão civil por alimentos. Obrigação alimentar avoenga. Caráter complementar e subsidiário da prestação. Existência de meios executivos e técnicas coercitivas mais adequadas. Indicação de bem imóvel à penhora. Observância aos princípios da menor onerosidade e da máxima utilidade da execução. Desnecessidade da medida coativa extrema na hipótese.

1- O propósito do *habeas corpus* é definir se deve ser mantida a ordem de prisão civil dos avós, em virtude de dívida de natureza alimentar por eles contraída e que diz respeito às obrigações de custeio de mensalidades escolares e cursos extracurriculares dos netos.

2- A prestação de alimentos pelos avós possui natureza complementar e subsidiária, devendo ser fixada, em regra, apenas quando os genitores estiverem impossibilitados de prestá-los de forma suficiente. Precedentes.

3- O fato de os avós assumirem espontaneamente o custeio da educação dos menores não significa que a execução na hipótese de inadimplemento deverá, obrigatoriamente, seguir o mesmo rito e as mesmas técnicas coercitivas que seriam observadas para a cobrança de dívida alimentar devida pelos pais, que são os responsáveis originários pelos alimentos necessários aos menores.

4- Havendo meios executivos mais adequados e igualmente eficazes para a satisfação da dívida alimentar dos avós, é admissível

a conversão da execução para o rito da penhora e da expropriação, que, a um só tempo, respeita os princípios da menor onerosidade e da máxima utilidade da execução, sobretudo diante dos riscos causados pelo encarceramento de pessoas idosas que, além disso, previamente indicaram bem imóvel à penhora para a satisfação da dívida.

5- Ordem concedida, confirmando-se a liminar anteriormente deferida.

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, conceder a ordem, confirmando-se a liminar anteriormente deferida, 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), 12 de dezembro de 2017 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJe 18.12.2017

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado por *Thiago Caio Marcelo Dal Castel Veronezzi Lazzari* em favor de F N DA C C e S B C.

Ação: de execução de alimentos, ajuizada por R M S C e K L S C, ambos representados por sua genitora B M S C, em desfavor dos pacientes (fls. 81/84, e-STJ).

Decisão interlocutória: reconhecendo a existência da dívida de natureza alimentar dos avós para com os netos, converteu, atendendo à manifestação do MP/SP, a execução para o rito da penhora e expropriação, ao fundamento de que a prisão civil é medida coativa excepcional e que a responsabilidade dos avós, além de ser igualmente excepcional, é também subsidiária e complementar à dos pais (fls. 86/88, e-STJ).

Acórdão do TJ/SP: reformou a decisão interlocutória para, reconhecendo a impossibilidade de conversão do rito executivo, decretar a prisão civil dos avós, cujo acórdão, de fls. 42/54 (e-STJ), ficou assim ementado:

> Agravo de Instrumento. Execução de alimentos pelo rito da prisão. Decisão que determinou a conversão do rito da execução para o da penhora. Pensão alimentícia fixada em acordo firmado no ano de 2009, pelo qual os agravados, avós paternos, assumiram espontaneamente a obrigação de pagar alimentos aos netos, ora agravantes. Alegada alteração da capacidade financeira que deve ser apreciada na via processual adequada. Inadimplemento do débito que é incontroverso. Decreto de prisão que atende à finalidade de coagir os devedores ao imediato pagamento da obrigação alimentar. Inteligência da Súmula n. 309 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Reforma da decisão agravada para o fim de decretar a prisão civil dos agravados pelo prazo de 30 (trinta) dias. Dá-se provimento ao recurso.

Habeas corpus: argumenta o impetrante que a ordem de prisão expedida pelo TJ/SP é flagrantemente ilegal, pois: (*i*) os pacientes, a despeito de terem assumido espontaneamente o compromisso de arcar com as matrículas, mensalidades escolares e cursos extracurriculares dos netos, tiveram uma drástica modificação de suas situações financeiras que inviabiliza a manutenção dos pagamentos; (*ii*) estaria em curso ação de exoneração de alimentos proposta pelos pacientes, pendente de admissibilidade o recurso especial dela extraído; (*iii*) diante da modificação do padrão financeiro dos pacientes e do ajuizamento da ação de exoneração de alimentos, o genitor assumiu o compromisso de arcar com os valores relacionados aos estudos dos menores, o que está sendo regularmente cumprido; (*iv*) ofereceram um lote de terreno suficiente para a quitação da dívida alimentar, rejeitado pelos menores.

Liminar: deferida por meio da decisão de fls. 61/63 (e-STJ).

Informações do juízo da execução e do TJ/SP: prestadas, respectivamente, às fls. 839/843 e 826/831 (e-STJ).

Parecer do Ministério Público Federal: opina pela concessão da ordem (fls. 834/837, e-STJ).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): O propósito do *habeas corpus* é definir se deve ser mantida a ordem de prisão civil dos pacientes, que são avós

dos exequentes, em virtude de dívida de natureza alimentar por eles assumida em 2009 e inadimplida desde o ano de 2014, relativamente às obrigações de arcar com as mensalidades escolares e com os cursos extracurriculares dos infantes, estes últimos no limite de 2,15 salários mínimos.

Inicialmente, observe-se que a decisão liminar de fls. 61/63 foi deferida em virtude de parecer plausível, *a priori*, a versão apresentada pelo impetrante a partir dos parcos elementos existentes naquele momento processual – em síntese, apenas a petição inicial do *habeas corpus* e a cópia do acórdão do TJ/SP – e diante da gravidade da situação narrada naquela peça vestibular – que noticiava o iminente risco de prisão civil dos avós, um deles portador de doença grave, em execução de alimentos movida pelos netos.

Todavia, justamente em virtude da insuficiência dos elementos de prova coligidos com a petição inicial, na mesma decisão liminar foi determinado aos impetrantes que colacionassem aos autos as cópias dos recursos em que se discutiu a própria prisão civil dos pacientes e o alegado debate acerca da exoneração de alimentos pelos avós e assunção da dívida pelo genitor, resguardando-se ao direito de, após exame mais detalhado da matéria, eventualmente rever esse posicionamento.

Pois bem.

Sobrevieram as juntadas das respectivas cópias pelos impetrantes (fls. 66/320 e 321/815) e, com elas, constatou-se que nem todas as afirmações contidas na petição inicial do *habeas corpus* correspondem à realidade.

Verifica-se, em primeiro lugar, que não há que se falar em ação de exoneração de alimentos movida pelos avós em face dos infantes (nem em caráter principal, nem tampouco em caráter declaratório incidental, como se alega). O que houve, na realidade, foi o requerimento de exoneração dos alimentos como matéria de defesa na execução iniciada pelos netos (fls. 91/94, e-STJ), o que, na esteira da sólida jurisprudência desta Corte, em princípio é inadmissível em virtude da necessidade de cognição exauriente e de amplo contraditório para que se afaste a estabilidade da sentença que fixou os alimentos. Nesse sentido: HC 242.654/SP, 3ª Turma, DJe 26.03.2013; HC 180.099/SP, 4ª Turma, DJe 29.08.2011.

Além disso, nada há nos autos que ateste a veracidade da informação noticiada pelos impetrantes de que o genitor teria aquiescido com a proposta de majoração dos alimentos em troca da exoneração dos alimentos prestados espontaneamente pelos avós.

Finalmente, nada foi provado acerca da existência de moléstia grave de que seria portador um dos pacientes, tampouco se demonstrou a existência de rigoroso tratamento médico para minimizar os efeitos da doença, tratando-se, ademais, de alegação que somente veio a ser ventilada neste *habeas corpus*.

Dessa forma, embora este remédio constitucional não seja a via adequada para a ampla discussão acerca dos fatos e das provas produzidas em 1º e 2º grau de jurisdição, não se pode deixar de registrar – e de se lamentar – que expedientes aparentemente escusos tenham sido utilizados para a obtenção de uma decisão judicial favorável.

Superada essa questão, constata-se que os avós não negam a existência da dívida de natureza alimentar que se executa na origem, relacionada especificamente ao custeio das mensalidades escolares e de cursos extracurriculares dos netos, tampouco negam que assumiram essas obrigações espontaneamente, seja para contribuir economicamente com o genitor, seja ainda para contribuir com a formação educacional dos próprios netos.

A despeito disso, não se pode olvidar que, na esteira da sólida jurisprudência desta Corte, a responsabilidade pela prestação de alimentos pelos avós possui, essencialmente, as características da complementariedade e da subsidiariedade, de modo que, para estender a obrigação alimentar aos ascendentes mais próximos, deve-se partir da constatação de que os genitores estão absolutamente impossibilitados de prestá-los de forma suficiente. Nesse sentido: REsp 1.211.314/SP, 3ª Turma, DJe 22.09.2011, REsp 1.415.753/MS, 3ª Turma, DJe 27.11.2015 e REsp 1.249.133/SC, 4ª Turma, DJe 02.08.2016.

O fato de, na hipótese, os avós terem assumido espontaneamente uma obrigação de natureza complementar, que consiste no custeio dos estudos e das atividades extracurriculares dos netos, não significa dizer que, havendo o inadimplemento, a execução de alimentos deverá obrigatoriamente seguir o rito estabelecido para o cumprimento das obrigações alimentares devidas pelos genitores, que são, em última análise, os responsáveis originários pela prestação dos alimentos necessários aos menores.

Não há dúvida de que o inadimplemento dos pacientes causou transtornos e, provavelmente, ensejou a suspensão das atividades extracurriculares que vinham sendo cursadas pelos netos ou, até mesmo, a substituição da escola particular em que os netos estudavam por uma instituição de ensino da rede pública.

Todavia, sopesando-se os prejuízos sofridos pelos menores e os prejuízos que seriam causados aos pacientes se porventura for mantido o decreto prisional e, consequentemente, o encarceramento do casal de idosos, conclui-se que a solução mais adequada à espécie é autorizar, tal qual havia sido deliberado em 1º grau de jurisdição, a conversão da execução para o rito da penhora e da expropriação, o que, a um só tempo, homenageia o princípio da menor onerosidade da execução (art. 805 do CPC/2015) e também o princípio da máxima utilidade da execução.

Registre-se, ainda, que está sendo vedado somente o uso da prisão civil, técnica coercitiva mais gravosa existente no ordenamento jurídico, para estimular o cumprimento da obrigação. Isso não significa, evidentemente, que estaria o juízo de 1º grau vinculado à tipicidade executiva, motivo pelo qual poderá ele, a depender do grau de recalcitrância manifestado pelos pacientes e da potencial eficácia da medida, empregar outros meios de coerção ou sub-rogação, valendo-se, por exemplo:

> (i) de uma medida sub-rogatória típica da execução de alimentos (requerimento de desconto em folha, na forma do art. 529 do CPC/2015), ou;
>
> (ii) de uma medida coercitiva típica da execução de alimentos (protesto do título executivo, nos termos do art. 528, § 3º, do CPC/2015), ou;
>
> (iii) de uma medida sub-rogatória típica do rito expropriatório (requerimento de penhora de bens dos arts. 831 e seguintes do CPC/2015) ou, ainda;
>
> (iv) de outras medidas atípicas de natureza indutiva, coercitiva, mandamental ou sub-rogatória autorizadas, em sentido amplo, pelo art. 139, IV, do CPC/2015.

Finalmente, anote-se que, na hipótese, os pacientes oferecerem como forma de quitação dos débitos pretéritos um lote de terreno que alegam possuir valor maior do que a dívida, conforme se depreende da proposta de fls. 221/222 (e-STJ), o que demonstra o firme propósito de liquidar o débito, sendo certo que a referida proposta foi rejeitada pelos exequentes sem a demonstração da inadequação ou ineficácia do referido bem para saldar a referida dívida (fls. 223/224, e-STJ).

Forte nessas razões, *concedo* a ordem de *habeas corpus*, confirmando a liminar anteriormente concedida.

HABEAS CORPUS N. 418.431-SP (2017/0251482-4)

Relator: Ministro Moura Ribeiro
Impetrante: Sueli Regina Vendramini Mendonca
Advogado: Sueli Regina Vendramini Mendonça - SP197194
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: Y Z

EMENTA

Habeas corpus. Anulação de registro de nascimento. Medida liminar protetiva de acolhimento de criança em abrigo. Grave suspeita da prática de "adoção à brasileira" em duas ocasiões distintas. Indícios de adoção de criança mediante pagamento. Ausência de configuração de relação afetiva. Gravidez falsa. Induzimento a erro. Ameaça grave a Oficial de Justiça. Circunstâncias negativas. Melhor interesse da criança. Abrigamento. Excepcionalidade. Não ocorrência de decisão flagrantemente ilegal ou teratológica. *Habeas corpus* não conhecido.

1. Em regra, não é admissível a utilização de *habeas corpus* como sucedâneo ou substitutivo de recurso ordinário cabível. Precedentes.

2. A jurisprudência desta eg. Corte Superior tem decidido que não é do melhor interesse da criança o acolhimento temporário em abrigo, quando não há evidente risco à sua integridade física e psíquica, com a preservação dos laços afetivos eventualmente configurados entre a família substituta e o adotado ilegalmente. Precedentes

3. Todavia, em situações excepcionais, como no caso dos autos, em que não chegou a se formar laços afetivos entre a adotada e a família substituta, em razão da reiterada prática de crimes contra o estado de filiação, da suspeita de pagamento para obtenção de criança em outro processo, do indício de simulação de gravidez e de ameaça de morte a Oficial de Justiça no cumprimento do seu dever, não é recomendável, em nome do princípio do superior interesse da criança, que ela fique no lar da família substituta. Criança bem adaptada no abrigo em que se encontra, recebendo cuidados e acompanhamento médico de sucesso.

4. Não conheço do *habeas corpus*.

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 não conhecer do *habeas corpus*, 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.

Brasília (DF), 05 de dezembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

DJe 15.12.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, manejado em favor de Y Z, que aponta como autoridade coatora a Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo que não conheceu do *writ* lá impetrado.

A impetrante narra que o paciente e a sua genitora O L DA S (O L), pessoa em situação de rua, logo após o nascimento daquele e da alta hospitalar foram acolhidos pelo casal E D Z e M Z (casal Z), tendo este último, pai registral, após o abandono da criança pela mãe, a registrado como seu filho, acolhendo-o em seu lar. Relata, ainda, que O L já havia deixado outra criança (Y D Z) aos cuidados do casal Z, o qual está sob a guarda deles há mais de seis anos.

Sustenta que o paciente sofre constrangimento ilegal porque 1) foi colocado por ordem judicial em abrigo institucional o que causa risco a sua integridade física e psíquica e não atende o seu melhor interesse; 2) o motivo apresentado para o acolhimento institucional (evitar a constituição de vínculo do menor com a família) é mera conjectura e formalismo, não justificando a medida extrema; 3) não há razoabilidade na transferência da criança para um abrigo e depois a um

outro casal cadastrado na lista geral de adoção pois não atende o interesse do menor e causa risco de danos irreparáveis para a formação da sua personalidade; 4) a despeito da alegação do Ministério Público de que se trata de "adoção a brasileira" não há perigo na permanência dele com o pai registral; e, 5) a ilegal e drástica medida de abrigamento atentou contra o direito de liberdade de ir e vir do menor e desconsiderou que seu irmão também é adotado pelo casal Z, família substituta que o acolheu com boa fé e com o objetivo de proporcionar um sadio convívio familiar, dedicando-lhe muito amor e carinho.

Indeferi a liminar (e-STJ, fls. 85/88).

Recebi as informações (e-STJ, fls. 101/196 e 198/270).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 272/277).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro (Relator): Dos documentos que instruem a impetração verifica-se que o Ministério Público de São Paulo, *aos 31.10.2016*, ajuizou ação de rito ordinário visando o reconhecimento da nulidade parcial do assento de nascimento do menor Y Z, nascido *aos 25.9.2016*, no tocante a filiação paterna e requereu, liminarmente, a suspensão do poder familiar do réu e a aplicação de medida de acolhimento institucional da criança em razão da indícios de que M Z a teria registrado ilegalmente como seu filho (e-STJ, fls. 19/30).

Segundo o *Parquet*, o recém nascido e sua genitora O L, pessoa em situação de rua, foram encaminhados para o domicílio do casal Z *aos 2.10.2016*, tendo M Z *aos 4.10.2016*, levado a efeito o registro do assento de nascimento da criança, atribuindo só a si a paternidade, apesar de viver em união estável com E D Z, passando a chamá-lo Y Z e, de acordo com as informações obtidas pelo Conselho Tutelar, a companheira dele utilizava uma falsa barriga simulando gravidez para causar a impressão de que estava grávida do menor.

Acrescentou o Promotor de Justiça que medida igual já foi promovida contra M Z por fato idêntico (adoção ilegal), envolvendo a mesma genitora da criança, O L e, que na outra ação, ele registrou falsamente uma criança como se seu filho fosse com a alegação inverídica de que teria mantido um

relacionamento extraconjugal com mãe dela e foi apurado que a entrega só para ele se deu em razão de promessa de ajuda financeira.

Para o Ministério Público, por meio da adoção ilegal, a criança foi colocada em família substituta sem que houvesse alguma avaliação segura sobre a conveniência da medida ou a análise da possibilidade de retorno dela para a família biológica.

Argumentou, ainda, que o infante tinha o direito de ter a sua situação tratada de acordo com o procedimento lógico-jurídico previsto em lei com o acompanhamento de profissionais aptos a avaliar as suas necessidades e que deveria, também, ser observada a ordem legal do cadastro dos pretendentes à adoção, bem como a criança não poderia ficar à mercê de pessoas que supostamente praticaram crime para o acolher como filho.

Pediu a investigação da paternidade e, se fosse o caso, a anulação do registro, como posterior procedimento tendente à adoção ou retorno da criança à família natural, de modo a atender o seu melhor interesse, a segurança dos registros públicos, casais habilitados e a sociedade em geral.

O Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Jaú - SP (Processo n. 1011140-25.2016.8.26.0302) *aos 4.11.2016*, deferiu a liminar de acolhimento porque 1) a permanência da criança com eles acarretaria a formação de vínculo que tornariam inócuas as medidas para combater a "adoção a brasileira"; 2) na ação anterior, o outro filho de O L retornou ao lar de M Z e sua esposa E D Z, criando laços afetivos o que ensejou o deferimento da guarda do irmão do paciente para o casal Z; 3) o acolhimento institucional não violará o melhor interesse da criança pois ela já estava privada da convivência da mãe biológica e ficará sob os cuidados dos profissionais da instituição de acolhimento; 4) o Poder Judiciário não poderia acobertar a situação de ofensa ao cadastro nacional de adotantes haja vista que muitos cadastrados estão há muitos anos esperando a oportunidade para adotar; e, 5) o acolhimento se fazia necessário para evitar a constituição de vínculo afetivo da criança com o casal Z e a consolidação de uma situação irregular, que configura estímulo à burla do procedimento judicial (e-STJ, fls. 16/18).

Impetrou-se *habeas corpus* contra tal decisão, no qual se afirmou que a decisão foi ilegal e que não existiam elementos para justificar o abrigamento do paciente pois estava sendo cuidado pela família que o acolheu.

O Tribunal de Justiça de São Paulo *aos 18.9.2017*, denegou o pedido de *habeas corpus* (Proc. HC n. 2131701-60.2017.8.26.0000) impetrado em

favor do paciente porque 1) ele, que tem menos de um ano de idade, foi possivelmente vítima de uma tentativa de adoção à brasileira pois o pai registral não se submeteu ao exame pericial de paternidade designado pelo Juízo para apuração dos fatos; 2) é a segunda vez que os pretensos guardiões da criança são envolvidos em demanda da mesma natureza; 3) o acolhimento do paciente encontra fundamento na necessidade de evitar a constituição de vínculo com o requerido e sua companheira e consolidação de uma situação irregular de verdadeiro estímulo à burla do procedimento judicial; e, 4) o acolhimento institucional se legitima pois tenta evitar uma situação de risco ao menor e assegurar a colocação dela em família substituta, bem como deve se manter tal restrição até que os autos reúnam melhores elementos de prova a ensejar eventual reapreciação da situação fática existente (e-STJ, fls. 37/43).

De início, cabe ressaltar que nos termos da jurisprudência desta eg. Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal não se admite a impetração *habeas corpus* como sucedâneo ou substitutivo de recurso ordinário cabível, em especial no caso em que se impugnou acórdão que denegou outro *writ* impetrado na origem, no qual seria cabível a interposição de recurso ordinário. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

> *Habeas corpus*. Prisão civil. Alimentos. *Writ* substitutivo de recurso ordinário. Não cabimento. Precedentes do STF e do STJ. Concessão de ordem de ofício. Inexistência dos requisitos autorizadores.
>
> *1. Não conhecimento do* habeas corpus *impetrado como substitutivo de recurso ordinário. Precedentes do STF e do STJ.*
>
> 2. Inocorrência de flagrante ilegalidade ou abuso de poder a justificar a concessão da ordem de ofício.
>
> 3. Decreto prisional em razão do inadimplemento da pensão alimentícia firmada em acordo judicial em ação de execução de alimentos.
>
> 4. Jurisprudência firme do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o descumprimento de acordo firmado entre alimentante e alimentado, nos autos de ação de execução de alimentos, pode ensejar o decreto de prisão, bem como que o pagamento parcial não produz o efeito de liberar o devedor do restante do débito ou, tampouco, afastar o decreto prisional.
>
> 5. Precedentes específicos desta Corte.
>
> 6. Habeas corpus *denegado*.
>
> (HC n. 350.101/MS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado aos 14.6.2016, DJe de 17.6.2016, sem destaque no original).

Processual Civil. Agravo regimental no *habeas corpus*. Execução de alimentos. Art. 733 do CPC. Prestações vencidas no curso da execução. Impetração de *writ* no Superior Tribunal de Justiça em substituição ao recurso ordinário. Inadmissibilidade. Alegação de constrangimento ilegal. Necessidade de dilação probatória. Inadequação da via eleita.

1. A ação constitucional será cabível "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (art. 5º, LXVIII, da CF), circunstância não configurada nos autos.

2. Não é admissível a utilização do habeas corpus *originário no STJ como substitutivo do recurso ordinário, tampouco dilação probatória na via eleita.*

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 298.667/RJ, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado aos 23.10.2014, DJe de 10.11.2014)

Processual Civil. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Não cabimento. Art. 105, II, 'a', CF/1988. Pensão alimentícia.

1. O habeas corpus *não é admitido como sucedâneo ou substitutivo de recurso ordinário*, ex vi *da disposição expressa do art. 105, II, 'a', da CF/1988.*

2. A competência originária do STJ deve ser preservada em prol dos legitimados do art. 105, inc. I, 'c', da CF/1988, prestigiando-se, a um só tempo, a divisão de competências realizada pelo legislador constituinte, bem ainda a racionalização e simplificação do sistema recursal.

3. Evolução jurisprudencial encampada pela Suprema Corte, cuja adesão de entendimento pelo STJ também se presta ao alento do órgão jurisdicional precípua e constitucionalmente incumbido da guarda e exegese da Constituição.

4. Não verificada a presença de flagrante ilegalidade, não há se cogitar da concessão *ex officio* da ordem pleiteada.

5. É cabível a prisão civil do alimentante inadimplente em ação de execução contra si proposta, quando se visa ao recebimento das últimas três parcelas devidas a título de pensão alimentícia, mais as que vencerem no curso do processo.

6. O pagamento parcial do débito não afasta a possibilidade de prisão civil do alimentante executado.

7. *Habeas Corpus* não conhecido.

(HC n. 258.607/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado aos 15.8.2013, DJe de 22.8.2013, sem destaque no original).

Não obstante tal orientação jurisprudencial, existe, excepcionalmente, a possibilidade de concessão da ordem de ofício, na hipótese em que se verificar

que alguém sofre ou está sofrendo constrangimento em sua liberdade de locomoção em razão de decisão manifestamente ilegal ou teratológica, o que não é caso, como se verá a seguir.

Discute-se, em síntese, a validade da determinação judicial provisória de acolhimento institucional de menor nos autos da ação de rito ordinário de nulidade de assento de nascimento cumulado com pedido de acolhimento institucional, cuja a alegação de flagrante ilegalidade não foi acolhida pelo Tribunal *a quo*, no *writ* lá impetrado.

A situação trazida é peculiar, delicada e excepcional, pois trata de uma criança que completou um ano de idade em novembro do ano corrente e que foi levada por ordem judicial, para uma casa de abrigo quando tinha apenas *dois meses*, pela presença de fortes indícios de que M Z, pela segunda vez, registrou outro filho de O L, pessoa em situação de rua, em cartório como se fosse seu, mesmo sabendo que não era, para combater a chamada 'adoção a brasileira' e desestimular a burla ao procedimento judicial da adoção.

É certo que esta Terceira Turma, reiteradamente, tem decidido que não é do melhor interesse da criança o acolhimento temporário em abrigo quando não há evidente risco à sua integridade física e psíquica, devendo ser preservados eventuais laços afetivos existentes entre a família substituta e o infante.

Nessa ordem de decidir, os seguintes julgados:

> *Habeas corpus*. Busca e apreensão de menor. Determinação de acolhimento institucional. Adoção.
>
> - Salvo no caso de evidente risco físico ou psíquico ao menor, não se pode conceber que o acolhimento institucional ou acolhimento familiar temporário, em detrimento da manutenção da criança no lar que tem como seu, traduza-se como o melhor interesse do infante.
>
> - Ordem concedida.
>
> (HC n. 221.594/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 21.3.2012)

> *Habeas corpus*. Busca e apreensão de menor. Determinação de acolhimento institucional. Possível prática de "adoção à brasileira". Convívio com a família registral. Melhor interesse da criança. Ordem concedida.
>
> 1.- A despeito da possibilidade de ter ocorrido fraude no registro de nascimento, não é do melhor interesse da criança o acolhimento institucional ou familiar temporário, salvo diante de evidente risco à sua integridade física ou psíquica, circunstância que não se faz presente no caso dos autos. Precedentes.

2.- Ordem concedida.

(HC n. 291.103/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe de 29.8.2014).

Não obstante a orientação jurisprudencial destacada, o caso em tela, contudo, guarda algumas peculiaridades que devem ser ponderadas para aferir a legalidade da decisão de primeiro grau que suspendeu o poder familiar do suposto pai (M Z) e determinou a busca e apreensão da criança (Y Z) e o seu acolhimento em entidade assistencial, e, por conseguinte, do acórdão que concluiu pela inexistência de ilegalidade flagrante dela. Se não vejamos:

Com as informações recebidas da autoridade apontada como coatora verifica-se que nos autos da ação civil pública n. 0010805-62.2012.8.26.0302 promovida ***em 2012*** pelo Ministério Público de São Paulo, os pedidos foram julgados procedentes para reconhecer a nulidade do assento de nascimento do menor Y D Z, hoje com seis anos de idade, na parte relativa a paternidade falsamente atribuída a M Z e para decretar a perda do poder familiar da sua genitora O L, que o teria abandonado e deixado sob os cuidados do casal Y (e-STJ, fls. 139/144).

Aquele feito guarda perfeita relação e pertinência com o presente caso, porque naquele, os personagens e as circunstâncias fáticas são quase as mesmas: *O L*, pessoa em situação de rua, deu a luz a criança *Y D Z*, e *M Z* a registrou falsamente como seu filho, sob a inverídica alegação de que teria tido um caso extraconjugal com a genitora dele.

O Juízo sentenciante daquele feito concluiu, após a instrução probatória, que M Z não era o pai biológico pois se recusou a comparecer à perícia técnica e nunca teve relacionamento com O L, e consignou que esta concordou em entregar a criança para aquele e sua companheira *em razão de promessa de ajuda financeira, tendo inclusive recebido tal ajuda* (e-STJ, fl. 143).

Não obstante a prolação da sentença desconstitutiva do assento de nascimento em razão da falsidade no registro público, por ter se formado vínculo afetivo com o casal Z, a criança Y D Z, que hoje está com seis (6) anos de idade, continuou e está sob a guarda deles, falsários.

Não se pode deixar de considerar, ser curioso que a companheira de de M Z, E D Z, mesmo simulando gravidez, não compareceu em cartório para assumir a maternidade. Será que E D Z estaria dando mostras de concordância com a sistemática traição de M Z? Muito fácil crer nisso!

No presente feito, *O L*, *em setembro de 2016*, deu a luz *a outro menino* (Y Z), e *M Z*, novamente e se valendo do mesmos argumentos apresentados na ação civil pública anterior, declarou para fins de registro público que ele era seu filho biológico, sem que isso fosse verdade. E afirmo isso, porque os elementos que instruem o *writ* dizem que a perícia técnica (DNA) que confirmaria a alegação de M Z de que era o pai biológico do ora paciente, por duas vezes previamente designadas, não foi realizada, sendo que na última ele não compareceu, apesar de devidamente intimado e na primeira apresentou atestado médico (e-STJ, fls. 174 e 188/189).

Ora, quem efetivamente é pai e tem interesse (ou deveria ter) em cessar a situação de abrigamento de quem afirma ser seu filho, não poderia prologar tal situação e ter comparecido ao primeiro exame de DNA designado, até de forma célere pelo juízo onde tramita a presente ação de nulidade de registro civil. Proceder em sentido contrário afronta o "venire contra factum próprio".

Outra circunstância que chama a atenção e é relevante, a meu sentir, para a aferição de eventual ilegalidade na decisão impugnada, é que diferentemente do que ocorreu na primeira ação, em razão do conhecimento pelo Ministério Público da reiteração na prática de adoção ilegal e de sua ação rápida, *não houve tempo hábil para formação de vinculo afetivo entre Y Z e a família que supostamente o adotou ilegalmente*, haja vista que a criança conviveu com ela por apenas 2 (dois) meses e 11 (onze) dias, até ser levada para o abrigo aos 6.12.2016.

E o infante somente conviveu pelo referido período com o casal Z porque eles dificultaram, no que puderam, o cumprimento do mandado de busca e apreensão (e-STJ, fls. 101, 152 e 157) que foi deferido quando a criança tinha pouco mais de 1 (um) mês de vida (e-STJ, fl. 148). Há, inclusive, registro nos autos, ***de fato grave***, ***consubstanciado na ameaça de morte com o uso de arma de fogo, realizada ao Oficial de Justiça por M Z para que não houvesse o cumprimento da ordem judicial*** (e-STJ, fls. 155 e 156).

Não é só.

Há também informação nos autos de que a E D Z companheira de M Z, teria utilizado uma barriga falsa simulando uma gravidez com o intuito de fazer crer que Y Z seria efetivamente filho biológico do casal, como antes ponderado (e-STJ, fls. 111 e 124).

Do que foi relatado até o momento, evidenciam-se circunstâncias relevantes, preocupantes e até graves, que devem ser consideradas e sopesadas, pois 1) há indícios de *reiteração na prática de crime contra o estado de filiação* (art.

242 do Código Penal) para a obtenção da criança; 2) existe sentença proferida em outro feito afirmando a ocorrência de pagamento na obtenção da guarda do irmão unilateral do paciente, de modo que não seria dessarazoado supor que idêntica prática pode ter ocorrido nesta nova tentativa de "adoção a brasileira"; 3) há indícios da prática de simulação de gravidez com fim de induzir que Y Z seria filho biológico do casal, apesar de a companheira não ter dado seu nome quando do registro; e, 4) ocorrência de ameaça grave a serventuário da justiça com o fim de impedir o cumprimento de decisão judicial.

Nesse cenário, a análise perfunctória desses elementos revelam, a meu ver, que não há elementos seguros de que o melhor interesse da criança será atingido caso se permita a colocação da criança sob os cuidados da família que pretende adotá-la, pelo mentos até a conclusão do feito anulatório de registro civil que, ao que tudo indica, o pedido do Ministério Público também será julgado procedente.

Convém registrar, por oportuno, que não dizendo que sou contrário a entrega de criança a casal não inscrita no cadastro nacional de adoção, até porque já acompanhei o voto proferido pelo Ministro *João Otávio de Noronha*, no julgamento do HC n. 331.121/PR, em situação distinta da ora posta em discussão.

Naquele feito a mãe biológica entregou o filho recém nascido para um casal, que ingressou com ações judiciais visando regularizar a guarda e adoção dele, e sobreveio uma ordem de busca e apreensão quando ela tinha 6 (seis) meses de idade, para colocá-la num abrigo institucional.

A ordem foi concedida naquela ação constitucional porque já havia sido realizado um parecer técnico formulado por psicoterapeuta, contatando a formação de vínculo afetivo com o casal que o adotou e seria absolutamente prejudicial sua retirada do convívio familiar, bem como não havia indícios de que ele estaria em situação de risco.

Eles confessaram, naquela ação, a "adoção à brasileira" porém tomaram providências para corrigir a situação. Hipótese, portanto, distinta da presente, na qual foi realizado laudo pericial e o casal Y sequer não se encontra inscrito no referido cadastro nacional de adoção e optaram por caminho que vai de encontro com a legalidade.

O aludido julgado recebeu a seguinte ementa:

> Habeas corpus. *Busca e apreensão de menor. Destituição liminar de guarda. Determinação de acolhimento institucional. Menor entregue aos impetrantes pela*

mãe biológica. Convívio com a família socioafetiva. Ausência de indícios de maus-tratos, negligência ou abuso. Interesse do infante. Ordem concedida de ofício

(HC n. 331.121/PR, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, julgado aos 27.10.2015, DJe de 3.11.2015).

Ressalte-se, ainda, que o pouco convívio que teve Y Z com a família substituta até ser levada para o abrigo é indicativo de que não se configurou uma vinculação afetiva entre eles. No mais, o relatório de 8.8.2017, contido no Plano Individual de Atendimento da criança da Associação das Senhoras Cristãs - Nosso Lar Núcleo II, relata de que ela está em ótimas condições de saúde, faz uso de medicamento contínuo e está sendo acompanhada mensalmente por pediatra, bem como realiza aulas de natação (e-STJ, fls. 179/182), o que indica que não houve evidente prejuízo material e psicológico para o menor que recebe proteção integral com a separação.

O caso, como dito, é delicado e demanda maior cautela na aferição das reais vantagens para Y Z em ser devolvido para a família adotante à brasileira em nome do princípio do superior interesse do menor.

Apesar da existência de registro de que eles cuidavam bem de Y Z e cuidam atualmente de seu irmão unilateral Y D Z, entendo que os padrões éticos por eles adotados, o desrespeito para com a lei e com o Poder Judiciário, recomendam, no momento, a manutenção de Y Z no acolhimento institucional que atende, em princípio, o seu melhor interesse, de modo a preservar e garantir o seu desenvolvimento sadio e não colocá-lo, assim, em uma possível situação de risco.

A decisão objeto do *writ*, com efeito, não é manifestamente ilegal ou teratológica, bem como não visou somente privilegiar o disposto no § 13 do art. 50 da Lei n. 8.069/1990 em detrimento do bem-estar da criança, mas sim proporcionar que ela tenha um desenvolvimento sadio, ainda que seja provisoriamente no sistema de acolhimento institucional, tendo em conta as condutas nada ortodoxa da família substituta e os padrões éticos não são recomendáveis para a educação e desenvolvimento sadio do infante.

Finalmente, em situações excepcionais, a jurisprudência desta eg. Corte Superior, em observância ao princípio do melhor interesse e da proteção integral da criança, opta pelo acolhimento institucional de criança em hipótese de prática de "adoção a brasileira" em detrimento da sua colocação na família que a acolhe.

Nesses sentido, guardadas as devidas proporções, os seguintes precedentes:

> Processual Civil. Família. Adoção e guarda provisória de recém-nascido. Suspeita de simulação. Busca e apreensão de menor. Medida judicial liminar de acolhimento institucional em família devidamente cadastrada. *Habeas corpus*. Descabimento. Precedentes.
>
> 1. O *Habeas Corpus* não é instrumento processual adequado para impugnar decisão judicial liminar que determina o acolhimento de menor em família devidamente cadastrada junto ao programa municipal de adoção.
>
> 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que o *habeas corpus* não é instrumento que comporta dilação probatória para desconstituir decisão judicial embasada nos elementos informativos dos autos. Precedentes.
>
> 3. Ordem denegada.
>
> (HC n. 329.147/SC, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado aos 20.10.2015, DJe de 11.12.2015),

> *Habeas corpus*. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Medida protetiva. Busca e apreensão de menor. Determinação de acolhimento institucional. Grave suspeita de fraude na aquisição da guarda. Genitora adolescente de condição humilde. Entrega da filha para outro casal criar, intermediada por advogado, com posterior arrependimento. Genitora mãe registral impedida de ver a criança. Medida proporcional à gravidade do fato. Legalidade da decisão. Ordem denegada.
>
> 1. As medidas protetivas previstas no ECA, para repelir ameaça de violação a direitos de crianças e adolescentes, podem ter natureza cautelar, devendo atender a intervenção judicial a três requisitos fundamentais: (i) precoce; (ii) mínima e (iii) proporcional.
>
> 2. Na estreita via do *habeas corpus*, somente é possível a verificação da legalidade da ordem de acolhimento institucional de menor, mediante a análise da proporcionalidade da decisão judicial, ponderando-se a necessidade e a utilidade da medida.
>
> 3. A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que, salvo risco evidente à integridade física e psíquica da criança, não é do seu melhor interesse o acolhimento institucional.
>
> *4. Contudo, para evitar a formação de laços afetivos em hipóteses em que a guarda foi obtida de forma fraudulenta, com indícios de ilegalidade e cometimento de crime, mostra-se razoável a medida de protetiva de acolhimento institucional*.

5. No caso, o pai registral conquistou a guarda de forma obscura de genitora adolescente, que foi afastada da filha, sem poder manter contato com ela, com posterior arrependimento de sua entrega.

6. Envolvimento de terceiros na intermediação do ato de entrega da menor, com fortes indícios do cometimento de crime, tornando duvidosa a alegada paternidade.

7. Intervenção judicial, no caso, feita de forma precoce, mínima e proporcional à gravidade dos fatos imputados ao pai registral.

8. Legalidade da medida protetitva da criança.

9. *Ordem denegada*.

(HC n. 342.325/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado aos 18.2.2016, DJe de 9.3.2016, sem destaque no original).

Habeas corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Medida protetiva. Busca e apreensão de menor. Determinação de acolhimento institucional. Grave suspeita de fraude na aquisição da guarda. Genitora humilde. Entrega do filho para outro casal, com posterior arrependimento. Necessidade de ampla dilação probatória. Ordem denegada.

1. Consoante entendimento jurisprudencial desta Corte de Justiça, salvo risco evidente à integridade física e psíquica da criança, não é do seu melhor interesse o acolhimento institucional, cuja legalidade pode ser examinada mediante a estreita via do *habeas corpus*.

2. Todavia, no caso dos autos, o acolhimento institucional fora determinado em razão da descoberta de fraude na obtenção da guarda da criança pelo casal impetrante que, em conjunto com a genitora, utilizou-se de documentos falsos durante o pré-natal e no parto do menor.

3. Ademais, há informações no sentido da viabilidade do retorno da criança à mãe biológica, que mostrou arrependimento pela entrega do filho ao casal impetrante.

4. Dadas as peculiaridades do caso, tem-se a necessidade de ampla dilação probatória, o que é incompatível com a via do *habeas corpus*, que só admite cognição sumária.

5. Ordem denegada.

(HC n. 370.636/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado aos 14.2.2017, DJe de 21.2.2017, sem destaque no original).

Diante disso, não verifico a existência de ilegalidade flagrante ou teratologia na decisão objeto do *writ*, de modo a conceder a ordem de ofício.

Ante o exposto, pelo meu voto, ***não conheço*** do *habeas corpus*.

RECURSO ESPECIAL N. 1.471.563-AL (2014/0187556-3)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino
Recorrente: Banco Central do Brasil - BACEN
Advogado: Procuradoria-Geral do Banco Central - PB000000C
Recorrente: Silvio Josias Leite
Recorrente: Tereza Cristina Macedo dos Santos Leite
Advogados: Evilasio Feitosa da Silva e outro(s) - AL001197
Bruno Constant Mendes Lôbo - AL006031
Janine de Holanda Feitosa - AL007631
Tereza Cristina Nascimento de Lemos - AL007632
Recorrido: Os Mesmos
Interes.: Everaldo Correia Lins
Interes.: Matias Elisiário Rodrigues
Interes.: Marianni Oliveira Rodrigues
Interes.: Maria Anete Passos
Interes.: Alcides Jerônimo de Almeida Tenório

EMENTA

Recursos especiais. Civil. Processual Civil (CPC/1973) e Processual Penal. Roubo à Delegacia do Banco Central do Brasil em Recife. Ano de 1991. Aquisição de imóvel com os proventos do crime. Ocupação posterior por terceiros. Alegação de usucapião. Sequestro e posterior confisco do bem pelo juízo criminal. Prevalência sobre o juízo cível. Extinção da ação de usucapião. Perda do objeto. Alegação de boa-fé. Questão decidida pelo juízo criminal. Assistência judiciária gratuita. Encargos da sucumbência. Óbice da Súmula 126/STJ.

1. Controvérsia acerca da possibilidade de o juízo cível julgar ação de usucapião sobre bem sequestrado e, posteriormente, confiscado pelo juízo criminal, em razão de o imóvel ter sido adquirido com proventos de crime (roubo à delegacia do Banco Central do Brasil de Recife, no ano de 1991).

2. *Recurso Especial dos Possuidores Demandantes*:

2.1. Nos termos do art. 125 do Código de Processo Penal: "Caberá o seqüestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro".

2.2. Superveniência do confisco do imóvel, como consequência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, 'ex vi' do art. 91, II, alínea b, do Código Penal.

2.3. Subordinação do juízo cível ao juízo criminal após o confisco do imóvel, não se aplicando, nessa hipótese, a regra da independência das instâncias. Doutrina sobre o tema.

2.4. Perda de objeto da ação de usucapião após a superveniência do confisco do imóvel.

2.5. Impossibilidade de o juízo cível apreciar as alegações de ineficácia da medida constritiva, boa-fé do possuidor e ausência de registro do sequestro/confisco no cartório de imóveis, pois essa questões são da competência exclusiva do juízo criminal prolator da constrição.

2.6. Hipótese em que tais alegações foram efetivamente apreciadas e rejeitadas pelo juízo criminal, no curso dos embargos de terceiro do art. 129 do CPP.

2.7. Extinção da ação de usucapião, sem resolução do mérito, por perda do objeto.

3. *Recurso Especial do Banco Central do Brasil - BCB*:

3.1. Controvérsia acerca da condenação do hipossuficiente aos encargos da sucumbência.

3.2. Acórdão recorrido fundamentado na não recepção do art. 12 da Lei n. 1.060/1950 pela Constituição Federal.

3.3. Ausência de interposição de recurso extraordinário para combater o fundamento constitucional.

3.4. Incidência do óbice da Súmula 126/STJ, assim lavrada: "É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário".

4. *Recurso especial dos possuidores desprovido e recurso especial do Banco Central do Brasil não conhecido*.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrighi, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial interposto por Sílvio Josias Leite e Outros, e não conhecer do recurso especial do Banco Central, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Moura Ribeiro (Presidente) e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze.

Brasília (DF), 26 de setembro de 2017 (data de julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

DJe 10.10.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de dois recursos especiais, um interposto por *Banco Central do Brasil - BCB* e outro por *Silvio Josias Leite* e *outra*, em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado:

> Apelação e reexame necessário. Usucapião extraordinária. Sequestro. Imóvel adquirido com produto de crime. Sentença penal condenatória. Perdimento de bem. Natureza pública do imóvel. Impossibilidade de prescrição aquisitiva.
>
> 1. Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação de sentença declaratória de aquisição de bem imóvel, por usucapião extraordinária, em razão do suposto exercício de posse mansa e pacífica entre julho de 1992 a agosto de 2008.
>
> 2. O imóvel usucapiendo, adquirido com produto de roubo ao Banco Central do Brasil, foi objeto de sequestro na ação penal n. 92.0005075-1, em 10.06.1992.
>
> 3. A legalidade da medida assecuratória encontra-se acobertada pelo manto da coisa julgada (Embargos de Terceiros n. 0017423-11.2009.4.05.8300), inexistindo dúvida acerca da origem ilícita do imóvel e da má-fe do terceiro possuidor.

> 4. A ausência de averbação da ordem de sequestro junto ao cartório imobiliário não impediu o seu aperfeiçoamento, tampouco a produção de todos os seus efeitos jurídicos, seja porque o direito da vítima não pode ser prejudicado por falha do Poder Judiciário, seja porque a inexistência de justo título do terceiro possuidor torna inoponível a falta de publicidade do gravame.
>
> 5. Transitada em julgado a sentença penal em 29.09.1997, exsurgiu, como consequência extrapenal secundária e automática da condenação, a perda dos bens adquiridos com os proventos do crime, inclusive o imóvel litigioso, nos exatos termos do art. 91 do Código Penal.
>
> 6. Dessa forma, ainda que iniciada a "posse ad usucapionem" no ano de 1992, a incorporação do bem ao patrimônio público no ano de 1997 tornou precária a ocupação do imóvel, não mais suscetível de aquisição pelo decurso do tempo, conforme dicção do art. 183, parágrafo 3º, da CF/1988.
>
> Reexame necessário e recurso de apelação providos. (fl. 682)

Opostos embargos de declaração, foram acolhidos para sanar omissão acerca dos honorários de sucumbência (fls. 705/711).

Em suas razões, os recorrentes *Silvio Josias Leite* e *outra* alegaram violação ao art. 1.238, parágrafo único, do Código Civil, sob o argumento de que fariam jus à aquisição da propriedade por usucapião extraordinária.

Sustentaram que o imóvel teria sido apenas sequestrado, continuando no domínio particular.

Afirmaram que, por ocasião da efetivação do sequestro, mediante inscrição do gravame no registro do imóvel, em 2008, os ora recorrentes já haviam adquirido o bem por usucapião, restando apenas a declaração por sentença.

Asseveraram que a cognição na ação de usucapião é bem mais ampla do que nos embargos de terceiro, de modo que não há falar em coisa julgada.

Por sua vez, o *Banco Central do Brasil - BCB* apontou violação ao art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil/1973, bem como aos arts. 7º e 12 da Lei n. 1.060/1950, sob o argumento de que a concessão do benefício da gratuidade da justiça não obstaria a condenação do vencido ao pagamento dos encargos sucumbenciais, tratando-se, apenas, de uma causa de inexigibilidade do crédito de honorários.

Contrarrazões ao recurso especial às fls. 756/760 e 751/769.

O *Ministério Público Federal* opinou nos termos da seguinte ementa:

> Primeiro recurso especial. Coisas. Usucapião extraordinária. Imóvel objeto de seqüestro em ação penal. Incorporação ao patrimônio público. Requisitos legais não satisfeitos. Reexame do conjunto fático constante dos autos. Súmula 7/STJ. Pelo não conhecimento.
>
> 1. Reverter decisão do tribunal de origem que considerou não preenchidos os requisitos da usucapião extraordinária implicaria inadequada revisão do suporte fático-probatório constante dos autos, atraindo a incidência do óbice previsto no enunciado n. 7 da Súmula do STJ.
>
> 2. Pelo não conhecimento do recurso especial.
>
> Segundo recurso especial. Benefício da justiça gratuita. Ônus da sucumbência. Condenação. Possibilidade. Suspensão da exigibilidade no prazo disposto no artigo 12 da Lei n. 1.060/1950. Recurso especial provido.
>
> 1. A parte beneficiária da gratuidade judiciária também está sujeita aos ônus da sucumbência, não se desonerando das verbas dela decorrentes, quando vencida. A única peculiaridade é quanto à suspensão da exigibilidade do respectivo pagamento, disposta no artigo 12 da Lei n. 1.060/1950.
>
> 2. Recurso especial provido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Eminentes colegas, aprecio separadamente cada um dos recursos, já adiantando que o recurso especial dos possuidores, autores da ação de usucapião, não merece ser provido, ao passo que o recurso do *Banco Central do Brasil - BCB* não merece ser conhecido.

A controvérsia diz respeito, essencialmente, aos enunciados normativos dos seguintes dispositivos legais:

1) ***Código Civil de 2002****:*

> *Art. 935*. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.
>
> .....
>
> *Art. 1.238*. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

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

2) ***Código de Processo Civil de 2015****:*

Art. 313. Suspende-se o processo:

.....

V - quando a sentença de mérito:

a) depender do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente;

.....

§ 4º. O prazo de suspensão do processo nunca poderá exceder 1 (um) ano nas hipóteses do inciso V e 6 (seis) meses naquela prevista no inciso II.

§ 5º. O juiz determinará o prosseguimento do processo assim que esgotados os prazos previstos no § 4º.

.....

(equivalente ao art. 265, inciso IV, § 5º, do CPC/1973)

3) ***Código Penal****:*

Art. 91 - São efeitos da condenação:

.....

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

.....

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

.....

4) ***Código de Processo Penal****:*

Art. 92. Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente.

Parágrafo único. Se for o crime de ação pública, o Ministério Público, quando necessário, promoverá a ação civil ou prosseguirá na que tiver sido iniciada, com a citação dos interessados.

Art. 93. Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente.

§ 1º. O juiz marcará o prazo da suspensão, que poderá ser razoavelmente prorrogado, se a demora não for imputável à parte. Expirado o prazo, sem que o juiz cível tenha proferido decisão, o juiz criminal fará prosseguir o processo, retomando sua competência para resolver, de fato e de direito, toda a matéria da acusação ou da defesa.

§ 2º Do despacho que denegar a suspensão não caberá recurso.

§ 3º Suspenso o processo, e tratando-se de crime de ação pública, incumbirá ao Ministério Público intervir imediatamente na causa cível, para o fim de promover-lhe o rápido andamento.

.....

Art. 125. Caberá o seqüestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro.

.....

Art. 128. Realizado o seqüestro, o juiz ordenará a sua inscrição no Registro de Imóveis.

Art. 129. O seqüestro autuar-se-á em apartado e admitirá embargos de terceiro.

Art. 130. O seqüestro poderá ainda ser embargado:

I - pelo acusado, sob o fundamento de não terem os bens sido adquiridos com os proventos da infração;

II - pelo terceiro, a quem houverem os bens sido transferidos a título oneroso, sob o fundamento de tê-los adquirido de boa-fé.

Parágrafo único. Não poderá ser pronunciada decisão nesses embargos antes de passar em julgado a sentença condenatória.

.....

Art. 133. Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, determinará a avaliação e a venda dos bens em leilão público.

> Parágrafo único. Do dinheiro apurado, será recolhido ao Tesouro Nacional o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé.

5) ***Constituição Federal****:*

> *Art. 183*. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.
>
> .....
>
> § 3º. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Relatam os autos que o imóvel usucapiendo, uma casa construída em lote de 268 m2, foi objeto de sequestro por ordem de juízo criminal federal, em virtude de ter sido adquirida com proventos do roubo à Delegacia Regional do *Banco Central do Brasil - BCB* em Recife, no ano de 1991.

O auto de sequestro foi lavrado em 10.06.1992, tendo-se certificado que o imóvel se encontrava desocupado naquela data.

No mês seguinte à lavratura do auto de sequestro, o casal ora recorrente passou a ocupar o imóvel, nele estabelecendo moradia.

Cinco anos depois, em 1997, a sentença penal condenatória transitou em julgado (fl. 680), tendo como efeito automático o confisco do bem, nos termos do art. 91, inciso II, alínea *b,* do Código Penal.

Ocorreu, porém, que o juízo criminal negligenciou a formalidade de inscrever o sequestro/confisco no registro do imóvel, desatendendo, assim, ao comando do art. 128 do Código de Processo Penal.

Somente em agosto de 2008, enfim, o mandado de sequestro veio a ser, registrado no álbum imobiliário, tendo-se, nessa ocasião, notificado os possuidores do imóvel.

Os possuidores, então, se insurgiram, alegando exercerem posse *cum animus domini.*

Perante o juízo cível, ajuizaram ação de usucapião (em nov. 2008, fls. 4/6) e perante o juízo criminal, embargos de terceiro (out. 2009, fls. 251/258).

Os embargos de terceiro foram julgados improcedentes (fls. 367/369), tendo a sentença transitada em julgado.

A ação de usucapião encontra-se pendente, tendo dado origem ao presente recurso.

O pedido de usucapião havia sido deduzido inicialmente na Justiça do Estado de Alagoas, uma vez que o imóvel se encontravam registrados em nome de pessoas físicas.

Posteriormente, o BCB requereu ingresso na lide, como interessado, o que levou o juízo a declinar da competência para a Justiça Federal (fl. 177).

No juízo federal, a ação foi julgada procedente em primeiro grau de jurisdição, mas o Tribunal, em apelação, inverteu o julgado.

Segundo o entendimento do Tribunal *a quo*, o imóvel teria sido incorporado ao patrimônio público, como efeito automático da sentença penal condenatória, tornando-se insusceptível de usucapião (art. 183, § 3º, da Carta Magna), não obstante a pendência do registro.

Sobre esse ponto, transcreve-se o seguinte trecho do acórdão recorrido:

> Outrossim, transitada em julgado a sentença penal em 29.09.1997, exsurgiu, como consequência extrapenal secundária e automática da condenação do réu Tárcio Medeiros de Sena, a perda dos bens adquiridos com os proventos do crime, inclusive o imóvel litigioso, nos exatos termos do art. 91 do Código Penal:
>
> .....
>
> Ora, a teor do art. 183, § 3º, da CF/1988, os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.
>
> Logo, ainda que se admitisse por verdadeiro o início da posse 'ad usucapionem' em 1992, consoante alegado na exordial, forçoso reconhecer que, a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, em 1997, a posse tornou-se precária, porquanto inábil a ensejar a aquisição de um bem já incorporado ao patrimônio público.
>
> Faz-se mister destacar, por outro lado, que *a ausência de averbação da ordem de sequestro junto ao cartório imobiliário não impediu o seu aperfeiçoamento*, com a lavratura do respectivo auto (10.06.1992), tampouco a produção de todos os seus efeitos jurídicos, seja porque o direito da vítima não pode ser prejudicado por falha do Poder Judiciário, seja porque a inexistência de justo título do terceiro possuidor torna inoponível a falta de publicidade do gravame.
>
> Ademais, não foi o gravame, em si, que impediu a consumação da usucapião extraordinária, porque a referida indisponibilidade, na hipótese não prejudicou a mansidão da posse dos autores. Em verdade, a alteração da natureza do bem é que o tornou insuscetível de aquisição pelo decurso do tempo. (fl. 680, sem grifos no original)

Daí a interposição dos presentes recursos especiais, que passo a analisar, iniciando pelo recurso interposto pelos demandantes, *Silvio Josias Leite* e *outra*.

Os demandantes alegaram que seria cabível a aquisição da propriedade por usucapião extraordinária porque ocuparam o imóvel desde 1992, como se donos fossem, exercendo posse mansa e pacífica, para fins de moradia.

Sustentaram que somente vieram a tomar conhecimento do sequestro/confisco em 2008, ao serem notificados pelo Cartório de Registro de Imóveis, quando já teria transcorrido o prazo da usucapião extraordinária (10 anos + 2 anos), conforme regra do art. 1.238, p. u., c/c art. 2.029 do Código Civil de 2002.

Pois bem, a controvérsia diz respeito à coordenação entre os juízos cível e criminal, ou, em outros termos, à resolução de questões prejudiciais heterogêneas entre esses dois juízos.

No direito pátrio, essa coordenação se dá pelo sistema da separação relativa, em que se admite, embora sem caráter absoluto, processos paralelos, com a possibilidade de julgamentos discrepantes.

Nesse sentido, tanto o CPC quanto o CPP, possuem dispositivos legais que autorizam o juízo julgar, *incidenter tantum*, a questão prejudicial pendente em outro juízo (cf. art. 313, § 5º, do CPC/2015 e art. 93, § 1º, do CPP).

No âmbito doutrinário, merece referência a doutrina de ARAKEN DE ASSIS:

> Desde o art. 68 da Lei n. 261, de 03.12.1841, o sistema de coordenação do direito brasileiro, outrora seduzido por outras soluções de política legislativa, obedece à diretriz da independência das ações civil e penal. O regime vigente considera tolerável, em tese, julgamentos discrepantes no todo ou em parte.
>
> A proposição básica consta no art. 935, primeira parte, do CC: "A responsabilidade civil é independente da criminal". No entanto, o julgado penal exercerá influência relativa sobre a ação reparatória, conforme revelam o art. 91, I, do CPB e o art. 935, segunda parte, do CC. Por conseguinte, jamais se controverterá o dano civil no processo-crime: ninguém pede ao juiz penal a condenação do réu a reparar tal dano, nem a resolução penal julgará, expressa e motivadamente, as repercussões civis do ilícito penal. Dispõe o lesado pelo ilícito penal, nesta contingência, da opção fundamental de propor a ação civil *ex delicto*, desde logo, conforme prevê o art. 64, caput, do CPP, ou aguardar o desfecho do processo-crime. Essas características situam o direito brasileiro no sistema da separação relativa. (**Processo civil brasileiro**, volume I [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, item 35)

Apesar de a independência das instâncias ser regra, os sistemas processuais civil e penal admitem exceções, em que se adota o sistema da adesão, por meio do qual uma instância simplesmente adere ao julgamento da outra.

Exemplo de adesão do juízo cível ao provimento do juízo criminal encontra-se na norma do art. 935, *in fine*, do Código Civil, que exclui da cognição do juízo cível a controvérsia acerca materialidade e da autoria do ato ilícito, "quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal".

Exemplo da hipótese inversa é a regra que exclui da cognição do juízo criminal a controvérsia acerca do estado civil de pessoa, conforme previsto no art. 92 do Código de Processo Penal, abaixo transcrito:

> *Art. 92.* Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente.
>
> *Parágrafo único.* Se for o crime de ação pública, o Ministério Público, quando necessário, promoverá a ação civil ou prosseguirá na que tiver sido iniciada, com a citação dos interessados.

Especificamente sobre esse enunciado normativo do CPP, confira-se a doutrina de GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ:

> As questões prejudiciais sobre o estado civil das pessoas implicam a suspensão obrigatória do processo penal (CPP, art. 92, *caput*) até que elas sejam resolvidas no âmbito civil. Por outro lado, as questões prejudiciais sobre questões diversas poderão, facultativamente, implicar a suspensão do processo penal.
>
> A razão de ser de tal distinção, em relação às demais questões prejudiciais, está na disciplina da prova penal e, em especial, na regra do art. 155, parágrafo único, do CPP, que prevê: "Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil". Se, no juízo penal, a prova quanto ao estado das pessoas somente poderá ser feita na forma em que determinar a lei civil (em regra, instrumento público, como certidão de casamento, certidão de nascimento, certidão de óbito etc.), havendo dúvida sobre questão civil, o juiz penal deverá aguardar a decisão a ser proferida em sede própria.
>
> Para que ocorra a hipótese de suspensão obrigatória do processo penal, o art. 92, *caput*, do CPP exige que: (1) a questão prejudicial seja sobre o "estado civil das pessoas"; (2) que se trate de questão da qual dependa a existência da infração penal; (3) que a questão seja considerada pelo juiz como "séria e fundada". (**Processo penal**. [livro eletrônico]. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, item 8.2.3)

Nessa linha de entendimento, percebe-se que o sistema de coordenação entre os juízos cível e criminal admite exceções à regra da independência das instâncias.

A hipótese dos autos, a meu juízo, é uma dessas exceções, embora a legislação não tenha sido expressa a esse respeito.

O *discrimen*, que permite excepcionar a regra da independência das instâncias, é o interesse público de que se reveste o confisco.

Efetivamente, a par do interesse do lesado em obter reparação civil, existe o interesse público de subtrair do autor do ilícito penal o produto do crime ou os bens adquiridos com os proventos da infração.

Deveras, observa-se que o confisco foi previsto como efeito automático da condenação criminal (art. 91, inciso II, do CP), não dependendo de requerimento do lesado, podendo ser decretado de ofício ou a requerimento do Ministério Público (art. 127 do CPP).

Observa-se também, sob outro ângulo, que o CPP previu os embargos de terceiro instrumento de defesa do acusado e de terceiros contra essa medida constritiva real (art. 130).

Essas previsões normativas evidenciam que a finalidade da norma foi excluir da competência do juízo cível qualquer decisão sobre o destino do bem constrito.

Nesse ordem de ideias, pode-se concluir que, após decretado o confisco do bem por meio de sentença penal condenatória transitada em julgado, nada resta ao juízo cível senão curvar-se ao provimento exarado pelo juízo criminal, cabendo à parte interessada insurgir-se perante aquele juízo, por meio dos embargos de terceiro.

Aplica-se então, excepcionalmente, a máxima do direito francês, mencionada por ARAKEN DE ASSIS (op. cit., item 34): *le criminal tient le civil en etat* (o juízo criminal paralisa o civil no estado em que se encontra - tradução livre).

Sobre esse ponto, GUILHERME DE SOUZA NUCCI afirma que "o juízo cível nada tem a ver com a constrição, não lhe sendo cabível interferir na disposição dos bens" (**Manual de processo penal e execução penal**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 318)

Na mesma linha também parece apontar a doutrina de HÉLIO B. TORNAGHI, para quem as normas do Código de Processo Penal prevalecem sobre as do Código Civil, embora se referindo ao efeitos do dolo ou fraude praticada pelo terceiro adquirente bem objeto de constrição pelo juízo criminal.

Confira-se:

> [...]: o Código Civil declara que a aquisição de má fé e a título gratuito é válida, embora anulável; que opera, realmente, o efeito de transferir a propriedade; que esta somente cessa a partir da sentença anulatória do ato aquisitivo; que só o interessado na anulação pode provocá-la; e o Código de Processo Penal dispõe que os bens imóveis adquiridos de má fé ou a título gratuito podem ser vendidos em leilão etc., mesmo sem a prévia anulação exigível pela lei civil e ainda que sem o pedido do interessado e dispensada sentença anulatória. Para salvar a incoerência é forçosos admitir que as normas do Código de Processo Penal são 'leges speciales' que derrogam as 'generales' do Código Civil. Em outras palavras: em geral, as regras aplicáveis são as do Código Civil; tratando-se, porém, de imóveis adquiridos pelo acusado (ou indiciado), com os proventos da infração e depois transferidos a terceiros a título gratuito, ou sem boa fé por parte do terceiro, os bens podem, após o sequestro, ser vendidos em leilão etc., ainda que o lesado não peça a anulação da transferência ao terceiro, e sem necessidade de prévia sentença anulatória. (**Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978, pp. 25 s.)

Assim, entendendo-se que o juízo cível está subordinado aos comandos da sentença proferida pelo juízo criminal, impõe-se reconhecer que a ação de usucapião deve ser julgada extinta, sem resolução do mérito, por perda do objeto.

Observe-se que não se controverte aqui acerca das consequências da ausência de registro do auto de sequestro na matrícula do imóvel, ou sobre a boa-fé dos possuidores.

Essas questões, após o confisco, passaram a ser da competência exclusiva do juízo criminal, não cabendo ao juízo cível decidir a respeito.

No caso dos autos, inclusive, houve embargos de terceiro perante o juízo criminal, oportunidade em que tais alegações foram expressamente rejeitadas (fls. 367/369).

Relembre-se que, nos termos do art. 130, p. u., do Código de Processo Penal, os embargos de terceiro são julgados depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Também não se controverte sobre o momento em que o imóvel seria incorporado ao patrimônio público, se na data do trânsito em julgado da sentença penal condenatória ou na data do registro do confisco no cartório de imóveis.

Essa questão, além der se da competência do juízo criminal, deixou de ter relevância quando se considerou que o confisco, por si só, torna prejudicada a ação de usucapião.

De todo modo, *obiter dictum*, verifica-se que, no caso dos autos, o juízo criminal autorizou desde logo a alienação do imóvel, revertendo ao lesado o produto da alienação (fl. 56), não tendo determinado a incorporação do imóvel ao patrimônio da *União*.

Assim, caso bem sucedida a alienação, o imóvel passará diretamente à propriedade do arrematante, sem perder a condição de bem particular.

Destarte, o recurso especial dos possuidores não merece ser provido.

Na sequência, passo a apreciar o recurso especial interposto pelo BCB.

A controvérsia suscitada por este recorrente se limita à possibilidade de se condenar o beneficiário da gratuidade da Justiça ao pagamento dos encargos sucumbenciais.

O Tribunal de origem enfrentou essa controvérsia sob o prisma constitucional, deixando expresso, já na ementa do acórdão, que o art. 12, da Lei n. 1.060/1950 não teria sido recepcionado pela Constituição, pois contrário à garantia fundamental de assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, inciso LXXIV, da Carta Magna).

O BCB, por sua vez, não interpôs recurso extraordinário.

Desse modo, permanece incólume o fundamento constitucional, suficiente por si só para a manutenção do acórdão recorrido, fazendo-se incidir o óbice da Súmula 126/STJ, abaixo transcrita:

> *Súmula 126/STJ* - É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.

Destarte, o recurso interposto pelo BCB não merece ser conhecido.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso especial dos demandantes e não conhecer do recurso especial do BCB.

É o voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de dois recursos especiais, interpostos pelo *Banco Central do Brasil – BACEN*, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, e por *Silvio Josias Leite* e *outra*, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional.

Ação: de usucapião extraordinário habitacional, previsto no art. 1.238, parágrafo único, do CC/2002, por meio da qual *Silvio Josias Leite* e *outra* requerem o reconhecimento judicial de seu domínio sobre o imóvel localizado à Rua Manoel Leal, n. 75, Bairro Farol, Maceió/AL, sob a alegação de terem exercido, desde julho de 1992, a posse mansa, pacífica e ininterrupta de referido imóvel.

Deslocamento da competência: no decorrer do processo, foi observado o interesse do *Banco Central do Brasil – BACEN*, haja vista o imóvel em questão ter sido adquirido como proveitos de crime praticado por Tárcio Medeiros de Sena, condenado em ação penal na qual fora apurado roubo praticado em prejuízo de referida autarquia federal.

Sentença: julgou procedente o pedido, para declarar o domínio de *Silvio Josias Leite* e *outra* sobre o imóvel objeto da ação.

Acórdão: deu provimento ao reexame necessário e à apelação interposta pelo *Banco Central do Brasil – BACEN*.

Embargos de declaração: opostos pelo *Banco Central do Brasil – BACEN*, foram acolhidos sem efeitos infringentes, apenas para esclarecer que o beneficiário da justiça gratuita não pode ser condenado aos ônus da sucumbência.

Recurso especial de ***Silvio Josias Leite*** *e* ***outra***: alegam violação ao art. 1.238, parágrafo único, do CC/2002. Aduzem que o sequestro cautelar penal é medida judicial constritiva, que não tem o condão de transferir a propriedade do bem sequestrado, razão pela qual o imóvel pretendido permaneceu, até seu registro, como bem privado, sujeito à prescrição aquisitiva por eles pleiteada. Alegam que o sequestro do imóvel apenas se concretizou com seu registro na matrícula do imóvel, o qual somente foi realizado em 15.08.2008, momento em que já havia ocorrido a usucapião, que é modalidade de aquisição originária da propriedade e que independe dos ônus anteriores que existiam sobre o imóvel. Sustentam que os embargos de terceiro, opostos no processo penal, não podem ser utilizados para fins de reconhecimento da propriedade de bens. Afirmam, ademais, que requereram o reconhecimento da usucapião extraordinária, que prescinde da

boa-fé dos ocupantes, bastando do exercício da posse com *animus domini* e de forma mansa e pacífica.

Recurso especial de ***Banco Central do Brasil – BACEN***: alega violação dos art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC/1973 e 12 da Lei n. 1.060/1950, bem como dissídio jurisprudencial. Argumenta que, apesar de o recorrido ser beneficiário da justiça gratuita, é possível sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Voto do Relator, Min. Paulo de Tarso Sanseverino: negou provimento ao recurso especial interposto por *Silvio Josias Leite* e *outra* e não conheceu do recurso especial do *Banco Central do Brasil – BACEN*, com substrato nos fundamentos de que: *a)* existem exceções à regra de independência entre as instâncias cível e penal, sendo a hipótese dos autos uma delas, haja vista que a natureza do confisco, como efeito automático da condenação criminal, evidencia que o juízo cível é excluído de qualquer decisão sobre o destino de bem conscrito no processo penal; *b)* após decretado o confisco por meio de sentença penal transitada em julgado, o juízo cível deve curvar-se ao provimento criminal; *c)* não se controverte sobre o momento em que o imóvel seria incorporado ao patrimônio público, pois o exame da questão seria da competência do juízo penal, além de o confisco prejudicar a ação de usucapião; *d)* no caso dos autos, o juízo penal autorizou, desde logo, a alienação do imóvel, revertendo ao lesado o produto da alienação, não sendo determinada sua incorporação ao patrimônio da União; *e)* a questão referente à possibilidade de fixação de honorários advocatícios ao beneficiário de justiça gratuita foi decidida sob viés constitucional, razão pela qual a falta de interposição de recurso extraordinário impede o conhecimento do recurso especial.

Em seguida, pedi vista para exame dos autos.

Revisados os fatos, decido.

Do recurso especial interposto por ***Silvio Josias Leite*** *e* ***outra***

O propósito do presente recurso é determinar se bem proveito de crime de roubo praticado em prejuízo de autarquia federal, conforme reconhecido em sentença penal transitada em julgado, pode ser objeto de usucapião e, em caso afirmativo, se a aquisição da propriedade se consumou, na hipótese.

I – Do dano causado aos sujeitos passivos pela prática de infração penal e do proveito proporcionado ao sujeito ativo

Os tipos penais tutelam bens jurídicos, sendo o sujeito passivo ou vítima o "titular do interesse cuja ofensa constitui a essência do crime" (JESUS, Damásio

de. **Direito penal, vol. 1: parte geral**, 35ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p.213).

No roubo, previsto no art. 157 do CP, crime complexo, os bens jurídicos tutelados são o patrimônio, público ou privado, de um lado, e, de outro, a liberdade individual e a integridade física e a saúde, que são simultaneamente atingidos pela ação incriminada. Os sujeitos passivos são, diante disso, os titulares da propriedade ou posse do patrimônio e da integridade física violados.

Se, sob a ótica da vítima, o objeto material do crime é o prejuízo direto decorrente da infração, sob o viés do delinquente, todavia, o objeto material caracteriza-se como produto direto do crime, ou simplesmente, produto da infração, que "corresponde o resultado útil imediato da operação delinquencial" (BADARÓ, Gustavo. **Lavagem de dinheiro: o conceito de produto indireto da infração penal antecedente no crime de lavagem de dinheiro**. Revista dos Tribunais. vol. 967. Caderno Especial. ano 105. p. 73-93. São Paulo: Ed. RT, maio 2016.), como, por exemplo, o dinheiro roubado.

Caso esse produto direto do crime seja transformado economicamente em outro bem, de aparência lícita, esse outro bem passa a configurar o proveito do crime, o produto indireto. No roubo, portanto, seria a transformação do dinheiro em um outro bem, como um imóvel.

Ambos, produto e proveito, no entanto, estão sujeitos ao efeito secundário da condenação previsto no art. art. 91, II, b, do CP.

II – Do produto e do proveito da infração em relação aos efeitos da conduta criminosa

O Direito Penal contém regulamentação específica e própria a respeito do modo de ressarcimento do dano sofrido pelo sujeito passivo de uma infração penal, configurando lei especial em relação às leis cíveis para o trato das questões relacionadas aos efeitos do crime.

Deveras, há regulamentação própria que vincula os produtos e proveitos do crime à compensação dos danos materiais sofridos de forma imediata pelo sujeito passivo do delito.

Com efeito, mesmo que tenham sido transferidos a terceiros, produto e proveito podem ser conscritos, consoante se infere dos arts. 120, § 2º, e 125 do CPP, e, conforme consistam em bens móveis ou imóveis, podem até ser devolvidos de imediato a seu dono.

De fato, os produtos consistentes em bens móveis podem ser apreendidos do sujeito ativo de crime ou de terceiro (art. 120, § 2º, do CPP), sendo submetidos à medida cautelar de busca e apreensão, prevista no art. 240, § 1º, *b*, do CPP, e podem ser imediatamente restituídos ao reclamante – que pode ser, inclusive, a vítima do crime –, se não houver dúvida em relação ao seu direito sobre o bem, conforme disposto no art. 120, *caput*, do CPP.

Caso existam dúvidas sobre quem seja o verdadeiro dono, a restituição dos bens móveis apreendidos dependerá de decisão judicial, a qual pode ser proferida pelo juízo criminal, conforme o § 1º do art. 120 do CPP, ou pelo juízo cível, nos termos do § 4º de referido dispositivo, mas não estará condicionada ao trânsito em julgado da ação penal.

Por outro lado, os proveitos, geralmente imóveis e alguns móveis, na forma do art. 132 do CPP, são submetidos a sequestro e somente são restituídos em caso de ser extinta a punibilidade ou absolvido o réu, por sentença transitada em julgado.

De fato, "*no tocante ao proveito do delito, não cabe proceder à apreensão, pois normalmente já foi convertido em bens diversos, móveis ou imóveis, que possuem aparência de coisas de origem lícita*" (NUCCI, Guilherme Souza. **Manual de Direito Penal**, 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, pág. 521, sem destaque no original).

Os bens resultados da conversão do produto do crime em proveito da infração penal, mediante sua transformação econômica, estão sujeitos, pois, à medida de sequestro, e não podem ser, realmente, objeto de restituição imediata ao dono.

Com efeito, o sequestro assecuratório somente pode ser levantado nas hipóteses do art. 131 do CPP, quais sejam, *i)* se a ação penal não for intentada no prazo de sessenta dias; *b)* o terceiro, a quem tiverem sido transferidos os bens, prestar caução; e *c)* se for julgada extinta a punibilidade ou absolvido o réu, por sentença transitada em julgado.

O destino definitivo dos bens sequestrados depende, portanto, do trânsito em julgado da ação penal, por meio de sentença extintiva da punibilidade, absolutória ou condenatória, em conjugação das previsões do art. 131, III, com o art. 133 do CPP, podendo, ao final, de acordo com a conclusão do juízo penal, serem restituídos ao dono ou submetidos à alienação em leilão público.

III – Do efeito do sequestro penal e sua relação com o confisco

O sequestro relaciona-se aos bens móveis e imóveis adquiridos pelo acusado com os proveitos da infração, isto é, sobre um bem litigioso, ainda que a litigiosidade tenha sido "revelada pela possibilidade de ter sido ele adquirido com proventos da infração" (PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**, 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2017, pág. 323). Refere-se ao efeito secundário da condenação consistente no perdimento dos proventos do crime, previsto no art. 91, II, "b", do CP, que poderão pertencer ou estar na posse até mesmo de terceiros, estranhos ao delito.

Os efeitos do sequestro são, portanto, o de identificar o bem que pode ter sido transformado economicamente pelo sujeito ativo com o produto do crime e o de sujeitar esse bem à eficácia imediata do efeito secundário da condenação previsto no art. 91, II, *b*, do CP. O sequestro assecuratório garante, portanto, que o destino do proveito criminoso há de ser o do art. 91, II, *b*, do CP c.c. o art. 133, *caput* e parágrafo único, do CPP.

Realmente, esse efeito automático da condenação só pode incidir sobre os bens sequestrados, pois é com a sentença condenatória que haverá a declaração definitiva de que os bens objeto da constrição, que se suspeitavam terem sido proveitos do crime – ou seja, resultados da alteração econômica que lhes empresta a aparência de licitude – foram efetivamente adquiridos em decorrência do crime apurado.

Assim, tendo ocorrido o sequestro do bem proveito do crime, o efeito da condenação do art. 91, II, *b*, do CP é automático e imediato, sendo dispensável sua execução no juízo cível para que o proveito do crime seja avaliado e vendido em leilão público, conforme o art. 133 do CPP, e para que o resultado da alienação seja perdido em favor da União, ou ressarcido ao lesado e ou ao terceiro de boa-fé.

Desse modo, na circunstância de o proveito do crime não ter sido identificado como tal por meio do sequestro, a indenização do prejuízo sofrido pela vítima pela prática da infração penal terá de ser realizada no juízo cível, mediante a constrição do patrimônio, ainda que lícito, do condenado.

IV – Da aquisição de bem proveito ou produto de crime por terceiro

A sentença penal condenatória tem o efeito automático de declarar que o bem foi adquirido em razão do crime ou com o proveito dele, o que deveria

impor, de forma imediata e sem participação do juízo cível, sua alienação em leilão público e a posterior perda do resultado em favor da União, salvo melhor direito de terceiro de boa-fé ou do lesado, nos termos do art. 133 do CP.

Com efeito, o terceiro que comprovar que adquiriu o bem sem saber que ele era proveniente, direta ou indiretamente, de crime – demonstrando, assim, sua boa-fé –, terá reconhecido seu direito de receber o produto de sua alienação em leilão público.

Para contribuir com a aferição da boa-fé do terceiro, o art. 128 do CPP determina ao juiz que ordene a inscrição do sequestro na matrícula do bem, o que também atende à previsão do art. 167, I, 5, da Lei de Registros Públicos, que prevê o registro das penhoras, arrestos e sequestros no registro de imóveis.

O registro do sequestro é requisito de eficácia *erga omnes* de referida medida cautelar e tem como consequência a possibilidade de sua oponibilidade a terceiros, além de garantia de que a transmissão da propriedade efetuada a partir desse momento contará com a presunção de má-fé.

Desse modo, a falta de registro do sequestro possibilita a aquisição de boa-fé de bem sequestrado pelo terceiro, ante a falta de presunção absoluta, *iuris et de iure*, da ciência sobre a probabilidade de o bem ter sido adquirido de forma ilícita, como produto ou proveito de crime.

Para que tenha direito a receber o produto da alienação de bem sequestrado, a aquisição do bem pelo terceiro tem, portanto, de se aperfeiçoar até o registro da referida medida cautelar na matrícula do imóvel ou até o trânsito em julgado da sentença condenatória, momentos a partir dos quais cessa a possibilidade de essa aquisição se dar de boa-fé.

V – Da intersecção entre o Direito Civil e o Direito Penal

Quanto os proveitos do crime, os art. 130, II, c.c. 133, parágrafo único, ambos do CPP, parecem indicar que o terceiro não tem direito ao bem em si, mas somente ao produto da alienação do bem em leilão público e se comprovar que o adquiriu onerosamente e de boa-fé.

Ocorre, no entanto, que referidos dispositivos do CPP se referem à aquisição da propriedade do bem de forma derivada, isto é, àquela que depende da relação jurídica entre o adquirente e o anterior proprietário do bem.

A usucapião, contudo, é modo originário da aquisição da propriedade, razão pela qual não depende de qualquer relação jurídica com o anterior proprietário.

A conjugação sistemática dos institutos do confisco e da usucapião há de resultar na conclusão de que o terceiro pode se tornar o legítimo proprietário do bem proveito de um crime por meio da prescrição aquisitiva, mas o direito a essa aquisição originária deve se tornar perfeito até o registro do sequestro do imóvel ou, se o sequestro nem chega a ser registrado, até a data do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O registro do sequestro interrompe o curso do prazo de aquisição da propriedade por meio da usucapião, por se tratar de atitude que é oponível *erga omnes* e que configura, pois, oposição à posse exercida por qualquer pessoa que detenha o bem e que seja estranha à prática do crime.

De fato, a oponibilidade *erga omnes* do registro do sequestro afasta a possibilidade de a posse ser ou estar sendo exercida *ad usucapionem*, pois essa posse não pode ter sido "contestada pelo proprietário da coisa, a qualquer título, judicial ou extrajudicialmente, durante o decurso do prazo prescricional" (TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena e MORAES, Celina Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, Vol. III, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pág. 530).

O trânsito em julgado da condenação penal, de igual maneira, interrompe o prazo da usucapião, pois, a partir de então, cessa a pretensão do antigo proprietário de opor-se à posse de terceiro sobre o bem proveito de crime.

Realmente, a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, portanto, nasce a pretensão da União ou da vítima de exercitarem o direito previsto no art. 91, II, *b*, do CP, de obterem a perda do bem ou o ressarcimento do dano sofrido com a prática do crime.

De fato, a aquisição da propriedade pela usucapião se exerce em face de alguém específico que detenha a pretensão de resguardar seu direito de propriedade sobre o bem ocupado pelo usucapiente e depende, efetivamente, da "inércia do titular diante da lesão de seu direito subjetivo no decurso do tempo" (TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena e MORAES, Celina Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, Vol. III, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pág. 546).

A situação examinada é hoje versada no art. 200 do CC/2002, e representa a aplicação do princípio da *actio nata*, segundo o qual "a prescrição se inicia ao mesmo tempo que nasce uma pretensão exigível daquele que teve um direito violado, ou seja, no momento em que a pessoa tenha meios para exercer

um direito contra quem assuma situação contrária" (TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena e MORAES, Celina Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, Vol. I, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pág. 380).

Realmente, a jurisprudência desta Corte adota a orientação de que a prescrição aquisitiva depende da inércia do titular do direito, ao asseverar que "a prescrição aquisitiva [...] faz com que um determinado direito seja adquirido pela inércia e pelo lapso temporal, sendo também chamada de usucapião" (REsp 1.106.809/RS, Quarta Turma, julgado em 03.03.2015, DJe 27.04.2015).

Diante dessas constatações, se o registro do sequestro representa a oposição à posse exercida por quem quer que seja, inviabilizando a posse *ad usucapionem*, a sentença condenatória determina, de forma definitiva, o surgimento da pretensão de terceiro, seja a União, ou a vítima do crime, reiniciando o prazo da prescrição aquisitiva.

VI – Da impossibilidade de curso do prazo prescricional após a sentença penal condenatória nos delitos em que o ofendido é a Fazenda Pública

A partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nasce a pretensão da União ou do lesado de levarem o bem sequestrado a leilão público, o que pode decorrer de atitude de ofício do juiz ou de requerimento do interessado, conforme o art. 133 do CPP.

Todavia, quanto o crime é praticado em detrimento dos interesses da Fazenda Pública, existe previsão expressa do Decreto-Lei n. 3.240/1941, em seu art. 8º, de que "transitada em julgado, a sentença condenatória importa a perda, em favor da Fazenda Pública, dos bens que forem produto, ou adquiridos com o produto do crime, ressalvado o direito de terceiro de boa fé".

Ressalte-se que essa legislação, conquanto antiga, ainda tem sua aplicabilidade reconhecida, conforme se infere dos julgados proferidos por esta Corte que consignam que "o Decreto-Lei n. 3.240/1941 não foi revogado pelo Código de Processo Penal, tendo sistemática própria o sequestro de bens de pessoas indiciadas ou denunciadas por crime de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública" (AgRg no REsp 1.530.872/BA, Sexta Turma, DJe 17.08.2015).

Desse modo, quanto a vítima é a Fazenda Pública, a destinação do proveito do crime é o Tesouro Nacional e, apenas excepcionalmente, o terceiro de boa-fé

que comprove possuir melhor direito sobre o bem. Por essa razão, ainda que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória não tenha de ser registrado na matrícula do imóvel proveito de crime, é certo que, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, referido bem é transladado ao domínio público por força de lei.

Em decorrência desta constatação, atrai-se a incidência dos arts. 102 do CC/2002, 183, § 3º, e 191, parágrafo único, da CF/1988, que gravam os bens públicos com a característica da imprescritibilidade.

O prazo para a usucapião, portanto, quando a Fazenda Pública é vítima, não inicia novo curso com a sentença penal condenatória.

VII – Da hipótese concreta

Conforme consta da moldura fática do acórdão recorrido, os recorrentes iniciaram sua posse sobre o imóvel em questão em julho de 1992, o sequestro assecuratório penal, aperfeiçoado em 10.06.1992, não foi registrado no registro de imóveis até o ano de 2008, mas a sentença penal condenatória transitou em julgado em 29.09.1997.

O prazo da usucapião extraordinária era de 20 anos, conforme o art. 550 do CC/1916, vigente no momento em que se iniciou a posse sobre o bem questionado. Assim, como o sequestro do bem não foi registrado na matrícula do imóvel antes do ano de 2008, a data do trânsito em julgado da sentença condenatória é o primeiro marco interruptivo do prazo para a aquisição por usucapião.

Dessa forma, verifica-se que, em 29.09.1997, data do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, os recorrentes não haviam exercido a posse qualificada por prazo suficiente à aquisição da propriedade pela usucapião.

A partir do trânsito em julgado da sentença, o bem passou, de forma definitiva, ao domínio da Fazenda Pública, razão pela qual, apesar de os recorrentes terem permanecido na posse do imóvel, não se iniciou novo curso do prazo da prescrição aquisitiva, por se tratar, desde então, de bem imprescritível.

Assim, como a usucapião não se consumou até o trânsito em julgado da sentença condenatória penal, não há de ser reconhecido o direito de propriedade dos recorrentes.

VIII – Conclusão

Forte nessas razões, concordando com o voto do eminente relator, mas por fundamentos diversos, nego provimento ao recurso especial interposto por *Silvio Josias Leite* e *outra*.

RECURSO ESPECIAL N. 1.550.166-DF (2015/0204694-8)

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze
Recorrente: A F F
Recorrido: L E DE S
Advogado: Defensoria Pública do Distrito Federal

EMENTA

Recurso especial. Pedido de suprimento judicial de autorização paterna para que a mãe possa retornar ao seu País de origem (Bolívia) com o seu filho, realizado no bojo de medida protetiva prevista na Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). *1.* Competência híbrida e cumulativa (criminal e civil) do Juizado Especializado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Ação civil advinda do constrangimento físico e moral suportado pela mulher no âmbito familiar e doméstico. *2.* Discussão quanto ao melhor interesse da criança. Causa de pedir fundada, no caso, diretamente, na violência doméstica sofrida pela genitora. Competência do Juizado Especializado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher *3.* Recurso especial provido.

1. O art. 14 da Lei n. 11.340/2006 preconiza a competência cumulativa (criminal e civil) da Vara Especializada da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para o julgamento e execução das causas advindas do constrangimento físico ou moral suportado pela mulher no âmbito doméstico e familiar.

1.1. A amplitude da competência conferida pela Lei n. 11.340/2006 à Vara Especializada tem por propósito justamente permitir ao mesmo magistrado o conhecimento da situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, permitindo-lhe bem sopesar as repercussões jurídicas nas diversas ações civis e criminais advindas direta e indiretamente desse fato. Providência que a um só tempo facilita o acesso da mulher, vítima de violência familiar e doméstica, ao Poder Judiciário, e confere-lhe real proteção.

1.2. Para o estabelecimento da competência da Vara Especializada da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher nas ações de natureza civil (notadamente, as relacionadas ao Direito de Família), imprescindível que a correlata ação decorra (tenha por fundamento) da prática de violência doméstica ou familiar contra a mulher, não se limitando, assim, apenas às medidas protetivas de urgência previstas nos arts. 22, incisos II, IV e V; 23, incisos III e IV; e 24, que assumem natureza civil. Tem-se, por relevante, ainda, para tal escopo, que, no momento do ajuizamento da ação de natureza cível, seja atual a situação de violência doméstica e familiar a que a demandante se encontre submetida, a ensejar, potencialmente, a adoção das medidas protetivas expressamente previstas na Lei n. 11.340/2006, sob pena de banalizar a competência das Varas Especializadas.

2. Em atenção à funcionalidade do sistema jurisdicional, a lei tem por propósito centralizar no Juízo Especializado de Violência Doméstica Contra a Mulher todas as ações criminais e civis que tenham por fundamento a violência doméstica contra a mulher, a fim de lhe conferir as melhores condições cognitivas para deliberar sobre todas as situações jurídicas daí decorrentes, inclusive, eventualmente, a dos filhos menores do casal, com esteio, nesse caso, nos princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e demais regras protetivas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.1 É direito da criança e do adolescente desenvolver-se em um ambiente familiar saudável e de respeito mútuo de todos os seus integrantes. A não observância desse direito, em tese, a coloca em risco, se não físico, psicológico, apto a comprometer, sensivelmente, seu desenvolvimento. Eventual exposição da criança à situação de violência doméstica perpetrada pelo pai contra a mãe é circunstância de suma

importância que deve, necessariamente, ser levada em consideração para nortear as decisões que digam respeito aos interesses desse infante. No contexto de violência doméstica contra a mulher, é o juízo da correlata Vara Especializada que detém, inarredavelmente, os melhores subsídios cognitivos para preservar e garantir os prevalentes interesses da criança, em meio à relação conflituosa de seus pais.

3. Na espécie, a pretensão da genitora de retornar ao seu país de origem, com o filho — que pressupõe suprimento judicial da autorização paterna e a concessão de guarda unilateral à genitora, segundo o Juízo *a quo* — deu-se em plena vigência de medida protetiva de urgência destinada a neutralizar a situação de violência a que a demandante encontrava-se submetida.

4. 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 a seguir, por maioria, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Vencida a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

DJe 18.12.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: A. F. F. interpõe recurso especial, fundado na alínea *"a"*, do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Subjaz ao presente recurso especial "requerimento de medidas protetivas" efetuado, em 4.9.2014, por A. F. F., de nacionalidade boliviana, na ocasião com

20 anos de idade, contra seu companheiro L. E. de S., de 26 anos de idade, sob a alegação de que fora injuriada e agredida fisicamente pelo requerido. Ao registrar a ocorrência, a requerente foi encaminhada para acolhimento na Casa Abrigo, onde se encontra na companhia do filho (do casal) de menos de um ano de idade. As medidas protetivas requeridas consistem na proibição da aproximação da ofendida, de seus familiares, com fixação de uma distância mínima entre estes e o agressor; e proibição de contato com a ofendida, seus familiares, por qualquer meio de comunicação (e-STJ, fls. 16-22).

Designada a Audiência de Justificação Prévia, em conformidade com a interpretação do art. 19, § 1º, da Lei n. 11.340/2006 c/c art. 201 do Código de Processo Penal, as partes foram ouvidas. Na ocasião, a vítima, após reiterar os fatos noticiados no boletim de ocorrência e informar que não pretende se reconciliar com o ofensor ou com ele voltar a conviver, requereu autorização para viajar para a Bolívia levando consigo o filho menor, então com nove meses, onde possuiu o apoio de sua família. O ofensor, por sua vez, mostrou-se contrário à pretensão, fazendo menção de que a mãe da vítima teria envolvimento com tráfico de drogas (e-STJ, fls. 52-54).

Às fls. 56-60 (e-STJ), foi acostado laudo de exame psicossocial, cuja conclusão deu-se nos seguintes termos:

> [...] A partir do relato de Adriana, podemos observar que ela se encontrava em contexto de violência doméstica.
>
> Desta forma, em razão do relacionamento não saudável com o companheiro, da inexistência de rede de apoio familiar no Brasil, e como projeto de recomeço e superação da violência, Adriana reforça a pretensão de retornar com o filho para seu país de origem.

Às fls. 75-75 (e-STJ), consta o relatório de acolhimento da equipe de apoio, com as seguintes considerações finais:

> [...] A partir do procedimento realizado, observou-se que a situação de violência só fora cessada com o abrigamento de Adriana na Casa de Abrigo; e, nesse sentido não há indícios de que a integridade de Adriana esteja ameaçada. Entretanto, Adriana demonstrara intenso sofrimento advindo das situações de violência vivenciadas ao longo do relacionamento. Ademais, a partir de sua fala, fora possível identificar que ela sente muito medo de um possível reencontro com Lucas, por temer que ele volte a cometer as mesmas violências praticadas anteriormente. Como fator de risco podemos elencar o isolamento social sofrido por Adriana durante todo o período que esteve na companhia de Lucas. Tendo

> em vista que ele a impedia de construir qualquer vínculo de amizade. Além disso, ela não podia sair de casa sozinha. E, ainda, Lucas viajava [sic] e controlava até mesmo o contato que ela fazia com sua família na Bolívia por meio eletrônico. [...]. Adriana destacara temer que a convivência entre filho e pai pudesse tornar o filho uma pessoa agressiva; porém dissera entender que Lucas tenha o direito de exercer a paternidade do filho, esclarecendo que aceitará que eles mantenham contato futuro, porém de forma assistida. Adriana foi esclarecida sobre o serviço oferecido pelo Núcleo de Atendimento à Família e aos Autores de Violência Doméstica (NAFAVD). No entanto, como pretende voltar a residir na Bolívia, a orientamos que realizasse acompanhamento psicológico naquele país; tendo assegurado que o faria, tão logo retorne, considerando seu estado emocional.

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios manifestou-se favoravelmente ao pedido de autorização para A. F. F. viajar com seu filho para a Bolívia. Pela relevância, transcreve-se a fundamentação ali posta:

> Da análise dos autos, há de se concluir que o pedido de autorização formulado pela Defensoria Pública merece ser acolhido.
>
> Isso porque há fortes indícios de que a vítima sofreu violência física e psicológica por parte de seu companheiro, circunstância essa que culminou com seu encaminhamento - juntamente com o filho - para a Casa Abrigo, onde está hospedada desde 5 de setembro de 2014.
>
> A permanência no Brasil configura fator de risco para a vítima, em razão de ela não contar, no Brasil, com qualquer rede de apoio familiar, dando azo ao isolamento social.
>
> Além disso, a autorização para viajar com o seu filho, de tenra idade, atende aos melhores interesses da criança, que está sendo amamentada e muito bem cuidada pela mãe.
>
> Registra-se, por oportuno, que tal autorização não visa suprimir os direitos do pai, que poderá ingressar com o pedido de regulamentação de visitas a qualquer tempo perante o Juízo competente. E nesse ponto, cumpre destacar que a própria vítima reconhece o direito de Lucas exercer a paternidade, esclarecendo que aceitará que eles mantenham contato futuro, de forma assistida. (e-STJ, fls. 62-66)

O Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Riacho Fundo/DF deferiu a "posse e guarda do menor L. A. F. de S., nascido em 30.11.2013, à sua genitora Adriana Fondora Fernandez, bem como o pedido de suprimento do consentimento paterno; e autorizou a requerente A. F. F. a viajar para o exterior com seu filho L. A. F. de S. Para tanto, teceu a seguinte fundamentação:

> [...] Desta forma, a situação da vítima é bastante delicada, porque não pode permanecer indefinidamente na Casa Abrigo e não tem nenhum outro local para ficar quando sair de lá.
>
> O presente pedido cuida-se, na verdade, de requerimento de suprimento de consentimento paterno, pois o requerido já se manifestou, em audiência, ser contrário à viagem da vítima com o filho menor, argumentando que a mãe da vítima é envolvida com o tráfico de drogas, porém, não há nenhuma comprovação nos autos de que o menor estaria em risco ou que não teria suas necessidades atendidas na companhia da vítima e da família dela.
>
> Decorre do presente pedido a apreciação da guarda em favor ou não da mãe.
>
> Segundo dispõe o parágrafo segundo do art. 1.583 do Código Civil, deverá exercer a guarda do menor aquele que revele melhores condições para beneficiar o filho.
>
> Não há dúvida de que, no caso presente, considerando a tenra idade da criança e o que consta do relatório psicossocial de fls. 43/45, a vítima é a pessoa que reúne as melhores condições para ser a guardiã da criança.
>
> Por outro lado, o ofensor, ao ir até à Bolívia e trazer a requerente para o Brasil, deveria saber que, a qualquer momento, não dando certo o relacionamento, a vítima iria retornar para seu país de origem, uma vez que é o único local onde tem condições de viver dignamente, porque lá tem a família e não possui impedimentos para trabalhar e se desenvolver, como os que tem aqui no Brasil, uma vez que não tem nenhum vínculo formal no Brasil.
>
> Está claro que não há como impedir a vítima de regressar ao seu país, bem como de levar seu filho consigo, pois isto representa a melhor solução para a criança. Apesar da medida de autorização de suprimento de consentimento ser uma medida drástica, está razoavelmente resguardado o direito do pai, ora ofensor, na medida em que consta certidão nos autos com o endereço onde a criança irá morar com a mãe, sendo que o requerido, ao que consta, já conhece e já foi até esse local, de onde trouxe a vítima para residir no Brasil. (e-STJ, fls. 79-81)

Em contrariedade ao *decisum*, L. E. de S., também representado pela Defensoria Pública, interpôs agravo de instrumento, em que argumentou, em suma, que, o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é absolutamente incompetente para suprir a vontade paterna e autorizar viagem internacional de seu filho, cuja mãe, supostamente, é vítima de violência doméstica. Asseverou que, nos termos do art. 82, 83, II, 85 e 148, IV, parágrafo único, alíneas *b* e *d*, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a competência para tal pretensão é do Juízo da Vara da Infância e Juventude. No mérito, alegou que a decisão agravada não atende aos melhores interesses da criança, pois "o rompimento do laço familiar com o agravante é definitivo, haja vista que ele não

tem condições financeiras para visitar o filho na Bolívia", sendo que a "cessação do laço familiar de forma abrupta e definitiva, não condiz com os princípios acima mencionados, já que, inevitavelmente, causará sofrimento à criança e prejuízo ao seu desenvolvimento emocional. (e-STJ, fls. 2-13).

O Desembargador Relator, em novembro de 2014, conferiu efeito suspensivo ao agravo de instrumento "para determinar o sobrestamento do trânsito da ação principal na origem no tocante às questões resolvidas pela decisão agravada e devolvidas a reexame — guarda do filho dos litigantes e suprimento de outorga paterna para viagem do infante ao exterior em companhia da mãe — até o julgamento deste agravo, ressalvado o trânsito do procedimento quanto às demais medidas que lhe são inerentes" (e-STJ, fls. 103-114).

O Tribunal de origem, por maioria de votos, conferiu provimento ao agravo de instrumento, para, ratificando a tutela recursal inicialmente deferida, reconhecer a incompetência absoluta do Juizado Especializado em Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para decidir sobre guarda unilateral do filho menor dos litigantes e suprimento judicial de autorização paterna para o infante viajar para o exterior, tornando nula a correspondente decisão. O aresto recebeu a seguinte ementa:

> Processual Civil. Medidas protetivas. Objeto. Guarda unilateral de filho menor de casal em conflito e suprimento de autorização paterna para viagem do infante ao exterior em companhia da mãe. Matérias estranhas às inseridas na jurisdição conferida ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Lei n. 11.340/09), arts. 13, 14, 23 e 24). Matérias reservadas à jurisdição da Vara da Infância e Juventude e ao Juízo de Família. Nulidade absoluta. Afirmação. Cassação. Natureza das questões resolvidas. Recurso. Agravo. Competência. Turma Cível.
>
> 1. A competência conferida ao Juizado Especial de Violência Doméstica fora definida sob o critério *ex rationae materiae*, alcançando tanto as ações de natureza cível como as de natureza penal que decorram da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, assim compreendidas qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas (Lei n. 11.340/2006, arts. 5º, 13 e 14).
>
> 2. Conquanto deflagrado procedimento que tem como objeto concessão de medidas protetivas a mulher vítima de violência doméstica sob a ótica da subsistência de fatos tipificados como crime, a subsistência de decisões de

natureza cível advindas no trânsito do processo do Juizado Especializado em Violência Doméstica e Familiar, pois tiveram como objeto a definição da guarda do filho do casal em conflito e autorização para viagem ao exterior em companhia da mãe, atraem o manejo de agravo de instrumento e a competência da Turma Cível para conhecer e elucidar o inconformismo diante da jurisdição reservada ao órgão.

3. A definição da guarda do filho do casal em conflito e, outrossim, a concessão de autorização para que o infante viaje ao exterior sem a companhia patena não se inscrevem dentre as medidas protetivas reservadas ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, extrapolando, ao invés, a jurisdição cível que lhe fora confiada pelo legislador Especial (Lei n. 11.340/09, arts. 23 e 24), pois encartam matérias confiadas explicitamente à jurisdição dos Juízos de Família e da Infância e Juventude (Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal, art. 27, letra "c"; ECA - Lei n. 11.697/08 -, artigos 98, inciso II, e 148, parágrafo único, alínea "a"), resultando dessa apreensão a constatação de que a decisão originária do juizado especializado versando sobre matérias estranhas à jurisdição que ostenta padece de nulidade insanável, pois desguardada da gênese da prestação jurisdicional, que é a competência.

4. A afirmação da incompetência absoluta, nos termos do artigo 113, § 2º do Código de Processo Civil, importa na nulidade de todos os atos decisórios praticados pelo juiz absolutamente incompetente, efeito que se opera automaticamente *ipso iure,* decorrente essa compreensão do princípio de direito processual que encerra a competência sobre a competência para declarar sua própria incompetência como último ato de sua jurisdição, ensejando que não pode, para além do postulado, praticar outros atos decisórios.

5. Afirmada a incompetência absoluta do juízo, resultando na declinação da jurisdição em favor do juízo municiado de competência para processar e julgar a ação, a cassação dos atos decisórios que precederam a declaração de incompetência se opera automaticamente, não se admitindo que sejam preservados, sob essa moldura, os efeitos de decisão proferida pela autoridade desguarnecida de poder judicial para resolver o pedido de forma definitiva, quem dirá, pois, de forma antecipada.

6. Agravo conhecido e provido. Unânime.

Nas razões do presente recurso especial, fundado na alínea *a* do permissivo constitucional, Adriana Fondora Fernandez aponta violação dos arts. 2º, 13, 14, 19, 23 e 40 da Lei n. 11.340/2006.

Sustenta, em síntese, que, segundo a própria Lei 'Maria da Penha', todas as ações cíveis e criminais, nas quais figurem como partes a vítima e o agressor, devem tramitar perante a Vara Especializada de Violência Doméstica, considerando o caráter híbrido da referida lei, em que visa precipuamente a proteção integral à mulher (e-STJ, fls. 179-189)

A parte adversa apresentou contrarrazões (e-STJ, fls. 200-207).

O representante do Ministério Público Federal ofertou parecer pelo provimento da insurgência recursal (e-STJ, fls. 120-123).

A Presidência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios deu seguimento ao apelo nobre (e-STJ, fls. 209-212), ascendendo a esta Corte de Justiça.

O feito foi inicialmente distribuído para um dos integrantes da Sexta Turma do STJ. Em decisão datada de 31 de julho de 2017, o Ministro Rogério Schietti Cruz determinou a redistribuição do processo a Ministro integrante da Segunda Seção, o que se efetivou em 8.10.2017 (e-STJ, fl. 237).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): Debate-se no presente recurso especial sobre o Juízo competente para conhecer e julgar pedido incidental de suprimento judicial de autorização paterna para que o filho viaje, com a genitora, para o exterior e/ou guarda unilateral do filho — se da Vara da Criança e da Juventude ou se da Vara Especializada de Violência Doméstica Contra a Mulher —, expendido no bojo de Medida Protetiva prevista na Lei n. 11.340/2006 perante a Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher.

Como se constata, o ponto nodal da controvérsia está em saber se a Vara Especializada de Violência Doméstica Contra a Mulher tem competência para decidir sobre pedido que se relaciona direta ou indiretamente a interesses e direitos de criança, efetuado em meio à situação de violência doméstica em que a genitora se encontra submetida.

A primeira observação que se afigura relevante — ainda que elementar — é a de que, em se tratando de questão afeta a interesse e a direito da criança, seu deslinde, necessariamente, há de observar os princípios da proteção integral e do melhor interesse do infante, entre outros, estipulados no Estatuto da Criança e do Adolescente, e demais regras protetivas ali previstas, independentemente do Juízo competente para dela conhecer. Afinal, é possível, a depender da Lei de Organização Judiciária de cada Estado, que, em determinada Comarca, não se encontre instaurada Vara Especializada da Infância e da Juventude ou mesmo

da Violência Doméstica Contra a Mulher, o que, por óbvio, não inviabiliza a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, tampouco da Lei n. 11.340/2006.

Oportuno relembrar, no ponto, na esteira do que já decidiu o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 19, que a Lei n. 11.340/2006, ao facultar a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar, com competência cumulativa das ações cíveis e criminais advindas da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, "*ante a necessidade de conferir tratamento uniforme, especializado e célere, em todo território nacional, às causas sobre a matéria*", de modo algum imiscuiu-se na competência do Estados para disciplinar as respectivas normas de organização judiciária, mas, ao contrário, cuidou de tema de caráter eminentemente nacional.

Pela relevância da matéria, transcreve-se excerto do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, que, ao reconhecer a constitucionalidade do art. 33 da Lei n. 11.340/2006, deixou assente:

> [...]
>
> Nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição da República, incumbe privativamente à União a disciplina do direito processual, sendo o tema "competência" notadamente afeto à matéria. A atribuição dos Estados atinente à respectiva organização judiciária não afasta a prerrogativa da União de estabelecer regras sobre processo e, em consequência, editar normas que acabam por influenciar a atuação dos órgãos jurisdicionais locais.
>
> Assim, observa-se a existência das normas gerais relativas à competência nos próprios Códigos de Processo Civil e Penal e na Lei n. 9.099, de 1995, na qual são especificadas as atribuições dos juizados especiais cíveis e criminais. Importa mencionar, mais, a Lei de Falências. Segundo esse diploma, cabe ao juiz criminal do lugar onde decretada a falência a exclusividade para julgar os crimes nela previstos. O artigo 9º da Lei n. 9.278, de 1996, revela que "toda matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família".
>
> Por meio do artigo 33 da Lei Maria da Penha, não se criam varas judiciais, não se definem limites de comarcas e não se estabelece o número de magistrados a serem alocados aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar, temas evidentemente concernentes às peculiaridades e às circunstâncias locais. *No preceito, apenas se faculta a criação desses juizados e se atribui ao juízo da vara criminal a competência cumulativa das ações cíveis e criminais envolvendo violência doméstica contra a mulher, ante a necessidade de conferir tratamento uniforme, especializado e célere, em todo território nacional, às causas sobre a matéria. O*

> *tema é, inevitavelmente, de caráter nacional, ante os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil e a ordem objetiva de valores instituída pela Carta da República*. [...] (ADC 19, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09.02.2012, Acórdão Eletrônico DJe-080 divulg 28.04.2014 public 29.04.2014)

Portanto, a competência dos Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – cuja criação restou facultada aos Estados – foi devidamente definida pela Lei n. 11.340/2006, devendo a Lei de Organização Judiciária dos Estados, caso venha a instituí-los, a ela se amoldar.

Nesses termos, o art. 14 da Lei n. 11.340/2006 preceitua a competência híbrida (criminal e civil) da Vara Especializada da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, *para o julgamento e execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher*.

O dispositivo legal em comento assim dispõe:

> Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Constata-se, a partir da literalidade do artigo acima transcrito, que o legislador, ao estabelecer a competência cível da Vara Especializada de Violência Doméstica Contra a Mulher, não especificou quais seriam as ações que deveriam ali tramitar. *De modo bem abrangente, preconizou a competência desse "Juizado" para as ações de natureza civil que tenham por causa de pedir, necessariamente, a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher*.

Efetivamente, no âmbito da doutrina especializada, controverte-se sobre a abrangência da competência civil da Vara Especializada, se ficaria restrita às medidas protetivas (e, naturalmente, à execução de seus julgados), devidamente explicitadas na Lei n. 11.340/2006 (especificamente as previstas nos arts. 22, incisos II, IV e V; 23, incisos III e IV; e 24, que assumem natureza civil), ou se, além das mencionadas providências judiciais de urgência, o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher também conheceria das ações principais inseridas no espectro do Direito de Família (separação judicial, divórcio, reconhecimento e dissolução de união estável, alimentos, guarda dos filhos, etc).

Para a vertente restritiva, em que se propugna a competência cível da Vara Especializada apenas para o julgamento das medidas protetivas de urgência previstas na Lei n. 11.340/2006, não teria sido o propósito do legislador de superdimensionar a competência desses Juizados em relação às ações de índole familiar, devendo-se, pois, observar, necessariamente, as regras de Organização Judiciária local.

A propósito, destaca-se:

> [...] Impõe-se, por conseguinte, investigar qual o juízo competente para as ações principais de índole familiar. Fundamental, para este desiderato, é analisar as normas de organização judiciária, compreendendo-se nestas as leis e também as resoluções dos Tribunais de Justiça. Caso referidas normas tenha instituído os JVCM, insta distinguir: a) se forem enumeradas expressamente determinadas ações de Direito de Família na esfera de sua competência, o juizado será competente em razão da matéria para estas demandas; b) se não houver lista expressa de competências, ou for prevista genericamente a competência do Juizado para as "causas cíveis e criminais decorrentes de violência doméstica e familiar contra a mulher", parece-nos que as Varas de Família ou Cíveis comuns continuarão competentes para as ações em comento, seja por força do princípio da especialidade, pois sua competência continuará explícita para tais causas, seja porque o legislador federal não pode modificar a organização judiciária local [...]. É recomendável que os Tribunais de Justiça, ao instituírem os JVCM, não relacionem na competência destes as ações de família aqui tratadas. Não foi a intenção da Lei n. 11.340/2006 conferir estas causas ao JVCM. Caso contrário, teria arrolado de modo expresso, ainda que exemplificativamente, algumas ações de conhecimento em sua esfera de competência, mas não o fez, restringindo-se a um rol de cautelares, necessárias para a proteção emergencial da mulher em quadro de violência doméstica e familiar e apropriadas, por isso mesmo, para a concepção que informa esse juizado. É imperioso ponderar que, superdimensionada a competência dos JVCM com as causas familiares supracitadas, haverá uma sobrecarga de processo e trabalho nesses juizados, comprometendo sua tão almejada e necessária celeridade, em prejuízo justamente da mulher vitimada pela violência. Em contrapartida, esvaziada restará a competência das Varas da Família. Em arremate, o ideal é que se reconheça aos JVCM apenas atribuição para as medidas protetivas de urgência, permanecendo as causas de família, a elas correspondentes, na esfera de competência das Varas de Família ou Cíveis (Moreira Filho, Irênio da Silva. Vara da Família e juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher. Análise acerca de eventual competência concorrente e sua repercussão sobre outras questões processuais atinentes. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/11916). Nesse sentido, ainda: Lima, Fausto Rodrigues. Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Organizadora Carmen Hein de Campos. Editora Lumen Juris. 2011. Rio de Janeiro. p. 273-274.

De modo diverso, cita-se corrente doutrinária que, em atenção à estrita disposição legal, reconhece a competência cível da Vara Especializada da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para todas as ações de cunho civil que ostente como causa de pedir a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, conferindo-se ao magistrado melhores subsídios para julgar a questão e, por conseguinte, à mulher, vítima de violência doméstica, maior proteção.

A propósito:

> [...] *Foi delegado aos JVDFMS competência para o processo, julgamento e execução das ações cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 14). Unem-se as competências em um só magistrado*. A previsão de um juizado com competência tão ampla reforça a ideia central da Lei de proteção integral à mulher vítima de violência, facilitando seu acesso à justiça e permitindo que o mesmo julgador tome ciência de todas as questões envolvendo o conflito a ação penal, a separação de corpos, a fixação de alimentos etc. Para garantir efetividade à Lei, no âmbito da solução judicial dos conflitos, é preciso afastar a tradicional visão fracionada do direito que divide e limita competências. No mesmo processo torna-se viável punir o agressor, na órbita criminal, tomando-se medidas de natureza civil. [...] A competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é para o processo, o julgamento e a execução não só das medidas protetivas, mas também das ações criminais. [...] *Igualmente as ações cíveis intentadas pela vítima ou pelo Ministério Público, que tenham por fundamento a ocorrência de violência doméstica serão julgadas nos JVDFMs. A depender da natureza da ação, dispõe a autora de foro privilegiado. Para que as demandas cíveis sejam apreciadas nos JVDFMs, basta que a causa de pedir seja a prática de ato que configure violência doméstica. Não é necessário que tenha havido registro de ocorrência, pedido de medidas protetivas, desencadeamento de inquérito policial ou instauração da ação penal para garantir a competência destes juizados especializados* (Dias, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça. 3ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 184-185)

> Esses Juizados possuem competência tanto criminal quanto cível [...]. A opção por criar um Juizado com uma gama de competências tão ampla está vinculada a idéia de proteção integral à mulher vítima de violência doméstica e familiar, de forma a facilitar o acesso dela à Justiça, bem como possibilitar que o juiz da causa tenha uma visão integral de todos os aspectos que envolvem, evitando adotar medidas contraditórias entre si, como ocorre no sistema tradicional, onde a adoção de medidas criminais contra o agressor são da competência do Juiz criminal, enquanto que aquelas inerentes ao vínculo conjugal são da competência, em regra, do Juiz de Família. A legislação brasileira fez uma opção similar à do legislador espanhol, onde *los Julgados de Violencia sobre la Mujer*,

> além de competência penal, que é a principal, tem uma ampla competência de natureza cível, conforme dispõe o art. 44 da Lei Orgânica 1, de 28.12.2004 (Souza, Sérgio Ricardo. Comentários à Lei de Combate à Violência Contra a Mulher. 2ª Edição. Curitiba. Editora Juruá. 2008. p. 95-96).

Assim contrapostos os argumentos que subsidiam os posicionamentos acima destacados, tem-se que a melhor exegese, para a correta definição da competência cível dos Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, está no equilíbrio de tais entendimentos, para melhor atendimento aos propósitos da Lei n. 11.340/2006.

A amplitude da competência conferida pela Lei n. 11.340/2006 à Vara Especializada tem por propósito justamente permitir ao mesmo magistrado o conhecimento da situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, permitindo-lhe bem sopesar as repercussões jurídicas nas diversas ações civis e criminais advindas direta e indiretamente desse fato. Providência que a um só tempo facilita o acesso da mulher, vítima de violência doméstica, ao Poder Judiciário, e confere-lhe real proteção.

Assim, para o estabelecimento da competência da Vara Especializada da Violência Doméstica ou Familiar Contra a Mulher nas ações de natureza civil (notadamente, as relacionadas ao Direito de Família), imprescindível que a causa de pedir da correlata ação consista justamente na prática de violência doméstica ou familiar contra a mulher, *não se limitando, assim, apenas às medidas protetivas de urgência previstas nos arts. 22, incisos II, IV e V; 23, incisos III e IV; e 24, que assumem natureza civil.*

Tem-se, por relevante, ainda, para tal escopo, que, no momento do ajuizamento da ação de natureza cível, seja atual a situação de violência doméstica e familiar a que a demandante se encontre submetida, a ensejar, potencialmente, a adoção das medidas protetivas expressamente previstas na Lei n. 11.340/2006, sob pena de banalizar a competência das Varas Especializadas. Ressalta-se, inclusive, que a competência para conhecer e julgar determinada ação resta instaurada por ocasião de seu ajuizamento, afigurando-se desinfluente, para tanto, superveniente alteração fática.

Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem, sem considerar que os pedidos efetivados no bojo da medida protetiva encontram-se, todos, lastreados na violência doméstica a que a requerente alegadamente se encontrava submetida, chega a fazer, em sua fundamentação, uma verdadeira tripartição de competências, compreendendo que: *i)* o pedido de suprimento da autorização

paterna para viagem de menor ao exterior seria da competência do Juízo da Vara da Infância e Juventude, com esteio no art. 98, II, e 148, parágrafo único, alínea *a* do Estatuto da Criança e do Adolescente; *ii)* a questão referente à guarda do menor, que não se encontraria em situação de risco — a despeito da situação de violência a que a sua genitora supostamente se encontraria submetida —, deveria ser dirimida pelo Juízo da Família; e, *iii)* somente as medidas protetivas de urgência à ofendida, previstas no art. 23 e 24 da Lei n. 11.340/2006, é que seriam afetas à competência da Vara Especializada de Violência Doméstica Contra a Mulher.

É o que, claramente, se extrai do seguinte excerto do acórdão recorrido:

> [....] Com efeito, afigura-se revestida de lastro a preliminar içada pelo agravante na peça de interposição, precisamente quanto à incompetência absoluta do juízo de origem para processar e julgar as pretensões que resolvera, pois encartam a definição de guarda do filho menor dos litigantes e o suprimento da outorga do agravante para que o filho viaje ao exterior em companhia da mãe. *É que a matéria atinente ao suprimento da autorização paterna para viagem de menor ao exterior não está afeta à competência dos Juizados de Violência Doméstica, mas ao Juízo da Vara da Infância e Juventude, ante ao que dispõe o artigo 98, inciso I, e artigo 148, parágrafo único, alínea "a" do Estatuto da Criança e do Adolescente.*
>
> *A seu turno, a questão envolvendo a guarda do menor cuja guarda deve ser dirimida pelo Juízo de Família, notadamente após prévio contraditório e dilação probatória. Isso porque, no caso, em não se verificando indícios de que o infante se encontre em situação especial de risco, nos termos do artigo 98, inciso II, e artigo 148, parágrafo único, alínea 'a' do aludido diploma legal, a questão envolvendo a guarda do menor está inserida na jurisdição reservada ao Juízo da Família, consoante previsão expressa do art. 27, letra 'c', da Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal (Lei n. 11.697/08). Ora, a despeito do conflito estabelecido entre os genitores, estão presentes e são aptos a exercitarem, ambos, os atributos e deveres inerentes ao poder familiar, ilidindo a subsistência de situação jurídica de risco afetando o infante.*
>
> [...]
>
> Firmados esses parâmetros, deve ser frisado, ademais, que as medidas postuladas e deferidas pelo juízo especializado não estão compreendidas pela competência cível que lhe fora reservada pela lei especial. *Consoante dispõem os artigos 23 e 24 da Lei n. 11.340/2006, dentre as medidas de urgência destinadas a assegurar e proteger o direito da vítima não se inserem o suprimento da outorga paterna para que o filho viaje ao exterior na companhia exclusiva da mãe, tampouco a alteração ou definição da guarda do filho menor do casal em conflito, como se infere do regrado por aludidos preceptivos legais.*

Tal compreensão, em contrariedade à própria funcionalidade do sistema jurisdicional, ignora o propósito da lei de centralizar no Juízo Especializado

de Violência Doméstica Contra a Mulher todas as ações criminais e civis que tenham por fundamento a violência doméstica contra a mulher, a fim de lhe conferir as melhores condições cognitivas para deliberar sobre todas as situações jurídicas daí decorrentes, inclusive, eventualmente, a dos filhos menores do casal, com esteio, nesse caso, nos princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e demais regras protetivas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A evidenciar o desacerto da compreensão exarada na origem, o Tribunal de origem, para justificar a competência da Vara da Família para conhecer a questão da guarda da criança, suscitada incidentalmente, afirmou que, a despeito da situação de violência a que a sua genitora supostamente se encontraria submetida, a criança não estaria em situação de risco. Ora, é direito da criança e do adolescente desenvolver-se em um ambiente familiar saudável e de respeito mútuo de todos os seus integrantes. A não observância desse direito, em tese, a coloca em risco, se não físico, psicológico, apto a comprometer, sensivelmente, seu desenvolvimento. Eventual exposição da criança a situação de violência doméstica perpetrada pelo pai contra a mãe é circunstância de suma importância que deve, necessariamente, ser levada em consideração para nortear as decisões que digam respeito aos interesses desse infante.

No contexto de violência doméstica contra a mulher, portanto, é o juízo da correlata Vara Especializada que detém, inarredavelmente, os melhores subsídios cognitivos para preservar e garantir os prevalentes interesses da criança, em meio à relação conflituosa de seus pais.

In casu, como assinalado, a pretensão de retornar ao seu país de origem, com o filho — que pressupõe suprimento judicial da autorização paterna e a concessão de guarda unilateral à genitora, *segundo o Juízo* a quo — deu-se em plena vigência de medida protetiva de urgência destinada a neutralizar a situação de violência a que a demandante encontrava-se submetida.

Por consectário, competem à Vara Especializada da Violência Doméstica ou Familiar Contra a Mulher as ações de natureza civil, inclusive, as relacionadas ao interesses da criança e do adolescente, se a causa de pedir da correlata ação consistir justamente na prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, como se dá, incontroversamente, no caso dos autos.

Em arremate, na esteira dos fundamentos expendidos, dou provimento ao presente recurso especial, para, reconhecendo a competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Riacho Fundo/DF

para conhecer do pedido incidental de obtenção de suprimento judicial de autorização paterna para a recorrente retornar ao seu país de origem, com o filho, — e/ou guarda unilateral — , efetuado no bojo da Medida Protetiva, reformar o acórdão recorrido, determinando-se que o Tribunal de origem analise o recurso de agravo de instrumento na questão remanescente - relacionada ao mérito da decisão tomada na origem.

É o voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial em que se discute, em síntese, se a Vara Especializada da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher possuiria também competência para apreciar o pedido de suprimento de autorização paterna para viagem de menor ao exterior e a, ainda, questões relacionadas à guarda do menor.

Voto do e. Relator, Min. Marco Aurélio Bellizze: deu provimento ao recurso, para reconhecer a possibilidade de o juízo especializado conhecer de todas as pretensões acima enunciadas, ao fundamento de que:

> (*i*) A competência da vara especializada seria híbrida, porque contempla cumulativamente as causas criminais e cíveis relacionadas à violência doméstica, não havendo, todavia, no art. 14 da Lei n. 11.340/2006, a especificação acerca de quais ações deveriam ser processadas perante a vara especializada, motivo pelo qual a questão relacionada a reunião dos processos deverá ser examinada a partir da causa de pedir, que seria a mesma;
>
> (*ii*) A separação das ações – suprimento da autorização paterna para viagem de menor ao exterior, de competência do Juízo da Vara da Infância e Juventude; guarda do menor, de competência do Juízo da Família e medidas protetivas de urgência à ofendida, perante a Vara Especializada de Violência Doméstica contra a Mulher, contrariaria a funcionalidade do sistema jurisdicional e ignoraria o propósito da lei, que seria centralizar no juízo especializado todas as questões relacionadas à violência doméstica e, a partir daí, deliberar sobre todas as questões daí decorrentes.
>
> (*iii*) Por se tratar de questão afeta aos interesses e aos direitos da criança, a fixação da competência na hipótese deve ser examinada sob a perspectiva dos princípios da proteção integral e do melhor interesse do menor, motivo pelo qual a concentração das pretensões seria a medida mais adequada diante dos subsídios colhidos perante a vara especializada.

Revisados os fatos, decide-se.

Inicialmente, destaque-se que a Lei n. 11.340/2006 é uma lei especialmente criada com o objetivo de salvaguardar a mulher nas situações de violência doméstica e familiar, reconhecendo o legislador que esse lamentável fato social é merecedor de uma proteção especial e diferenciada do Estado.

A técnica de legislar para melhor proteger determinados grupos de pessoas é antiga, mas se revela frequentemente bastante eficaz e efetiva, na medida em que, juntamente com a criação da norma, não demora a vir a especialização dos magistrados, a criação de uma estrutura específica e diferenciada para o atendimento daquelas demandas especiais e, finalmente, espera-se, a própria mudança da conduta das partes.

Nesse contexto, os arts. 14, 23 e 24 da Lei n. 11.340/2006 não podem ser isolados e lidos como verdadeiras ilhas, mas, ao revés, deverão ser interpretados a partir da própria razão de ser do diploma legal e do microssistema que por ele foi instituído, cuja *ratio* é conceder uma proteção específica e diferenciada às mulheres nas hipóteses de violência doméstica e familiar.

A esse respeito, verifica-se que os referidos dispositivos não especificam, por exemplo, se as ações de família deveriam tramitar na vara especializada porque, em verdade, isso é verdadeiramente desnecessário, sobretudo se tais normas forem interpretadas no âmbito de seu sistema, que é distinto do sistema que rege às ações de família. O silêncio do legislador nesse aspecto, pois, é eloquente.

Aliás, a existência de um microssistema explica a excepcional cumulação legal de competências – cíveis e criminais, mas relacionadas à mesma gama de ações e condutas. Subvertendo a lógica existente para as atribuições jurisdicionais de natureza absoluta, a cumulação se justifica pela específica necessidade, observada pelo legislador, de que um mesmo juízo especializado decida sobre todos os atos e aspectos relacionados apenas a essa espécie de ato ilícito.

Não significa dizer, porém, que questões de natureza acessória e que não se vinculam diretamente com os atos de violência doméstica e familiar praticados contra a mulher, como é a hipótese da guarda de menores e da autorização para viajar, possam ser decididas por juízo não especializado e absolutamente incompetente, por melhor que tenha sido, e isso se verifica de plano, a intenção do e. Relator em seu voto.

Isso porque a especialização e a estrutura desenvolvidas para as hipóteses de violência doméstica e familiar são substancialmente distintas daquelas desenvolvidas, por exemplo, para as hipóteses de disputas sobre a guarda de menores. O perfil, a formação, as habilidades e os conhecimentos psicológicos e sociais dos profissionais de apoio que atuam nas situações que envolvem violência doméstica e familiar são diferentes dos profissionais que atuam nas situações que envolvem menores, motivo pelo qual, ao louvável propósito de tutelar mais rapidamente os interesses do infante, corre-se o sério risco de lhe causar um grave prejuízo.

Na hipótese, respeitada a convicção do e. Relator, não se pode desconsiderar o princípio constitucional do juiz natural, flexibilizando regras de competência absoluta em razão da matéria que foram instituídas para mais adequadamente atender aos interesses e as expectativas de determinados grupos de pessoas, ao fundamento de que, ao assim agir, estar-se-ia atendendo ao princípio do melhor interesse do menor.

Na realidade, verifica-se que o melhor interesse do menor mais provavelmente será atendido se o seu destino for decidido por quem se especializou na matéria e que, além disso, examinará a questão com o apoio de profissionais de gabarito, perfil, formação e conhecimentos técnicos específicos e diferenciados para lidar com situações que, respeitosamente, não se confundem e não se relacionam.

Justamente por reconhecer a relevância das varas criadas apenas para determinadas matérias é que esta Corte consignou o entendimento no sentido de que "a competência de varas especializadas, determinadas pelas leis de organização judiciária, em razão da matéria, é de caráter absoluto". (REsp 127.082/MG, 4ª Turma, DJ 13.04.1999).

Também por esse motivo é que reiteradamente se afirma que a competência absoluta impede a reunião das ações, ainda que sejam elas conexas (CC 142.849/SP, 2ª Seção, DJe 11.04.2017 e AgRg no CC 131.832/SP, 2ª Seção, DJe 13.06.2016).

Em síntese, ao Juízo da Vara da Infância e da Juventude, o suprimento da autorização paterna para viagem do menor ao exterior; ao Juízo da Família, a guarda do menor; e à Vara Especializada de Violência Doméstica contra a Mulher, as medidas protetivas de urgência à recorrida.

Forte nessas razões e rogando a mais respeitosa vênia ao e. Relator, *nego provimento* ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.620.717-RS (2016/0037375-7)

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze
Recorrente: HSBC Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo
Advogados: Luiz Rodrigues Wambier - PR007295
Leonardo Teixeira Freire e outro(s) - RS072094
Evaristo Aragão Ferreira dos Santos - RS065191
Teresa Celina de Arruda Alvim - RS066871A
Recorrido: Arnaldo Albino Weiand
Advogados: Antônio Martins Júnior - RS058488
Mauro Augusto Hahn - RS063449
Advogada: Tatiana Vasconselos Fortes Hahn - RS078321

EMENTA

Recurso especial. Processual Civil. Consumidor. Pedido de cumprimento individual de sentença coletiva. Ação de conhecimento individual. Concomitância. Litispendência não caracterizada. Ausência de tríplice identidade. Coisa julgada material coletiva. Impossibilidade de novo julgamento posterior. Recurso especial desprovido.

1. Nos termos do art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, adotou-se, no Brasil, o sistema *opt out* para alcance dos efeitos da coisa julgada *erga omnes* produzida no julgamento de procedência das ações coletivas de tutela de direito individual homogêneo, ao mesmo tempo em que se afastou, expressamente, a caracterização de litispendência, mesmo porque ausente a tríplice identidade dos elementos da ação.

2. Inexistindo pendência de julgamento individual à época do julgamento coletivo, não há que se cogitar de afastamento da coisa julgada por mera aplicação do art. 104 do CDC.

3. A coisa julgada material, além de consistir em importante instrumento de segurança jurídica e pacificação social, obsta ao Poder Judiciário a reapreciação da relação jurídica material acertada.

4. Havendo coisa julgada material, compete ao réu (arts. 301, VI, do CPC/1973 e 337, VII, do CPC/2015) sua alegação perante o Juízo

competente para julgamento de mesma relação jurídica material, *in casu*, o Juízo perante o qual tramita a ação de conhecimento.

5. Recurso especial conhecido e desprovido.

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, conhecer do recurso especial, mas lhe negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Nancy Andrighi, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de outubro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

DJe 23.10.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Cuida-se de recurso especial interposto por HSBC Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo fundamentado nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, a fim de impugnar acórdão assim ementado (e-STJ, fl. 101):

> Agravo interno. Negoicios jurídicos bancários. Decisão monocrática. Negativa de seguimento ao agravo de instrumento. Recurso manifestamente improcedente. Incidéncia do art. 557 do Cõdigo de Processo Civil.
>
> O agravo de instrumento manejado pela parte autora veiculou pretensão em conformidade com jurisprudência dominante nesta Corte, quanto ao reconhecimento da litispendência entre ações individuais e ações executivas derivadas de ações coletivas. Mantida a conclusão expendida na decisão proferida monocraticamente.
>
> Agravo interno desprovido.

Compulsando os autos, verifica-se que Arnaldo Albino Weiand apresentou pedido de cumprimento individual de sentença coletiva (e-STJ, fls. 26-34), na qual o Banco Bamerindus do Brasil S.A. – sucedido por incorporação pelo

recorrente – foi condenado ao pagamento do índice expurgado incidente sobre o saldo disponível em caderneta de poupança relativo ao mês de janeiro de 1989 (Plano Verão).

Afirmando a existência de prévia ação de cobrança, ajuizada pelo recorrido, o recorrente requereu a extinção do cumprimento de sentença, afirmando a existência de litispendência (e-STJ, fls. 35-40).

Em decisão interlocutória, o Juízo de primeiro grau afastou a pretensão de extinção do processo, embora tenha reconhecido a identidade entre as duas demandas, sobrevindo a interposição do agravo de instrumento perante o Tribunal de origem, o qual foi desprovido, nos termos da ementa acima transcrita.

Segundo a fundamentação do acórdão recorrido, não seria possível o reconhecimento de litispendência entre o cumprimento de sentença coletiva e a ação individual de conhecimento, porquanto o cumprimento de sentença não teria autonomia no sistema processual sincrético vigente. Outrossim, as ações coletivas não induziriam a litispendência para as ações individuais, conforme art. 104 do Código de Defesa do Consumidor.

Em suas razões recursais, o recorrente alega violação dos arts. 301, § 1º, do CPC/1973 e 104 do CDC, além de divergência jurisprudencial. Sustenta, em suma, que: *i)* a inexistência de identidade entre a ação de cobrança ajuizada e a ação coletiva, esclarecendo que a tese de litispendência decorre do confronto entre o pedido de cumprimento individual da ação coletiva transitada em julgado e a ação de cobrança ajuizada em data posterior a tal trânsito; e *ii)* "transportando-se a melhor interpretação do art. 104 do CDC para o caso dos autos, notoriamente, o autor que optou por ajuizar uma ação individual mesmo podendo, em tese, valer-se da sentença coletiva, encontra-se entre aqueles que 'não aproveitarão os efeitos da coisa julgada', nos termos do artigo". Desse modo, assevera ser necessária a reforma do acórdão de origem para determinar a extinção do presente cumprimento de sentença.

O prazo para apresentação de contrarrazões transcorreu *in albis* (e-STJ, fl. 141).

Em juízo prévio de admissibilidade, o recurso especial foi inadmitido, dando azo à interposição do Agravo em Recurso Especial n. 863.633/RS, provido para determinar sua autuação como especial (e-STJ, fls. 172-173).

O recorrente, na petição n. 00004271/2017 (e-STJ, fls. 189-334), informa, por meio da juntada integral do processo n. 020/3.11.0000586-2, que "mesmo

após o ajuizamento do cumprimento de sentença adjacente a este recurso, a parte adversa jamais requereu a suspensão, ou a desistência, da ação de cobrança ajuizada anteriormente, mesmo após ingressar com a execução da ACP".

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): Cinge-se a controvérsia a definir a abrangência do art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, a fim de verificar sua incidência no caso concreto, em que se confrontam ação individual de conhecimento e cumprimento individual de sentença coletiva.

1. Do contexto fático da lide.

O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC ajuizou *ação civil pública* contra o Banco Bamerindus do Brasil S.A., visando ao pagamento dos expurgos inflacionários incidentes sobre a caderneta de poupança, relativamente ao mês de janeiro de 1989 – Plano Verão (processo n. 583.00.19993.808239-4). O pedido foi julgado procedente, tendo *transitado em julgando a demanda em dezembro de 2008*, com a determinação final de que o índice a ser aplicado no período seria de 42,72%.

Em maio de 2011 – portanto, após o trânsito em julgado da sentença coletiva –, o recorrido ajuizou *ação de cobrança* contra HSBC Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo, sucessor por incorporação do Banco Bamerindus do Brasil S.A, perante o Juizado Especial Cível da Comarca de Palmeira das Missões/RS (processo n. 020/3.11.0000586-2). Em tal ação requereu a condenação da instituição financeira ao pagamento da diferença apurada no saldo de poupança de sua titularidade, em decorrência da não aplicação do percentual de 42,72% do IPC no mês de janeiro de 1989 (Plano Verão). O pedido foi julgado procedente (e-STJ, fls. 41-50 e 54-58).

Interposto recurso inominado, a Relatora na Turma recursal suspendeu a tramitação do processo, em despacho proferido em 11 de novembro de 2011, por se tratar de questão com repercussão geral reconhecida pelo STF (REEs 576.155, 591.797 e 626.307, e AI 754.745), consoante determinação constante fl. 332 (e-STJ).

Após quase dois anos, com a manutenção da situação de suspensão do referido recurso inominado interposto na ação de cobrança, *em outubro de 2013*,

o recorrente apresentou pedido de *cumprimento individual da sentença coletiva* (e-STJ, fls. 26-34), que deu ensejo, ao fim e ao cabo, ao presente recurso especial.

2. Alegação de violação dos arts. 301 do CPC/1973 e 104 do CDC.

O Tribunal de Justiça de origem, ao fundamentar o acórdão recorrido, afastou a incidência do art. 104 do Código de Defesa do Consumidor porque, ainda que existente anterior ação individual, sua regulamentação não alcança a habilitação do consumidor para execução do título coletivo. Contra esse fundamento, insurge-se o recorrente reiterando a caracterização de litispendência entre a ação individual e a execução individual de título coletivo.

Com efeito, ainda que as razões de decidir apontadas pelo Tribunal de origem não sejam as mais apropriadas sob o ponto de vista técnico, não merece provimento o presente recurso.

Isso porque, ao afastar expressamente a litispendência no art. 104 do CDC, o legislador reconheceu a ausência de identidade entre as demandas individuais e coletivas, consequência da manifesta disparidade dos pedidos formulados em demandas individuais e coletivas, a qual já era sublinhada pela saudosa Ada Pellegrini Grinover (Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 864).

Por outro lado, essa ausência de identidade dos pedidos, apesar de ser suficiente para descaracterizar a litispendência, acabou se tornando irrelevante para fins de definição da extensão da coisa julgada e seus efeitos subjetivos. Assim, nos termos do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, fará coisa julgada *erga omnes*, o julgamento de procedência da ação coletiva veiculada para tutelar direitos individuais homogêneos.

Nesse sentido, cito os seguintes julgados (originais sem destaque):

> Administrativo e Processo Civil. Servidor público. DNER. Enquadramento. Plano Especial de Cargos. Pagamento. Gratificação de Desempenho de Atividade de Transporte. Ação civil pública interposta por associação. Trânsito em julgado. Inexistência de litispendência e coisa julgada. Ação individual.
>
> 1. O Tribunal de origem foi claro ao afirmar que quanto à coisa julgada, os seus efeitos não beneficiam os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva, portanto não há o perigo do recorrido se beneficiar duplamente com o objeto desta ação e da ACP, que foi proposta pela Associação dos Servidores

Federais em Transportes. Portanto, não há que se falar em litispendência ou coisa julgada. Precedentes.

2. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.387.481/RS, Rel. *Min. Herman Benjamin*, Segunda Turma, DJe 5.12.2013)

Conflito negativo de competência. Ação civil pública e ação declaratória. Autarquia Federal no pólo passivo da ação coletiva. Conexão. Impossibilidade de prorrogação de competência absoluta. Convivência harmônica entre ação coletiva e individual. Pedido de suspensão da ação individual. Projeção de efeitos. Impossibilidade de decisões antagônicas. Inexistência de justificativa para reunião dos feitos.

.....

2. *De acordo com o regime instituído pelo Código de Defesa do Consumidor para julgamento das ações coletivas* lato sensu, *a demanda coletiva para defesa de interesses de uma categoria convive de forma harmônica com ação individual para defesa desses mesmos interesses de forma particularizada.*

3. *Se há pedido do autor da ação declaratória para que esta fique suspensa até o julgamento da ação civil pública, consoante autoriza o art. 104 do CDC, deve ser reconhecida a projeção de efeitos da ação coletiva na ação individual*, mas não a possibilidade de serem proferidas decisões antagônicas de modo a justificar a reunião dos feitos.

4. Conflito conhecido para declarar competente o douto Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Porto Ferreira - SP.

(CC n. 111.727/SP, Rel. *Min. Raul Araújo*, Segunda Seção, DJe de 17.9.2010)

Processo Civil. Conflito de competência. Demandas coletivas e individuais promovidas contra a ANATEL e empresas concessionárias de serviço de telefonia. Controvérsia a respeito da legitimidade da cobrança de tarifa de assinatura básica nos serviços de telefonia fixa. Conflito não conhecido.

.....

5. Considera-se existente, porém, conflito positivo de competência ante a possibilidade de decisões antagônicas nos casos em que há processos correndo em separado, envolvendo as mesmas partes e tratando da mesma causa. É o que ocorre, freqüentemente, com a propositura de ações populares e ações civis públicas relacionadas a idênticos direitos transindividuais (= indivisíveis e sem titular determinado), fenômeno que é resolvido pela aplicação do art. 5º, § 3º, da Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/1965) e do art. 2º, parágrafo único, da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), na redação dada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001.

> 6. No caso dos autos, porém, o objeto das demandas são direitos individuais homogêneos (= direitos divisíveis, individualizáveis, pertencentes a diferentes titulares). Ao contrário do que ocorre com os direitos transindividuais — invariavelmente tutelados por regime de substituição processual (em ação civil pública ou ação popular) —, os direitos individuais homogêneos podem ser tutelados tanto por ação coletiva (proposta por substituto processual), quanto por ação individual (proposta pelo próprio titular do direito, a quem é facultado vincular-se ou não à ação coletiva). *Do sistema da tutela coletiva, disciplinado na Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor - CDC, nomeadamente em seus arts. 103, III, combinado com os §§ 2º e 3º, e 104), resulta (a) que a ação individual pode ter curso independente da ação coletiva; (b) que a ação individual só se suspende por iniciativa do seu autor; e (c) que, não havendo pedido de suspensão, a ação individual não sofre efeito algum do resultado da ação coletiva, ainda que julgada procedente*. Se a própria lei admite a convivência autônoma e harmônica das duas formas de tutela, fica afastada a possibilidade de decisões antagônicas e, portanto, o conflito.
>
> .....
>
> 11. Conflito não conhecido.
>
> (CC n. 47.731/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão *Min. Teori Albino Zavascki*, Primeira Seção, DJ 5.6.2006, p. 231)

Daí se extrai que o afastamento da coisa julgada somente será possível quando o autor individual de demanda contemporânea à coletiva deixar de requerer a suspensão do processo individual, após notificado da propositura da demanda coletiva (art. 104 do CDC), consagrando a adoção do sistema norte-americano *opt out* pelo legislador nacional.

Situação diversa, contudo, é a pretensão de, após o julgamento da procedência da demanda coletiva, portanto, formada a coisa julgada material *erga omnes*, se pretender sua flexibilização ao argumento de que a propositura de demanda individual posterior resultaria em possível desprezo, dispensa ou disponibilidade de seus efeitos pelo consumidor.

Convém ressaltar que o instituto da coisa julgada, além de sua função de pacificação social, é também limitador da função jurisdicional, oferecendo barreira, em regra, intransponível, à jurisdição estatal. Assim, mesmo quando recaia o provimento jurisdicional sobre direitos disponíveis, o que certamente viabiliza o cancelamento dos efeitos práticos da sentença pela vontade das partes, não poderá o Judiciário emitir novo entendimento jurisdicional sobre a mesma relação jurídica acertada, seja no mesmo processo, seja em processo novo (DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova era do processo civil. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 218/242).

É bem verdade que a estrutura da ciência processual não tem aplicação perfeita nas demandas coletivas, em razão de suas peculiaridades. Desse modo, conceitos e institutos tradicionais necessitam passar por uma releitura e adaptação para que sua aplicação resulte na prestação efetiva da tutela jurisdicional coletiva, como alerta Rodolfo de Camargo Mancuso (Interesses difusos, disponível em <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/95464925/v8/document/95531910/anchor/a-95531910>. Acesso em 22 ago. 2017).

Assim, diferentemente da sistemática processual individual, em especial, diante do conteúdo genérico da condenação da instituição financeira por meio do sistema de tutela coletiva, a demonstração da titularidade do crédito, bem como da fixação do *quantum debeatur* fica postergada para a liquidação – o que pressupõe a verificação da inclusão do autor individual no âmbito de alcance do título coletivo exequendo.

Nesse contexto, ganha ainda relevo a flutuação da jurisprudência no que tange ao alcance subjetivo territorial dos efeitos da coisa julgada *erga omnes*, diante da previsão do art. 16 da LACP. Vale ressaltar que esta Corte Superior já reconheceu sua aplicação plena em demandas que tenham por objeto a tutela de direito individual homogêneo (REsp n.1.331.948/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 5.9.2016), muito embora o STJ já tenha reconhecido o caráter nacional de demandas propostas para obtenção de pagamento de valores expurgados de caderneta de poupança, a exemplo da ação promovida pelo IDEC contra o Banco do Brasil S.A. (REsp n. 1.391.198/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, DJe 2.9.2014).

Assim, é de se reconhecer que a insegurança nutrida no íntimo dos indivíduos eventualmente beneficiados pela tutela coletiva não é desarrazoada e, ainda que indesejável, pode ensejar a propositura de demandas assemelhadas, a fim de evitar o perecimento do direito. Nesses casos, impõe-se ao réu de ambas as demandas a demonstração da conexão e a necessidade de suspensão do trâmite da ação de conhecimento, ou mesmo a alegação da coisa julgada, quando for o caso. Esse ônus, aliás, já lhe pertence pelas regras processuais individuais (art. 337, VII, do CPC/2015 e art. 301, VI, do CPC/1973). Nesse diapasão, frisa-se que a eventual suspensão não será condição de aplicação dos efeitos *erga omnes*, porque estes ou já alcançam a parte ou não a alcançam nem alcançarão. Afinal, a eficácia da coisa julgada já se formou e se consolidou quando do trânsito em julgado da ação coletiva, restando somente verificar se esse alcance abarca ou não o consumidor individualizado na fase executiva.

Assim, a partir de qualquer prisma, fica evidente a inaplicabilidade do comando do art. 104 do Código de Defesa do Consumidor à hipótese dos autos. É de se notar, com efeito, que cabia ao recorrente pleitear, na ação de conhecimento, a suspensão do processo até que se ultimasse a decisão judicial acerca do alcance do recorrido naquele título exequendo, se dúvida existia, para, então, aduzir a existência de coisa julgada material a impor extinção daquele processo. O caminho inverso em nada abala a tramitação da presente execução, que deverá acertar a inclusão do recorrido no âmbito de alcance do título coletivo e individualizar-lhe, por fim, o direito tutelado.

Com esses fundamentos, conheço do recurso especial para negar-lhe provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.632.750-SP (2016/0193441-0)

Relator: Ministro Moura Ribeiro
Relatora para o acórdão: Ministra Nancy Andrighi
Recorrente: F D G
Advogados: Edson Donisete Vieira do Carmo - SP142219
Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça - DF042489
Recorrido: R M
Advogado: Nelson Altemani - SP011046

EMENTA

Civil. Processual Civil. Família. Investigação de paternidade. Proteção à dignidade da pessoa humana e tutela do direito à filiação, à identidade genética e à busca pela ancestralidade. Realização de novo exame de DNA face a suspeita de fraude no teste anteriormente realizado. Possibilidade. Prova irrefutável da fraude. Redução da exigência probatória, revaloração das provas produzidas e necessidade de exaurimento da atividade instrutória. Inércia probatória da parte adversa. Valoração da conduta na formação do convencimento judicial.

Possibilidade. Teste de DNA. Valor probante relativo, a ser examinado em conjunto com os demais elementos de prova. Coisa julgada. Afastamento na hipótese.

1- Ação distribuída em 11.8.2008. Recurso especial interposto em 16.6.2015.

2- O propósito recursal é definir se é possível o afastamento da coisa julgada material formada em ação investigatória de paternidade cujo resultado foi negativo, na hipótese em que a parte interessada produz prova indiciária acerca de possível ocorrência de fraude no exame de DNA inicialmente realizado.

3- Os direitos à filiação, à identidade genética e à busca pela ancestralidade integram uma parcela significativa dos direitos da personalidade e são elementos indissociáveis do conceito de dignidade da pessoa humana, impondo ao Estado o dever de tutelá-los e de salvaguardá-los de forma integral e especial, a fim de que todos, indistintamente, possuam o direito de ter esclarecida a sua verdade biológica.

4- Atualmente se reconhece a existência de um direito autônomo à prova, assentado na possibilidade de a pessoa requerer o esclarecimento sobre fatos que a ela digam respeito independentemente da existência de um litígio potencial ou iminente, alterando-se o protagonismo da atividade instrutória, que passa a não ser mais apenas do Poder Judiciário, mas também das partes, a quem a prova efetivamente serve.

5- A existência de dúvida razoável sobre possível fraude em teste de DNA anteriormente realizado é suficiente para reabrir a discussão acerca da filiação biológica, admitindo-se a redução das exigências probatórias quando, não sendo possível a prova irrefutável da fraude desde logo, houver a produção de prova indiciária apta a incutir incerteza no julgador, aliada a possibilidade de exaurimento da atividade instrutória no grau de jurisdição originário.

6- A inércia probatória de uma das partes somada a atividade instrutória da outra deve ser levada em consideração na escolha do *standard* probatório mais adequado à hipótese e na valoração das provas então produzidas, pois as partes, em um processo civil norteado pela cooperação, tem o dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

7- Embora de valiosa importância para as ações investigatórias ou negatórias de paternidade, o exame de DNA, por se tratar de prova técnica suscetível a falhas ou vícios, não pode ser considerado como o único meio de prova apto a atestar a existência ou não de vínculo paterno-filial, devendo o seu resultado ser cotejado com as demais provas produzidas ou suscetíveis de produção, sobretudo diante da célere e constante evolução científica e tecnológica.

8- Em situações excepcionais, é possível o afastamento da coisa julgada material formada nas ações investigatórias ou negatórias de paternidade, a fim de que seja exaustivamente apurada a existência da relação paterno-filial e, ainda, elucidadas as causas de eventuais vícios porventura existentes no exame de DNA inicialmente realizado.

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, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrighi, divergindo do voto do Sr. Ministro Relator, por maioria, dar provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi, que lavrará o acórdão. Vencido o Sr. Ministro Moura Ribeiro. Votaram com a Sra. Ministra Nancy Andrighi os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze.

Brasília (DF), 24 de outubro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Presidente

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJe 13.11.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: F D G (F) ajuizou ação de investigação de paternidade "post mortem" contra R M (R), filho e único herdeiro de F T M (investigado e pré-morto), na qual alegou que ocorreu fraude na realização do

exame de DNA ocorrido no idêntico processo anterior (n. 82/93) que tramitou na 4ª Vara de Família e Sucessões do Foro Central da Capital de São Paulo, cujo pedido foi julgado improcedente e transitou em julgado.

Com suporte nos princípios da dignidade humana e da busca da verdade real, F requereu a flexibilização da coisa julgada, a realização de novo exame de DNA e o reconhecimento da procedência do pedido, ou seja, que é filho de F T M (e-STJ, fls. 21/41).

O Juízo da 7ª Vara de Família e Sucessões do Foro Central da Capital, na fase de saneamento do processo, afastou a preliminar de coisa julgada alegada na contestação de R e determinou a realização de novo exame de DNA com o fundamento de que existiam fortes indícios de fraude naquele realizado na ação de investigação de paternidade ajuizada anteriormente (e-STJ, fls. 252/254).

Inconformado, R interpôs, então, agravo de instrumento, no qual sustentou que (1) no Processo n. 82/93 a alegação de fraude na realização do exame de DNA foi exaustivamente examinada e rejeitada em todas as instâncias, com ocorrência do trânsito em julgado; (2) F omitiu que a pessoa que prestou declaração pública e se apresentou como "Administrador" e "Advogado" pertence ao mesmo escritório de patrocina os seus interesses; (3) no Processo n. 0026847-16.2012.8.26.0100 também movido por F, no qual ele alegou que o falecido lhe procurou e ofereceu cheques para comprar uma casa, o mesmo pedido também foi julgado improcedente; (4) a alegada existência de fraude perpetrada pelo *de cujus* na realização de exame de DNA não representa fato novo pois foi rechaçada pela instância ordinária, razão pela qual a decisão agravada violou a coisa julgada; (5) a afirmada troca de amostras a afastar o resultado da perícia foi discutida e rejeitada por duas Câmaras do Tribunal de Justiça de São Paulo (Agravo de Instrumento n. 238.965.1/8 - 2ª Câmara da extinta 1ª Seção Cível e Apelação Cível n. 259.258-1/5 - 2ª Câmara de Direito Privado); (6) essa é a terceira ação proposta por F tentando eternizar a questão da investigação de paternidade, com os mesmos argumentos já rechaçados pela instância inferior, o que caracteriza inequívoca má-fé processual; (7) a segurança jurídica exige que as decisões judiciais transitadas em julgado não tenham o mérito examinado ao infinito; e, (8) a jurisprudência dos Tribunais somente tem admitido a flexibilização da coisa julgada em investigação de paternidade na hipótese em que o exame de DNA não foi realizado, o que não é o caso.

Foi concedido efeito suspensivo ao agravo de instrumento (e-STJ, fls. 260/261).

O Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento ao recurso em acórdão que recebeu a seguinte ementa:

> *Coisa julgada. Demanda de investigação de paternidade 'post mortem'. Flexibilização. Inadmissibilidade. Demanda anterior já julgada improcedente após a realização de exame pelo método DNA, quando ainda vivo o 'de cujus'. Alegada irregularidade na realização do exame que não foi demonstrada. Circunstância, por si só, que não autoriza a apontada flexibilização da coisa julgada. Decisão reformada para reconhecer a ocorrência da coisa julgada e extinguir o feito sem julgamento do mérito. Recurso de agravo provido* (e-STJ, fl. 283).

Os embargos de declaração opostos por F foram rejeitados (e-STJ, fls. 300/305).

Inconformado, F interpôs, então, recurso especial com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, no qual alegou ofensa aos arts. 535, II, 332, 364 e 467 do CPC/1973.

Sustentou, em síntese, que *(1)* houve contradição no acórdão recorrido pois entendeu que a declaração pública de fls. 47 não servia de prova; *(2)* o Tribunal *a quo* foi omisso quanto (a) a questão da enorme semelhança física entre ele e o falecido; (b) a ofensa ao principio da dignidade da pessoa humana que flexibiliza a coisa julgada; e, (c) a ofensa aos direitos fundamentais da filiação, da garantia fundamental da assistência jurídica aos desamparados, ao principio do acesso ao Judiciário e à garantia da ampla defesa e do contraditório; *(3)* como a ação de investigação de paternidade se encontra fundada na efetiva constatação da fraude ocorrida em exame de DNA na primeira ação investigatória (Processo n. 82/93), comprovada por meio da declaração pública de fl. 47, deveria ser deferida a realização de um novo exame de DNA apto a comprovar o vínculo de paternidade, bem como pela flexibilização da coisa julgada; *(4)* o acórdão recorrido não poderia desconsiderar a prova fotográfica que comprova a enorme semelhança física entre ele (F) e o falecido; e, *(5)* houve má interpretação do art. 467 do CPC/1973 pelo acórdão recorrido, ao tornar absoluta a coisa julgada apesar da constatação da fraude no exame de DNA da ação anterior.

Contrarrazões do recurso especial (e-STJ, fls. 350/353).

O recurso especial não foi admitido em razão da inexistência de ofensa ao art. 535 do CPC/1973 e da incidência das Súmula n. 284 do STF e 7 do STJ.

Determinei a conversão do agravo em recurso especial para melhor análise do processo (e-STJ, fls. 436/439).

O Ministério Público Federal opinou pelo parcial provimento do recurso especial (e-STJ, fls. 425/430).

É o relatório.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro (Relator): De plano, vale pontuar que a 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.

Como dito no relatório, F ajuizou ação de investigação de paternidade *post mortem* contra R, filho e único herdeiro do investigado F T M, na qual alegou a ocorrência de fraude no exame de DNA realizado na ação anterior idêntica que moveu contra o investigado enquanto estava vivo e que já transitou em julgado.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento do agravo de instrumento interposto por R contra a decisão que deferiu a realização de novo exame de DNA, extinguiu o processo, sem resolução do mérito, em razão da coisa julgada, o que ensejou a interposição do presente recurso especial que busca a sua flexibilização e o prosseguimento da ação investigatória.

Passo a examinar os fundamentos do apelo nobre.

1) Da ofensa ao art. 535 do CPC/1973.

F alegou que o acórdão impugnado foi contraditório porque afirmou que a declaração pública apresentada por terceiro não serviria de prova de fraude na realização do primeiro exame de DNA e que foi omisso quanto a sua evidente semelhança física com o investigado falecido e quanto a ofensa aos princípios constitucionais da dignidade de pessoa humana, do acesso a judiciário, da ampla defesa e do contraditório, por não ter permitido a realização de nova perícia e flexibilizar a coisa julgada.

De início, não merece prosperar a alegação de existência de contradição no acórdão impugnado, haja vista que a jurisprudência desta eg. Corte Superior

orienta que a contradição que autoriza o manejo dos embargos de declaração é aquela que ocorre entre a fundamentação e o dispositivo, e não aquela entre a fundamentação em que se baseia o acórdão recorrido e a que a parte pretende ver adotada.

Nessa ordem de decidir, os seguintes julgados:

> Processual Civil. Recurso especial. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Contradição. Não ocorrência. Erro de premissa fática. Necessidade de esclarecimento. Multa do art. 475-J do CPC. Intimação do advogado. Validade. Depósito efetuado no prazo legal. Penalidade afastada. Decisão confirmada por fundamento diverso.
>
> 1. Admitem-se como agravo regimental embargos de declaração opostos a decisão monocrática. Princípios da economia processual e da fungibilidade.
>
> *2. A contradição que autoriza a oposição dos embargos declaratórios é aquela existente entre a fundamentação da decisão e seu respectivo dispositivo.*
>
> [...]
>
> 5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento
>
> (EDcl no REsp n. 1.323.960/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado aos 3.12.2015, DJe de 14.12.2015, sem destaque no original).

> Agravo interno. Recurso especial. Plano de saúde. Cumprimento de sentença.
>
> *1. A contradição que autoriza o acolhimento de violação do artigo 535 do CPC/1973 é aquela existente entre a fundamentação e o dispositivo, relatório e fundamentação, dispositivo e ementa ou ainda entre seus tópicos internos, e não à que diz respeito à linha de fundamentação adotada no julgado, em face de possível* error in iudicando.
>
> 2. Ausência de rebate do fundamento que estruturou o acórdão, no sentido de dever ser observada a coisa julgada que configurou o título judicial ora em cumprimento, a evidenciar deficiência de fundamentação recursal. Incidência das súmulas 283 e 284/STF.
>
> 3. Inviabilidade de alterar o entendimento do tribunal de origem acerca da correção do valor apurado a título de contraprestação integral do plano de saúde, por demandar reexame de contexto fático-probatório. Incidência da súmula 7/STJ.
>
> 4. Agravo interno não provido.
>
> (AgInt no REsp n. 1.624.611/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado aos 21.2.2017, DJe de 1º.3.2017, sem destaque no original).

> Processual Civil. Embargos de declaração no recurso especial. Contradições inexistentes. Impossibilidade de atribuição de efeitos infringentes.
>
> 1. Não há contradição a ser esclarecida quando a conclusão do julgado - conversão do negócio jurídico - decorre, logicamente, das proposições nele contidas - presença dos pressupostos exigidos pelo art. 170 do CC/2002.
>
> 2. As questões suscitadas pelo embargante não constituem pontos contraditórios, mas mero inconformismo com os fundamentos adotados pelo acórdão embargado.
>
> 3. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, não há falar em atribuição de efeitos infringentes para a alteração do julgado.
>
> 4. Embargos de declaração rejeitados.
>
> (EDcl no REsp n. 1.225.861/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado aos 10.6.2014, DJe de 24.6.2014).

No caso, o acórdão objeto do recurso especial concluiu fundamentadamente que os documentos apresentados por F não tinham força suficiente para comprovar a ocorrência de fraude no exame DNA realizado na primeira ação de investigação de paternidade por ele ajuizada e, por isso, deu provimento ao agravo de instrumento da parte contrária para extinguir o feito, sem resolução do mérito, em razão, da existência de coisa julgada.

Verifica-se que a motivação e o resultado do aludido julgamento são perfeitamente coerentes entre si, não se configurando a presença do vício da contradição apontado no apelo nobre, de modo que o não acolhimento da pretensão de F em dar seguimento à nova ação de investigação de paternidade com base na prova apresentada (declaração de um terceiro), não configura a existência de contradição no julgado, mostrando que o que existe é o inconformismo com o resultado desfavorável do julgamento.

No mais, nos termos do art. 535 do CPC/1973, os embargos de declaração se destinam a suprir omissão, esclarecer obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, podendo ser-lhes atribuídos, excepcionalmente, efeitos infringentes quando algum desses vícios for reconhecido.

No caso dos autos, o Tribunal *a quo* no julgamento agravo de instrumento de R examinou as questões por ele trazidas, em especial relativas aos documentos que ensejaram o ajuizamento da terceira ação de investigação de paternidade manejada por F e sobre a existência de coisa julgada, e reformou a decisão agravada (e-STJ, fls. 252/254) que determinou a realização de nova perícia técnica (exame de DNA) com os seguintes fundamentos:

Cuida-se de agravo de instrumento contra decisão que afastou a alegação de coisa julgada em ação de investigação de paternidade 'post mortem', saneando o feito e determinando a realização de exame pericial.

E, de fato, merece provimento o recurso.

O autor já tentara anteriormente obter o mesmo resultado perseguido nesta ação, sem sucesso.

Sustenta, desta feita, que os documentos de fls. 47, 49/50 52 e 54 (fls. 28, 30/31 33 e 35 dos autos originais) seriam aptos a 'comprovar' a ocorrência de fraude no exame de DNA anteriormente realizado. No entanto, s.m.j., tais documentos nada comprovam, ressalvado o entendimento da magistrada.

A declaração de fls. 47 (fls. 28 dos autos originais), suposta prova fundamental das alegações do agravado, não pode sequer ser considerada efetivamente como prova. Trata-se de declaração unilateral de terceiro que sequer participou da coleta do material utilizado no exame anteriormente realizado.

A citada declaração tão somente se refere a uma suposta alegação do médico que realizou aquele procedimento, o qual teria, em tese, reconhecido para o declarante em conversa informal, que teria havido fraude naquele exame.

Efetivamente tal declaração nada modifica na situação anterior. ***Não merece sequer o 'status' de prova do seu próprio conteúdo.*** A só circunstância de ter sido efetuada diante do Oficial de Notas não lhe confere maior força probante. Lembre-se, no caso, de que a declaração pública destina-se unicamente a comprovar a formalidade realizada, não o conteúdo da declaração. De nada vale, portanto, tal documento.

Na mesma toada, a certidão imobiliária de fls. 49/50, que conjugada com os cheques apresentados às fls. 52 e 54 demonstrariam o alegado arrependimento do 'de cujus' e o interesse em "compensar" o autor pela suposta fraude praticada, também nada comprovam.

Em primeiro lugar porque o documento de fls. 49/50 está incompleto e nele não consta o registro da aquisição do imóvel pela genitora do autor.

Observe-se que só foram apresentadas as páginas 01 e 03 da certidão. Não obstante seja possível, pelo histórico posterior, perceber que a Sra. Aracy Gonçalves adquiriu o imóvel em algum momento, o documento não permite constatar quando e de que forma o imóvel foi adquirido.

No entanto, ainda que de fato os cheques de fls. 52 e 54 tenham sido utilizados para a aquisição do imóvel, isto também não seria suficiente para comprovar a ocorrência da alegada fraude.

Infinitas razões poderiam ter levado o 'de cujus' a arcar com o pagamento da aquisição do imóvel, supondo que de fato o tenha feito. Observe-se que não se discute nestes autos, e nem se discutiu nos anteriores, eventual relacionamento

entre o 'de cujus' e a Sra. Aracy, mas sim a paternidade do 'de cujus' em relação ao autor. Imagina-se, por fim, que se o 'de cujus' desejasse mitigar seu arrependimento em relação a algum prejuízo que tivesse causado ao autor, teria adquirido o imóvel em nome deste e não em nome de sua mãe.

Desse modo, sendo estas as únicas provas de que dispõe o autor acerca de eventual fraude no exame realizado, em verdade não dispõe de prova nenhuma.

E considerando que a ação, efetivamente, renova pedido anterior, já decidido por duas vezes em processos diferentes, inclusive por esta mesma câmara (apelação n. 0026847-16.2012.8.26.0100), ocasião em que já havia sido extinta exame.

Efetivamente tal declaração nada modifica na situação anterior. Não merece sequer o 'status' de prova do seu próprio conteúdo. A só circunstância de ter sido efetuada diante do Oficial de Notas não lhe confere maior força probante. Lembre-se, no caso, de que a declaração pública destina-se unicamente a comprovar a formalidade realizada, não o conteúdo da declaração. De nada vale, portanto, tal documento.

Na mesma toada, a certidão imobiliária de fls. 49/50, que conjugada com os cheques apresentados às fls. 52 e 54 demonstrariam o alegado arrependimento do 'de cujus' e o interesse em 'compensar' o autor pela suposta fraude praticada, também nada comprovam.

Em primeiro lugar porque o documento de fls. 49/50 está incompleto e nele não consta o registro da aquisição do imóvel pela genitora do autor.

Observe-se que só foram apresentadas as páginas 01 e 03 da certidão. Não obstante seja possível, pelo histórico posterior, perceber que a Sra. Aracy Gonçalves adquiriu o imóvel em algum momento, o documento não permite constatar quando e de que forma o imóvel foi adquirido.

No entanto, ainda que de fato os cheques de fls. 52 e 54 tenham sido utilizados para a aquisição do imóvel, isto também não seria suficiente para comprovar a ocorrência da alegada fraude.

Infinitas razões poderiam ter levado o 'de cujus' a arcar com o pagamento da aquisição do imóvel, supondo que de fato o tenha feito. Observe-se que não se discute nestes autos, e nem se discutiu nos anteriores, eventual relacionamento entre o 'de cujus' e a Sra. Aracy, mas sim a paternidade do 'de cujus' em relação ao autor. Imagina-se, por fim, que se o 'de cujus' desejasse mitigar seu arrependimento em relação a algum prejuízo que tivesse causado ao autor, teria adquirido o imóvel em nome deste e não em nome de sua mãe.

Desse modo, sendo estas as únicas provas de que dispõe o autor acerca de eventual fraude no exame realizado, em verdade não dispõe de prova nenhuma.

E considerando que a ação, efetivamente, renova pedido anterior, já decidido por duas vezes em processos diferentes, inclusive por esta mesma câmara

> (apelação n. 0026847-16.2012.8.26.0100), ocasião em que já havia sido extinta aquela demanda por força da ocorrência da coisa julgada, não se vislumbra nesta ocasião motivo para modificar tal entendimento.
>
> Presente, pois, a coisa julgada, a extinção se mostra adequada.
>
> Nada mais é preciso dizer (e-STJ, fls. 284/286).

Observa-se da transcrição supracitada que o Tribunal de Justiça local, de forma clara, suficiente e fundamentada, dirimiu as questões que lhe foram submetidas e mencionou expressamente as razões pelas quais concluiu que a só declaração trazida por F não tinha força para comprovar a alegada ocorrência de fraude na realização do exame de DNA da primeira investigatória de paternidade e para superar a ocorrência da coisa julgada.

A controvérsia, com efeito, foi dirimida, embora de forma desfavorável à pretensão de F, tendo o Tribunal *a quo* se pronunciado sobre os pontos que entendeu relevantes e necessários para a solução da lide, o que não importa ofensa a regra contida no art. 535 do CPC/1973. Correto ou não o entendimento delineado pelo Tribunal *a quo*, o fato é que não houve omissão ou contradição no julgado.

Dessa forma, como não foi demonstrada a existência de nenhum vício no aresto impugnado a ensejar a integração do julgado, o Tribunal de origem corretamente rejeitou os embargos de declaração opostos, porquanto a fundamentação adotada, como dito, era clara e suficiente para respaldar a conclusão alcançada no julgado.

Cabe ressaltar que a questão relativa a alegada existência de semelhança física entre F e o investigado, nem sequer foi objeto da decisão (e-STJ, fls. 252/254) que ensejou a interposição do agravo de instrumento por R, único herdeiro do investigado, de modo que o acórdão impugnado não era ou não deveria ser obrigado a se manifestar sobre ela, ainda mais porque encontrou fundamento suficiente para resolver a controvérsia que lhe foi submetida (não ocorrência de irregularidade no anterior exame de DNA).

No mais, é cediço que o julgador não está obrigado a responder a todos os questionamentos formulados pelas partes, cabendo-lhe, apenas, indicar a fundamentação adequada ao deslinde da controvérsia, observadas as peculiaridades do caso concreto, como ocorreu *in casu*.

A propósito, confiram-se os seguintes precedentes sobre o tema:

Processo Civil. Agravo regimental em recurso especial. Cumprimento de sentença. Decisão do juiz da causa. Inexistência de conteúdo decisório e de gravame para a parte. Irrecorribilidade. Jurisprudência do STJ. Violação dos arts. 165, 458 e 535 do CPC. Não ocorrência.

1. Considera-se improcedente a arguição de ofensa aos arts. 165, 458 e 535 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. O que distingue o despacho da decisão interlocutória impugnável via agravo de instrumento é a existência ou não de conteúdo decisório e de gravame para a parte. Jurisprudência do STJ.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.309.949/MS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado aos 5/11/2015, DJe de 12/112/015, sem destaque no original).

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ação ação declaratória de inexistência de débito. Prova testemunhal. Indeferimento. Art. 535. Ausência de omissão. Sumula 7/STJ. Agravo regimental a que se nega provimento.

1. Não caracteriza omissão quando o tribunal adota outro fundamento que não aquele defendido pela parte. Destarte, não há que se falar em violação do art. 535, do Código de Processo Civil, pois o tribunal de origem dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes.

2. A análise das razões recursais e a reforma do aresto hostilizado, com a desconstituição de suas premissas, demandaria necessariamente incursão no conjunto fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7 do STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 566.381/GO, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado aos 16.10.2014, DJe de 23.10.2014 - sem destaque no original).

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Afronta ao art. 535, II, do CPC. Não ocorrência. Ausência de omissão. Teses devidamente apreciadas pela instância de origem. Ação de reparação de dano. Revisão do julgado. Aplicação da Súmula 7/STJ. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Agravo regimental improvido.

1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não há ofensa ao art. 535, inciso II, do Código de Processo Civil, quando o Tribunal de origem se manifesta, de modo suficiente, sobre todas as questões levadas a julgamento, não sendo possível atribuir o vício de omisso ao acórdão somente porque decidira em sentido contrário à pretensão da parte recorrente. Precedentes.

[...]

> 4. Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> (AgRg no AREsp n. 629.682/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado aos 16.4.2015, DJe de 30.4.2015, sem destaque no original).

Na verdade, F apenas apresentou seu inconformismo quanto ao entendimento delineado no acórdão embargado, revestindo-se a pretensão de caráter manifestamente infringente, o que não se coaduna com a medida integrativa dos embargos de declaração.

Por fim, no que tange a alegada omissão quanto aos princípios constitucionais apontados como violados pelo acórdão recorrido, a matéria foi devolvida ao Supremo Tribunal Federal com a interposição simultânea do recurso extraordinário, não cabendo a esta Corte, que tem por missão constitucional solucionar as questões relativas à ofensa à legislação federal, aferir eventual ofensa a dispositivo constitucional, sob pena de usurpar a competência da Corte Constitucional.

Afasta-se, assim, a alegada ofensa ao art. 535 do CPC/1973.

(2) Da ofensa ao art. 364 do CPC/1973.

F sustentou que a declaração pública de e-STJ, fls. 47, comprova a fraude ocorrida no exame de DNA da sua primeira ação de investigação de paternidade, tendo o acórdão recorrido violado o dispositivo legal em tela.

O art. 364 do CPC/1973 dispõe que *o documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença*.

Sobre o tema, o Tribunal de Justiça local consignou que

> ***A declaração de fls. 47 (fls. 28 dos autos originais), suposta prova fundamental das alegações do agravado, não pode sequer ser considerada efetivamente como prova. Trata-se de declaração unilateral de terceiro que sequer participou da coleta do material utilizado no exame anteriormente realizado***.
>
> A citada declaração tão somente se refere a uma suposta alegação do médico que realizou aquele procedimento, o qual teria, em tese, reconhecido para o declarante em conversa informal, que teria havido fraude naquele exame.
>
> Efetivamente tal declaração nada modifica na situação anterior. Não merece sequer o 'status' de prova do seu próprio conteúdo. A só circunstância de ter sido efetuada diante do Oficial de Notas não lhe confere maior força probante. Lembre-se, no caso, de que a declaração pública destina-se unicamente a comprovar a

> formalidade realizada, não o conteúdo da declaração. De nada vale, portanto, tal documento (e-STJ, fls. 284/285, sem destaque no original).

Constata-se que o acórdão impugnado, além de ter feito um juízo valorativo sobre o teor da declaração apresentada por F, consignou que o fato dela ter sido feita em cartório não lhe confere maior força probante pois não comprova o seu conteúdo.

Sobre a matéria, esta Corte já proclamou que os documentos públicos fazem prova dos fatos que ocorreram na presença do tabelião, mas não dos fatos que a declaração narra, que são da responsabilidade de quem a emitiu.

Nesse sentido, guardadas as devidas proporções, os seguintes precedentes:

> Processo Civil. Prova.
>
> O documento público faz prova dos fatos que o tabelião declarou ter ocorrido na sua presença (CPC, art. 364).
>
> Pelo conteúdo da declaração, todavia, responde quem a emitiu. Nessa linha, se o vendedor declarou inexistir débito condominiais, havendo-os, o adquirente do imóvel tem pretensão e ação contra ele, não contra o condomínio. Agravo regimental desprovido.
>
> (AgRg no AG n. 653.907/RJ, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado aos 20.4.2006, DJe de 13.8.2008).

> Civil e Processual. Ação de indenização. Seguro. Furto de veículo em estacionamento. Direito de regresso. Boletim de ocorrência. Declaração unilateral da vítima. Presunção *juris tantum* afastada. Aproveitamento, apenas, como mero elemento de convicção. CPC, arts. 334, IV e 364. Alcance.
>
> I. A presunção *juris tantum* como prova de que gozam os documentos públicos há de ser considerada em relação às condições em que constituído o seu teor. Se este se resume a conter declaração unilateral da vítima, conquanto possa servir de elemento formador da convicção judicial, não se lhe é de reconhecer, por outro lado, como suficiente, por si só, à veracidade dos fatos, o que somente ocorreria se corroborado por investigação ou informe policial também nele consignado.
>
> II. Caso em que, além de limitado o Boletim de Ocorrência do furto do veículo no estabelecimento réu às alegações exclusivas da vítima, cliente da seguradora que ora move ação regressiva, o Tribunal estadual, soberano no exame da prova, apontou deficiência no contexto probatório para que se configurasse ato ilícito da empresa ré.
>
> III. Recurso especial conhecido pela divergência, mas improvido.
>
> (REsp n. 236.047/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado aos 23.3.2001, DJ de 11.6.2001).

> Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ação de indenização por danos materiais. Acidente. Boletim de ocorrência. Presunção relativa. Súmula n. 7/STJ. Preclusão. Falta de prequestionamento. Divergência jurisprudencial. Bases fáticas distintas.
>
> 1. Os documentos públicos têm presunção relativa de veracidade, podendo ser afastada diante do seu teor ou mediante a produção de provas em sentido contrário.
>
> 2. Incide a Súmula n. 7 do STJ se a tese defendida no recurso especial reclamar a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda.
>
> 3. É inadmissível o recurso especial se o dispositivo legal apontado como violado não fez parte do juízo firmado no acórdão recorrido e se o Tribunal *a quo* não emitiu juízo de valor sobre a tese defendida no especial (Súmula n. 282/STF).
>
> 4. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando os julgados dissidentes tratam de situações fáticas diversas. 5. Agravo regimental desprovido.
>
> (AgRg no AREsp n. 363.885/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado aos 24.11.2015, DJe de 27.11.2015).

Na doutrina, MARINONI e MITIDIERO, comentando o art. 364 do CPC/1973, consignam que *o documento público prova a sua formação e os fatos que ocorreram na presença do oficial que o redigiu, inclusive, o que foi ouvido pelo oficial*, podendo *provar, assim, no que diz respeito a determinados fatos, apenas a declaração de alguém, ou melhor, como alguém declarou*, contudo, ***a prova de que alguém declarou um fato é muito diferente da prova do fato que foi declarado*** (GUILHERME, Marinoni, e MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil**. Comentado artigo por artigo. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 365).

Dessa forma, a declaração pública de e-STJ, fl. 47, somente faz prova da existência das declarações ali prestadas e de quem as prestou, mas não da veracidade delas. Por isso, com suporte na jurisprudência e doutrina destacada, não verifico a alegada ocorrência de ofensa ao aludido dispositivo legal, pois efetivamente o tabelião do Cartório de Notas e Protestos não presenciou o fato que lhe foi narrado na referida escritura pública. A declaração pública, por si, nada prova.

(3) Da ofensa ao art. 332 do CPC/1973.

No ponto, F alegou que o acórdão recorrido desconsiderou a prova fotográfica que comprova a sua enorme semelhança física com o investigado,

devendo ela ser admitida para provar a verdade dos fatos e flexibilizar a coisa julgada.

Como dito no tópico n. "1" do presente voto, o Tribunal de Justiça local explicitou os fundamentos pelos quais julgou procedente o agravo de instrumento de R e reformou a decisão da Juíza que havia determinado a realização da nova perícia técnica, sendo que o tema relacionado a alegada semelhança física do recorrente com o falecido não foi discutido na formação daquele acórdão, até porque a decisão de primeiro grau (agravada) nada disse sobre isso.

Nessas condições, a matéria não pode ser objeto de discussão no recurso especial em razão da ausência do indispensável prequestionamento, o que atrai a incidência da Súmula n. 211 desta Corte.

(4) Da ofensa ao art. 467 do CPC/1973.

Finalmente, F asseverou que houve má interpretação da prova por parte do acórdão impugnado ao tonar absoluta a coisa julgada apesar da constatação da fraude no exame de DNA na ação investigatória anterior.

Apesar da deficiência na fundamentação do recurso especial no ponto, haja vista a ausência de demonstração da ofensa do dispositivo legal em tela pelo acórdão recorrido, passo a examinar a pretensão de flexibilização da coisa julgada.

Antes de mais nada, mostra-se necessário fazer uma breve exposição dos fatos que antecederam e ensejaram a interposição do presente apelo nobre, no qual F pretende, ***numa terceira ação investigatória de paternidade***, que seja mais uma vez realizada a prova pericial de DNA, e que, ao final, seja reconhecido como filho do falecido F T M.

Na primeira ação de investigação de paternidade (Processo n. 82/93) que F ajuizou (e-STJ, fls. 113/121), em 8.2.1993, diretamente contra F T M, que estava vivo naquela oportunidade, após a realização da perícia técnica (exame de DNA) que excluiu a paternidade alegada, o pedido foi julgado improcedente (e-STJ, fls. 163/169).

A alegada ocorrência de irregularidade na coleta do material genético não foi acolhida, naquela ação, pelo Juízo da 4ª Vara da Família e Sucessões do Foro Central - SP, com os seguintes fundamentos:

[...]

E a respeito da alegada irregularidade na coleta do material submetido a exame, saliento que, apesar da ampla oportunidade que lhe foi concedida, nada provou de concreto o autor. Suas assertivas, carentes de suporte fático, portanto, não podem ser agasalhadas. Aplica-se-lhes o brocado latino *allegare nihil el allegatum non probare paria sunt*.

Sobre a questão, tomo a liberdade de transcrever as bens lançadas palavras da Dr. *Ana Luíza Schmidt Lourenço Rodrigues*, ilustre Promotora de Justiça de Família:

> Acrescentando o Dr. Perito que as conclusões do laudo são totalmente dependentes da perfeita identificação das pessoas testadas e da origem correta das amostras de sangue recebidas, acostou ao laudo as declarações de fls. 129 e 136, do responsável técnico pela coleta das amostras e da representante legal do menor, relativa a regularidade da coleta do sangue, que não foram em qualquer momento impugnadas.
>
> Apesar da existência de tais declarações, face à irresignação do requerente à fl. 147, quanto à regularidade da coleta e identificação do material para exame, apresentou o Ministério Público os quesitos suplementares de fls. 154, respondidos a fls. 159 a 166, ocasião em que o Dr. Perito afirmou, categoricamente, a fls. 161, item 6, que 'em exames de determinação de paternidade, erros materiais tais como trocas de amostras ou de rótulos irão sempre levar a falsas exclusões. No Núcleo de Genética Médica (GENE) são sempre colhidas pelo menos duas amostras de sangue de cada pessoa testada. A primeira destas amostras é utilizada para o exame de Impressões Digitais de DNA e as outras são congeladas. Em todos os casos de exclusão de paternidade, os programas de computador que fazem testes estatísticos automaticamente examinam a maternidade e fazem testes estatísticos das várias permutações das amostras. Além disso, e mais importantemente, é feita uma segunda preparação de DNA a partir de uma metodologia independente (PCR), por uma equipe independente, às cegas. Assim, a possibilidade de resultados errôneos devido a trocas é definitivamente eliminado.
>
> Ora, após as declarações realizadas pela genitora do menor e pelo responsável pela coleta do material quanto à respectiva regularidade de procedimento, bem como a realização de um segundo exame quando da exclusão da paternidade, conforme acima esclarecido, fica a possibilidade do erro apontado pelo requerente definitivamente afastada (fls. 262/3).

Como se vê, o autor não logrou, como lhe competia, demonstrar a existência de vínculos biológicos com o réu, nem infirmar as conclusões da perícia realizada, o que conduz à irrecusável *rejeição* do pedido formulado na inicial, que ora decreto (e-STJ, fls. 167/169).

A sentença foi confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que também rejeitou a alegação de ocorrência de vício na colheita do material genético, com os seguintes termos:

> [...]
>
> 2. O recurso não comporta provimento, cingindo-se a questionamentos acerca de eventuais vícios ocorridos na colheita de material para o exame sanguíneo (DNA) e em audiência quanto à não oitiva pessoal do apelado (réu) e da representante legal do apelante (autor), além da condenação deste nas despesas, de que estaria isento por ser beneficiário da gratuidade judiciária e não haver perdido a condição legal de necessitado.
>
> 3. Em face do quadro probatório existente a improcedência era mesmo de rigor, certo que a perícia hematológica, realizada pelo moderno sistema de investigação genética por impressões digitais de DNA, consoante o laudo e esclarecimentos de fls. 126/145, 159/166 e 236/238, peremptoriamente excluiu o apelado do rol dos possíveis pais do apelante, conclusão que jamais poderia ser abalada por depoimentos pessoais ou testemunhais, ainda que tivessem sido uníssonos em sentido contrário, mas não é o caso dos autos.
>
> [...]
>
> *Anotando, embora, que as conclusões do laudo são totalmente dependentes da perfeita identificação das pessoas testadas e da origem correta das amostras de sangue recebidas, o perito judicial apresentou o resultado da investigação genética, explicando que*:
>
> > Para a determinação da paternidade, cada uma das impressões digitais de DNA de Aracy Gonçalves, Fábio Douglas Gonçalves e Fauze Tufik Mereb obtidas com cada uma das sondas foram estudadas ao mesmo tempo e comparadas. O resultado das preparações independentes estudadas com as duas sondas foi o mesmo. Então, os dois resultados foram reunidos. Com duas sondas foram identificadas nas Impressões Digitais de DNA de Fábio Douglas um total de 24 bandas. 13 destas bandas estavam presentes nas Impressões Digitais de Aracy Gonçalves e são bandas maternas. As 11 bandas que não estavam presentes em Aracy Gonçalves são bandas teste que Fábio Douglas deve ter forçosamente herdado de seu pai biológico, 8 das 11 bandas teste não estavam presentes nas Impressões Digitais de Fauze T e são consequentemente bandas de exclusão. Este resultado exclui a paternidade de Fauze com relação a Fábio (fl. 143).

Acrescentou mais o doutor perito que, em ocorrendo exclusão pelo sistema de Impressões Digitais de DNA, é recomendado outro teste, denominado PCR-Reação em Cadeia de Polimerase (critério de Willian C. Thompson), o qual também foi realizado no presente caso, obtendo-se igualmente a exclusão da paternidade, por isto vem assinalado em seu relato que:

> Os resultados obtidos com os locus após e SE-33 não são compatíveis com a paternidade biológica de F T M com relação a F D G (fls. 143, *in fine*).
>
> A insurgência a respeito da alegada irregularidade na coleta do material (troca de sangue do apelado antes de lacrados os tubos), a esta altura já preclusa, também encontrou resposta categórica do ilustre experto nos esclarecimentos trazidos a fls. 159/166 e 236/238, nos quais menciona as declarações constantes de fls. 129 e 131/132 originárias da genitora do investigado e do responsável pela coleta do material quanto à respectiva regularidade de procedimentos, bem como a realização de um segundo exame com amostras congeladas, por metodologia independente (PCR), quando da exclusão da paternidade, conforme ficou esclarecido, *de sorte a evidenciar que a possibilidade de resultados errôneos devido a trocas é definitivamente eliminada*, tal como observou a ínclita Promotora de Justiça no parecer de fls. 260/264.
>
> 4. Ainda, porém, que a questão relativa ao procedimento da coleta do material para o exame de sengue não estivesse definitivamente esclarecida, em virtude do indeferimento da realização de nova perícia (fls. 173v.), foi objeto de agravo de instrumento n. 235.965.1/8, julgado em sessão de 16.05.1995 da Colenda 2ª Câmara da extinta 1ª Seção Civil deste E. Tribunal, oportunidade em que os ilustres Julgadores negaram provimento à irresignação (fls. 316/319), havendo a respeito operado a preclusão, a teor do art. 473 do CPC, estatuindo que:
>
> > É defeso á parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão
>
> (e-STJ, fls. 184/189)

O referido acórdão transitou em julgado aos 23.4.1996 (e-STJ, fl. 193).

Na segunda ação de investigação de paternidade (Processo n. 0026847-16.2012.8.26.0100), ajuizada em 20.3.2012, F alegou que o investigado F T M, antes de morrer teria procurado a sua genitora e lhe oferecido uma casa porque estaria arrependido de não ter reconhecido a paternidade (e-STJ, fls. 198/203). Este segundo pedido também foi julgado improcedente em primeiro grau e o processo foi extinto, sem resolução do mérito, em decorrência da caracterização da coisa julgada (e-STJ, fls. 204/205).

O Tribunal de Justiça de São Paulo confirmou a sentença valendo-se dos seguintes fundamentos:

> [...]
>
> Cuida-se de ação de investigação de paternidade ajuizada por maior em face de seu indigitado genitor. Julgada extinta a demanda sem resolução do mérito

> em virtude do reconhecimento da coisa julgada, sobreveio o presente recurso de apelação do demandante.
>
> E acertadamente.
>
> Isso porque a ação, efetivamente, renova pedido anterior, pois basta um simples exame dos autos para observar que a questão objeto do apelo fora decidido nos autos do processo n. 82/93 (fls. 82/89), cuja sentença de improcedência acabou mantida em sede recursal (fls. 101/110), transitando o feito em julgado em meados de 1996 (fl. 41).
>
> Note-se que o apelante valeu-se da presente ação objetivando o reconhecimento da paternidade do genitor do apelado em seu favor (falecido em 10 de janeiro de 2001, fl. 12), sendo este incluído no polo passivo por ser o sucessor dos direitos do falecido.
>
> Entretanto, com a resposta, restou comprovado que ação idêntica foi movida contra o falecido, quando ainda vivo, e já naquela oportunidade realizada perícia genética de paternidade por impressões digitais de DNA, a pretensão acabou afastada porque atingida uma probabilidade de exclusão superior a 99,999% (fls. 62/81).
>
> Não bastasse, julgada improcedente a ação, sobreveio acórdão confirmando o decidido, sendo que já naquela oportunidade cuidou o zeloso relator do apelo em consignar que o quadro probatório que levou a improcedência da ação restou amparado em moderno sistema de investigação genética (DNA), que não dá azo a apontada dúvida.
>
> Ora, e pretendendo o autor neste, exatamente, os mesmos direitos colimados na ação judicial anteriormente proposta, e na qual sofre derrota aliás, nas duas instâncias), é evidente que sobre o tema há coisa julgada sendo impossível a rediscussão da matéria (e-STJ, fls. 209/210).

O aludido julgado transitou em julgado aos 8.11.2013 (e-STJ, fl. 211).

Daí a terceira ação de investigação de paternidade (Processo n. 0001257-31.2014.8.26.0338) ajuizada por F (e-STJ, fls. 21/41), aos 11.2.2014, na qual repetiu a alegação de que o investigado ofereceu uma casa própria para sua genitora como compensação por não ter reconhecido a sua paternidade (mesmo fato alegado na segunda investigatória) e inovou afirmando que em novembro de 2013, foi procurado por Ângelo Tadao Kawazoi (*Ângelo*) que teria lhe revelado a existência de fraude no exame de DNA realizado na primeira ação investigatória.

Segundo F, *Ângelo* teria lhe dito que aproximou o investigado do Dr. Silvio Fernando Tiritilli, profissional responsável pela coleta do material genético e que teria presenciado o pagamento de substancial valor em espécie realizado

pelo "de cujus" para que trocasse o material sanguíneo coletado. Disse, ainda, que o fato constou de escritura pública e que ratificaria a existência da fraude em juízo.

Na oportunidade, F invocou princípios constitucionais e pugnou pela relativização da coisa julgada ocorrida na primeira ação de investigação de paternidade para que fosse reconhecido como filho do investigado falecido.

A Juíza de primeiro grau, na fase de saneamento do processo, afastou a preliminar de coisa julgada material afirmada por R, filho do falecido, e deferiu a produção de nova prova pericial (exame de DNA), com os seguintes fundamentos:

> [...]
>
> Ocorre que, em se tratando de questões atinentes ao direito de família, por envolverem questões de estado, existe a possibilidade de reabrir ação judicial sobre matéria já julgada por sentença transitada em julgado em busca da verdade real.
>
> A doutrina mais moderna considera ser o direito à identidade genética um direito fundamental integrante do direito de personalidade, de modo que rejeitar a nova discussão sobre a questão da filiação biológica implica em fazer perpetuar situações injustas e distantes da realidade (verdade real), atingindo frontalmente o citado direito fundamental do indivíduo. Dessa forma, a relativização da coisa julgada material em casos desta natureza torna-se medida necessária para garantir à pessoa o exercício de seu direito fundamental e a correção de graves injustiças ocorridas no passado.
>
> É certo que tal jurisprudência e posição doutrinária não prevalece em se tratando de ações de investigação de paternidade julgadas por presunção, sem a realização do respectivo exame pericial (DNA) - o que não é o caso dos autos -, no entanto, *existem fortes indícios da alegada fraude perpetrada pelo* de cujus (fls. 28, 30/31 e 35). Por tal motivo, imperiosa a nova discussão sobre a paternidade do autor, permitindo-se o refazimento da prova pericial (exame de DNA) (e-STJ, fl. 253).

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua vez, não compartilhou do entendimento da em. juíza de primeiro grau e acolheu a alegação de coisa julgada, extinguindo o feito sem resolução do mérito, no que importa, nos seguintes termos:

> [...]
>
> A declaração de fls. 47 (fls. 28 dos autos originais), suposta prova fundamental das alegações do agravado, não pode sequer ser considerada efetivamente como

> prova. Trata-se de declaração unilateral de terceiro que sequer participou da coleta do material utilizado no exame anteriormente realizado.
>
> ***A citada declaração tão somente se refere a uma suposta alegação do médico que realizou aquele procedimento, o qual teria, em tese, reconhecido para o declarante em conversa informal, que teria havido fraude naquele exame.***
>
> ***Efetivamente tal declaração nada modifica na situação anterior. Não merece sequer o 'status' de prova do seu próprio conteúdo. A só circunstância de ter sido efetuada diante do Oficial de Notas não lhe confere maior força probante. Lembre-se, no caso, de que a declaração pública destina-se unicamente a comprovar a formalidade realizada, não o conteúdo da declaração. De nada vale, portanto, tal documento*** (e-STJ, fls. 284/285, sem destaques no original).

Feito esse fiel histórico do que se passou de relevante nas três ações de investigação de paternidade ajuizadas por F, aqui o cerne da controvérsia reside em saber se, apesar da questão relativa a existência de fraude ter sido fartamente examinada e afastada em acórdão transitado em julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, ou seja, ter ocorrido coisa julgada material e formal do tema, é admissível que um fato trazido após 20 (vinte) anos da realização do exame de DNA (realizado em 13.9.1993, e-STJ, fls. 144/150), consubstanciado numa declaração unilateral de quem teria ouvido falar de terceiro sobre a ocorrência de fraude no referido exame, tratado como fortes indícios pela decisão da Juíza *a quo*, tenha o condão de flexibilizar os efeitos da coisa julgada.

A resposta, ao meu ver, é negativa.

Como é sabido, a partir do julgamento do RE n. 363.889/DF pelo Supremo Tribunal Federal, da relatoria do Ministro *Dias Toffoli*, DJe de 16.12.2011, com repercussão geral conhecida, que firmou o entendimento de ***deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo***, julgados desta e. Corte Superior foram consolidados e novos foram proferidos no sentido de relativizar excepcionalmente a coisa julgada nas ações de estado relativas a ações de investigação de paternidade anteriores a democratização e ao acesso ao exame de DNA, permitindo nova propositura da ação.

A propósito, os seguintes precedentes:

> Processo Civil. Investigação de paternidade. Repetição de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas. Coisa

julgada. Mitigação. Doutrina. Precedentes. Direito de família. Evolução. Recurso acolhido.

1 - *Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido*.

II - Nos termos da orientação da Turma, "sempre recomendável a realização do perícia para investigação genética (HLA E DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza" na composição do conflito. Ademais, o progresso da cientifica jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real.

III - A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade deve ser interpretada modus in rebus. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se - aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, "a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se. opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade'".

IV - Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo ás exigências do bem comum.

(REsp n. 226.436/PR, Rel. Min Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ de 4.2.2002, sem destaque no original).

Agravo interno no recurso especial. Processual Civil. Ação de investigação de paternidade. Exame de DNA não realizado em ação anterior julgada improcedente. Relativização da coisa julgada. Possibilidade. Precedentes. Agravo interno a que se nega provimento.

1. Nas ações de investigação de paternidade, a jurisprudência desta Casa admite a relativização da coisa julgada quando na demanda anterior não foi possível a realização do exame de DNA, em observância ao princípio da verdade real.

2. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp n. 1.417.628/MG, rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado aos 28.3.2017, DJe de 6.4.2017, sem destaque no original).

Recurso especial. Civil e Processo Civil. Investigação de paternidade. Repetição de ação anteriormente ajuizada. Pedido julgado improcedente por ausência de provas. Exame de DNA não realizado. Coisa julgada. Relativização. Ação de estado. Prevalência da verdade real. Jurisprudência consolidada. Recurso provido.

1. A relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade anteriores à universalização do exame de DNA encontra-se consolidada no eg. Supremo Tribunal Federal (RE 363.889/MG, Rel. Ministro *Dias Toffoli*) e também no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (AgRg nos EREsp 1.202.791/SP, *Segunda Seção*, Rel. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*).

2. A necessidade de prevalência da verdade real no reconhecimento das relações de parentesco, amparadas em ações de estado (CPC/1973, arts. 469, II, e 471, I; CPC/2015, arts. 504, I, e 505, I), tem ensejado, ante as novas descobertas científicas, discussão acerca da relativização da coisa julgada. O Poder Judiciário não pode, sob a justificativa de impedir ofensa à coisa julgada, desconsiderar os avanços técnico-científicos inerentes à sociedade moderna, os quais possibilitam, por meio de exame genético, o conhecimento da verdade real, delineando, praticamente sem margem de erro, o estado de filiação ou parentesco de uma pessoa. Com a utilização desse meio de determinação genética, tornou-se possível uma certeza científica (quase absoluta) na determinação da filiação, enfim, das relações de ancestralidade e descendência, inerentes à identidade da pessoa e sua dignidade.

3. Deve ser relativizada a coisa julgada firmada em ação de investigação de paternidade julgada improcedente por insuficiência de provas, na qual o exame hematológico determinado pelo juízo deixou de ser realizado, no entender do Tribunal de origem, por desídia da parte autora. Fundamento que não pode servir de obstáculo ao conhecimento da verdade real, uma vez que a autora, à época da primeira ação, era menor impúbere, e o direito à paternidade, sendo personalíssimo, irrenunciável e imprescritível, não pode ser obstado por ato atribuível exclusivamente à representante legal da parte, máxime considerando-se que anterior à universalização do exame de DNA.

4. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.071.458/MG, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado aos 7.3.2017, DJe de 15.3.2017, sem destaque no original).

Civil e Processual Civil. Negatória de paternidade. Vínculo declarado em anterior ação investigatória. Flexibilização da coisa julgada. Possibilidade. Peculiaridades do caso. Vínculo genético afastado por exame de DNA. Princípio da verdade real. Prevalência. Recurso desprovido.

Nas ações de estado, como as de filiação, deve-se dar prevalência ao princípio da verdade real, admitindo-se a relativização ou flexibilização da coisa julgada.

Admite-se o processamento e julgamento de ação negatória de paternidade nos casos em que a filiação foi declarada por decisão já transitada em julgado, mas sem amparo em prova genética (exame de DNA). Precedentes do STJ e do STF.

Recurso especial desprovido.

(REsp n. 1.375.644/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado aos 1º.4.2014, DJe de 2.6.2014, sem destaques no original).

Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Investigação de paternidade. Exame de DNA. Coisa julgada. Mitigação. Possibilidade. Acórdão recorrido em contrariedade com jurisprudência sedimentada das Cortes Superiores. Provimento do recurso especial. Dissídio notório suficientemente demonstrado.

1. O Superior Tribunal de Justiça, acompanhando entendimento do Supremo Tribunal Federal, sedimentou seu entendimento no sentido da relativização da coisa julgada em ações de investigação de paternidade em que não foi possível a realização do exame de DNA, quando o referido meio ainda não havia sido democratizado. Precedentes.

[...]

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp n. 1.516.863/MG, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado aos 3.12.2015, DJe de 11.12.2015)

Dessa forma, admite-se, *em caráter excepcionalíssimo*, a relativização da coisa julgada e nova demanda pode ser intentada nas hipóteses específicas em que o pedido de reconhecimento de paternidade foi julgado improcedente por insuficiência de provas, em razão da não realização do exame de DNA, tendo em vista os interesses e os direitos envolvidos porque, nas ações de estado, como as de filiação, deve-se dar prevalência ao princípio da verdade real prestigiando direito personalíssimo do indivíduo (direito fundamental à filiação) de busca da sua origem biológica.

No caso em tela, contudo, o pedido contido na primeira ação de investigação de paternidade foi de improcedência porque a prova pericial genética (exame de DNA) realizada enquanto o investigado estava vivo, excluiu a paternidade almejada por F, de modo que tal situação não se enquadra nas que deram origem a orientação jurisprudencial acima destacada, razão pela qual o direito indisponível de conhecimento da paternidade sucumbe perante a força da coisa julgada, no caso, material e formal.

Esta eg. Corte Superior, em alguns julgados, não tem relativizado a coisa julgada fora da hipótese descrita na jurisprudência supracitada do STJ e do STF, se não vejamos:

Processual Civil. Agravo interno. Omissão, contradição ou obscuridade. Inexistência. Reexame de provas. Inviabilidade. Paternidade declarada em ação

de investigação. Relativização da coisa julgada. Descabimento. Os fundamentos utilizados pelo STF, no RE n. 363.889/DF, com característica de repercussão geral, são todos no interesse daquele que persegue a declaração da paternidade, referindo-se o precedente à imprescritibilidade do reconhecimento do estado de filiação e à paternidade responsável. Proteção à coisa julgada. Imprescindibilidade que decorre do próprio Estado Democrático de Direito.

1. Há precedente deste Colegiado - proferido antes mesmo do *leading case* do STF - reconhecendo a possibilidade de repropositura de ação de investigação de paternidade; caso, na primeira demanda, diante da precariedade da prova e inexistência de exame de DNA, tenha havido julgamento de improcedência. (REsp 226.436/PR, Rel. Ministro *Sálvio de Figueiredo Teixeira*, *Quarta Turma*, julgado em 28.06.2001, DJ 04.02.2002, p. 370)

2. Ademais, por um lado, a leitura do RE 363.889/DF, relator Ministro Dias Toffoli, permite concluir que, dentre outros fundamentos, o Supremo Tribunal Federal admitiu, em caráter excepcionalíssimo, a relativização da coisa julgada, com base no artigo 27 do ECA - que estabelece que o reconhecimento do estado de filiação é imprescritível -, assim também com arrimo no direito fundamental à filiação e no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal, que impõe a paternidade responsável. Por outro lado, ficou consignado no voto condutor que, no que tange ao investigante, trata-se de "corolário lógico de seu direito de personalidade, em discussão quando do ajuizamento de um tal tipo de demanda, de ver reconhecida a verdade sobre sua origem genética, emanação natural do estado da pessoa". (REsp 1.188.280/SC, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 20.06.2013, DJe 16.09.2013)

3. No caso, a ação de investigação de paternidade foi julgada procedente, inclusive com a realização de exame de DNA. Nesse contexto, evidente que a situação retratada não se enquadra àquelas que deram origem à orientação jurisprudencial desta Casa e do Supremo Tribunal Federal. (AgInt no REsp 1.526.936/RS, Rel. Ministro ***Marco Aurélio Bellizze****,* ***Terceira Turma****, julgado em 07.06.2016, DJe 10.06.2016)*

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp n. 1.406.384/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado aos 11.10.2016, DJe de 18.10.2016).

Recurso especial. Direito de Família e Processual Civil. Ação negatória de paternidade. Pretensão de relativização da coisa julgada formada em anterior ação de investigação de paternidade. Impossibilidade na espécie. Dissídio jurisprudencial. Ausência de devida demonstração. Negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 363.889/DF, com repercussão geral reconhecida, permitiu, em caráter excepcional, a relativização da coisa julgada formada em ação de investigação julgada improcedente por ausência de provas, quando não tenha sido oportunizada a realização de exame pericial

acerca da origem biológica do investigando por circunstâncias alheias à vontade das partes.

2. Hipótese distinta do caso concreto em que a ação de investigação de paternidade foi julgada procedente com base na prova testemunhal, e, especialmente, diante da reiterada recusa dos herdeiros do investigado em proceder ao exame genético, que, chamados à coleta do material por sete vezes, deixaram de atender a qualquer deles.

3. Configura conduta manifestamente contrária à boa-fé objetiva, a ser observada também em sede processual, a reiterada negativa, por parte da recorrente, de produzir a prova que traria certeza à controvérsia estabelecida nos autos da anterior ação de investigação de paternidade para, transitada em julgado a decisão que lhe é desfavorável, ajuizar ação negatória de paternidade agora visando à realização do exame de DNA que se negara a realizar anteriormente.

4. Intolerável o comportamento contraditório da parte, beirando os limites da litigância de má-fé.

5. *Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido*.

(REsp n. 1.562.239/MS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado aos 9.5.2017, DJe de 16.5.2017, sem destaque no original).

A coisa julgada, como se sabe, impede o Poder Judiciário de se pronunciar sobre questão que já foi amplamente decidida em demanda anterior com as mesmas partes e objeto, em respeito a segurança ou a estabilidade que deve haver nas relações jurídicas, elementos essenciais ao Estado Democrático de Direito.

A estabilidade das decisões judiciais transitadas em julgado não podem ser alteradas senão quando houver fundamentos relevantes, como na hipótese que originou a jurisprudência acima destacada, que excepcionalmente, privilegiou o direito fundamental relacionado a personalidade em detrimento da coisa julgada, na hipótese especialíssima, repita-se, na qual não foi possível a realização do exame DNA.

No caso em análise, repito, na qual a paternidade foi afastada com base na prova pericial consubstanciada na realização de exame de DNA, após 20 (vinte) anos da realização da perícia e depois do prazo para a rescisória, F ajuizou uma terceira ação de investigação de paternidade, relatando que foi procurado por uma pessoa chamada *Ângelo*, que lhe disse que ouviu do médico que coletou o exame de DNA, que houve fraude na prova pericial realizada em 1993.

Juntou, com a inicial, uma declaração aos 28.2.2014, feita por instrumento público por *Ângelo* e que dizia:

> [...], vem declarar, sob sua exclusiva responsabilidade civil e penal que, em 1989 conheceu o biomédico Doutor *Silvio Fernando Tiritilli*, tornando-se seu amigo desde então; no ano de 1993 conheceu o senhor F T M (*sic*) mesmo ano em que o Doutor *Silvio Fernando Tiritilli* era o responsável pela coleta de material genético do Laboratório GENE, em São Paulo, Capital; em meados do ano de 1993, apresentou o Doutor *Silvio Fernando Tiritilli* ao senhor F T M (*sic*); após algum tempo, o senhor F T M (*sic*) foi a laboratório anteriormente mencionado, para realizar exame de investigação de paternidade de F D G (*sic*); por fim, após algum tempo da realização deste exame, foi procurado pelo doutor *Silvio Fernando Tiritilli*, que o informou que a amostra do exame feito pelo senhor F T M foi trocada (e-STJ, fl. 47).

Sem ofuscar o direito fundamental que F tem de tentar ver reconhecida a sua origem genética, entendo que a referida declaração feita por instrumento público, que como visto no tópico "2' não comprova o seu conteúdo, e não é fundamento relevante para criar uma nova hipótese de relativização da coisa julgada, em ação de investigação de paternidade, além da já citada na jurisprudência e da ação rescisória, prevista em lei para este mister.

A um, porque o declarante, como um raio numa tarde de sol, para revolver um processo de 20 (vinte) anos, surgiu do nada relatando um fato que não presenciou e que teria ouvido de terceiro (o biomédico Silvio Fernando Tiritilli), qual seja, que houve fraude no exame DNA que realizou em 1993. Ora, a estória declarada, além de mal contada, não impressiona porque qualquer um que teve acesso aos autos e aos anteriores, saberia que o referido médico participou do exame pericial.

A dois, porque a e. magistrada de primeiro-grau, que tinha conhecimento da jurisprudência supracitada e sem nenhuma diligência anterior, deu credibilidade à narrativa dizendo que existiam fortes indícios da alegada fraude, e simplesmente afastou a coisa julgada material existente sobre o tema. Absolutamente nenhuma providência foi tomada para aferir a veracidade do conteúdo da declaração feita por *Ângelo*, e mesmo assim, relativizou a coisa julgada e determinou a realização de novo exame de DNA, o que impressiona.

A três, porque ficou demonstrado na transcrição das peças relevantes das três ações de investigação de paternidade, que a questão relativa a existência de possível fraude no referido exame foi exaustivamente examinada na instância ordinária que, com suporte na prova realizada, inclusive pericial, afastou por completo tal possibilidade, tendo ocorrido o trânsito em julgado dos processos.

Desse modo, ao meu sentir, ainda que seja produzida para ser usada em ação de estado, uma declaração de terceiro que nem sequer presenciou a anterior coleta do material utilizado no exame de DNA e sem a realização de diligência para verificar a veracidade do seu conteúdo, não pode ter força suficiente para ser fundamento relevante para desconstituir sentença transitada em julgado, em ação na qual a prova produzida foi conclusiva no sentido da não configuração da fraude e não admitiu a paternidade.

Não me sinto convencido e confortável para votar no sentido de admitir tal possibilidade, ainda mais correndo o risco de criar um precedente que pode banalizar o instituto da coisa julgada.

Afinal, o processo não é saco sem fundos, que possa permitir marchas e contramarchas ao sabor de um reiterado demandante, que insiste em discutir tese enterrada.

Para finalizar a celeuma, por oportuno e conveniente, peço vênia para transcrever a observação feita pelo e. Ministro *Luiz Fux* no seu voto-vista, no já mencionado julgamento do RE n. 363.889/DF, no que tange relevância da coisa julgada para a segurança jurídica, na ação que também vindicou a sua relativização em paternidade declarada em investigatória, plenamente adequada e pertinente para ao caso em tela:

> O princípio da segurança jurídica é tão relevante que, além de contribuir para a duração de um sistema político, na sua ausência, qualquer sociedade entra em colapso. Ela é um dos mais elementares preceitos que todo ordenamento jurídico deve observar. Nesse diapasão, cumpre a todo e qualquer Estado reduzir as incertezas do futuro, pois, segundo pontifica Richard S. Kay, "um dos mais graves danos que o Estado pode infligir aos seus cidadãos é submetê-los a vidas de perpétua incerteza".
>
> [...]
>
> O projeto individual de futuro, no entanto, deve partir, para concretizar-se, de premissas dotadas de confiabilidade, cuja higidez não seja colocada em xeque a cada novo momento. E é justamente sobre essas premissas que a Constituição Federal, no art. 5º, XXXVI, coloca o manto da inalterabilidade, protegendo o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada material das incertezas que as mudanças do futuro poderiam ocasionar.
>
> *No plano do direito comparado, a proteção da coisa julgada, quando não estabelecida de modo expresso na Constituição, é entendida como uma decorrência do direito à tutela jurisdicional efetiva (CF, art. 5º, XXXV), pois a resposta do Judiciário, para ser eficaz do ponto de vista social, não pode ficar eternamente à mercê de modificações e reversões.*

Nessa toada, e considerando todo o exposto, pelo meu voto, ***nego provimento*** ao recurso especial.

Por derradeiro, vale advertir que eventual recurso interposto contra este acórdão estará sujeito a incidência de multa (arts. 77, § 1º, 1º e 2º, 1.021, § 4º, e 1.026, § 2º, do NCPC).

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por F D G contra o acórdão do TJ/SP que, inadmitindo a flexibilização da coisa julgada formada em anterior ação investigatória de paternidade, deu provimento ao agravo de instrumento interposto por R M e extinguiu o processo sem resolução de mérito, com fundamento no art. 267, V, do CPC/1973.

Ação: de investigação de paternidade "*post mortem*", ajuizada em face de R M, filho do possível genitor F T M.

Decisão interlocutória: em sintonia com o parecer ministerial de fls. 251 (e-STJ), afastou o óbice da coisa julgada material e deferiu a produção da prova pericial consistente na realização de exame de DNA, nos seguintes termos (e-STJ, fls. 252/253):

> Alega o réu a ocorrência da coisa julgada material, já que a questão discutida nos autos já foi julgada por sentença de mérito proferida em ação de investigação de paternidade anteriormente ajuizada (Proc. 82/93).
>
> Ocorre que, em se tratando de questões atinentes ao direito de família, por envolverem questões de estado, existe a possibilidade de reabrir ação judicial sobre matéria já julgada por sentença transitada em julgado em busca da verdade real.
>
> A doutrina mais moderna considera o direito à identidade genética um direito fundamental integrante do direito da personalidade, de modo que rejeitar a nova discussão sobre a questão da filiação biológica implica em fazer perpetuar situações injustas e distantes da realidade (verdade real), atingindo frontalmente o citado direito fundamental do indivíduo. Dessa forma, a relativização da coisa julgada material em casos desta natureza torna-se medida necessária para garantir à pessoa o exercício de seu direito fundamental e a correção de graves injustiças cometidas no passado.
>
> É certo que tal jurisprudência e posição doutrinária prevalece em se tratando de ações de investigação de paternidade julgadas por presunção, sem realização

> do respectivo exame pericial (DNA) – o que não é o caso dos autos – no entanto, existem fortes indícios da alegada fraude perpetrada pelo *de cujus* (fls. 28, 30/31 e 35). Por tal motivo, imperiosa a nova discussão sobre a paternidade do autor, permitindo-se o refazimento da prova pericial (exame de DNA).
>
> Assim, o princípio da segurança jurídica cede espaço ao direito fundamental do indivíduo à identidade genética, que deve prevalecer sobre o primeiro, ficando afastada a preliminar de coisa julgada material (pressuposto processual negativo).
>
> No mais, presentes as condições da ação e pressupostos processuais de constituição e desenvolvimento válido, dou o feito por *saneado* e fixo como ponto controvertido: a existência de vínculo de filiação entre o autor e o *de cujus*.
>
> *Defiro* a produção da prova pericial, consistente na realização de exame de DNA. Para tanto, oficie-se ao IMESC para agendamento da prova pericial, com nota de que o autor não é beneficiário da gratuidade processual.

Acórdão do TJ/SP: deu provimento ao recurso interposto por F M (fls. 282/286, e-STJ), cuja ementa é a seguinte:

> *Coisa julgada. Demanda de investigação de paternidade "post mortem". Flexibilização. Inadmissibilidade. Demanda anterior já julgada improcedente após a realização de exame pelo método DNA, quando ainda vivo o "de cujus". Alegada irregularidade na realização do exame que não foi demonstrada. Circunstância, por si só, que não autoriza a apontada flexibilização da coisa julgada. Decisão reformada para reconhecer a ocorrência da coisa julgada e extinguir o feito sem julgamento do mérito. Recurso de agravo provido*.

Recurso Especial: aponta violação aos arts. 535, I e II, 364, 332 e 467, todos do CPC/1973. Em síntese, sustenta o recorrente que: (*i*) teria havido contradição no acórdão recorrido no tocante a valoração da declaração pública da alegada fraude e omissões quanto à semelhança entre o recorrente e o pretenso genitor, quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana e, ainda, quanto aos direitos fundamentais de filiação, de assistência jurídica aos desemparados, de acesso à justiça, da ampla defesa e do contraditório; (*ii*) incorreta desconsideração da declaração pública por meio da qual a referida fraude teria sido comprovada; (*iii*) indevida desconsideração da prova fotográfica que atestaria a semelhança física entre o recorrente e o pretenso genitor; (*iv*) inadequado reconhecimento de absolutidade da coisa julgada, quando se trataria de hipótese de relativizá-la (fls. 309/320, e-STJ).

Parecer do Ministério Público Federal: opina, às fls. 425/430 (e-STJ), pelo conhecimento em parte do recurso especial e, na parte conhecida, que lhe

seja dado provimento para determinar a realização de novo exame pericial, restabelecendo-se a decisão de 1º grau de jurisdição.

Julgamento: o e. Min. Relator nega provimento ao recurso especial, sob os seguintes fundamentos: o acórdão recorrido não padece dos vícios do art. 535, I e II; não houve violação ao art. 364, pois a declaração obtida pelo recorrente não comprova a existência da fraude; não houve prequestionamento no tocante a alegada violação ao art. 332, uma vez que a semelhança física entre o recorrente e o pretenso genitor não foi examinada pelo acórdão recorrido; não se trataria de afastamento da coisa julgada material, seja porque as hipóteses de flexibilização da *res judicata* estão restrita às ações investigatórias de paternidade julgadas improcedentes por insuficiência de provas, seja porque os elementos de prova colhidos pelo recorrente são insuficientes para atestar a alegada falsidade.

Na sequência, pedi vista para melhor análise da controvérsia.

Revisados os fatos, decide-se.

I. Violação ao art. 535, I e II, CPC/1973.

Inicialmente, e em sintonia com o voto do e. Relator, não há que se falar em contradição ou omissões no acordão recorrido, na medida em que as questões relacionadas à valoração da declaração pública da alegada fraude, à semelhança entre o recorrente e o pretenso genitor e a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais de filiação, de assistência jurídica aos desamparados, de acesso à justiça, da ampla defesa e do contraditório, foram examinadas no acórdão recorrido.

A solução da controvérsia em desconformidade com a pretensão da parte não é suficiente para autorizar o manejo dos aclaratórios, tampouco eiva de vícios o acórdão recorrido.

II. Reconstrução histórica. Síntese das 03 (três) ações investigatórias de paternidade ajuizadas pelo recorrente.

Considerando que se trata da 3ª ação investigatória de paternidade ajuizada pelo recorrente e que a questão submetida ao crivo desta Corte é de alta indagação e de grande complexidade, devendo ser examinada por diversos matizes, faz-se necessária a realização de uma sintética reconstrução histórica envolvendo as 03 (três) ações já ajuizadas pelo recorrente.

1ª ação de investigação de paternidade (processo n. 82/93):

Trata-se de ação investigatória de paternidade ajuizada em 18.02.1993, distribuída para a 4ª Vara da Família e das Sucessões do Foro Central da Comarca da Capital de São Paulo, em que o recorrente, diante da narrativa e dos elementos de prova que lhe foram confiados pela sua genitora sobre a existência de um relacionamento amoroso com F T M (genitor do recorrido), pleiteou o reconhecimento da paternidade biológica de F T M e, consequentemente, a fixação de alimentos provisionais ou definitivos no importe de 15 (quinze) salários-mínimos.

Controvertida a paternidade, foram colhidas por Silvio Fernando Tiritilli as amostras sanguíneas pelo Laboratório Gene em 13.09.1993, viabilizando-se então a produção da prova técnica consubstanciada em perícia genética realizada por meio do exame de DNA. Ato contínuo, sobreveio, em 03.11.1993, laudo pericial subscrito por Sérgio Danilo Pena, cuja conclusão foi de que F T M não era o pai biológico de F D G (fls. 136/151, e-STJ).

Anote-se que houve, neste processo, a suscitação de irregularidade na coleta do material submetido a exame e requerimento de nova perícia, indeferida ao fundamento de que o recorrente não teria comprovado nada de concreto. Houve recurso especificamente sobre este tema, desprovido pelo TJ/SP nos termos do acórdão de fls. 176/179 (e-STJ), ao fundamento de que nada teria sido comprovado a respeito.

Foi proferida sentença de improcedência em 29.11.1994, tendo como fundamento, essencialmente, o laudo pericial (fls. 163/170, e-STJ). O TJ/SP manteve integralmente a sentença, conforme se depreende do acórdão de fls. 182/191 (e-STJ), novamente rechaçando a tese de existência de vícios na coleta das amostras, transitando em julgado o acórdão em 23.04.1996 (fl. 193, e-STJ).

2ª ação de investigação de paternidade (processo n. 0026847-16.2012.8.26.0100):

Trata-se de ação investigatória de paternidade ajuizada em 20.03.2012, novamente distribuída para a 4ª Vara da Família e das Sucessões do Foro Central da Comarca da Capital de São Paulo, em que o recorrente narra ter havido um encontro entre F T M e a sua genitora em meados de 1998, ocasião em que o pretenso genitor teria demonstrado arrependimento e oferecido apoio financeiro, tendo supostamente entregue naquela ocasião, inclusive, cheques

para a aquisição de um imóvel e pagamento das despesas cartorárias para essa finalidade.

Controvertida a paternidade pelo recorrido, foi proferida sentença de extinção sem exame de mérito em 23.04.2013, tendo como fundamento, essencialmente, a coisa julgada material formada na 1ª ação investigatória de paternidade – art. 267, V, do CPC/1973 (fls. 204/205, e-STJ). O TJ/SP manteve integralmente a sentença, conforme se depreende do acórdão de fls. 207/210 (e-STJ), acrescentando, ainda, que a prova pericial realizada na 1ª ação investigatória foi realizada de acordo com os mais modernos procedimentos existentes e com resultados inquestionáveis.

3ª ação de investigação de paternidade (processo n. 0001257-31.2014.8.26.0338):

Trata-se de ação investigatória de paternidade ajuizada em 10.03.2014, desta feita distribuída para a 1ª Vara do Foro da Comarca de Mairiporã do Estado de São Paulo (posteriormente deslocada para o Foro Central Cível da Comarca da Capital em função do acolhimento de exceção de incompetência), em que o recorrente, melhor detalhando a questão relacionada aos cheques destinados à suposta aquisição de um imóvel, também informa ter sido procurado por uma pessoa – Angelo Tadao Kawazoi – que afirma saber e ter efetivamente participado da suposta fraude ocorrida no exame de DNA por ocasião da 1ª ação investigatória, concordando com a declaração destes fatos em escritura pública.

Uma vez mais controvertida a paternidade pelo recorrido, houve requerimento de produção de prova oral e pericial pelo recorrente e, ato contínuo, sobrevém parecer ministerial opinando pela rejeição da preliminar de coisa julgada e a realização de exame de DNA (fl. 251, e-STJ).

Em 26.02.2015 foi proferida decisão de saneamento do processo (fls. 252/254, e-STJ), por meio da qual foi afastada a preliminar de coisa julgada e deferida a produção da prova pericial. Em face desta decisão houve agravo de instrumento (processo n. 2044435-06.2015.8.26.0000), ao qual foi atribuído efeito suspensivo para obstar a produção da prova pericial (fl. 260, e-STJ) e, ao final, provido para extinguir o processo sem resolução de mérito ao fundamento de que há coisa julgada (fls. 282/286, e-STJ).

Após a rejeição dos embargos de declaração opostos pelo recorrente na origem, foram interpostos recursos especial (fls. 309/320, e-STJ) e extraordinário

(fls. 323/333, e-STJ), recebendo ambos o juízo negativo de admissibilidade pela Presidência de Direito Privado do TJ/SP (fls. 375/378, e-STJ), motivando a interposição dos respectivos agravos (fls. 380/407, e-STJ).

No âmbito desta Corte, dada vista ao Ministério Público Federal, sobreveio parecer opinando para que "*o recurso especial seja parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido, com o retorno dos autos à origem para a realização de novo exame pericial*" (fls. 425/430, e-STJ), tendo o e. Relator, em sequência, dado provimento ao agravo para convertê-lo em recurso especial e melhor examinar a controvérsia (fls. 436/439, e-STJ).

III. Filiação, ancestralidade e identidade genética como vetores da dignidade da pessoa humana.

Não se pode olvidar que a questão em exame envolve um dos direitos fundamentais de maior importância ao ser humano. Os direitos à filiação, à identidade genética e à busca da ancestralidade integram uma parcela muito significativa dos direitos da personalidade, que, sabidamente, são inalienáveis, vitalícios, intransmissíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis *erga omnes*, de modo que não se deve negar a ninguém o direito de descobrir a sua própria origem, quem são seus pais e os seus demais familiares, de onde veio e qual é a sua história.

Esses elementos, indissociáveis do conceito de dignidade da pessoa humana, são instrumentos não apenas aptos, mas verdadeiramente necessários à formação da personalidade, do caráter, dos valores, das diretivas de vida e dos padrões comportamentais das pessoas. A relevância é tamanha que basta a mera reflexão sobre quem seríamos e onde estaríamos hoje se não soubéssemos quem são os nossos pais para que se reconheça a fundamental importância da filiação, da identidade genética e da ancestralidade na formação humana.

Justamente por se tratar de um aspecto de vital importância ao ser humano é que este direito personalíssimo merece tutela jurídica integral e especial, devendo o Estado promovê-lo e salvaguardá-lo de forma incessante, a fim de que todos, indistintamente, tenham a oportunidade de conhecer e de ter esclarecida a sua verdade biológica. Não se pode permitir, em qualquer hipótese e sob qualquer fundamento, que uma pessoa, já ao final de sua vida, diga "*se eu soubesse que ele era o meu pai, talvez a minha vida teria sido diferente...*".

Isso porque o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, III, da Constituição Federal, traz em seu bojo o direito

à identidade biológica e pessoal, conforme defendido pelo i. Min. Maurício Corrêa do Supremo Tribunal Federal, por ocasião quando do julgamento do RE 248.869/SP, em 07.08.2003, ocasião em que assim explicitou:

> O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana, princípio alçado a fundamento da República Federativa do Brasil (CF, artigo 1º, inciso III). O nome, por sua vez, traduz a identidade da pessoa, a origem de sua ancestralidade, enfim é o reconhecimento da família, base de nossa sociedade. Por isso mesmo, o patronímico não pertence apenas ao pai senão à entidade familiar como um todo, o que aponta para a natureza indisponível do direito em debate. No dizer de Luiz Edson Fachin "a descoberta da verdadeira paternidade exige que não seja negado o direito, qualquer que seja a filiação, de ver declarada a paternidade. Essa negação seria francamente inconstitucional em face dos termos em que a unidade da filiação restou inserida na Constituição Federal. Trata-se da própria identidade biológica e pessoal – uma das expressões concretas do direito à verdade pessoal".

A contextualização inicial deste tema era imprescindível para orientar a análise das circunstâncias específicas que dizem respeito a hipótese examinada neste recurso.

IV. Autonomia do direito à prova.

Há muito se consignou que o direito de provar as alegações de fato possui uma raiz constitucional derivada das garantias ao processo justo e ao devido processo legal, sem as quais ninguém poderá ser privado de seus bens e de seus direitos. Integra, de um lado, o direito de ação (isto é, o direito de alegar, argumentar e provar os fatos relacionados à controvérsia, a fim de obter a tutela jurisdicional requerida) e, de outro lado, o direito à ampla defesa (que, em última análise, é uma atividade exatamente contraposta à ação, devendo ser ampla o suficiente para permitir que também ao réu seja permitido provar os fatos relevantes para o deslinde da controvérsia).

Todavia, em paralelo ao direito de provar, que se relaciona diretamente com a própria atividade jurisdicional – ou seja, o direito de provar em juízo e para o juízo, a fim de obter tutela que declare a existência do direito material vindicado – passou-se a reconhecer, mais contemporaneamente, também a existência de um direito autônomo à prova (também chamado na doutrina de "direito à produção da prova"), assim compreendido como o direito que possuem as pessoas de esclarecer as situações de fato que lhes digam respeito, independentemente da existência, atual, futura ou potencial, de um litígio relacionado a tais circunstâncias.

Nessa perspectiva, verifica-se que o eixo central e o protagonismo da questão relacionada ao direito à prova se desloca do juízo para as próprias partes – a quem, em última análise, a prova efetivamente serve – na medida em que não mais se busca a descoberta de um fato a fim de convencer alguém, senão a si próprio em primeiro lugar.

Essa mudança de paradigma, hoje positivada especialmente no art. 381, III, do CPC/2015, foi bem explicitada por Flávio Luiz Yarshell:

> O caráter autônomo da prova reside, portanto, na circunstância de que ela não é produzida para informar, direta ou imediatamente, a convicção do juiz, com vistas ao julgamento estatal. A prova é produzida essencialmente para que as partes possam dela extrair elementos a nortear a sua conduta, fora ou dentro do juízo. (YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 332/333).

O direito autônomo à prova é, pois, um mecanismo que permite às partes apenas pesquisar a existência e o modo de ocorrência de determinados fatos, independentemente da existência de um litígio potencial, além de ser também um instrumento útil para que as partes mensurem, previamente, a viabilidade e os riscos envolvidos em um eventual e futuro litígio. Nesse sentido, lecionam Adriano Caldas e Marco Félix Jobim:

> O direito autônomo à prova garante aos interessados elementos indispensáveis e suficientes para formar convicção acerca da conveniência de ajuizar (ou evitar o ajuizamento) de uma demanda, assim como para viabilizar a autocomposição ou outras formas de solução extrajudicial dos conflitos, esgotando-se com a produção da prova. Sobreleva-se, aqui, a concepção de que a prova também se faz sob a perspectiva e no interesse das partes. (CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix. A produção antecipada de prova e o novo CPC *in* Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 5: direito probatório. Coord.: Fredie Didier Jr. et. al. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 547).

Na hipótese, verifica-se que a prova pericial que se pretende seja refeita, embora já no âmbito de um litígio envolvendo a investigação e o reconhecimento da paternidade, amolda-se integralmente a característica de autonomia acima retratada, sobretudo porque o fato que o recorrente pretende investigar – se é ou não filho de F T M – é de fundamental importância para o desenvolvimento e pacificação da sua própria vida e essencial à formação de sua personalidade.

Significa dizer, portanto, que havendo meio para que se descubra a verdade real e um cenário de dúvida razoável que justifique a reabertura de uma discussão

em tese sepultada pela coisa julgada material, deverá prevalecer o direito autônomo à prova de que é titular o recorrente, permitindo-se a realização de novo exame pericial que salvaguardará integralmente os seus direitos à filiação, à identidade genética e à busca pela ancestralidade.

V. Standards *probatórios, valoração e a verdade possível.*

Na hipótese, verifica-se que a causa de pedir deduzida pelo recorrente para buscar a reabertura da discussão acerca da existência, ou não, de vínculo biológico com F T M está assentada na ocorrência de fraude no exame de DNA realizado em 1993 pelo Laboratório Gene, que teria sido promovida mediante a troca das amostras sanguíneas colhidas naquela ocasião.

A questão não é exatamente nova, na medida em que a alegação de existência de fraude foi veiculada desde a 1ª ação investigatória de paternidade ajuizada pelo recorrente, tendo sido sucessivamente agregados, na 2ª e na 3ª ação, os elementos de prova que o recorrente reputou suficientes para demonstrar, ao menos, a existência de dúvida razoável que justificasse a reabertura da discussão. Todavia, verifica-se que essa irresignação foi reiteradamente rejeitada, sempre ao fundamento de que caberia ao recorrente produzir prova cabal da existência da troca das amostras para que se justificasse a realização de um novo exame de DNA.

Nesse contexto, há dois possíveis caminhos para que se solucione a controvérsia: (*i*) a investigação da existência de fraude no exame de DNA realizado pelo Laboratório Gene em 1993, procedendo-se, a partir da constatação do vício, a um novo exame de DNA; (*ii*) a realização, diretamente, da investigação da própria paternidade por meio da realização de um novo exame de DNA.

Em relação ao primeiro aspecto, considerando que a existência de fraude é causa de pedir e fundamento pelo qual o recorrente pretende o afastamento da coisa julgada material e a rediscussão do tema relacionado ao vínculo biológico, não há como se afastar do exame da pretensão que neste fato está assentada.

As questões que se colocam, todavia, são as seguintes: Seria razoável exigir do recorrente, nas circunstâncias específicas que permeiam a hipótese, que seja produzida uma prova cabal, contundente ou irrefutável acerca da existência da fraude supostamente perpetrada? Seria adequado exigir do recorrente mais provas do que aquelas já produzidas para, no mínimo, afastar a coisa julgada material e prosseguir-se com a apuração mais pormenorizada dos fatos em 1º

grau de jurisdição? O problema, pois, coloca-se no campo da valoração das provas produzidas pelo recorrente e nos *standards* probatórios exigíveis da parte nessas circunstâncias.

Sobre *standards* probatórios, leciona Michele Taruffo:

> Na abordagem usual ao problema de como o julgador deve determinar o valor probatório dos meios de prova, faz-se com frequência uma referência vaga e geral ao senso comum, à experiência comum, à razoabilidade ou à racionalidade, sem que se definam critérios mais precisos ou mais específicos. Isso não é muito, todavia, já que a discricionariedade do juiz não se limita e tampouco se controla por tais referências indeterminadas, restando aberta a via para percepções subjetivas e pessoais. Por vezes, entretanto, procura-se oferecer ao julgador diretrizes mais precisas – ainda que gerais e flexíveis – que guiem a valoração das provas no contexto da decisão final sobre os fatos em litígio. Um *standard* que se usa amplamente no processo civil de *common law* é aquele da "preponderância da prova" (ou "preponderância da probabilidade", ou "balanço das probabilidades ou, ainda, "maior peso da prova". Essencialmente, esse standard estabelece que, quando sobre um fato existirem provas conflitantes, o julgador deverá "sopesar" as probabilidades relativas às diferentes versões dos fatos e fazer uma escolha em favor da afirmação que lhe parecer relativamente "mais provável", com base nos meios de prova disponíveis. Tal *standard* é obviamente racional, uma vez que seria irracional permitir ao julgador escolher a versão dos fatos mais debilmente sustentada pelos meios de prova: é claro que a versão relativamente "mais forte" deve prevalecer sobre a relativamente "mais fraca". Ademais, podem-se elencar várias outras razões em favor desse *standard*, como, por exemplo, sua capacidade de minimizar erros prováveis na tomada de decisões, bem como de fazer cumprir o princípio da igualdade das partes no processo civil. Todavia, alguns problemas podem surgir na aplicação do *standard* da probabilidade preponderante: por exemplo, pode-se constatar que se todas as versões dos fatos possuírem um baixo nível de apoio probatório, escolher a relativamente mais provável pode não ser suficiente para se estabelecer que tal versão é "verdadeira". Portanto, sustenta-se que para que um enunciado seja escolhido como a versão relativamente melhor não basta que seja mais provável que todas as outras versões, mas também que seja "mais provável que sua negação": *i.e.*, que uma versão positiva do fato seja, em si mesma, mais provável que a sua versão negativa simétrica. Uma preocupação similar conduz os sistemas de *common law* a sustentar que o *standard* da preponderância da prova possa ser demasiadamente débil quando interesses individuais importantes estão em jogo. Em tais casos, é possível aplicar o *standard* mais rigoroso, qual seja, da "prova clara e convincente" ou da "prova clara, precisa e indubitável". Apesar dessas dificuldades, parece que o *standard* da preponderância da prova é uma racionalização adequada do princípio da livre apreciação da prova, tanto nos sistemas de *common law*, quanto nos de *civil law*. (TARUFFO, Michele. A prova. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 135/136).

Verifica-se que o recorrente, para provar a sua alegação de fraude no primeiro exame de DNA, noticia ter sido procurado por uma pessoa – Angelo Tadao Kawazoi – que afirma saber e ter efetivamente participado da suposta fraude ocorrida no exame de DNA por ocasião da 1ª ação investigatória – concordando com a declaração destes fatos em escritura pública.

Ocorre que a referida pessoa sequer foi ouvida em juízo para melhor esclarecer sobre o que efetivamente sabe sobre este assunto, a despeito de requerimento expresso do recorrente nesse sentido (fls. 247, e-STJ).

Além disso, se a fraude, segundo se alega, teria ocorrido com a participação de pessoas com nome e sobrenome – Silvio Fernando Tiritilli e Sérgio Danilo Pena – é evidente que a oitiva dessas pessoas seria igualmente imprescindível, devendo o julgador determinar a colheita da prova testemunhal inclusive de ofício e com base em seus poderes instrutórios.

Nesse contexto – de insuficiência probatória causada pela incorreta e prematura extinção do feito – não se poderia exigir do recorrente, desde logo, uma "*prova clara e convincente*", para usar a feliz expressão referida por Michele Taruffo. O *standard* probatório aplicável, até mesmo diante da nítida dificuldade de comprovar uma fraude ocorrida há quase 25 (vinte e cinco) anos no âmbito de uma empresa privada que monopolizava os exames de DNA no Brasil naquele momento, é o da "*preponderância da prova*", sendo crível e razoável, em princípio, a versão apresentada pelo recorrente, salvo se o contrário for apurado em regular e exauriente instrução.

Isso porque exigir da parte a prova cabal da fraude para viabilizar o afastamento da coisa julgada e, ao mesmo tempo, não permitir que haja a exauriente instrução probatória configuraria uma situação verdadeiramente *kafkiana*, em que se impõe à parte o ônus de provar sem que lhe seja facultado o meio e o poder de dele se desvencilhar.

Anote-se que a profunda investigação acerca da existência ou não de fraude no exame de DNA realizado anteriormente é de grande relevância, seja por se tratar da única causa de pedir deduzida pelo recorrente para afastar a coisa julgada material formada na 1ª ação e, então, viabilizar um novo exame de DNA, seja em razão dos reflexos de natureza cível, administrativa e penal que da eventual comprovação da fraude surgirão, seja ainda, e até mesmo, porque também é direito do recorrente saber se o possível genitor F T M teve participação neste hipotético ato ilícito.

Por isso mesmo, observa-se não ter sido completamente adequada a decisão, posteriormente reformada pelo acordão recorrido, de determinar desde logo a realização de novo exame de DNA, antes mesmo de apurar com mais detalhes a existência da alegada fraude, na medida em que a prova pericial não esclarecerá a causa, mas tão somente atingirá um determinado resultado, que coincide com o bem da vida pretendido pelo recorrente – reconhecimento da paternidade. Significa dizer que a realização pura e simples de um novo exame de DNA, como determinado em 1º grau de jurisdição, e o eventual resultado positivo, no sentido de que o recorrente possui vinculo biológico com F T M, não constituirá prova convincente acerca da existência ou não de fraude, elemento causal que demanda investigação própria.

Nesse contexto, a eventual comprovação de vínculo genético entre o recorrente e F T M trará, evidentemente, mais um indício de que houve o uso de expediente espúrio para burlar o reconhecimento da relação paterno-filial, mas, nessa hipótese, não se descobrirá se o resultado negativo de 1993 foi causado, por exemplo, por um erro na interpretação dos resultados, por uma falha técnica ou, até mesmo, pela reclamada fraude.

VI. A inércia probatória da parte sob a perspectiva do dever de cooperação.

De outro lado, na definição sobre o *standard* probatório mais adequado à espécie – se o critério é de uma "*prova clara e convincente*" ou de uma "*preponderância da prova*" – para fins de afastar a coisa julgada material e reabrir a discussão acerca da identidade genética do recorrente, a postura e a participação do recorrido na atividade instrutória também devem ser examinadas e levadas em consideração.

Nesse sentido, a par de todas as questões de índole patrimonial e hereditária que do reconhecimento da filiação do recorrente eventualmente possam surgir, fato é que o exame dos autos revela ter o recorrido adotado uma postura inerte, quase descompromissada e indiferente, no tocante ao esclarecimento dos fatos que diretamente lhe dizem respeito.

Ocorre que, como bem destaca a doutrina, na ação de investigação de paternidade "*o ônus da prova curiosamente é bipartido: o autor pretende provar e demonstrar que o réu é seu pai; este, por sua vez, tentará demonstrar o contrário*" (KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 191).

Significa dizer, portanto, que a conduta da parte que, escorando-se no ônus da prova supostamente atribuído com exclusividade ao autor, exime-se do "*dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade*" (art. 379 do CPC/2015) e adota postura nitidamente anticooperativa que não mais se admite no sistema processual brasileiro (art. 6º do CPC/2015), deve ser valorada e, inclusive, deve ser levada em consideração na escolha do *standard* da "preponderância da prova" e na valoração das provas até aqui produzidas – afinal, a versão de quem coopera e adota postura ativa na atividade instrutória, municiando o juízo com tudo que estiver ao seu alcance para o descobrimento da verdade, tende normalmente a ser mais verossímil do que a versão de quem não coopera e adota postura inerte e renitente na ativa instrutória, dificultando sobremaneira o descobrimento desta mesma verdade.

Daí porque a cooperação no âmbito processual, espontânea ou estimulada, desenvolve-se também mediante a adoção de técnicas coercitivas e, em certos ordenamentos ou situações, até mesmo de técnicas sub-rogatórias, pois o que se deve buscar no litígio – por ambas as partes – é a mais completa elucidação dos fatos que conduza a uma decisão de mérito justa e efetiva.

Não por acaso, por exemplo, já se admitiu, em julgamento ocorrido no Tribunal Superior de Dresden em 14.08.1998 (processo n. 22 WF 359/98), que "*em ação de investigação de paternidade podem os pais biológicos de um homem já falecido serem compelidos à colheita de sangue*".

Essa linha de pensamento motivou, inclusive, a reforma legislativa do Código de Processo Civil Alemão (ZPO) que culminou na edição do §372a, por meio do qual se estabeleceu a existência de um dever de tolerância das pessoas para com a realização de exames, especialmente a coleta de amostra sanguínea, desde que necessários para a constatação da origem genética, permitindo-se, inclusive, a coação e a condução forçada da pessoa a ser examinada se houver recusa reiterada e injustificada.

No Brasil, embora existam julgados do Supremo Tribunal Federal que impediram a submissão da parte a exames ao fundamento de que essa medida afrontaria a inviolabilidade do corpo e o princípio da dignidade da pessoa humana, há precedente desta Corte em sentido exatamente inverso, em que se consignou:

> No pertinente à colheita do material do corpo do falecido para a eventual realização do exame, nada há de ilegal ou imoral, porquanto satisfeitas as condições impostas pela lei processual para a realização da produção antecipada

> prova, inclusive com a nomeação de expert do juízo, em razão da singular situação da espécie, demonstrando tais circunstâncias, em princípio, a preocupação com a busca da verdade real (REsp 140.665/MG, 4ª Turma, DJ 03.11.1998).

Comentando exatamente essa questão, leciona William Santos Ferreira:

> Já há alguns anos, em manifestações orais, temos defendido que no processo judicial a dignidade da pessoa humana deve ser analisada em relação a ambos os litigantes. Se é correto que uma parte tem o direito à intangibilidade do corpo humano, também é verdade que a outra parte, em razão da possibilidade de adoção do exame de DNA, tem o direito da personalidade e do reconhecimento de sua origem genética. A dor de uma dúvida pode ser tão ou mais delicada que o obter de um pouco de saliva ou de pele da parte interna da boca.
>
> (...)
>
> Portanto, guardados os cuidados indispensáveis à real incolumidade físico-psíquica, parece-nos extremamente equivocado se interpretar que os arts. 231 e 232 do CC não somente conduzem a uma "pseudo" probabilidade que leva a uma interpretação contrária aos interesses daquele que se recursa a submeter-se a exame ou perícia médica, como também estariam a proibir os exames com condução coercitiva assistida por ordem judicial.
>
> Se há o dever de colaborar com a Justiça (art. 339), ou há fundamento sério a justificar o não cumprimento da ordem judicial para submeter-se a exame ou perícia, a negativa é infundada, devendo ocorrer o exame assistido (pelo Judiciário), em homenagem especialmente ao direito à prova da outra parte, especialmente em casos em que, mais do que reflexos patrimoniais, se esteja lidando com direitos da personalidade e dignidade da pessoa humana, como nas hipóteses de investigação de paternidade, exames médicos psicológicos e de estado de saúde para fins previdenciários, entre tantos outros.
>
> Nos casos acima descritos, caberá ao juiz emitir uma ordem judicial de condução coercitiva assistida, para que a pessoa seja submetida ao exame, tudo acompanhado por oficial de justiça e perito judicial, com força policial, se o caso. (FERREIRA, William Santos. Princípios fundamentais da prova cível. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 80/81).

Em síntese, revela-se mais verossímil neste momento a versão de quem, na medida de suas possibilidades, contribuiu ativamente para o descobrimento da verdade e para a elucidação das questões de fato até aqui ocultas, apresentando os elementos de prova de que dispunha (cheques emitidos pelo falecido, declaração em forma de escritura pública, fotografias que comprovariam a semelhanças – e que, aliás, deveriam ser submetidas a um exame prosopográfico, pleiteando a oitiva de testemunhas e dispondo-se a realização de novo exame de DNA),

criando, sim, um cenário de dúvida razoável sobre o que de fato ocorreu no fatídico exame de DNA realizado em 1993.

Acrescente-se, ainda e finalmente, que a significativa quantidade de posicionamentos divergentes do acórdão recorrido – o parecer do Ministério Público do Estado de São Paulo (fl. 251, e-STJ), a decisão de 1º grau de jurisdição que afastou a coisa julgada e deferiu a produção de prova pericial (fls. 252/253, e-STJ) e o parecer do Ministério Público Federal (fls. 425/430, e-STJ) – todas no sentido de afastar a coisa julgada e autorizar a reabertura da discussão acerca da existência de vínculo biológico, também é um firme indicador de que há uma dúvida razoável que merece, ao menos, ser melhor examinada, investigada e apurada, seja sob a perspectiva da existência de fraude no exame anteriormente realizada, seja ainda sob a ótica da própria existência de vínculo biológico entre o recorrente e F T M.

VII. Exame de DNA como prova (ir)refutável da filiação.

Observa-se, não apenas nos acórdãos proferidos pelo TJ/SP para rejeitar a flexibilização da coisa julgada e impedir a realização do novo exame pericial pretendido pelo recorrente, mas também em uma série de outros julgados e precedentes, inclusive desta Corte, um irrefletido privilégio e *status* intocável conferido ao exame de DNA, tido reiteradamente como o único meio de prova apto a reconhecer a existência de vínculo biológico entre pai e filho, elevando-se o referido exame a posição de prova soberana da filiação, de modo a, não raro, desconsiderar absolutamente todos as demais provas existentes ou suscetíveis de produção.

Ocorre que, mais recentemente e como não poderia deixar de ser diante de uma ciência em constante evolução, o exame de DNA tem sofrido duras críticas das literaturas jurídica e médica, seja em virtude de sua massificação, seja em função da ausência de métodos e de critérios interpretativos, seja ainda no que tange a ausência de segurança na coleta e manuseio das amostras.

Valendo-se da obra e dos ensinamentos de Simon Singh para demonstrar a impossibilidade de se reconhecer a existência de uma "certeza científica" a partir da perspectiva da certeza absoluta que somente se encontra nos teoremas matemáticos, Alexandre Freitas Câmara, que se refere ao exame de DNA em sua sigla abrasileirada – ADN, assim leciona:

> A transcrição desse longo trecho é importante para demonstrar que a tendência à supervalorização do exame de ADN parte de uma falsa premissa:

a de que pode haver certezas ou verdades absolutas na ciência. Ressalvados os teoremas matemáticos, nada na ciência é absoluto. Em outros termos, se a ninguém é dado negar que a soma dos quadrados dos catetos de um triângulo retângulo é igual ao quadrado de sua hipotenusa (Teorema de Pitágoras), de outro lado é perfeitamente possível que outras afirmações científicas, estranhas ao campo dos teoremas, correspondam apenas a grandes probabilidades.

Não se quer com isso dizer, evidentemente, que ao exame de ADN se deva negar todo e qualquer valor probatório. Quer-se, apenas, que ele ocupe o lugar que lhe é devido: o de elemento que contribui para a formação do convencimento do juiz. Não se pode dar ao exame de ADN o papel decisivo que se lhe tem atribuído, sob pena de aceitarmos como verdade absoluta e incontestável o que nada mais é do que uma grande probabilidade.

Há um outro dado a considerar: a falibidade do exame da ADN. Ainda que se admitisse que o mesmo seria capaz de gerar certeza absoluta, isto só ocorreria se houvesse a mais absoluta garantia de que o exame se realizara sem qualquer falha. Ocorre que as falhas são possíveis (e, segundo alguns, frequentes).

Encontra-se, por exemplo, na rede mundial de computadores a informação de que o Professor William Thompson (da Universidade da Califórnia) avaliou oito casos em que se fez o exame e verifica que em *nenhum* deles os procedimentos científicos foram corretamente seguidos. Além disso, noticia-se que em março de 2003 constatou-se que a contaminação de provas e que padrões estabelecidos sem cuidados são endêmicos nos laboratórios da Polícia de Houston, Texas, EUA.

Além disso, como afirmam especialistas na matéria (notadamente em seus aspectos penais, e a ninguém é estranha a importância que se tem dado ao exame de ADN como prova no processo penal), os promotores do exame ADN em juízo fizeram um bom trabalho vendendo a ideia de que o exame de ADN proporciona uma identificação única e infalível. O problema disso é que tal afirmação ignora as variações que existem de caso para caso na natureza e qualidade da prova de ADN. Segundo os citados especialistas, mesmo quando a segurança e a admissibilidade do exame são bem estabelecidas, não há garantia de que o teste produzirá resultados confiáveis sempre que realizado.

Artigo publicado no jornal norte-americano The Washington Post em 21 de agosto de 2005 relata o caso de um processo de investigação da ascendência genética julgado naquele país, em que a sentença foi contrária ao exame (este afirmava a ascendência, e a sentença a negou). Nesse caso, verificou-se que o laboratório responsável pelo exame, um dos maiores dos Estados Unidos (e que faz tais exames com exclusividade para o Estado da Virgínia), que realiza mais de cem mil exames de ADN por ano, tinha apenas cinco funcionários com a missão de comparar os dados e estabelecer a determinação das paternidades biológicas. Isso levou o juiz a considerar a grande probabilidade de erro humano. Diz, ainda, o citado jornal que neste mesmo ano de 2005 o Estado de Illinois rompeu seu contrato com o laboratório que realizava os exames forenses por constatar que o

> mesmo foi incapaz de afirmar a presença de sêmen em onze de cinqüenta e um casos de estupro. O jornal transcreve afirmação de um Professor da Universidade Estadual de Nova Iorque, segundo o qual erro humano sempre existiu em todas as ciências forenses.
>
> Em outra matéria jornalística, divulgada em sítio eletrônico dedicado a questões jurídicas, é mais uma vez citada a autorizada voz do Professor William Thompson, que afirma que erros podem ocorrer na coleta, no armazenamento e no processamento das amostras de ADN. Além disso, a exposição do ADN ao sol, ao calor ou água pode provocar degradação das amostras. Isso sem contar a possibilidade de que o laboratório misture amostras.
>
> Além disso, não se pode negar a possibilidade de o resultado do exame ser um "falso positivo".
>
> Verifica-se, pois, que o exame de ADN, por mais importante que seja, não pode deixar de ser examinado criticamente. Além disso, deve o juiz inseri-lo no contexto probatório, a fim de verificar se o resultado nele apontado é mesmo correto ou não. (CÂMARA, Alexandre Freitas. A valoração da perícia genética: está o juiz vinculado ao resultado do "exame de ADN"? *in* Provas: aspectos atuais do direito probatório. Coord.: Daniel Amorim Assumpção Neves. São Paulo: Método, 2009. p. 16/17).

Some-se a isso, ainda, os resultados obtidos por Zulmar Vieira Coutinho, professor da Universidade Federal de Santa Catarina, que examinou uma centena de exames de DNA e elaborou um conjunto de pareceres – no total de 12 (doze) – em que são apontadas graves falhas e vícios aptos a desmistificar o exame de DNA como prova absoluta da (in)existência de vínculo biológico. Merecem destaque as seguintes passagens referidas no oitavo parecer do pesquisador, inclusive diante das peculiaridades existentes na hipótese sob exame:

> Inicialmente, deve-se esclarecer que todo exame laboratorial está sujeito a resultado falso positivo ou negativo, decorrente de vários fatores metodológicos, técnicos e, às vezes, infelizmente, até por motivos extratécnicos, como as fraudes. Como exemplos corriqueiros dessas situações existem os resultados de exames de HIV, gravidez, sífilis e tantos outros cujos resultados são corrigidos após novos exames e muitos dissabores das partes envolvidas.
>
> Na investigação de vínculo genético, principalmente de paternidade, ocorreram, no passado, casos equivocados de inclusão e exclusão através dos clássicos grupos ou sistemas sanguíneos ABO, Rh e outros, decorrentes, principalmente, de questões metodológicas e técnicas até então desconhecidas.
>
> Atualmente, essas provas foram substituídas recentemente pelo DNA nas lides jurídicas, mesmo solucionadas a maioria das questões dos exames.

Passada a recente euforia inicial do DNA como prova de valor absoluto e inquestionável na vinculação genética, constatei, assim como outros profissionais, que, em alguns casos, os resultados não expressam a verdade. Resultados falsos apareceram e continuaram surgindo em Santa Catarina, outros Estados e também no Exterior.

(...)

Os laboratórios estão falhando basicamente pelos seguintes motivos:

* falta de controle de qualidade rigoroso;

* profissionais inexperientes para controlar o método, a técnica e interpretar os resultados;

* identificação inadequada dos examinados e amostras coletadas;

* não-preservação da cadeia de custódia quando o sangue é encaminhado de um laboratório para outro;

* improvisação das técnicas para tornar mais lucrativo o exame;

* análise de quantidade insuficiente de alelos;

* falta de banco de dados da frequência dos alelos na população local;

* elaboração de laudos incompletos;

* cálculos estatísticos equivocados;

* alteração nos critérios de exclusão e inclusão de paternidade em poucos anos de utilização do método; e

* erros desconhecidos das técnicas devido à aplicação muito recente desta tecnologia.

(...)

Os resultados de probabilidade de paternidade dos laudos de exame de DNA são obtidos através de cálculos estatísticos, e incluem o fato de a mãe conhecer e ter convivido com o suposto pai, sendo estas as evidências em cada caso. Na verdade, quando se afirma que a probabilidade de paternidade é de 99,99999%, significa que outros homens apresentam, também, o mesmo perfil genético do pai indicado pelo exame. Porém, do ponto de vista estatístico, a possibilidade de uma mulher indicar aleatoriamente um indivíduo que não seja o pai e que o mesmo apresente o perfil do pai biológico, é praticamente impossível.

Analisando as fotos anexas, observou-se extrema semelhança fisionômica, apesar da diferença de idade, entre o menor YY (foto 1) e o irmão do suposto pai, WW, suposto tio (fotos 2 e 3 – ampliação dos rostos das fotos 1 e 2), bem como semelhanças entre o YY (foto 4), praticamente da mesma idade, e o filho mais velho VV (fotos 5 e 6 – ampliações dos rostos das fotos 4 e 5), de XX com outra mulher. Há também, segundo a mãe, a semelhança do menor com o filho caçula do suposto pai, irmão de VV e, ainda, semelhanças entre YY quando bebê (foto 7) e o suposto pai (fotos 8 e 9 – ampliações dos rostos das fotos 7 e 8).

> Se no DNA aplicam-se a estatística e as evidências para a resolução dos casos de investigação de paternidade, questiona-se o seguinte: qual seria a probabilidade de uma mulher indicar um suposto pai aleatoriamente, não biológico, na população e este apresentar dois filhos com outra mulher, irmão (tio) e ele próprio semelhança fisionômica com o menor, desta mãe, e serem simples sósias? Isto é, também do ponto de vista estatístico, praticamente impossível.

Não se nega, evidentemente, o valor probatório que o exame de DNA possui diante do fornecimento de um resultado com grande probabilidade de acerto. Todavia, isso não significa que, feito o exame de DNA, seja possível descartar todas as demais provas produzidas e suscetíveis de produção simplesmente porque já se produziu aquela que seria a "rainha das provas" em termos de filiação e identidade genética ou, ainda, que se deva negar a possibilidade de contraprova ou de um novo exame de DNA, em circunstâncias pontuais e quando houver dúvida razoável acerca da lisura ou correção do teste anterior.

Destaque-se, nesse sentido, que a identificação do vínculo biológico e, consequentemente, da paternidade pelo método de análise do DNA teve a sua origem no ano de 1985, a partir de pesquisa realizada pelo geneticista Alec Jeffreys na Universidade de Leicester, Inglaterra.

No Brasil, conforme informações obtidas no próprio sítio eletrônico do laboratório que realizou, em 1993, o exame de DNA do pretenso genitor do recorrente, a adoção do exame de DNA para o fim de investigação de paternidade remonta ao ano de 1988, ocasião em que a técnica de sondas multilocais (também denominadas de "impressões digitais de DNA") foi introduzida no país, posteriormente aprimorada, em 1992, pelo uso da técnica PCR, que permite que um fragmento da molécula de DNA seja amplificado milhares de vezes em apenas algumas horas. Coube ao Laboratório Gene – exatamente o mesmo que, em 1993, realizou o único exame de DNA para a apuração da existência de vínculo biológico entre o recorrente e F T M – o pioneirismo e o monopólio dos exames de DNA no Brasil.

Não há dúvidas, porém, que houve uma franca evolução tecnológica, técnica e metodológica nos exames de DNA desde 1993, ano de realização do único exame de DNA realizado neste processo, até os dias atuais. Apenas como referência, o método PCR, utilizado no exame de DNA do recorrente, tinha sido introduzida no Brasil em 1992 – ou seja, apenas um ano antes.

Some-se a isso, ademais, os elementos de prova, ainda que indiciários, produzidos pelo recorrente no curso das 03 (três) ações de investigação de

paternidade e que, se não são aptos a comprovar desde logo a fraude ou a própria paternidade, ao menos servem para colocar em dúvida a lisura, a transparência e a correção daquele único exame realizado no longínquo ano de 1993.

Repise-se, há cheques emitidos pelo pretenso genitor para a hipotética aquisição de uma residência para o recorrente e sua genitora. Há a alegada semelhança física entre o recorrente e o pretenso genitor, que não foi examinada tecnicamente. Há declaração de quem afirma saber e ter detalhes sobre a reclamada fraude. Há as testemunhas que alegam ter ciência do relacionamento amoroso de F T M e da genitora, que não foram ouvidas. Há os profissionais supostamente envolvidos na fraude e que, igualmente, não foram ouvidos. Há um único exame de DNA, realizado na fase embrionária dessa técnica no Brasil e pelo laboratório que monopolizava a atividade no país naquele momento.

Em última análise, há muitas questões ainda sem resposta, muitos fatos sem esclarecimento e muitas dúvidas que precisam ser sanadas, sem as quais não haverá paz aos litigantes e não haverá a definitiva virada desta página para ambos.

VIII. Flexibilização da coisa julgada material e a coisa julgada secundum eventum probationis.

Finalmente, não se desconhece a sólida orientação firmada no Supremo Tribunal Federal e também nesta Corte, no sentido de que a imutabilidade e a indiscutibilidade que emergem da coisa julgada material somente cedem quando, nas ações de estado e de filiação, o vínculo paterno-filial é, ou deixa de ser, reconhecido em virtude da insuficiência de provas, notadamente quando o exame de DNA não foi realizado.

Manifesta o e. Relator, inclusive, a preocupação de que a flexibilização da coisa julgada na hipótese em exame poderia acarretar a banalização deste instituto, o que, evidentemente, instalaria um cenário de grave insegurança jurídica.

A esse respeito, sublinhe-se, em primeiro lugar, que as características deste litígio são de tal forma singulares que é possível prever que, nos próximos anos, dificilmente ocorrerá uma outra situação tão singular e tão repleta de peculiaridades que justifiquem o excepcional afastamento da coisa julgada, de modo que não há, respeitosamente, risco de corrosão ou de enfraquecimento do instituto.

De outro lado, a hipótese em exame sequer seria, na realidade, de flexibilização da coisa julgada material formada na 1ª ação investigatória ajuizada pelo recorrente, mas, sim, de reconhecer que a coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, sobretudo quando há significativa evolução tecnológica aliada ao sério questionamento sobre a técnica a qual se submeteu o primeiro exame, submete-se a um regime próprio e diferenciado, também denominado pela doutrina de *secundum eventum probationis*.

Nesse contexto, sublinhe-se que se pretende que um exame de DNA realizado em 1993, com o uso de técnicas que, hoje, podem ser capituladas como rudimentares do ponto de vista médico, técnico e tecnológico e que se reveste de um corrosivo cenário de eventual fraude, seja novamente produzido, quase 25 (vinte e cinco) anos depois e apenas em virtude de circunstâncias específicas da hipótese que colocam em dúvida o acerto daquele primeiro exame, a fim de que, com as melhores técnicas, procedimentos e métodos existentes neste momento, seja adequadamente tutelado um direito essencial à vida humana.

Sobre o tema, leciona Camilo Zufelato:

> Para tentar uma definição, coisa julgada *secundum eventum probationis* significa a imutabilidade da decisão segundo a cognição possível ao tempo da tramitação da ação, sendo permitida rediscussão da causa se, em função do avanço da ciência, resultar prova superveniente, surgida após o trânsito em julgado, com capacidade de alterar o resultado do primeiro processo. A imutabilidade, portanto, restringir-se-á ao conjunto probatório colacionado aos autos, restando imunes as provas tecnologicamente novas, o que poderá ser feito por meio do ajuizamento de nova ação.
>
> Dessa noção depreende-se que a característica marcante da coisa julgada *secundum probationem* é exatamente a rescindibilidade da autoridade da coisa julgada mediante a existência de meio de prova superveniente, que em razão do avanço científico é capaz de alterar de modo substancial o julgamento anterior. (ZUFELATO, Camilo. Coisa julgada *secundum eventum probationis* na ação de investigação de paternidade *in* Revista de Processo: RePro, vol. 39, n. 230, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2014, p. 309/310).

Em suma, conclui-se pelo prosseguimento da ação em 1º grau de jurisdição, pois, conforme os sábios ensinamentos do e. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: "*saber a verdade sobre a sua paternidade é um legítimo interesse da criança; um direito humano que nenhuma lei e nenhuma Corte pode frustrar*". (REsp 4.987/RJ, 4ª Turma, DJ 28.10.1991).

Forte nessas razões e rogando a mais respeitosa vênia ao e. Relator, *dou provimento* ao recurso especial, a fim de restabelecer a decisão de 1º grau que deferiu a realização da prova pericial, sem prejuízo da produção de todas as demais provas úteis e necessárias ao esclarecimento dos fatos relacionados à fraude supostamente existente e à paternidade do recorrente.

RECURSO ESPECIAL N. 1.642.327-SP (2015/0274044-9)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino
Recorrente: Polo Fundo de Investimento em Ações
Recorrente: Polo Norte Fundo de Investimento Multimercado
Advogado: Jaime Magalhães Machado Júnior e outro(s) - SP234289
Recorrido: Petróleo Brasileiro S A Petrobras
Advogados: Rafael de Matos Gomes da Silva - DF021428
Paula da Cunha Westmann e outro(s) - SP228918
Frederico de Oliveira Ferreira - MG102764
Erika Gonçalves do Sacramento Araújo - SP332438
Recorrido: Ultrapar Participações S/A
Recorrido: Braskem S/A
Recorrido: Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga
Recorrido: Distribuidora de Produtos de Petroleo Ipiranga SA
Recorrido: Refinaria de Petróleo Ipiranga S/A
Advogados: Marcus Vinicius Vita Ferreira e outro(s) - DF019214
Eduardo Cezar Chad e outro(s) - SP286527
Interes.: Tarpon CSHG Master Fundo de Investimento em Acoes
Interes.: Clube de Investimento Tarpon
Interes.: Fundo de Investimento de Ações Cinco Cinco
Interes.: Fundo de Investimento de Acoes Tarpon CFJ
Interes.: HG Top Fundo de Investimento Multimercado
Interes.: Hedging-Griffo Verde Master Fundo de Investimento Multimercado

Interes.: Hedging-Griffo Verde Equity Master Fundo de Investimento Multimercado
Interes.: Hedging-Griffo Carteira Administrada - Real Fundo de Investimento Multimercado
Interes.: HG Star Fundo de Investimento Multimercado
Interes.: HG Top 30 Fundo de Investimento Multimercado

EMENTA

Recurso especial. Direito Societário. Sociedade anônima. Incorporação de ações. Transformação da controlada em subsidiária integral. Oferta pública. Ausência de previsão legal. Equiparação a fechamento de capital. Aplicação do art. 4º, § 4º, da Lei das S/A por analogia. Descabimento.

1. Controvérsia acerca da necessidade de a companhia controladora realizar oferta pública de aquisição de ações em favor dos acionistas preferenciais da companhia que teve suas ações incorporadas.

2. Existência de norma que exige a realização de oferta pública para aquisição de ações no caso de fechamento de capital (art. 4º, § 4º, da Lei n. 6.404/1976).

3. Distinção entre a hipótese de fechamento de capital e a de incorporação de ações entre companhias de capital aberto.

4. Inocorrência de fechamento em branco (ou indireto) de capital no caso dos autos, pois as companhias envolvidas na operação são de capital aberto, não tendo havido perda de liquidez das ações.

5. Inaplicabilidade, mesmo por analogia, da norma constante do art. 4º, § 4º, da Lei n. 6.404/1976 ao caso dos autos.

6. Doutrina e jurisprudência do STJ.

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), Moura Ribeiro e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). Frederico de Oliveira Ferreira, pela parte recorrida: Petróleo Brasileiro S A Petrobras

Dr(a). Marcus Vinicius Vita Ferreira, pela parte recorrida: Ultrapar Participações S/A

Brasília (DF), 19 de setembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

DJe 26.9.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de recurso especial interposto por *Polo Fundo de Investimento em Ações* e *Polo Norte Fundo de Investimento Multimercado* em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

> Ação de obrigação de fazer e não fazer com pedido subsidiário de anulação de ato jurídico. Sociedade por ações Incorporação de ações Subsidiária Integral. Regularidade da operação. Atendimento aos requisitos do Artigo 252 da Lei n. 6.406/1976. Não configuração do "fechamento branco" de capital. Inexistência do dever de realizar oferta pública de ações. Hipótese diversa. Não demonstração da prática de ato fraudulento ou ilícito. Incorporadora que mantém a característica de companhia aberta. Substituição das ações preferenciais. Inexistência de prejuízo aos acionistas minoritários. Atuação da incorporadora como comissária. Atuação em nome próprio. Regularidade. Garantia por alienação fiduciária extinta em razão do cumprimento da obrigação Interesses das companhias que se sobrepõe aos interesses dos acionistas. Garantias legais não exercidas. Sentença de improcedência. Confirmação. Recurso não provido. (fl. 4.912)

Em suas razões, a parte recorrente alegou violação do art. 4º, §§ 4º e 5º, da Lei n. 6.404/1976, sob o argumento de que a reorganização societária relatada nos caso dos autos seria equivalente a um fechamento indireto de capital, sendo necessário, portanto, realizar oferta pública de aquisição das ações dos minoritários.

Contrarrazões ao recurso especial às fls. 4.943/4.949 e 4.959/4.971.

Consta nos autos parecer do Prof. CALIXTO SALOMÃO FILHO (fls. 3.446/3.469), em favor dos ora recorrentes, e dos Profs. MODESTO CARVALHOS e LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES (fls. 3.942/3.978 e 3.980/3.986), em favor das companhias ora recorridas.

O recurso especial foi inadmitido na origem, tendo ascendido a esta Corte Superior por força de agravo, que foi convertido em recurso especial por decisão deste relator (fls. 5.068/5.069).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Eminentes colegas, o recurso especial não merece ser provido.

Fica convencionado, inicialmente, que toda referência a dispositivos legais ao longo do presente voto diz respeito à Lei n. 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas).

Relatam os autos que os autores da demanda eram titulares de ações preferenciais de empresas do Grupo Ipiranga, a seguir discriminadas:

a) 9,89% da Refinaria de Petróleo Ipiranga S/A - RPI;

b) 0,68% da Distribuidora de Produtos de Petróleo Ipiranga S/A - DPPI;

c) 7,55% da Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga S/A - CBPI.

Todas companhias são de capital aberto, com ações negociadas em bolsa de valores.

No ano de 2007, contudo, tiveram ciência, mediante a divulgação de fato relevante ao mercado, que o controle das empresas do Grupo Ipiranga seria alienado à empresa *Ultrapar Participações S/A*, dando início a um profunda transformação societária que envolveria ainda duas outras empresas, a *Pretrobras S/A* e a *Brasken S/A*.

A operação ocorreria, com de fato ocorreu, em cinco etapas, abaixo descritas:

(a) Aquisição das ações dos acionistas controladores do Grupo Ipiranga pela *Ultrapar*;

(b) Oferta pública de *tag along* para os acionistas ordinários das empresas controladas (RPI, CBPI, DPPI);

(c) Oferta pública a todos os acionistas da *Copesul S/A*, para o fechamento do capital dessa companhia;

(d) Incorporação das ações da RPI, DPPI e CBPI pela *Ultrapar*, tornando-as subsidiárias integrais;

(e) Segregação de ativos, mediante redução de capital da RPI e da CBPI, para transferir ativos petroquímicos, bem como cisão da CBPI para transferir ativos de distribuição, tendo como destinatárias dos ativos a *Braskem*, a *Petrobras*.

Essas operações societárias, sob a ótica dos ora recorrentes, seriam uma forma indireta de se obter o fechamento de capital das empresas dos quais eram acionistas, fraudando-se, assim, a obrigação de realizar oferta pública de aquisição de ações (inclusive as preferenciais).

Confira-se, a propósito, o seguinte trecho das razões do recurso especial:

> 19. [...], o fechamento de capital é evidenciado pelo resultado da operação de incorporação e pelos atos a ela complementares, que terminaram - em seu conjunto - na apropriação de 3 (três) sociedades distintas (as recorridas Ultrapar, Braskem e Petrobrás) do patrimônio das companhias do "Grupo Ipiranga", sem que essa apropriação fosse precedida da obrigatória oferta pública de ações, nos termos do dispositivos violado.
>
> 20. Para que a finalidade das recorridas fosse alcançada, com a "segregação" de ativos das empresas do "Grupo Ipiranga", necessariamente teriam que ser cumpridas duas obrigações, que foram fraudadas pelo emprego do artifício da incorporação de ações e demais atos correlatos: (a) a realização de Oferta Pública para Aquisição da totalidade das ações das empresas do "Grupo Ipiranga" em circulação no mercado e (b) a aprovação pelos acionistas minoritários de, pelo menos, 2/3 do capital social, em circulação, das companhias dessa oferta, como mandam os §§ 4º e 5º do art. 4º da Lei n. 6.404/1976.
>
> 21. A operação, ao deixar de atender a esses requisitos legais, como demonstrado pelos recorrentes, representou ou uma simulação, ou um negócio jurídico indireto, conforme a análise do intérprete; mas, nas duas hipóteses, claramente, o objetivo alcançado foi fraudar e violar a determinação legal da realização da oferta pública de ações, lesando-se os direitos dos acionistas não controladores das companhias. (fls. 4.934 s.)

A tese do fechamento indireto (ou em branco) de capital não é uma construção cerebrina desenvolvida pelos ora recorrentes, pois há informação

nos autos (fl. 3958) de que a CVM já esposou esse entendimento no caso da incorporação de ações da BR Distribuidora pela *Petrobras*.

O interesse em qualificar a operação como fechamento de capital reside na obrigação do controlador de formular oferta pública de aquisição de todas as ações (ordinárias e preferenciais) por preço justo, conforme previsto no art. 4º, § 4º, da Lei n. 6.404/1976, abaixo transcrito (sem grifos no original):

> *Art. 4º*. Para os efeitos desta Lei, a companhia é aberta ou fechada conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários. (Redação dada pela Lei n. 10.303, de 2001)
>
> § 1º. Somente os valores mobiliários de emissão de companhia registrada na Comissão de Valores Mobiliários podem ser negociados no mercado de valores mobiliários. (Redação dada pela Lei n. 10.303, de 2001)
>
> § 2º. Nenhuma distribuição pública de valores mobiliários será efetivada no mercado sem prévio registro na Comissão de Valores Mobiliários. (Incluído pela Lei n. 10.303, de 2001)
>
> § 3º. A Comissão de Valores Mobiliários poderá classificar as companhias abertas em categorias, segundo as espécies e classes dos valores mobiliários por ela emitidos negociados no mercado, e especificará as normas sobre companhias abertas aplicáveis a cada categoria. (Incluído pela Lei n. 10.303, de 2001)
>
> § 4º. O registro de companhia aberta para negociação de ações no mercado somente poderá ser cancelado se a companhia emissora de ações, o acionista controlador ou a sociedade que a controle, direta ou indiretamente, *formular oferta pública para adquirir a totalidade das ações em circulação no mercado*, por preço justo, ao menos igual ao valor de avaliação da companhia, apurado com base nos critérios, adotados de forma isolada ou combinada, de patrimônio líquido contábil, de patrimônio líquido avaliado a preço de mercado, de fluxo de caixa descontado, de comparação por múltiplos, de cotação das ações no mercado de valores mobiliários, ou com base em outro critério aceito pela Comissão de Valores Mobiliários, assegurada a revisão do valor da oferta, em conformidade com o disposto no art. 4º-A. (Incluído pela Lei n. 10.303, de 2001)
>
> § 5º. Terminado o prazo da oferta pública fixado na regulamentação expedida pela Comissão de Valores Mobiliários, se remanescerem em circulação menos de 5% (cinco por cento) do total das ações emitidas pela companhia, a assembléia-geral poderá deliberar o resgate dessas ações pelo valor da oferta de que trata o § 4º, desde que deposite em estabelecimento bancário autorizado pela Comissão de Valores Mobiliários, à disposição dos seus titulares, o valor de resgate, não se aplicando, nesse caso, o disposto no § 6º do art. 44. (Incluído pela Lei n. 10.303, de 2001)
>
> § 6º. O acionista controlador ou a sociedade controladora que adquirir ações da companhia aberta sob seu controle que elevem sua participação, direta ou

> indireta, em determinada espécie e classe de ações à porcentagem que, segundo normas gerais expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, impeça a liquidez de mercado das ações remanescentes, será obrigado a fazer oferta pública, por preço determinado nos termos do § 4º, para aquisição da totalidade das ações remanescentes no mercado. (Incluído pela Lei n. 10.303, de 2001)

A pretensão dos ora recorrentes, contudo, foi julgada improcedente em primeiro e segundo graus de jurisdição, dando ensejo ao presente recurso especial.

Passando à análise do recurso, deve-se admitir que impressiona a observação do Prof. CALIXTO SALOMÃO (fls. 3.454 s.), no sentido de que a norma referente à incorporação de ações está dissonante com o conjunto das normas da Lei n. 6.404/1976, orientadas atualmente para proteger o acionista minoritário ante o poder do acionista controlador.

Transcreve-se, a propósito, a norma referente à incorporação de ações:

> *Art. 252*. A incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira, para convertê-la em subsidiária integral, será submetida à deliberação da assembléia-geral das duas companhias mediante protocolo e justificação, nos termos dos artigos 224 e 225.
>
> § 1º A assembléia-geral da companhia incorporadora, se aprovar a operação, deverá autorizar o aumento do capital, a ser realizado com as ações a serem incorporadas e nomear os peritos que as avaliarão; os acionistas não terão direito de preferência para subscrever o aumento de capital, mas os dissidentes poderão retirar-se da companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230. (Redação dada pela Lei n. 9.457, de 1997)
>
> § 2º A assembléia-geral da companhia cujas ações houverem de ser incorporadas somente poderá aprovar a operação pelo voto de metade, no mínimo, das ações com direito a voto, e se a aprovar, autorizará a diretoria a subscrever o aumento do capital da incorporadora, por conta dos seus acionistas; os dissidentes da deliberação terão direito de retirar-se da companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230. (Redação dada pela Lei n. 9.457, de 1997)
>
> § 3º Aprovado o laudo de avaliação pela assembléia-geral da incorporadora, efetivar-se-á a incorporação e os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhes couberem.
>
> § 4º A Comissão de Valores Mobiliários estabelecerá normas especiais de avaliação e contabilização aplicáveis às operações de incorporação de ações que envolvam companhia aberta. (Redação dada pela Lei n. 11.941, de 2009)

Como se extrai desse enunciado normativo, a incorporação pode ser deliberada pelo controlador que detenha mais da metade das ações com direito a voto, restando aos minoritários dissidentes tão somente a opção pelo direito de retirada, que nem sempre é vantajosa, pois o reembolso da ação é calculado, em regra, pelo valor patrimonial da ação (cf. art. 45 da Lei n. 6.404/1976).

Especificamente acerca da incorporação de ações, merece transcrição a lição doutrinária de FÁBIO ULHOA COELHO, *litteris*:

> Trata-se da operação pela qual uma sociedade anônima se torna subsidiária integral de outra. Viabiliza-se pelo aumento do capital social da incorporadora, com emissão de novas ações, que serão subscritas em nome dos acionistas da futura subsidiária (a sociedade cujas ações são incorporadas), ao mesmo tempo em que se transfere à titularidade da primeira toda a participação societária representativa do capital social desta última. Tanto os acionistas da incorporadora de ações como os da sociedade cujas ações são incorporadas têm direito de recesso (art. 252). Também em relação a essa hipótese a lei nega o direito de retirada se há condições de o acionista facilmente negociar suas ações no mercado de capital. Quer dizer, se a ação da sociedade incorporadora de ações - titularizada desde antes da operação, ou atribuída, em razão desta, ao antigo sócio da subsidiária integral - possui boa liquidez ou dispersão, o dissidente não tem direito de retirada. (**Curso de direito comercial**. [livro eletrônico]. vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, cap. 25, item 3.5.1, sem grifos no original)

Portanto, a incorporação de ações difere da incorporação de uma sociedade por outra, pois, no primeiro caso, a sociedade incorporada continua existindo, na condição de subsidiária integral, ao passo que, no segundo, a sociedade incorporada é simplesmente extinta.

Pode-se dizer, portanto, que, na incorporação de ações, o controlador toma a posição do acionista minoritário na sociedade incorporada (o que no direito estadunidense é chamado '*squeeze out*' - fl. 3.455), retribuindo-o com ações da sociedade incorporadora, haja ou não interesse deste nessa substituição de ações.

Uma vez alçado à condição de único acionista, o controlador ficaria livre das normas que protegiam os minoritários (uma companhia de único acionista não tem minoritário), podendo tomar deliberações que antes não seriam tão fáceis de serem aprovadas e implementadas.

No caso dos autos, a norma protetiva apontada como fraudada pela controladora é o já mencionado art. 4, § 4º, que exige oferta pública no caso de fechamento de capital.

Sobre o fechamento de capital de uma sociedade, e o chamado "fechamento em branco", confira-se a lição de FÁBIO ULHÔA COELHO:

> No segundo caso, isto é, o de fechamento de sociedade aberta, a operação consiste no cancelamento do registro, ou registros de negociação das ações e valores mobiliários emitidos pela companhia, e envolve procedimentos mais complexos, estabelecidos na lei e em regulamentos, com o objetivo de zelar pelos interesses dos minoritários. Estes últimos empregaram o seu dinheiro num investimento que, conforme assinalado acima, tem maior liquidez e segurança relativa do que o realizado em ações de sociedade anônima fechada. A mudança da condição da companhia pode prejudicar, assim, os interesses de considerável parcela dos acionistas. O direito brasileiro - ao contrário, por exemplo, do argentino - não prevê o fechamento do capital como fato ensejador do recesso, mas procura assegurar ao minoritário condições equitativas na operação.
>
> A lei estabelece como condição para o fechamento da companhia a absorção das ações em circulação no mercado pelo acionista controlador. Para tanto, ele deve fazer *uma oferta pública de aquisição das ações da companhia*. Da oferta, deve constar o preço que o controlador se propõe a pagar aos titulares das ações em circulação no mercado (isto é, todas as ações menos as que pertencem ao controlador ou administradores, bem como as que se encontram em tesouraria). Esse preço deve corresponder, no mínimo, ao resultante de avaliação da companhia, empreendida com base em critérios definidos pela lei (patrimônio líquido contábil, patrimônio líquido avaliado a preço de mercado, fluxo de caixa descontado, comparação por múltiplos, cotação de ações no mercado) ou aceito pela CVM. Acionistas titulares de no mínimo 10% das ações em circulação com interesse na realização de nova avaliação, objetivando rever o preço ofertado, têm o direito de requerer, nos 15 dias seguintes à oferta pública, a convocação pelos administradores de uma assembleia especial dos interessados (os potenciais vendedores, destinatários da oferta). Aprovada pela maioria a nova avaliação, realiza-se esta; os custos correspondentes correm por conta da sociedade, a menos que a reavaliação resulte preço inferior ou igual ao oferecido pelo controlador, hipótese em que correrão por conta dos acionistas que a haviam requerido e dos que votaram a favor dela em assembleia.
>
> .....
>
> Para evitar fraude à lei (o chamado "*fechamento branco*"), sempre que o controlador adquirir, direta ou indiretamente, ações no mercado que acabem pondo em risco a liquidez desse valor mobiliário (cabe à CVM estabelecer os percentuais em que a potencialidade desse efeito se caracteriza), será também exigível a realização de oferta pública para aquisição das ações que remanesceram em circulação. (**Curso de direito comercial**. [livro eletrônico]. vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, cap. 22, item 5, sem grifos no original)

Com efeito, apesar de a proteção dos minoritários ser um tema sensível no âmbito do direito societário, merecendo especial atenção por esta Corte Superior, entendo que, no caso dos autos, não se vislumbra "fechamento em branco" ou fraude à lei.

Como as companhias envolvidas na operação eram de capital aberto, com ações plenas de liquidez, a incorporação de ações não retirou do acionista a possibilidade de alienar suas ações no mercado de capitais.

Diversamente, em um verdadeiro fechamento de capital, as ações perderiam a liquidez, pois não poderiam mais ser negociadas no mercado de capitais.

Justamente para proteger o minoritário dessa perda de liquidez é que a norma do art. 4, § 4º, exige do controlador uma oferta pública de aquisição de ações.

No caso da incorporação de ações realizada nos presentes autos, não tendo havido perda de liquidez, não há razão para se aplicar, por analogia, a norma do art. 4, § 4º.

Relembre-se que a integração do ordenamento jurídico por meio da analogia pressupõe que "a identidade entre os dois casos deve atender ao elemento em vista do qual o legislador formulou a regra que disciplina o caso previsto" (FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica** [*e-book*]. São Paulo: Ed. RT, 2015, Parte II, item 3.4).

No caso dos autos, não se verifica esse elemento de identidade, pelo contrário, existe importante elemento de distinção, que é a liquidez das ações, fato que impede a aplicação da analogia.

Acrescente-se que também não seria possível estender aos ora recorrentes, na qualidade de acionistas preferenciais, a oferta pública decorrente da primeira etapa da operação (alienação de controle), pois tal oferta é prevista tão somente em favor dos titulares de ações ordinárias, conforme já decidiu esta Corte Superior.

Nesse sentido, relembro o seguinte precedente da minha relatoria:

> Embargos de divergência. Sociedade anônima. Alienação de controle acionário de companhia aberta. Oferta pública para aquisição de ações. Interpretação do art. 255 da Lei n. 6.404/1976 em sua redação original. Acionistas minoritários. Tratamento eqüitativo. Garantia direcionada apenas aos portadores de ações ordinárias.

I. Pretensão de acionistas minoritários, detentores de ações preferenciais, de que lhes deveria ter sido dispensado o mesmo tratamento dos possuidores de ações ordinárias, por ocasião da oferta pública para a aquisição ou rateio de ações, pagando-se o mesmo preço por ação.

II. Tratando-se de alienação de controle acionário de companhia aberta (instituição financeira), dependente de autorização governamental para funcionar, a garantia de tratamento eqüitativo aos acionistas minoritários, mediante a simultânea oferta pública para aquisição de ações, previsto no § 1º do artigo 255 da Lei n. 6.404/1976 (em sua redação original), é dirigida apenas aos portadores de ações ordinárias, e não aos que detém as ações preferenciais, sem direito a voto.

III. Distinção entre a natureza das ações ordinárias e preferenciais.

Precedentes específicos do STJ.

IV. *Embargos de divergência desprovidos*. (EREsp 710.648/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, DJe 02.02.2015)

Destarte, o recurso especial não merece ser provido.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.652.588-SP (2016/0012863-4)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva
Recorrente: Luciano Ribeiro Faccioli
Recorrente: Patrícia Maldonado Aricó
Advogados: Carla Bernardes Duarte Barreto - SP239840
Katia Mitte Sakai Martins Bezerra e outro(s) - SP340445
Recorrente: Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda
Advogado: Marco Aurélio Souza e outro(s) - SP193035
Recorrido: Iara Ramires da Silva de Castro
Recorrido: Roberta Vicente Sanches de Castro
Advogados: Mariângela Teixeira Lopes Leão e outro(s) - SP179244
Ísis Teixeira Lopes Leão - SP325860

EMENTA

Recurso especial. Ação indenizatória. Responsabilidade civil. Danos morais. Imagem. Imprensa. Programa jornalístico. Dever de informação. Liberdade de imprensa. Limites. Ato ilícito. Comprovação. Reportagem com conteúdo ofensivo. Regular exercício de direito. Não configuração. Responsabilidade solidária da emissora e dos jornalistas. Súmula n. 221/STJ. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Magistrado como destinatário das provas. Independência das instâncias cível e criminal. Quantificação do dano extrapatrimonial. Desproporcionalidade. Não configuração. Reexame de provas. Inadmissibilidade. Súmula n. 7/STJ.

1. Enquanto projeção da liberdade de manifestação de pensamento, a liberdade de imprensa não se restringe aos direitos de informar e de buscar informação, mas abarca outros que lhes são correlatos, tais como os direitos à crítica e à opinião. Por não possuir caráter absoluto, encontra limitação no interesse público e nos direitos da personalidade, notadamente à imagem e à honra, das pessoas sobre as quais se noticia.

2. Diferentemente da imprensa escrita, a radiodifusão consiste em concessão de serviço público, sujeito a regime constitucional específico, que determina que a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão devem observar, entre outros princípios, o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (art. 221, IV, da CF).

3. A liberdade de radiodifusão não impede a punição por abusos no seu exercício, como previsto no Código Brasileiro de Telecomunicações, em disposição recepcionada pela nova ordem constitucional (art. 52 da Lei n. 4.117/1962).

4. Em se tratando de matéria veiculada pela imprensa, a responsabilidade civil por danos morais exsurge quando fica evidenciada a intenção de injuriar, difamar ou caluniar terceiro.

5. No caso vertente, a confirmação do entendimento das instâncias ordinárias quanto ao dever de indenizar não demanda o reexame do conjunto probatório, mas apenas a sua valoração jurídica, pois os fatos não são controvertidos.

6. Não configura regular exercício de direito de imprensa, para os fins do art. 188, I, do CC/2002, reportagem televisiva que contém comentários ofensivos e desnecessários ao dever de informar, apresenta julgamento de conduta de cunho sensacionalista, além de explorar abusivamente dado inverídico relativo à embriaguez na condução de veículo automotor, em manifesta violação da honra e da imagem pessoal das recorridas.

7. Na hipótese de danos decorrentes de publicação pela imprensa, são civilmente responsáveis tanto o autor da matéria jornalística quanto o proprietário do veículo de divulgação (Súmula n. 221/STJ). Tal enunciado não se restringe a casos que envolvam a imprensa escrita, sendo aplicável a outros veículos de comunicação, como rádio e televisão. Precedentes.

8. O destinatário final da prova é o juiz, a quem cabe avaliar quanto à sua efetiva conveniência e necessidade, advindo daí a possibilidade de indeferimento das diligências inúteis ou meramente protelatórias, em consonância com o disposto na parte final do art. 130 do CPC/1973.

9. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que compete às instâncias ordinárias exercer juízo acerca da necessidade ou não de dilação probatória, haja vista sua proximidade com as circunstâncias fáticas da causa, cujo reexame é vedado no âmbito de recurso especial, a teor da Súmula n. 7/STJ.

10. O ônus da prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor compete aos réus (art. 333, II, do CPC/1973). Não configura cerceamento de defesa o indeferimento de diligência se lhes era plenamente possível carrear aos autos, por sua própria iniciativa, os elementos probatórios que julgavam necessários ao deslinde da causa.

11. A sentença absolutória na seara criminal possui efeito vinculante sobre o juízo cível apenas quando restam negadas a materialidade ou a autoria do fato. O mesmo não ocorre no julgamento de improcedência da ação penal por ausência de justa causa, seja porque vigora o princípio da independência das instâncias, seja porque o juízo acerca da configuração típica dos crimes contra a honra difere da apreciação feita no âmbito cível quanto aos requisitos caracterizadores do dano moral, que também admite a modalidade culposa.

12. É possível a revisão do montante fixado a título de indenização por danos morais apenas quando irrisório ou abusivo, em face do quadro fático delineado nas instâncias locais, sob pena de afronta à Súmula n. 7/STJ.

13. A quantificação do dano extrapatrimonial deve levar em consideração parâmetros como a capacidade econômica dos ofensores, as condições pessoais das vítimas e o caráter pedagógico e sancionatório da indenização, critérios cuja valoração requer o exame do conjunto fático-probatório.

14. Indenização arbitrada em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada vítima, que não se revela desproporcional ante a abrangência do dano decorrente de reportagem televisionada e disponibilizada na *internet*.

15. Recursos especiais não providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento aos recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Moura Ribeiro (Presidente), Nancy Andrighi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze.

Brasília (DF), 26 de setembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

DJe 2.10.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de dois recursos especiais interpostos, respectivamente, por *Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda.* (e-STJ fls. 312/328) e por *Luciano Ribeiro Faccioli* e *Patrícia Maldonado Aricó* (e-STJ fls. 334/346), ambos com fulcro no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo assim ementado:

> Indenização por danos morais. Matéria exposta em programa televisivo. Cerceamento de defesa não se faz presente. Devido processo legal observado. Desnecessidade de outras provas. Documentação existente é suficiente para a entrega da prestação jurisdicional no mérito. Episódio exigia a informação correspondente, todavia, o polo passivo ultrapassou o direito de informar, fazendo comentários humilhantes e expondo as autoras à situação vexatória. Direito de informação exige responsabilidade. Abusividade caracterizada. Expressões ofensivas afrontaram a dignidade da pessoa humana das requerentes, ampliando a aflição psicológica. Danos morais configurados. Verba reparatória compatível com as peculiaridades da demanda. Honorários advocatícios fixados com equilíbrio. Recursos desprovidos (e-STJ fl. 301).

Cuida-se, na origem, de demanda indenizatória ajuizada por *Iara Ramires da Silva de Castro* e *Roberta Vicente Sanches de Castro* (e-STJ fls. 1/11) objetivando a reparação pelos prejuízos de ordem imaterial (danos morais) que alegam ter sofrido em virtude de comentários proferidos por *Luciano Faccioli* e *Patrícia Maldonado* em matéria jornalística transmitida pela emissora *Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda.* e disponibilizada na *internet*.

A título de reparação pelos danos morais sofridos, as autoras requereram o pagamento de indenização individualizada no valor de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), bem como a responsabilização, em caráter solidário, da *Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda.*, com fundamento na Súmula n. 341/STF.

A sentença de primeiro grau (e-STJ fls. 203/207) julgou parcialmente procedente a ação para condenar os réus, solidariamente, ao pagamento de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a cada autora.

No julgamento das apelações interpostas pelas autoras (e-STJ fls. 214/220) e pelos réus (e-STJ fls. 226/248 e fls. 253/268), a Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP – negou provimento aos recursos e manteve integralmente a sentença.

Irresignados, apenas os réus interpuseram recursos especiais.

Nas suas razões recursais, a *Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda.* (e-STJ fls. 312/328) sustenta que o acórdão recorrido violou os arts. 186 e 188, I, do Código Civil, ante a inexistência de ato ilícito apto a ensejar a condenação por danos morais, tendo em vista que a matéria jornalística foi de relevante interesse público e não houve abuso do direito de informar.

Alega que a condenação se deu em valor exorbitante com relação ao suposto dano sofrido (e-STJ fl. 321), em ofensa ao art. 884 do Código Civil, que veda o enriquecimento ilícito.

Aduz, ainda, que a reportagem está amparada pelo exercício do direito de imprensa, pois "a emissora Recorrente não agiu de forma ilícita a prejudicar ou ofender a imagem do autor/recorrente, tendo se limitado a expor a notícia e a tecer críticas oportunas à situação relatada" (e-STJ fl. 324).

Por seu turno, *Luciano Faccioli* e *Patrícia Maldonado* (e-STJ fls. 334/346) apontam que o acórdão violou os arts. 332 e 333, II, do Código de Processo Civil de 1973 e incorreu em cerceamento de defesa ao indeferir o pedido dos réus para expedição de ofício ao juízo criminal no qual tramitava ação penal acerca da mesma situação fática.

De acordo com os segundos recorrentes,

> (...)
>
> na ação criminal foi apurado que não houve crime, ou seja, que as palavras exaradas pelos jornalistas não ofenderam a honra das recorridas. E, não tendo sido as palavras violadoras da honra das recorridas, não pode se afirmar que elas mereçam indenização por danos morais, pois esta só poderá se concretizar se realmente tenha ocorrido algum dano (e-STJ fl. 341).

Além disso, tal qual a primeira recorrente, sustentam que a indenização foi arbitrada em valor exorbitante e desproporcional, violando o disposto no art. 884 do Código Civil (e-STJ fl. 343).

Assim, a *Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda.* requer o provimento do recurso especial para julgar a demanda improcedente. Já *Luciano Faccioli* e *Patrícia Maldonado* pleiteiam a reforma do acórdão para afastar a condenação ou, subsidiariamente, para minorar a indenização imposta.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 354/360), os recursos especiais foram inadmitidos na origem (e-STJ fls. 362/363 e 364/365), ascendendo a esta Corte Superior por força do provimento dos subsequentes recursos de agravo (e-STJ fls. 406/407 e 408/409).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): Não assiste razão aos recorrentes.

I. Histórico

Extrai-se dos autos que Iara Ramires da Silva de Castro e sua filha Roberta Vicente Sanches de Castro ajuizaram ação indenizatória contra a Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda., Luciano Ribeiro Faccioli e Patrícia Maldonado Aricó, objetivando vê-los condenados solidariamente à reparação dos danos morais que lhes teriam sido ocasionados em virtude de reportagem veiculada no programa "Primeiro Jornal", televisionada e disponibilizada *on-line* na plataforma da referida emissora.

Na inicial, as autoras, aqui recorridas, aduziram que a supramencionada matéria jornalística violou seus direitos da personalidade ao noticiar, inveridicamente, fatos relativos a desentendimento ocorrido durante tentativa de autuação em *blitz* da Polícia Militar de São Paulo na madrugada do dia 12 de julho de 2012.

De acordo com as autoras, no momento da abordagem policial, *Roberta de Castro* se recusou a permitir vistoria no veículo, por entender inexistir justificativa para tanto. Diante da negativa, a motorista foi instada a se submeter ao teste do bafômetro, o que também recusou.

Narram que, após a condutora negar o consumo de bebida alcoólica e apresentar a devida documentação, um soldado da polícia militar agrediu sua mãe, *Iara de Castro*, gritando e empurrando-a. Alegam que apenas nesse momento, e em razão da agressão sofrida, *Roberta de Castro*, que é advogada, "gritou que estavam agredindo uma desembargadora" (e-STJ fl. 3). Afirmam ter se dirigido então à Corregedoria da Polícia Militar, a fim de promover representação contra os policiais militares envolvidos, e, em seguida, comparecido perante a 78ª DP para prestar esclarecimentos. Informam que *Roberta de Castro* se submeteu à perícia sanguínea, a qual apontou resultado negativo de álcool no sangue.

Segundo a exordial, a despeito da conclusão do teste de alcoolemia, no programa jornalístico, os apresentadores *Luciano Faccioli* e *Patrícia Maldonado* "falaram insistentemente que a advogada e sua mãe estavam embriagadas e recusaram-se a realizar o exame etilômetro utilizando-se da profissão da Sra. Iara". Além disso, "com o intuito de chocar, e obter audiência, às custas da imagem das autoras, os jornalistas (...) afirmaram a todo momento que a advogada e sua genitora deram uma 'carteirada' nos policiais militares" (e-STJ fl. 3).

Também teriam sido proferidas frases jocosas e grosseiras, tais como "vai encher o saco", "a mãe dela é doutora ela é dotorzinha ou doutorinha", "ela é

desembargadora, é otoridade (*sic*) não pode ela usa roupa bonita, usa terninho, usa papel higiênico folha dupla no gabinete do Tribunal Regional do Trabalho onde ela despacha", "jogou a carteirinha", e "a doutora Iara tem que educar melhor sua filha" (e-STJ fl. 4).

O cerne da controvérsia posta nos presentes autos consiste em aferir se a reportagem jornalística em questão configurou ato ilícito - apto a ensejar a responsabilização solidária da emissora e de seus prepostos por danos morais - ou se caracterizou, conforme alegam os recorrentes, regular exercício do direito à liberdade de expressão e de informação jornalística.

É necessário avaliar, inicialmente, a ocorrência de eventual excesso no exercício da liberdade de imprensa e, posteriormente, a adequação da indenização cominada no acórdão recorrido aos critérios de proporcionalidade e equidade exigidos por lei.

Além disso, investiga-se a existência de cerceamento de defesa no indeferimento de pedido de produção de provas que evidenciariam fato modificativo do direito das autoras.

Como questão de fundo, analisa-se, ainda, a possibilidade de condenação por danos morais decorrentes de comentários desairosos, visto que na seara criminal houve absolvição dos autores das supostas ofensas.

Embora os recursos especiais ora analisados se diferenciem pontualmente, conforme detalhado no relatório, verifica-se que as pretensões recursais, bem como as razões de mérito sobre as quais se alicerçam, são condizentes entre si.

Assim, considerando-se que a solução jurídica é idêntica, no sentido da improcedência dos pleitos e da manutenção do entendimento das instâncias ordinárias, passa-se à análise conjunta dos argumentos deduzidos.

II. Da configuração de ato ilícito, do dano moral e do dever de indenizar. Da inexistência de violação dos artigos 186 e 188, I, do Código Civil

Inicialmente, ressalta-se que a alegação de inexistência da responsabilidade civil por dano moral, no que tange ao conteúdo jurídico-normativo do regular exercício do direito de imprensa e à possibilidade de responsabilização dos veículos de comunicação e de seus prepostos, não demanda o reexame do conjunto probatório, visto que os fatos não são controvertidos. Trata-se, sim, de sua valoração jurídica, em exercício hermenêutico.

No caso em análise, contrapõem-se o direito à liberdade de manifestação e de imprensa, titularizado pelos *recorrentes*, ao direito das *recorridas* à preservação de sua honra e imagem, todos constitucionalmente assegurados.

De forma majoritária, a doutrina brasileira compreende que, diante da colisão entre direitos fundamentais, a solução mais adequada reside no sopesamento dos interesses em disputa, buscando adequá-los mutuamente, sem que um afaste integralmente o outro.

Nas palavras de Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, o magistrado deve "promover, na medida do possível, uma realização otimizada dos bens jurídicos em confronto". (In: *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pág. 512)

Em importante inovação com relação ao Código Civil de 1916, que previa somente a responsabilidade extracontratual por ato ilícito (art. 159), o atual Código Civil a amparou em duas hipóteses: o ato ilícito e o abuso de direito, conforme disposto, respectivamente, nos arts. 186 e 187 do CC/2002.

Nos exatos termos do art. 187 do CC/2002, o conceito de ato ilícito passou a abarcar a conduta do "titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes" (art. 187 do CC/2002).

Assim, o dever de indenizar também exsurge do exercício irregular de direitos que ocasiona dano a outrem, ainda que de índole exclusivamente moral.

Conforme sintetiza Sérgio Cavalieri Filho, a aplicação da lei civil à luz da Constituição vigente compreende o dano moral a partir de dois aspectos distintos: em sentido estrito, como a violação do direito à dignidade humana, atributo máximo dos indivíduos, ou, em sentido mais amplo, englobando diversos graus de ofensa a direitos da personalidade, tais como a imagem, a reputação e direitos autorais. (In: *Programa de Responsabilidade Civil* - 10ª Edição São Paulo 2012. Editora: Editora Atlas. págs. 88/91)

Sobre o tema, assim leciona Yussef Said Cahali, com uma perspectiva igualmente amplificada:

> (...)
>
> Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los

> exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral. (*In*: Dano moral. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, págs. 20-21)

É certo que a Constituição assegura a inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas, prevendo o direito a indenização pelos danos materiais ou morais decorrentes de sua violação (art. 5º, X).

Por seu turno, a liberdade de imprensa também se reveste de conteúdo constitucional, estando indissociavelmente relacionada com a própria garantia do Estado Democrático de Direito. Isso não significa, contudo, que se trate de direito de caráter absoluto, a impedir a justa responsabilização por excessos cometidos no livre exercício da atividade jornalística.

Conforme já assentou o Supremo Tribunal Federal, no histórico julgamento da ADPF n. 130:

> Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Lei de Imprensa. Adequação da ação. Regime constitucional da "liberdade de informação jornalística", expressão sinônima de liberdade de imprensa. A "plena" liberdade de imprensa como categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia. A plenitude da liberdade de imprensa como reforço ou sobretutela das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Liberdades que dão conteúdo às relações de imprensa e que se põem como superiores bens de personalidade e mais direta emanação do princípio da dignidade da pessoa humana. O capítulo constitucional da comunicação social como segmento prolongador das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Transpasse da fundamentalidade dos direitos prolongados ao capítulo prolongador. Ponderação diretamente constitucional entre blocos de bens de personalidade: o bloco dos direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa e o bloco dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada. Precedência do primeiro bloco. Incidência *a posteriori* do segundo bloco de direitos, para o efeito de assegurar o direito de resposta e assentar responsabilidades penal, civil e administrativa, entre outras consequências do pleno gozo da liberdade de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção a interesses privados que, mesmo incidindo *a posteriori*, atua sobre as causas para inibir abusos por parte da imprensa. Proporcionalidade entre liberdade de imprensa e responsabilidade civil por danos

morais e materiais a terceiros. Relação de mútua causalidade entre liberdade de imprensa e democracia. Relação de inerência entre pensamento crítico e imprensa livre. A imprensa como instância natural de formação da opinião pública e como alternativa à versão oficial dos fatos. Proibição de monopolizar ou oligopolizar órgãos de imprensa como novo e autônomo fator de inibição de abusos. Núcleo da liberdade de imprensa e matérias apenas perifericamente de imprensa. Autorregulação e regulação social da atividade de imprensa. Não recepção em bloco da Lei n. 5.250/1967 pela nova ordem constitucional. Efeitos jurídicos da decisão. Procedência da ação.

(...)

2. *Regime constitucional da liberdade de imprensa como reforço das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão em sentido genérico, de modo a abarcar os direitos à produção intelectual, artística, científica e comunicacional*. A Constituição reservou à imprensa todo um bloco normativo, com o apropriado nome "Da Comunicação Social" (capítulo V do título VIII). *A imprensa como plexo ou conjunto de "atividades" ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de per se e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, Constituição, destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Entendendo-se por pensamento crítico o que, plenamente comprometido com a verdade ou essência das coisas, se dota de potencial emancipatório de mentes e espíritos. O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçante de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização.*

(...)

4. Mecanismo Constitucional de Calibração de Princípios. *O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal*: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); *direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X)*; livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). Noutros termos, primeiramente, assegura-

> se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a "livre" e "plena" manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisia à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. *Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando* a posteriori, *infletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa.*
>
> (...)
>
> (ADPF 130, Relator(a): Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 30.04.2009, DJe-208 divulg 05.11.2009 public 06.11.2009 Ement vol-02381-01 pp-00001 RTJ vol-00213-01 pp-00020 - grifou-se).

A liberdade de imprensa, enquanto projeção da liberdade de manifestação de pensamento, não se restringe aos direitos de informar e de buscar informação, mas abarca outros que lhes são correlatos, tais como os direitos à crítica e à opinião. Portanto, ainda que feita de forma contundente ou irônica, a crítica jornalística é, em princípio, legítima e de interesse social, sobretudo quando diz respeito a pessoas públicas.

Contudo, não é possível chancelar o comportamento de veículos e profissionais da imprensa que, a pretexto de informar, transbordam os limites do interesse público e atingem direitos da personalidade, implicando danos à imagem e à honra das pessoas sobre as quais noticiam. Há uma esfera de proteção do indivíduo que não pode ser violada.

No mesmo sentido:

> Recurso especial. Direito de informação, expressão e liberdade de imprensa. Direitos não absolutos. Compromisso com a ética e a verdade. Vedação à crítica difamatória e que comprometa os direitos da personalidade. Dano moral. Indenização. Arbitramento. Método bifásico.
>
> *1. A doutrina brasileira distingue as liberdades de informação e de expressão, registrando que a primeira diz respeito ao direito individual de comunicar livremente*

fatos e ao direito difuso de ser deles informado; por seu turno, a liberdade de expressão destina-se a tutelar o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano.

2. A liberdade de imprensa, por sua vez, é manifestação da liberdade de informação e expressão, por meio da qual é assegurada a transmissão das informações e dos juízos de valor, a comunicação de fatos e ideias pelos meios de comunicação social de massa.

3. As liberdades de informação, de expressão e de imprensa, por não serem absolutas, encontram limitações ao seu exercício, compatíveis com o regime democrático, tais como o compromisso ético com a informação verossímil; a preservação dos direitos da personalidade; e a vedação de veiculação de crítica com fim único de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (animus injuriandi vel diffamandi).

4. A pedra de toque para aferir-se legitimidade na crítica jornalística é o interesse público, observada a razoabilidade dos meios e formas de divulgação da notícia, devendo ser considerado abusivo o exercício daquelas liberdades sempre que identificada, em determinado caso concreto, a agressão aos direitos da personalidade, legitimando-se a intervenção do Estado-juiz para por termo à desnecessária violência capaz de comprometer a dignidade.

5. No caso dos autos, após a informação de um fato verdadeiro, que, por si só, não seria notícia, desenvolveu-se uma narrativa afastada da realidade, da necessidade e de razoabilidade, agindo o autor da publicação, evidentemente, distante da margem tolerável da crítica, transformando a publicação em verdadeiro escárnio com a instituição policial e, principalmente, em relação ao Superintendente Regional da Polícia Federal, condutor das atividades investigativas, que foram levianamente colocadas à prova pelo jornalista.

6. Detectado o dano, exsurge o dever de indenizar e a determinação do quantum devido será alcançada a partir do método bifásico de arbitramento equitativo da indenização: numa primeira etapa, estabelece-se o valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes e, na segunda etapa, as circunstâncias do caso serão consideradas, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz.

7. Recurso especial provido.

(REsp 1.627.863/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25.10.2016, DJe 12.12.2016 - grifou-se)

Recurso especial. Ação de compensação por danos morais. Publicações em *blog* de jornalista. Conteúdo ofensivo. Responsabilidade civil. Liberdade de imprensa. Abusos ou excessos. Artigos analisados: arts. 186, 187 e 927 do Código Civil.

1. Ação de compensação por danos morais ajuizada em 09.10.2007. Recurso especial concluso ao Gabinete em 03.06.2013.

2. Discussão acerca da potencialidade ofensiva de publicações em *blog* de jornalista, que aponta envolvimento de ex-senador da República com atividades ilícitas, além de atribuir-lhe as qualificações de mentiroso, patife, corrupto, pervertido, depravado, velhaco, pusilânime, covarde.

3. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos.

4. Em se tratando de questões políticas, e de pessoa pública, como o é um Senador da República, é natural que haja exposição à opinião e crítica dos cidadãos, da imprensa. *Contudo, não há como se tolerar que essa crítica desvie para ofensas pessoais. O exercício da crítica, bem como o direito à liberdade de expressão não pode ser usado como pretexto para atos irresponsáveis, como os xingamentos, porque isso pode implicar mácula de difícil reparação à imagem de outras pessoas* - o que é agravado para aquelas que têm pretensões políticas, que, para terem sucesso nas urnas, dependem da boa imagem pública perante seus eleitores.

5. Ao contrário do que entenderam o Juízo de primeiro grau e o Tribunal de origem, convém não esquecer que *pessoas públicas e notórias não deixam, só por isso, de ter o resguardo de direitos da personalidade.*

6. *Caracterizada a ocorrência do ato ilícito, que se traduz no ato de atribuir a alguém qualificações pejorativas e xingamentos, dos danos morais e do nexo de causalidade*, é de ser reformado o acórdão recorrido para julgar procedente o pedido de compensação por danos morais.

7. Recurso especial provido.

(REsp 1.328.914/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11.03.2014, DJe 24.03.2014 - grifou-se)

Assim, em se tratando de matéria veiculada pela imprensa, a responsabilidade civil por danos morais exsurge quando seu conteúdo possuir a evidente intenção de injuriar, difamar ou caluniar terceiro.

Na lição de Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

(...)

A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não – até porque "diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista" [2].

> No direito de expressão cabe, segundo a visão generalizada, toda mensagem, tudo o que se pode comunicar – juízos, propaganda de ideias e notícias sobre fatos.
>
> A liberdade de expressão, contudo, não abrange a violência. Toda manifestação de opinião tende a exercer algum impacto sobre a audiência – esse impacto, porém, há de ser espiritual, não abrangendo a coação física. No dizer de Ulrich Karpen, "as opiniões devem ser endereçadas apenas ao cérebro, por meio de argumentação racional ou emocional ou por meras assertivas" [3] – outra compreensão entraria em choque com o propósito da liberdade em tela. (*In*: Curso de Direito Constitucional. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, págs. 603/604)

Em nota explicativa, os referidos autores remetem, ainda, ao entendimento de Castanho de Carvalho, segundo o qual, "no que tange ao linguajar empregado, a notícia é ilegítima se não se usa a leal clareza, ou seja, se se procede com insinuações, subentendidos, sugestionamentos, tom despropositadamente escandalizado ou artificioso e sistemática dramatização de notícias que devem ser neutras" (Castanho de Carvalho apud Mendes, *op. cit.*, pág. 700).

No caso em tela, as instâncias de origem, soberanas na análise das circunstâncias fáticas da causa, decidiram pela procedência do pleito das autoras, entendendo que a matéria veiculada no programa "Primeiro Jornal", transmitido pela *Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda.*, excedeu aos limites da liberdade de imprensa, configurando ato ilícito. Quando isso ocorre, fica claro o dever de indenizar.

É o que se extrai do seguinte excerto, transcrito da sentença:

> (...)
>
> No que tange ao mérito, podemos dividir a reportagem envolvendo os fatos aqui trazidos (analisado no *youtube*) em duas partes: a) a reportagem propriamente dita e nesta não se observa qualquer abusividade por parte das rés, já que apenas informam sobre os acontecimentos que foram narrados pelas autoridades policiais e b) os comentários feitos pelos réus Luciano Faccioli e Patricia Maldonado e nestes, patente o abuso de direito, já que fizeram comentários desnecessários que em nada elucida a notícia.
>
> Se os magistrados ou qualquer outra autoridade pública não podem se beneficiar do cargo para atingir fins ilícitos e imorais, também não pode a imprensa, hoje sem dúvida um Quarto Poder, se utilizar de sua força, de sua penetração na sociedade, de seu poder de convencimento, para achincalhar sem qualquer prova dos fatos a vida de terceiros.

Deve-se observar que o próprio policial envolvido afirmou que "somente após dirigir-me insistentemente para que se identificasse é que a Dra. Iara Ramires apresentou sua funcional de Desembargadora do TRT (...)" (fls. 24/26), bem como que Roberta não estava embriagada, conforme documento de fls. 22, e apenas se utilizou do direito já reconhecido pelos nossos Tribunais de não fazer o teste do bafômetro.

Por sua vez, mesmo que verdade fosse que as requerentes houvessem desacatado policiais, invocado os cargos de desembargadora e advogada para evitar qualquer punição ou que estivesse a segunda autora embriagada, os comentários inapropriados e até mesmo vexatórios realizados pelos apresentadores do programa televisionado já seriam suficientes para ensejar o pedido de danos morais.

Afinal, conforme o disposto no artigo 187 do C.C., "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes".

Dizem os dois repórteres, de forma pejorativa, que Iara seria "doutora" e a Roberta "doutorinha", com o claro intuito de menosprezar suas imagens.

Ainda, com comentários totalmente desnecessários, falam da "roupinha" das autoras, do gabinete com ar condicionado da primeira e que usam papel higiênico com folha dupla no banheiro do Tribunal. Lamentáveis esses comentários que só demonstram a irresponsabilidade de alguns jornalistas que não tem consciência de seu papel na sociedade.

Veja-se e isso é fundamental destacar, que tem a impressa total liberdade de divulgar notícias, inclusive como esta, todavia, os comentários dos apresentadores em nada acrescem às informações dadas, desvirtuando-se os réus de sua efetiva atividade e constrangendo as requerentes.

No mais, apesar da matéria em si não ser ofensiva, e sim os comentários efetuados pelos apresentadores, possui a primeira ré, Bandeirantes, responsabilidade solidária quanto a eles, considerando sua responsabilidade objetiva.

Neste sentido dispõe a Súmula 341 do STF: "É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto".

Assim, patente o ato ilícito das rés, o dano moral é incontestável. (...) (e-STJ fls. 204-205 - grifou-se).

No mesmo sentido, eis a fundamentação exposta no voto do Relator, que integra o aresto recorrido:

(...)

> Quanto ao mérito, as expressões utilizadas pelo órgão de comunicação e seus prepostos não se limitaram a noticiar o ocorrido, sendo a sentença clara e precisa quanto a este aspecto.
>
> De fato, o acontecimento estava apto à informação, restringindo-se exclusivamente à narração, inclusive do que foi proferido por autoridades presentes na ocasião, portanto, em relação à reportagem em si, não se vislumbra qualquer abusividade no direito de informar.
>
> *Em contrapartida, quando os jornalistas réus teceram comentários desairosos, utilizando-se do órgão de comunicação integrante do polo passivo, eles ultrapassaram o dever de informar, expondo as autoras à situação vexatória e humilhante, sendo que expressões como doutorzinha ou doutorinha não evidenciam o direito de informação, mas apenas afrontam a dignidade da pessoa humana.*
>
> *Desta forma, na hipótese em testilha foi ultrapassado o limite imposto ao direito de informar, visto que questão relacionada às vestimentas das autoras, como a expressão roupinha utilizada pelos corréus na ocasião, em nada contribui para o interesse público, mas apenas para que os jornalistas, com a facilidade que os meios de comunicação proporcionam, venham a tratar as pessoas com desdém imensurável.*
>
> (...)
>
> Além do que, foram utilizados aspectos abrangendo sensacionalismo barato com relação às condições de trabalho da correquerente, no que tange à *qualidade do papel higiênico que seria utilizado no local do labor, ressaltando-se que não fora constatada nenhuma embriaguez envolvendo a coautora*, fls. 22, portanto, a abusividade é notória.
>
> Destarte, os danos morais se fazem presentes, sendo desnecessária a comprovação, uma vez que está vinculada à própria matéria televisiva.
>
> O polo passivo, ao agir de forma distorcida, ampliou a aflição psicológica das integrantes do polo ativo, agindo somente em busca de audiência, não se preocupando estritamente com a informação, mas sim, com a repercussão, dando ênfase com comentários desabonadores, o que ocasionou enorme angústia e profundo desgosto às ora requerentes (...) (e-STJ fls. 304/306 - grifou-se).

Como acentuado na origem, a matéria televisiva conteve comentários ofensivos e desnecessários ao dever de informar, apresentando julgamento de conduta de cunho sensacionalista, desdenhando das roupas das recorridas e até do papel higiênico utilizado em seus locais de trabalho. Além disso, explorou abusivamente dado inverídico relativo à embriaguez da condutora do veículo, que não se constatou.

Assim, sendo manifesta a violação da honra e da imagem pessoal das recorridas, não há falar em regular exercício de direito, para os fins do art. 188, I, do Código Civil.

Ressalta-se que, diferentemente da imprensa escrita, a radiodifusão consiste em concessão de serviço público, sujeito a regime constitucional específico, que determina que a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão devem observar, entre outros princípios, o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (art. 221, IV, da Constituição de 1988).

Nota-se que já no Código Brasileiro de Telecomunicações de 1962, em disposição recepcionada pela nova ordem constitucional, compreendia-se que "a liberdade de radiodifusão não exclui a punição dos que praticarem abusos no seu exercício" (art. 52 da Lei n. 4.117/1962).

No que diz respeito especificamente à alegação da recorrente *Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda.* de que não houve culpa capaz de ensejar a responsabilidade civil, duas considerações são necessárias.

Em primeiro lugar, a teor da Súmula n. 221/STJ, "são civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação". Conforme entendimento consolidado, tal enunciado não se restringe a casos que envolvam a imprensa escrita, sendo aplicável a outros veículos de comunicação, como rádio e televisão.

A propósito:

> Direito Civil. *Internet*. *Blogs*. Natureza da atividade. Inserção de matéria ofensiva. Responsabilidade de que mantém e edita o *blog*. Existência. Enunciado n. 221 da Súmula/STJ. Aplicabilidade.
>
> 1. A atividade desenvolvida em um *blog* pode assumir duas naturezas distintas: (i) provedoria de informação, no que tange às matérias e artigos disponibilizados no *blog* por aquele que o mantém e o edita; e (ii) provedoria de conteúdo, em relação aos posts dos seguidores do *blog*.
>
> 2. Nos termos do enunciado n. 221 da Súmula/STJ, são civilmente responsáveis pela reparação de dano derivado de publicação pela imprensa, tanto o autor da matéria quanto o proprietário do respectivo veículo de divulgação.
>
> *3. O enunciado n. 221 da Súmula/STJ incide sobre todas as formas de imprensa, alcançado, assim, também os serviços de provedoria de informação, cabendo àquele que mantém* blog *exercer o seu controle editorial, de modo a evitar a inserção no site de matérias ou artigos potencialmente danosos.*
>
> 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.
>
> (REsp 1.381.610/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03.09.2013, DJe 12.09.2013 - grifou-se)

> Direito Civil e Processual Civil. Responsabilidade civil. Dano moral. Exploração indevida da imagem. Legitimidade passiva. Indenização. Revisão pelo STJ. Limites.
>
> 1. Nos termos do enunciado n. 221 da Súmula/STJ, são civilmente responsáveis pela reparação de dano derivado de publicação pela imprensa, tanto o autor da matéria quanto o proprietário do respectivo veículo de divulgação.
>
> *2. O enunciado n. 221 da Súmula/STJ não se aplica exclusivamente à imprensa escrita, abrangendo também outros veículos de imprensa, como rádio e televisão.*
>
> 3. A revisão, pelo STJ, do valor arbitrado a título de danos morais somente é possível se o montante se mostrar irrisório ou exorbitante, fora dos padrões da razoabilidade. Precedentes.
>
> 4. Recurso especial a que se nega provimento.
>
> (REsp 1.138.138/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 25.09.2012, DJe 05.10.2012 - grifou-se)

> Dano moral. Programa de rádio. Ilegitimidade do Diretor-Presidente. Legitimidade do radialista. Inteligência da Súmula 221.
>
> - Tanto o radialista quanto o proprietário do veículo de divulgação (rádio-programa) são civilmente responsáveis pelo ressarcimento do dano moral, decorrente de manifestação radiofônica.
>
> (REsp 125.696/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 07.10.2004, DJ 21.03.2005, p. 360 - grifou-se)

Além disso, conforme asseverado na sentença de primeiro grau, tem incidência, por analogia, o entendimento da Súmula n. 341/STF, segundo a qual "é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto". Assim, não se discute a culpa da emissora no caso em apreço, sendo irretocável a conclusão das instâncias ordinárias quanto à responsabilidade solidária dos recorrentes pelos danos extrapatrimoniais causados.

Não há falar em ato lícito, tampouco em violação dos arts. 186 e 188, inciso I, do Código Civil, haja vista que ficou consignado que extrapolaram os limites da liberdade de expressão e de imprensa ao exercerem seu direito de informar.

III. Da inexistência de cerceamento de defesa no indeferimento da produção de provas. Da não violação dos arts. 332 e 333, II, do Código de Processo Civil

No que se refere à alegação de cerceamento de defesa devido ao indeferimento do pedido dos recorrentes *Luciano Ribeiro Faccioli* e *Patrícia Maldonado Aricó* para produção de provas, o acórdão recorrido também não merece reparos.

Por força dos princípios da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz, positivados no art. 130 do CPC/1973, compete ao julgador determinar as provas que julgar necessárias à formação de seu entendimento, bem como indeferir as diligências que considerar inúteis ou protelatórias.

O juízo sobre a necessidade ou não de dilação probatória se situa no âmbito da competência das instâncias ordinárias, em virtude da proximidade com as circunstâncias fáticas que compõem a causa de pedir.

Trata-se de questão cujo reexame é vedado em recurso especial, incidindo o óbice da Súmula n. 7/STJ, consoante jurisprudência reiterada.

Confiram-se:

> Agravo regimental no agravo em recurso especial. Dispositivos constitucionais. Violação. Descabimento. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Reexame de provas. Súmula n. 7/STJ. Recurso especial. Efeito suspensivo. Pedido formulado no próprio recurso. Impossibilidade.
>
> 1. Compete ao Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial, a análise da interpretação da legislação federal, motivo pelo qual revela-se inviável invocar, nesta seara, a violação de dispositivos constitucionais, porquanto matéria afeta à competência do STF (art. 102, III, da Carta Magna).
>
> 2. O destinatário final da prova é o juiz, a quem cabe avaliar quanto à sua efetiva conveniência e necessidade, advindo daí a possibilidade de indeferimento das diligências inúteis ou meramente protelatórias, em consonância com o disposto no parte final do art. 130 do Código de Processo Civil de 1973.
>
> *3. A jurisprudência desta Corte é no sentido que compete às instâncias ordinárias exercer juízo acerca da necessidade ou não de dilação probatória, haja vista sua proximidade com as circunstâncias fáticas da causa, cujo reexame é vedado em âmbito de especial, a teor da Súmula n. 7/STJ.*
>
> *4. Rever questão decidida com base no exame das circunstâncias fáticas da causa esbarra no óbice da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.*
>
> 5. Somente se justifica a outorga de efeito suspensivo a recurso especial diante de situações excepcionais, podendo ser efetivada no Superior Tribunal de Justiça apenas por medida cautelar prevista no art. 288 do Regimento Interno desta Corte.
>
> 6. Agravo regimental não provido.
>
> (AgRg no AREsp 845.218/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 09.08.2016, DJe 16.08.2016 - grifou-se)

> Agravo regimental no agravo em recurso especial. Julgamento antecipado da lide. Possibilidade. Magistrado como destinatário das provas. Cerceamento de defesa. Configuração. Reexame de provas. Inadmissibilidade. Súmula n. 7/STJ.
>
> 1. É possível o julgamento antecipado da lide quando o tribunal de origem entender substancialmente instruído o feito, declarando a existência de provas suficientes para seu convencimento. Os princípios da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz (art. 130 do CPC) permitem ao julgador determinar as provas que entender necessárias à instrução do processo, bem como indeferir aquelas que considerar inúteis ou protelatórias.
>
> *2. Rever os fundamentos de não reconhecimento do cerceamento de defesa por ter sido a lide julgada antecipadamente demanda a reapreciação do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inadmissível em recurso especial, a teor da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.*
>
> 3. Agravo regimental não provido.
>
> (AgRg no AREsp 229.927/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 17.03.2015, DJe 23.03.2015 - grifou-se)

Ademais, não se constatou o nexo de causalidade entre a decisão que negou o pedido dos recorrentes e o prejuízo alegado, visto que a prova desejada poderia ter sido produzida de outra forma.

Consta dos autos que a sentença criminal absolutória (e-STJ fls. 272/278) foi proferida alguns meses antes da sentença que julgou procedente a ação de reparação cível (e-STJ fls. 203/207), tempo suficiente para que os recorrentes providenciassem a sua juntada, por iniciativa própria.

Como consabido, o ônus da prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor compete aos réus, nos termos do art. 333, II, do CPC/1973. Não tem cabimento a pretensão de transferir esse encargo ao julgador na hipótese em que lhes era plenamente possível trazer aos autos os elementos probatórios que julgavam necessários ao deslinde da causa.

Não bastasse isso, convém ressaltar que a falta de tal prova não possui o condão de invalidar as conclusões de mérito das instâncias ordinárias. Na verdade, inexiste relação de prejudicialidade entre o juízo criminal e o cível, na extensão intencionada pelos recorrentes, tendo em vista que vigora o princípio da independência das instâncias. Assim preceitua o art. 935 do CC/2002,

> A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Extrai-se do referido dispositivo que a sentença absolutória na seara criminal possui efeito vinculante sobre o juízo cível apenas quando restam negadas a materialidade (existência do fato) ou a autoria, o que não ocorre no julgamento de improcedência da ação penal por ausência de justa causa.

Importante enfatizar que, nos termos do art. 67 do Código de Processo Penal, a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime – ou seja, não configura fato típico, ilícito e culpável – não tem o condão de impedir a propositura de ação civil e a respectiva responsabilização civil dos réus, inclusive com base nos mesmos elementos probatórios.

É que o juízo acerca da configuração típica dos crimes contra a honra - no caso em apreço, os delitos de difamação (art. 139 do CP) e injúria (art. 140 do CP) - difere da apreciação feita no âmbito cível quanto aos requisitos caracterizadores do dano moral.

Sobre o tema, Cezar Roberto Bitencourt elucida que

> (...)
>
> O elemento subjetivo do crime de difamação é o dolo de dano, que se constitui da vontade consciente de difamar o ofendido imputando-lhe a prática de fato desonroso; é irrelevante tratar-se de fato falso ou verdadeiro, e é igualmente indiferente que o sujeito ativo tenha consciência dessa circunstância. O dolo pode ser direto ou eventual.
>
> (...)
>
> O elemento subjetivo do crime de injuria e o dolo de dano, constituído pela vontade livre e consciente de injuriar o ofendido atribuindo-lhe um juízo depreciativo. A consciência tem de ser atual, isto é, existir no momento próprio da ação, sem o qual não se poderá falar em crime doloso.
>
> Além do dolo, faz-se necessário o elemento subjetivo especial do tipo, representado pelo especial fim de injuriar, de denegrir, de macular, de atingir a honra do ofendido. Simples referência a adjetivos depreciativos, a utilização de palavras que encerram conceitos negativos, por si só, são insuficientes para caracterizar o crime de injuria. (*In*: Código Penal comentado. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012)

A partir da análise dos trechos colacionados, observa-se que os referidos tipos penais requerem o preenchimento do elemento subjetivo do tipo "dolo", enquanto a responsabilidade civil por dano moral admite também a modalidade culposa.

Além disso, a condenação criminal, como corolário máximo do exercício do poder punitivo do Estado, submete-se a princípios próprios, notadamente a fragmentariedade e a subsidiariedade. Daí a necessidade de que o Direito Penal incida como *ultima ratio*, apenas quando indispensável à proteção dos bens jurídicos tutelados.

Assim, é possível que haja a condenação cível por dano moral ainda que o autor da conduta ofensiva tenha sido previamente absolvido no âmbito criminal, desde que essa absolvição não tenha decorrido da ausência de materialidade ou de autoria.

Sobre o tema, em igual sentido:

> Agravo interno no recurso especial. Ação de reparação de danos. Decisão monocrática que deu parcial provimento ao apelo extremo. Insurgência dos réus.
>
> (...) *2. Havendo em regra completa independência entre os juízos criminal e cível, uma mesma prova pode ser suficiente para condenar à reparação civil dos danos causados, em que pese não seja o bastante para uma condenação criminal. Precedentes*. Incidência da Súmula 83/STJ. *3. Rever o entendimento da Corte* a quo, *a qual consignou que, diante da realidade fática apresentada nos autos, evidenciou-se a existência de culpa concorrente pelo acidente de trânsito em questão, demandaria necessário reexame do contexto fático-probatório, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula 7 do STJ. Precedentes*. (...) 9. Agravo interno desprovido.
>
> (AgInt no REsp 1.287.225/SC, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 16.03.2017, DJe 22.03.2017 - grifou-se)

> Improbidade administrativa. Possibilidade de o Ministério Público Estadual atuar diretamente nos Tribunais Superiores. Precedentes (RE 593.727; EREsp 1.327.573). Foro por prerrogativa de função. Conselheiro de Tribunal de Contas de Estado ou do Distrito Federal. Inexistência. Restrito às ações penais. Fatos mais graves. Independência das instâncias. Perda do cargo. Sanção político-administrativa. Inexistência de competência originária implícita (ADI 2.797; PET 3.067; RE 377.114 AGR). Recurso não provido. (...) 3. *Como é sabido, uma das características do direito penal é a fragmentariedade, que decorre do princípio da subsidiariedade que o informa. Como é cediço, pois, as instâncias são relativamente independentes entre si. "Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato" (art. 66 Código de Processo Penal); também nos casos previstos no artigo 67 do CPP, a ação civil poderá ser proposta*. (...)
>
> (AgRg na Rcl 10.037/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 21.10.2015, DJe 25.11.2015 - grifou-se).

> Agravo regimental nos embargos de declaração no agravo em recurso especial. Processual Civil. Art. 935 do Código Civil. Sentença penal absolutória transitada em julgado. Efeitos. Reexame de provas. Súmula n. 7/STJ. *1. Consoante a jurisprudência desta Corte Superior, a absolvição no juízo criminal, diante da relativa independência entre as instâncias cível e criminal, apenas vincula o juízo cível quando restar reconhecida a inexistência do fato ou atestar não ter sido o demandado seu autor. 2. A alteração do acórdão recorrido exigiria o reexame de provas, inviável na estreita via do recurso especial (Súmula n. 7/STJ).* 3. Agravo regimental não provido.
>
> (AgRg nos EDcl no AREsp 292.984/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 09.09.2014, DJe 15.09.2014 - grifou-se)

Pelo exposto, também não se vislumbram as apontadas violações dos arts. 332 e 333, II, do Código de Processo Civil de 1973.

IV. Da quantificação do dano e da impossibilidade de sua revisão. Incidência da Súmula n. 7/STJ

Quanto à pretensão recursal de reduzir o valor arbitrado a título de indenização por danos morais, manifestada por ambas as partes recorrentes, tem-se por inviável o seu acolhimento na via estreita do recurso especial.

Como se sabe, a lei não fixa esquemas matemáticos para a quantificação do dano extrapatrimonial, competindo ao julgador arbitrá-lo à luz de seus motivos determinantes, de forma equânime e adequada às circunstâncias. A propósito, Caio Mário da Silva Pereira ensina que,

> (...)
>
> Na ausência de um padrão ou de uma contraprestação que dê o correspectivo da mágoa, o que prevalece é o critério de atribuir ao juiz o arbitramento da indenização (...) Quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: caráter punitivo para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o caráter compensatório para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido. (*In*: Responsabilidade Civil, págs. 338 e 339, 2ª ed., Forense)

Esta Corte Superior tem admitido a revisão do montante determinado pelas instâncias ordinárias apenas em virtude de flagrante irrisoriedade ou abusividade diante do quadro fático delimitado em primeiro e segundo graus de jurisdição, o que não se verifica.

A reparação determinada em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada vítima não destoa dos parâmetros que vêm sendo adotados por esta Corte em situações análogas.

Também não se entrevê desproporcionalidade quanto aos danos morais sofridos, visto que a honra e a imagem das recorridas foram lesionadas em reportagem jornalística transmitida em emissora de televisão e, ainda, disponibilizada *on-line*.

Além disso, conforme se extrai do acórdão recorrido, "não fora constatada nenhuma embriaguez envolvendo a coautora" (e-STJ fl. 305), o que reforça sobremaneira a abusividade da conduta das recorrentes.

A abrangência da transmissão pode igualmente ser considerada para aferir a proporção dos danos causados, atendendo ao que dispõe o art. 944 do Código Civil, segundo o qual "a indenização mede-se pela extensão do dano". Acerca desse ponto, convém recordar o ponderado por Pierre Bordieu, em ensaio sobre a televisão há uma década:

> (...)
>
> Por seu poder de difusão, a televisão levanta para o universo do jornalismo escrito e para o universo cultural em geral um problema absolutamente terrível. Por comparação, a imprensa de massa que causava estremecimentos (Raymond Williams lançou a hipótese de que toda a revolução romântica em poesia foi suscitada pelo horror da imprensa de massa) parece pouca coisa. Por sua amplitude, por seu peso absolutamente extraordinário, a televisão produz efeitos que, embora não sejam sem precedente, são inteiramente inéditos.
>
> Por exemplo, a televisão pode reunir em uma noite diante do jornal das 20 horas mais pessoas do que todos os jornais franceses da manhã e da noite reunidos. (*In*: Sobre a televisão. Trad. Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro, Zahar, 1997, pág. 62)

A compreensão do estágio histórico e sociocultural atual, em que a *internet* ultrapassou, em muito, os horizontes que já eram significativos da radiodifusão, no tocante ao potencial de difusão de informações e à dificuldade de contradizê-las, mesmo quando inverídicas, apenas corrobora a inexistência de irrazoabilidade no valor arbitrado.

Por fim, a doutrina e a jurisprudência majoritárias se consolidaram no sentido de que a reparação do dano moral deve se pautar por parâmetros como a capacidade econômica dos ofensores, as condições pessoais das vítimas e o caráter pedagógico e sancionatório da indenização. A revaloração desses

critérios, salvo patente desconformidade, demandaria o exame atento do conjunto fático-probatório, inviável nesta instância, consoante reiteradamente decidido nesta Corte.

V. Conclusão

Ante o exposto, nega-se provimento aos recursos especiais.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.685.453-SP (2015/0053629-4)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi
Relator para o acórdão: Ministro Moura Ribeiro
Recorrente: Iboty Brochmann Ioschpe
Advogados: Rachel Rezende Bernardes - DF016376
Hamilton Ymoto - SP157684
Ricardo Leal de Moraes e outro(s) - SP325160
Soc. de Adv.: Dutra e Associados Advocacia e Consultoria
Recorrido: Banco Santos S/A - Massa Falida
Advogados: Paulo de Tarso Ribeiro Kachan e outro(s) - SP138712
Fabiana Nogueira Nista Salvador - SP305142
Interes.: PDR Corretora de Mercadorias S/S Ltda - ME
Advogado: Francisco de Assis Calazans de Freitas - SP041412

EMENTA

Recurso especial. *Recurso manejado sob a égide do CPC/1973*. Ação de reparação de danos materiais. Falência. Banco Santos. Embargos de declaração. Omissão, contradição ou obscuridade. Ausência. Prescrição. Não ocorrência. Cédula de Produto Rural. Emissão fraudulenta. Responsabilidade do produtor rural. Art. 944, parágrafo único, do CC/2002. Grau da culpa. Redução equitativa da indenização. Recurso especial parcialmente provido.

1. Aplicabilidade do CPC/1973 ao caso conforme o Enunciado 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.*

2. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC/1973, rejeitam-se os embargos de declaração.

3. A pretensão reparatória da recorrida nasceu a partir da decretação da falência do Banco Santos, momento em que se concretizaram os danos decorrentes dos atos ilícitos praticados contra seu patrimônio, de modo que não houve o decurso do prazo prescricional apontado pelo recorrente. Ademais, a deflagração do lapso prescricional em momento anterior à sentença de falência encontra óbice no fato de que a massa falida passou a existir como tal somente a partir de sua prolação, de modo que, por imperativo lógico, não haveria como caracterizar-se, antes disso, eventual inércia da recorrida.

4. As operações fraudulentas intituladas pelo Banco Central de cédulas de produto rural "alugadas" nunca se destinaram ao financiamento da produção rural ou à sua securitização, pois eram emitidas em troca de recursos financeiros imediatos como forma de obtenção de vantagens em outras operações efetuadas pelo banco, engordando seus ativos. A fraude só era possível em razão da anuência dos produtores rurais que emitiam referidos títulos e que assim se beneficiavam com míseros reais diante da monta do ilícito.

5. O art. 944, parágrafo único, do CC/2002 autoriza, em caráter excepcional, a gradação da culpa como fator de aferição do montante da condenação, possibilitando reduzir o valor da indenização em virtude de uma conduta havida com grau mínimo de culpa, todavia desproporcional ao prejuízo por ela provocado.

6. A prova da falta de intenção maliciosa afasta a caracterização do dolo, não da culpa. Na culpa não há intenção de causar o dano, mas há previsibilidade. Para a análise da gravidade da culpa deve-se aquilatar a maior ou menor previsibilidade do resultado e a maior ou menor falta de cuidado objetivo por parte do causador do dano.

7. Aplicando-se tais critérios à hipótese dos autos, constata-se que a responsabilidade solidária do produtor rural decorre do fato de ter emitido cédula de produto rural de forma fraudulenta, previamente destinada a ser transferida para a instituição bancária pelo seu valor de face pela PDR (2.284.200,00), recebendo o produtor rural 0,5% do valor do título (12.600,00) a título de "aluguel de assinatura". Sua participação no esquema fraudulento foi mínima se comparado à atuação da PDR, que foi a responsável pela transferência de inúmeros títulos para a instituição bancária e pelo recebimento dos respectivos valores, posteriormente desviados para diferentes contas bancárias.

8. A conduta isolada do produtor rural não foi apta a ocasionar a bancarrota da instituição financeira, mas a fraude por ele perpetrada contribuiu para o imenso rombo contábil que resultou na lesão de vários investidores em decorrência do ilícito. Desse modo, a culpa do produtor rural configura-se como leve ou levíssima, apta a receber o abrandamento da condenação prevista no art. 944, parágrafo único, do CC/2002.

9. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Moura Ribeiro, dando parcial do recurso especial, votaram o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino acompanhando o Ministro Villas Bôas Cueva e o Ministro Marco Aurélio Bellizze acompanhando a Ministra Nancy Andrighi.

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 maioria, em prevalecer o voto médio no sentido de dar parcial provimento ao recurso especial.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Moura Ribeiro. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro.

Brasília (DF), 24 de outubro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

DJe 7.12.2017

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Iboty Brochmann Ioschpe*, fundamentado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional.

Ação: de reparação de danos, ajuizada pela *Massa Falida do Banco Santos S/A* em face do recorrente e de *PDR Corretora de Mercadorias S/S Ltda* (interessada), em razão de danos causados ao Banco por desvios de valores relativos à Cédula de Produto Rural (CPR) emitida de forma fraudulenta.

Sentença: julgou *(i)* improcedentes os pedidos deduzidos em face do recorrente e *(ii)* parcialmente procedentes os pedidos formulados em face da interessada, para condená-la ao pagamento de R$ 2.284.200,00 à recorrida.

Acórdão: *(i)* negou provimento ao agravo retido interposto pelo recorrente, *(ii)* deu provimento à apelação interposta pela recorrida, para reconhecer a responsabilidade solidária do recorrente, e *(iii)* declarou prejudicado o recurso adesivo interposto pelo recorrente.

Embargos de Declaração: opostos pelo recorrente, foram rejeitados.

Recurso especial: aponta a existência de dissídio jurisprudencial e alega violação dos artigos: 189 e 206, § 3º, do CC; 3º, § 1º, da Lei n. 8.929/1994; 131, 332, 333, I, 458, II, e 535, II, do CPC/1973; 186, 403, 927, 942, 944, parágrafo único, e 945 do CC. Argumenta que a pretensão está prescrita, pois já havia decorrido o prazo de três anos contados a partir da data em que se perfectibilizou a aquisição, via endosso, da CPR emitida originalmente pelo recorrente. Afirma que não houve ato ilícito, quando da emissão da Cédula, apto a ensejar dever de reparação, pois a lei de regência não exige pagamento integral à vista. Entende que houve negativa de prestação jurisdicional e que a condenação foi decretada sem apoio no acervo probatório. Sustenta que o ato isolado de emitir uma CPR não constitui causa adequada ao dano reconhecido (desvio de recursos financeiros).

Juízo de admissibilidade: embora a irresignação não tenha sido admitida na origem, a Terceira Turma do STJ, em sessão realizada em 6/6/2017, deliberou no sentido da conversão do agravo correlato em recurso especial, independentemente de publicação de acórdão.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): O propósito recursal, além de definir se houve negativa de prestação jurisdicional, é determinar: (i) se a pretensão deduzida está prescrita; e (ii) se o recorrente deve ser responsabilizado por eventuais prejuízos causados à massa falida do Banco Santos.

1. ***Breve Síntese Processual***

A massa falida do Banco Santos ajuizou a presente ação com o intuito de ser ressarcida pelos danos decorrentes de operações supostamente fraudulentas realizadas a partir da emissão, pelo recorrente, de Cédula de Produto Rural.

Segundo narra a inicial, "a emissão da cédula não objetivou a obtenção de recursos destinados à produção, mas, ao revés, com a conivência do produtor rural, emitente, obtida com o pagamento de um pequeno valor a título de aluguel, promover a sangria criminosa dos recursos do Banco Santos" (e-STJ Fl. 2).

O acórdão recorrido afastou a prescrição, ao argumento de que o prazo trienal do art. 206, § 3º, do CC não foi implementado desde a verificação do prejuízo experimentado (ou a decretação da intervenção pelo Banco Central) até o ajuizamento da ação.

Quanto à questão de fundo, reconheceu que o conjunto probatório formado no processo conduz à conclusão de que o recorrente, a interessada e membros da alta cúpula do Banco praticaram uma série de negociações fraudulentas com a finalidade de desviar recursos em benefício próprio.

Como corolário, julgou procedentes os pedidos deduzidos pela massa falida na petição inicial, que resultaram na condenação solidária do recorrido e da interessada ao pagamento de R$ 2.284.200,00 (valor histórico).

2. ***Da Negativa de Prestação Jurisdicional*** (alegação de violação dos arts. 131, 458, II, e 535, II, do CPC/1973)

Da análise do acórdão impugnado, verifica-se que a prestação jurisdicional dada corresponde àquela efetivamente objetivada pelas partes, sem vício a ser sanado. O TJ/SP pronunciou-se de maneira a abordar todos os aspectos fundamentais da controvérsia, dentro dos limites que lhe são impostos por lei.

3. Da Prescrição (alegação de violação dos arts. 189 e 206, § 3º, do CC)

Quanto ao ponto, a solução da controvérsia exige que seja estabelecido o marco inicial de fluência do prazo para exercício da pretensão da massa falida em face do recorrente, emissor da Cédula de Produto Rural objeto da demanda.

O Tribunal de origem, acerca do tema, entendeu que a verificação do prejuízo ou a decretação da intervenção no Banco Santos pelo Banco Central seriam os fatos deflagradores do prazo trienal previsto no art. 206, § 3º, do CC.

Já nas razões recursais, defende-se a tese de que o lapso temporal extintivo foi inaugurado com a ocorrência do ato ilícito, ou seja, com a aquisição (mediante endosso) pelo Banco falido da CPR emitida originalmente pelo recorrente, o que teria se perfectibilizado com a transferência de recursos para a interessada (PDR Corretora), fato que teria gerado o prejuízo financeiro alegado na inicial.

Todavia, o que se verifica das premissas fáticas assentadas no acórdão recorrido é que o fundamento que sustenta a pretensão de reparação por danos não é exclusivamente a aquisição da CPR, mas sim uma espécie de "negociação fraudulenta arquitetada e implementada por um grupo de membros da alta cúpula do Banco Santos, inclusive seu controlador, para o fim de desviar, em benefício próprio, parte do patrimônio da instituição bancária" (e-STJ Fl. 778).

A cessão/aquisição da Cédula, nesse contexto, é apenas um dos atos integrantes de uma cadeia complexa, cujo dano resultante foi efetivamente concretizado com a quebra do Banco, ocorrida em 20.9.2005, momento, portanto, em que nasceu a pretensão aqui deduzida. Aliás, se o banco não tivesse quebrado não teríamos conhecimento dos vários atos de gestão que o levaram à bancarrota. A CPR objeto de negociação fraudulenta é apenas um dos negócios identificados pela Comissão de Inquérito do Banco Central do Brasil como principal causa da quebra da instituição. Somente após a analise percuciente do Banco Central, concluindo pela prática dolosa e reiterada da alta cúpula do Banco Santos, sobreveio a falência, momento em que nasceu para a massa falida do Banco Santos a pretensão de ressarcimento. Assim, a decretação da falência é o momento da *actio nata* do art. 189 do CC do qual se parte para a aplicação do prazo prescricional.

Note-se, não estamos diante de ação de cobrança da CPR, mas das consequências fraudulentas da comissão

Ademais, a deflagração do lapso prescricional em momento anterior à sentença de falência encontra óbice, igualmente, no fato de que a massa falida

passou a existir com tal somente a partir de sua prolação, de modo que, por imperativo lógico, não haveria como caracterizar-se, antes disso, eventual inércia da recorrida.

Destarte, na medida em que o prazo prescricional de três anos invocado pelas recorrentes não se consumou até o ajuizamento da ação, não há que se falar em violação aos arts. 189 e 206, § 3º, do CC.

4. ***Da Apreciação das Provas*** (alegação de violação dos arts. 332 e 333, I, do CPC/1973)

A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que as conclusões constantes do acórdão recorrido, quando alcançadas a partir do exame do acervo probatório que integra o processo, não são passíveis de alteração em recurso especial, à vista do que enuncia a Súmula 7/STJ.

Convém ressaltar, no entanto, que o aresto impugnado, ao contrário do que afirmado nas razões recursais, examinou especificamente as circunstâncias que ensejaram a emissão e a negociação da Cédula de Produto Rural objeto desta ação, não se limitando a presumir, conforme alegado, a participação do recorrente no esquema fraudulento unicamente a partir do Relatório da Comissão de Inquérito do Banco Central do Brasil.

Quanto ao ponto, vale transcrever a seguinte passagem inserta à fl. 782 (e-STJ):

> Com efeito, na medida em que a finalidade da Cédula de Produto Rural instituída pela Lei n. 8.929/1994 é fomentar a atividade rural através da liberação dos recursos financeiros necessários para a efetivação da produção, não há como conceber que o produtor rural Iboty Brochmann loschpe ignorasse o seu desvirtuamento ao confessadamente emiti-la (cf. fls. 189) sob estipulações alheias à indispensável bilateralidade de obrigações que envolvem esta espécie de negócio jurídico (princípio da equivalência contratual) - estipulações abusivas inseridas em instrumento particular vinculado e concomitantemente firmado, dentre as quais se destacam as constantes das cláusulas 2 e 3 (cf. fls. 211/218): a) pagamento à vista ao produtor emissor, pela beneficiária PDR Corretora de Mercadorias S/S Ltda., de apenas 0,5% meio por cento) do valor do título, com a previsão da solvência do saldo complementar tão somente no 5° (quinto) dia anterior à data de vencimento da cédula, ou seja, à data da prometida entrega das 60.000 sessenta mil) sacas de 60 Kg (sessenta quilogramas) cada de soja em grão, granel; e b) obrigação de devolução da cédula pela beneficiária em caso de inadimplência do saldo complementar do valor do título, a perda do 0,5% meio por cento) pago à vista.

> Ora, sob estes termos, para quê serviria a emissão da cédula se 99,5% (noventa e nove por cento) do seu valor de face deveriam ser pagos a ínfimo prazo de 5 (cinco) dias da prometida entrega da produção dos 3.600.000 kg (três milhões e seiscentos mil quilogramas) de soja? Para cumprir a razão legal de sua criação, ou seja, para incentivar a atividade, possibilitando o plantio? Certamente, não. A emissão do título, no caso em tela, jamais se aproximou de sua finalidade. Serviu, em verdade, como meio de mobilização de recursos no mercado financeiro.

Não há, assim, como se conhecer do recurso neste tópico.

5. ***Da Emissão da Cédula de Produto Rural e do Dever de Indenizar*** (alegação de violação dos arts. 3º, § 1º, da Lei n. 8.929/1994)

Sustenta o recorrente que o fundamento adotado pelo Tribunal de origem, no sentido de que a emissão da CPR deve representar exclusivamente negócio jurídico visando o financiamento da produção agrícola, com recebimento antecipado dos recursos correlatos, é matéria que não encontra previsão na lei de regência (Lei n. 8.929/1994), o que viola diretamente seu art. 3º, § 1º. Aponta, inclusive, jurisprudência desta Corte que corrobora a tese defendida.

De fato, o STJ tem entendido que uma CPR não é nula meramente porque no contrato do qual ela deriva não se disciplinou o pagamento antecipado do preço. Isso porque aceita-se a possibilidade de uma Cédula ser emitida não com o objetivo de financiamento da produção, mas com o intuito de servir como proteção aos riscos do produtor. Nessa hipótese, admite-se a negociação, a preço atual, de uma safra futura, funcionando a CPR como um título de securitização, o que não exigiria pagamento antecipado. Nesse sentido: AgInt no AREsp 447.091/GO, Terceira Turma, DJe 26.08.2016 e AgRg no REsp 1.349.324/GO, Quarta Turma, DJe 07.12.2015.

Todavia, o que se constata da leitura do acórdão impugnado é que não houve declaração de nulidade da CPR simplesmente pela ausência de previsão de pagamento antecipado.

Com efeito, o Tribunal de origem reconheceu que o dever de indenizar a massa falida decorre do fato de o recorrente ter emitido a Cédula em questão com "estipulações alheias à indispensável bilateralidade de obrigações que envolvem esta espécie de negócio jurídico (princípio da equivalência contratual) – estipulações abusivas inseridas em instrumento particular vinculado e concomitantemente firmado, dentre as quais se destacam as constantes das cláusulas 2ª e 3ª [...]" (fl. 782).

Além dessas conclusões não serem passíveis de alteração na via especial, em razão dos óbices das Súmulas 5 e 7 do STJ, o que se verifica é que o Tribunal de origem não tratou de negar validade à CPR emitida como forma de proteção aos riscos de oscilação de preços no mercado futuro, mas sim de reconhecer que, na hipótese, o negócio jurídico entabulado, dadas suas especificidades, serviu apenas como meio de mobilização de recursos no mercado financeiro, em evidente prejuízo ao patrimônio do Banco falido.

Diante disso, não há que se falar em violação do art. 3, § 1º, da Lei n. 8.929/1994 ou em dissonância entre o acórdão recorrido e o entendimento desta Corte.

6. Do Princípio da Causalidade Adequada, do Montante Fixado a Título Reparatório e da Responsabilidade Solidária (alegação de violação dos arts. 186, 403, 927, 942, 944, parágrafo único, e 945 do CC)

Nas razões do presente recurso, alega-se que inexistiu "relação de causa e efeito direta e suficiente entre o ato do recorrente ao emitir a CPR e o desvio financeiro praticado na instituição falida" (fl. 840). Além disso, há manifestação de insurgência contra o valor fixado a título de reparação pelos danos causados à recorrida e em face do reconhecimento da responsabilização solidária.

Ocorre que, ao contrário do afirmado, o acórdão impugnado assentou, com base no substrato fático-probatório dos autos, que tanto o recorrente quanto a Corretora interessada, bem como outros membros da cúpula do Banco Santos, praticaram uma série de negociações fraudulentas com o objetivo de desviar recursos da instituição em benefício próprio, de modo que o exame da a insurgência, também quanto a essas questões, esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

No que concerne ao ponto, outrossim, vale destacar os seguintes trechos (constantes do aresto recorrido) do Relatório da Comissão de Inquérito do Banco Central que serviram de suporte às conclusões alcançadas pelo órgão julgador, detalhando as operações de aluguel de CPRs e como elas serviram de causa à quebra do Banco (fls. 779/82):

> 1. Um dos casos mais graves levantados por esta Comissão de uso de empresas em prejuízo ao Banco Santos é o que envolveu a PDR Corretora de Mercadorias. A referida empresa recebeu centena de milhares de reais do Banco Santos por meio de *operações prejudiciais à instituição, conhecidas como "aluguel de CPRs (Cédulas de Produto Rural)"*, detalhadas no capítulo 3.2.

[...]

5. Cabe mencionar, novamente, que esta Comissão de Inquérito apurou que *as operações de "aluguel de CPRs" (Cédulas de Produto Rural) e de "aluguel de Export Notes" (contratos de concessão de créditos de exportação), citadas pelo Sr. Calazans, de fato existiram e causaram graves prejuízos ao Banco Santos*. (...) Por meio de tais operações o Banco Santos recebia ativos insubsistentes e em troca transferia grande quantidade de recursos para diversas empresas, ligadas, formal ou informalmente, a administradores do Banco (entre as quais as já mencionadas PDR, Agribusiness, e outras que serão abordadas mais à frente, neste capítulo Delta, Omega e Rutherford).

[...]

3.2 CPRs (Cédulas de Produto Rural) 'alugadas.

1. Em 12.11.2004, data da decretação da Intervenção, *o Banco Santos mantinha em seu ativo uma carteira de CPRs Cédulas de Produto Rural - de R$ 472 milhões, sendo que destas apenas R$ 10 milhões correspondiam efetivamente a cédulas sem vicio. As restantes são resultado de operações estruturadas denominadas internamente de "aluguel de CPRs", com limitadas chances legais de recebimento. As referidas operações estruturadas foram realizadas no período de outubro de 2003 até novembro de 2004 e nunca se destinaram ao financiamento da produção rural*, tendo resultado em prejuízo para a instituição, havendo ainda fortes indícios de que ocasionaram desvio de recursos do Banco Santos para terceiros e na publicação de informações falsas nos balanços de dez/2003 e jun/2004 conforme detalhado a seguir.

[...]

4. *As operações de "aluguel de CPR" eram apresentadas para os clientes como uma oportunidade de eles auferirem recursos financeiros imediatos, ou ainda como forma de obterem vantagens em outras operações junto ao Banco Santos, como renovação de linhas de crédito próprias ou do BNDES, vencidas ou a vencer. Para receber tais benefícios os clientes, que deveriam ser produtores rurais, teriam de figurar como emitentes de CPRs, como se recebessem significativo empréstimo para financiamento agrícola. O que de fato não ocorria*.

5. De forma simplificada *a operação de "aluguel de CPRs" funcionava assim: o produtor rural cooptado para participar do esquema emitia uma CPR. confessando ter uma dívida com uma interposta empresa, ligada indiretamente aos ex-administradores do Banco. A dívida confessada na CPR era de, por exemplo, RS 10 milhões, mas o produtor rural recebia de fato apenas algo como R$ 50 mil (0,5%) pelo aluguel de seu nome. Além de cópia da CPR o produtor rural mantinha consigo um "contrato de gaveta" (firmado com a tal interposta empresa) e, em alguns casos, uma carta de conforto (emitidas por empresas como a Procid Participações e Negócios S/A, algumas assinadas pelo próprio controlador do Banco, Sr. Edemar Cid Ferreira). Ressalte-se que o contrato de gaveta continha cláusulas que garantiam, na*

prática, que o produtor rural nada teria de pagar no futuro. A empresa interposta na qualidade de dona da CPR, tendo pago ao produtor rural que a emitiu apenas 0,5% do seu valor, vendia a CPR ao Banco Santos pelo valor integral da emissão, no caso R$ 10 milhões O Banco Santos depositava os R$ 10 milhões na conta corrente da interposta empresa, que na seqüência transferia os valores para terceiros O resultado era um desvio de R$ 10 milhões do caixa do banco, que restava substituído por um ativo insubsistente uma "CPR alugada", que em condições normais dificilmente seria paga.

[...]

6 [causas da queda do Banco Santos]

1. *A principal causa da queda da instituição foi a realização sistemática e deliberada de vultosas operações prejudiciais ao Banco*, que tinham como contrapartes. intermediárias, interessadas ou destinatárias de recursos, empresas que, segundo provas indiciárias reunidas (capitulo 3.1), seriam controladas, pertencentes, ligadas, formal ou informalmente, ou usadas por ex-administradores do Banco Santos ou por seu Controlador. A realização de diversas modalidades de operações dessa natureza resultou no comprometimento da situação econômico-financeira, na incapacidade de capitalização, na situação liquida ajustada negativa, e na deterioração da liquidez, (...). *Segue um breve resumo das principais modalidades de operações que causaram grave prejuízo ao Banco*.

2. *Realização de operações estruturadas com Cédulas de Produto Rural – CPRs, denominadas "aluguel de CPRs", por meio das quais produtores rurais emitiam os títulos e, mediante ícontratos de gaveta", os alugavam para interpostas empresas, ligadas formal ou informalmente aos ex-administradores do Banco Santos ou ao seu controlador, recebendo, em geral, uma pequena parcela do valor de face, relativa ao aluguel.* Tais empresas ligadas, por sua vez, mediante endosso, vendiam os titulos ao Banco Santos por seu suposto valor integral. Em suma, o Banco entregava recursos financeiros para as empresas ligadas e, em contrapartida, recebia ativos insubsistentes em nome de terceiros (...).

A partir desses elementos e das demais circunstâncias fáticas dos autos, o Tribunal de origem entendeu ser inconcebível que o recorrente, ao emitir a CPR com estipulações indevidas, ignorasse o desvirtuamento de sua finalidade (fl. 782).

Não há, portanto, como modificar o reconhecimento da relação de causa e efeito entre os atos praticados pelo recorrente e o prejuízo causado ao Banco falido, bem como o montante arbitrado a título reparatório, sem que se proceda ao revolvimento do acervo probatório do processo.

Convém ressaltar, sob outro enfoque, que os argumentos invocados no recurso especial sequer demonstram, de forma articulada e analítica, de que

forma o acórdão recorrido teria violado especificamente os arts. 186, 942, 944, parágrafo único, e 945 do CC.

Forte nessas razões, ***nego provimento*** ao recurso especial.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por *Iboty Brochmann Ioschpe*, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu provimento à apelação "(...) da massa falida autora para reconhecer a responsabilidade solidária do corréu Iboty Brochmann loschpe pelos danos oriundos do ilícito praticado e reformar a r. sentença, estendendo-se a este corréu a procedência em parte da ação de reparação de danos" (fl. 783).

O recorrente teve, assim, ampliada a condenação outrora imposta, em primeiro grau, apenas à corré *PDR Corretora de Mercadorias S/S Ltda.* de pagar o valor "(...) de R$ 2.284.200,00" (fl. 453), em virtude da emissão e posterior endosso de cédula de produto rural (CPR), pois esta teria tido a finalidade primária de fomento à produção agrícola desvirtuada, o que caracterizaria sua participação em suposto esquema de fraude, causando grave lesão ao patrimônio da instituição financeira hoje falida: *Banco Santos S.A.*

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

> Responsabilidade civil. Dano patrimonial. Desvio de recursos de instituição bancária (Banco Santos), proporcionado por operação fraudulenta envolvendo emissão e negociação de Cédula de Produto Rural (CPR) fictícia, distanciada de sua finalidade de fomentar a atividade rural através da liberação dos recursos financeiros necessários para a efetivação da produção. Responsabilização solidária dos demandados, participantes conscientes da negociação fraudulenta arquitetada e implementada por grupo de membros da alta cúpula do banco atualmente falido. Enquadramento da conduta ilícita nos termos do artigo 186 do Código Civil. Extensão da condenação de indenizar a massa falida. Agravo retido desprovido, apelação provida e recurso adesivo prejudicado (fl. 775).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fl. 796).

No especial, o recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, contrariedade aos arts. 3º, § 1º, da Lei n. 8.929/1994; 130, 131, 165, 333, I, 334, III, e 458, II, do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973) e 167, § 1º, I e II, 186, 422 e 927 do Código Civil (CC).

Na sessão do dia 19.9.2017, a Relatora, Ministra Nancy Andrighi, negou provimento ao recurso especial.

Entendeu, em síntese, que não houve negativa de prestação jurisdicional quando da rejeição dos embargos declaratórios pela Corte estadual, nem ter ocorrido a prescrição, cujo termo inicial do prazo não seria o dia da aquisição pelo ente bancário da CPR mediante endosso, mas o momento em que surgiu a pretensão indenizatória da massa falida, pois "(...) a cessão/aquisição da Cédula, nesse contexto, é apenas um dos atos integrantes de uma cadeia complexa, cujo dano resultante foi efetivamente concretizado com a quebra do Banco, ocorrida em 20.9.2005, momento, portanto, em que nasceu a pretensão aqui deduzida".

Quanto à participação do recorrente no esquema fraudulento e ao desvirtuamento na emissão da CPR, aplicou os óbices das Súmulas n. 5 e 7/STJ, mantendo a conclusão do acórdão estadual no sentido de sua responsabilização civil e solidária pelos prejuízos causados à instituição financeira.

Eis a ementa do voto da Relatora:

> Recurso especial. Ação de reparação por danos materiais. Falência. Banco Santos. Embargos e declaração. Omissão, contradição ou obscuridade. Ausência. Prescrição. Não ocorrência. Cédula de Produto Rural. Emissão que se destinou a prática de desvio de recursos da instituição financeira. Incidência das Súmulas 5 e 7 do STJ. Fundamentação deficiente. Súmula 284/STF.
>
> 1 - Ação ajuizada em 20.7.2007. Recurso especial interposto em 21.1.2013 e atribuído ao Gabinete em 25.8.2016.
>
> 2 - O propósito recursal, além de definir se houve negativa de prestação jurisdicional, é determinar: (i) se a pretensão deduzida está prescrita; e (ii) se o recorrente deve ser responsabilizado por eventuais prejuízos causados à massa falida do Banco Santos.
>
> 3 - Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração.
>
> 4 - A pretensão reparatória da recorrida nasceu a partir da decretação da falência do Banco Santos, momento em que se concretizaram os danos decorrentes dos atos ilícitos praticados contra seu patrimônio, de modo que não houve o decurso do prazo prescricional apontado pelo recorrente. Ademais, a deflagração do lapso prescricional em momento anterior à sentença de falência encontra óbice no fato de que a massa falida passou a existir como tal somente a partir de sua prolação, de modo que, por imperativo lógico, não haveria como caracterizar-se, antes disso, eventual inércia da recorrida.
>
> 5 - A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que as conclusões constantes do acórdão recorrido, quando alcançadas a partir do exame do acervo

probatório que integra o processo, não são passíveis de alteração em recurso especial, à vista do que enuncia a Súmula 7/STJ. Hipótese concreta em que o aresto impugnado examinou especificamente as circunstâncias que ensejaram a emissão e negociação da Cédula de Produto Rural objeto da ação, não se limitando a presumir, ao contrário do afirmado, a participação do recorrente no esquema fraudulento unicamente a partir do Relatório da Comissão de Inquérito do Banco Central do Brasil.

6 - Embora o STJ entenda que a Cédula de Produto Rural não pode ser considerada nula meramente porque no contrato do qual ela deriva não se disciplinou o pagamento antecipado dos valores - uma vez que se reconhece a validade de sua emissão como forma de proteger o emitente de eventual oscilação de preços no mercado futuro -, a hipótese dos autos revela situação específica em que se constatou que o dever de indenizar decorreu não apenas da ausência de prévio pagamento do montante subjacente, mas sim do fato de o recorrente ter emitido a Cédula em questão com estipulações que revelam o objetivo de desvirtuamento de seus fins, conclusão que não é passível de alteração na via especial, em razão dos óbices das Súmulas 5 e 7 do STJ.

7 - A alteração do reconhecimento da relação de causa e efeito entre os atos praticados pelo recorrente e o prejuízo causado ao Banco falido, bem como do montante arbitrado a título reparatório, exigiria o revolvimento do acervo probatório do processo.

8 - A ausência de fundamentação ou a sua deficiência implica o não conhecimento do recurso quanto ao tema.

Recurso especial não provido.

Pedi vista antecipada dos autos *para melhor exame das questões referentes à responsabilidade civil do recorrente e à lisura do título de crédito por ele emitido (CPR), pois o quadro fático delineado pelas instâncias ordinárias permite nova valoração jurídica, não sendo caso de incidência dos enunciados sumulares n. 5 e 7/STJ.*

Com efeito, a Corte local pontificou que "(...) o caso ora apreciado não passa de mera reprodução de outros tantos, já julgados por esta E. Corte, que envolveram a mesma espécie de negociação fraudulenta arquitetada e implementada por um grupo de membros da alta cúpula do Banco Santos, inclusive seu controlador, para o fim de desviar, em benefício próprio, parte do patrimônio da instituição bancária" (fl. 778).

Com base no Relatório da Comissão de Inquérito do Banco Central do Brasil que apenas descreveu genericamente o *modus operandi* dos dirigentes do Banco Santos para cometer as fraudes que levaram a instituição financeira

à quebra, o Tribunal estadual *fez presunções* de que ocorreu negócio simulado entre o recorrente, na condição de produtor rural, e a empresa *PDR Corretora de Mercadorias S/S Ltda.*, esta, sim, ligada ao esquema ardiloso, *ao único fundamento de ter o título de crédito perdido a sua finalidade de fomentar a atividade rural*.

Confira-se o seguinte trecho do acórdão recorrido:

> (...)
>
> (...) o conjunto probatório formado no processo permite concluir que *o caso ora apreciado não passa de mera reprodução de outros tantos*, já julgados por esta E. Corte, que envolveram a mesma espécie de negociação fraudulenta arquitetada e implementada por um grupo de membros da alta cúpula do Banco Santos, inclusive seu controlador, para o fim de desviar, em benefício próprio, parte do patrimônio da instituição bancária atualmente falida.
>
> O modus operandi do negócio entabulado pode ser sintetizado da seguinte forma: prévio ajuste entre produtor rural, sociedade interposta e terceiros pertencentes ou ligados à cúpula diretiva do Banco Santos, pelo qual o primeiro emitia, em favor da segunda, cédula representativa de operação de empréstimo para financiamento de produção rural fictícia, previamente destinada a ser transferida para a instituição bancária pelo valor de face que, num segundo momento, seria pulverizado pela cedente aos terceiros mencionados, tudo sob a garantia das cláusulas desoneradoras de um contrato particular firmado entre o produtor emitente e a sociedade interposta, que desobrigavam aquele de devolver 0,5% (meio por cento) que lhe foram pagos por gerar e "alugar" o título em caso de arrependimento quanto aos termos contratuais ou de cancelamento da avença por falta de recebimento do valor integral da emissão.
>
> (...)
>
> Com efeito, *na medida em que a finalidade da Cédula de Produto Rural instituída pela Lei n. 8.929/1994 é fomentar a atividade rural através da liberação dos recursos financeiros necessários para a efetivação da produção, não há como conceber que o produtor rural Iboty Brochmann loschpe ignorasse o seu desvirtuamento ao confessadamente emiti-la* (cf. fls. 189) sob estipulações alheias á indispensável bilateralidade de obrigações que envolvem esta espécie de negócio jurídico (princípio da equivalência contratual) estipulações abusivas inseridas em instrumento particular vinculado e concomitantemente firmado, dentre as quais se destacam as constantes das cláusulas 2ª e 3ª (cf. fls. 211/218): a) pagamento à vista ao produtor emissor, pela beneficiária PDR Corretora de Mercadorias S/S Ltda., de apenas 0,5% (meio por cento) do valor do título, com a previsão da solvência do saldo complementar tão somente no 5º (quinto) dia anterior à data de vencimento da cédula, ou seja, á data da prometida entrega das 60.000 (sessenta mil) sacas de 60 Kg (sessenta quilogramas) cada de soja em grão, a granel; e b) obrigação de devolução da cédula pela beneficiária em caso de

> inadimplência do saldo complementar do valor do título, com a perda do 0,5% (meio por cento) pago à vista.
>
> Ora, sob estes termos, para quê serviria a emissão da cédula se 99,5% (noventa e nove por cento) do seu valor de face deveriam ser pagos a ínfimo prazo de 5 (cinco) dias da prometida entrega da produção dos 3.600.000 kg (três milhões e seiscentos mil quilogramas) de soja? Para cumprir a razão legal de sua criação, ou seja, para incentivar a atividade, possibilitando o plantio? Certamente, não. *A emissão do título, no caso em tela, jamais se aproximou de sua finalidade*. Serviu, em verdade, como meio de mobilização de recursos no mercado financeiro (fls. 779/782).

Ocorre que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de ser possível emitir uma CPR desvinculada de prévia concessão de crédito ao produtor rural (exegese da Lei n. 8.929/1994), já que tal título de crédito é considerado não causal. Logo, *não há falar em desvio de finalidade da CPR pelo simples fato de o emitente não ter recebido o pagamento antecipado pelos produtos descritos na cártula* (vide REsp n. 1.435.979/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 5.5.2017, e AgRg no REsp n. 1.349.324/GO, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe 7.12.2015).

De fato,

> (...) o pagamento pela safra representada no título pode se dar antecipadamente, parceladamente ou mesmo após a entrega dos produtos. Ele poderá estar disciplinado na própria Cédula de Produto Rural, mediante a inclusão de cláusulas especiais com esse fim, como autoriza o art. 9º da Lei n. 8.929/1994, ou poderá constar de contrato autônomo, em relação ao qual a Cédula de Produto Rural funcionará como mera garantia (REsp n. 910.537/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 7.6.2010).

Assim, "(...) *a emissão desse título pode se dar para financiamento da safra*, com o pagamento antecipado do preço, *mas também pode ocorrer numa operação de* hedge, na qual o agricultor, independentemente do recebimento antecipado do pagamento, pretende apenas se proteger contra os riscos de flutuação de preços no mercado futuro" (REsp n. 1.320.167/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 26.5.2014), *funcionando, nesta última hipótese, como um título de securitização*.

No caso dos autos, a CPR emitida pelo recorrente não visou, efetivamente, o fomento de sua produção agrícola, mas serviu ao segundo propósito: diluição, para o produtor, do risco inerente à flutuação de preços na época de colheita (operação de *hedge*), o que também é permitido pela jurisprudência desta Corte Superior.

Desse modo, não havendo provas concretas de que ***Iboty Brochmann Ioschpe*** *teria agido de má-fé ao emitir a CPR e participado conscientemente de qualquer conluio que desviou recursos do Banco Santos, não há como responsabilizá-lo por prejuízos surgidos após a emissão da cártula que não estava mais em seu poder, ou seja, de ato ilícito oriundo de negócio praticado por outrem ao alienar o título no mercado por meio de endosso*.

Cumpre assinalar também que o emitente recebeu apenas 0,5% (meio por cento) do valor do título à vista e condicionou a entrega do produto (soja) ao pagamento integral do restante, consoante previsão contratual, utilizando-se, portanto, da função de securitização da CPR.

Em outras palavras, *nenhum vício na emissão do título de crédito foi demonstrado ou particularizado*, mas tão somente foram comprovadas fraudes advindas do endosso, este de inteira responsabilidade da empresa *PDR Corretora de Mercadorias S/S Ltda*.

É de se afastar, portanto, a responsabilização solidária do recorrente, porquanto, como bem assinalado pelo magistrado de primeiro grau, foi evidenciada tão só a culpa exclusiva da sociedade corretora pelo prejuízo financeiro que o Banco Santos experimentou ao adquirir a CPR mediante endosso.

Eis a seguinte passagem da sentença:

> (...)
>
> *Improcede a ação em relação a* ***Iboty****, por absoluta falta de prova de que ele teria com a má-fé pela autora referida.*
>
> *Iboty* emitiu a cédula de fls. 24/25 com a expressa referência de que a entrega da soja estaria vinculada ao prévio pagamento das importâncias referidas em instrumento particular de emissão e aquisição de cédulas de produto rural e outras avenças, pelo beneficiário, documento este datado do mesmo dia em que emitida a cédula (fls. 215/218).
>
> *Atribuir, assim, má-fé a* ***Iboty*** *pelo recebimento de 0,5% do valor da cédula à vista e pela ausência de entrega da soja no dia pactuado quando este não recebeu o pagamento integral que lhe fora garantido - ao menos disto não há prova nos autos - é indevido.*
>
> *Note-se que o valor recebido pelo réu é ínfimo, ao menos diante dos valores envolvidos na negociação entabulada, a saber, R$ 12.600,00 em 26 de maio de 2004, e, ainda, que instada a tal, a requerente disse que não tinha outras provas a produzir* (fls. 390) (fl. 451 - grifou-se).

Enfim, *sem elementos concretos de participação individualizada do recorrente no esquema fraudulento apontado* pela massa falida do Banco Santos, consistente na comercialização disfarçada, mediante endosso, de CPR, não pode persistir a condenação de reparação solidária dos danos que lhe foram causados por outros atores.

Ante o exposto, com a devida vênia, divirjo da relatora, dando provimento ao recurso especial a fim de restabelecer os efeitos da sentença.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: Trata-se de ação de reparação de danos materiais ajuizada pela *Massa Falida do Banco Santos S.A. (Banco Santos)* contra *PDR Corretora de Mercadorias S/C Ltda. (PDR)* e *Iboty Brochmann Ioschpe (Iboty)*, produtor rural, em razão de danos causados à instituição financeira por desvios de valores relativos a Cédula de Produto Rural (CPR) emitida de forma fraudulenta.

A sentença julgou o pedido deduzido contra *Iboty* improcedente diante da falta de prova de que ele teria agido de má-fé, e parcialmente procedentes os pedidos formulados contra a PDR, para condená-la ao pagamento de R$ 2.284.200,00 (dois milhões, duzentos e oitenta e quatro mil e duzentos reais) à instituição financeira.

Interposta apelação, a sentença foi reformada pelo Tribunal de origem para reconhecer a responsabilidade solidária de *Iboty* pelos danos oriundos da fraude, em acórdão assim ementado:

> Responsabilidade civil. Dano patrimonial. Desvio de recursos de instituição bancária (Banco Santos), proporcionado por operação fraudulenta envolvendo emissão e negociação de Cédula de Produto Rural (CPR) fictícia, distanciada de sua finalidade de fomentar a atividade rural através da liberação dos recursos financeiros necessários para a efetivação da produção. Responsabilização solidária dos demandados, participantes conscientes da negociação fraudulenta arquitetada e implementada por grupo de membros da alta cúpula do banco atualmente falido. Enquadramento da conduta ilícita nos termos do artigo 186 do Código Civil. Extensão da condenação de indenizar a massa falida. Agravo retido desprovido, apelação provida e recurso adesivo prejudicado (e-STJ, fl. 775).

Contra este acórdão, foi interposto o presente recurso especial sob a alegação de que foram violados os arts. 189 e 206, § 3º, do CC/2002; 3º, § 1º,

da Lei n. 8.929/1994; 131, 332, 333, I, 458, II, e 535, II, do CPC/1973; 186, 403, 927, 942, 944, parágrafo único, e 945 do CC/2002, sustentando que *(1)* a pretensão está prescrita; *(2)* não praticou ilícito ao emitir a CPR porque a lei não exige pagamento integral à vista; *(3)* a condenação foi decretada sem apoio no acervo probatório dos autos; *(4)* o ato isolado de emitir uma CPR não constitui causa adequada ao dano reconhecido (desvio de recursos financeiros); e, subsidiariamente *(5)* não foi sopesado seu grau de culpa na divisão final da responsabilidade pelo evento danoso, o que impossibilitaria condenação superior ao montante que recebeu a título de sinal pelo negócio.

Na sessão de 19.9.2017, o voto da eminente Ministra *Nancy Andrighi*, em breve resumo, afastou as teses de prescrição e de falta de apoio do julgado no acervo probatório dos autos. Quanto à participação de *Iboty* no esquema fraudulento, aplicou os óbices das Súmulas n. 5 e 7 do STJ para manter a responsabilização civil e solidária dele pelos prejuízos causados à instituição financeira.

O voto-vista do eminente Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, apresentado na sessão de 10.10.2017, afastou a incidência dos óbices das Súmulas n. 5 e 7 do STJ para fazer nova valoração jurídica do quadro fático delineado pelas instâncias ordinárias e concluir pela ausência de provas concretas da má-fé de *Iboty* ao emitir a CPR, uma vez que ele não poderia ser responsabilizado por prejuízos surgidos após a emissão da cártula que não estava mais em seu poder. Desse modo, restabeleceu os efeitos da sentença para julgar improcedente o pedido formulado contra *Iboty*, mantida a condenação da PDR, responsável pelas fraudes advindas do endosso da cártula.

Na sessão de 24.10.2017, apresentei voto-vista, concordando com o voto da Ministra *Nancy Andrighi* quanto ao afastamento da tese de violação dos arts. 131, 458, II e 535, II, do CPC/1973, na medida em que a prestação jurisdicional dada correspondeu àquela efetivamente almejada pelas partes, e também quanto à rejeição da tese do transcurso do prazo prescricional (arts. 189 e 206, § 3º, do CC/2002). Divergi, porém, quanto à responsabilidade do produtor rural no esquema fraudulento, entendendo ser possível nova valoração do quadro fático delineado pelas instâncias ordinárias, com o afastamento dos óbices das Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

Após o voto-vista, prosseguindo no julgamento, votaram o Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino* acompanhando o Ministro *Villas Bôas Cueva* e o Ministro *Marco Aurélio Bellizze* acompanhando a Ministra *Nancy Andrighi*, prevalecendo

o voto médio por mim proferido no sentido de dar parcial provimento ao recurso especial

É o relatório.

De plano, vale pontuar que o presente recurso foi interposto com fundamento no CPC/1973, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, com a interpretação dada pelo Enunciado 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.

Conforme constou no relatório, a massa falida do *Banco Santos* ajuizou ação de reparação de danos materiais contra PDR e *Iboty*, produtor rural, em razão de danos causados à instituição financeira por desvios de valores relativos a Cédula de Produto Rural (CPR) emitida de forma fraudulenta.

A sentença julgou o pedido deduzido contra *Iboty* improcedente diante da falta de prova de que ele teria agido de má-fé, e parcialmente procedentes os pedidos formulados contra a PDR, para condená-la ao pagamento de R$ 2.284.200,00 (dois milhões, duzentos e oitenta e quatro mil e duzentos reais) à instituição financeira.

Interposta apelação, a sentença foi reformada pelo Tribunal de origem para reconhecer a responsabilidade solidária de *Iboty* pelos danos oriundos da fraude, ensejando a interposição do presente recurso especial.

O voto da Relatora, Ministra *Nancy Andrighi*, afastou as teses de prescrição e de falta de apoio do julgado no acervo probatório dos autos. Quanto à participação de *Iboty* no esquema fraudulento, aplicou os óbices das Súmulas n. 5 e 7 do STJ para manter a responsabilização civil e solidária dele pelos prejuízos causados à instituição financeira.

O voto-vista do eminente Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva* afastou a incidência dos óbices das Súmulas n. 5 e 7 do STJ para fazer nova valoração jurídica do quadro fático delineado pelas instâncias ordinárias e concluir pela ausência de provas concretas da má-fé de *Iboty* ao emitir a CPR, uma vez que ele não poderia ser responsabilizado por prejuízos surgidos após a emissão da cártula que não estava mais em seu poder. Desse modo, restabeleceu os efeitos da sentença para julgar improcedente o pedido formulado contra *Iboty*, mantida a condenação da PDR, responsável pelas fraudes advindas do endosso da cártula.

Na sessão de 24.10.2017, apresentei voto-vista, concordando com o voto da eminente Ministra *Nancy Andrighi* quanto ao afastamento da tese de violação dos arts. 131, 458, II e 535, II, do CPC/1973, na medida em que a prestação jurisdicional dada correspondeu àquela efetivamente almejada pelas partes, e também quanto à rejeição da tese do transcurso do prazo prescricional (arts. 189 e 206, § 3º, do CC/2002), consoante as seguintes razões:

> *2.* ***Da Negativa de Prestação Jurisdicional*** (alegação de violação dos arts. 131, 458, II, e 535, II, do CPC/1973)
>
> Da análise do acórdão impugnado, verifica-se que a prestação jurisdicional dada corresponde àquela efetivamente objetivada pelas partes, sem vício a ser sanado. O TJ/SP pronunciou-se de maneira a abordar todos os aspectos fundamentais da controvérsia, dentro dos limites que lhe são impostos por lei.
>
> *3.* ***Da Prescrição*** (alegação e violação dos arts. 189 e 206, § 3º, do CC)
>
> Quanto ao ponto, a solução da controvérsia exige que seja estabelecido o marco inicial de fluência do prazo para exercício da pretensão da massa falida em face do recorrente, emissor da Cédula de Produto Rural objeto da demanda.
>
> O Tribunal de origem, acerca do tema, entendeu que a verificação do prejuízo ou a decretação da intervenção do Banco Santos pelo Banco Central seriam os fatos deflagradores do prazo trienal previsto no art. 206, § 3º, do CC.
>
> Já nas razões recursais, defende-se a tese de que o lapso temporal extintivo foi inaugurado com a ocorrência do ato ilícito, ou seja, com a aquisição (mediante endosso) pelo Banco falido da CPR emitida originalmente pelo recorrente, o que teria se perfectibilizado com a transferência de recursos para a interessada (PDR Corretora), fato que teria gerado o prejuízo financeiro alegado na inicial.
>
> Todavia, o que se verifica das premissas fáticas assentadas no acórdão recorrido é que o fundamento que sustenta a pretensão de reparação por danos não é exclusivamente a aquisição da CPR, mas sim uma espécie de "negociação fraudulenta arquitetada e implementada por um grupo de membros da alta cúpula do Banco Santos, inclusive seu controlador, para o fim de desviar, em benefício próprio, parte do patrimônio da instituição bancária" (e-STJ Fl. 778).
>
> A cessão/aquisição da Cédula, nesse contexto, é apenas um dos atos integrantes de uma cadeia complexa, cujo dano resultante foi efetivamente concretizado com a quebra do Banco, ocorrida em 20.9.2005, momento, portanto, em que nasceu a pretensão aqui deduzida.
>
> Ademais, a deflagração do lapso prescricional em momento anterior à sentença de falência encontra óbice, igualmente, no fato de que a massa falida passou a existir como tal somente a partir de sua prolação, de modo que, por imperativo lógico, não haveria como caracterizar-se, antes disso, eventual inércia da recorrida.

> Destarte, na medida em que o prazo prescricional de três anos invocado pelas recorrentes não se consumou até o ajuizamento da ação, não há que se falar em violação dos arts. 189 e 206, § 3º, do CC.

Divergi, porém, quanto à responsabilidade do produtor rural no esquema fraudulento, entendendo ser possível nova valoração do quadro fático delineado pelas instâncias ordinárias, com o afastamento dos óbices das Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

Após o voto-vista, prosseguindo no julgamento, votaram o Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino* acompanhando o Ministro *Villas Bôas Cueva* e o Ministro *Marco Aurélio Bellizze* acompanhando a Ministra *Nancy Andrighi*, prevalecendo o voto médio por mim proferido no sentido de dar parcial provimento ao recurso especial, com as seguintes razões de decidir:

> Entendo não ser possível concluir que a emissão da CPR constituiu uma operação de *hedge*, visando diluir o risco do produtor rural decorrente da flutuação de preços na época da colheita, com a devida vênia da divergência.
>
> Isso porque as operações fraudulentas intituladas pelo Banco Central de CPRs "alugadas" nunca se destinaram ao financiamento da produção rural ou à sua securitização, pois eram emitidas em troca de recursos financeiros imediatos como forma de obtenção de vantagens em outras operações efetuadas pelo banco, engordando seus ativos.
>
> O Tribunal de origem bem destacou o *modus operandi* da fraude, com fundamento no relatório da Comissão de Inquérito do Banco Central e a participação do produtor rural na prática do ilícito:
>
> > O *modus operandi* do negócio entabulado pode ser sintetizado da seguinte forma: prévio ajuste entre produtor rural, sociedade interposta e terceiros pertencentes ou ligados à cúpula diretiva do Banco Santos, pelo qual o primeiro emitia, em favor da segunda, cédula representativa de operação de empréstimo para financiamento de produção rural fictícia, previamente destinada a ser transferida para a instituição bancária pelo valor de face que, num segundo momento, seria pulverizado pela cedente aos terceiros mencionados, tudo sob a garantia das cláusulas desoneradoras de um contrato particular firmado entre o produtor emitente e a sociedade interposta, que desobrigavam aquele de devolver 0,5% (meio por cento) que lhe foram pagos por gerar e "alugar" o título em caso de arrependimento quanto aos termos contratuais ou de cancelamento da avença por falta de recebimento do valor integral da emissão.
> >
> > [...]
> >
> > Ora, sob estes termos, para quê serviria a emissão da cédula se 99,5% (noventa e nove por cento) do seu valor de face deveriam ser pagos a

> ínfimo prazo de 5 (cinco) dias da prometida entrega da produção dos 3.600.000 kg (três milhões e seiscentos mil quilogramas) de soja? Para cumprir a razão legal de sua criação, ou seja, para incentivar a atividade, possibilitando o plantio? Certamente, não. A emissão do título, no caso em tela, jamais se aproximou de sua finalidade. Serviu, em verdade, como meio de mobilização de recursos no mercado financeiro.
>
> Indiferentemente do motivo pelo qual o produtor aceitou participar deste negócio fraudulento envolvendo emissão e transmissão de cédulas de produtos rurais para desvio de patrimômio de instituição bancária, transparece indiscutível o enquadramento de sua conduta como ilícita, nos termos do artigo 186 do Código Civil ("Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."), e exsurge a obrigação de reparar – solidariamente, na hipótese – aquele que sofreu o dano decorrente (e-STJ, fls. 779/783).

Concluiu, desse modo, que a CPR emitida por *Iboty* não visou o recebimento prévio da integralidade do preço do produto rural, mas de apenas um sinal de 0,5% do valor total, ficando configurada a inexigibilidade da cártula e o propósito ilícito de sua emissão, nos termos do art. 166, III, do CC/2002:

> Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:
>
> III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

A fraude só era possível em razão da anuência dos produtores rurais que emitiam referidos títulos e que assim se beneficiavam com míseros reais diante da monta do ilícito.

Ocorreu, assim, um negócio jurídico simulado entre o produtor rural e a PDR. Só que a simulação no caso é relativa, ou seja, é uma dissimulação, porque encoberta negócio diverso do querido pelas partes contratantes. Foi ocultado o que era, foi escondido o negócio verdadeiro, que consistia no recebimento de dinheiro em troca do "aluguel de assinatura" da CPR. Houve uma hipocrisia.

Em casos semelhantes por mim decididos quando integrava o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, defendi que o *Banco Santos* foi o único beneficiado com a simulação e, diante da ausência de má-fé do produtor rural no que se referia ao valor de face do título, era o caso de determinar sua responsabilidade apenas pelo que se dissimulou, ou seja, 0,5% do valor do título, uma vez que o negócio jurídico simulado subsistirá se o que se dissimulou for válido na substância e na forma (art. 167, segunda parte, do CC/2002).

Na hipótese sob análise, não é possível abraçar a tese da simulação relativa porque a questão não foi enfrentada sob esse viés nas instâncias ordinárias.

Entretanto, no recurso especial, o produtor rural alegou negativa de vigência dos arts. 944, parágrafo único e 945 do CC/2002, porque não foi sopesado seu grau de culpa na divisão final da responsabilidade pelo evento danoso, o que impossibilitaria condenação superior ao montante que recebeu a título de sinal pelo negócio.

E razão lhe assiste.

Segundo o art. 186 do CC/2002, *aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*

O art. 944, parágrafo único, do CC/2002, por sua vez, cuida da quantificação do dever de indenizar:

> Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
>
> *Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.*

A norma em destaque não tem correspondência no CC/1916 e representa verdadeira inovação ao possibilitar, em caráter excepcional, a gradação da culpa como fator de aferição do montante da condenação.

CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY ressalta essa importante inovação do CC/2002:

> O artigo representa importante inovação no sistema da responsabilidade civil, muito embora não no seu *caput*, que continua a acentuar a indiferença do grau de culpa para a fixação da indenização, cuja função é recompor lesão sofrida pela vítima, na extensão do prejuízo que lhe foi causado. *Mas justamente esse princípio da indiferença do grau de culpa, estabelecido desde a Lei Aquília* (Lex Aquilia et levíssima culpa venit), *é que agora passa a encontrar mitigação, contida no parágrafo único, aproximando, inclusive, o sistema civil do penal, em que o grau de culpa influencia na dosagem da pena.*
>
> Pois a partir do CC/2002, e malgrado não como regra geral, mas sim excepcionalmente, a indenização poderá ser reduzida por consequência de uma conduta havida com *grau mínimo de culpa*, todavia desproporcional ao prejuízo por ela provocado. *A inspiração do preceito é, de novo aqui, e ainda como expressão do princípio da eticidade, a equidade, elemento axiológico muito caro à nova normatização, que pretende, no caso, corrigir situações em que uma culpa mínima possa, pela extensão do dano, acarretar ao ofensor o mesmo infortúnio de que padece a vítima* (**Código Civil Comentado**. São Paulo: Ed. Manole. 2007, p. 789 – sem destaques no original).

A doutrina de CRISTIANO CHAVES DE FARIAS, FELIPE BRAGA NETTO e NELSON ROSENVALD também destaca que há hipóteses em que a culpa e o dolo possuem relevância autônoma:

> Não se perca de vista que o vocábulo indenizar significa "eliminar o dano" e a função reparatória é a viga mestre da responsabilidade civil moderna.
>
> *Todavia, é mérito da doutrina recente negar a tradicional indiferença da responsabilidade civil perante a gradação da culpa e demonstrar que existem, sim, hipóteses em que culpa e dolo possuem relevância autônoma*. Ou seja, se em grande parte dos casos há um menoscabo por parte do juízo de responsabilidade quanto ao fato de o dano ser intencionalmente provocado ou não, existem, todavia, situações em que a diferença avulta.
>
> Nessa linha, há algum tempo recuperou-se o sentido da investigação do elemento subjetivo do comportamento do autor do ilícito, para fins de redução do montante de compensação de danos. *Preconiza o art. 944, parágrafo único, do Código Civil, que "se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização". A diretriz da eticidade que permeia o Código Reale, bem como a equidade, aconselha o magistrado a, diante da concreta aferição de desproporção entre a grande extensão dos danos e a culpa leve ou levíssima do ofensor, mitigar o quantum compensatório, seja a título de danos patrimoniais ou morais*. É uma valoração adequada da responsabilidade civil, a partir da técnica da ponderação, apta a impedir que o autor do ilícito seja severamente atingido em seu patrimônio quando o dano decorreu de uma falha mínima de comportamento, suscetível de ocorrer com qualquer pessoa (**Responsabilidade Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva. 2017, p. 202 – sem destaques no original).

A nova norma civil possibilitou reduzir o valor da indenização em virtude de uma conduta havida com grau mínimo de culpa, todavia desproporcional ao prejuízo por ela provocado. Cumpridos tais pressupostos, é obrigatória a redução equitativa da condenação.

Anote-se que a prova da falta de intenção maliciosa afasta a caracterização do dolo, não da culpa.

Na culpa não há intenção de causar o dano, mas há previsibilidade. Para a análise da gravidade da culpa, deve-se aquilatar a maior ou menor previsibilidade do resultado e a maior ou menor falta de cuidado objetivo por parte do causador do dano.

Aplicando-se tais critérios à hipótese dos autos, constata-se que a responsabilidade solidária do produtor rural decorre do fato de ter emitido CPR de forma fraudulenta, previamente destinada a ser transferida para a instituição bancária pelo seu valor de face pela PDR (2.284.200,00), recebendo o produtor rural 0,5% do valor do título (12.600,00) a título de "aluguel de assinatura". Sua participação no esquema fraudulento foi mínima se comparado à atuação da PDR, que foi a responsável pela transferência de inúmeros títulos para a instituição

bancária e pelo recebimento dos respectivos valores, posteriormente desviados para diferentes contas bancárias.

A conduta isolada do produtor rural não foi apta a ocasionar a bancarrota da instituição financeira, mas a fraude por ele perpetrada contribuiu para o imenso rombo contábil que resultou na lesão de vários investidores em decorrência do ilícito, conforme se verifica de trecho extraído do acórdão estadual:

> *[...]*
>
> *6 [causas da queda do Banco Santos]*
>
> 1. A principal causa da queda da instituição foi a realização sistemática e deliberada de vultosas operações prejudiciais ao Banco, que tinham como contrapartes, intermediárias, interessadas ou destinatárias de recursos, empresas que, segundo provas indiciárias reunidas (capítulo 3.1), seriam controladas, pertencentes, ligadas, formal ou informalmente, ou usadas por ex-administradores do Banco Santos ou por seu Controlador. A realização de diversas modalidades de operações dessa natureza resultou no comprometimento da situação econômico-financeira, na incapacidade de capitalização, na situação líquida ajustada negativa, e na deterioração de liquidez, (...). Segue um breve resumo das principais modalidades de operações que causaram grave prejuízo ao Banco.
>
> 2. Realização de operações estruturadas com Cédulas de Produto Rural – CPRs, denominadas "aluguel de CPRs", por meio das quais produtores rurais emitiam os títulos e, mediante "contratos de gaveta", os alugavam para interpostas empresas, ligadas formal ou informalmente aos ex-administradores do Banco Santos ou ao seu controlador, recebendo, em geral, uma pequena parcela do valor de face, relativa ao aluguel. Tais empresas ligadas, por sua vez, mediante endosso, vendiam os títulos ao Banco Santos por seu suposto valor integral. Em suma, o Banco entregava recursos financeiros para as empresas ligadas e, em contrapartida, recebia ativos insubsistentes em nome de terceiros [...] (e-STJ, fls. 781/782).

A culpa do produtor rural configura-se como leve ou levíssima, apta a receber o abrandamento da condenação prevista em lei.

Em suma, considerando a gravidade mínima da culpa do produtor rural, *Iboty*, presente a desproporção excessiva entre a culpa mínima e o dano causado, entendo que ele deve ser responsabilizado pelo valor equivalente a 0,5% do valor do título, por força da aplicação do art. 944, parágrafo único, do CC/2002, quantia que será atualizada monetariamente a partir da data da emissão da cédula de produto rural (26.5.2004), e acrescida de juros moratórios de 1% ao mês contados a partir da citação. Fica mantida a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da condenação, nesta oportunidade reduzido.

> Nessas condições, rogando vênia à eminente Relatora, cujo voto negava provimento ao recurso especial, bem como ao eminente Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, que dava provimento ao inconformismo, ambos com brilhantes e bem fundamentadas posições jurídicas, ouso divergir de ambos para votar no sentido de ***dar parcial provimento*** ao recurso especial nos termos acima apontados.
>
> É o voto.

Nessas condições, ***dou provimento*** ao recurso especial para responsabilizar *Iboty Brochmann Ioschpe* pelo valor equivalente a 0,5% do valor do título, por força da aplicação do art. 944, parágrafo único, do CC/2002, quantia que será atualizada monetariamente a partir da data da emissão da cédula de produto rural (26.5.2004), e acrescida de juros moratórios de 1% ao mês contados a partir da citação. Fica mantida a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da condenação, nesta oportunidade reduzido.

É o voto.

Advirta-se que eventual recurso interposto contra este acórdão estará sujeito às normas do NCPC, inclusive no que tange ao cabimento de multa (arts. 77, §§ 1º e 2º, e 1.026, § 2º, do NCPC).

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Senhor Presidente, lembro-me perfeitamente do processo e dos votos da Ministra Nancy Andrighi, do Ministro Villas Bôas Cueva e, agora, do Ministro Moura Ribeiro, como também da sustentação oral. Recebi memoriais, acompanhados do parecer do Ministro Ruy Rosado.

Vou pedir vênia tanto à eminente Ministra Nancy Andrighi, como ao Ministro Moura Ribeiro para acompanhar a divergência inaugurada pelo Ministro Villas Bôas Cueva.

Penso que a solução está exatamente na sentença quando disse: "Improcede a ação em relação a Iboty por absoluta falta de prova de que ele teria agido de má-fé. Iboty emitiu a cédula com a expressa referência de que a entrega da soja estaria vinculada ao prévio pagamento das importâncias referidas em instrumento particular de emissão e aquisição de cédulas de produto rural e outras avenças pelo beneficiário, documento este dado no mesmo dia em que

emitida a cédula. Atribuída, assim, má-fé a Iboty pelo recebimento de 0,5% (meio por cento) do valor da cédula à vista e pela ausência de entrega da soja no dia pactuado, quando este não recebeu o pagamento integral que lhe fora garantido, ao menos disso não há prova, é indevido. Mostra que o valor recebido pelo réu é ínfimo, ao menos diante dos valores envolvidos na negociação entabulada, a saber: R$ 12.600,00 (doze mil e seiscentos reais) em maio de 2004. E, ainda que instada a tal, a requerente diz que não tinha outras provas a produzir".

Ressalto também que não se constatou nenhum vício na emissão do título, pois todos os vícios, na verdade, foram fraudes praticadas pelo endosso realizado pela Corretora de Mercadorias S/S Ltda.

Por tudo isso, pedindo vênia, novamente, à Relatora e ao Ministro Moura Ribeiro, acompanho inteiramente a divergência inaugurada pelo Ministro Villas Bôas Cueva.

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